

Tráfico de drogas blandas o que no causan grave daño a la salud

Vicente Baeza Avallone

Profesor Titular de Derecho Penal
Departamento de Derecho Penal
Universitat de Valencia

Resumen

El cometido de estas líneas es explicar, brevemente, aquellos conceptos básicos que delimitan los elementos constitutivos del delito contra la salud pública por tráfico de drogas blandas. Es decir, qué es y en qué consiste lo que usualmente se conoce como tráfico de drogas pero, circunscrito a las llamadas drogas blandas, aquellas que no causan grave daño a la salud: cannabis sativa y sus derivados.

Palabras Clave

Drogas blandas, cannabis, salud pública, tráfico, consumo.

Summary

They summarize the assignment of these lines is to explain, briefly, those basic concepts that delimit the constituent elements of the crime against the public health by soft drug traffic. That is to say, what is and of what it consists what usually it is known like drug traffic but, circumscribed to the calls soft drugs, those that does not cause serious damage to the health: sativa cannabis and its derivatives.

Key Words

Soft drugs, cannabis, public health, traffic, consumption.

Résumé

On résumé dans ce travail, brièvement, les concepts de base qui délimitent les éléments constitutifs de l'infraction contre la santé publique par trafic de drogues douces. C'est-à-dire, ce qu'il est et dans ce que consiste ce qui habituellement est connu comme trafic de drogues mais, circonscrit aux drogues douces appelées, celles qu'ils ne causent pas grève des dommages à la santé : cannabis sativa et ses dérivés.

Most Clé

Drogues douces, cannabis, santé publique, trafic, consommation.

— **Correspondencia a:** _____
PDAnderson@compuserve.com



I. INTRODUCCIÓN

El cometido de estas líneas es explicar, brevemente, aquellos conceptos básicos que delimitan los elementos constitutivos del delito contra la salud pública por tráfico de drogas blandas. Es decir, qué es y en qué consiste lo que usualmente se conoce como tráfico de drogas pero, circunscrito a las llamadas drogas blandas, aquellas que no causan grave daño a la salud: cannabis sativa y sus derivados.

La diferencia entre el delito de tráfico de las drogas blandas y duras, reside en el objeto del tráfico, por ejemplo: si es hachís o cocaína. Todo lo demás es común. La diferencia estriba en si se trafica con la sustancia DB (droga blanda) o con la sustancia DD (droga dura).

¿Por qué esta diferencia, si todos lo demás es común? Por la distinta gravedad que comporta uno y otro tipo de tráfico, en función de la sustancia con la que se trafica. Las sustancias conocidas como drogas duras son aquellas que causan grave daño a la salud, según terminología del Código Penal, las restantes, es decir las que no causan grave daño a la salud, son las comúnmente conocidas como drogas blandas, de ahí la menor sanción que su tráfico comporta¹, mientras que si se trata de drogas duras, la pena de prisión es tres veces mayor² referido todo ello a sus modalidades básicas, que son las descritas en el art. 368 del C.P., cuyo tenor es el siguiente:

“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 nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.”

II. ELEMENTOS DE TIPO

Vista esta pequeña introducción y visto el tipo penal (art. 368 CP), procede ahora analizar los distintos elementos que componen este delito, que son: sujeto activo, acción, objeto formal o bien jurídico protegido, sujeto pasivo, objeto material y resultado.

I. SUJETO ACTIVO

Si observamos el texto del artículo 368 comprobamos que cuando se refiere a los posibles sujetos activos de este delito, es decir, cuando se refiere a aquellos que pueden cometer este delito, utiliza, tan solo, los siguientes términos: “Los que...” y el legislador utiliza esta expresión porque no exige ninguna particularidad para poder cometer este delito, a diferencia de otros delitos en los que sí exige una cualidad para poder ser sujeto activo, por ejemplo ser funcionario público. En el caso que nos ocupa y en todos aquellos en los que el legislador, para delimitar el sujeto activo utiliza expresiones como el que o los que, está queriendo decir que cualquiera puede ser sujeto activo.

