

UJALA JOSHI JUBERT

Prof. Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Barcelona
Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

I

UN ESTUDIO ANALÍTICO DEL ART. 368 CP

(GRUPOS DE CASOS Y TRATAMIENTOS
JURISPRUDENCIALES)

Prólogo de
Enrique GIMBERNAT ORDEIG



1999

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

ÍNDICE GENERAL

INDICE DE ABREVIATURAS	11
PRÓLOGO	15
§ 1. INTRODUCCION	21
§ 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, OBJETO DEL DELITO Y NATURALALEZA	27
I. Introducción	27
II. Bien jurídico protegido	27
1. Estado de la discusión	27
2. Perspectiva de la jurisprudencia tradicional: la salud pública como sinónimo de salud colectiva	28
2.1. Concepto de salud pública en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	28
2.2. Consecuencias prácticas de la configuración jurisprudencial del bien jurídico protegido	30
2.3. Últimas tendencias jurisprudenciales en la configuración del bien jurídico protegido: <i>la orientación teleológica</i>	31
2.4. Consecuencias prácticas de la orientación teleológica	31
3. Perspectiva doctrinal mayoritaria: <i>la salud pública como valor social y comunitario</i>	33
3.1. Dificultades en la elaboración doctrinal del concepto de salud pública	33
3.2. Consecuencias prácticas de la configuración del bien jurídico, salud pública como valor social y comunitario	34
3.3. Valoración de la perspectiva doctrinal mayoritaria: ventajas e inconvenientes	35
4. Otras posiciones doctrinales en la configuración del bien jurídico protegido	37
4.1. Libertad del consumidor	37
4.2. El interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes	38
4.3. Delito pluriofensivo	39
	309

5. Conclusión: el bien jurídico protegido es la salud pública en sentido jurídico-penal	39
5.1. Bases para la elaboración del concepto jurídico penal de salud pública	39
5.2. La salud pública desde una perspectiva médica	40
5.3. La salud pública desde la perspectiva de utilidad social e individual	40
5.4. La protección de la salud pública en una sociedad democrática. Consecuencias para la concepción del bien jurídico protegido	41
III. Naturaleza del delito	42
1. Delitos de peligro y delitos de lesión	42
1.1. La configuración del delito de tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto	42
1.2. Consecuencias prácticas	44
1.3. Conclusión: el delito de tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto propio. Consecuencias prácticas	44
2. Delito de mera actividad o de resultado	45
2.1. Configuración jurisprudencial del delito de tráfico de drogas como un delito de mera actividad	45
2.2. El delito de tráfico de drogas como un delito mixto, a veces de mera actividad y otras de resultado	46
3. Delito permanente o de estado	46
4. Delito de consumación anticipada	47
4.1. Concepto de consumación anticipada	47
4.2. El delito de tráfico de drogas como un delito <i>parcialmente</i> de consumación anticipada	47
IV. El objeto del delito: Drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas	47
1. Conceptos extrapenales de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica	48
2. Droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica desde la perspectiva jurisprudencial	50
2.1. Ausencia de concepto en la jurisprudencia	50
2.2. Método tópico	51
2.3. Consecuencias prácticas del método tópico	52
3. Conceptos de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica en la doctrina	52
4. Técnica legislativa empleada en la descripción del objeto: ¿ley penal en blanco o conceptos normativos?	54
4.1. Partidarios de la concepción de la Ley penal en blanco	54
4.1.1. En la jurisprudencia mayoritaria	54
4.1.2. En la doctrina minoritaria	55
4.1.3. Consecuencias prácticas	55
4.2. Partidarios de la teoría de los conceptos normativos	58
4.2.1. En la doctrina mayoritaria y jurisprudencia minoritaria	58
4.2.2. Consecuencias prácticas	59

