



**COMILLAS**

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: EL SUBTIPO ATENUADO DEL ARTÍCULO 368.2**

Autor: Jaime Rodrigo Rodríguez

5º E-3 D

Derecho Penal

Tutora: María Concepción Molina Blázquez

Madrid

Junio 2019

## **Resumen:**

La nueva redacción del artículo 368 da un enfoque diferente al delito de tráfico de drogas. Se trata de una adaptación de los delitos tipificados a las exigencias de una sociedad cada vez más abierta y proclive a una despenalización progresiva y a una mayor proporcionalidad entre la pena y el ilícito penal cometido en este tipo de delitos.

La afluencia de sustancias tóxicas en nuestra sociedad se ha convertido en una constante a la que los poderes públicos han pretendido poner freno mediante penas calificadas por un sector de la doctrina como desproporcionadas<sup>1</sup> y constitucionalmente cuestionables<sup>2</sup>. La ineficiencia de las medidas penales como el incremento de las penas privativas de libertad para situaciones o hechos potencialmente poco trascendentes y la ineficacia de la política penitenciaria ha quedado patente en el aumento progresivo del consumo de sustancias estupefacientes entre la población española, perjudicando más que preservando el bien jurídico protegido en este precepto normativo, la salud pública.

La necesidad de una nueva configuración legal del delito de tráfico de drogas ha conseguido poner de acuerdo<sup>3</sup> a los legisladores que aprueban las leyes y a los jueces y Tribunales que deben aplicarlas para llevar a cabo las reformas necesarias con el fin de adaptar las sanciones de este tipo de conductas a los mandatos de una sociedad mayoritariamente progresista y liberal en este ámbito.

**Palabras Clave:** tráfico de drogas, subtipo atenuado, principio de proporcionalidad.

## **Abstract:**

The new wording of article 368 gives a different approach to the crime of drug trafficking. It is an adaptation of criminal offences to the demands of an increasingly open society that is prone to progressive decriminalization and greater proportionality between the penalty and the criminal offence committed in this type of offence.

The influx of toxic substances into our society has become a constant which the public authorities have sought to curb by means of penalties described by a sector of the doctrine as

---

<sup>1</sup> Pedreira González, F.M. “La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas”, *Revista Penal México*, N°9, 2016, pp. 159-179.

<sup>2</sup> Morant Vida, Jesús. *El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*, Practica el Derecho, Valencia, 2005, pp. 86 y ss.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE 23 de Junio de 2010). En la exposición de motivos: “...asimismo, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo...”

disproportionate and constitutionally questionable. The inefficiency of criminal measures such as the increase in custodial sentences for potentially insignificant situations or events and the ineffectiveness of prison policy has been evident in the progressive increase in the consumption of narcotic substances among the Spanish population, harming rather than preserving the legal good protected in this normative precept, public health.

The need for a new legal configuration of the crime of drug trafficking has managed to bring the legislators who approve the laws and the judges and courts who must apply them to carry out the necessary reforms in order to adapt the penalties for this type of conduct to the mandates of a majority progressive and liberal society in this field.

**Key Words:** drug trafficking, attenuated subtype, principle of proportionality.

## Tabla de contenido

<b>1. Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Tipo Básico del 368 .....</b>	<b>6</b>
2.1. Bien Jurídico Protegido .....	7
2.2. Objeto Material .....	8
2.3. Conductas Típicas .....	10
2.4. Formas de consumación del delito: .....	14
2.5. Formas de Participación en el delito .....	15
2.6. Elemento Subjetivo del tipo.....	15
2.7. Sanción Penal.....	17
<b>3. Artículo 368.2.....</b>	<b>18</b>
3.1. Origen y motivación de la reforma .....	18
3.2. Naturaleza jurídica del 368.2: subtipo atenuado o regla de individualización de la pena. ...	21
3.3. Requisitos .....	25
3.3.1. Escasa Entidad del Hecho.....	27
3.3.2. Circunstancias personales del culpable .....	29
3.3.3. Resumen de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para apreciar el subtipo atenuado .....	31
3.4. Límites respecto al 369.....	33
3.5. Límites respecto al 369.bis y 370 del C.P. ....	35
3.6. Retroactividad del artículo 368.2.....	37
<b>4. Conclusiones.....</b>	<b>39</b>
<b>5. Bibliografía.....</b>	<b>40</b>

## 1. Introducción

El delito de tráfico de drogas, tipificado en los artículos 368<sup>4</sup> a 372 del Código Penal, en el Capítulo III, de los delitos contra la salud pública, Título XVII, de los delitos contra la seguridad colectiva, del Libro II del Código Penal, responde a una obligación del Estado de proteger la salud pública, sin embargo, las técnicas legislativas penales utilizadas en la Ley Orgánica 10/1995 no han sido lo suficientemente eficaces, abarcadoras y previsoras de cambios sociales.

Los valores, ideales y percepciones de una sociedad pueden cambiar y estas modificaciones deben repercutir en un momento u otro en el derecho<sup>5</sup>, recogiendo los pensamientos e inquietudes de la misma sociedad que legitima su existencia. La modificación del 2010 del artículo 368 y restantes relativos a delitos contra la salud pública, tras 15 años desde su promulgación, reflejan una adecuación del derecho a las necesidades de la sociedad.

El fenómeno de las drogas ilícitas y las acciones consideradas delito asociadas a las drogas se han constituido como uno de los grandes problemas de la sociedad actual, provocando el interés tanto de los estados como de las instituciones y organizaciones internacionales. No es por tanto una falacia decir que el tráfico de drogas se ha convertido en una de las causas más reiteradas de delincuencia en nuestro país, no llegando a niveles de otros países como Estados Unidos, donde el 46% de la población interna en centros penitenciarios se encuentra en esa situación por delitos relacionados con el tráfico de drogas; sin embargo en España también nos encontramos con numerosos casos de personas condenadas a penas privativas de libertad por el menudeo de la droga para sustentar la propia adicción.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> La redacción del artículo 368 del C.P. ha quedado como sigue: “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 prisión 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.”

<sup>5</sup> Laso Prieto, JM. “Hacia un nuevo uso alternativo del derecho”, *Revista Argumentos*, nº3, julio 1977. Págs. 48-52.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero 16/2007. Fundamento Segundo de Derecho: “el Tribunal de instancia, que reconoce la condición de drogodependiente del recurrente... no procede aplicar una eximente incompleta o una atenuante muy cualificada.” Sentencia previa a la reforma por lo que no es posible la aplicación del subtipo atenuado y una pena desproporcionada es impuesta.

Numerosos debates ha generado la redacción e interpretación de los artículos relativos al delito de tráfico de drogas, discusiones acerca de si el bien jurídico protegido en estos delitos debería ser la salud pública, los requisitos para calificar una droga como ilegal, las distintas políticas criminales encaminadas a la erradicación de estas prácticas y sus respectivas estrategias, cada una considerada la más eficaz para conseguir resultados efectivos tanto a nivel personal de drogodependientes como a gran escala contra organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico. La elección entre una política eminentemente preventiva y otra represiva corresponde al legislador y a la finalidad última que deba perseguir el ordenamiento penal en cada Estado; en nuestro caso viene estipulado en el artículo 25.2 de la Constitución, donde se obliga a que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social.<sup>7</sup>

Debemos destacar la evolución histórica de la relación del hombre con las drogas, así como la de los ordenamientos jurídicos con estas sustancias que han estado en todo momento al lado de los seres humanos. En la mayoría de ordenamientos jurídicos no es hasta el siglo XIX cuando se sustituye el control social sobre las drogas por un control jurídico<sup>8</sup>, lo que se traduce en una legislación esencialmente penal y restrictiva. Incluso a principios del siglo XX, la mayoría de las sustancias que hoy en día están recogidas como drogas y prohibida su venta, podían adquirirse en establecimientos como farmacias y droguerías. Como se ha mencionado anteriormente, las drogas han acompañado al hombre desde la Antigüedad, utilizadas por multitud de sociedades ya sea con fines lúdicos, medicinales o religiosos: el opio ya es mencionado por Homero en sus obras literarias, las primeras plantaciones de adormidera se remontan a los países mediterráneos, el cáñamo se empieza a cultivar en China, la experimentación humana con plantas alucinógenas procede de Asia Menor, por otro lado América no conoce de la mayoría de estas sustancias hasta su conquista por las naciones europeas, sin embargo ya existían otras drogas como el tabaco, la droga reina del continente y posteriormente del mundo entero hasta hoy en día, donde comparte el primer puesto con el alcohol, las dos drogas aceptadas tanto por la sociedad como por el ordenamiento jurídico. No es hasta el siglo XIX cuando aparecen las primeras drogas sintéticas, elaboradas en laboratorio que derivan de los activos presentes en ciertas plantas. Sin género de dudas, a

---

<sup>7</sup>Artículo 25.2 C.E.: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

<sup>8</sup> Escohotado Espinosa, A. *Historia General de las Drogas*, Espasa Libros, 1999, pp. 378 y ss.

principio del siglo XX ya existen adictos a la morfina, a la heroína o al opio, sin embargo, el legislador todavía no percibe una amenaza para la salud pública el consumo de este tipo de sustancias. Por estas razones debemos preguntarnos que provoca el cambio de actitud mundial respecto al tratamiento jurídico de las drogas. Los expertos coinciden en señalar cuatro principales razones, simplificando de gran manera este cambio de tratamiento social y punitivo de estas sustancias:

- a) El surgir del puritanismo en los Estados Unidos como contraposición a la llegada masiva de inmigrantes y la proliferación de las grandes urbes, donde el consumo de estas sustancias se asocia a grupos determinados.
- b) El inicio del consumo de drogas “duras” con graves efectos para la salud en contraposición con el hasta ahora consumo de drogas “blandas” y la creación de un problema sanitario de primer orden.
- c) El acuciante problema de desestructuración social entre los consumidores.
- d) La presión de la recién creada industria farmacéutica que aspira a acaparar un mercado lleno de posibilidades.

Ambos argumentos son parte del origen de los convenios y tratados internacionales destinados a reprimir el tráfico de drogas desde el siglo pasado.<sup>9</sup> Las acciones encaminadas al tráfico de drogas han sido perseguidas por todos los ordenamientos jurídicos estatales, pero también internacionales, ya en la Unión Europea o a través de Convenios y Tratados. Los pioneros en utilizar el derecho como herramienta para combatir el tráfico y el consumo de estas sustancias fueron los Estados Unidos de América<sup>10</sup>, que como parte de su estrategia en la guerra contra las drogas endurecieron las penas para este tipo de ilícitos. Siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, el resto de las legislaciones estatales fueron tipificando poco a poco estas acciones y sancionándolas con penas desproporcionadas en multitud de ocasiones.

En España, la primera mención jurídica a este tipo de sustancias data de la época de Felipe II: la Pragmática de 1588 prohibía curiosamente la venta de sustancias que contuviesen opio que

---

<sup>9</sup> Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, celebrada en la Sede de las Naciones Unidas del 24 de enero al 25 de marzo estando España presente y ratificando el acta final. El preámbulo comienza como sigue: Las Partes, preocupadas por la salud física y moral de la humanidad...Reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad...”

<sup>10</sup> Pure Food and Drug Act (1906). Ley de Pureza de Alimento y Medicinas de 30 de junio de 1906, para prevenir la fabricación, venta o transporte de alimentos, drogas, medicinas y licores adulterados, mal etiquetados, venenosos o nocivos, y para regular el tráfico de los mismos y para otros fines. Conviene recordar que nos encontramos en la etapa “prohibicionista” de los Estados Unidos.

estuviesen mal envasadas o adulteradas, únicamente limitaba y regulaba la venta de opio por parte de los boticarios.<sup>11</sup> Con el primer código penal de 1822 ya venía tipificado en el artículo 366 un delito que mencionaba los estupefacientes. El artículo 366 únicamente mencionaba a los boticarios: “ningún boticario, ni practicante de botica venderá ni despachará veneno ni droga alguna...ni menos ésta parte sola sin receta de médico o cirujano aprobado” El artículo 397 también menciona la prohibición de los boticarios de vender “remedio secreto alguno” que no estuviese aprobado por la autoridad competente.

Posteriormente el Código Penal de 1848 y la reforma de este de 1850 regulan expresamente, dentro de los delitos contra la salud pública, la venta de drogas sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley, artículos 253 y 254. Debemos entender que era una época distinta a la actual en la que el consumo de algunas drogas era muy común, lo que pretendía el legislador era castigar a los “boticarios” o “farmacéuticos” (el Derecho Penal ya utiliza el término farmacéutico y lo diferencia del de boticario en que el primero se dedica a la elaboración y posterior venta de medicamentos, y el segundo se dedica al comercio de plantas medicinales e indígenas).