Debe advertirse no obstante, que el sujeto activo no se identifica necesariamente con el autor. El sujeto activo³ lo es, bien en concepto de autor⁴, bien en concepto de cóm-

¹ Prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga.

² Prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga.



plíce⁵, según el papel o función, «principal» o «secundaria», que realicen a la hora de llevar a cabo la actividad delictiva. Esto, qué concreta actuación desempeña o supone una función principal o secundaria, no lo dice el Código Penal, lo establecen, según los casos, los Tribunales en sus Sentencias⁶.

I.1. AUTORÍA

Se ha dicho que en este delito, al igual que en todos, se puede participar en concepto de autor o en concepto de cómplice, pues, en los supuestos de participación delictiva - más de un sujeto activo- "cada uno aporta una actividad (promotor o comprador, enlace o intermediario, transportista, poseedor o depositario, vendedor, etc.), incorporando su quehacer delictivo a un fin compartido, a la vez que engrosa el círculo de los responsables penales"⁷. Sin embargo, lo cierto es, que, en opinión unánime del Tribunal Supremo⁸ "la redacción del artículo ha pretendido que todo favorecimiento del tráfico con drogas prohibidas constituya autoría -en su caso coautoría- del delito establecido en dicha disposición, sin distinguir diversos niveles de participación. Se trata indudablemente de un concepto extensivo de autor, previsto en forma específica en el delito de tráfico de drogas, que excluye la aplicación -al menos en

principio- del artículo 29 CP. El texto del artículo 368 CP al incluir a todo «otro modo» entre las acciones típicas es indudablemente un elemento decisivo, por su claridad, en la interpretación de los alcances de este delito. «De este modo», sin distinguir entre modos decisivos o meramente cooperativos, ni entre necesarios y no necesarios, pone de manifiesto que el legislador ha querido proteger el bien jurídico más intensamente, excluyendo la atenuación de la pena permitida por el artículo 29 del Código Penal para quienes realizan aportes reemplazables en el delito..."⁹ pues "cada uno de los que conscientemente realizan o colaboran con conductas de fabricación, cultivo o elaboración en su origen, como las demás actividades de tráfico o intercambio, así como los que favorecen o facilitan alguna de ellas o cualquier otra que tenga como finalidad última hacer llegar la droga a los adictos a ella, deben responder en concepto de autor del delito, se hallen o no en posesión de la droga"⁹ porque en definitiva "todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico encaja en alguno de los supuestos del artículo 344 del Código Penal, en calidad de autoría directa, dados los amplios términos en los que aparece configurada esta clase de infracción penal, pues constituyen actos que de algún modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de estupefacientes"¹⁰.

⁵ El art. 27 C.P. dice: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices."

⁴ El art. 28 del C.P. establece que: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado."

⁵ Por su parte, el art. 29 C.P. establece que "son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho

con actos anteriores o simultáneos."

⁶ Los razonamientos jurídicos por los que, por ejemplo, se explican que en este caso se está ante un supuesto de autoría y por qué en este otro caso se es cómplice, constituye lo que se conoce como jurisprudencia que, puede ser del Tribunal Supremo o de la Audiencias y Juzgados de lo penal, en estos casos, conocida como jurisprudencia menor.

