



**COMILLAS**  
**UNIVERSIDAD PONTIFICIA**

**ICAI**

**ICADE**

**CIHS**

**“Tratamiento jurídico-penal del consumo de  
drogas. Especial consideración del  
consumidor-drogodependiente y traficante  
de drogas”**

Autor: José María Escalonilla Esteban

Director: Antonio Obregón García

Madrid

Marzo 2019

## **ÍNDICE**

RESUMEN.....	3
ABSTRACT .....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. METODOLOGÍA.....	5
3. APROXIMACIÓN AL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS .....	6
3.1. Introducción al delito de tráfico de drogas .....	6
3.2. El bien jurídico protegido .....	7
3.3. Concepto de droga y toxicomanía .....	7
3.4. El tipo básico.....	9
3.5. El tipo atenuado del 368 CP.....	11
3.6. Modalidades agravadas.....	12
4. TRATAMIENTO DEL CONSUMIDOR-TRAFICANTE DE DROGAS .....	13
4.1. Definición de droga.....	13
4.2. Imputabilidad .....	16
4.3. Inimputabilidad .....	17
4.4. Alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación .....	18
5. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS SUPUESTOS DE CONSUMIDOR- TRAFICANTE. ....	22
5.1. Sentencias en las que se ha desestimado la atenuante:.....	22
5.2. Sentencias en las que se aplica la atenuante: .....	27
6. CONCLUSIÓN .....	31
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: .....	32

## **RESUMEN**

Se ha realizado una revisión de cómo se encuentra regulado el delito de tráfico de drogas en España. Un análisis de la ley, la doctrina y las fuentes jurisprudenciales en relación con este delito, así como su tratamiento jurídico-penal. Para, a continuación, examinar la figura del traficante-drogodependiente, vulgarmente conocido como “camello”, y cómo le afecta la justicia a esta persona. Por un lado, debería ser condenado por el delito de tráfico de drogas, pero al ser consumidor, su pena se podría ver reducida, dando lugar a una situación un tanto paradójica, ya que el consumo de estupefacientes ha servido para atenuar el delito por traficar con sustancias tóxicas. Es lo que se considera “delincuencia funcional” y queda regulada dentro del artículo 21.2 del Código Penal Español. Los juristas no se han mostrado indiferentes ante la aplicación de la atenuante, y ha sido objeto de estudio y controversia entre juristas.

## **ABSTRACT**

There has been a review about drug traffic regulation in Spain. A law analysis, the doctrine and the jurisprudential sources in relation with this crime, and its legal-criminal treatment. To examine the figure of the drug addict trafficker known as "camello"(drug dealer) and how justice affects this person. On one hand he should be condemned for the offense of drug trafficking, but as he is a drug addict his jail sentence could be reduced, that gives places to a rare situation because drug consumption has served to attenuate the crime of drug trafficking. Thats known as "delincuencia funcional" (functional crime) and it is regulated in the article 21.2 of the Spanish Criminal Code. The jurists have not shown indifferent to the application of the attenuant and it has been a subject of dicussion and controversy between the jurists

## **1. INTRODUCCIÓN**

Este trabajo de fin de grado de criminología estará centrado en el estudio del tratamiento que se le da al consumo de drogas en el sistema penal español, con especial atención al supuesto en el que el consumidor de estas sustancias reúne las características de drogodependiente, condición que le puede mover a la comisión de actos delictivos, y entre ellos frecuentemente el de tráfico de drogas.

El análisis de esta realidad nos permitirá estudiar el contraste en la consideración penal, por un lado, del consumo de determinadas sustancias, que puede llegar a ser causa de exención o atenuación de responsabilidad, y por otro, del tráfico de drogas, que nada menos da origen a responsabilidad penal mediante un delito al que se asocia penas elevadas; así mismo se podrá comprobar la situación jurídico-penal de aquel que, siendo consumidor, incurre en un delito de tráfico de drogas.

Una gran parte de los delitos se producen en estados de intoxicación, ya sea por drogas o por alcohol. Por lo que abordar este tema es de suma importancia para entender mejor la delincuencia. No debemos olvidar el factor social o las circunstancias que se dan cuando aparece una droga “nueva”, teniendo en cuenta que el consumo de una determinada sustancia entre los jóvenes aumenta y el comportamiento de éstos se verá afectado. Ante esta relación de consumo-delincuencia, veo esencial estudiar, dentro de todo el complicado mundo de las drogas, aquellos sujetos que están vinculados con la actividad criminal pero que, a su vez, son consumidores.

Es entonces cuando aparece la figura del consumidor-drogodependiente y traficante de drogas, vulgarmente conocido como “camello” y que estaría en los niveles más bajos dentro de las estructuras jerárquicas que se organizan para sacar beneficios de la venta de estas sustancias.

Estos sujetos se dedican al tráfico de drogas que es un delito castigado duramente en el código penal, pero, por otro lado, será interesante tener en cuenta que aquel que se encarga de traficar con drogas también puede ser consumidor y, por lo tanto, este delito de tráfico de drogas podrá verse atenuado por el consumo de aquello que utiliza para hacer dinero.

Veremos también cómo se desarrolla esa figura, a un nivel más personal, pero también con un fundamento teórico, es decir, tendremos que estudiar si esta persona, que consume estas sustancias las vende para conseguir comprar más drogas y así consumir, cayendo por tanto en un círculo vicioso. Tendríamos a un sujeto que vende droga y con los beneficios que obtiene al comerciar con estas sustancias, en vez de ahorrar o utilizar ese dinero con fines productivos, esta persona, se encarga de vender para poder conseguir sustancias para su propio consumo. Debemos entender cuándo este consumo se convierte en dependencia, pues el trato legislativo será diferente para aquella persona considerada

drogodependiente, será otra variable que estudiar necesaria para desarrollar un análisis más completo al considerar la punibilidad de los delitos.

Es un tema complejo pero interesante, para una persona a la que le gustaría intervenir como psicólogo en situaciones donde existan adicciones, como es mi caso, creo que es un punto de partida excelente para abordar esta área y conocer más en profundidad la temática y la evolución de la regulación legal del tráfico en España.

Lo que se buscará con este trabajo, es en primer lugar, tener una base teórica relacionada con el tratamiento jurídico que se le da al delito de tráfico de drogas. Para ello, se hará un contraste de ideas de la doctrina científica con respecto a la legislación penal actual, en lo que se refiere al delito de tráfico de drogas. Se tendrán en cuenta las diferentes reformas del código penal para ver cómo ha ido evolucionando el trato de este delito y tener en cuenta cómo han podido influir estos cambios a la hora de legislar, así cómo ha sido tratado el delito de tráfico de drogas desde un tiempo hasta esta parte.

Cuando los conceptos más teóricos queden claros, podremos centrarnos en el objeto de este trabajo, la figura del drogodependiente y traficante. Cómo afecta la ley y en concreto, la aplicación de la atenuante 21.2 del CP sobre su persona y cuál es su situación psicológica y social.

## **2. METODOLOGÍA**

Para el desarrollo de este trabajo, se ha acudido a diferentes fuentes bibliográficas extrayendo la información considerada más relevante para la clarificación y especificación de los conceptos necesarios.

Así pues, para la fundamentación teórica, se han utilizado fuentes legislativas como el Código Penal Español para poder definir y entender cómo se encuentra regulado el delito de tráfico de droga, fuentes doctrinales como diversos manuales de derecho penal, en concreto de parte general y parte especial. Se ha realizado un contraste de ideas entre diversos autores, acudiendo a su vez a las fuentes jurisprudenciales, analizando sentencias del Tribunal Supremo extraídas de las diversas bases de datos.

También se ha estudiado la relación entre el drogodependiente-consumidor y su correspondiente tratamiento jurídico-penal, viendo diferentes casos y como han sido resueltos mediante la aplicación o no de la atenuante 21.2 CP.

El análisis a lo largo de este trabajo se ha podido ver limitado por el número de sentencias que se han escogido. Es inevitable que exista un sesgo a la hora de estudiar la jurisprudencia, ya que las sentencias que se han presentado comprenden un total de ciento sesenta y tres sentencias en las que se apreciaban casos de tráfico de drogas y drogodependientes.

La limitación puede verse tanto en el total de fallos obtenidos, como en la propia base de datos Aranzadi, que puede no contar con el total de los procesos al filtrar la búsqueda con las palabras clave “drogodependiente” y “tráfico de drogas”.