El Código Penal de 1928 contiene en los artículos 557 y 558 una copia exacta de los artículos 253 y 254 del Código de 1848 con una diferencia: recoge un supuesto agravado en el segundo párrafo del artículo 558 en el que el objeto material del delito son “drogas tóxicas”. Desde la promulgación de este Código hasta la siguiente reforma en 1932 son numerosos los reales decretos que fueron aprobados en materia de delito de tráfico de drogas. El Real decreto Ley de 30 de abril de 1928 aprueba la competencia estatal en materia de venta y distribución de estupefacientes y el Real Decreto Ley de 13 de noviembre de 1928 enumera una serie de sustancias tóxicas destructivas, entre ellas la cocaína, el opio o el cáñamo. Los Códigos de 1932 y 1944 no presentan novedades en la redacción de los delitos contra la salud pública en materia de sustancias estupefacientes.<sup>12</sup>

Es en el Código Penal de 1971 cuando el delito de tráfico de drogas se le va a dar mayor importancia. En la Exposición de Motivos se afirma que el nuevo Código sirve para adaptar

---

<sup>11</sup> Pragmática de 1588 de Don Felipe II, de los boticarios, visitas de boticas y Junta Superior Gubernativa de Farmacia. Como sigue: “ni pueden vender drogas algunas ni compuestos, salvo aquellos en que entra opio y confecciones de alquermes y jacintos, con que en la cubierta del vaso pongan día, mes é año de quando se hizo el compuesto.”

<sup>12</sup> Molina Pérez, T, “Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2011, pp. 6-12.

la normativa nacional a las exigencias internacionales asumidas por España.<sup>13</sup> La ratificación de la Convención de Nueva York de 1961 obliga al legislador a la modificación de este ilícito penal. Las dos grandes novedades son la nueva redacción que se asemeja a la actual y la agravación de las penas para intentar reducir tanto el tráfico como el consumo de estupefacientes.

En el Código Penal de 1983 se suavizan las penas relativas al delito de tráfico de drogas, sin embargo en la reforma a través de la L.O. 1/1988 de 24 de marzo se volvieron a incrementar las penas y a incluir nuevas circunstancias agravantes que pueden fijar el límite máximo para este tipo de delitos en los 40 años. Por último el Código Penal de 1995 vuelve a rebajar las penas del tipo básico situándolas entre los 3 y 9 años, además de incluir nuevas circunstancias agravantes. Tras 15 años desde esta reforma en la que las estrategias de las políticas criminales para hacer frente al problema de las drogas han dado un giro de ciento ochenta grados, en especial en lo relativo a pequeños traficantes, fomentando en mayor medida la reinserción social que las penas privativas de libertad; amplios sectores de la doctrina y la judicatura solicitaban una modificación de los delitos de tráfico de drogas para por un lado reducir las penas previstas en el artículo de manera general, y por otro lado poder adaptar la pena proporcionalmente a hechos ilícitos de muy escasa entidad.

La introducción del artículo 368.2 como subtipo atenuado permite a los jueces y tribunales adaptar sus sentencias proporcionalmente al ilícito cometido, podemos catalogar el 368.2 como un escalón inferior que sigue castigando la conducta, pero con una sanción relativamente inferior. La reforma de los delitos de tráfico de droga de 2010 busca una mayor proporcionalidad, disminuyendo la pena propia de estos delitos además de reducir la pena para los supuestos menos lesivos, centrando la aplicación del tipo general en aquellas conductas con un mayor perjuicio social.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código Penal. En la exposición de motivos: “la ratificación por España... del Convenio Único... ha determinado la modificación del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código. Pero la reforma en este punto viene impuesta no sólo por el compromiso internacional, sino por la necesidad de disponer los medios legales precisos para atajar con eficacia el problema social que entraña el tráfico y consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes. Al Código Penal compete la prevención y castigo de las conductas de elaboración, tenencia o tráfico de drogas y todo género de favorecimiento o difusión de su uso...se orienta la nueva redacción del artículo 344 del Código, que, por impreciso tal vez, en su versión anterior resultaba insuficiente.”

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero 32/2011. En el Fundamento de Derecho Tercero, refiriéndose a las dos modificaciones en el artículo 368: “responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a la personales del acusado.”

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo principal el análisis del nuevo tipo atenuado de tráfico de drogas recogido en el artículo 368.2. Se realizará un análisis enfocado en torno a la nueva redacción del artículo, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, así como un repaso de la evolución del delito de tráfico de drogas en nuestra legislación con sus caracteres esenciales. Posteriormente veremos la compatibilidad del nuevo subtipo con las demás disposiciones penales recogidas en este capítulo, prestando especial importancia en este apartado a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo; para finalizar con una breve aportación personal sobre la política criminal relativa al delito de tráfico de drogas y la instrumentalización del derecho penal como arma. Con el fin de alcanzar los objetivos previamente planteados, en este trabajo se ha realizado una amplia revisión literaria, tanto de sentencias, escritos y acuerdos de juzgados y tribunales, como opiniones doctrinales recogidas en revistas, manuales y artículos jurídicos.

## **2. Tipo Básico del 368**

La norma actual básica referente al delito de tráfico de drogas viene recogida del siguiente modo desde hace 9 años en el primer párrafo del artículo 368 del Código Penal:

*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 prisión 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.*

Con un primer vistazo a este artículo nos damos cuenta de que nos encontramos ante lo que la doctrina penal denomina un tipo abierto, que admite multitud de acciones, algunas tipificadas como el cultivo, la producción o el tráfico y otras que no están todas recogidas expresamente pero que el legislador incluye mediante los verbos “promover, favorecer y facilitar”. Los problemas que derivan de estos preceptos normativos presentes por otro lado en todas las ramas del derecho son de naturaleza interpretativa. No es de extrañar encontrarnos posturas discrepantes y diferentes en las sentencias de los juzgados a la hora de aplicar la norma, al

igual que alguna opinión referente a la inconstitucionalidad de este tipo de preceptos abiertos en el ámbito penal.<sup>15</sup>

Cabe destacar la diferencia que realiza el legislador entre las sustancias que causan un grave daño a la salud y las que no, imponiendo diferentes penas según se trate de una sustancia u otra. La interpretación que ha seguido el Tribunal Supremo para distinguir entre una y otra es el daño que produce en el bien jurídico protegido, dependiendo de diversos factores como sus efectos adictivos, el número de fallecimientos y el nivel de tolerancia.<sup>16</sup>

Procederemos a realizar un breve resumen de los aspectos principales del artículo 368 y del delito de tráfico de drogas para poder comprender el contexto de la reforma de 2010 para posteriormente analizarla en profundidad.

## **2.1. Bien Jurídico Protegido**

No todos los bienes jurídicos están protegidos por el derecho penal. Así diferenciamos entre un bien jurídico y un bien jurídico penal para delimitar el Ius Puniendi del estado.<sup>17</sup> Los tipos penales se orientan a la defensa de un bien jurídico, y por tanto a evitar su lesión o puesta en peligro, constituyendo el principio fundamental del derecho penal de exclusiva protección de los bienes jurídicos penales.

En lo referido al delito de tráfico de drogas, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en señalar a la salud pública como el bien jurídico que se pretende proteger con este tipo delictivo. Debemos preguntarnos que entendemos por salud pública, pues bien, la salud pública debemos concebirla como un bien jurídico compuesto por la suma de la salud de todos los individuos pero que es a su vez totalmente independiente de ellas, pues incluso para entender que se ha afectado la salud pública no es necesaria constatar ningún ataque a la salud individual de ningún sujeto, es más, los ataques contra la salud pública no consisten en una suma de casos individuales sino en una perspectiva de impacto global de la salud en la sociedad como grupo cohesionado y colectivo.<sup>18</sup> La salud pública debe entenderse como una

---

<sup>15</sup> Rey Huidobro, L.F. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 21-25.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo 154/2007. En el Fundamento de Derecho Decimoquinto: “el fundamento material de la agravación se encuentra en el mayor riesgo para la salud que se deriva de una u otras drogas”

<sup>17</sup> Mir Puig, S. “Bien Jurídico protegido y bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi”. *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991. Pp.203 y ss.

<sup>18</sup> La salud publica como bien jurídico colectivo protegido ha sido el criterio seguido por la jurisprudencia desde el principio por la jurisprudencia. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero 410/1993, de 3 de marzo 436/1993, de 22 de febrero 237/1999 y de 20 de julio 985/1998, entre otras.

obligación del estado y de la sociedad en general de mantener y conseguir una ciudadanía cuya salud sea la mejor posible, reprimiendo y atacando todo aquello que pueda dañarla, incluidas todo tipo de sustancias nocivas no aceptadas jurídicamente (el tabaco o el alcohol está demostrado que atenta contra la salud pública, pero priman otros principios constitucionales, intereses sociales y económicos y los usos sociales por encima de la protección de la salud pública).<sup>19</sup>

Por ende, el bien jurídico que se pretende proteger es la salud pública colectiva y como consecuencia también la individual, tanto física como psíquica de todos los integrantes de la sociedad. En el caso contrario estaríamos hablando de una salud pública independiente y distinta a la suma de la salud de los sujetos.

## **2.2. Objeto Material**

El objeto material del delito lo constituyen ciertas sustancias estupefacientes y psicotrópicas.<sup>20</sup> No aparece en el Código Penal una definición de estas sustancias por lo que es necesario acudir a otras fuentes normativas para poder determinar que sustancias entran dentro de la calificación de “droga”.<sup>21</sup> Debemos remitirnos a la 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”, la denominada Convención Única sobre estupefacientes, enmendada posteriormente por el Protocolo de Ginebra de 1972.

El artículo segundo de la citada ley nos da una serie de pistas sobre la cuestión de determinación de las sustancias que entran dentro del elemento material del delito de tráfico de drogas. Tendrán la consideración de estupefacientes “las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas<sup>22</sup>, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca”; este procedimiento que se menciona está recogido en el Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que

---

<sup>19</sup> *Historia General de las Drogas*, cit, pp.854 y ss.

<sup>20</sup> Alcalde Sánchez, M. *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 37. La escritora nos recuerda aquí que a pesar del empleo del plural para referirse al objeto material del delito, existirá un único delito de tráfico de drogas aunque diferentes sustancias fuesen incautadas.

<sup>21</sup> Alcalde López, M. *Tráfico de Drogas e Inmigración Ilegal en Canarias*, Dykinson, Madrid, 2016. pp. 37-38. “se trata de una ley penal en blanco, que ha de ser integrada por los Convenios internacionales suscritos por España”.

<sup>22</sup> En la lista I anexa al Convenio Único de 1961 incluyen las siguientes sustancias, entre otras: acetilmetadol, cocaína, diampromida, heroína, cannabis, metadona. En la Lista II anexa al Convenio encontramos las siguientes sustancias: codeína, folcodina, propiram, etc.

una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional. Asimismo, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 21 de febrero de 1971 suscrito por España establece que las sustancias psicotrópicas serán “todas aquellas sustancias naturales o sintéticas que aparezcan recogidas en las listas adjuntas al convenio.”

En aras de una mayor armonización jurídica penal, numerosos países han ratificado convenios para que una norma internacional determine los elementos de este tipo, como el objeto material, la sanción mínima o algunas circunstancias agravantes. El objeto material se puede determinar por tanto de dos maneras, o bien acudiendo a los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, o acudiendo a las normas internas.<sup>23</sup> Así nos encontramos con normas internacionales que determinan de manera general para numerosos países las sustancias que deben perseguirse penalmente, consiguiendo una deseada armonización de criterios en lo concerniente al objeto material de este delito. En el supuesto de que en España el legislador quiera perseguir un tipo específico de sustancia que no se encontrara recogida en los convenios internacionales suscritos por España, utilizará el procedimiento establecido en el Real Decreto 1194/2011, aunque presenta un uso residual y solo destaca la calificación como sustancia estupefaciente del Tapentadol, que no ha sido incluido en el mencionado convenio por su uso histórico en ciertos países.

Cabe preguntarse ahora si es suficiente para que la conducta sea punible que las sustancias hayan sido incluidas por el legislador español en la Ley 17/67 o en el Real Decreto 1194/2011, o bien es necesario también que aparezcan expresamente recogidas en los convenios de 1961 y 1971. Parece que la respuesta está clara y aunque sea contraria a una armonización internacional del derecho penal, el Convenio Único de 1961 no reclama la competencia exclusiva para determinar que sustancias deben ser ilícitas y cuáles no, sino que expresamente faculta a los estados firmantes del convenio a implementar procedimientos de acuerdo con su derecho interno para determinar la consideración penal de las sustancias. Por otro lado debemos preguntarnos si sería suficiente que las sustancias apareciesen recogidas en las listas anexas a los Convenios pero no en la Ley 17/1967 o en otra disposición normativa española. Las normas internacionales deberán ser traspuestas al ordenamiento jurídico interno, y en la Ley 17/1967 se hacen referencias expresas a los Convenios citados por lo que su trasposición al derecho interno es conforme al derecho.

