

El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas

Teresa MOLINA PÉREZ
Real Centro Universitario
«Escorial-María Cristina»
San Lorenzo del Escorial

Resumen: Las conductas incriminadas en la norma penal son las que se proyectan exclusivamente sobre el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dirigidas a la transmisión de la droga a un tercero y se ejecutan en disconformidad a las leyes.

Abstract: The incriminating behaviours into Criminal Law are those which are exclusively clustered over the illegal traffic of toxic drugs, narcotic and psychotropic substances leading to the drug transmission to a third party, achieved in opposition to law.

Palabras clave: Droga, Ilícita, Estupefaciente, Psicotrópico, Cultivo, Elaboración, Tráfico, Posesión, Promover, Facilitar, Transmisión, Tercero.

Keywords: Drug, Illicit, Narcotic drugs, Psychotropic substances, Cultive, Illicit manufacture, Traffic, Possession, To promote, To make easy, Training, Third one.

Sumario:

I. Introducción: el tipo básico del delito de tráfico de drogas, el artículo 368 del Código Penal.

II. El elemento objetivo.

2.1. *El objeto material del delito: sustancia tóxica, estupefaciente y psicotrópico.*

2.1.1. Remisión a los Convenios Internacionales.

2.2. *Las modalidades delictivas descritas en el tipo penal.*

- 2.2.1. El cultivo y la producción.
- 2.2.2. Elaboración.
- 2.2.3. El tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
 - 2.2.3.1. Concepto de tráfico.
 - 2.2.3.2. La donación.
- 2.2.4. Promover, favorecer y facilitar. Transporte y distribución de la droga.
 - 2.2.4.1. La posesión de la droga.

2.3. *Ejecución ilegítima de los referidos actos.*

III. El elemento subjetivo: el ánimo tendencial como elemento subjetivo del injusto.

I. INTRODUCCIÓN: EL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL

La redacción del artículo 368 del Código Penal no determina legalmente el objeto material del delito, como tampoco lo hace sobre qué entiende la Ley por droga tóxica, estupefaciente o sustancias psicotrópicas. No define sus conceptos, limitándose a mencionarlos. En la actual reforma, el legislador ha optado por no dar una definición de los objetos materiales del delito tipificado en el Código Penal, y no concreta qué sustancias o productos deben considerarse «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas». Es más, ni tan siquiera establece expresamente en el texto legal la posibilidad de buscar esos conceptos acudiendo, por remisión, a otras disposiciones legales de carácter no penal. Lo único que hay que destacar de la actual reforma es que establece un criterio para incriminar el tráfico de una determinada sustancia: «el que cause daño a la salud», es decir, su nocividad.

Este criterio es insuficiente para determinar qué sustancia puede considerarse como droga tóxica, estupefaciente o psicotrópico¹.

II. EL ELEMENTO OBJETIVO

2.1. El objeto material del delito: sustancia tóxica, estupefaciente y psicotrópico

Ante esa insuficiencia surge el primer interrogante referente a cuál es la causa de que el legislador evite dar un concepto jurídico penal de droga.

1. Criterio de insuficiencia que es mantenido por un amplio sector doctrinal en aras de los principios de seguridad jurídica y reserva de Ley en materia penal que, a su vez, está recogido en el artículo 9 de la Constitución Española. Y es en este

Hay que partir de que poder dar una definición del concepto de droga es una labor más que difícil. Si ya en el concepto vulgar no existen posiciones pacíficas (piénsese en el alcohol o en el tabaco), tampoco existen en el ámbito médico o farmacéutico; y menos aún existirán en el ámbito jurídico penal, donde la precisión y concreción que exige la tipicidad aumentan las dificultades.

No obstante lo expuesto, existen definiciones, con mayor o menor acierto, para tal concepto. Así, droga será «toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias de sus funciones y es susceptible de crear dependencia y que puede, a la vez, crear tolerancia»² o «cualquier sustancia química que altere el estado de ánimo, la percepción o el conocimiento, y de la que se abusa con un aparente perjuicio para la sociedad»³.

A tenor de estos conceptos, no cabe duda de que tanto el alcohol como el tabaco son drogas, pero lo cierto es que tanto su elaboración como su transmisión a terceros está permitida⁴, lo mismo que su uso y consumo.

Se ha intentado, para que precisamente no surgieran estos problemas, establecer un concepto farmacéutico o médico antes de establecer un concepto penal, pero se ha llegado al punto de que, en un momento determinado, ambos conceptos difieren totalmente, porque la división entre droga lícita o ilícita es totalmente inexistente en el campo médico, pero es que, además, como las drogas tienen aplicaciones médicas y por ello son beneficiosas, las fronteras entre el uso benéfico y el uso abusivo no son fáciles de delimitar.

Si a estas dificultades de definición se añade que existen fuertes convencionalismos sociales para elaborar tal concepto⁵, habrá de

sentido en el que se pronuncia el Alto Tribunal en S., de 14 de octubre de 1982 (RA 5637), al manifestar que «debe hacerse el máximo esfuerzo para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos...».

2. Definición de la Organización Mundial de la Salud. CERRO ESTEBAN, J. A. del, «Drogas duras y drogas blandas. Especial consideración de las denominadas drogas de diseño», en *Estudios del Ministerio Fiscal, cursos de formación* (1-1994), Madrid 1995, p. 631.

3. Definición realizada por LAURIE, P., *Las drogas. Aspectos médicos, psicológicos y sociales*, Madrid 1969, p. 10, y que mantiene en la edición de 1982.

4. RD 192/1988, de 24 de marzo, sobre limitaciones a la venta y uso de tabaco. También existen otras sustancias, como el pegamento y la gasolina, que son euforizantes, que ante las definiciones expuestas podrían considerarse drogas.

5. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid 1995, p. 1071, y BASELGA, E., *Los drogadictos*, Madrid 1972, p. 32.

llegarse a la conclusión de que en el plano jurídico «droga es aquella sustancia que así se considera legalmente».

Si lo cierto es que no se determina legalmente el objeto material del delito, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán elementos normativos que habrán de ser colmados por la vía de la interpretación. Llegados a este punto, cabe preguntarse quién determina si una sustancia es droga, estupefaciente o psicotrópico, y si es el sistema internacional o la ley nacional la que debe determinar si una droga es ilegal o no.

Nuestra legislación, al no establecer el concepto, se remite a leyes extrapenales, zanjando la polémica doctrinal ⁶ y vinculando al juez a las listas en las que se enumera qué sustancias son drogas. De esta forma, se concibe de hecho, y sin apoyo legal para ello, al artículo 368 del Código Penal como una norma penal en blanco, y cuyo contenido prohibitivo se determina por remisión a otras leyes o decisiones extrapenales que, por su ratificación y publicación oficial, adquieren fuerza obligatoria a tenor de lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 1.5 del Código Civil.