4.3. Conclusión: técnica legislativa empleada en la descripción del objeto: entre la ley penal en blanco y los conceptos normativos. Consecuencias prácticas	60
5. Bases para la construcción de un concepto jurídico penal de sustancias tóxicas	61
5.1. Introducción	61
5.2. Características médico-farmacológicas de las sustancias tóxicas	62
5.2.1. Trastornos de dependencia	62
5.2.2. Trastornos de abuso	62
5.2.3. Trastornos de intoxicación	62
5.2.4. Síndrome de abstinencia	63
5.3. Sustancias que cumplen con los anteriores criterios	63
5.3.1. Alucinógenos	63
5.3.2. Anfetaminas (o sustancias de acción similar)	63
5.3.3. Cannabis	64
5.3.4. Cocaína	64
5.3.5. Fenciclidinas (o sustancias de acción similar)	65
5.3.6. Opiáceos	65
5.3.7. Sedantes, hipnóticos o ansiolíticos	65
5.3.8. Alcohol	66
5.4. Principio activo	66
5.5. Concepto jurídico penal de sustancia tóxica	67
6. Sustancias que causan grave daño a la salud y las demás sustancias en la jurisprudencia	68
6.1. Introducción	68
6.2. Grave daño a la salud: ¿salud pública o salud individual?	69
6.3. La doctrina jurisprudencial del daño abstracto a la salud pública-individual. Consecuencias prácticas	70
6.4. Grupos de casos	74
6.4.1. Cocaína	74
6.4.2. Heroína	75
6.4.3. LSD	75
6.4.4. Anfetaminas y derivados. En especial doctrina jurisprudencial respecto a determinados grupos de amfetaminas en concreto	76
A) MDMA (éxtasis)	78
B) Dexedrina	80
C) Speed (Centramina)	81
D) Etil MDA (droga del amor)	82
6.4.5. Speed-ball	83
6.4.6. Dextropropoxifeno (derivado del opio)	83
6.4.7. Crack	83
6.4.8. Barbitúricos (en especial, Rohipnol)	84
6.4.9. Buprex	87
6.4.10. Mescalina	88
6.4.11. Morfina	88
6.4.12. Otros Preparados Farmacéuticos. Preparados farmacéuticos denominados Codeisán y Codipront	89

6.4.13. Los preparados farmacéuticos desde el punto de vista de las Audiencias Provinciales	90
6.4.14. Cannabis y sus derivados	91
6.4.15. Supuestos de no determinación de la sustancia	92
7. Criterios doctrinales para determinar cuándo una sustancia causa grave daño a la salud	93
7.1. Causación de grave daño a la salud en atención a las cualidades genéricas de la sustancia	93
7.2. Causación de grave daño a la salud por originar <i>dependencia física</i>	93
7.3. Causación de grave daño a la salud por <i>afectar a la libertad o autodeterminación de los individuos</i>	94
7.4. Causación de grave daño a la salud por ser la sustancia gravemente tóxica en el caso <i>concreto</i>	94
7.5. Criterios de la Fiscalía para determinar cuando una sustancia causa grave daño a la salud	94
7.6. Propuesta de clasificación <i>tripartita</i> de las sustancias tóxicas	94
8. Conclusión: la causación de grave daño a la salud debe determinarse con un criterio mixto (abstracto-concreto) orientado a la protección inmediata de la salud pública y mediata de la salud individual	95
9. Grupos de casos de acuerdo con el criterio mixto (abstracto-concreto) orientado a la protección inmediata de la salud pública y mediata de la salud individual propuesto en el apartado anterior	97
9.1. Sustancias tóxicas de consumo legal	97
9.2. Sustancias con un índice de toxicidad irrelevante a efectos penales por su incapacidad de afectar penalmente a la salud individual y a la pública	97
9.3. Sustancias con un índice de toxicidad relevante a efectos penales por su capacidad de afectar penalmente a la salud individual y a la pública	98
§ 3. CONDUCTAS TÍPICAS	99
I. Requisitos comunes a todas las conductas típicas	99
1. Introducción	99
2. Promover, favorecer o facilitar como elemento común a todas las conductas típicas	100
2.1. Concepto: conductas de expansión y conductas orientadas a la expansión	100
2.2. Requisitos objetivo y subjetivos	101
3. Consumo ilegal: interpretaciones	103
3.1. Problemas de delimitación conceptual	103
3.2. Ilegalidad referida a las conductas típicas. Consecuencias prácticas	103
3.3. Ilegalidad referida al consumo. Consecuencias prácticas	105
4. Imputación subjetiva en el delito de tráfico de drogas. Supuestos de error	108
4.1. Dolo	108
4.2. Error de tipo	108