### **3. APROXIMACIÓN AL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS**

#### **3.1. Introducción al delito de tráfico de drogas**

El consumo y tráfico de drogas es un problema social que afecta a nivel mundial. Y aunque a priori tanto el tráfico, como el consumo son dos acciones diferentes (en ocasiones ligadas entre sí) que cuentan con su propia regulación en el Código Penal, ambas situaciones derivan de una u otra manera en la criminalidad. En el primer caso, esta circunstancia suele estar condicionada por el hecho de que personas en riesgo de exclusión social ven en el tráfico una manera rápida y presumiblemente fácil de solventar sus problemas económicos, llegando a convertirse en muchas ocasiones en integrantes de organizaciones criminales. Mientras que, en el caso del consumidor, el consumo reiterado de estas sustancias hace mella tanto en el aspecto físico como en el psíquico, dando lugar a conductas delictivas y siendo por lo tanto objeto de estudio por parte del sistema penal. Actualmente, en España no existe un acuerdo total sobre las medidas punitivas que debería llevar a cabo el Estado para combatir la delincuencia organizada (Pastor Muñoz 2015).

### **3.2. El bien jurídico protegido**

Existe un consenso entre doctrina y jurisprudencia para determinar cuál es el bien jurídico protegido. Como dicta la STS 409/2013 de 21 de mayo (RJ 2013\8075) ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre: “La finalidad del legislador más que la de evitar daños en la salud individual de las personas es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población”.

Según Pastor Muñoz (2015) el principal problema es que la salud pública es un bien jurídico cuya definición es un tanto ambigua, pero que a su vez intenta poner límites a diversas acciones que atentan contra ella, aunque sin abarcarlas todas en el tipo básico del artículo 368 CP, como ocurre con el consumo compartido.

Para Joshi Jubert, "*La construcción de un concepto penal de salud pública debe partir de consideraciones médicas, sociales y jurídicas.*" (p.39). En este sentido, las médicas harán referencia a la manera en la que afectan a la salud pública y constituirán la base sobre la que se regirá dicho concepto influido siempre por el precepto existente. Por su parte las de tipo social determinan cuál es el grado de salud óptimo e insoportable establecido por la sociedad. Por último, las jurídicas establecen tanto las bases como los límites de lo penal (Joshi Jubert, 1999).

### **3.3. Concepto de droga y toxicomanía**

La definición que debe usarse para clasificar una sustancia como droga también se ve envuelta en ciertas controversias. Por un lado, jurisprudencia y parte de la doctrina consideran como sustancias psicotrópicas aquellas que son reconocidas en los convenios internacionales aprobados por España. Según esta opinión “los tipos de tráfico de drogas son normas penales en blanco que deben integrarse con las listas anexas a los convenios que existan en la materia”. (Pastor Muñoz, 2015)

Mientras que, otras posturas como la que nos expone Muñoz Conde (2015), critican la anterior corriente expuesta al considerar que los convenios en los que se apoyan, como el de 1961, no tienen carácter ejecutivo. Por lo que ven necesario establecer un concepto penal de droga y así evitar las posibles lagunas legales que pudieran surgir cuando por ejemplo aparecen nuevas drogas que todavía no han podido ser estudiadas por los convenios internacionales.

Como señala Muñoz Conde (2015) la OMS sería la única encargada de estudiar el concepto de droga. A estos efectos, La Organización Mundial de la Salud establece una serie de pautas que resultan determinantes para clasificar una sustancia como droga. Por lo que tanto el consumo de la sustancia natural, como sintética debe producir en quien lo toma: una necesidad continuada de consumirla, un aumento de la tolerancia y una dependencia física vital y así evitar que tenga lugar el llamado síndrome de abstinencia. A pesar de la influencia médica en la consideración de este concepto, éste no es el único factor a tener en cuenta, ya que determinadas sustancias como el cannabis son clasificadas como drogas sin cumplir en su totalidad los parámetros anteriormente expuestos (Muñoz Conde, 2015)

Joshi Jubert (1999) propone adoptar un punto de vista médico-farmacológico con respecto al concepto jurídico penal de droga, debido a la completa definición que ofrece acerca de factores como la naturaleza de la sustancia, o los efectos que generan sobre las personas. Dicho concepto deberá regirse bajo la ley, además de cumplir las finalidades del Derecho Penal. Podrán por tanto clasificarse como droga, psicotrópico o estupefaciente, aquellas sustancias que atenten contra la salud de la persona generando a su vez alteraciones psíquicas y físicas debido a la dependencia o a la intoxicación, entre otros (Joshi Jubert, 1999).

El artículo 368 se rige por una serie de principios para incluir o no, determinadas sustancias tóxicas, limitando así la extensión del concepto médico-farmacológico. Por tanto, las drogas legales como el tabaco no tendrán cabida en él, así como otras de menor gravedad, al menos en el ámbito de la salud pública, como pudiera ser el café (Joshi Jubert 1999). "No bastará que la salud pública resulte afectada de cualquier modo, sino que lo deberá ser de modo importante" (Joshi Jubert 1999, p.67).

Por su parte Joshi Jubert insiste en que solo deberán incluirse en el artículo 368 aquellas sustancias que: cumplan los principios médico-farmacológico, afecten penalmente tanto a la salud individual como pública y sean ilegales (1999).



### **3.4. El tipo básico**

Según lo establecido en el artículo 368 del Código Penal Español:

“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.”

Este artículo se centra en el castigo de aquellos que trafiquen con drogas o en su defecto lleven a cabo acciones que favorezcan el tráfico. Adquiriendo así una actitud preventiva que pretende estudiar aquellas situaciones en las que el autor del delito comete un hecho de una categoría leve. Por lo que en estos casos se tendría en cuenta los factores atenuantes a la hora de aplicar una pena determinada (Pastor Muñoz, 2015). Por otro lado, Rodríguez Núñez (2011), entiende que el artículo no establece bien sus límites y se vuelve muy restrictivo, castigando de igual manera aquellos hechos que revierten gravedad, así como otros cuya ilegalidad y adecuación al tipo objetivo, puede resultar un tanto dudosa. Afirma que cualquier acto inicial puede ser penado de una forma semejante a un hecho acabado.

Pastor Muñoz (2015) expresa que a la hora de determinar una pena para la persona que se encuentra en posesión de sustancias clasificadas como drogas, ésta variará dependiendo de una serie de indicadores que determinarán si nos encontramos ante un caso de posesión típica o atípica. En cualquier caso, sea o no para el tráfico, la tenencia o consumo de este tipo de sustancias, el abandono de los instrumentos necesarios para su actividad y la tolerancia ante el tráfico o el consumo en espacios públicos son clasificadas como infracciones graves. La autora entiende que a la hora de determinar una condena ésta variará en función de si existe o no ánimo de traficar, dependiendo de si se cumplen una

serie de indicios. Para demostrarlo, Pastor Muñoz se apoya en los siguientes casos: la Sala Segunda del Tribunal Supremo contempla como autoconsumo cuando la dosis hallada no supera la cantidad necesaria para el consumo durante cinco días. Por lo que, en estos casos no existiría ánimo de traficar [SSTS 659/2013 de 9 julio (RJ 2014\1200) ponente Jorge Barreiro;1081/2009 de 11 noviembre (RJ 2009\7882) ponente Berdugo Gómez de la Torre]. Sin embargo, dentro de la propia doctrina existe una postura que critica el uso de los indicios como únicos determinantes para establecer la pena (basados en la cantidad que porta el individuo, el hábito del consumidor, es decir, si se puede considerar como toxicómano y la posesión de diferentes clases de drogas) (Pastor Muñoz, 2015).

La Jurisprudencia se apoya en una serie de indicios para juzgar los diferentes actos. Uno de ellos sería la manera en la que se encuentra la sustancia, es decir, si está dispuesta para su suministro. En este indicio, deberíamos analizar el caso de las papelinhas, ya que la droga se puede encontrar acompañada de este medio, pero eso no determina si estamos ante una persona que se esté dedicando al tráfico ilegal de sustancias, ya que el vendedor o traficante, se ha podido encargar de envolverlas para el propio consumidor y ser este el que está en posesión de la sustancia psicotrópica y su correspondiente medio. Así que este indicio no resultaría absoluto para determinar si estamos ante un traficante como tal, ya que puede llegar a dar lugar a confusiones. Otros indicios en los que la jurisprudencia se suele apoyar sería el de la ocultación de la droga, el bajo poder adquisitivo de quien la posee en comparación con el valor de la sustancia, la forma que el individuo actúa frente a los cuerpos de seguridad, el grado de pureza de la droga, el hallazgo de utensilios para la preparación de la droga y la posesión de importantes sumas de dinero en efectivo por parte de la persona (Pastor Muñoz, 2015).