De esta forma, cuando el Código Penal utiliza los términos «tóxicos, estupefacientes y psicotrópicos», habrá de acudir a los tratados internacionales suscritos por España ⁷, que regulan las dos especies de drogas que existen (estupefacientes y psicotrópicos), y con-

6. BERISTAIN IPIÑA, A., «Delitos de tráfico ilegal de drogas», en *Comentarios a la legislación penal*, Cobo del Rosal (dir.), vol. II, t. V, Madrid 1985, pp. 761 y ss., en donde el autor manifiesta que «el juez está obligado a incluir como tales todas y sólo las sustancias de la normativas internacionales». Sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte especial*, o.c., p.1201, estima, dándole un contenido más amplio, que «droga son los venenos», y «estupefacientes los de la lista del Convenio de 1961». A esta última distinción habría que objetar que drogas son el género, y estupefacientes y psicotrópicos la especie. Frente a estas posiciones, otros autores, optan por acudir a la norma penal en blanco. En igual línea interpretativa se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la Circular 1/84 de junio de la Fiscalía General del Estado.

A esta multitud de posiciones y pronunciamientos cabe añadir que existe otro sector doctrinal que considera que las listas sólo tienen carácter indicativo, pero no vinculante, como VALLE MUÑIZ, J. M., y MORALES GARCÍA, O., *Comentarios al nuevo Código Penal* (QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ, J. M.), Pamplona 1996, p. 1647; CÓRDOBA RODA, J., «el delito de tráfico de drogas», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. IV, Universidad de Santiago, 1981, p. 20.

7. Remisión a los tratados internacionales por tratarse de una norma penal en blanco, ver FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Otra vez sobre la droga: ¿Qué resuelve la

cretan, en definitiva, qué sustancias han de considerarse como drogas ilícitas.

2.1.1. Remisión a los Convenios Internacionales

Muy brevemente vamos a señalar los Convenios en los que se recoge la determinación del objeto material del delito de tráfico de drogas, y que se encuentra en las listas anexas a los Convenios Internacionales sobre las sustancias prohibidas.

a) El Convenio Único de estupefacientes de las Naciones Unidas

El Convenio Único de estupefacientes de las Naciones Unidas es la norma con pretensión de unificar la regulación internacional sobre la materia ⁸, debiéndose entender por estupefaciente, a los fines del

reciente reforma del art. 344?», en *La problemática de la droga en España*, colección de Criminología y Derecho Penal, Madrid 1986, p. 15, que expone «se debe recordar el carácter orientativo que se concede a los epígrafes del Código... es preferible acudir a la Ley penal en blanco...».

8. Convenio ratificado por España mediante instrumento de 3 de febrero de 1966. Dicha Convención fue enmendada por el Protocolo de Ginebra, de 25 de marzo de 1972; entró en vigor el 8 de agosto de 1975 y fue ratificado por nuestro país el 4 de enero de 1977. Su contenido esencial fue incorporado a nuestro derecho positivo por la Ley 17, de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2.1 dispone que «a los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas, incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca»; el párrafo segundo del citado artículo agrega que «tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la lista IV de las listas anexas al Convenio». En consecuencia, no podrán ser objeto de producción, fabricación, tráfico, posesión o uso, con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Dirección General de Sanidad y, a su vez, esta norma internacional expresa que «los estupefacientes de la IV serán incluidos también en la lista I».

En relación a estas listas hay que decir que existe una incorporación constante de nuevas sustancias que se realiza bien por los mecanismos previstos en la Convención Única y en la Convención de Viena de 1971, bien porque así se considera en el ámbito nacional por lo dispuesto en la Ley 17 del 67 (art. 2.1) y en el artículo 1 y disposición final del Decreto 2829/77, de 6 de octubre, y que se publican, en forma de órdenes ministeriales, en el *BOE*.

En cuanto a los problemas planteados por la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estima que los Convenios Internacionales en esta materia son de aplicación directa, destacando que las sustancias que integran el objeto material del delito, al no venir especificadas en el artículo 368 del Código Penal, han de ser

artículo 368 del Código Penal, las sustancias relacionadas en las listas anexas.

Dichas sustancias son básicamente el opio, sus alcaloides y sus derivados. La coca y sus derivados, y el *cannabis* y la resina de *cannabis*.

b) El Convenio de Viena de 1971

El Convenio de Viena, de 21 de febrero de 1971, entiende por sustancia psicotrópica «cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de las listas I, II, III y IV (art. 1,e), anexas al mismo», y define al psicotrópico como la sustancia «que puede producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central que tenga como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción o del estado de ánimo»⁹. Las sustancias psicotrópicas incluidas en el Convenio son, a rasgos generales: los alucinógenos,

deducidas de los Convenios que han sido ratificados por nuestro país. Así, la STS de 23 de octubre de 1990 (RA 8218), y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/84, cit.

9. A su vez, la Convención de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1988 (ratificada por España el 30 de julio de 1990, *BOE* de 10 de noviembre) establece en su artículo 1 que ha de entenderse por sustancia psicotrópica «cualquier sustancia natural o sintética o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III, y IV del Convenio Único».

La lista I del anexo del Convenio está dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia, siendo algunos de origen vegetal y otros de síntesis. Dichas sustancias, extremadamente peligrosas, sólo están permitidas a fines científicos o médicos muy limitados, y están extremadamente fiscalizadas. Las disposiciones de esta lista someten cualquier otra actividad, la fabricación, el comercio, la distribución o la posesión, a un permiso especial o autorización previa. Sólo las autoridades competentes, bajo estricto control, pueden permitir la importación o exportación de dichas sustancias (todas las sustancias de las listas anexas al Convenio se encuentran también en el anexo I del Real Decreto 2829, de 6 de octubre de 1977). A su vez, el Convenio regula la inspección de las existencias, registros y locales de los laboratorios, prohibiendo la publicidad al público en general.

Y corresponde a la OMS la función de determinar, sobre bases médicas, si una sustancia debe o no incluirse en las listas. Una vez determinada esta cuestión, la Comisión de Estupefacientes considera otros factores (como puede ser el grado de uso indebido) y establece si se incluye o no la sustancia en las listas.

Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que en SSTS de 3 de mayo de 1980 (RA 1801), 30 de septiembre de 1981 (RA 3412) y 12 de julio de 1984 (RA 4041), dice que la expresión sustancia psicotrópica es una terminología «que se incluye en cumplimiento de los pactos internacionales» y, de esta forma, pone fin a cualquier duda en cuanto a la interpretación del actual artículo 368 del Código Penal.

que se consideran que no tienen efectos terapéuticos, pero que son muy peligrosos para la salud física y mental. Las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes ¹⁰.