4.3. Doctrina jurisprudencial sobre el error de tipo. Cuestiones generales	109
4.4. En especial, el error que recae sobre un elemento típico agravante	110
4.5. Doctrina jurisprudencial sobre el error de prohibición	111
5. Restricciones de orientación teleológica generales a todas las conductas típicas	114
6. Conclusión	117
II. Ejecutar actos de cultivo	118
1. Concepto de cultivo	118
2. Conductas atípicas	119
2.1. Cultivos autorizados	119
2.2. Cultivos destinados al propio consumo	119
2.3. Cultivos no autorizados sin capacidad o idoneidad para promover, promocionar o facilitar el consumo ilegal	120
3. Elementos típicos	120
3.1. Objeto del cultivo	120
3.2. Parte objetiva de la conducta de cultivo	121
3.3. Parte subjetiva de la conducta de cultivo	122
4. Otras cuestiones: enumeración	123
4.1. Formas de imperfecta ejecución	123
4.2. Autoría y participación	123
4.3. Concursos con otras conductas de tráfico de drogas	123
5. Grupos de casos	123
III. Ejecutar actos de elaboración	125
1. Concepto de elaboración	125
2. Conductas atípicas	126
2.1. Elaboración autorizada	127
2.2. Elaboración destinada al propio consumo	127
2.3. Elaboración no autorizada sin capacidad objetivo-subjetiva para promocionar, facilitar o promover el consumo ilegal	128
3. Elementos típicos	128
3.1. Parte objetiva de la conducta de elaboración	128
3.2. Parte subjetiva de la conducta de elaboración	129
3.3. Objeto de la elaboración	129
4. Otras cuestiones: enumeración	129
4.1. Formas de imperfecta ejecución	129
4.2. Autoría y participación	130
4.3. Concursos con otras conductas de tráfico de drogas	130
5. Grupos de casos	130
IV. Ejecutar actos de tráfico	131
1. Concepto de tráfico	131
2. Conductas atípicas	133
2.1. Tráfico autorizado	133
2.2. Tráfico para el propio consumo o consumos asimilados al autoconsumo (consumo compartido)	134

2.3. Tráfico que, a pesar de no estar autorizado, carece de capacidad objetiva para favorecer, facilitar o promover el consumo ilegal o no está orientado a favorecer, facilitar o promover el consumo ilegal	134
3. Elementos típicos	135
3.1. Objeto de las conductas de tráfico	135
3.2. La parte objetiva de las conductas de tráfico	135
3.3. La parte subjetiva de las conductas de tráfico	135
3.4. La prueba de la conducta de tráfico. La prueba de indicios	136
3.4.1. Prueba de la parte objetiva de la conducta de tráfico. Indicios	136
3.4.2. Prueba de la parte subjetiva de la conducta de tráfico. Indicios	138
4. Otras Cuestiones: enumeración	140
4.1. Formas de imperfecta ejecución	140
4.2. Autoría y participación	140
4.3. Concursos con otras conductas de tráfico de drogas	140
5. Conductas de tráfico y grupos de casos	140
5.1. Actos de adquisición de sustancias tóxicas	140
5.1.1. Concepto de adquisición	140
5.1.2. Clases de adquisición. Grupos de casos	141
1.º Compra directa y personal	141
2.º Compra a distancia realizada directamente por persona interesada	142
3.º Compra a través de intermediario	142
4.º Compra de droga para el propio consumo	143
5.º Compra de droga para el consumo compartido	143
6.º Compra de droga en país extranjero: Importación	144
5.2. Actos de venta de drogas	144
5.2.1. Cuestiones generales	144
5.2.2. Requisitos	144
5.2.3. Clases de venta: enumeración	145
5.2.4. Grupos de casos	145
1.º Venta directa en sentido propio	145
2.º Venta de cantidades mínimas	146
3.º Venta indirecta (a través de intermediarios)	146
4.º Suministro (entrega) de droga	146
5.º Cómputo y recaudación del precio de la venta	146
6.º Actos de permuta	147
7.º Actos de mediación en la venta	148
8.º Venta de medicamentos sin receta o con uso abusivo de recetas	149
9.º Venta a país extranjero (exportación)	149
10.º Otros actos de venta droga	149
5.3. Donación de droga	149
5.3.1. Concepto	149
5.3.2. Requisitos jurisprudenciales de la donación	150
A) Interpretación objetivo formal de donación. Consecuencias prácticas	151