---

<sup>23</sup> Beristán Ipiña, A. “Delitos de tráfico ilegal de drogas”, *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 760 y ss.

Al margen de esta cuestión, destaca el papel del Tribunal Supremo para esclarecer qué deben los Tribunales de considerar como sustancia ilícita. Adicionalmente a lo dispuesto en la Ley 17/1967 que como ya hemos dicho nos remite a los Convenios Internacionales y al RD 1194/2011, el TS en repetidas ocasiones ha acudido a informes periciales y a los cuatro criterios recogidos en los Protocolos Internacionales para la consideración de nuevas sustancias prohibidas. Estos criterios son: la lesividad para la salud de la sustancia, el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia.<sup>24</sup>

### **2.3. Conductas Típicas**

El legislador se posiciona a favor de una lista abierta de acciones punibles bajo este precepto. El artículo 368 dispone que “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas...” Se enumera una serie de acciones concretas como el cultivo, la elaboración o el tráfico, para a continuación dejar abierta la definición a otras posibles acciones punibles mediante el uso de los términos “promover, favorecer y facilitar” respecto de las acciones anteriores, por tanto, el legislador cubre un abanico muy extenso de acciones que pueden subsumirse en el tipo delictivo.<sup>25</sup>

Para el desarrollo de las conductas típicas deberemos remitirnos a los convenios ya citados (1971 y 1961 especialmente), al Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 y a la Ley 17/1967.

#### **a) Cultivo y producción**

El artículo 1 del Convenio Único de 1961 contiene la definición de cultivo: “cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis.”; así como la definición de producción: “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.” Esta definición se circunscribe a cuatro plantas concretas, más amplia es la definición que da la Ley 17/1967, que define el cultivo como aquel de plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se pueden emplear como tales. El cultivo y la producción se deben entender como la actividad agraria

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre 1124/2004 y Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de octubre 1486/1999.

<sup>25</sup> Ganzenmüller Roig, C; Escudero Moratalla, JF y Frigola Vallina, J. “Formas de participación en el delito de tráfico de drogas.” *Cuadernos de política criminal*, 1998, pp. 59-96.

encaminada a que las plantas den frutos y su posterior recolección. Cabe destacar la excepción de atipicidad recogida en la Ley 17/1967 en su artículo séptimo, en la que se exceptúan aquellas acciones de cultivo y producción con fines industriales, docentes o científicos, siempre y cuando el cultivo haya sido autorizado por el Servicio de Control de Estupefacientes y Psicotrópicos dependiente de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo.

#### b) Elaboración y fabricación

Por otro lado, respecto a la elaboración y fabricación, ninguno de los convenios contiene una explicación de lo que se entiende por elaboración; pero tanto los convenios como la Ley ofrecen una definición de la palabra fabricación. Según el Convenio de 1961 se entiende por fabricación todos los “procedimientos, distintos de la producción, que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación, y la transformación de unos estupefacientes en otros”. El concepto de fabricación viene delimitado también en el artículo 11 de la Ley 17/1967 como:

*El conjunto de operaciones de obtención de estupefacientes 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, al igual que la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente.*

Teniendo en cuenta la alternancia con la que los conceptos de elaboración y fabricación son empelados en la legislación, pueden utilizarse como sinónimos si bien es más conveniente el termino elaboración por la mayor amplitud del concepto.<sup>26</sup> La doctrina ha presentado diversas acepciones del término “elaboración” ante la falta de regulación por parte de la Ley o convenios; la elaboración engloba un mayor número de actos que la fabricación, ya que contiene además cualquier producto obtenido por la mezcla o mezclas de otro tipo de compuestos de características similares a las drogas y sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre que en tales combinaciones se utilice en todo o en parte alguno de esos productos.<sup>27</sup> El legislador ha pretendido prohibir las conductas tanto de obtención de la droga de la misma planta como la producción de esta en un laboratorio.

#### c) Tráfico

---

<sup>26</sup> La reforma del Código Penal de 1988 sustituyó el término fabricación por elaboración en el delito de tráfico de drogas del artículo 344.

<sup>27</sup> Serrano Gómez, A; Serrano Maillo, A; Serrano Tárraga, MD; Vázquez González, C. *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, 2017, pp. 584-585.

Respecto a la acción de traficar, no se refiere exclusivamente a operaciones de comercio, venta u negociación; sino que abarca un abanico más amplio de actividades como el cambio de sitio de las sustancias, el tránsito con sustancias, etc.<sup>28</sup> Los Tribunales han delimitado el concepto de tráfico ampliándolo a las actividades previas necesarias como el tránsito o transporte<sup>29</sup>; asimismo ha extendido la concepción de tráfico a otras figuras de transmisión de la propiedad aparte de la compraventa, como la donación de droga o la simple transmisión sin importar el móvil.<sup>30</sup>

La dificultad a la hora de estimar que actividades se asemejan al tráfico ha obligado a que la jurisprudencia se pronuncie sobre el tema, fijando como criterio que el tráfico es similar a la transmisión de un objeto a otro u otros sujetos, a cambio de precio o gratuitamente, total o parcialmente y por medios directos o indirectos. Se trata por tanto de la traslación de la propiedad o de la posesión de las sustancias, siempre que implique una facilitación o promoción al consumo.

d) Promover, favorecer y facilitar

En lo referente al resto de acciones no tipificadas expresamente pero que pueden ser motivo de sanción penal, la doctrina penal ha criticado duramente la fórmula utilizada pues atenta claramente contra el principio de legalidad propio del derecho penal, al utilizar una lista abierta en vez de una clausula cerrada. De acuerdo con la redacción actual del artículo 368, el ingente número de acciones que pueden encuadrarse dentro del extremadamente abierto marco típico es un atentado contra la seguridad jurídica.<sup>31</sup> Los verbos “promover, favorecer y facilitar” pueden ser interpretados de diversas maneras, la jurisprudencia ha jugado un papel fundamental a la hora de diferenciar las acciones típicas y las atípicas. La acción ilícita ya no consiste en la realización de actos de cultivo, elaboración o tráfico, términos jurídicamente concretos, sino en promover, favorecer o facilitar el consumo de sustancias. El objetivo de la inclusión penal de estos verbos no es otro que poder sancionar otras conductas encaminadas al consumo de droga por un tercero. Por tanto, se puede entender también que el cultivo y la elaboración son actos de facilitación del consumo, así como el tráfico es una conducta que favorece el consumo. En consecuencia, debemos preguntarnos cuales son los

---

<sup>28</sup> *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, cit, pp. 53-67.

<sup>29</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero 20/2011.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre 2107/1992. En el Fundamento de Derecho Primero: “la donación entra en el ámbito de la conducta típica por la vía del tráfico, conforme a doctrina científica y jurisprudencial muy constante.”

<sup>31</sup> Jiménez Marín, A. “Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas” *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2007, pp. 7-27.

comportamientos que persigue la norma, si el cultivo, fabricación y tráfico o el promover, facilitar y favorecer el consumo de droga, pues los primeros no dejan de ser derivaciones de los últimos, la respuesta es cualquier conducta dirigida a promover, facilitar y favorecer el consumo de estas sustancias.

Estos comportamientos tienen conceptos diferentes, pues mientras que por promoción se entiende cualquier género de formulación de ofertas en general; favorecer y facilitar son conductas de auxilio (bien al consumidor o al que promueve el consumo). Cabe destacar el mero transporte como conducta que facilita el consumo; el artículo 15 de la Ley 17/1967 mantiene que se trata de una modalidad de tráfico, sin embargo, parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que el transporte es una conducta auxiliar, igualmente subsumible en el tipo delictivo del 368 pero considerándola una actividad auxiliar al tráfico, excepto cuando las sustancias transportadas sean de propiedad del transportista.

De esta manera podemos destacar que la jurisprudencia lleva aceptando la donación de droga como una conducta punible; igualmente la figura del simple intermediario se asemeja con la del autor directo. La invitación a otros sujetos para el consumo de droga es una conducta típica, aun cuando se realiza gratuitamente, excepto en las señaladas expresamente por ley como conductas no punibles: autoconsumo o consumo compartido.

e) Posesión de droga con aquellos fines

Por último, respecto de la “posesión de droga con aquellos fines”, cabe destacar que el concepto jurídico de posesión para el tráfico de drogas difiere de la concepción civil. La posesión puede ser directa, actual y material, pero el TS también admite la posesión mediata, indirecta e incluso a distancia, por tanto, la proximidad física a la sustancia no es un elemento a tener en cuenta para considerar que se está en posesión de las sustancias.<sup>32</sup>

La “posesión de la droga con aquellos fines” implica la existencia de dos elementos que deben darse para poder considerar como típica la posesión de la droga: uno objetivo que obliga a estar en posesión de la sustancia; y otro subjetivo que denota una intención de traficar con la sustancia. Del elemento subjetivo deriva que es necesario que el infractor ha de

---

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero 94/2007.

tener conocimiento del carácter perjudicial para la salud de la sustancia y por otro lado tener intención de destinarla al tráfico.<sup>33</sup>

La inconstitucionalidad de una presunción general, de que toda posesión se encuentra orientada al tráfico de drogas<sup>34</sup> ha obligado a la jurisprudencia a estimar una serie de criterios como indicadores de que la tenencia se encuentra realmente destinada al tráfico: la cantidad de la droga poseída, el lugar del hallazgo, útiles encontrados para el tráfico, las circunstancias personales del poseedor, etc.<sup>35</sup>

#### **2.4. Formas de consumación del delito:**

En algunos delitos el Estado reacciona imponiendo una sanción ante la mera puesta en peligro o de lesión del bien jurídico, sin necesidad de un resultado material dañino. Supone por tanto un adelantamiento de la barrera penal a los momentos anteriores de la lesión. El adelanto de las barreras de protección del bien jurídico por parte del legislador responde a la importancia del bien jurídico que se quiere proteger, en este caso la salud pública. De la misma manera hace entender que la tentativa como forma de consumación no es en principio aplicable a este tipo delictivo. Se trata de un delito de mera actividad, no necesitando que las conductas sean las propias del tráfico, sino que es suficiente con otras conductas que presuponen su destino al tráfico en un momento posterior.

De manera general el TS ha rechazado la aplicación de la tentativa del artículo 16.1 del Código Penal para los casos en los que el autor del delito de tráfico de drogas no ha conseguido sus objetivos mientras era poseedor de la sustancia; y en el caso contrario ha admitido la posibilidad de aplicación de este precepto en los casos en los que el autor pretendía hacerse con la sustancia y por causas ajenas al mismo no lograba sus fines.<sup>36</sup> Este último criterio ha sido aplicado de manera muy restrictiva y cuando el autor no conseguía ningún tipo de disponibilidad sobre la droga (no se admite la tentativa cuando las sustancias se han depositado en un lugar cierto conocido por el autor).

El TS ha estimado correctamente la imposibilidad de aplicación de la tentativa en la mayoría de las ocasiones al ser el delito de tráfico de drogas un delito de peligro abstracto y de mera actividad. En su sentencia de 27 de julio de 2001 establece la probabilidad casi cierta de que

---

<sup>33</sup> Molina Pérez, Teresa. “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, *Anuario Jurídico y Económico*, 2005, pp. 93-116.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de noviembre 341/1993.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo 578/2006 y de 24 de abril 358/2007.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero 24/2007.

cualquier conducta encaminada a la satisfacción de un drogodependiente puede subsumirse en los verbos “favorecer, facilitar y promover”. Sin perjuicio de lo anterior y en línea con lo expuesto, en ocasiones el TS ha estimado la consumación del delito en grado de tentativa para supuestos en los que el sujeto ha realizado actos orientados a la obtención de la misma pero la disponibilidad sobre la misma ha sido remota por causas ajenas a él.<sup>37</sup>

## **2.5. Formas de Participación en el delito**

Como ya se ha mencionado la amplitud de la lista de conductas que pueden considerarse típicas provoca que se suele considerar como autor, coautor o autor mediato (artículo 28 del C.P.) a cualquier sujeto cuya conducta pueda subsumirse en la redacción del artículo 368.

Hay que destacar que la figura del cooperador necesario no es aplicable a este ilícito penal, ya que cualquier acto necesario implicaría la realización de alguna de las conductas típicas del artículo 368 y se consumaría el delito en grado de autoría.<sup>38</sup>

Si se admite la responsabilidad penal del cómplice para los delitos de tráfico de drogas. El TS ha optado por permitir la aplicación del artículo 29 del C.P. con la consiguiente rebaja en la pena en un grado según lo dispuesto en el artículo 63 C.P., cuando se trata de supuestos de una colaboración de muy escasa relevancia la figura del cómplice.<sup>39</sup> Los hechos a los que se refiere el TS no deben tener la suficiente importancia como para que puedan ser considerados una forma de promover, facilitar o favorecer el consumo por parte de terceros, destacando algunos ejemplos como la indicación del lugar donde adquirir la sustancia y su acompañamiento; o la cesión de un inmueble a personas de confianza para la realización de la conducta típica. En el supuesto de un bien inmueble compartido entre varios sujetos, la simple convivencia no es indicadora de conducta punible salvo concurrencia de otros factores.