2.2. *Las modalidades delictivas descritas en el artículo 368 del Código Penal*

Las conductas delictivas del artículo 368 del Código Penal ¹¹ están integradas por la ejecución de actos de cultivo, elaboración y tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o la realización de actividades encaminadas a promover, favorecer o facilitar el consumo de dichas sustancias o su posesión para los indicados fines ¹².

Por razones de sistematización, vamos a exponer las conductas descritas en la norma penal siguiendo el orden establecido en el artículo 368.

2.2.1. El cultivo y la producción

Como regula el Convenio Único de 1961, en el artículo 1, salvo indicación expresa en contrario o que el contexto exija otra interpretación, por cultivo «se entiende el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de *cannabis*». Y por producción «se entiende la separación del opio, de las hojas de coca, de la *cannabis* y de la resina de *cannabis*, de las plantas de que se obtienen».

En nuestra legislación, la Ley 17/67, en el capítulo III, regula el cultivo y la producción, y sólo permite cultivar y producir con la autorización del Servicio de Restricción de Estupefacientes. Las disposiciones de la Ley se encuentran en los siguientes artículos:

- Artículo Séptimo: «El Servicio de Restricción de Estupefacientes podrá autorizar cultivos de plantas destinadas a la producción de estupefacientes o que se puedan emplear como tales. Pero si los cultivos no son llevados a la práctica por los fabricantes autorizados,

10. Clasificación que realiza REY HUIDOBRO, F., *El delito de tráfico de drogas*, Pamplona 1995, p. 177.

11. *Memoria Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas*, 1990, pp. 81 y ss.

12. Ver la redacción del artículo 344 del Código Penal anterior al vigente.

los cultivadores vendrán obligados a entregar su cosecha al Servicio o a los fabricantes autorizados, quienes cuidarán del tratamiento para su transformación.»

– Artículo Octavo:

1. «Ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización.»

2. «Las autorizaciones que concede el Servicio de Control de Estupefacientes serán específicas para personas, terrenos, tiempos, plantas y productos concretos, y no darán derecho a la disponibilidad de las plantas o productos. El Servicio vigilará el desarrollo de los ciclos de cultivo, incluido la recolección y su destino.»

– Artículo Noveno: «Los preceptos anteriores no serán de aplicación al cultivo de la planta de la cannabis destinada a fines industriales, siempre que carezca del principio activo de estupefaciente¹³.

2.2.2. Elaboración

El Convenio de 1971, en su artículo 1.i), entiende por fabricación «todos los procesos que permitan obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancia psicotrópica en otra sustancia psicotrópica. También se contiene en el término la elaboración de preparados distintos de los realizados con receta en farmacia.

Y el Convenio de 1961, referente a estupefacientes, preceptúa, en el artículo 1.n), lo siguiente: «por fabricación se entiende todos los

13. Convenio de 1961. Artículo Uno. Definiciones:

- b) Por *cannabis* se entiende las sumidades, floridas o con fruto de la planta de la *cannabis* (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con el que se las designe.
- c) Por planta de *cannabis* se entiende toda planta del género *cannabis*.
- d) Por resina de *cannabis* se entiende la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de la *cannabis*.
- e) Por «arbusto de coca» se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*.
- f) Por «hoja de coca» se entiende la hoja del arbusto de coca, salvo las hojas de la que se haya extraído toda la egnonina, la cocaína o cualesquiera otros alcaloides de egnonina.
- p) Por «opio» se entiende el jugo coagulado de la adormidera.
- q) Por adormidera se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum* L.
- r) Por paja de adormidera se entiende todas las partes (excepto la semilla) de la planta de la adormidera, después de cortada.

procedimientos, distintos de la producción, que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros».

A su vez, el artículo 11 de la Ley de 8 de abril de 1967, recogiendo el contenido y lo preceptuado en los Convenios precedentes, determina que «se atenderá por fabricación de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química»; y por fabricación de preparados de estupefacientes «la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente»¹⁴. Pero conviene decir que en la ley penal se contiene un concepto amplio de elaboración. En efecto, el término «elaboración» que utiliza el Código Penal es más extenso que el de fabricación, ya que comprende la obtención de cualquier producto, mediante mezclas u otro tipo de combinación, que tenga propiedades de las drogas, tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2.2.3. El tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas

2.2.3.1. El concepto de tráfico

El artículo 368 del Código Penal menciona, a continuación de la elaboración, el tráfico como conducta prohibida, pero no dice qué es el tráfico de drogas, qué ha de entenderse por traficar con drogas.

Se podría entender, en principio, que el término tráfico utilizado por el Código Penal es un término semejante al utilizado por el Código de Comercio y, como consecuencia, traficar con drogas implicaría una idea de mercantilidad, una idea de habitualidad y lucro. Tendremos que partir del principio general de que el Derecho Penal es una rama autónoma, dentro del resto del ordenamiento jurídico, y que el término «tráfico» no hay que entenderlo en un sentido mercantil, puesto que la donación de drogas forma parte del concepto penal de tráfico, como más adelante veremos.

14. Así, el artículo 12 señala que: «Dentro del territorio nacional solamente podrán llevar a cabo las fabricaciones definidas en el artículo anterior los fabricantes autorizados, según las prescripciones del Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno. Corresponderá al Servicio fijar las cantidades y clases de productos a obtener dentro de cada uno de los períodos que asimismo se determinarán.»

Traficar con drogas, como entiende la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, es trasladar la droga a una o varias personas, aunque se realice a título gratuito: es la traslación del dominio o la posesión¹⁵. Si entendemos el tráfico de esta forma, como traslación de droga a otra persona, tendremos que comprender dentro de este concepto a todos aquellos actos que, a título oneroso o gratuito, trasladen el dominio o la posesión a un tercero.

El Tribunal Supremo incluye dentro del acto de tráfico al cultivo y a la elaboración, es decir, las fases de cultivo y elaboración de drogas, pero a esta posición jurisprudencial habría que objetar que, si como el mismo Tribunal Supremo afirma, tráfico es trasladar el dominio o posesión de la droga, difícilmente en un acto de cultivo o elaboración se podrá trasladar a un tercero. Entendemos, por tanto, que la elaboración y el cultivo son actos de favorecimiento o facilitación a que posteriormente se consume droga, pero que en ningún caso se pueden considerar tráfico. Tráfico sería, en este supuesto, en el momento en que se vendiera la droga cultivada o elaborada, pero nunca el acto en sí de elaborar o cultivar.