Las siguientes sentencias son un claro ejemplo de cuando estamos ante un caso inequívoco de ánimo de traficar. Encontramos en STS 1470/2004 de 15 diciembre (RJ 2005\270) ponente Soriano Soriano, un caso en el que el autor poseía unas dos tabletas de cocaína escondida en dos sacos en un almacén con su correspondiente utensilio para prepararla (una balanza de precisión) y envoltorios de cocaína bajo una prenda interior, otras 8 personas estaban siendo investigadas en este caso, por participar en el tráfico ilegal, constituyendo presumiblemente una banda organizada. Otro ejemplo lo encontraríamos en STS 235/2008 de 30 abril (RJ 2008\2912) Ponente Martín Pallín, en este caso un individuo en ciclomotor se apresura a entrar en un restaurante cercano tras

presenciar un control de la Guardia Civil y se le encuentra una balanza de precisión en su registro y 8,21 gramos de cocaína, con un 75% de pureza, 1,1 gramos de hachís para autoconsumo y en el correspondiente registro domiciliario, 31,3 gramos de hachís, varios utensilios para preparar la droga.

Como nos indica la autora Rodríguez Núñez (2011) existirían unos supuestos que se valorarían como atípicos por no atentar directamente contra la salud pública. Será una conducta atípica el legar una cantidad ínfima de droga a aquellos toxicómanos para paliar temporalmente los efectos del síndrome de abstinencia. No debe existir ningún ánimo de lucro por parte de la persona que dona la droga y ésta, no puede estar destinada al tráfico, deberá consumirse en el momento. El autoconsumo compartido es atípico cuando las personas que se reúnen son toxicómanos, el consumo se realiza en espacios cerrados, la cantidad de sustancia tóxica debe ser muy reducida y la droga debe consumirse en ese espacio y tiempo determinado. Según Rodríguez Núñez (2011), la jurisprudencia es más específica a la hora de determinar aquella conducta atípica con respecto a la posesión de drogas para el autoconsumo. Si la cantidad de estupefaciente que lleva encima un sujeto es mayor a la que podría consumir una persona en cinco días, entonces se entenderá que la tenencia de sustancia tóxica está dirigida a la comercialización y tráfico ilegal de ésta (Rodríguez Núñez, 2011)

### **3.5. El tipo atenuado del 368 CP**

La jurisprudencia pone especial “atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”, permitiendo crear un espacio entre la impunidad y las penas que se determinan en el artículo 368. I CP. En dicho artículo, el castigo mínimo varía entre uno y tres años dependiendo del grado en el que la sustancia atente contra la salud de las personas. Sin embargo, para la jurisprudencia, la entidad del hecho y las circunstancias del culpable no tienen por qué coincidir cualitativamente para determinar la pena.

Cabe destacar que la escasa entidad no corresponde a la droga, sino al hecho. Es decir, se castiga cualquier acto relacionado con la actividad del tráfico, por muy secundario que sea. La entidad dejará de ser escasa, cuando se trate de un acto reiterativo que se realice con frecuencia (Pastor Muñoz, 2015).

### **3.6. Modalidades agravadas**

El artículo 369 C.P contempla las siguientes circunstancias como claros agravantes de la pena, pudiéndolas agrupar de la siguiente manera:

- Características del destinatario: cuando se suministre drogas a menores de edad, a disminuidos psíquicos, así como a personas que se encuentren en proceso de rehabilitación. En el caso de que el autor del hecho desconociera estas características y siempre que sea demostrable podrá quedar exento de la agravación de su pena (Pastor Muñoz, 2015). Sin embargo, según lo recogido en el artículo 370.1 CP, la pena será mayor en uno o dos grados, si para la comisión del hecho delictivo se utilizasen a personas que no hubieran cumplido la mayoría de edad o a personas incapaces de autogobernarse y cuyas facultades volitivas y cognitivas se hayan visto afectadas. La especial agravación se sustenta en la base de que este grupo de personas más frágiles e indefensas dentro de la sociedad, deberían de verse defendidas y amparadas por los propios ciudadanos, evitando que fueran parte activa de los hechos delictivos (Rodríguez Núñez).
- Lugar de comisión: Cuando el hecho se lleve a cabo en espacios abiertos al público y el autor tenga cualquier vínculo profesional con el lugar. En el caso de tratarse de un hecho aislado, la jurisprudencia no lo considerará como agravante, ya que no se daría existiría un aumento de peligro para el bien jurídico protegido. También sería considerado agravante cualquier hecho, que tuviese lugar en *“centros docentes, centros, establecimientos o unidades militares, establecimientos penitenciarios o centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades”* (Pastor Muñoz, 2015, p.312). Determinando cómo proximidades aquellos espacios frecuentados por estas personas (Pastor Muñoz, 2015).
- Tipo de sujeto activo: Cuando el autor sea y al mismo tiempo desempeñe su cargo de autoridad, funcionario público, trabajador social, profesor o facultativo. *“Cuando el autor participe en otras actividades organizativas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”* (Pastor Muñoz, 2015, p.312). Sin embargo, este hecho abre el hilo de cuál es realmente su fundamento, ya que esa

participación o ejecución del delito en concreto por parte del autor no tendría que suponer un agravante con respecto al tráfico de drogas (Pastor Muñoz, 2015).

- Por el objeto material: Cuando las drogas presenten cualquier tipo de mezcla, adulteración o manipulación y ello pueda suponer un daño mayor en la salud. También tiene especial relevancia la notoriedad de la cantidad. El Tribunal Supremo establece que la cantidad presenta una notoria importancia cuando las dosis referidas al consumo diario superen las quinientas. La cantidad se debe medir siempre “teniendo exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, eso es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y sus derivados” (Pastor Muñoz, 2015).
- Por afiliaciones ilegítimas: esto es pertenecer a una banda criminal, que se encuentra perfectamente estructurada de forma jerárquica, donde los miembros se encargan de la realización de un conjunto de delitos concretos y son clasificados de forma piramidal dentro de una organización donde se reparten las tareas y los bienes, en función del rango de cada miembro dentro de estas agrupaciones ilegales. Teniendo en cuenta el artículo 370.2 CP, si los hechos delictivos son ejecutados por los altos cargos de estos organismos criminales, los considerados “jefes”, nos hallaremos ante un “subtipo de especial agravación” y la pena vería endurecida y aumentada en uno o dos grados con respecto a lo establecido en el artículo 368 (Rodríguez Núñez).

#### **4. TRATAMIENTO DEL CONSUMIDOR-TRAFICANTE DE DROGAS**

##### **4.1. Definición de droga**

Se entiende como droga toda aquella sustancia tanto natural, como artificial capaz de alterar las cualidades psicológicas de aquel que la consume, debido al dominio que logra ejercer en el sistema nervioso del individuo. Un consumo regular de dicha sustancia podrá generar que el sujeto experimente tolerancia y síndrome de abstinencia. Entendiendo como tolerancia, aquella necesidad que surge tras querer aumentar la dosis progresivamente para prolongar los efectos, y síndrome de abstinencia como el

nerviosismo provocado por la interrupción del consumo. Este último, no afecta siempre por igual, dependiendo en gran medida tanto del tipo de sujeto como de sustancia (Obregón García y Gómez Lanz, 2015).

A la hora de hablar sobre consumo de drogas es necesario hacer hincapié en la dependencia que se genera entre el sujeto y la sustancia. Cuando dicha dependencia es psíquica, es decir, el sujeto necesita la sustancia en su día a día, entonces clasificamos dicha dependencia como una adicción. En cuanto a la física, ésta vendrá dada por la aparición del síndrome de abstinencia tras la interrupción del consumo. Por tanto, a la hora de establecer si un sujeto puede o no ser imputable se tiende a basarse en los siguientes factores: existencia de una dependencia psíquica, el síndrome de abstinencia y la influencia generada por la ingesta, y por último la aplicación o inhalación de la droga en cuestión (Obregón García y Gómez Lanz, 2015).

Existen diferencias en materia de imputabilidad dependiendo de si se da o no un consumo sin adicción. En aquellos casos en los que existe una adicción, el sujeto presentará principalmente un deterioro permanente de las capacidades volitivas, generando a su vez la aparición de síndromes de abstinencia. *"Durante los cuales --y en los momentos inmediatamente anteriores a los mismos-- sus facultades disminuyen notablemente."* (Obregón García y Gómez Lanz, 2015, p.137) Mientras que en los que no existe una adicción (también denominado consumo simple) el daño que se produce sobre las facultades es mucho menor, provocando una perturbación pasajera y generalmente sin secuelas.

En cuanto a la figura del toxicómano, Nuria Castelló Nicás (1997) advierte de cómo el consumo de drogas como el cannabis, en muchas ocasiones iniciado por la influencia de modas o amistades puede llegar a derivar en el consumo de otras sustancias como la heroína.