B) Interpretación teleológica de donación. Consecuencias prácticas	155
5.3.3. Grupos de casos de donación	159
1.º Invitación a persona consumidora, normalmente amigo o conocido a dosis mínimas	159
2.º Invitación a persona no consumidora	163
3.º Invitación a dosis mayores (más de una dosis) a persona consumidora	163
4.º Invitación a grupo de amigos para el consumo conjunto e inmediato	163
5.º Entrega de una pequeña cantidad de droga para el consumo inmediato o casi inmediato a persona drogadicta con la que existen lazos afectivos y que se halla en una situación especial: a) entrega a persona en síndrome de abstinencia, y b) entrega a persona internada en un centro con privación de libertad	164
6.º Supuestos de donación frustrada	171
5.4. Tráfico para el consumo compartido	171
5.5. Envío de la droga. Remitente	171
5.5.1. Concepto	171
5.5.2. Requisitos objetivos	171
5.5.3. Algunos problemas relativos al envío de la droga	171
5.6. Recepción de la droga. Destinatario	173
5.6.1. Concepto y requisitos	173
5.6.2. Algunos problemas relativos a la recepción de la droga	173
5.6.3. Grupos de casos	174
1.º Supuestos en que el procesado no llega en ningún momento a realizar actos tendentes a conseguir el objeto enviado, ya sea por interceptación de la policía, o por algún otro motivo	174
2.º Supuestos en que el procesado realiza actos dirigidos a obtener la posesión del objeto remitido	175
3.º Recepción de droga por cuenta de otro	176
V. Promover, favorecer y facilitar el consumo ilegal de otro modo	176
1. Concepto de promover, favorecer y facilitar	176
2. Conductas atípicas	177
3. Elementos típicos	177
3.1. El objeto	177
3.2. Parte subjetiva de la conducta	177
3.3. Parte objetiva de la conducta	177
3.4. Principios orientadores de la reducción teleológica del sentido literal posible	178
4. Otras cuestiones: enumeración	180
4.1. Formas de imperfecta ejecución	180
4.2. Autoría y participación	180
4.3. Concursos con otras conductas de tráfico de drogas	181
5. Conductas de favorecimiento, facilitación y promoción y grupos de casos	181