⁷ S.T.S. 21.12.01

⁸ S.T.S. 15.11.98

⁹ S.T.S. 21.12.01

¹⁰ S.T.S. 03.12.98



1.2. COMPLICIDAD

No obstante lo dicho acerca del concepto extensivo de autor en los supuestos de tráfico de drogas, la jurisprudencia admite, en casos excepcionales, la participación en concepto de cómplice. Así, en la S.T.S. de 02.07.02, puede leerse: "La doctrina de esta Sala ha señalado con reiteración que es difícil la aplicación de la figura de complicidad en los delitos de tráfico de drogas a causa de la amplitud de los términos con que el tipo aparece definido en la Ley, aunque es posible en los casos de colaboración mínima o de conductas auxiliares de escasa relevancia, entre las que se han citado la mera indicación a los compradores del domicilio del vendedor; la ocultación ocasional y pasajera de la droga que otro posee"; "siendo sólo posible su aplicación en supuestos de mínima colaboración, en cuanto caben conductas auxiliares en beneficio del verdadero traficante o en supuestos de mero acompañamiento a los compradores e indicación del domicilio de los vendedores u ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña parte de la droga que otro posea, pues la autoría del delito de tráfico de droga, resulta perfecta con la tenencia de la sustancia..."¹¹

2. ACCIÓN

Ya sabemos que todos podemos ser sujetos activos, es decir autores o cómplices del delito de tráfico de drogas, pero en qué consiste este delito, ¿qué se tiene que hacer para cometer este delito?

La acción puede ser múltiple. Veamos lo que dice el Código Penal: "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". La técnica que sigue el Código penal a la hora de determinar las conductas punibles es mixta, es decir, por una parte enumera unas conductas concretas (actos de cultivo, elaboración o tráfico, o poseerlas para promover, favorecer o facilitar) y luego se refiere de un modo genérico a otras conductas, que son (todos) aquellos actos que de otro modo (=también) promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal... de drogas duras o blandas. Sin embargo, todas estas acciones tienen, a su vez algo en común. La Sentencia de la Audiencia Provincial¹² de Cádiz de 10.03.1997 nos explica los elementos del núcleo de la acción típica, de la siguiente manera:

"El elemento objetivo del tipo, en su vertiente dinámica, está representado por la conducta del agente, dirigida a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, extendiéndose el tipo a su mera posesión con este último fin (SSTS 19.0983, 21.12.83, 31.01.84 y 10.0484) Se precisa, en fin, la concurrencia de un elemento subjetivo: el conocimiento de la naturaleza de la sustancia objeto del comportamiento típico; de su ilicitud; y un ánimo tendencial, dirigido a la promoción, favorecimiento o a la facilitación de su consumo."

De donde, la acción del sujeto activo debe contener un saber y un querer: Sabe lo que está haciendo y quiere lo que está haciendo: traficar con drogas. Y esto debe predicarse a la hora concretarse el proceder delictivo consistente en realizar actos de cultivo, elaboración, tráfico,

¹¹ S.T.S. 15.10.98

¹² Jurisprudencia menor.



2.1 ACTOS DE CULTIVO. EJEMPLO

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 27.01.03, recoge, como supuesto típico de este delito el mero hecho de cultivar plantas de cannabis "...aunque no se haya acreditado en la causa la realización de actos de tráfico, (pues) el mero hecho del cultivo de abundantes plantas de cannabis no cabe duda que favorece y facilita el consumo ilegal, poniendo en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública."¹³

Otra muestra de jurisprudencia menor en la misma línea, nos la ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 05.03.03 que recoge en los hechos probados, lo siguiente: "...una patrulla de la Guardia Civil requirió y obtuvo de Benedicto, en su condición de propietario, autorización para entrar al interior de un invernadero existente en un patio de su domicilio, sito en CAMINO, s/n de la localidad de Huéscar, a fin de verificar la existencia de unas plantas que pudieran ser de marihuana. Realizada la inspección ocular del invernadero, fueron intervenidas en el mismo cinco plantas de cannabis sativa, las que, una vez fueron separadas las hojas de los tallos y troncos, y secas aquéllas, fueron analizadas y pesadas por el servicio oficial pertinente, resultando ser griffa con un peso neto de 3.526 gramos y un resultado porcentual de cannabinoides de 1,73 % de THC, 0,16 % de CBN y 0,19 % de CBD, plantas sembradas y cultivadas por el acusado Jesús Carlos"