## **2.6. Elemento Subjetivo del tipo**

Dado que el tipo penal del delito de tráfico de drogas es un tipo doloso, únicamente nos referiremos al dolo. El dolo en el delito de tráfico de drogas está formado por dos elementos: el conocimiento del carácter perjudicial de la sustancia de la que se trate y la plena voluntad de realizar cualquiera de las conductas a las que nos hemos referido anteriormente.<sup>40</sup> La

---

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio 456/2012.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre 1276/2009.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero 783/2015.

<sup>40</sup> Fernández Pantoja, P. “Artículo 368”, *Comentarios al código penal, Segunda época*, Tomo XI, pp. 279-311.

jurisprudencia da poca importancia al error sobre el carácter dañino de la sustancia al igual que al error sobre el carácter prohibido de la sustancia.

Por otro lado, es de gran complejidad demostrar la voluntad de tráfico, la existencia de esta intención delictiva se afirma como conclusión de un proceso de razonamiento que se apoya en otros hechos de carácter externo previamente acreditados: cantidad, herramientas, adicción del propio sujeto, etc.

Si la intención es favorecer el consumo propio, el dolo no existe. El criterio seguido por la jurisprudencia para diferenciar entre estas dos situaciones es acudir a las pruebas indiciarias o indirectas.<sup>41</sup>

La cantidad requisada es un indicio que, conjugado con otros factores, hace presuponer la existencia de una intención dolosa de tráfico. La cantidad de sustancia requisada es sin lugar a dudas el factor que más incide en la cuestión a tratar (cabe destacar que estas cantidades se refieren a un único poseedor, dado que en el supuesto de posesión compartida la determinación de la cantidad que cada sujeto posee seguirá la regla de la prorrata). El criterio seguido para determinar el ánimo de tráfico o el de autoconsumo ha sido el marcado por las tablas del Instituto Nacional de Toxicología donde se establece la cantidad diaria media de consumo, quedando el límite del autoconsumo en la cantidad diaria para cinco días (10 en el caso del hachís).<sup>42</sup> El límite en las cantidades que determina el ánimo de traficar cuando no ha mediado aun transmisión a terceros es el siguiente:

- a) Cocaína: 3 gramos
- b) Hachís: 25 gramos
- c) Heroína: 3 gramos
- d) Marihuana: 100 gramos
- e) LSD: 3 miligramos
- f) Anfetamina: 900 gramos
- g) MDMA: 1,44 gramos

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de abril 358/2007. En el Fundamento de Derecho Segundo: “La voluntad de destinar la droga poseída al tráfico, elemento subjetivo preciso para calificar de penalmente típica la conducta enjuiciada, a falta de un expreso reconocimiento del poseedor - ciertamente infrecuente-, o de que la evidencie la cantidad de droga poseída, solamente puede ser acreditada en el proceso penal mediante una prueba indirecta o indiciaria.”

<sup>42</sup> Instituto Nacional de Toxicología. “Cuadros de cantidades de notoria importancia y dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas.” Protocolo y guías de actuación, 2009.

En el periodo comprendido entre 1995, año de promulgación del presente código penal y la adopción de este criterio en 2001, numerosas sentencias no seguían un mismo criterio atentando contra el principio de seguridad jurídica, amparándose correctamente en la concurrencia de otros factores indicativos de delito.<sup>43</sup> Respecto al hachís se entendía que una cantidad superior a 50 gramos estaba predestinada al tráfico, sin embargo, en ocasiones este límite se ampliaba hasta los 150 gramos; en cuanto a la cocaína el límite general impuesto por la jurisprudencia se encontraba en los 10 gramos, pero eso no impidió que en la Sentencia del TS de 23 de diciembre de 1996 se calificara como atípica la tenencia de 285 gramos de cocaína al concurrir otros factores indicadores de autoconsumo.

Aunque la cantidad incautada no supere los citados límites, con el fin de calificar estas conductas como autoconsumo habrá que tener en cuenta otros factores como la adicción del poseedor (suele probarse a través de una laparoscopia), la capacidad económica del sujeto, la ausencia de herramientas para el tráfico (balanzas, papelinas, chivatos), la cantidad de dinero en efectivo incautada, la variedad de drogas en posesión del sujeto, etc.

## **2.7. Sanción Penal**

El castigo impuesto por el artículo 368 es de gran interés para el presente trabajo ya que también se le ha dado una nueva redacción en la reforma de 2010. La actual redacción es la siguiente: “penas de prisión 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.”

La diferencia del daño causado en la salud individual y por tanto en la pública es el criterio a seguir para imponer una u otra sanción. El Código Penal hace una distinción expresa entre las sustancias que causan daños graves a la salud y otras sustancias que el legislador considera que no son tan perjudiciales para la salud. Con la reforma de 25 de junio de 1983 se introdujo en el C.P. entonces vigente la distinción entre drogas que causan grave daño y las que no. Ni la legislación nacional ni los Convenios suscritos por España dan las pautas para diferenciar entre unas y otras. La STS de 4 de marzo de 1988 califica esta distinción de artificiosa y atribuyéndola a criterios de política criminal más que a una realidad tangible, por ello es inútil pretender definir unos criterios de diferenciación entre unas sustancias y otras. El

---

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre 1963/1993 y Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo 709/1997. Se refieren entre otros indicios a la posesión de diferentes bolsas para guardar la droga predisponiéndola para el tráfico o a la posesión de un tubito para esnifar la droga considerando que la posesión está destinada al autoconsumo.

criterio seguido por la jurisprudencia fue atender a los dictámenes periciales hasta que el TS sentara jurisprudencia sobre cada sustancia<sup>44</sup>. Con carácter general todas las sustancias son consideradas muy graves para la salud excepto el cannabis, sus derivados y otras drogas químicas como las benzodiazepinas en general como el Rohipnol o el Tranxilium.

Es importante mencionar que la sanción que acarrea este ilícito se vio reducida con la reforma de 2010: en la redacción original del C.P. de 1995 las penas privativas de libertad para aquellos casos en los que la sustancia provocase un grave daño a la salud estaban comprendidas entre tres y nueve años; estas penas sumadas a la inexistencia del segundo párrafo del propio artículo 368 provocaba que ciertas acciones punibles como el tráfico de drogas en pequeñas cantidades para económicamente satisfacer la propia adicción fueran sancionadas de una manera desproporcionada. La modificación de 2010, que reduce el límite máximo a seis años manteniendo el mínimo en tres para las sustancias que causen grave daño a la salud y por otro lado permite la rebaja de la pena por el artículo 368.2, era una reclamación que se llevaba haciendo ya durante tiempo en amplios sectores de la judicatura y con ello nuestra legislación penal en la materia se unifica respecto a la de otros países de la unión. La motivación de este cambio legislativo no se encuentra en la Exposición de motivos de la L.O. 5/2010, pero en el Ante Proyecto de la misma se indicaba que respondía a que “el límite de nueve años de prisión ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal”.<sup>45</sup>

### **3. Artículo 368.2**

#### **3.1. Origen y motivación de la reforma**

La Ley Orgánica 5/2010 reforma numerosos preceptos del Código Penal de 1995, entre ellos los relativos al tráfico de drogas. Como hemos mencionado se le da una nueva redacción al artículo 368: por un lado la pena máxima tiene como límite los seis años (sin tener en cuenta posibles circunstancias agravantes) y por otro lado se agrega el párrafo segundo al artículo 368 que contempla una pena inferior en atención a la escasa entidad del hecho o a las circunstancias personales del culpable.

---

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio 1081/1999.

<sup>45</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado nº 3/2001, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores.

Así, el artículo 368.2 dispone que “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.” El derecho penal es sin duda la rama del derecho que más incide en la esfera personal de las personas y como tal debe estar siempre motivado y tener una respuesta a las acciones ilícitas proporcional al daño causado; por vía de la nueva redacción se está dotando a los tribunales y jueces de la posibilidad de imponer una menor condena para aquellos casos que por la menor antijuridicidad del hecho o por la menor culpabilidad del sujeto no sería proporcional imponer la sanción establecida para el tipo general. La introducción del artículo 368.2 permite la aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, facilitando a los jueces y magistrados la tarea de individualización de cada pena según las circunstancias, en especial para los casos de la denominada delincuencia funcional que es aquella en la que el sujeto actúa de forma típica como vía de escape o financiación de su propia adicción y necesidades de consumo.<sup>46</sup>

Los antecedentes políticos y jurídicos de la reforma son de vital importancia para entender la razón de ser del artículo 368.2. Los distintos operadores jurídicos deberán tener presente siempre el principio de proporcionalidad de la pena<sup>47</sup>, pero sobre esta materia el Tribunal Constitucional sentó doctrina al estimar en su STC 65/1986 de 22 de mayo que es competencia del legislador la inclusión del hecho punible y de su correspondiente castigo en la ley y a los juzgados y tribunales se les reserva la aplicación de las leyes, pero no valorar en la sentencia si las normas adoptadas por el legislador son las pertinentes para la protección de los bienes jurídicos, o si son proporcionadas o no. Es a través del artículo 4.3 del C.P., “el juez o el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia” donde queda establecido el cauce adecuado para exponer ese tipo de consideraciones al legislador. Así la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en Acuerdo tomado en Pleno no Jurisdiccional de 25 de mayo de 2005 solicitó al poder legislativo la atenuación de las penas del artículo 368 relativo al tráfico de drogas y posteriormente en un segundo Acuerdo en Pleno no Jurisdiccional de 25 de octubre de 2005 el TS sugiere que para los

---

<sup>46</sup> Juan Sanjosé, RJ. (2015). “El artículo 368.2 CP: Análisis Jurisprudencial. Burguera Abogados”, obtenida el 13/04/2019, disponible en [https://www.burgueraabogados.com/el-articulo-368-2-cp-analisis-jurisprudencial-por-rafael-juan-juan-sanjose/#2-\\_Subtipo\\_atenuado\\_o\\_regla\\_de\\_individualizacion\\_de\\_la\\_pena](https://www.burgueraabogados.com/el-articulo-368-2-cp-analisis-jurisprudencial-por-rafael-juan-juan-sanjose/#2-_Subtipo_atenuado_o_regla_de_individualizacion_de_la_pena).

<sup>47</sup> Martínez Estay, JI. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, 2011, pp. 199-226.

supuestos de cantidades módicas, “las penas deberían ser de seis meses a dos años de prisión cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud”, por otro lado también quedó recogida la propuesta del magistrado D. Andrés Martínez Arrieta para añadir un segundo párrafo al tipo básico del 368 con el siguiente contenido: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.”

El legislador atendió a los requerimientos del TS, y en el Anteproyecto de C.P. de 2006 pretendió introducir una rebaja mediante un incremento del arbitrio judicial, sin embargo el fin de la legislatura frustró este intento de atenuación de la pena para el delito de tráfico de drogas. El CGPJ, en el marco de sus competencias, elaboró un informe del proyecto de reforma del C.P. en el que destacaba que dicha reforma “venía siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de las penas que estas modalidades han experimentado en los últimos años”.<sup>48</sup> En el proyecto de la L.O. 5/2010 se recoge definitivamente la propuesta del magistrado del TS, sin embargo se excluía la posibilidad de aplicación de este subtipo atenuado cuando concudiesen cualquiera de las circunstancias descritas en los artículos 369 , 369bis y 370 (se trata de subtipos atenuados de aplicación automática cuando concurren alguna de las circunstancias descritas en ellos: pertenencia a organización criminal, notoria importancia de la cantidad, venta en establecimiento público, etc.), pero una enmienda<sup>49</sup> del PSOE permitió que se suprimiera la mención al artículo 369 de esta lista y así poder aplicar el 368.2 a los supuestos descritos en él. Por otro lado cabe destacar que en el proyecto se incluía el carácter excepcional en la aplicación del subtipo atenuado, finalmente se excluye de la redacción final, lo cual es un acierto ya que esta adicción es tanto inútil como superflua al no facilitar los parámetros ni criterios para determinar la normalidad frente al uso excepcional del precepto.<sup>50</sup> En la exposición de motivos de la L.O. 5/2010 se recogen las razones que han llevado al legislador a modificar el C.P: en primer lugar la necesidad de apartar la legislación nacional a las normas internacionales, en particular a la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones

---

<sup>48</sup> Informe del Consejo general del Poder Judicial, de 3 de noviembre, de 2006, al anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>49</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de marzo de 2010, serie A, núm. 52-9, pp. 200 y ss.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero 30/2012.

mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, mediante la cual se obliga a los Estados a imponer unas penas privativas de libertad mínimas en relación a los delitos de tráfico de drogas; por otro lado la necesidad de adaptar las penas proporcionalmente al daño causado como exigía el poder judicial.