ÍNDICE GENERAL

5.1. Consideraciones generales	181
5.2. Colaboración en la recuperación química de la droga	182
5.3. Financiación de las conductas de cultivo, elaboración y tráfico de drogas	182
5.4. Actos de almacenaje y de custodia	183
5.5. Transporte de droga	183
5.5.1. Concepto y conductas atípicas	184
5.5.2. Ementos típicos	184
5.5.3. Grupos de casos	185
1.º Transporte por cuenta ajena	185
2.º Transporte en coautoría	185
3.º Transporte para la difusión	186
4.º Transporte para el consumo compartido	186
5.º Transporte de droga sin disponibilidad material sobre la misma	187
5.6. Prescripción abusiva de recetas médicas, suministro y entregas facultativas para el consumo	187
5.7. Obtención mediante procedimientos ilegales de recetas médicas o de medicamentos y su posterior distribución	188
5.8. Actos de mediación	188
1.º Poner en contacto a dos personas —comprador/vendedor—	188
2.º Acompañar o indicar a un sujeto el lugar de adquisición de la sustancia prohibida	189
3.º Compra de droga por encargo de otros	190
4.º Búsqueda de clientela	190
5.º Mediación sin remuneración	190
6.º Entrega de la droga en nombre ajeno o cobro del precio en nombre de otro	190
5.9. Otros actos de promoción, facilitación y favorecimiento del consumo ilegal	190
1.º Invitación al consumo	191
2.º Sacar la droga de donde está escondida para darla al vendedor	191
3.º Llevar una bolsa a un destino a cambio de un precio	191
4.º Facilitar el vehículo al traficante	191
VI. Posesión de droga con «aquellos fines»	191
1. Concepto de posesión	191
2. Conductas atípicas	194
2.1. Posesión autorizada	195
2.2. Posesión para el propio consumo	195
2.3. Posesión sin idoneidad objetiva y/o subjetiva	195
3. Elementos típicos	195
3.1. Objeto de la posesión	195
3.2. Parte objetiva de la conducta de posesión	196
3.3. Parte subjetiva de la conducta de posesión	197
3.3.1. «Aquellos fines»: interpretaciones	197
3.3.2. <i>Fines</i> objetiva y subjetivamente idóneos para la expansión del consumo ilegal	198

3.3.3. La prueba de la parte subjetiva de la conducta de posesión: <i>sistema de indicios</i>	198
3.3.4. Tratamiento del error de tipo	204
4. Otras cuestiones: enumeración	204
4.1. Formas de imperfecta ejecución	204
4.2. Autoría y participación	205
4.3. Concursos con otras conductas de tráfico de drogas	205
5. Conductas de posesión y grupos de casos	205
5.1. Posesión para el autoconsumo individual	205
5.2. Posesión de escasa cantidad	206
5.3. Posesión no material de las sustancias	212
5.3.1. Envío-recepción	212
5.3.2. Por acuerdo de voluntades	213
5.3.3. A través del servidor de la posesión	214
5.4. Algunos supuestos especiales de posesión compartida	215
5.4.1. Posesión en contextos de convivencia	215
5.4.2. Posesión orientada al posterior consumo compartido. Orientaciones jurisprudenciales	221
5.5. Posesión de distintas clases de sustancias	225
§ 4. ACTOS PREPARATORIOS Y DE IMPERFECTA EJECUCIÓN ..	227
I. Introducción	227
II. Actos preparatorios y actos de imperfecta ejecución en la doctrina del Tribunal Supremo	230
1. Conspiración	230
2. Actos de imperfecta ejecución	231
2.1. Tentativa	231
2.2. Tentativa acabada	234
3. Consumación y agotamiento del delito	235
4. Desistimiento voluntario	237
5. Delito imposible	238
III. Actos preparatorios punibles, actos de imperfecta ejecución y consumación en el delito de tráfico de drogas. Criterios de delimitación	239
1. Introducción	239
2. Actos preparatorios y formas de imperfecta ejecución en los delitos de peligro abstracto y de mera actividad	241
3. Criterios de delimitación	244
IV. Grupos de casos	245
1.º Falta de tenencia material de la droga, aunque sea momentánea	245
2.º Tenencia material momentánea de la droga	246
3.º Concierto de varias personas para elaborar droga	246
4.º Concertar envío de droga	246
5.º Recoger droga en correos o en otro lugar, no habiendo participado en actos anteriores, siendo esta actividad interceptada o vigilada por la policía	247