2.2 ACTOS DE TRÁFICO. EJEMPLO

Cuando el Código Penal cita los actos de tráfico, como conducta típica, está contemplando la contraprestación económica que la entrega de la mercancía comporta, y este

acto de tráfico, en cuanto que comporta un ánimo, precisa la verificación del mismo, "que por su carácter interno y personal, «salvo que el interesado los confiese, no pueden probarse por los medios normales, sino mediante la inferencia"¹⁴

En este ejemplo, el Tribunal recogió aquellos datos que, considerados como prueba indiciaria le llevaron a concluir que con tales sustancias se estaba realizando actos de tráfico, que fundamentó de este modo: "el bar es explotado por uno de ellos y el otro encausado trabaja en el mismo, que en dicho establecimiento aparece hachís en diez trozos y los utensilios empleados para tal tráfico ilícito y punible, balanza y cuchillo, así como 85.000 pesetas en una bolsa de plástico. Que acababan de vender hachís a unos consumidores y que los trozos eran de las mismas características que los encontrados en el establecimiento y que en el local se encontraba sólo el recurrente Carmelo N. M. La inferencia, el juicio valorativo no puede menos de reputarse correcto, no descabellado, y razonable y otro tanto ocurre con relación al otro coacusado explotador del negocio y cuñado del camarero, Carmelo N. M., pues tal sustancia y tales enseres y tal venta no pueden pasar desconocidas al dueño del negocio."

2.2.1. Principio de insignificancia: no hay tráfico.

El acto de tráfico exige como objeto la droga tóxica, sustancias psicotrópica o estupefaciente y sobre todo lo que de ellas im-

¹³ En los hechos probados de esta sentencia, se dice: "...en un huerto anexo a la vivienda se halló un pequeño invernadero en cuyo interior existían 11 plantas de cannabis sativa (marihuana)"

¹⁴ S.T.S. 10.02.93



porta: el principio activo, pues "lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo" De ahí que, sólo cuando la cantidad aprehendida no alcanza la dosis mínima de principio activo, la jurisprudencia viene considerando que no hay acto de tráfico. Así la S.TS. 05.12.03 establece: "Es cierto que este Tribunal de casación, en excepcionales ocasiones, cuando la cantidad de droga objeto del delito es insignificante, ha considerado que la conducta carecía de la necesaria antijuridicidad material o capacidad para lesionar el bien jurídico protegido, ni siquiera creando un riesgo de lesión. A pesar de ese criterio incuestionable, tratándose de un delito de peligro abstracto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas, alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc., y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas. Tampoco debe pasar por alto la posibilidad de un fraude de ley, de los vendedores minoritarios de estas sustancias, que realizan unas divisiones de las dosis, para conseguir con dos o tres, lo que con una no se consigue. También debe tenerse presente que, aunque las

dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a los neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia a dichas sustancias tóxicas. Siendo conscientes de todas esas circunstancias y algunas más, que ponen en duda la inicial o aparente inocuidad de las drogas en dosis de escaso porcentaje de principio activo, es necesario disponer de una referencia genérica al objeto de unificar las decisiones de los Tribunales. En tal sentido, y con el valor de simple referencia, susceptible de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto, son ilustrativas las cuantías mínimas o dosis mínimas psicoactivas, facilitadas por el Instituto Nacional de Toxicología. Por referirnos a los de uso más repetido, en el informe se establecen las siguientes dosis mínimas: heroína... 0,66 miligramos; cocaína... 50 miligramos; hachís... 10 miligramos; M.D.M.A... 20 miligramos

2.3. TENENCIA PREORDENADA AL FAVORECIMIENTO, PROMOCIÓN, FACILITACIÓN TRÁFICO. EJEMPLO.

La modalidad típica de la tenencia preordenada ("... las posean con aquellos fines...") a favorecer, promover, facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, viene a ser el cajón de sastre por el que se recogen todas aquellas modalidades de poseer que no se pueda reconducir a las ideas de actos de cultivo, elaboración o tráfico.