Podemos concluir que la introducción del 368.2 en el C.P. responde a la necesidad de un subtipo atenuado que se ajuste a los supuestos de tráfico de drogas de escasa entidad o que por circunstancias personales del sujeto no merecieran un castigo semejante a los demás supuestos de tráfico; igual que para los supuestos que merecen un mayor reproche penal los jueces tienen a su disposición facultades para agravar la pena como es el caso del artículo 369 o 369bis, el 368.2 concede una facultad similar para los casos que, al contrario, no merecen una sanción tan desproporcionada por el carácter insignificante del daño producido a la salud pública. Una de las consecuencias más importantes de la aplicación del artículo 368.2, es la posible aplicación del artículo 80 del C.P., relativa a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad cuando es inferior a dos años y ha de ser cumplida por un sujeto que hubiese cometido el hecho delictivo a consecuencia de su dependencia a las sustancias indicadas en el artículo 20.2 del C.P; de este modo se evita imponer el mayor castigo posible que es la privación de la libertad en aras de una mayor proporcionalidad de las penas.

### **3.2. Naturaleza jurídica del 368.2: subtipo atenuado o regla de individualización de la pena.**

*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.*

Al hilo de lo expuesto con anterioridad y para poder comprender de manera completa el artículo 368.2 del C.P. debemos determinar en primer término si interpretamos este precepto como un subtipo atenuado o si lo consideramos una mera regla de individualización de la pena. La discusión doctrinal y jurisprudencial generada por la catalogación de la nueva norma es de vital importancia, ya que las consecuencias procesales y materiales serán totalmente distintas, como por ejemplo la posibilidad de revisar en casación la sentencia.<sup>51</sup> En el mismo

---

<sup>51</sup> Maza Martín, J.M, “Comentarios al apartado 2 del artículo 368 Código Penal y su interpretación jurisprudencial”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, 2013, nº volumen 25, pp.7-26.

año de la entrada en vigor de la reforma del C.P., el Ministerio Fiscal recurrió 33 sentencias en casación ante el TS, 15 de ellas fueron desestimadas, la mayoría relativas a la naturaleza jurídica del párrafo segundo del artículo 368.2. Esta divergencia de criterios obligo al TS a interpretar el precepto, concluyendo que se trata de un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado.<sup>52</sup>

La posición adoptada por el TS y una parte de la doctrina es la de considerar el 368.2 como un subtipo atenuado que obliga a los jueces o Tribunales a imponer la pena inferior en grado cuando concurren unos parámetros. Un subtipo atenuado debe entenderse como una precisión de un tipo penal que requiere de un elemento nuevo en la tipicidad, y que en este caso indicia una menor antijuridicidad del ilícito o una menor culpabilidad del sujeto: por un lado la escasa entidad de hecho se relaciona con una menor gravedad del hecho como detalla el TS en la sentencia del 9 de junio de 2010 en la que interpreta la escasa entidad de hecho como “falta de antijuridicidad y de la afectación al bien jurídico protegido”; la antijuridicidad material del 368.2, distinta en cuanto inferior a la del tipo general del 368.1, debe reflejarse en una menor cantidad y calidad de la sustancia poseída por el sujeto con la finalidad típica, de este modo el hecho ilícito no atacará el bien jurídico tan gravemente y será de aplicación el subtipo atenuado por la escasa antijuridicidad. En cuanto a la “menor culpabilidad” debemos atender a todas las circunstancias personales del sujeto que permitan determinar un menor reproche en la esfera personal. Respecto a esto último debemos tener en cuenta la prohibición de doble valoración: las circunstancias que se valoren para la aplicación del artículo 368.2 no podrán ser tenidas en cuenta como otras circunstancias atenuantes independientes. Las circunstancias personales deben ser diferentes para la aplicación del subtipo atenuado a las otras atenuantes o agravantes recogidas en el C.P, sin embargo como veremos más adelante es un criterio que no se ha seguido para el delito de tráfico de drogas, ya que si el propósito de la reforma es rebajar la pena para aquellos que han cometido un ilícito de menor consideración y las circunstancias que posibilitan la aplicación del 368.2 son similares a las circunstancias que permiten la atenuación de la pena según lo previsto en el artículo 21 del C.P., la prohibición de doble valoración resultaría en la inaplicabilidad del 368.2 al no poder valorar las circunstancias favorables al ser tenidas en cuenta en otra instancia.

---

<sup>52</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de enero 33/2011; de 31 de mayo 482/2011; de 14 de Junio 542/2011, entre otras.

En los informes del CGPJ y los Acuerdos del Pleno del TS ya se mencionaba la delincuencia funcional, la situación delictiva en la que el delincuente cometía el ilícito para sufragarse su propia adicción; esta conducta sí puede ser una circunstancia valorable en el ámbito del 368.2 como subtipo atenuado, al igual que si fuese el primer hecho ilícito del sujeto en el ámbito de los delitos contra la salud pública. En general los jueces y Tribunales deberán valorar las circunstancias del caso que no se correspondan concretamente con causas de inimputabilidad o inculpabilidad, pero que impliquen una exigencia menos intensa de adaptar el comportamiento del sujeto a la ley.<sup>53</sup>

La otra parte de la doctrina se posiciona a favor de catalogar el 368.2 como una regla de individualización de la pena.<sup>54</sup> El primer de los motivos que utilizan para defender su postura es la inclusión de la culpabilidad en un subtipo atenuado: los subtipos deben incorporar necesariamente una serie de circunstancias que atenúan o agravan la antijuridicidad del tipo básico. Si únicamente el artículo 368.2 se refiriese a la antijuridicidad del ilícito podríamos encontrarnos ante un subtipo atenuado, sin embargo la mención a las “circunstancias personales” claramente remiten al ámbito de la culpabilidad, que es uno de los principios básicos en la determinación de la pena individual.

El segundo argumento utilizado es la inclusión de estos mismos factores: la escasa entidad de hecho y las circunstancias personales, en el artículo 66.1. apartado sexto relativo a la aplicación de las penas y a la aplicación de las circunstancias atenuantes y agravantes. Entienden que lo que ha pretendido el legislador por tanto es dotar de mayor importancia a estos parámetros cuando sean de aplicación para los delitos de tráfico de drogas, ligando la apreciación de lo dispuesto en el 368.2 al arbitrio judicial.

Por otro lado, en el C.P. nos podemos encontrar otros subtipos atenuados en los artículos 147.2 (subtipo atenuado de lesiones), 242.4 (subtipo atenuado de robo con violencia) o 163.2 (subtipo atenuado de detención ilegal), se limitan únicamente al injusto típico, utilizando circunstancias que denotan exclusivamente una menor antijuridicidad, sin tener en cuenta factores de culpabilidad y obligando a la reducción de pena. Al contrario, los preceptos del C.P. referidos a reglas de individualización de la pena, por ejemplo el artículo 565, otorgan la facultad al juez de una reducción de la pena en función del injusto cometido y de la culpabilidad del condenado. La redacción del artículo 565, “Los Jueces o Tribunales podrán

---

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo 185/2014.

<sup>54</sup> *Comentarios al apartado 2 del artículo 368 del Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, cit.

rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos” es muy semejante a la del 368.2, por no decir idénticas en lo que nos concierne en este apartado; y mientras el TS ha interpretado el 368.2 como un subtipo atenuado, ha aplicado el régimen de reglas para la determinación de la pena para el 565 del C.P.

Por último, los subtipos atenuados rebajan la pena pero únicamente del tipo básico, en ningún otra disposición del C.P. un subtipo atenuado es de aplicación a los subtipos agravados del tipo básico. El 368.2 puede aplicarse aun cuando se dan las circunstancias agravantes del artículo 369, haciendo de este subtipo atenuado una especie única en todo el Código Penal. Este argumento es utilizado por la mayor parte de la doctrina para calificar el 368.2 como una regla de individualización de la pena, ya que éstas si son de aplicación a los subtipos agravados mientras que los subtipos atenuados solo minoran el reproche penal para las conductas del tipo básico.

Todos estos argumentos nos hacen inclinarnos hacia la postura que considera el 368.2 como una regla judicial de individualización de la pena que tiene en cuenta la antijuridicidad y la culpabilidad y además es de carácter facultativo.<sup>55</sup> Sin embargo el TS<sup>56</sup> se ha reafirmado en la consideración de subtipo atenuado, teniendo una serie de repercusiones jurídicas de importancia:

- a) Si nos encontramos ante una regla de determinación de la pena aplicable, su aplicación retroactiva sería cuestionable por vía de revisión y en especial en recurso de casación pues se trata de una facultad concedida al Tribunal de enjuiciamiento, no al de revisión. Por otro lado si consideramos el 368.2 como un subtipo atenuado, al ser una condición más favorable para el reo resulta obligatorio el carácter retroactivo.
- b) Si optáramos por el carácter de subtipo atenuado, la rebaja se aplicaría obteniendo una nueva pena a la que posteriormente se le podría a su vez aplicar los criterios de reducción del artículo 66 (circunstancias atenuantes y agravantes). Si entendiéramos el 368.2 como una regla de determinación de la pena, lo adecuado sería aplicar los criterios del artículo 66 a las penas previstas en el 368.1 y 369 para posteriormente rebajar en grado la pena de acuerdo al artículo 368.2

---

<sup>55</sup> Sequeros Sazatornil, F. “La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código Penal de 2010”, *Diario La Ley*, 2010, N° 7534.

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo, 185/2014.

- c) Otra diferencia cuantitativa tendría su origen en la aplicación del artículo 369: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior”. Si nos encontramos ante un subtipo atenuado, la rebaja del 368.2 en un grado es anterior al incremento en un grado del 369; mientras que si tuviésemos en cuenta el carácter individualizador de la pena, la rebaja en un grado prevista en el 368.2 sería aplicable de manera posterior al incremento en un grado de la pena señalada en el 368.1, siendo más restrictiva de derechos la aplicación del 368.2 como una regla de individualización de la pena.

En suma, de acuerdo a la jurisprudencia del TS la naturaleza jurídica del nuevo párrafo segundo del artículo 368 es la de un subtipo atenuado, siendo de apreciación obligatoria por los jueces y Tribunales; pero en mi opinión y en la de gran parte de la doctrina existen argumentos más válidos para catalogarlo como una regla de individualización de la pena, aunque debe decirse que el criterio seguido por el TS favorece la rebaja de la pena así como una mayor proporcionalidad en las penas impuestos, haciendo que el resultado efectivo en la determinación de la pena sea más acorde con los motivos que ocasionaron la modificación del C.P.

### 3.3. Requisitos

*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.*

Los jueces y Tribunales deberán comprobar que se dan los requisitos recogidos en la norma, la escasa entidad y las circunstancias personales del culpable, para poder rebajar en un grado la pena. Estos requisitos serán analizados en un momento posterior, ahora nos centraremos en la conjunción “y” utilizada por el legislador para unir en una frase los dos requisitos exigidos. La interpretación más lógica que se le puede dar al uso de esta conjunción es que estos requisitos son acumulativos y no alternativos, lo cual podría haberse logrado mediante el uso de otras conjunciones como “o”. Podríamos concluir que no sería suficiente para proceder a la atenuación si solamente se diera la escasa entidad del hecho, el primero de los requisitos, sino que el segundo también ha de cumplirse pues estos son acumulativos, de igual manera tampoco cabría la aplicación del subtipo atenuado para los supuestos de una menor culpabilidad pero no menor antijuridicidad.

La postura anterior es la compartida por parte de la doctrina<sup>57</sup>, no obstante, el TS en una interpretación de difícil justificación.<sup>58</sup> No se exige la concurrencia de ambos requisitos para poder aplicar la rebaja de la pena, sino que es suficiente la escasa entidad del hecho siempre y cuando el otro requisito quede inexpresivo o sea neutro. La STS del 10 de marzo de 2014 sostiene esta interpretación y recuerda por un lado que mientras la “escasez” de la “entidad del hecho” se exige, el segundo parámetro no exige circunstancias positivas, y culmina estimando que los jueces y tribunales deben partir de la valoración de los hechos cometidos determinando si cumplen el primer requisito, en caso afirmativo se debería entrar a valorar las circunstancias personales, de las cuales únicamente se exige que no sean desfavorables al sujeto. Una vez constatada la escasa entidad del hecho, se deberán valorar las circunstancias personales para determinar si se traducen en una menor culpabilidad, el 368.2 será de aplicación si no se aprecian indicios de una mayor culpabilidad sin exigir la concurrencia de otros que hagan que ésta sea menor.