La toxicomanía hará referencia tanto a los trastornos, como a las alteraciones que sufre el individuo manifestadas en diferentes escalas evolutivas (como el del caso del cannabis y la heroína) debido a un consumo prolongado. Las fases serían hábito, dependencia psicosocial y finalmente aumento de dosis y consumo periódico movido por la necesidad de conseguir los mismos efectos que antaño. En este punto, también comienza a ser

habitual el consumo de diferentes drogas al mismo tiempo, provocando que los efectos se entremezclen (Castelló Nicás, 1997).

Como ya se ha comentado anteriormente, cada tipo de droga genera una serie de efectos en el consumidor. A la hora de clasificarlas podremos hacerlo de la siguiente manera:

-Opiáceos. Heroína. Por lo general, este tipo de drogas llegan a generar una dependencia tanto psíquica, como física y el efecto que producen es relajante.

-Alucinógenos-psicodélicos. Cannabis. Se caracterizan por provocar en quienes las toman una fuerte dependencia psíquica, aunque sin llegar a derivar en el síndrome de abstinencia. Un consumo regular puede ocasionar daños cerebrales y severos procesos de alucinaciones.

-Estimulantes. Cocaína. Provocan una aceleración del sistema nervioso y una sensación de euforia. Generalmente produce en quienes la toman una dependencia psíquica, aunque dependiendo de la vía de consumo puede dar lugar a una dependencia física e incluso a padecer infartos o paro cardíacos (Obregón García y Gómez Lanz, 2015).

Con respecto a la relación delincuencia-consumo, encontramos que "*según el meta-análisis de Bennett, Holloway y Farrington (2008), la posibilidad de cometer delitos es tres o cuatro veces mayor para los usuarios de drogas (heroína y cocaína, pero menos en el caso del cannabis) que para los no consumidores*" (Esbec y Echuburúa, 2015, p. 49). Un análisis que no debe llevarnos a generalizar, ya que la mayoría de los consumidores, incluso aquellos que presentan una drogodependencia, no han llegado a delinquir en su vida. Los actos delictivos, por tanto, vendrán marcados por la influencia de una serie de factores externos relacionados con la familia, el entorno social, así como la situación personal del sujeto (Esbec y Echuburúa, 2015).

Los delitos cometidos por los heroínómanos atacan mayormente contra la propiedad, la cocaína por su parte puede llegar a generar síntomas paranoides, incluso sin necesidad de padecer antecedentes psiquiátricos. Mientras que, el cannabis rara vez se relaciona con la comisión de delitos violentos, exceptuando los cuadros psicóticos. En el caso de los psicofármacos su consumo junto con el del alcohol, provoca una acentuación de la ira llegando incluso a hacer perder el control. El deseo de conseguir este tipo de sustancias clasificadas como drogas tóxicas, puede llegar a ser el desencadenante en la realización de actos violentos o vandálicos, debido a que sufrir una intoxicación conlleva en

ocasiones a la reducción de la conciencia y del autocontrol. Entre aquellos que cometen actos penados jurídicamente es necesario establecer una diferenciación entre *drogadicto-delincente* (aquel que delinque por los efectos que la droga genera sobre él) y *delincuente-drogadicto* (aquel que cuenta con un amplio historial delictivo y en el que su adicción nada tiene que ver) (Esbec y Echuburúa, 2015).

## **4.2. Imputabilidad**

A través del artículo 20 del CP se trata detalladamente el concepto de imputabilidad, haciendo especial referencia tanto a la capacidad de comprensión del delito por parte del sujeto, como a la ejecución de los hechos según dicha comprensión. A lo largo de los años se ha tendido a considerar imputabilidad como la «capacidad de culpabilidad», debido a que se ha relacionado el estar imputado con el reunir sus capacidades volitivas y cognoscitivas en perfecto estado. Es por eso, por lo que comenzó a considerarse la necesidad de crear penas diferentes, cuando los delitos eran llevados a cabo por niños o enfermos mentales mediante la creación de establecimientos como los reformatorios o los manicomios (Muñoz Conde y García Arán, 2015). Cumpliendo así el objetivo de control social que se consigue mediante la pena, aunque con diferente sentido punitivo. Una postura que hoy en día puede resultarnos bastante razonable, pero que tardó en comprenderse. Sin embargo, el hecho de relacionar imputabilidad con el perfecto estado de las relaciones volitivas y cognoscitivas ha recibido numerosas críticas por parte de cierto sector doctrinal, al no considerar que la culpa reside en la libertad de voluntad. Esta postura ha logrado tener su propio reconocimiento en la ley a través de las bases sobre las que el CP de 1995 establece las causas de la imputabilidad tratadas en el artículo 20. “*La doctrina clásica buscó una base común en la libertad de voluntad. Esta libertad se basa en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo*” (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p.390). Así pues, la capacidad de culpabilidad supondría un problema mucho más complejo, como para reducirlo únicamente al estudio de las facultades volitivas e intelectivas. La interacción social, por ejemplo, tiene una gran importancia durante este proceso. Es decir, la interacción social a la que se ve sometido el sujeto durante la convivencia ocasiona una serie de facultades, que le ayudarán a conocer las normas vigentes en el grupo actuando en base a ellas. “*Se establece así un complejo proceso de interacción y comunicación que se corresponde con lo que en la Psicología moderna se*



*llama mitigación*” (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p.390). Dicha capacidad de motivación tanto a nivel personal, como a la hora de cumplir las normas será donde verdaderamente resida el elemento clave de la culpabilidad, la imputabilidad. Por tanto, es necesario recalcar que a la hora de determinar si una persona es imputable o no, se pondrá especial atención en si el sujeto goza de capacidad suficiente para que su acto pueda considerarse imputable. Por ejemplo, en aquellos casos en los que, por determinadas circunstancias, como pudiera ser el padecer trastornos transitorios, no se podrá determinar al sujeto como culpable. Sin embargo, dentro de la imputabilidad, la pena variará dependiendo del sujeto, ya que no todos poseen la misma capacidad. *"En los supuestos de mayor deficiencia (siempre dentro de la capacidad suficiente) el ordenamiento penal articula la consideración de este criterio de medición de la pena mediante la figura de la eximente incompleta y de otras circunstancias atenuantes"*. (Obregón García y Gómez Lanz, 2015, p.131)

### **4.3. Inimputabilidad**

En los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 20 del CP se recogen aquellos supuestos en los que el sujeto podría considerarse inimputable. Para ello, éste tendría que presentar una alteración psíquica o un estado pleno de intoxicación provocado por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas u otras sustancias que generen efectos similares en quienes las consumen, así como el llamado síndrome de abstinencia, durante la ejecución del acto típico. La aplicación sin excepción de dicho principio presenta una serie de dificultades, especialmente a la hora de aplicar la condena a aquellos sujetos que durante la ejecución del acto típico presentaban plena inconsciencia total o una perturbación de la consciencia (Obregón García y Gómez Lanz, 2015). Según Joshi Jubert (2009), el hecho de que en el artículo 20.1 no se especifique tanto la gravedad de la anomalía, como de la alteración psíquica puede llevar a generar la idea errónea de que cualquier tipo de trastorno mental pudiese tener cabida en él. Únicamente podrá exigirse la pena cuando además de este requisito cumpla con otros presupuestos, como por ejemplo el de que dicho estado le impida comprender la gravedad del hecho cometido. Cabe rescatar también, que algunos autores como Carmona Salgado, destacan la necesidad de que exista una reforma en el esquema político-Criminal, para evitar el fracaso que se viene dando desde 1983 debido a la ambigüedad y contradicción de las resoluciones judiciales que muestra el artículo 20.3 del Código Penal, haciendo referencia a aquellos casos donde nos

encontramos con personas que tienen alteradas la percepción de la realidad desde el nacimiento o infancia. Por tanto, para hablar de inimputabilidad habrá que estudiar principalmente si la acción típica se cometió bajo una perturbación plena de la consciencia de forma imprudente o dolosa. A lo largo de los años muchos han llegado a considerar tremendamente injusta esta conclusión, debido a que la inimputabilidad reside en un acto previo que el sujeto ha decidido realizar voluntariamente. "*Sin embargo, los intentos de hallar una razón dogmática autónoma que permita la punición de las acciones liberae in causa si es la ley penal la que prescribe el momento de la imputabilidad sólo ella puede hacer excepciones.*" (Obregón García y Gómez Lanz, 2015, p.132)