Esta intención de traficar, como elemento interno perteneciente a la conciencia del sujeto, es difícilmente demostrable a través de prueba directa, siendo lo habitual recurrir a



una inferencia para acreditar su existencia, que entre otros datos se apoya en la cantidad, naturaleza y preparación de la sustancia. Sin embargo, cuando se trata de cantidades muy pequeñas resulta difícil afirmar el destino al tráfico si solamente se dispone de ese dato, y en esos casos es determinante la prueba de la realización de una operación de tráfico, que resulta una eficaz demostración de la intención con la que la droga era poseída. Bien entendido que aunque la venta sea un acto de tráfico, y por lo tanto típico, la tenencia inmediatamente anterior, en cuanto se caracteriza por la disposición al tráfico, también lo es. Por lo tanto, el riesgo para la salud pública o, desde otra perspectiva, el incumplimiento de la norma, se produce ya con la tenencia anterior a la venta y se prolonga con la efectiva ejecución de ésta.¹⁵

Por otra parte, la tenencia material no tiene por qué demostrarse de modo directo (la tenencia física) al poder inferirse de los datos concurrentes y "así el dato de la tenencia del hachís en la vivienda, de la que era titular y moradora la acusada, como inquilina, se traduce jurídicamente en una posesión ilícita con finalidad de tráfico sancionada en el art. 368 del C.P."¹⁶ teniendo también declarado que "los actos de transporte de droga, es un comportamiento, entre otros, como típico de los delitos contra la salud pública."¹⁷

2.3.1. Autoconsumo

La falta de tipicidad en los supuestos de autoconsumo, reside que esa posesión no está preordenada a favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de otros, sino el propio consumo, y como quiera, que en este delito lo que se protege es la salud pública o colectiva, no la individual -luego se verá-, tampoco concurre el peligro, para la salud pública o colectiva, pues, "aun tratándose de un delito de peligro -aun cuando sea abstracto- dicho

peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidos aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro -aún potencialmente- la salud pública o por estar destinadas al autoconsumo"¹⁸.

La jurisprudencia del T.S. ha establecido como inferencia lógica normal la de que "puede estimarse como dosis de un consumidor habitual unos 5 g diarios por término medio y que en cualquier caso la tenencia de reserva para más de diez días (unos 50 g) ya excede de la admisiblemente destinada al consumo"¹⁹, reconociéndose, ciertamente—"la imposibilidad de sentar conclusiones rígidas e inamovibles, porque las necesidades de cada persona son distintas, y diferentes sus posibilidades económicas"²⁰ así como "las diversas circunstancias que rodean a la posesión de la sustancia estupefaciente, pues son los datos básicos de los que hay que deducir el propósito del inculpado, particularmente la cantidad de la correspondiente droga, el lugar donde se realizó la aprehensión, la mayor o menor proximidad el punto de producción, la forma en que se tienen guardados los estupefacientes, su valor en el mercado, la tenencia de otros objetos que pudieran estar relacionados con su posible venta o con la forma de preparar el producto o de mezclarla para su expendición, grado de pureza, etcétera. Y ... en el caso presente ... el único dato de relevancia del que pudiera deducirse el propósito de traficar, es la cantidad de 217 gramos de hachís. Indudablemente la Audiencia de Almería tuvo en cuenta que se trataba de un joven adicto al consumo de

¹⁵ S.T.S. 16.02.04

¹⁶ S.T.S. 17.07.02

¹⁷ S.T.S. 14.07.00

¹⁸ S.T.S. 21.07.03

¹⁹ S.T.S. 12.12.94

²⁰ S.T.S. 16.09.97



esta sustancia que había viajado a África para adquirir esa mercancía por ser más barata allí que en la península y con posible ánimo, por tanto, de tenerla para su personal uso durante un prolongado período de tiempo, pues tales viajes no pueden hacerse con frecuencia. A cinco gramos diarios, como dice el Ministerio Fiscal, tenía para mes y medio aproximadamente lo cual no parece acopio excesivo. Probablemente el Tribunal tuvo sus dudas en este sentido y las resolvió en favor del reo como era obligado²¹