Debemos plantearnos que ocurre si se dan circunstancias personales favorables pero no concurre la escasa entidad del hecho. El TS, en sentencia del 8 de octubre de 2012 resuelve esta cuestión estimando que no es de aplicación el artículo 368.2 si no se da el requisito de escasa entidad: “la jurisprudencia ha declarado que basta el primero (de los requisitos) y que, respecto al segundo, es suficiente que no actué por desconocerse tales datos personales o bien constituyan elementos criminológicos que determinen la escasa peligrosidad del sujeto....Desde luego, que el subtipo atenuado no podrá apreciarse cuando el hecho no revista esa escasa entidad, en tanto este dato fundamenta la menor antijuridicidad de la acción.” De la jurisprudencia estudiada podemos determinar que ambos requisitos deben ser examinados por el tribunal o juez, pero mientras que el primero es necesario, el segundo es suficiente con que no actué en sentido negativo.

El motivo por el que el TS le ha otorgado mayor importancia al primer requisito es que actúa directamente en el ámbito de la antijuridicidad, afectando de manera directa al bien jurídico protegido; no así las circunstancias personales. Los magistrados de la Sala II han estimado que el legislador pretende rebajar las penas por este tipo de delitos cuando afecten a la salud pública ínfimamente, mereciendo una menor sanción por el ilícito. Las circunstancias

---

<sup>57</sup> Tena Aragón, MF. “Delitos contra la salud pública. delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos contra la ordenación del territorio. Modificaciones de la lo 5/2010 de 22 de junio.”, *Cuadernos Digitales de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, 2010, N° publicación 56, pp. 4-8.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio 653/2012.

personales deberán valorarse para que pueda aplicarse esta atenuación pero no tienen por qué reducir la culpabilidad del sujeto, únicamente se exige que no la aumenten.

La STS del 9 de junio de 2010 y la STS del 08 de mayo de 2014 han recordado que la valoración que se realiza en el artículo 368.2 debe ser de circunstancias personales que no se hayan tenido en cuenta en otros preceptos del C.P. No es de aplicación lo dispuesto para las características de la escasa entidad del hecho, ya que se utilizaran para aplicar tanto el tipo general, el atenuado o los agravados.

### **3.3.1. Escasa Entidad del Hecho**

Ya existían preceptos penales similares que contienen la mención a la “escasa entidad del hecho” en nuestro C.P: en el delito de lesiones (art. 147), en el delito de lesiones relativas a violencia de género (art. 153), en el delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género (art. 171), en el delito de robo (art. 242), entre otros.

Una de las primeras sentencias del TS que empezaron a definir el concepto de “escasa entidad de hecho” para el delito de tráfico de drogas fue la del 25 de enero de 2011: “la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta gravedad habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción” Debemos tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para estimar si se merece un menor reproche penal la acción. Posteriormente, en la sentencia de 27 de julio de 2012 fue acotando más la definición: “la escasa entidad del hecho debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la salud pública colectiva”,

El TS también ha recordado en otras sentencias que la escasa entidad del hecho es un requisito esencial, al contrario que las circunstancias personales que deben ser valoradas por el juzgador pero sin importar que no concurra ninguna, y por tanto debe interpretar los supuestos de “escasa entidad del hecho” aunque este requisito posea régimen muy flexible y abierto. Esta interpretación tiene su pilar básico en la cantidad de droga incautada, ya una de las primeras sentencias del TS, la del 9 de junio de 2010 relacionaba la menor entidad o gravedad del delito con la cantidad y calidad de la droga; cantidades insignificantes de droga son insuficientes para que el bien jurídico sea dañado.

No debemos confundir la escasa entidad del hecho con la escasa cantidad. El TS ha venido aplicando el 368.2 en base a la escasa cantidad de droga incautada<sup>59</sup>; sin embargo aunque sea un criterio muy importante a la hora de valorar el daño producido al bien jurídico, no es el único factor que se debe tener en cuenta para determinar la concurrencia de este requisito como veremos más adelante, pero no podemos negar que se trata de un factor determinante, pues así lo ha determinado el TS al recurrir a él en la mayoría de ocasiones o al negar la posibilidad de aplicación del subtipo atenuado del 368.2 a los delitos de tráfico de drogas cuando se diese la agravante de notoria importancia, volviendo a utilizar la cantidad de droga como criterio decisivo.<sup>60</sup>

Por otro lado, no se trata de introducir el subtipo atenuado en una escala de cantidades, de más a menos: cantidad superlativa (art. 370), notoria importancia (art. 369), supuestos ordinarios (art. 368.1), subtipo atenuado (art. 368.2) y finalmente antijuridicidad (autoconsumo), ya que la cantidad hay que conjugarla con otros factores, entre ellos la calidad de la droga. Sin contradecir lo expuesto aquí arriba, el TS en aras de una armonización de criterios, en la STS del 5 de abril de 2013, establece un límite del “equivalente a 50 veces la dosis mínima psicoactiva”.

El criterio de la cantidad debe ser puesto en contexto con otros factores que definan la menor antijuridicidad del hecho, pero sobre todo es importante destacar que aunque la cantidad no fuese escasa sin superar el límite del artículo 370, se podría aplicar el 368.2 si concurren otras circunstancias. Un ejemplo recogido en la sentencia del TS de 31 de octubre de 2012 establece la concurrencia de la “escasa entidad del hecho” cuando el sujeto haya tenido una participación de escasa entidad en una actividad de tráfico realizada por otra u otras personas, incluso si a la actividad realizada por los otros no se les pudiera aplicar el calificativa de escasa entidad. Así el TS reconoce la posibilidad de reducción de la pena para los sujetos que llevan a cabo meras actividades auxiliares al tráfico, por ejemplo las que no pueden ser encuadradas en formas de participación como la complicidad pero que por otro lado no merecen el reproche como autores. Otras sentencias recogen la rebaja de la pena en base a que la conducta punible tiene carácter aislado en el tiempo o es una actividad recurrente del sujeto; el daño al bien jurídico es diferente en los supuestos de venta esporádica que de venta

---

<sup>59</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril 45/2011.

<sup>60</sup> Martínez Pardo, VJ. *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*, Edisofer, 2013, pp. 151 y ss.

ininterrumpida aunque sea en cantidades que hayan servido de precedente para atenuar el tipo general.<sup>61</sup>

Para finalizar el requisito de escasa entidad podemos destacar que en materia de tráfico de marihuana o hachís, muy pocos procesos han llegado al Tribunal Supremo; así la sentencia del 11 de junio de 2012 establece el criterio a aplicar cuando el tráfico de drogas lo es de hachís o marihuana, relacionándolo directamente con el criterio recogido para otras sustancias. Corroboramos el órgano judicial que las sentencias que llegan al supremo en materia de tráfico de drogas de estas sustancias son escasas y ofrece un criterio basado en una regla de tres: se toma la cantidad de heroína o cocaína de precedentes judiciales donde se haya aplicado el 368.2 y se pondera respecto de la cantidad considerada de “notoria importancia” para esa sustancia, por ejemplo existen precedentes judiciales en los que con 1 gramo de heroína se ha aplicado el subtipo atenuado, calculamos el porcentaje que representa dicha cantidad respecto a la de notoria importancia, un 20% por ejemplo, este porcentaje lo utilizaremos para las otras sustancias siguiendo el camino inverso.

### **3.3.2. Circunstancias personales del culpable**

Como ya hemos mencionado y también remarca la sentencia STS del 8 de mayo de 2014, el requisito subjetivo se circunscribe al ámbito de las circunstancias de índole personal distintas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal recogidas en los artículos 21 (circunstancias atenuantes), 22 (circunstancias agravantes) y 23 (circunstancia mixta de parentesco), esto se debe al principio de “non bis in ídem” que impide valorar una circunstancia dos veces; sin embargo esta misma sentencia también establece que hay algunos elementos subjetivos como el hecho de que sea el primer delito contra la salud pública, u otras situaciones en las que se reflejan una menor culpabilidad, que sí que serán valorados tanto para la aplicación del 368.2 como para la determinación individual de la pena. Esta es la solución correcta pues si la intención era la de aminorar las penas proporcionalmente al injusto cometido y a las circunstancias personales, la valoración de los factores personales no puede quedar limitada a la aplicación de las atenuantes y agravantes, pues la modificación del C.P. no obtendría los resultados buscados.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Frieyro Elícegui, S. *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, 2017, Valencia, pp. 18-20.

<sup>62</sup> Sánchez Melgar, J. “Delitos contra la salud pública: Comentario del artículo 368 del Código Penal”, Artículo Monográfico, Editorial SEPIN, 2016, pp.23-44.

No podemos obviar que ya desde las primeras sentencias, la jurisprudencia establece que la circunstancia más común que pueda darse respecto a las circunstancias personales que denotan una menor culpabilidad es la situación de drogodependencia del sujeto<sup>63</sup>. Así se pone un gran énfasis en la delincuencia funcional, atendiendo el legislador y juzgador a esta circunstancia concreta del área personal del sujeto que refleja una menor culpabilidad al encontrarse en una situación de dependencia de una sustancia.

La STS 193/2012 de 22 de Marzo de 2012 recoge lo que debemos entender por “circunstancias personales del culpable”: “cuando el tipo penal se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está centrándose, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, que son factores que permiten modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor...” Ciertamente hay componentes similares entre las circunstancias personales que recoge esta sentencia para valorar la aplicación del 368.2 y las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal del artículo 20 y de las atenuantes del artículo 21. Por ejemplo el artículo 21.2: “La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior.” Se asemeja claramente a la actuación propia de la delincuencia funcional, e igualmente es valorada tanto en la aplicación del subtipo atenuado del 368.2 como en la individualización de la pena. El TS entiende que las circunstancias que son tenidas en cuenta para el 368.2 deberán tener una relación especial con el delito de tráfico de drogas que no se exige a las circunstancias atenuantes del 21, este será el elemento diferenciador entre unas circunstancias y las otras. La STS del 8 de octubre de 2012 vuelve a mencionar la propia drogodependencia como un factor para la aplicación del 368.2 al igual que la marginalidad social sufrida por el sujeto dada su condición de delincuente funcional. La sentencia del 17 de febrero de 2011 admitía la edad como una de las circunstancias propias que minoran la culpabilidad de un sujeto, al tener en este caso cerca de 70 años el condenado.

Debemos destacar la compatibilidad de la circunstancia personal de reincidencia con la aplicación del 368.2. Podría pensarse que al ser la reincidencia una circunstancia agravante recogida expresamente en el artículo 22, los Tribunales hubieran interpretado que la

---

<sup>63</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero 32/2011.

reincidencia es incompatible con la aplicación del subtipo atenuado pues incide negativamente en la esfera personal aumentando la culpabilidad del sujeto, y por tanto el requisito subjetivo no quedaría cumplido. Sin embargo como expone la sentencia del TS del 17 de febrero de 2011, la circunstancia de la agravante de reincidencia no excluye automáticamente la posibilidad de aplicación del 368.2, pues por un lado el legislador ya se ha encargado de señalar los regímenes de incompatibilidad expresamente, impidiendo que el subtipo atenuado se aplique cuando se den las circunstancias del 369.bis y 370. Si el legislador expresamente ha diseñado un sistema de incompatibilidades, no es conforme a derecho extender la lista de incompatibilidades a otros supuestos. La reincidencia no es incompatible con el 368.2 pues se permite su aplicación sin perjuicio de que sea tomada en cuenta posteriormente como circunstancia agravante y consecuentemente limite la rebaja de la pena a su mitad superior según lo previsto en el artículo 66. Al recogerse como circunstancia agravante y la obligación del juzgador de determinar la pena de acuerdo a esta agravante, supondría valorar doblemente una circunstancia negativa de la esfera personal del culpable, lo cual queda prohibido.<sup>64</sup>

En este asunto la jurisprudencia no ha sido unánime, así se han dado pronunciamientos discordante de la línea general del TS.<sup>65</sup> Sin embargo ha sido mayoritaria la jurisprudencia que ha optado finalmente por la compatibilidad de la reincidencia con la aplicación del subtipo atenuado, evitando el perjuicio que se causaría al encausado si se valorase la reincidencia en la aplicación de dos artículos diferentes.