6.º Realización de actos de intermediación, con disponibilidad momentánea de la droga	248
§ 5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	249
I. Introducción	249
1. Compatibilidad del art. 368 CP con las distintas concepciones de la autoría y la participación	249
2. Concepto unitario de autor. Consecuencias prácticas	250
3. Concepto restrictivo de autor. Consecuencias prácticas	251
4. Concepto extensivo limitado de autor. Consecuencias prácticas	253
II. Autor y partícipe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina	254
1. La relación de autoría	254
1.1. Concepto unitario limitado de autor	254
1.1.1. Autor directo, coautoría y autoría mediata	254
1.1.2. Requisitos jurisprudenciales	255
1.1.3. Actividades de autor	260
1.2. Posiciones doctrinales	261
2. Cooperación necesaria	261
2.1. Posición jurisprudencial: el cooperador necesario como un autor más	261
2.1.1. Concepto	261
2.1.2. Cooperación necesaria por omisión	262
2.1.3. Actividades de cooperación necesaria	262
2.2. Posiciones doctrinales	263
3. Complicidad	263
3.1. Posición jurisprudencial: el cómplice como sujeto que realiza actos de auxilio al auxilio	263
3.1.1. Concepto	263
3.1.2. Doctrina jurisprudencial mayoritaria sobre la complicidad ..	264
3.1.3. Excepciones a la doctrina jurisprudencial mayoritaria sobre la complicidad	265
3.1.4. Distinción de figuras afines	268
3.1.5. Actividades de complicidad	269
3.2. Posiciones doctrinales	270
4. Encubrimiento	270
4.1. Posición jurisprudencial: excepcionalidad del encubrimiento	270
4.1.1. Concepto	270
4.1.2. Actividades de encubrimiento	272
4.2. Posiciones doctrinales	272
5. Inducción	272
5.1. Posición jurisprudencial. Concepto	272
5.2. Posiciones doctrinales	273
6. Grupos de casos	273
1.º Cesión del teléfono del domicilio propio para que el traficante pueda realizar los contactos necesarios	273
2.º Actos de vigilancia	274
3.º Actos de mediación	275

A) Acompañar al lugar de entrega de la droga	275
B) Negociar el precio de la droga	276
C) Poner en relación a varias personas para que realicen los actos de transferencia	276
D) Entrega de la droga y cobranza del dinero en nombre de otro	277
4.º Transporte de las sustancias	278
5.º Recepción de la droga desde el extrajero. Destinatario	279
6.º Permanecer a la escucha del teléfono para transmitir información ..	280
7.º Ceder la propia vivienda para que otros realicen actos de tráfico ...	280
8.º Ocultar la droga de otro	281
9.º Facilitar vehículo	283
10.º Convivencia	284
11.º Realizar actos típicos en nombre de otro	284
12.º Depósito, guarda o custodia de droga	284
13.º Aportación de medios económicos	285
14.º Confeccionar papelinas	286
15.º Aconsejar	286
16.º Conductas omisivas	286
17.º Ocultar el dinero destinado a la financiación de adquisición de droga	287
III. Agente provocador y delito provocado en la jurisprudencia del tri- bunal supremo	288
1. Concepto	288
1.1. Agente provocador y delito provocado	288
1.2. Jurisprudencia	288
2. Configuración jurisprudencial del delito provocado	290
3. Tratamiento jurídico penal	291
3.1. Sobre la legalidad de la figura del agente provocador	291
3.2. Tratamiento jurídico-penal del agente provocador y sujeto provo- cado	292
4. Intervención policial para la obtención de pruebas	297
4.1. Concepto	297
4.2. La figura de la circulación o entrega vigilada	299
4.3. Requisitos jurisprudenciales para la admisión de las pruebas	300
4.4. Fundamento de la licitud	301
5. Grupos de casos en que se considera lícita la provocación para la ob- tención de pruebas	301
5.1. Existencia de una posesión anterior	301
5.2. Infiltraciones en organizaciones con actividad permanente	302
5.3. Cooperación en actividades de tráfico a petición del autor	303
6. Otras cuestiones relativas al agente provocador	303
IV. Conclusión: autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas	304