#### **4.4. Alteraciones psíquicas y los estados de intoxicación**

Tal y como se ha adelantado anteriormente, el 1er apartado del artículo 20 del CP se encarga de establecer aquellas situaciones en las que al sujeto se le puede llegar a aplicar la exención de la responsabilidad penal por la consecución del acto típico. Esto será aplicable a aquella persona que según el Código Penal Español “<< *al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*>>” (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p.395) En este sentido, los términos de anomalía o alteración psíquica, vendrían a hacer referencia a aquellos estados de intoxicación provocados por el consumo de drogas o alcohol, así como a el síndrome de abstinencia que puede llegar a generarse en el sujeto. La ambigüedad, desde un punto de vista científico, que suponen dichos términos otorga al juez el poder aplicar la eximente a aquellas personas que padecen enfermedades mentales como pudiera ser la psicosis, así como determinadas alteraciones importantes en el ámbito de la socialización. La exención de responsabilidad penal en casos de enajenación mental, y trastorno mental transitorio ha sido calificada por muchos personajes ilustres del derecho penal, (como es el caso del catedrático José Cerezo Mir) de verdadero acierto, debido a la dificultad que supondría desligar dichas características de un delito que ha sido ejecutado bajo el consumo de determinadas drogas. Volviendo al concepto de imputabilidad en los casos en los que existe una drogodependencia o un síndrome de abstinencia, es necesario recalcar que la diferenciación entre droga legal o ilegal no es tan relevante como pudiera ser la alteración de las facultades psíquicas del sujeto. Un concepto también importante además de la eximente es el de atenuante, el cual “*trata de dar respuesta a los supuestos de la llamada*

«delincuencia funcional», es decir, cuando el drogodependiente delinque para procurarse el dinero suficiente para la adquisición de la droga a la que es adicto, siempre que quede clara la conexión causal.” (Esbec y Echuburúa, 2015, p. 50)

El CP contempla tres supuestos en los que se pueden llegar a producir una reducción de la responsabilidad penal:

1. Adicción y síndrome de abstinencia: Aquellos casos en los que el sujeto comete la acción típica bajo los efectos del síndrome de abstinencia o bajo una intoxicación plena. En estos casos se deberá acudir al inciso 2° del artículo 20.2° del CP. Para aplicar la exención en su totalidad es necesaria la existencia de una dependencia a sustancias clasificadas como drogas, un síndrome de abstinencia y una perturbación plena de las capacidades psíquicas, que impida a la persona conocer la norma, así como ser consciente la gravedad del hecho cometido. En el caso de no existir una perturbación total, el caso se tratará bajo *"la eximente incompleta del número 1 del artículo 21 CP en relación con el artículo 20.2°, inciso 2°, o, en su caso la atenuante por analogía"* (Obregón García y Gómez Lanz, 2015, p.150).

2. Cuando sólo existe una adicción. Es decir, debido a su dependencia el sujeto padece una pérdida permanente de sus facultades. En aquellos casos en los que esta alteración de las facultades volitivas no se produzca de manera total (pero sí de manera relevante), se aplicará entonces la eximente incompleta. Por lo general, dicho supuesto deberá tratarse según proceda en el artículo 21. 1° CP. *"Sin embargo, el legislador de 1995 ha querido abordar este caso específicamente mediante una atenuante, la 2ª del artículo 21 CP, creando un concurso normativo con la eximente - completa o incompleta- de anomalía psíquica, que debe resolverse, por el criterio de especialidad, en favor de atenuante"* (Obregón García y Gómez Lanz, 2015, p.150). Una evaluación que resulta especialmente relevante en aquellos supuestos en los que exista un alto grado de perturbación. Como afirma Padilla Alba (2001), en aquellos casos en los que no se contemple la eximente completa o incompleta, se aplicará la atenuante de grave adicción. En los casos en los que se cometa el delito sin sufrir una perturbación de las facultades que le impidan ver la gravedad del hecho se aplicará la atenuante segunda del artículo 21 del Código Penal.

3. Adicción y efectos causados por el consumo previo de la droga al acto típico. En estas situaciones habrá que evaluar tanto la adicción, como el consumo según los artículos del CP anteriormente mencionados. En ellas, prevalecerá la eximente, debido a que la atenuante se aplica cuando existe una adicción que no va acompañada de los efectos provocados por la droga durante la ejecución del acto típico. En estos casos los sujetos deben presentar una adicción grave, pese a no hacer referencia a los efectos psicológicos. *“No cabe duda de que la drogodependencia, aún sin llegar a producir muchas veces una importante alteración de las facultades psíquicas, tiene una enorme incidencia en la comisión de ciertos delitos, sobre todo cuando éstos están relacionados con la satisfacción de la adicción y ésta es grave”* (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p.401)

En aquellos casos en los que se contemple la eximente incompleta estudiada en la circunstancia 1ª del artículo 21 CP, unida a las eximentes 1ª, 2ª o 3ª del artículo 20 deberán tenerse en cuenta los artículos tanto 99, como 104 en los cuales se estudian la puesta en marcha de medidas parecidas para aquellos sujetos a los que se considere inimputables. A través de este sistema se consigue dar una mayor importancia tanto a resocialización como a la terapia, aunque eso sí, durante el tiempo que dure la pena, *“...lo que, en el fondo, supone un sistema monista o de única sanción en la fase ejecutiva, aunque se mantenga el dualismo de los presupuestos (culpabilidad-pena; peligrosidad-medida) ...”* (Muñoz Conde y García Arán, 2015, p.403).

El hecho de que el artículo 21.2 considere atenuante las adicciones graves deriva principalmente en dos problemas, según Díez Ripollés. En primer lugar, estaría el concepto en sí, debido a que, por lo general, éste tiende a considerarse como un intermedio durante el estudio del delito. Sin embargo, lo cierto es que la dependencia a estas sustancias tóxicas (atenuante) no tiene nada que ver con la intoxicación, concepto al que se hace referencia en el artículo 20.2. "Y aunque pueden realizarse comportamientos delictivos por personas adictas cuando se encuentran en un estado de intoxicación, puede suceder, y ello es frecuente, que concurra uno de esos estados sin concurrir en el otro. " (Díez Ripollés, 2006, p. 31). En cuanto al llamado síndrome de abstinencia, podrá o no darse, no obstante, que no aparezca no es un indicador para dejar de hablar de toxicomanía. En definitiva, este primer problema deriva en la existencia de hasta cuatro

niveles reductores de responsabilidad a la hora de juzgar a los consumidores de dichas sustancias tóxicas.

Por otro lado, se encuentra el procedimiento jurídico-penal de los toxicómanos. Actualmente, la atenuante de grave adicción determina la necesidad de que exista una adicción grave y en consecuencia habitual. Por su parte, a diferencia de años atrás, los alcohólicos también pueden llegar a beneficiarse de la atenuante a través del artículo 21.2. El tratamiento aparentemente favorable (según Díez Ripollés) del que gozan los consumidores de drogas, trae consigo una serie de contradicciones que tenderán a magnificarse en el futuro.

A la hora de determinar la gravedad de una adicción, el tiempo constituye un aspecto fundamental. Sin embargo, para la aplicación de la atenuante la gravedad de la adicción no es suficiente, ya que la ley exige que dicha adicción sea la que le lleva al sujeto a cometer el acto. Dicha actuación del delito debe incluir tanto la acción como la omisión. En referencia a la confusión que pudiese generar el verbo actuar en el artículo 21, 2.º se ha considerado que hubiese sido más acertado emplear la expresión utilizada en el 20, 1.º y 20, 2º. "<<Son circunstancias atenuantes: 2ª La de cometer la infracción penal “a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior”>> (Padilla Alba, 2001, p.194).

Este autor, también dedica un pequeño espacio a los sujetos clasificados como consumidores-trafficantes y hace hincapié en referirse a ellos como drogodependientes-trafficantes, ya que son los que en realidad padecen dicha adicción. En aquellos casos en los que el sujeto cometa el delito motivado por satisfacer la necesidad de consumo, la culpabilidad de éste podrá verse reducida. A pesar de que el Código Penal no habla de la figura del drogodependiente-delincuente sí que se le podrá aplicar dicha atenuante. Para Padilla Alba, hablar de drogodependiente-delincuente implica poder aplicar la circunstancia atenuante, debido a que el hecho se debe a la importante adicción que padece. El bien jurídico afectado en estos casos será principalmente la salud pública, aunque también podrán ser otros como la vida (Padilla Alba, 2001).

## **5. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS SUPUESTOS DE CONSUMIDOR-TRAFICANTE.**

Este apartado tiene por objeto el análisis de aquellos casos en los que aparece una persona que, por un lado, es un delincuente, al haber realizado una conducta de tráfico de drogas, por la que ha sido acusado y condenado, y a su vez tiene la condición de drogodependiente, aspecto que podría motivar la consideración de la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 21.2. del Código Penal (CP). Se trata del estudio de la delincuencia funcional. Castelló Nicás reflexiona sobre este concepto, al encontrarse que la adicción a ciertas sustancias ha derivado en la aparición de este tipo de delincuencia. Es decir, hace referencia a aquellos casos en los que la adicción deriva en la consecución de delitos orientados al costeo de la droga, como, por ejemplo, el tráfico o el robo. Actualmente el delito de tráfico de drogas es el más abundante, especialmente entre los adictos a la cocaína.

Para ello, es procedente acudir a las bases de datos al objeto de obtener la mayor información y valorar cómo se han resuelto por los Tribunales de Justicia los diferentes casos que se han ido planteando a lo largo del tiempo.

Se clasificarán las sentencias en función de si la atenuante 21.2 ha sido desestimada o si, por el contrario, se ha procedido a aceptar la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal.

### **5.1. Sentencias en las que se ha desestimado la atenuante:**

- Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) 75/1996 de 10 junio. (ARP 1996\690). Ponente Antonio José Terrasa García

En este caso una mujer se encarga de repartir unas papelines con cocaína en el interior, lo hace junto a dos compañeros, uno de ellos queda absuelto, y la otra compañera es condenada a 2 años, 4 meses y un día de prisión y una multa de un millón de pesetas.

Esta mujer presentó unos informes que acreditaban que estuvo en tratamiento por drogodependencia durante unos años en su vida y que no consiguió unos resultados favorables viéndose mermada su salud, contrayendo el VIH y la tuberculosis.

Para la aplicación de la atenuante correspondiente, no se tuvo en cuenta el 21.2 del CP debido a que no estaba regulado como tal en el Código Penal de 1973, que es el vigente cuando acontece este caso, y se aplica el artículo procedente con contenido similar al precepto del CP actual, diciendo así dentro de la sentencia:

...como atenuante analógica conforme al art. 9.10.º CP, cuando la toxicomanía genere una simple drogodependencia no tan especialmente importante o exacerbada pero ciertamente evaluable, y así sucede en este supuesto dado que ha resultado acendradamente acreditada por los certificados médicos su dilatada sujeción a la acción de los estupefacientes en la época a que se contraen los hechos enjuiciados (mediado de 1988), prolongación que con el tiempo ha llegado a hacer mella importante en la salud de esta encausada, cuyas cifras de consumo facultativamente contrastadas (5 o 6 papelines diarias) impelen a la consideración de que esta circunstancia ha de ser considerada como muy cualificada, aunque sin llegar a poderse considerar eximente incompleta dado que no ha resultado propiamente especificado que en el momento de observar la conducta por la que se enjuicia estuviera en un grado de afectación directa e inmediatamente intenso, ni su estado de deterioro tan avanzado como para propiciar la conclusión de incompleta exención que se llega a postular.

[Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares 75/1996, de 10 de junio, ponente Antonio José Terrasa García. (ARP 1996/690)]

No se considera suficiente para que se dé una eximente completa, pero se considera “muy cualificada” lo que se traduce en una pena de 1 mes y 1 día de prisión y 500.000 pesetas.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 38/2013 de 31 enero. (RJ 2013\6408), Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

En este caso, el acusado es un joven que se encarga de distribuir droga en las calles. La policía consigue descubrir los hechos delictivos que está cometiendo y se procede a su detención.

Afirmó que en momentos previos había consumido hachís, no se pudo demostrar la relación directa entre la comisión del hecho y la dependencia a la sustancia. A su vez, no se considera que exista una perturbación cognitiva, ni volitiva, ni se aprecia una clara adicción. El mero consumo de una sustancia tóxica no implica la aplicación directa de la

atenuante que se encuentra en el artículo 21.2, del CP, por lo que se rechaza su aplicación en este caso. Solo se le aplicó la atenuante por confesión.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 420/2013 de 23 mayo. (RJ 2013\4649). Ponente Antonio del Moral García

En este caso, se le interceptan al acusado unas maletas con unos tubos metálicos en el interior, donde esconde una cantidad considerable de cocaína. Se le acusa de tráfico ilegal de sustancias y no se puede beneficiar de ninguna circunstancia atenuante.

Durante el proceso, la defensa del acusado afirmó que, en el momento de los hechos, se encontraba bajo los efectos de la cocaína y la benzodiazepina, afectando así su voluntad. También se afirma que el acusado tenía una larga trayectoria consumiendo cocaína y que no pudo dejar la adicción.

Sin embargo, el Tribunal rechaza adoptar medidas atenuantes en torno al artículo 21.2 debido a que, a pesar de que la persona sufre una adicción, esta no se ha reflejado en forma de ataques episódicos y no se considera la acción del tráfico de drogas como destinada a satisfacer la dependencia. Por los hechos se puede entender que se está ante un acto reflexivo por parte del acusado, que conscientemente ha colocado la droga en los tubos de las maletas, siendo por lo tanto el motivo principal del acto delictivo, el ánimo de lucro, por encima de la dependencia a las drogas.

- Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) 74/2014 de 2 julio. (ARP 2014\949). Ponente Francisca María Ramis Rosselló

La Audiencia Provincial de las Islas Baleares considero a una mujer como delincuente por la venta ilegal de MDMA en el interior de una discoteca.

La acusada en cuestión es consumidora habitual de sustancias como ketamina, MDMA, cocaína o morfina, pero no se demuestra que esto influya en sus capacidades cognitivas y en su voluntad, para la producción del delito.

Por este motivo no se le aplica ninguna circunstancia eximente o atenuante. A pesar de consumir los propios productos que vende, debido a la cantidad que lleva encima, no se puede considerar que fuera para consumo propio ni se da el caso de consumo compartido. Además, falta algún tipo de acreditación que informe sobre la adicción que sufre la acusada, para que pudiera concurrir la atenuante del artículo 21.2.



- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) 544/2014 de 16 julio. ARP (2014\1374). Ponente Rosa M.ª Quintana San Martín

En esta sentencia se recogen en concreto qué circunstancias tienen que concurrir para que se aplique la atenuante del artículo 21.2. del CP. El acusado por tráfico de drogas en este caso, no se puede beneficiar de la atenuante, ya que, a pesar de que es considerado drogadicto, no se aprecia una gran influencia de esta circunstancia en la comisión de los hechos delictivos de los que se le acusan y no considera que sus facultades cognitivas y volitivas estuvieran afectadas, a pesar de que el propio acusado se considera a sí mismo como toxicómano y dependiente.

En la sentencia se considera que para que se pueda dar la atenuante pertinente, la adicción a los estupefacientes debe ser grave. En este caso, los componentes de la Audiencia Provincial consideran a la persona como alguien toxicómano, pero de una forma leve. En este sentido, el artículo 21.1 no contempla casos menos graves o leves. Para que se aplique esta atenuante, la adicción debe ser grave y demostrable.

- Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) 170/2017 de 20 julio. (JUR 2017\227569). Ponente Joaquín González Casso

Los hechos recogidos en la sentencia se refieren a una persona acusada de cometer delito de tráfico de drogas y a su vez considerada como drogodependiente “psicológico” pero sin la condición de toxicómano como tal, por lo que sus capacidades cognitivas y volitivas no se ven afectadas.

Por tanto, no puede aplicarse la atenuante contemplada en el artículo 21.2, ni el 20.1 o el 20.2 del CP, ya que el sujeto es capaz de comprender la ilicitud del hecho cometido y cuando cometió el delito cuando no se encontraba bajo los efectos de ningún estupefaciente.

A pesar de que el médico forense afirma que el acusado consume cocaína, no se le considera adicto y su consumo suele depender de la disponibilidad económica del sujeto.

Lo que nos lleva a otro escenario, el acusado comete un delito de tráfico de drogas, a su vez consume sustancias tóxicas y si consigue dinero suficiente, lo utiliza para consumir. Sin embargo, no se presentaron las pruebas necesarias para considerar a la persona adicta, hasta el punto de traficar solo para poder satisfacer su adicción a sustancias.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 68/2017 de 8 febrero. RJ 2017\577.Ponente Luciano Varela Castro

Los hechos probados están referidos al supuesto de un individuo que entrega a otro una bolsa de cocaína, y este último fue seguido e interceptado por la policía, quien portaba la bolsa que le dio el acusado. En el domicilio de este se encontró más cantidad de cocaína para la venta a terceras personas.

En este supuesto el tribunal desestima la aplicación del artículo 21.2 en relación con el 20.2.del CP, que solicita el acusado, considerando que no cabe la eximente o atenuante debido a que no ha sido demostrada “la condición de drogodependiente en el momento de la comisión de los hechos”, además, el acusado se sometió en el pasado a un tratamiento de deshabitación para dejar su adicción y se dieron unos resultados positivos.