### **3.3.3. Resumen de los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para apreciar el subtipo atenuado.**

La Sentencia del TS de 5 de noviembre de 2012 recoge un resumen muy explicativo de las circunstancias que deben ser valoradas para proceder a la atenuación de la pena. Este

---

<sup>64</sup> Mohammed Hammu, R. “Criterios jurisprudenciales para la aplicación del subtipo atenuado previsto en el artículo 368 párrafo 2.º del Código Penal”, *La Ley*, nº 343, 2016, pp. 6-13.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de abril 274/2011. En el Fundamento de Derecho Tercero: “no es posible la aplicación del párrafo segundo del artículo 368 del Código, pues dado que obliga a tener en cuenta las circunstancias personales del culpable, lo impide la concurrencia de la agravante de reincidencia, habida cuenta, además, del escaso tiempo transcurrido entre la firmeza de la anterior sentencia y la ejecución de los hechos aquí enjuiciados.” Y Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre 921/2011. En el Fundamento de Derecho Tercero: “toda vez que en esta ocasión el recurrente es reincidente, de modo que no puede hablarse de una conducta ocasional”. En la primera se estimó que la reincidencia en un lapso de tiempo tan reducido denotaba una mayor culpabilidad, y en la segunda relacionaba la reincidencia con el carácter “casual” de las conductas punibles. Pues la reincidencia impide que se califique la conducta como eventual, esta distinción afecta a la esfera de la antijuridicidad al haber calificado el TS en reiteradas ocasiones este tipo de conductas como de “escasa entidad del hecho”.

resumen tiene en cuenta tanto las circunstancias que afectan a la menor antijuridicidad del hecho como a la menor culpabilidad del sujeto. Las conclusiones que obtienen los magistrados son las siguientes:

Relativas a la escasa entidad del hecho:

- a) La escasa entidad de hecho se exige para la aplicación del 368.2 y por tanto debe probarse y motivarse mediante indicios y pruebas que realmente demuestren un menor daño al bien jurídico protegido.
- b) Es apreciable la escasa entidad de hecho en los supuestos de “venta aislada de alguna o algunas papalina”, “con una cantidad reducida de sustancia”, o en los casos de “último escalafón de la cadena”.
- c) No se excluye la aplicación del 368.2 cuando la actuación atribuida al culpable es una participación de muy escasa entidad, aun cuando dicha actividad sea participe de una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero aun no pudiendo ser esta última calificada como de escasa entidad

Relativas a las circunstancias personales del culpable:

- a) Las circunstancias personales del culpable no deben concurrir obligatoriamente para que se pueda aplicar el 368.2; basta con que no se aprecien circunstancias personales desfavorables para atenuar la pena, estos supuestos constituyen de este modo hechos de mínima antijuridicidad, acercándose a hechos atípicos.
- b) Las circunstancias personales del culpable deben referirse a los elementos, situaciones o factores que componen su entorno social, familiar e individual, sus antecedentes, su edad, sus actividades laborales, su propia adicción, sus oportunidades para integrarse en la sociedad, etc.
- c) La agravante de reincidencia ya se tiene en cuenta en la determinación de la pena, el criterio general seguido por el TS ha sido el de considerar compatible la reincidencia con la aplicación del subtipo atenuado. Únicamente si nos encontramos ante una reincidencia continuada en el ámbito de los delitos contra la salud pública que reflejan un daño continuado al bien jurídico protegido que no puede considerarse de escasa entidad, la reincidencia sería incompatible con el subtipo atenuado dada la finalidad de la norma.

### 3.4. Límites respecto al 369

Debemos estudiar los límites de aplicación del 368.2 con el subtipo agravado del 369. El artículo 369, que dice: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
- b) El culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- c) Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
- d) Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.
- e) Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.
- f) Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.
- g) Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.
- h) El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

En un primer momento la redacción del artículo 368.2 impedía la aplicación del mismo si concurría alguna de las circunstancias del 369; sin embargo el PSOE presentó una enmienda en la tramitación legislativa del proyecto, que fue aprobada, quedando de esta forma excluida la aplicación del subtipo atenuado cuando se den las circunstancias del 369.bis y 370 pero no las del 369. Para comenzar debemos determinar la naturaleza jurídica del 369: se trata de un subtipo agravado en el que se establecen una serie de circunstancias como *numerus clausus*, que en caso de concurrir en la conducta típica del 368.1 agravarían la pena. Las circunstancias descritas son de distinta índole y por tanto su inclusión en dicho precepto atiende a diferentes motivos. Algunas circunstancias denotan un mayor perjuicio al bien

jurídico protegido, de ahí la agravación de la pena; otras son relativas a las circunstancias que rodean el hecho ilícito, que por política criminal se pretende castigar más severamente para reprimir dichas conductas; otras se refieren a características del sujeto, que por su condición de trabajadores de determinados sectores pueden tener un mayor acceso a sustancias o clientes.

De la literalidad del artículo 368.2 se obtiene una interpretación sencilla, no será de aplicación el subtipo atenuado para los supuestos recogidos en los artículos 369.bis y 370. La mayor parte de la doctrina entiende que si el legislador ha recogido expresamente la incompatibilidad del 368.2 con otros artículos del mismo capítulo, nada impide que se aplique a los supuestos del 369 pues este no ha sido incluido en la prohibición; es más, el haber removido la mención al 369 durante la tramitación legislativa debe interpretarse como un deseo del legislador de que el subtipo atenuado pueda ser aplicado en los supuestos del 369.<sup>66</sup>

El TS ha coincidido con el criterio de la doctrina establecido en el párrafo anterior. Así véase la Sentencia 1391/2011, de 27 de diciembre de 2011, en la que sin un análisis muy extenso de los presupuestos de derecho, los magistrados concluyen que la ley permite aplicar el subtipo incluso en los casos en que concurran los supuestos del artículo 369 CP, aunque constituyan auténticos subtipos agravados. Se permite incluso la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado a los supuestos de notoria importancia, aun cuando estos causan un daño de una gran entidad. Sin embargo como ya hemos expuesto anteriormente, la cantidad de la droga es uno de los indicios con mayor carga valorativa a la hora de estudiar la “escasa entidad del hecho”, si bien es verdad que no es el único factor que debe valorarse. En consecuencia, el presupuesto del 369.5 implica una mayor antijuridicidad y por lo tanto dificultaría la aplicación del 368.2 por no cumplirse los requisitos.<sup>67</sup>

Como bien apunta la STS del 24 de enero de 2014, considera que si estamos ante una de las causas de agravación de la pena recogidas en el 369, para poder aplicar el subtipo atenuado tendría que concurrir unas circunstancias personales o materiales extraordinarias que contrarrestasen al presupuesto negativo por el que se ha aplicado el 369. Destaca el Tribunal

---

<sup>66</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A. “Drogas: art. 368, 369 y 370 CP”, *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*, 2010, p. 366.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre 705/2012. En el Fundamento de Derecho Sexto: “la posibilidad legal, introducida durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, de aplicarlo a los casos del art. 369 y entre ellos, al menos por vía de principio, a supuestos en que la cantidad sea de notoria importancia. No se está hablando de “escasa cantidad”, sino de “escasa entidad”.

la dificultad de que se dé esta posibilidad, pues las circunstancias del subtipo agravado del 369 reflejan una entidad del hecho considerable que impide que se cumpla el requisito imprescindible para la aplicación del subtipo atenuado, “la escasa entidad del hecho”.

Por otro lado las SSTS 111/2012, 23 de febrero y 370/2013, 30 de abril, hacen referencia a la posibilidad de aplicación del subtipo atenuado cuando concurre la circunstancia del 369.3 (tráfico de drogas realizado en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos). Ambas sentencias argumentas que nada impide jurisprudencialmente la aplicación atenuada del 368.2, sin embargo para ambos casos concretos la venta en establecimiento publicó aunque fuese de hachís, reflejaba una venta diaria y no esporádica, por lo que la mayor antijuridicidad del hecho impedía la rebaja de la pena en aplicación del 368.2. Destacan estas sentencias que no se está valorando dos veces la misma característica, sino que el realizarlo en un establecimiento público, que conlleva la agravación de la pena de acuerdo al 369.1, nada tiene que ver con la asiduidad de la actividad, que determinaría la concurrencia de los requisitos del 368.2 o no; así el principio de non bis in ídem es respetado al no tener en cuenta la misma características, sino dos diferentes derivándose la segunda de la primera.

Un extenso número de sentencias han recordado la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado a los supuestos en los que concurran conjuntamente las circunstancias del 369., sin embargo ninguno de los magistrados estimaron conveniente la aplicación del subtipo atenuado ante la suma gravedad del hecho ilícito y la falta de circunstancias personales extraordinarias.<sup>68</sup>

### **3.5. Límites respecto al 369.bis y 370 del C.P.**

El artículo 369.bis recoge por un lado la concurrencia del delito de tráfico de drogas con la de pertenencia a organización delictiva e impone una pena cuantitativamente muy superior a la del 368. Por otro lado recoge la pena específica para el sujeto que fuese el encargado o administrador de las organizaciones referidas en el artículo 369. Por último recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de tráfico de drogas.

Respecto del artículo 370, este recoge una agravación en los siguientes supuestos: cuando se “utilice menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos”, “se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369” o “las conductas descritas en el artículo 368

---

<sup>68</sup> Quinto Olivares, G. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, 2010, Pamplona, p. 312.

fuesen de extrema gravedad”, el propio artículo 370 enumera los supuestos que se deben entender de “extrema gravedad”: cantidades notoriamente superiores a las consideradas de notoria importancia, el uso de buques, aeronaves o embarcaciones como medio específico, se hayan simulado operaciones de comercio internacional, se trate de una organización internacional dedicada al tráfico de drogas o cuando concurren tres o más circunstancias del 369.

La propia redacción del artículo 368.2 impide su aplicación cuando concurren alguna de las circunstancias a las que se refieren los artículos 369.bis y 370. La interpretación del TS ha seguido el tenor literal de la redacción<sup>69</sup> y ha recordado la inaplicabilidad del 368.2 cuando diesen los supuestos recogidos en estos artículos. Las STS del 27 de septiembre de 2012 y del 24 de enero de 2014 al argumentar la posibilidad de aplicación del 368.2 cuando concurren las circunstancias del 369, recuerdan, del mismo modo, que el legislador excluye expresamente la atenuación del 368.2 con los supuestos del 369.bis y 370, no así con los supuestos del 369. Por otro lado no ha habido sentencias que se hayan apartado de este criterio.

Las razones que han llevado al legislador a prohibir la aplicación del artículo 368.2 en estos supuestos son obvias, al tratarse claramente de conductas (las contenidas en el 369.bis y 370) que por su naturaleza y características son causantes de un daño de gran entidad, y que por lo tanto merecen un reproche mayor y consecuentemente una pena agravada, careciendo de sentido y fundamento la aplicación del subtipo atenuado a las mismas.

Podríamos preguntarnos si realmente era necesaria la prohibición de aplicación del 368.2 a estos supuestos, ya que el subtipo atenuado tiene unos requisitos de aplicación que claramente no se cumplen en el 369.bis y 370. Por un lado las referencias a pertenencia a algún tipo de organización implica una entidad del hecho que no es subsumible en el primer supuesto del 368.2, es más tampoco lo sería en el segundo pues implicaría una mayor culpabilidad. Por otro lado todas las condiciones del artículo 370 producen un daño al bien jurídico que no puede interpretarse de ningún modo como de escasa entidad, por otro lado las circunstancias del artículo 369.bis también reflejan una mayor antijuridicidad que debe ser castigada de una forma más agravada.

---

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo 867/2014. “En el Fundamento de Derecho Tercero: Sí queda legalmente excluida la atenuación cuando se da alguno de los supuestos de los arts. 369 bis ó 370 del Código Penal.”

Recordando que el legislador ha querido permitir que las circunstancias del 369 no sean un obstáculo para la aplicación del 368.2, aun cuando el TS ha sentado jurisprudencia sobre la necesidad de unas circunstancias de carácter extraordinario para que sea de aplicación el subtipo atenuado; el legislador ha querido expresamente prohibir esta posibilidad para las circunstancias del 369.bis y 370 por cuestiones de política criminal al querer castigar de manera severa a los integrantes de grandes organizaciones criminales o a sujetos que trafiquen con grandes cantidades de sustancias. Posiblemente no era necesario que el legislador recogiese esta prohibición expresamente, pues el TS es extremadamente exigente para que se pueda aplicar el 368.2 cuando concurren las circunstancias del 369, lo sería aún más para la aplicación del 369bis y del 370, pues estos modulan la pena para adaptarla a un reproche penal agravado para el sujeto. Lo que es incuestionable es que la introducción de la citada prohibición cercena toda posibilidad de aplicar el subtipo atenuado a estos supuestos agravados, haciendo innecesario la justificación de este proceder toda vez que es la propia ley la que así lo establece.

### **3.6. Retroactividad del artículo 368.2**

El carácter retroactivo de la modificación del C.P. se encuentra analizado en las Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera de la L.O. 5/2010.