2.3.2. Consumo compartido

La atipicidad de los llamados supuestos de consumo compartido responde al mismo criterio del autoconsumo. Su tenencia no está preordenada, en definitiva a poner en peligro la salud pública o colectiva, parecer consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha entendido que el bien colectivo de la salud pública no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros, que constituye el sustrato de la antijuricidad del delito, no concurre, que es el caso del consumo entre adictos, pero se cuida de añadir «siempre que las cantidades disponibles por los copartícipes no rebasen los límites de un consumo normal y sea inmediato»²².

2.3.3. Donación a consumidores sin riesgo de propagación.

Otro tanto cabe decir -no hay tráfico, ni tenencia preordenada- cuando el hecho consiste en la entrega de una pequeña cantidad de droga tóxica o estupefaciente a uno que ya es consumidor.

²¹ S.T.S. 18.12.89

²² S.T.S. 16.09.97

²³ Vid por todas S.T.S. 29.06.02

El T.S. en un elevado número de resoluciones, ha considerado que no se cumplen "todos los elementos del tipo penal del artículo 368 C.P. con una actividad de entrega de drogas tóxicas o estupefacientes, en tan pequeñas cantidades que permitan asegurar el consumo inmediato y exclusivo de la droga por un receptor adicto a su consumo, a quien el donante, que no recibe contraprestación económica alguna por la entrega, y ha de ser conviviente, pariente o persona muy cercana al receptor, que conoce la necesidad de consumirla, determinada por su adicción, de aquel a quien la pequeña cantidad de droga entrega, porque, en tales casos, falta el necesario elemento de riesgo de consumo indiscriminado de la droga y consecuente peligro abstracto para la salud pública"²³

3. OBJETO FORMAL O BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Ya sabemos quienes pueden cometer este delito y qué se debe hacer para cometerlo, ahora surge la siguiente pregunta: ¿Por qué? ¿Por qué el legislador prohíbe estas conductas, qué pretende?

El bien jurídico protegido es aquel valor presente en la colectividad que el legislador quiere preservar, en este caso la salud pública o colectiva, pero sólo frente a las lesiones que pueden causar a través de las drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Así, respecto del bien jurídico protegido en este delito, el T.S. configura el siguiente criterio en sentencia de S.T.S. 16.02.2004 dice:

El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capa-



ces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual ... pero sí, la suma de todas ellas²⁴, y por eso ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias, psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado la prohibición de las conductas que de alguna forma implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los referidos fines. Tales conductas son típicas, en cuanto cumplen los requisitos de la descripción contenida en el artículo 368, y son antijurídicas, en cuanto crean el riesgo no permitido²⁵ pero, dado su "carácter abstracto no exige la producción de resultado lesivo concreto, bastando que la sustancia sea susceptible de crear ese riesgo abstracto de agresión a la «salud colectiva». Por otro lado, la lesión al bien jurídicamente protegido, puede ser una lesión de carácter físico o de carácter psíquico y, en este sentido, las sustancias deben ser capaces de provocar fenómenos de dependencia o tolerancia en el organismo humano, y se clasificarán como drogas que causan grave daño a la salud, o que no causan grave daño a la salud"²⁶

4. OBJETO MATERIAL.

El objeto de la conducta típica aparece delimitado con la expresión drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, en nuestro caso sólo las que no causan grave daño a la salud, es decir, el cannabis sativa y sus derivados.