Se consideró que la motivación delictiva del acusado era un claro “afán de lucro”, sin concurrir en el caso una incapacidad del acusado para comprender la ilegalidad y el carácter delictivo de la actuación realizada.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 200/2017 de 27 marzo (RJ 2017\1776). Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre

Este caso está referido a una organización criminal, constituida por seis personas acusadas de tráfico de drogas, después de que la policía en una vigilancia rutinaria descubrió a uno de los sujetos escondiendo en un descampado cercano a su casa un conjunto de sustancias listas para ser puestas a la venta. En el registro posterior, en el domicilio de los acusados, se encontraron cantidades e instrumentos suficientes para determinar qué se trataba de una organización destinada al tráfico de drogas.

No aportaron pruebas suficientes y concluyentes que demostraran la drogodependencia por parte de los acusados, ni que estos se encontraran bajo los efectos intoxicantes de las drogas durante la comisión de los hechos delictivos.

Teniendo en cuenta la cantidad total de sustancias ilegales encontradas en el domicilio de los acusados, el tribunal llegó a la conclusión de que el acto delictivo de tráfico de drogas no buscaba el paliar una necesidad de consumir por parte de los acusados.

No se consideró como suficiente las pruebas aportadas por la defensa y se desestimó la probabilidad de estar ante un caso donde se aplicará una eximente incompleta o atenuante contemplada en el art 21.2 del CP.

## 5.2. Sentencias en las que se aplica la atenuante:

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 401/2001 de 14 marzo. (RJ 2001\1941).  
Ponente José Antonio Marañón Chávarri

Los hechos se refieren a un sujeto cuyo cociente intelectual se encuentra por debajo de lo normal, que comete un delito de tráfico de drogas, dejando entrar a un gran número de drogadictos en su domicilio para que le comprasen sustancias de diversa naturaleza.

El sujeto, según los informes médicos, sufre de una toxicomanía media, sin llegar a ser excesiva.

La atenuante se le aplica en este caso debido a que existe una concurrencia entre la adicción a las drogas que sufre el individuo y, la necesidad de obtener recursos para su adquisición, ello unido a ese retraso mental que sufre, puede considerarse causa del delito cometido. Lo que significa que, para la aplicación de la atenuante, se tienen en cuenta los artículos 21. 1 y 21. 6 y 20.1 y 20.2. del CP

Por las circunstancias indicadas y tenidas en cuenta, se impone al acusado la pena inferior en un grado.

- Audiencia Provincial de Soria 81/2002 de 26 noviembre. (JUR 2003\32183).  
Ponente José Miguel García Moreno

En este caso está referido a una persona que se encarga de vender distintas sustancias ilegales por la calle.

Para el procesamiento de este sujeto, tanto psiquiatras como psicólogos se encargan de estudiar el caso de drogadicción de esta persona. Finalmente se emite un informe por parte de un centro de la Cruz Roja, en el que se afirma que el acusado forma parte de un programa de tratamiento, por su grave adicción a sustancias psicotrópicas.

Además, el propio acusado afirma que “necesita grandes cantidades de dinero para poder comprar la droga que necesita.

La audiencia considera todos estos hechos suficientes como para apreciar la atenuante del artículo 21.2 del CP, y considera que existe una vinculación entre la venta de drogas y la necesidad de adquirir drogas para su consumo.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) 25/2004 de 23 marzo. (JUR 2004\248732). Ponente Ángel Luis Hurtado Adrián

Un hombre latinoamericano es intervenido por la policía en el aeropuerto de Barajas portando numerosas bolsas con cocaína.

La defensa del acusado solicita que se aplique la atenuante del artículo 21.2, y de las pruebas aportadas, resulta que esta persona es considerada toxicómana por el servicio médico y que en su país estaba siguiendo un tratamiento basado en el consumo de metadona.

El sujeto portaba 50 gramos de cocaína, pero no se conoce ninguna relación del sujeto con terceras personas en el país. Se le absuelve por completo del delito de tráfico de drogas, ya que, aun cuando la cantidad de cocaína que portaba el acusado era bastante, se consideró que esta se iba para su consumo, debido a su grave dependencia y que el objeto principal de portar las sustancias no sería poner en la calle los estupefacientes.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 714/2007 de 18 septiembre. (RJ 2007\5183). Ponente Andrés Martínez Arrieta

En este caso, el acusado es detenido en un control policial, se encuentra cocaína en su vehículo. Al ser procesado, se entrega la documentación necesaria para acreditar al sujeto como alguien drogodependiente.

Además de su condición de adicto, suele sufrir alteraciones psicofísicas por la falta de estupefacientes en el cuerpo, lo que le hace perder capacidad volitiva. El propio acusado asegura que se encarga de vender droga para poder tener dinero para la compra de más cocaína para consumir.

En estas circunstancias, se aplica la atenuante del artículo 21.2, del CP, debido a que la venta de sustancias tóxicas es motivada por la dependencia del sujeto, y así la pena se ve reducida en un grado.

- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª) 23/2011 de 18 enero. (JUR 2011\119228). Ponente M.ª del Carmen Melero Villacañas-Lagranja

En los hechos probados de la sentencia se hace alusión a que la capacidad volitiva del acusado se encuentra perturbada por el consumo de drogas. El hombre fue acusado de tráfico de drogas al vender estas sustancias a otra persona y ser detenido en el momento de hacer el intercambio entre droga y dinero.

Se acredita un informe médico que el acusado es drogodependiente con una larga evolución y que su capacidad volitiva sí que se ha visto afectada por el consumo de drogas.

Por ello y atendiendo al artículo 21.2, del CP, se aplica una atenuante, siendo su pena reducida en un grado, a causa de esta dependencia de sustancias demostrada, y que afectó directamente a la comisión del delito.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) 392/2012 de 14 noviembre. (JUR 2013\68002). Ponente José Santiago Torres Prieto

Caso de “delincuencia funcional” tal y como la jurisprudencia lo describe. El acusado fue detenido y registrado por la policía cuando circulaba por la carretera. Se encontraron papelinillas con cocaína en el interior del vehículo, y en un bolsillo de la ropa del acusado, así como y billetes de 5 y 10 euros en el otro bolsillo.

El informe médico forense, arrojó luz sobre el estado personal del sujeto, determinando una alta perturbación psíquica, un mal estado de salud y una necesidad de consumo habitual. Por lo tanto, se está ante un drogodependiente, que trafica con drogas

para poder ganar algo de dinero y así comprar más estupefacientes para su propio consumo. No se aprecia ánimo de lucro como motivo principal, por lo que se le aplica la atenuante del artículo 21.2 CP., ya que el objetivo del tráfico es obtener más drogas para su propio consumo.

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) 27/2013 de 20 febrero. ARP (2013\208). Ponente Rafael Mozo Muelas

El acusado fue detenido por la policía, cuando circulaba con su vehículo. Al ser retenido, se procedió al registro del coche y se encontraron más de 40 envoltorios en todo el coche con restos de cocaína. Todo estaba dispuesto para su venta y se le incautaron 160 euros.

A pesar de ser reincidente, y por ello ser objeto de la aplicación de una agravante en este delito, se estudió también la situación personal del sujeto. El individuo recibía una pensión de poco más de 400 euros al mes y se concluye que se está delante de un “delincuente funcional”. Lo que quiere decir que el acto cometido por el sujeto sí está influido de forma directa por el consumo de drogas, ya que el acusado negocia con sustancias ilegales, para poder cubrir sus necesidades como drogodependiente.

Se aplica la atenuante del artículo 21.2 debido a que la actividad tiene como finalidad la de obtener bienes económicos para ser invertidos en la obtención de sustancias estupefacientes para satisfacer la dependencia del sujeto.

- Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) 296/2015 de 6 julio. (ARP 2016\782). Ponente D José Antonio Carnerero Parra

En este caso está referido a tres personas involucradas en un delito contra la salud.

Uno de los acusados presentó un informe clínico, en el que se recoge que es politoxicómano y que se encuentra en tratamiento dentro de un centro especializado para tratar a este tipo de personas. En vista de esta circunstancia, se le considera como un sujeto adicto a los estupefacientes y se le aplicó la atenuante contemplada en el artículo 21. 2 del CP.

La pena descendió a un año y seis meses de prisión y una multa de doscientos euros, debido a la concurrencia de dos atenuantes, una por la escasa cantidad de estupefacientes que llevaba en el momento del registro y por su situación de toxicómano.

- Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª) 311/2015 de 19 junio. JUR 2016\57027. Ponente Montserrat Navarro García

Se contempla un delito de tráfico de drogas, en el que se considera la concurrencia de la atenuante que se regula en el artículo 21. 2 del CP. Se demostró que, durante la comisión del delito, el sujeto se encontraba con sus facultades volitivas muy afectadas debido a su dependencia a la cocaína y al alcohol.