15. SEQUEROS SAZATORNIL, F., «Las drogas tóxicas II. Configuración actual de su tratamiento legal y otras consideraciones», en *Actualidad Penal*, 20 (1987) 952. Esta posición no la mantiene LANDECHO VELASCO, C. M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid 1996, p. 351, quienes exponen que «algunos autores, como Arroyo Zapatero, entienden el concepto de tráfico en sentido mercantil y consideran inherente a este delito la contraprestación por lo que la donación o invitación se deduce que son atípicas».

Esta afirmación, que el tráfico no ha de entenderse en sentido mercantil, encuentra su apoyo jurídico en la ya citada Ley 17/67, que en su artículo 15 pone de manifiesto cuáles son las plurales manifestaciones que constituyen el tráfico ilícito, manifestaciones que son contrarias a dicha Ley. Así preceptúa que «constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma», y que recoge el Tribunal Supremo en varias sentencias como la de 11 de julio de 1991 (RA 5805), en donde se dice que «el cultivo, la elaboración o el tráfico, se vienen desarrollando en dos momentos completamente distintos de ese proceso general que tiene como meta la expansión de la droga a todos los niveles. Dicha actividad se puede realizar en la primera fase de producción agrícola o industrial, en el cultivo o elaboración, o en una fase posterior cuando de la distribución del género prohibido se trata. Tráfico que implica promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de drogas, supone toda forma *erga omnes* de expandir y extender la droga, por lo que no ha de quedar limitado restrictivamente a la idea puramente mercantil o comercial», y la 2 de febrero de 1999 (RA 215).

2.2.3.2. La donación

El concepto jurídico de la donación, al igual que el del tráfico, no es una elaboración de la ciencia penalística. La donación procede del Derecho Civil y su esencia es la liberalidad, la ausencia de contraprestación.

La actual reforma del Código Penal, zanjando viejas polémicas, y cualesquiera sea la posición que se mantenga respecto a la amplitud del término «tráfico», incluye a la donación dentro del tipo¹⁶.

La interpretación jurisprudencial se basa en el artículo 1 de la Convención de Viena de 1988, en donde se entiende por tráfico ilícito todos los delitos enunciados en los párrafos primero y segundo del artículo 3 de la misma, que se refieren, respectivamente, al tráfico y consumo, lo que quiere decir, en línea de principio, que comprende el ciclo de la droga desde la producción al consumo, siempre que se haya cometido intencionalmente o a sabiendas. Y ello porque la Convención, lo mismo que nuestro derecho interno, no ha establecido la comisión culposa para esta clase de infracciones delictuosas, y en el artículo 3.1.a) en donde se regula que se entiende por tráfico *stricto sensu*. Este último artículo se diversifica en tres grupos de conductas, que se desarrollan en otros tantos apartados a), b) y c).

En el primero de ellos, el a), se incluyen cinco delitos en los correspondientes subapartados. Son los siguientes:

i) «La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación, o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.»

ii) «El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de *cannabis* con el objeto de producir estupefacientes, en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada.»

iii) «La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i).»

iv) «La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y en el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para dichos fines».

16. TORÍO LÓPEZ, A., «Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de droga», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona* (Libro homenaje al profesor Antonio Beristain), Donostia 1989, p. 949, en donde se incluye a la donación dentro de la expresión «u otro modo» del artículo 344 (actual 368) del Código Penal, al entender que en ella se comprende toda condición que facilite de cualquier modo la producción o diseminación social de la sustancia prohibida. A esta posición se puede objetar que el tráfico implica transmisión, que puede ser a cualquier título, oneroso o gratuito, luego la donación es tráfico, y en este sentido lo interpreta el TS. Otros autores, critican la regulación del artículo 368 del Código

Si bien la donación es una conducta sancionada en el artículo 368 del Código Penal, lo cierto es que, en realidad, la donación es tráfico, puesto que es la traslación de la propiedad de la droga a un tercero. Ahora bien, si bien no cabe duda de que es tráfico, habría que distinguir, atendiendo a razones sociales y humanitarias, los distintos tipos de donaciones que existen en el campo del derecho y, por otro lado, la diversa relevancia jurídico penal que éstas pueden representar. Así, de este modo, habría que distinguir entre la entrega de la droga, práctica frecuente, para consumo colectivo, y las donaciones de pequeñas cantidades que se realizan entre los consumidores habituales unidos por amistad, y que se realizan o bien para evitar crisis de abstinencia o bien para lograr un futuro suministro ante el supuesto de que el donante carezca de la droga. Estamos, ante éste último caso, más que en una conducta independiente, en un acto de participación de un hecho principal, el consumo. Pues bien, si el consumo es conducta impune en nuestro ordenamiento jurídico, por el principio de accesoriadad, la donación también debería ser impune, puesto que lo es el hecho principal ¹⁷.

Al margen de esos supuestos anteriormente expuestos, cuando la donación tiene lugar por otras razones ya no nos encontraríamos ante un supuesto atípico, sino ante un ilícito penal ¹⁸.

Penal tanto desde el punto de vista técnico jurídico como de política criminal, y entienden que la donación es punible, ya sea para el tráfico o para el consumo, así BOIX REIG, J., y JAREÑO LEAL, A., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vives Antón (coord.), Valencia 1996, p. 1689: «la donación es punible en cualquiera de sus modalidades. Ya sea donación para el tráfico o para el consumo, trátase como mecanismo de mercado o no, vaya dirigido a toxicómano o no».

17. Es este el sentido en el que se pronuncia gran parte de la doctrina. Corroborando dichas tesis existe una corriente jurisprudencial que acoge la impunidad del consumo compartido por personas ya adictas: sentencias del TS de 27 de enero de 1995 (RA 681), 12 de enero de 1995 (RA 131) y 28 de marzo de 1995 (RA 2246).

18. GARCÍA DE PABLOS Y MOLINA, A., «Bases para una política criminal de la droga», en *La problemática de la droga en España*, Madrid 1986, p. 366, donde el autor destaca que la donación tiene por finalidad, muchas veces, el convertir al consumidor ocasional en adicto, técnica utilizada frecuentemente por los traficantes. Y *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid 1996. Una posición más amplia en MORA ALARCÓN, J. A., *Suma de derecho. Parte General y Especial*, Madrid 1996, pp. 328 y ss., donde el autor entiende incluido en el término tráfico a la donación, cualquiera que sea la intención del autor.

Nuestro Tribunal Supremo mantiene, a este respecto, una postura unánime al manifestar que la salud pública, bien jurídico protegido por la norma, sufre tanto ante la transmisión onerosa como ante la gratuita y que ésta es la razón por la que la donación está incluida entre las conductas sancionables en el artículo 368. Por ello, la donación se incluye entre los actos de tráfico susceptibles de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Si bien es cierto que el Tribunal Supremo sigue una línea perfectamente definida en la que proclama que el tipo penal comprende toda clase de transmisión, gratuita u onerosa, ya que se pone en riesgo el bien jurídico de la salud pública y lo que se sanciona en la norma, nada tiene que ver con el ánimo de lucro ¹⁹, lo cierto es que en la jurisprudencia más reciente se mantiene en una postura absolutamente unívoca a la hora de conceptuar como atípicas y no punibles, en primer lugar, las conductas que consisten en el consumo ocasionalmente compartido entre toxicómanos ²⁰; en segundo lugar, la conducta en la que hay una ausencia de peligro abstracto para el bien jurídico protegido ²¹; y, en último lugar, la consistente en la entrega gratuita de mínimas cantidades de droga a individuos toxicómanos por personas allegadas a ellos, para evitar sufrimientos generados por el síndrome de abstinencia, excluye del agente el necesario elemento de culpabilidad necesarios para la sanción ²².

19. La comercialización de la droga mediante precio no constituye una condición precisa para la protección del bien jurídico, porque lo que se sanciona nada tiene que ver con la existencia del ánimo de lucro; en consecuencia, la donación [SSTS de 7 de febrero (RA 713), de 17 de mayo (RA 3711), de 17 de julio (RA 7916) de 1994] o la permuta son actos típicos y punibles.

20. *Vid.* SSTS de 2 de marzo (RA 2088) y de 19 de julio (RA 6654) de 1994, en las que se pone de relieve la existencia de casos especiales de consumo compartido entre adictos, a los que se equiparan los supuestos de aportación de varios, asimismo adictos, para formar un fondo común con el fin de adquirir droga que todos han de consumir, entendiéndose por ello que el hecho es una modalidad de autoconsumo por lo que es impune. En el mismo sentido, la S de 17 de mayo de 1994 (RA 3711), entiende que el bien colectivo salud pública no padece en los casos de consumo compartido entre adictos, que se restringe sólo a los supuestos en que la cantidad disponible por los partícipes no rebasa los límites de un consumo normal, sea el consumo inmediato, y no medie contraprestación remuneratoria por parte de los drogo-dependientes.

21. *Vid.* STS de 27 de mayo de 1994 (RA 4498), en la que se expresa que cuando la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido en el artículo 368 del Código Penal.

22. *Vid.* STS de 12 de septiembre de 1994 (RA 7204), en la que el alto Tribunal entiende que la entrega hecha al drogadicto por un familiar o persona íntimamente ligada a él, de una pequeña cantidad para evitar sufrimientos, ha de entenderse extraída del campo de lo penal, porque para que se pueda entender cometido el delito es menester que el peligro, como riesgo de lesión del bien jurídico protegido, se encuentre realmente presente en la acción para que ésta incluya el contenido de la antijuricidad material y adecuación en el tipo.

De las tres conductas que excepciona de castigo penal el Tribunal Supremo, la primera puede considerarse autoconsumo y, por ello, debe entenderse impune al no tener por finalidad un ánimo de proporcionar o facilitar a terceros un consumo ilegal; la tercera obedece a razones humanitarias, y es una cuestión de política criminal criticable o no, pues puede considerarse que no existe en el autor elemento de culpabilidad; pero la segunda conducta sí es verdaderamente discutible por varias razones ²³:

1. La conducta reúne *per se* todas las exigencias típicas del artículo 368 del Código Penal y es favorecedora del consumo ilegal.

2. El tipo no requiere que la acción pueda afectar a una pluralidad o grupo indeterminado de personas.

3. La configuración del delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto responde al adelantamiento de las barreras de protección penal como planteamiento político criminal para impedir que la droga pueda afectar a la salud del individuo como sujeto pasivo determinado.

4. El bien jurídico de la salud individual es parte integrante del bien jurídico de la salud pública.

5. No parece plausible sustentar que, cuando el peligro se concreta merced al consumo de la droga por una persona determinada, desaparece el riesgo de difusión (ya materializado por otra parte), pues de lo contrario llegaríamos al absurdo de sancionar penalmente la tenencia de droga para consumo de un tercero no determinado y considerar impune el propio acto de la entrega a una persona determinada.

2.2.4. Promover, favorecer y facilitar.

El transporte y la distribución de la droga

Tras la actual reforma, el centro de gravedad de la conducta prohibida recae en los actos, cualquiera que sean, que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal ²⁴.

23. Vid. *Memoria Fiscalía Especial...*, 1994, p. 77, en donde se exponen estas razones, que hacemos nuestras.

24. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia 1996, p. 569, que entiende que el centro de gravedad recae «en los actos de cultivo, elaboración o

La conducta ilícita ya no reside en la realización de actos de cultivo, elaboración o tráfico, sino en promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. Los términos restantes incluidos en la norma legal son una enumeración que no tiene carácter exhaustivo, porque la inclusión en el texto penal de estos verbos tiene por finalidad el sancionar todas aquellas conductas encaminadas a que un tercero consuma droga. Se puede entender, por ello, que el tráfico es un acto de favorecimiento, que el cultivo y la elaboración es un acto de facilitación al consumo. El promover, el favorecer o el facilitar son verbos nucleares en los que se integran los actos a través de los cuales se realizan el tráfico, el cultivo o la elaboración²⁵; todas las conductas inculminadas en la norma penal son las que se proyectan exclusivamente sobre el tráfico ilegal, dirigidas a la trasmisión de la droga a un tercero, y se ejecutan en disconformidad a las leyes. Y estas leyes, de carácter administrativo²⁶, son las que determinan a través de su articulado cuándo las operaciones de cultivo, elaboración, tráfico y posesión van dirigidas a su consumo legal²⁷, y cuándo no. Por ello, el juez

tráfico, o cualesquiera otros que de otro modo faciliten, promuevan o favorezcan el consumo ilegal», señalando, a continuación, que la nueva redacción del artículo 368 del Código Penal lo que hace es penalizar todo comportamiento que suponga una contribución al consumo de drogas. A esta posición doctrinal, se puede oponer que si las conductas prohibidas son aquellas que contribuyen al consumo de drogas, el centro nuclear de ellas es promover, facilitar o favorecer, que son términos en los que se incluye el cultivo, la elaboración y el tráfico, ya que estos últimos contribuyen al consumo ilegal de drogas.

25. BURGOS PAVÓN, F., «Un año de jurisprudencia sobre drogas de la Audiencia Provincial de Madrid», en *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de formación*, o.c., pp. 703 y ss., en donde el autor pone de manifiesto el centro nuclear de la conducta ilícita, expresando que en este sentido amplio se pronuncian las Sentencias de la Audiencia de Madrid correspondientes al año 1992, así «no se constriñe la Audiencia a considerar como acciones básicas un número definido de ellas, sino que las conductas típicas dirigidas a los fines expresados, constituyen un número ilimitado».

26. Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas y RD de 6 de octubre de 1977 sobre sustancias psicotrópicas.

27. Preámbulo de la Ley 17/67, de 8 de abril, a cuyo tenor: «un sistema legislativo integral y completo en la materia debe sustentarse sobre dos pilares fundamentales: una Administración por el sector público, minuciosa y total de los estupefacientes...».

Y el artículo primero: «Corresponde al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tráfico de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo. Asimismo, corresponde al Estado español el derecho de

que esté conociendo, para poder determinar el paso del hecho o la conducta a la norma penal, tendrá la obligación de verificarlo, a fin de determinar aquello que, en la norma penal, no lo esté debidamente ²⁸.

En definitiva, ya no se trata de que se promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico; antes bien, estos actos sólo son algunas formas posibles de promoción, favorecimiento o facilitación, que son los comportamientos que en realidad persigue la norma ²⁹.

Pero dichos comportamientos difieren en su concepto, pues mientras que promoción ³⁰ se considera cualquier género de propaganda, formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras, favorecer o facilitar son conductas de auxilio, bien sea al que promueve, bien sea al consumidor que desea adquirir la droga, que son, en definitiva, los intermediarios necesarios para que la droga llegue a los consumidores.

Lo que la norma penal mantiene ³¹ es un sistema de incriminación de conductas, denominada «en cascada» porque la frase «u otro modo» lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene ³².

prevenir, de perseguir y de sancionar los hechos que constituyen infracción o delito previstos en el presente régimen legal».

28. Porque es un tipo abierto y el paso del hecho a la norma penal nos viene determinado por el contenido de otra disposición.

29. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid 1996, p. 220; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Comentarios al Código Penal*, Rodríguez Mourullo (dir.), Madrid 1997, pp. 1012-1038.

30. En los casos prohibidos por el art. 18.1 de la Ley 17/67 («Se considerarán prohibidos cualquier género de propaganda, la formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras de estupefacientes incluidos en la Lista I, y de aquellos otros que acuerde el Servicio, salvo que se efectúen con la debida autorización e intervención del mismo»), salvo que se efectúen con la debida autorización del Servicio de Restricción de Estupefacientes.

31. Porque la norma penal opera, a diferencia de la Convención de Viena que prescinde de fórmulas abiertas y en la que la descripción de los tipos punibles es más detallada, con tipos genéricos, habiéndose planteado por la doctrina su posible inconstitucionalidad. La doctrina del Tribunal Constitucional, en sentencia 8/81 de 21 de junio, vino a zanjar la polémica al manifestar que los tipos genéricos no son inconstitucionales, pudiéndose integrar por otras normas y contener conceptos indeterminados, siempre que no sean tan abiertos que su aplicación dependa de la decisión arbitraria de los tribunales.

32. STS de 24 de noviembre de 1997 (RA 8318), al referirse a la frase «u otro modo», expresa que lo que se pretende es abarcar, penalizando comportamientos, todo el proceso general que tiene por meta expandir la droga, y que puede realizarse

Si bien el transporte se encuadra entre las actividades encaminadas a la transmisión de las sustancias prohibidas³³, y, como tal, figura enumerado en los convenios internacionales, la Ley de 8 de abril lo engloba dentro de las múltiples manifestaciones que el tráfico comporta³⁴. La mayor parte de la jurisprudencia también lo considera así³⁵, aunque existe un sector doctrinal y jurisprudencial³⁶, que, si bien lo consideran como una conducta punible, y sancionada, por tanto, por el artículo 368 del Código Penal, sin embargo, entienden que el transporte es una conducta de carácter auxiliar al tráfico, porque el transportista es un instrumento del verdadero traficante o propietario de la sustancia. Ahora bien, si el transportista es el propietario de la droga, ya no se estaría ante una conducta auxiliar, sino ante una tenencia. Incluso el propio Tribunal Supremo, en algunas ocasiones, y apartándose de su tradicional línea interpretativa, ha considerado³⁷ que el transporte es una conducta incardinable en el artículo 368 del Código Penal como acto de favorecimiento.

Pero desde la posición que se adopte, sea conducta auxiliar, sea tráfico, sea favorecimiento, el transporte es una conducta tipificada en el Código Penal porque favorece o facilita el tráfico ilegal de drogas.

2.2.4.1. La posesión de la droga

El concepto de posesión de drogas para traficar es un concepto no civilístico, mucho más amplio, identificable con la mera disponibilidad, cuyo elemento esencial es la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial. El fundamento de este concepto penal de posesión del artículo 368 es que es un delito de peligro abstracto. La punibilidad

a través de todas aquellas formas imaginables que puede ocurrírsele al ser humano; expansión que puede realizarse o bien en una primera fase de cultivo o elaboración, en la producción agrícola o industrial, o bien en una segunda, cuando de la distribución del género prohibido se trate.

33. Artículo 36 en relación con el artículo 1.*m*) del Convenio Único de 1961, al igual que el artículo 10 del Convenio de sustancias psicotrópicas de 1971.

34. Artículo Quince: «Constituyen tráfico ilícito, entre otras, las operaciones de importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte y distribución, de sustancias estupefacientes, que sean contrarias a lo dispuesto en la Ley.»

35. STS de 1 de octubre de 1998 (RA 6469).

36. BURGOS PAVÓN, F., «Un año de jurisprudencia sobre drogas...», en *Estudios del Ministerio Fiscal...*, o.c.

37. *Vid.* la STS de 8 de febrero de 1991 (RA 917): «El acto de transporte, como tal, es un acto de favorecimiento», aunque en el supuesto de la Sentencia la droga no se transportaba para ser entregada a terceros, sino al mismo comitente.

trae su causa en una situación de peligro eventual que nace *ex lege* de las conductas descritas en la figura penal, idea de peligro que está presente en la denominación del título del Código Penal: «De los delitos contra la seguridad colectiva». Al tratarse de un delito de consumación anticipada, el mero hecho de poseer para traficar está penalizado, y es irrelevante el que produzca un determinado resultado, porque el legislador ha adelantado las barreras para proteger la salud pública³⁸.

A priori, es difícil distinguir entre un traficante y un consumidor por la posesión, en cuantías mínimas, de droga, pero en múltiples supuestos esta acción va a ser elemento nuclear de la decisión judicial.

El problema se plantea porque el hecho de la mera tenencia de la droga, por sí sola, en cantidades pequeñas, no cualifica al poseedor como consumidor o traficante. Por ello es muy frecuente que el poseedor sorprendido alegue que destina la droga poseída al propio consumo.

El juez, una vez puesto en su conocimiento el hecho de la posesión de la droga, e iniciada la investigación, habrá de acudir a todo tipo de factores de índole objetiva³⁹, a fin de demostrar el particular *animus* de que éstas estaban destinadas a un ulterior tráfico⁴⁰. Este *animus* se inferirá, la mayoría de las veces, de la prueba indiciaria, que es la que comúnmente se da en el tráfico de drogas, y que servirá para determinar, en cada caso concreto, la tipicidad o atipicidad de la conducta⁴¹. El caso más difícil de resolver se produce cuando la

38. STC 62/83 de 11 de julio, dice que: «la introducción de delitos que, como el tráfico de drogas, pretenden tutelar la salud pública, es una manifestación más del deber del Estado de lograr tal protección, y no una mera declaración de derecho fundamental contenida en nuestra Constitución. El bien jurídico protegido en los delitos de riesgo general contra la salud pública es el bien común en que la misma consiste, que se refleja, en definitiva, en la salud de los ciudadanos.» Y, por ello, no se necesita la posesión material de la droga para que sea una conducta punible.

39. Doctrina que, iniciada por el Tribunal Constitucional (*vid.* S 8/81 de 28 de junio), ha continuado hasta hoy.

40. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento penal español*, Pamplona 1993, pp. 238-289, en donde el autor pone de manifiesto la necesidad de demostrar ese ánimo de tráfico, que es lo que diferencia una conducta atípica, como es la posesión de la droga para el propio consumo, de otra típica, como es el tráfico.

41. Entre otros muchos factores, aplicados a cada caso concreto, se consideran relevantes de la posesión para un ulterior tráfico: el que no se sea consumidor con adicción crónica, cuasi-crónica o esporádica; el que existan balanzas de precisión;

cantidad de droga poseída, siempre en pequeñas cantidades, es el único elemento para poder determinar el tráfico o el autoconsumo. Nosotros entendemos que, en este supuesto, y por el principio *in dubio pro reo*, el juez deberá considerar tenencia para el propio consumo ⁴², siempre que no exista ninguna prueba de indicios, y, en consecuencia, absolver del delito del que se le imputa al acusado.

En cuanto al envío postal, éste plantea múltiples problemas, entre los que se encuentra el tratamiento legal que se debe dar a la apertura de los paquetes postales, tanto en lo que se refiere a los que circulan exclusivamente por territorio nacional como a los que provienen del extranjero. Brevemente vamos a exponer en qué sentido el envío postal supone posesión para traficar.

La posesión, a efectos del artículo 368 del Código Penal, es aquella que va destinada al tráfico y, para considerarla como tal, sólo es necesario un dominio funcional de la droga, de la sustancia prohibida ⁴³, ya que, al tratarse el tráfico de drogas de un delito de mero riesgo, que no de resultado, la posesión puede nacer de un concierto previo a la efectiva distribución de estas sustancias. El concierto previo

la tenencia de drogas diversas; la tenencia de joyas y dinero, sin justificar su procedencia; o la tenencia de sustancias con las que se adultera la droga. En definitiva, todos aquellos datos externos que revelen la intención del sujeto. Esta validez de la prueba indiciaria se recoge en la Convención de Viena, en el artículo 3.3, que dispone que: «el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del artículo presente podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso». El precepto de la Convención de Viena consagra la prueba indiciaria reconocida como válida por nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional para desvirtuar la presunción de inocencia, *vid.* SSTs de 10 de marzo (RA 2574), 3 de abril (RA 3010), 6 de junio (RA 5043), 16 de junio (RA 5137), 18 de septiembre (RA 6665) y 11 de noviembre de 1989 (RA 8611), y SSTC 174/85, 175 /85, 169/86 y 229/88.

42. El Tribunal Supremo otorga un significado especial a la cantidad de droga aprehendida: así, para el hachís, 50 g es el tope para considerarlo tráfico. Sin embargo, en múltiples sentencias es contradictoria: por ejemplo, en la de 13 de febrero de 1992 (RA 1163) estima tal tope entre 108 y 210 g; la de 29 de febrero del mismo año (RA 1505), considera 50 g. La posición doctrinal de la limitación de la cuantía para determinar el destino de la droga al tráfico, cuando se trata de pequeñas cantidades, nada indica en sí mismo, por lo que esa tenencia habrá de determinarse a través de datos objetivos, como señala el propio Tribunal Supremo. Lo decisivo es la prueba indiciaria, que es la que puede enervar la presunción de inocencia respecto a los componentes internos del delito, como es el ánimo de destinar la droga a un tercero.

43. A este respecto, existe una posición consolidada y unánime en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras muchas, la de 6 de mayo de 1991 (RA 3544), y 12 de diciembre de 1990 (RA 9475).

y la mera disponibilidad es lo que produce los efectos jurídicos penales por lo que no es ni siquiera necesario que el destinatario la haya retirado de correos ⁴⁴.

Las anteriores afirmaciones se fundamentan en que la expresión del artículo 368 del Código Penal se refiere a las conductas que «de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten» el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Esta expresión da un amplio margen a la autoría porque, como la jurisprudencia viene entendiendo ⁴⁵, en muchos supuestos se establece un *Pactum scaeleris* entre las diversas personas que conciertan el delito, un vínculo de solidaridad criminal que les hace partícipes a todos con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea el cometido que a cada uno se le asigne ⁴⁶.

2.3. Ejecución ilegítima de los referidos actos

Los actos a que se refiere el artículo 368 del Código Penal son aquellos que van dirigidos al consumo ilegal. Son actos ilegítimos porque no se encuentra en los mismos justificación o refrendo de tipo legal, administrativo o reglamentario.

Es la Ley 8 de abril de 1967 la que atribuye al Estado un control absoluto sobre todos los actos relativos a dichas sustancias, control absoluto que encuentra su justificación en fines industriales, terapéuticos, científicos y docentes ⁴⁷. Cuando dicho control se vulnera, ha

44. Vid. la STS de 11 de marzo de 1994 (RA 2129), en donde considera suficiente para la realización del tipo con que se tenga la posibilidad de disponer de la droga, y, por tanto, no se requiere que el autor la tenga en sus propias manos; y la de 21 de junio de 1994 (RA 5219), que señala que no es preciso que la tenencia sea material, pues basta con el dominio que se ejerce sobre la droga.

45. Vid. la STS de 24 de abril de 1991 (RA 2929).

46. Vid. la STS de 28 de noviembre de 1994 (RA 9998), que indica, como regla general, que todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico, encaja, dados los amplios términos de esta infracción penal, en algunos de los supuestos descritos en el tipo, en calidad de autoría directa, y la de 1 de julio de 1998 (RA 5803).

47. MOYNA MÉNGUEZ, J., *Código Penal. (Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal. Comentarios y jurisprudencia)*, Madrid 1995, p. 571.

A este respecto, la posición del Tribunal Supremo es unánime. Por todas, la sentencia de 7 de noviembre de 1985 (RA 5387) atribuye el control absoluto sobre estas sustancias al Estado, y expresa que: «los supuestos están minuciosamente previstos y regulados en la referida Ley sobre estupefacientes, y atribuyen al Estado un total control sobre el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el

de considerarse una acción punible que tiene como referencia el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos, y que rompe así con el monopolio que ostenta el Estado en todo el ciclo de la droga.

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO: EL ÁNIMO TENDENCIAL, COMO ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Junto a la conciencia del carácter nocivo para la salud, es preciso que además se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal a terceras personas ⁴⁸. De dicha afirmación se deduce que son necesarios dos elementos básicos como elementos subjetivos del tipo; en primer lugar, un conocimiento de que dichas sustancias son drogas y, en segundo lugar, una finalidad de facilitación a terceros ⁴⁹.

almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo.»

Este control absoluto no sólo se realiza en España, sino que prácticamente todos los demás países mantienen el monopolio del control estatal sobre dichas sustancias. Cabe, por tanto, afirmar que prácticamente existe unanimidad internacional en torno a este control. Así, como un mero ejemplo, sucede en Japón, país en el que el control de narcóticos y otros estupefacientes se hace cumplir mediante las disposiciones de la Ley de Narcóticos, la Ley de Control de Estimulantes, la Ley del Opio y la Ley del Control del Cannabis.

Las tres primeras leyes enunciadas estipulan el decomiso obligatorio de narcóticos y drogas estimulantes (art. 68 de la Ley de Control de Narcóticos, el art. 41-6 de Estimulantes, y el art. 54 del Opio).

Las Leyes de narcóticos y estimulantes están dirigidas a la prevención del peligro que suponen para la salud pública el abuso de drogas estimulantes y narcóticos, a través de la reglamentación de cada paso de la fabricación, distribución, comercio, uso... de narcóticos y estimulantes.

La Ley del Opio y la Ley del Control del Cannabis están dirigidas a la prevención del peligro que supone para la salud pública el abuso de adormideras y plantas del *cannabis* a través de la reglamentación del cultivo, comercio... de adormideras y plantas del *cannabis*.

48. Ánimo tendencial del injusto que es resaltado por la doctrina, entre otros, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, o.c., p. 571. También, *Memo - ria de la Fiscalía Especial...*, 1990, pp. 94, 95 y 98. Y en la jurisprudencia, por la STS de 30 de junio de 1995 (RA 5157) y la de 17 de octubre de 1998 (RA 6874).

49. Es la posición mantenida, con carácter unánime, por nuestra jurisprudencia; entre otras muchas, las SSTS de 22 de marzo de 1982 (RA 2007), 8 de marzo de 1983 (RA 1786), 31 de enero de 1984 (RA 442), 18 de junio de 1985 (RA 3025) y 7 de noviembre de 1985 (RA 5387), para las que el ánimo tendencial en el tráfico de drogas, como elemento subjetivo del injusto, está integrado por la intención de

Y por ello, la caracterización dogmática de estos delitos conducen a negar la posibilidad de la existencia de delitos culposos, ya que por su misma naturaleza llevan en sí mismo el dolo ⁵⁰. Ciertamente es que el dolo penal requiere de dos elementos, uno intelectual y otro volitivo, por lo que la afirmación precedente en la que se dice que este delito lleva en sí el dolo nos conduce directamente a preguntarnos que si la mayoría de los traficantes son a su vez consumidores de droga, se les podrá imputar el delito, esto es, si existe un verdadero dolo o, por el contrario, el consumo de drogas es causa de inimputabilidad.

La inimputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente ⁵¹, pero el Código Penal hace mención expresa del estado de «intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos», como causa de inimputabilidad, y considera expresamente los efectos con independencia de la causa que los produjo provocando, de esta forma, la cuestión trascendental de la falta de imputabilidad provocada por el drogodependiente, cuando no se trate de una intoxicación plena ⁵².

destino, por la finalidad proselitista o de facilitación a terceros de tan nocivas sustancias, viniendo a concebir el tráfico no sólo como una transmisión onerosa, sino simplemente con la puesta a disposición de la droga.

50. Un estudio detallado sobre el dolo y la culpabilidad, entre otros, FERRER SAMA, A., «Los grados de culpabilidad en la Legislación Española», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (discurso en su recepción), Madrid 1983, pp. 50 y 55.

51. RODRÍGUEZ DE VESPA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte general*, Madrid 1995, p. 432: «actúa culpablemente el que con arreglo al Ordenamiento Jurídico pudo proceder de otra manera a cómo lo hizo»; y CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte general* (revisada y puesta al día por Camargo Fernández), t. I, vol. II, Barcelona 1982, pp. 488 y ss.

Con la inimputabilidad se trata de ver si el sujeto reúne aquellas condiciones necesarias para que se le pueda hacer responsable de dolo o culpa, de la acción por él realizada. Un sujeto será inimputable cuando no esté en condiciones de lo ilícito del hecho, o que le falte la capacidad de actuar conforme a este conocimiento, es decir, es la condición psíquica extrínseca al delito, que realza los fines de la capacidad jurídico penal.

52. Ya en el *Anteproyecto del Código Penal, 1994. Informe del Consejo General del Poder Judicial y voto concurrente formulado*, p. 161, se mantenía que: «la fórmula histórica hablaba de enajenación y de trastorno mental transitorio; pero el Anteproyecto prefiere unificar el presupuesto de la inimputabilidad alrededor de la idea de trastorno mental. Esa unificación tiene ventajas e inconvenientes... entre los inconvenientes podría destacarse el de que la idea de trastorno mental, estrictamente extendida, quizás no cubra todas las hipótesis de anomalía o alteración psíquica a las que, sin duda, parece querer referirse el precepto. Tal vez sería deseable un cambio terminológico.»

Todos los organismos médicos internacionales consideran a la drogadicción como una enfermedad, y como tal es clasificada, porque produce sobre la salud física y psíquica de la persona que lo padece trastornos que afectan tanto a su capacidad volitiva como cognoscitiva. Ahora bien, siendo una enfermedad, no todas las dependencias tienen la misma repercusión dentro del ámbito penal, no todas las toxifrenias son iguales, por lo que habrá de atenderse en cada caso concreto al conjunto de circunstancias de todo orden coexistentes en ese caso determinado para poder determinar el grado de imputabilidad.