Constituye un elemento normativo del tipo objetivo del injusto, que hay que integrar por remisión a las listas I, II y IV de la Convención Unica de Naciones Unidas sobre estupefacientes, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, y al Convenio sobre Sicotrópicos, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971. A las listas I, II y IV de la Convención y a la aneja al Convenio de 1971 reenvía la doctrina jurisprudencial (cfr. SSTs 05.05.84; 01.06.84, 15.11.84 y 10.05.85), en virtud de lo establecido en el art. 96.1 de la Constitución Española, en relación con el art. 1.5 del Código Civil.

5. RESULTADO O PERFECCIÓN

El delito de tráfico de drogas, responde a "las notas de delito de simple actividad, ejecución permanente y de resultado cortado o consumación anticipada. La Criminología nos enseña cómo en su comisión se repiten y superponen los actos o conductas de los intervinientes en el hecho criminal a medida que se incorporan los diversos partícipes, todos ellos con la finalidad común de contribuir a realizar el recorrido de la ilícita sustancia desde sus fuentes de aprovisionamiento hasta el consumidor final"²⁷, de donde "el adelantamiento de las barreras de protección

²⁴ S.T.S. 22.12.03

²⁵ S.T.S. 16.02.04

²⁶ S.T.S. 22.12.03

²⁷ S.T.S. 21.12.01



hace que el delito quede consumado con la mera tenencia de las sustancias prohibidas con finalidad de tráfico²⁸, y "sólo en casos muy excepcionales se presentan formas imperfectas de ejecución en los delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de sustancias estupefacientes"²⁹ pues, "el ilícito alcanza su consumación tan pronto se posee una determinada cantidad de droga dispuesta para su transmisión a terceros... siendo suficiente la posesión mediata con mera 'voluntas possidendi', aunque la cosa poseída no esté incorporada al patrimonio y no tenga la tenencia material en el momento"³⁰, porque "el logro del objetivo o finalidad perseguida no pertenece a la fase de perfección o consumación, sino a la del agotamiento y que tanto remitente como destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición sobre la droga, según el artículo 438 del Código Civil y la puesta a disposición de la mercancía -aunque ésta sea ilícita- equivale a la entrega conforme al artículo 399 del Código de Comercio y además de la posesión inmediata, existe la mediata, en la que es bastante la 'voluntas possidendi', aunque la cosa no lo esté de hecho incorporada. El acuerdo de voluntades y la puesta a disposición determinan la entrega al receptor y la consumación y perfección delictiva, siendo por tanto suficiente, cualquier forma de disponibilidad por espiritual que sea"³¹

6. CUALIFICACIÓN DE NOTORIA IMPORTANCIA

El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2001, acordó:

"1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369³² del c.p. se deter-

mina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001.

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados."

La razón de no exigir grado de pureza mínimo para poder determinar la notoria importancia, cuando del cannabis o sus derivados se trata, lo explica el T.S. sobre la base de estos razonamientos: "Respecto a la agravación por notoria importancia de la cantidad de droga, esta Sala ha entendido reiteradamente que cuando se trata de hachís no es preciso determinar el porcentaje de principio activo. Así se ha dicho que «los derivados de cáñamo índico, como lo son la marihuana, el hachís y el aceite de hachís, son unos productos extraídos del vegetal mediante unos mecanismos más o menos simples o manuales, a diferencia de otros estupefacientes en que por procedimientos químicos se obtiene el principio activo de la sustancia de que se trate y luego se mezcla con otros elementos ajenos, bien para mejor conservarlos o comercializarlos, bien para adulterarlos y así obtener una mayor ganancia económica». Por lo tanto, «el criterio de la pureza o concentración del principio activo no se utiliza en nuestros Tribunales para los productos derivados del cáñamo índico»³³.

²⁸ S.T.S. 16.02.04

²⁹ S.T.S. 29.06.02

³⁰ S.T.S. 03.04.97

³¹ S.T.S. 03.12.98

³² Art. 369.1.6ª C.P. en vigor desde 01.01.94

³³ S.T.S. 22.07.04