

La defensa en los delitos de tráfico de drogas Aspectos sustantivos

José Rey Cadenas. Abogado.
GAJ-ICAB 13 de julio de 2010

El tipo básico art. 368 CP

- **Texto vigente:**

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de tres a **nueve** años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

- **Nuevo texto vigente a partir del 23/12/2010*:**

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de tres a **seis** años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

*Aplicación parcial de la recomendación del TS en su [Acuerdo PNJ 25/10/2005](#)

Objeto del delito I

- **Del texto del art. 368 CP se extraen dos tipos de conceptos que precisan ser definidos:**
 - Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
 - Sustancias que causen grave daño a la salud y las que no causen grave daño a la salud.

Objeto del delito II

Conceptos de droga, estupefaciente y psicotrópico

- **Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.**
 - **Conceptos extrapenales:**
 - Semántico
 - Médico-farmacológico
 - Fenomenológico
 - **Conceptos jurídico-penales:**
 - **Método tópico-ilegalidad:** Sustancias incluidas en Listas de Tratados y Convenios internacionales ratificados por España.
 - **Criterio de toxicidad.** Principio de la insignificancia.

Objeto del delito III

Método tópico. Listas.

- **Convenios internacionales suscritos y ratificados por España:**
 - **Convención Única de Naciones Unidas de 1961**, sobre estupefacientes, enmendada por Protocolo de 25/5/1972. Nueva York, 8/6/1975. (ratificado por Instrumento de 3/2/1966 –BOE de 22/4/1966).
 - **Convenio de Viena de 1971**, sobre sustancias psicotrópicas. Viena, 21/2/1971, (ratificado por Instrumento de 2/2/1973 –BOE de 10/9/1976).
- **Normas estatales:**
 - **Ley 17/1967, de 8 de abril**, normas reguladoras por las que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de Naciones Unidas.
 - **RD 2829/1977, de 6 de octubre**, sobre sustancias y preparados medicinales psicotrópicos.
 - **Multitud de OO.MM.** incluyendo sustancias en las Listas de los Convenios y normas estatales antes citados. La última, OM SAS/1916/2009, de 19 de julio, que incluye la *Benzilpiperazina* (BZP).

Consultar web Plan Nacional sobre Drogas: www.pnsd.msc.es

Objeto del delito IV

Criterio de toxicidad-Principio de insignificancia

Dosis mínima psicoactiva

- La jurisprudencia aplica este criterio desde hace muchos años, pero en el **Acuerdo PNJ TS 24/01/2003**, el TS solicitó un Informe al INT, que fue emitido por éste en Comunicación de 13/01/2004, en el que se fijó la *dosis mínima psicoactiva* de diversas sustancias y desde la **STS 19/01/2004** se vienen considerando como supuestos de atipicidad aquellos en los que la cantidad intervenida se encuentre por debajo de esa *dosis mínima psicoactiva*.
- El **Acuerdo PNJ TS de 3/2/2005** lo confirmó y una de las últimas que lo aplica es la **STS 343/2010, de 20 de abril**.
- Si la cantidad supera con creces la *dosis mínima psicoactiva* es irrelevante la **falta de determinación de pureza del principio activo**, pero si no, sí puede llevar a la atipicidad.

Sustancia tóxica	HEROINA	COCAINA	HASCHÍS	LSD	MDMA	MORFINA
Dosis mínima psicoactiva	0,66 mg ó 0,00066 gr	50 mg ó 0,05 gr	10 mg THC ó 0,01 gr THC	20 mcg (µg) ó 0,00002 gr	20 mg ó 0,02 gr	2 mg ó 0,002 gr

Objeto del delito V

Grave daño a la salud

- **Criterio jurisprudencial:**

- **Grave daño a la salud**: Cumplen requisitos de **dependencia** física o psíquica, **tolerancia**, que el **abuso comporte alteraciones comportamiento o psíquicas** y no precisa síndrome abstinencia.

- **Opiáceos: heroína, morfina, metadona**, buprenorfina –*buprex**-, destropropoxifeno, pentazocina, fentanilo, dihidrocodeína, levoacetil-metadol, petidina, tramadol.
- **Cocaína. *Speed-ball*** –mezcla de heroína y cocaína-. ***Crack*** –cocaína tratada con amoníaco-.
- **Alucinógenos: LSD, Mescalina.**
- **Derivados de la feniletilamina (FEA): Anfetaminas- *speed, centramina*-**
- **Fenetilaminas de anillo sustituido: MDA –*píldora del amor*-, MDMA –*éxtasis*-, MDEA –*EVA*-.**
- **GHB –*éxtasis líquido*- y GBL –*butirolactona*-**

- **No grave daño a la salud**:

- **Cannabis y sus derivados: Marihuana, hachís y aceite de hachís.**
- **Hipnóticos y sedantes: alprazolam –*trankimazin*-, triazolam –*halcion*-, flunitrazepam –*rohipnol***-, lorazepam –*orfidal* y otros-, clorazepato dipotásico –*transilium*-.**

* Casi siempre ha sido considerado como que causa grave daño a la salud, aunque hay excepciones.

** Antes del Acuerdo de PNJ TS de 23/3/1998 se había considerado a veces como causante de grave daño a la salud.

Conductas típicas

- **Conductas:**

- Cultivo
- Elaboración
- Tráfico
- Posesión
- De otro modo

- **Fin:**

Promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Supuestos de atipicidad de esas conductas

- **Autorizadas:** Cumpliendo requisitos de la Ley 17/1967, de 8 de abril.
- **Autoconsumo:** Supuestos de posesión de pequeñas cantidades dirigidas a tal fin que no sea enervado con prueba en contrario. Recordar art. 25.1 LO 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana* .
- **Consumo compartido:** Supuestos asimilados a autoconsumo sujetos a una serie de requisitos restrictivos.
- **Falta de idoneidad para la expansión:** Supuestos de familiares o personas allegadas que entregan pequeñas cantidades a drogadictos con síndrome de abstinencia.

* ”Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.”

Circunstancias para apreciar el destino de la sustancia

- Relativas a la droga ocupada.
- Relativas al poseedor .
- Relativas a la ocupación.

Circunstancias para apreciar el destino de la sustancia Relativas a la droga ocupada

- **Cantidad aprehendida**, en relación a:
 - Tipo de droga. Concepto de *dosis diaria*. Acopio.
 - Porcentaje de pureza del principio activo.
 - Grado de habituación, asimilación y tolerancia del consumidor.
 - Medios económicos del poseedor.
- **Presentación** de la droga.
- **Ocupación conjunta de varios tipos de drogas.**

Concepto de *dosis diaria*

Acopio

- ***Dosis diaria***: Es la que considera el TS como la cantidad media diaria que consume un adicto con base en un Informe del INT. La cantidad para cada sustancia se obtiene de dividir entre 500 la cantidad que fija el TS en la Tabla anexa a su [Acuerdo PNJ 19/10/2001](#).
- El TS, en algunos casos, ha considerado atípica la tenencia de cantidades superiores a la *dosis diaria* por entenderla como **acopio** para varios días (en principio lo fijó en 5 días, pero luego ha permitido más).

Sustancia tóxica	HEROINA	COCAINA	CANNABIS	LSD	MDA MDMA MDEA	MORFINA
Dosis diaria	0,6 gr	1,5 gr	Marihuana: 20 gr Hachís: 5 gr Aceite: 0,6 gr	0,6 gr	0,8 gr	2 gr

Circunstancias para apreciar el destino de la sustancia Relativas al poseedor

- Condición de drogodependiente, politoxicómano o consumidor habitual.
- Situación económica.
- Ocultación de la droga a las autoridades.
- Utilización de una falsa identidad.
- Presunciones de que se dedica o ha dedicado a realizar actos de tráfico.
- Falta de credibilidad o contradicciones del acusado.

Circunstancias para apreciar el destino de la sustancia Relativas a la ocupación

- Ocupación de instrumentos para elaboración o distribución de la droga.
- Ocupación, junto a la droga, de grandes cantidades de dinero inusuales.
- Lugar y momento de ocupación de la droga.

Consumo compartido

- **Requisitos jurisprudenciales para su estimación:**
 - **Partícipes:**
 - Pequeño número.
 - Personas ciertas y determinadas.
 - Todos adictos o consumidores habituales.
 - **Consumo:**
 - En lugar cerrado
 - Inmediato
 - Cantidad insignificante de droga

STS 86/2010, de 9 de febrero.

Falta de idoneidad para la expansión

- Se ha admitido en algunos supuestos:
 - **Familiares o personas allegadas** que entregan pequeñas cantidades a drogadictos para facilitar su proceso de deshabituación y/o evitar síndrome de abstinencia.
 - Intercambio de drogas tóxicas por **coleccionistas**, a los solos efectos de colección.
 - Intercambio de sustancias tóxicas entre dos **grupos de investigación**.
 - Invitaciones o donaciones de **pequeñas cantidades entre adictos** para un consumo inmediato.

Formas imperfectas de ejecución

Tentativa

Al considerarlo como un delito de peligro abstracto y consumación anticipada, la jurisprudencia la ha apreciado en muy escasos supuestos, referidos a envíos desde el extranjero, y en estos exige que se den conjuntamente:

- No haber intervenido en la operación previa a traer la droga.
- No ser el destinatario de la droga.
- No tener disposición de la droga.

STS 2354/2001, de 12 de diciembre

STS 1673/2003, de 2 de diciembre

STS 205/2008, de 24 de abril

SAP Bcn (Secc. II) 41/2010, de 20 de enero

Grados de participación

Complicidad

La jurisprudencia la ha apreciado en muy escasos supuestos, aplicando la que denomina doctrina del “favorecimiento del favorecedor”:

- Mero acompañamiento al comprador con indicación del lugar donde puede hallar a los vendedores.
- Ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.
- Simple cesión de domicilio a los autores para reunirse.
- Labor de recepción y desciframiento de mensajes en clave sobre el curso de la operación.
- Facilitar n^o tfno. vendedor y precio droga.
- La vigilancia del lugar donde se encuentra la droga.
- Actuar de escolta.
- etc.

STS 312/2007, de 20 abril

STS 1230/2009, de 23 de noviembre

Circunstancias atenuantes específicas

- **Consecuencias penológicas:**
 - Pena inferior en un grado (nuevo art. 368.2 CP) o en uno o dos grados (art. 376 CP).
 - Aplicación facultativa, *podrán*.
- **Listado:**
 - **Nuevo párrafo 2º art. 368 CP:**
 - Escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable.
 - **Art. 376 CP:**
 - Abandono voluntario de actividades delictivas y colaboración activa con autoridades. Figura del arrepentido.
 - Drogodependiente deshabitado.

La figura del *arrepentido*

- **Distinto de la atenuante de confesión del art. 21.4ª CP.**
- **No requiere**, como antes de la reforma, la presentación ante las autoridades confesando los hechos, aunque antes se apreciaba la aten. anal. art. 21.6ª, en rel. con la 4ª, cuando faltaba el requisito de la confesión previa.
- **Requiere:**
 - Abandono voluntario de actividades delictivas **y**
 - Colaboración activa con autoridades para:
 - Impedir producción de un delito.
 - Obtener pruebas decisivas para identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de org. a las que haya pertenecido o colaborado.

STS 942/2009, de 23 de septiembre

STS 262/2010, de 23 de marzo

La figura del *drogodependiente deshabituado*

- **Requiere:**
 - Acreditación de la dependencia en el momento de los hechos.
 - Acreditación de la deshabituación, se entiende que al momento del Juicio Oral.
 - Que no sean casos de *notoria importancia o extrema gravedad*.
- Relación con la modificación del **art. 87.1 CP**, que amplía de 3 a 5 años las penas que se pueden suspender en estos casos.

STS 391/2009, de 14 de abril.

La multa

- **Determinación de la cuantía de la multa y prelación frente a costas (art. 377 y 378 CP):**
 - El valor de la droga será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida o que pudiera haber obtenido el reo.
 - El *usus fori* es que se utilicen los datos aportados por la Oficina Central Nacional de Estupefacientes (**OCNE**) que van apareciendo en los Informes anuales del OED*.
 - El TS exige que conste en Hechos probados el valor de la droga.
 - Se coloca con preferencia a las costas, como excepción a la regla gral. del art. 126 CP.

*El último publicado es el Informe 2009.

Se pueden consultar en www.pnsd.msc.es/Categoria2/observa/home.htm