Ello fue posible porque la propia defensa presentó un informe médico, en el que se demostraba que el acusado era un drogodependiente, que se encontraba perturbado psíquicamente, ya que la adicción que padecía el acusado era fruto de un largo historial asociado al consumo de alcohol y cocaína.

Se presenta y se tienen en cuenta, también, los antecedentes del sujeto y las dificultades de integración social que ha padecido debido a la adicción. En este caso se aplicó la referida atenuante y la pena del acusado se redujo a 3 años de prisión.

- Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) 209/2018 de 31 mayo. (ARP 2018\1162). Ponente María Dolores Fresco Rodríguez

El supuesto de hecho de la citada Sentencia viene referido a un hombre que fue detenido durante un control policial con posterior registro de su vehículo. En dicho vehículo se encontró 5 tabletas de cannabis. Tras este hecho, la policía comenzó un registro en el domicilio del acusado, donde se halló una gran cantidad de cannabis (tasado en 8816,27 euros en el mercado ilegal) y cocaína (tasada en 23705 euros), así como distintos utensilios y materiales para su manipulación.

El acusado, en las fechas en las que produjo su detención, era un consumidor habitual de cocaína y hachís.

Por las circunstancias concurrentes en el caso descrito, el acusado, fue condenado por un delito de tráfico de drogas, a la pena de prisión de 3 años y una multa económica. En dicho supuesto se aplicó la atenuante contemplada en el artículo 21.2 del CP, considerando el tribunal que existía una relación entre el hecho delictivo, perpetrado por el delincuente, y la causa o motivación de la conducta derivada de la adicción a las drogas, cuyo consumo le provocó una merma su capacidad intelectual y volitiva.

Sin embargo, dicha condición de drogodependencia no se consideró una eximente incompleta debido a que no se está ante un caso donde se ha producido una profunda perturbación sobre la persona, disminuyendo la capacidad para comprender la antijuricidad de los hechos cometidos.

## **6. CONCLUSIÓN**

En este trabajo de Fin de Grado, se han estudiado las relaciones existentes entre la distribución de estupefacientes y su tratamiento legal por parte del propio Código Penal Español, así como la interpretación que se ha realizado de éste, acudiendo a la jurisprudencia.

Con el paso del tiempo, se ha necesitado recurrir al vocabulario, para entender un tipo de actos delictivos. A esta concepción se le ha llamado “delincuencia funcional” y hace referencia a aquellas personas que se encargan de traficar con sustancias ilegales, pero que emplean el dinero que obtienen de esta venta en obtener otras drogas, para satisfacer la necesidad dependiente de la persona.

Así pues, la jurisprudencia ha considerado necesaria la asunción de la terminología “delincuencia funcional” para saber tratar estos casos. No siempre la condición de drogodependiente ha sido suficiente para que se aplique la atenuante 21.2, sino que también parece necesario que se demuestre la condición de toxicómano a partir de informes médicos. En ellos es necesario que el delincuente acredite su paso por una unidad especial encargada del tratamiento de drogodependiente, y que el individuo haya fracasado en su paso por el centro determinado.

También se valora a la hora de aplicar la atenuante, la situación psicosocial del toxicómano. Se aplicará esa atenuante del “drogodependiente” con mucha más facilidad, ante casos donde el traficante cuenta con muy poco dinero, ya sean pensiones reducidas o sueldos muy limitados y en aquellas situaciones en las que el delincuente es considerado una persona cuasi marginada socialmente, que se encuentra sola, aislada o con una vinculación con el resto de la población muy baja.

Esa figura de drogodependiente traficante deberá contar con esta serie de características para que se le aplique la atenuante por “drogadicción”. Es entonces cuando nos encontramos ante la situación paradójica planteada inicialmente y que se da en aquellos individuos particulares.

Dando por hecho que, si se cumplen los rasgos descritos, el delincuente será acusado de delinquir contra la salud pública, pero a su vez, se beneficiara de su propia situación de dependencia que le han provocado las drogas, apreciando circunstancias atenuantes que rebajen su propia responsabilidad penal.

## **7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

Carmona Salgado, C. (2006). Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción. *Estudios de derecho judicial*, (110), 451-514.

Castelló Nicás, N. (1997). *La imputabilidad penal del drogodependiente*. Granada: Comares, 1997.

Castelló Nicás, N. (2006). Causas de inimputabilidad: drogadicción. *Estudios de Derecho judicial*, (110), 369-450.



Cerezo Mir, J. (1999). *El nuevo Código Penal.: presupuestos y fundamentos: homenaje a Torío López*. Granada: Comares, 1999.

Díez Ripollés, J. L. (2006). Aspectos generales de la imputabilidad. *Estudios de Derecho judicial*, (110), 13-34.

Esbec, E., & Echeburúa, E. (2016). Abuso de drogas y delincuencia: consideraciones para una valoración forense integral. *Adicciones*, 28(1), 48-56.

Joshi Jubert, U. (1999). *Los delitos de tráfico de drogas.: (Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*. Barcelona: José María Bosch, 1999.

Joshi Jubert, U. (2009). *Anomalía y alteración psíquica en el Código Penal español*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2009.

Lamarca Pérez, C., Rodríguez Núñez, A., Mestre Delgado, Esteban., Gordillo Álvarez-Valdés, I., Alonso de Escamilla, A. (2011). *Derecho penal.: parte especial*. Madrid: Colex, 2011.

Luis, L. R. P. (2006). Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio. *Estudios de derecho judicial*, (110), 35-92.

Muñoz Conde, Francisco. (2015). *Derecho Penal.: Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho penal.: Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Obregón García, A., & Gómez Lanz, J. (2015). *Derecho penal.: parte general: elementos básicos de teoría del delito*. Madrid: Tecnos, 2015.

Padilla Alba, H. R. (2001). *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*. Granada: Comares, 2001.

Pastor Muñoz, N., Silva Sánchez, J.-M., Ragués i Vallès, R., & Castiñeira Palou, M. T. (2015). *Lecciones de Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2015.

#### **ANEXO: JURISPRUDENCIA EMPLEADA.**

Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) 75/1996 de 10 junio. (ARP 1996\690). Ponente Antonio José Terrasa García

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 401/2001 de 14 marzo. (RJ 2001\1941). Ponente José Antonio Marañón Chávarri

Audiencia Provincial de Soria 81/2002 de 26 noviembre. (JUR 2003\32183). Ponente José Miguel García Moreno

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) 25/2004 de 23 marzo. (JUR 2004\248732). Ponente Ángel Luis Hurtado Adrián

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1470/2004 de 15 diciembre (RJ 2005\270) Ponente Soriano Soriano

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 714/2007 de 18 septiembre. (RJ 2007\5183). Ponente Andrés Martínez Arrieta

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 235/2008 de 30 abril (RJ 2008\2912) Ponente Martín Pallín

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 1081/2009 de 11 noviembre (RJ 2009\7882) ponente Berdugo Gómez de la Torre.

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª) 23/2011 de 18 enero. (JUR 2011\119228). Ponente M.ª del Carmen Melero Villacañas-Lagranja

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) 392/2012 de 14 noviembre. (JUR 2013\68002). Ponente José Santiago Torres Prieto

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 38/2013 de 31 enero. (RJ 2013\6408), Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) 27/2013 de 20 febrero. ARP (2013\208). Ponente Rafael Mozo Muelas

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 409/2013 de 21 de mayo (RJ 2013\8075) Ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 420/2013 de 23 mayo. (RJ 2013\4649). Ponente Antonio del Moral García

Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) 74/2014 de 2 julio. (ARP 2014\949). Ponente Francisca María Ramis Rosselló

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 659/2013 de 9 julio (RJ 2014\1200)  
Ponente Jorge Barreiro

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª) 544/2014 de 16 julio. ARP (2014\1374).  
Ponente Rosa M.ª Quintana San Martín

Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª) 296/2015 de 6 julio. (ARP 2016\782).  
Ponente D José Antonio Carnerero Parra

Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) 170/2017 de 20 julio. (JUR 2017\227569).  
Ponente Joaquín González Casso

Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª) 311/2015 de 19 junio. JUR  
2016\57027.Ponente Montserrat Navarro García

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 68/2017 de 8 febrero. RJ  
2017\577.Ponente Luciano Varela Castro

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) 200/2017 de 27 marzo. RJ  
2017\1776.Ponente Juan Ramon Berdugo Gómez De La Torre

Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) 209/2018 de 31 mayo. (ARP 2018\1162).  
Ponente María Dolores Fresco Rodríguez