Respecto a la Disposición Transitoria Primera: “Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante, lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.” La D.T. Primera recoge el principio de irretroactividad de las disposiciones penales, que encuentra su fundamento en el principio de legalidad revisto en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución Española, y más concretamente en el artículo 1.1. y 2.1. del C.P, que prohíbe el castigo para los delitos que en el momento de su perpetración no estuvieran recogidos en la Ley Penal. Por otro lado, la D.T. Primera también enuncia el principio de retroactividad de las disposiciones penales favorables, que igualmente deriva del principio de legalidad del artículo 9.3. de la C.E. El artículo 2.2. del C.P. establece la retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo, aun cuando la sentencia fuese firme.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Ruiz Antón, LF. “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº7, 1989, pp. 153-162.

La Disposición Transitoria Tercera dispone una serie de reglas para la aplicación la nueva ley en las “sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso”. Así diferencia entre los recursos de apelación, los de casación todavía no formalizados y los de casación que se estén tramitando. Para los recursos de apelación, la D.T. Segunda establece que los preceptos de la nueva ley podrán ser invocados a instancia de parte o de oficio. Si se trata de un recurso de casación todavía no formalizado, el recurrente podrá indicar las infracciones legales que sustenten el recurso de casación basándose en las disposiciones normativas de la nueva ley. Por último, en el caso de que el recurso de casación ya estuviese siendo estudiado, se devolverá al recurrente para que a su juicio adapte los motivos de casación alegados. La D.T. Segunda aplica lo recogido en la D.T. Primera para la revisión de sentencias no firmes, permitiendo la aplicación de la nueva norma por ser más favorable para el reo, una interpretación que han ido consolidando el TC y el TS.<sup>71</sup> La lectura de las D.D.T.T Primera y Segunda no deja dudas de la obligada ponderación de los nuevos preceptos normativos, debiendo el juez o Tribunal valorar si se dan los requisitos necesarios para la aplicación del 368.2.

La Disposición Transitoria Segunda ha generado un intenso debate en lo referente a su aplicabilidad respecto del artículo 368.2. La D.T. Segunda, relativa a la revisión de sentencias firmes establece en su apartado primero que los “jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.” De esta lectura parece desprenderse una respuesta negativa a la posibilidad de aplicación del subtipo atenuado a los supuestos ya sentenciados y firmes, pues si recordamos la redacción del 368.2 establece que los “tribunales podrán imponer”, un ejercicio claramente dejado al arbitrio judicial. Esta misma interpretación fue la adoptada por la Fiscalía General del Estado<sup>72</sup>; admitiendo por un lado la aplicación retroactiva del nuevo párrafo primero del 368.1 por ser más favorable para los sentenciados y tratarse de un precepto de aplicación obligada y por otro lado decantándose por la irretroactividad respecto del párrafo segundo al

---

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de enero 21/1993 y Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de abril 499/2004.

<sup>72</sup> Circular <sup>72</sup> 3/2010 sobre el régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, pp. 1450-1451. En una interpretación contraria a la realizada por el Tribunal Supremo, “con independencia de que se hayan modificado los límites máximo y mínimo de la pena establecida en el tipo penal tras la reforma que analizamos y aun cuando, en consecuencia, la nueva pena resulte en abstracto más beneficiosa, si la pena privativa de libertad impuesta antes de la modificación legislativa es también imponible de acuerdo con la nueva legislación, no habrá lugar a la revisión de la sentencia.

considerar el artículo 368.2 como una fórmula flexible basada en la discrecionalidad del Tribunal. Ahora bien, como ya se ha mencionado el TS<sup>73</sup> ha estimado en repetidas ocasiones que el artículo 368.2 al señalar que los tribunales “podrán” imponer la pena inferior en grado no quiere decir que tengan la elección de rebajar la pena o no, sino que, una vez constatada la concurrencia de las circunstancias señaladas en el propio artículo, la reducción de la pena será obligada e inexcusable, por tanto la aplicación del 368.2 no depende del arbitrio del tribunal y en consecuencia serán revisables las sentencias firmes.

Asimismo, podemos argumentar la aplicabilidad del subtipo atenuado a las sentencias firmes basándonos en el artículo 24 de la C.E., que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva. La desigualdad que provocaría la inaplicación del 368.2 atentaría directamente contra este derecho al igual que al principio de justicia que debe guiar todo ordenamiento.<sup>74</sup>

#### **4. Conclusiones**

Teniendo en cuenta el origen de la modificación del precepto del Código Penal, en la coincidencia de tanto el Tribunal Supremo, como de la doctrina y los agentes sociales, respecto a la necesidad de dotar de instrumentos a los tribunales juzgadores que les permitiera graduar de modo más proporcional las penas impuestas en los delitos relacionados con el tráfico y consumo de drogas, en especial en aquellos supuestos donde o bien por las cantidades de droga y/o las características de las personas que incurrían en estas acciones tipificadas como delitos suponían la condena por tiempos excesivamente largos, con el consiguiente perjuicio para los individuos condenados como también para la sociedad y los establecimientos penitenciarios. La levedad de ciertas conductas así como la poca antijuridicidad de éstas terminaban con la imposición de penas claramente desproporcionadas sin que los tribunales pudieran graduar correctamente las citadas acciones cometidas, derivando de ello en la saturación de los establecimientos penitenciarios, la imposibilidad de la deseada reinserción de los condenados, ello tanto por las ineficiencias del sistema como la falta de idoneidad de las cárceles para resolver lo que en la mayoría de los casos eran problemas de adicción y dependencia de estas sustancias que eran las que en definitiva movían al individuo a cometer los hechos delictivos, es por lo que en mi opinión se atendió con la reforma del tipo a una necesidad social y de justicia material.

---

<sup>73</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de mayo 354/2011 y de 3 de noviembre 1127/2011.

<sup>74</sup> Fernández Ros, JF. “La venta al por menor del adicto a las drogas para autofinanciarse”, *Noticias Jurídicas*, 2011.

Puede realizarse una aproximación crítica a la naturaleza jurídica del art. 368.2 y a la consideración que la jurisprudencia del Tribunal Supremo le ha dado al citado artículo, en especial la consideración de este como un subtipo, como he puesto de relieve en este trabajo, pero aunque podríamos decir que la “corrección” jurídica, si es que esta existiera como tal, de las sentencias pueda quedar en entredicho, no podemos desconocer que la vía seguida por la citada jurisprudencia ha permitido alcanzar las finalidades que el legislador pretendió con su reforma, y que una mayoría de los actores sociales en esta materia apoyaban, dotando de este modo a los tribunales de una capacidad de apreciación y graduación de la pena a la naturaleza y características tanto de la acción delictiva como del presunto delincuente, por lo tanto no se puede más que concluir, en mi opinión, que la citada reforma ha sido positiva.

No debería terminar sin plantear la necesidad de potenciar medidas al margen del derecho penal como pudieran ser los tratamientos de desintoxicación y de apoyo a la reinserción social para combatir este ámbito delincencial de baja intensidad pero de gran coste social, tanto en lo referente a la salud de los propios individuos dependientes como a la comisión de otros tipos de delitos, en especial contra las cosas, que estos realizan para costearse sus adicciones, no siendo quizá la vía del derecho penal la idónea para combatir esta lacra social, debiendo quedar éste reservado para combatir las conductas más graves del tráfico de drogas, donde sí puede el derecho penal aportar soluciones adecuadas en estos casos.

## **5. Bibliografía**

### Obras Doctrinales (en orden alfabético)

Alcalde López, M. *Tráfico de drogas e inmigración ilegal en Canarias*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 37-38.

Alcalde Sánchez, M. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia: Tirant Lo blanch, 2002, p. 37.

Beristáin Ipoña, A. «Delitos de tráfico ilegal de drogas.» Edersa, 1985, pp. 760 y ss.

Escohotado Espinosa, A. *Historia General de las Drogas*. Espasa Libros, 1999, pp. 378 y ss.

Fernández Pantoja, P. «Artículo 368.» *Comentarios al Código Penal*, 2008, pp. 279-311.

Fernández Ros, J.F. «La venta al por menor del adicto a las drogas para autofinanciarse.» *Noticias Jurídicas*, 2011.

Frieyro Elíguegui, S. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 18-20.

Ganzenmuller Roig, C; Escudero Moratalla, J.F. y Frígola Vallina, J. «Formas de participación en el delito de tráfico de drogas.» *Cuadernos de Política Criminal*, nº 64, pp. 59-96.

- Jiménez Marín, A. «Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas.» *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2007, pp. 7-27.
- Juan Sanjosé, R.J. «Burguera Abogados.» 29 de Noviembre de 2015.  
<https://www.burgueraabogados.com/el-articulo-368-2-cp-analisis-jurisprudencial-por-rafael-juan-juan-sanjose/>.
- Laso Prieto, J.M. «Hacia un uso alternativo del derecho.» *Revista Argumentos*, 1977, pp. 48-52.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A. «Drogas: art. 368, 369 y 370 CP.» *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*, 2010, p. 366.
- Martínez Estay, J.I. «El principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.» *Estudios Constitucionales*, 2011, pp. 199-226, pp. 151 y ss.
- Martínez Pardo, V.J. *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*. Edisofer, 2013, pp. 151 y ss.
- Maza Martín, J.M. «Comentarios al apartado 2 del artículo 368 del Código Pneal y su interpretación jurisprudencial.» *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, pp. 7-26.
- Mir Puig, S. «Bien Jurídico protegido y bien Jurídico-Penal.» *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol XIV, 1991, pp. 203 y ss.
- Mohammed Hammu, R. «Criterios jurisprudenciales para la aplciación del subtipo atenuado previsto en el artículo 368 párrafo 2º del Código Penal.» *La Ley*, 2016, pp. 6-13.
- Molina Pérez, T. «Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española.» *Anuario jurídico y económico escurialense*, 2011, pp. 93-116.
- Molina Pérez, T. «El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas.» *Anuario jurídico y económico escurialense*, 2005, pp. 93-116.
- Morant Vidal, J. *El delito de ráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar*. Valencia: Practica el Derecho, 2005, pp. 86 y ss.
- Pedreira González, F.M. «La desproporción en el ámbito del tráfico de las drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas.» *Revista Penal México*, 2016, pp. 159-179.
- Quinto Olivares, G. *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*. Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 312.
- Rey Huidobro, L.F. *Delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Barcelona: Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 21-25.
- Ruiz Antón, L.P. «El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia.» *Anuario de la Dacultad de Derecho*, 1989: 153-162.
- Sánchez Melgar, J. «Delitos contra la salud pública: Comentario del artículo 368 del Código Penal.» *Editorial SEPIN*, 2016, pp. 23-44.

Sequeros Sazatornil, F. «La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código Penal de 2010.» *Diario de la Ley*, 2010.

Serrano Tárraga, M.D; Serrano Gómez, A y Serrano Maíllo, A. *Curso de derecho penal: Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2012, pp. 584-585.

Tena Aragón, M.F. «Delitos contra la salud pública, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.» *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010, pp. 4-8.

#### Jurisprudencia (en orden cronológico)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de mayo 65/1986

Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1534/1988

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio 985/1988

Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre 2107/1992

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de enero 21/1993

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 410/1993

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo 436/1993

Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre 1963/1993

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de noviembre 341/1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre 1051/1996

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo 709/1997

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero 237/1999

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre 1486/1999

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio 1081/1999

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1508/2001

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de abril 499/2004

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre 1124/2004

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de mayo 578/2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero 16/2007

Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de enero 24/2007

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero 94/2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo 154/2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril 358/2007

Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre 1276/2009

Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de junio 553/2010

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero 32/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero 33/2011

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de febrero 20/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero 103/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de abril 274/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril 45/2011

Sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de mayo 354/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo 482/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de junio 542/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre 921/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre 1127/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre 1391/2011

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de enero 30/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de febrero 111/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo 193/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio 456/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio 506/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio 653/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre 705/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre 738/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre 869/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre 873/2012

Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de abril 270/2013

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril 370/2013

Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero 40/2014

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo 187/2014

Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo 185/2014

Sentencia del Tribunal Supremo, de 08 de mayo 401/2014

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero 783/2015

#### Legislación Nacional

Boletín Oficial de las Cortes Generales de 18 de marzo de 2010, serie A, núm. 52-9, pp. 200 y ss.

Constitución Española. (Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Boletín Oficial del estado, 23 de Junio de 2010)

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. (Boletín Oficial del Estado, de 11 de abril de 1967)

Pragmática de 1588 de Don Felipe II, de 22 de Noviembre

Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional. (Boletín Oficial del Estado, de 23 de agosto de 2011)

#### Normativa y Convenios Internacionales

Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 21 de febrero de 1971

Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, celebrada en la Sede de las Naciones Unidas del 24 de enero al 25

Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2004.

Pure Food and Drug Act (1906), Estados Unidos de América

#### Informes, Circulares y Acuerdos

Acuerdos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de mayo de 2005

Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 2005

Circular de la Fiscalía General del Estado nº 3/2010, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Informe, de 3 de noviembre, de 2006, al anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal