



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Grado en Derecho

Curso 2018-2019

**TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS E
INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA NO
CONSENTIDA**

Autor: Álvaro Rodríguez González

Tutor: Ana María Neira Pena

ÍNDICE.

Listado de abreviaturas.

Antecedentes de hecho.

Introducción.

1.- Calificación penal.

1.1.- Planteamiento.

1.2.- El delito de tráfico de drogas.

1.3.- Crimen organizado: tipificación y agravación sobre la conducta delictiva.

1.3.1.- Introducción.

1.3.2.- Debate jurídico en torno a los preceptos 570 bis y 570 ter.

1.3.3.- Posibles problemas concursales entre los artículos 369 bis y 570 bis CP y agravación del delito.

1.4.- Calificación penal individualizada.

1.4.1.- Introducción.

1.4.2.- Calificación jurídica de los hechos imputados a María Luisa.

1.4.2.1.- Calificación penal

1.4.2.2.- Confesión y colaboración.

1.4.3.- Calificación jurídica de los hechos imputados a la Doctora Elvira Gómez.

1.4.4.- Calificación jurídica de los hechos imputados a Alonso.

1.4.4.1. Calificación jurídico-penal de los hechos.

1.4.4.2.- Agravantes y atenuantes.

1.4.5.- 1.4.5.- Calificación jurídica de los hechos imputados a Sebastián.

1.5.- Determinación de penas.

1.6.- Calificación alternativa según la teoría del último eslabón.

2.- Jurisdicción y competencia.

2.1.- Planteamiento.

2.2.- Jurisdicción.

2.2.1.- Límites objetivos.

2.2.2.- Límites territoriales.

2.3.- Competencia.

2.3.1.- Competencia objetiva.

2.3.1.1.- Criterio general: la competencia en función de la gravedad.

2.3.1.2.- Competencia en razón de la materia.

2.3.2.- Competencia funcional.

2.4.-Recapitulación

3.- Intervención quirúrgica sin consentimiento.

3.1.- Intervención corporal por parte de los poderes públicos.

3.2.- Presunta vulneración de derechos fundamentales.

3.3.- Validez de la prueba.

3.4.- Indemnización por daños y perjuicios.

3.5.- Recapitulación.

4.- Situación de Sebastián a raíz de su huida.

4.1.- Planteamiento.

4.2.- Extradición.

4.3.- Huida a otro Estado miembro.

4.4.- Recapitulación.

Conclusiones.

Anexo bibliográfico.

Anexo jurisprudencial.

LISTADO DE ABREVIATURAS.

CP: Código Penal

TS: Tribunal Supremo

STS: Sentencia Tribunal Supremo

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

Audiencias Provinciales: AAPP

Audiencia Provincial: AP

Audiencia Nacional: AN

Tribunal Superior de Justicia: TSJ

Sentencia Tribunal Constitucional: STC

Constitución Española: CE

CC: Código Civil

UE: Unión Europea

ANTECEDENTES DE HECHO.

El 15 de abril del año 2018, sobre las 14:10, llegó al Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, tras realizar el itinerario Bogotá-Madrid en el vuelo NUM002 de la compañía aérea IBERIA, María Luisa, mayor de edad, de nacionalidad colombiana y sin antecedentes penales.

Durante el control de pasajeros del mencionado vuelo, el comportamiento de María Luisa hizo sospechar a los agentes de la UDYCO, cuya presencia en el aeropuerto se debía al desarrollo de una investigación sobre el aumento de la cantidad de droga introducida en España con “mulas” mediante vuelos comerciales en los últimos meses.

Los agentes inspeccionaron la maleta que había sido facturada, así como las pertenencias que María Luisa llevaba consigo. A pesar de que el resultado de la inspección fue negativo respecto al porte de algún tipo de droga, debido a versiones contradictorias sobre los motivos de su viaje a España, se procedió a realizar un cacheo personal. Fue durante el mismo, cuando los agentes observaron irregularidades y malformaciones en ambos senos de la mujer y, tras realizar un examen radiológico, se visualizó la presencia de “algo extraño”. En ese momento, María Luisa comenzó a ponerse nerviosa y acabó confesando a los agentes que llevaba unos implantes con cocaína. Debido al grave riesgo que esto suponía para su salud, fue trasladada de inmediato al hospital público madrileño, Carlos III, donde fue internada e intervenida quirúrgicamente sin haber prestado ésta consentimiento, verbal o escrito.

Una funcionaria de policía que presencié la operación analizó la sustancia extraída de las prótesis: una de las bolsas contenía 300 gramos de cocaína con un grado de pureza del 35%, mientras que la otra contenía 250 gramos de cocaína con un grado de pureza del 23%. Resultando 105 y 57,5 gramos de cocaína base, respectivamente.

Tras ser detenida, María Luisa decidió colaborar y explicó a los agentes que, una vez en territorio español, el siguiente paso era dirigirse a la Clínica privada de la Doctora Elvira Gómez, mayor de edad, de nacionalidad española y sin antecedentes penales, cirujana plástica de profesión y especialista en la reconstrucción de implantes mamarios. Elvira está, además, inscrita como colegiada, con el número NUM006, en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid.

Con la información proporcionada por la detenida, los agentes de la UDYCO deciden abrir una investigación, donde se descubre el siguiente *modus operandi*: una vez en la clínica, las “mulas” eran intervenidas quirúrgicamente por la Doctora para extraer de los senos las bolsas donde se portaba la cocaína. Tras la operación, la droga se guardaba en una habitación, aparentemente inutilizada, de la clínica.

Transcurridos entre dos y cuatro días, Sebastián, mayor de edad, de nacionalidad colombiana y sin antecedentes penales, entra en la clínica y diez minutos después, aproximadamente, vuelve a salir. Se sube en un coche, un Opel Astra con matrícula WWW, propiedad de Alonso, mayor de edad, de nacionalidad española y con antecedentes penales al haber sido condenado ejecutoriamente mediante sentencia firme de fecha 13/01/2016 como autor de un delito contra la salud pública, quien espera en el asiento del piloto con el coche en marcha.

Después de circular durante diez minutos por varias calles, el vehículo se dirige a las inmediaciones del Parque del Oeste, donde permanece estacionado en torno a veinte minutos. Durante ese tiempo, ambos se bajan del coche en varias ocasiones para llevar a

cabo el intercambio de bolsitas que contenían una sustancia de color blanco, según narran los agentes, por determinadas cantidades de dinero.

El 5 de marzo los agentes de la UDYCO deciden intervenir y detienen a Elvira en la clínica, donde se encontraron 10,657 Kilos -10.657 gramos- de cocaína, así como, 6.000 euros en metálico y varias básculas de precisión. Del mismo modo, Alonso fue detenido en su domicilio, donde los agentes encontraron dos envoltorios de cocaína con un peso de 1,385 gramos y una riqueza de 74,52% y 0,569 gramos y una riqueza de 89,93%, una agenda de notas, recortes de plástico, una báscula de precisión, tres botes que contenían un total de 25 gramos de marihuana y en una mesilla de noche restos de cocaína con un peso de 0,033 gramos y una riqueza de 86,19%. Además, en el momento de la detención algunos de los agentes hablaron con los vecinos del detenido que afirmaron que Alfonso “siempre iba puesto”. Por su parte, Sebastián había logrado huir a Brasil tres días antes de la intervención de los agentes, empleando un pasaporte falso.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como temática principal el tráfico de drogas. Se realizará un estudio sobre dicha actividad desde el punto de vista jurídico, al conformar esta un delito recogido en el Código Penal (en adelante, CP); en concreto con la problemática que supone el tráfico de droga de carácter transnacional, lo cual surge como consecuencia de la aparición de bandas organizadas. Dicho elemento, de lógica aparición en una sociedad cada vez más globalizada y unificada (también para lo malo), introduce una mayor complejidad a la hora de identificar y detener a los delincuentes. En el primer apartado, se realiza una exposición dónde se determina en qué consiste concretamente el delito de tráfico de drogas y qué actividades lo conforman y qué sustancias constituyen su objeto material; así como un breve debate en torno a la posibilidad de apreciar, o no, la existencia de una organización criminal o de un grupo criminal. Posteriormente, se califican penalmente los hechos realizados por cada uno de los intervinientes en el delito, con las circunstancias personales que a cada uno les puedan afectar, para finalmente determinar la pena concreta que a cada uno corresponde.

El segundo apartado tiene por objetivo determinar la jurisdicción y competencia del delito, pudiendo así conocer a qué Tribunal en concreto le corresponde el conocimiento de la causa, así como los eventuales recursos que pudiesen existir frente a las resoluciones del mismo.

El tercer apartado analiza la situación de María Luisa, por haber sufrido una intervención quirúrgica no consentida para la extracción de un elemento que posteriormente será empleado como prueba en el proceso. Por tanto, como se puede ver, el corte de este apartado es constitucional, en relación a los derechos fundamentales, y procesal, en cuanto a la teoría de la prueba ilícita.

En cuanto al cuarto y último apartado, se centra en el estudio de la situación de Sebastián, el cual ha huido a Brasil pocos días antes de la intervención policial. Por tanto, se pone aquí de relieve la importancia de Derecho internacional para la resolución de la situación e, incluso, se plantea la misma situación en un ámbito europeo, con el objetivo de contrastar las diferentes formas de actuar según el destino de la persona huida.

1.- Calificación penal.

1.1. Planteamiento

El objetivo que persigue esta cuestión es- como su propio título indica- conocer la calificación penal de los hechos delictivos realizados en el supuesto de hecho, es decir, en primer lugar, definir qué concreto delito en el marco del CP conforman los hechos realizados; en segundo lugar, y a raíz de lo anterior, poder determinar qué penas (y en qué cuantía) se deben aplicar por los delitos cometidos; y, en tercer lugar, y en ciertos casos, realizar un estudio sobre las posibilidades existentes en cada caso de observar ciertas atenuantes o agravantes.

1.2.-El delito de tráfico de drogas

El tipo básico recogido en el artículo 368 CP es el que sirve como base para entender las conductas delictivas realizadas por los sujetos en el presente caso, así como la complejidad que dichas conductas presentan una vez que comienza a observarse que existen agravantes tipificadas para ciertas situaciones en las que se ven involucrados. El citado precepto castiga una serie de conductas- no pocas precisamente- relativas a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; lo cual hará necesario identificar en qué conducta concreta del tipo básico se ve cada sujeto involucrado.

La doctrina mayoritaria considera que la intención del legislador con la tipificación de los delitos relativos a drogas tóxicas es proteger el bien jurídico-cuanto menos difuso, por no referirse a ningún bien particular- de la salud pública (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.427). Sin embargo, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) desdice esta visión de la doctrina en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 15 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1609), donde indica que la finalidad sería, más bien, el impedimento de extender una práctica social peligrosa, como es el consumo de drogas, al suponer un deterioro para la comunidad. Dicha sentencia no ve plausible la posibilidad de hablar de salud pública como bien jurídico, pues no es un objeto real y peca de inconcreto.

Para poder determinar que se trata de una situación susceptible de ser subsumible en el artículo 368 CP, se observa que es necesario conjugar, por una parte, un conjunto de conductas que dan lugar al delito y, por otra parte, la presencia de sustancias o productos que causen grave daño a la salud. En lo referente a este conjunto de conductas, es necesario decir que hacen que dicho precepto suponga una tipificación extremadamente abierta, donde casi todo en relación a la droga es delito, ya que el precepto cita actos de cultivo, elaboración o tráfico; pero también añade actuaciones que *de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal*, lo que constituye una cláusula enormemente extensiva.

En cuanto a la sustancia o producto con graves efectos sobre la salud-que será el otro elemento necesario para el delito- esta (la sustancia) compondrá el objeto material. Este objeto material no es otro que la droga, en concreto el precepto habla de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; que además es necesario que causen graves daños a la salud para que se puedan encuadrar en el artículo 368 CP. Y, por tanto, es necesario observar ambos condicionantes (que sean drogas tóxicas y que además causen un grave daño a la salud) para poder hablar de conductas punibles por el artículo 368 CP.

Para encontrar el primer condicionante- que una sustancia sea considerada como droga- la mayoría de la doctrina, incluido el TS, recurre a definiciones de droga albergadas en

listas anexas a los Convenios Internacionales, como la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes y el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.428). En cuanto al segundo condicionante, el concepto de “alto nivel de daño a la salud”, es de corte jurisprudencial; siendo el TS el que, en reiteradas sentencias, como la STS de 8 de octubre de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:6330) o la STS de 21 de febrero de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1253) define a la cocaína como una sustancia que supone graves daños para la salud.

1.3.- Crimen organizado: tipificación y agravación sobre la conducta delictiva.

1.3.1.- Introducción.

Se hace necesario, y, de forma previa a la calificación penal que le correspondería a cada individuo, tratar la situación que les puede llegar a afectar a todos, dependiendo de la interpretación y del enfoque de la ley a la situación. Esta situación- que puede potencialmente afectar a los individuos del delito- no es otra que la supuesta actuación en conjunto, a modo de organización delictiva (concepto que se matizará y analizará a continuación).

Por otra parte, la interpretación o enfoque de la ley que eximiría de la presunta actuación en conjunto- al menos, a ciertas personas dentro del caso concreto- será expresada posteriormente con profundidad a través de una visión más bien metajurídica, en una suerte de “escenario b” de la situación.

1.3.2.- Debate jurídico en torno a los preceptos 570 bis y 570 ter.

Dentro del marco del tipo básico constituido en el artículo 368 CP donde encajarán las conductas atribuidas a los individuos intervinientes en el caso, se observa que ellos, considerados en su conjunto, pueden ser entendidos como una organización delictiva en el desarrollo de los crímenes, suponiendo esto una agravación a la pena para su comportamiento. Esta agravante por organización criminal se recoge en el artículo 369 bis CP, y supone aumentar la pena que contempla el tipo básico, que va de tres a seis años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, hasta la horquilla de nueve a doce años de prisión y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito que recoge el tipo agravado del 369 bis CP.

Es importante saber que se puede determinar con claridad y contundencia la posibilidad de que, actuando en conjunto, se tratase de una organización criminal, y no de un mero grupo criminal, debido a la explícita tipificación de ambos fenómenos en el CP. La diferencia de ambos, perfectamente definida en los artículos 570 bis CP y 570 ter CP respectivamente, estriba en que la organización criminal exige una serie de requisitos- siendo necesario que concurren todos cumulativamente- que están presentes en el caso concreto; mientras que la definición del grupo criminal es hecha por ausencia de los requisitos para la organización. Como es lógico, la concatenación de todos estos requisitos tiene que darse en conjunto con la finalidad de cometer actos ilícitos.

Los requisitos que permiten la apreciación de la existencia de la organización criminal en el presente caso son:

-Se exige la intervención de dos o más personas; en el caso planteado existen al menos cuatro. Resulta lógico que sea necesario la multiplicidad de individuos para poder hablar de organización criminal. Este es, por tanto, el presupuesto básico, y su significancia reside en captar el mayor desvalor de los delitos realizados por varias

personas, así como el plus de peligrosidad que estos suponen; sin tener especial importancia las personas como entes individualizados, sino que lo verdaderamente importante es la auto conservación de la organización y supervivencia del proyecto criminal (Laura Zúñiga Rodríguez, 2015, pp.103 y 104). En esta línea se pronuncia, así mismo, la STS de 16 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1941)

-El segundo requisito es la existencia de un carácter estable o por tiempo indefinido. Es una exigencia de más difícil demostración. Sin embargo, en vista de que se conoce el “*modus operandi*” de las operaciones, y partiendo de la premisa de que la persona que extraía y almacenaba la cocaína poseía al momento de la incautación más de 10 kilos de esta, mientras que el transporte de las “mulas” (persona que se encarga del transporte de la mercancía en el argot de las drogas) se hacía, al menos desde la experiencia del caso de María Luisa, a lo sumo, en cantidades de 500 gramos; a todas luces se puede afirmar que existe una red estable de tráfico, pues no existe otra forma sino de justificar los 10 kilos de cocaína encontrados en la clínica de la Doctora Elvira Gómez, ya que es una cantidad notoria de cocaína como para haberse realizado en una sola transacción. Además, el argumento más evidente es que la propia María Luisa confiesa la existencia de un “*modus operandi*”, del cual se deduce que la organización contaba con una hoja de ruta acerca de cómo actuar y qué pasos dar, es decir, que realizaba suficientes operaciones como para tener que preocuparse por protocolizar su método de actuación.

La mayoría de doctrina y jurisprudencia respalda la teoría de que este requisito no viene dado por una duración meramente temporal (entendiendo temporal como cuantificable en tiempo concreto), sino que se aprecia por la comisión de más de un delito o una pluralidad indeterminada de delitos (Laura Zúñiga Rodríguez, 2015, p. 114).

- El tercer y último requisito es que, dentro de la estructura de la organización criminal, los miembros tengan distribuidas las funciones y tareas. La toma de decisiones y asignación de tareas en las organizaciones puede ser un proceso que responde a un modelo jerárquico y piramidal, el cual es el más empleado, aunque también puede concebirse un modelo-red, con una toma de decisiones democráticas. En todo caso, ambos suponen una asignación de tareas (Laura Zúñiga Rodríguez, 2015, pp. 123 y 124).

Esta importancia en los roles y tareas en la estructura de la organización criminal se observa en la STS de 22 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:4490), donde se afirma que “*La organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y tareas a desarrollar*”. Este reparto de roles es más que notable en el caso concreto, pues todas las partes tenían su propia tarea perfectamente asignada: desde el transporte, por parte de María Luisa, pasando por la extracción de las prótesis mamarias mediante una operación quirúrgica y almacenaje de la mercancía (sin descartar la propia venta, a juzgar por las cantidades de dinero encontradas en la clínica, así como básculas de precisión) realizada por la Doctora Elvira Gómez y finalizando con la comercialización de la cocaína en la calle, ya sea a consumidores o a narcotraficantes de menor escala, que desempeñaban Alonso y Sebastián.

1.3.3.- Posibles problemas concursales entre los artículos 369 bis y 570 bis CP y agravación del delito.

El hecho de que se aprecie la existencia de una organización criminal en el desarrollo de los delitos sólo afectará a que se incardinan dichos delitos en el tipo agravado del artículo 369 bis CP, y no supondría la apreciación de ningún tipo de concurso de

normas con el artículo 570 bis CP; pues el precepto 369 CP, como ya se dijo, contempla una agravación en la pena por realizar los actos del artículo 368 CP actuando como una organización criminal, por lo que castigar además por la pertenencia a la misma supondría una vulneración del principio de *non bis in ídem*. Es decir, aquí se observan unos hechos que encajan en dos disposiciones penales, sin que sea necesario aplicar los dos preceptos para abarcar la totalidad de los sucesos antijurídicos por existir un solo precepto que abarca todo. Se tratará, por lo tanto, de un concurso de normas. Para resolver esta situación, derivada de la coincidencia conceptual establecida por la Ley Orgánica 5/2010 entre ambos preceptos (el 369 bis y 570 bis CP), la Circular N° 3/2011, sobre la Reforma del Código Penal, efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico de drogas y de precursores, propone aplicar el principio de legalidad, es decir, de alternatividad o de mayor gravedad. De esta forma, el principio de alternatividad recogido en el artículo 8.3° CP lleva a la aplicación del artículo 369 bis CP por contener en sí mismo el castigo a ambas conductas de forma conducta: el tráfico de drogas y la pertenencia a organización criminal.

En cuanto al principio de mayor gravedad, se manifiesta el legislador en el artículo 570.2 quáter CP cuando introduce la cláusula de remisión al artículo 8.4° CP, afirmando que en caso de que las conductas del 570 bis CP estuviesen a su vez subsumidas en otro precepto del Código (como sucede en este caso con el delito de tráfico), se aplicará la de mayor pena; y esto también lleva al artículo 369 bis CP.

En extrapolación de lo dicho anteriormente al caso concreto, a los sujetos del caso les será de aplicación el artículo 369 bis CP, con una pena de 9 a 12 años; dado que la prevista en el artículo 570 bis sería de 4 a 8 años, por lo tanto, sustancialmente inferior.

1.4.- Calificación penal individualizada:

1.4.1.- Introducción.

A continuación, se procederá a la individualización de la acción que cada sujeto realiza, para poder así señalar la calificación penal que a cada uno le corresponde, sin olvidar que, en este primer escenario jurídico se dará una visión penal de la situación donde se les tratará a todos en conjunto como una organización criminal, con todo lo que ello conlleva.

1.4.2.- Calificación jurídica de los hechos imputados a María Luisa.

1.4.2.1. Calificación penal

Según el supuesto de hecho, María Luisa fue interceptada por la UDYCO en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas en posesión de dos bolsas con un total de 500 gramos cocaína en sus prótesis mamarias, de las que, debido a su pureza, tan sólo 162,5 gramos eran cocaína base.

La primera cuestión a despejar consiste en concretar qué acción, dentro de todas las que penaliza el artículo 368 CP en relación a las drogas tóxicas, es la que realiza María Luisa en concreto. Dicha acción se incardina en la cláusula extensiva que castiga *actos que promuevan o faciliten el consumo*, dado que el mero transporte no supone una comercialización en sí misma (pues precisaría la presencia de un intercambio de la sustancia por dinero), ni tampoco, lógicamente, elaboración o cultivo. Por su lejanía con

el bien jurídico protegido, esta acción de transporte podría parecer más bien un acto de participación que de autoría (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.430); pero la teoría restrictiva de autor en el CP en relación a las drogas tóxicas hace considerar autor a toda persona que realice una acción del 368 CP (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 29), y el acto de transporte lo es, al ser un acto de promoción al consumo.

La jurisprudencia avala este criterio en la STS de 11 de febrero de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:863), en la que se ratifica la condena a dos individuos por transportar cocaína en cavidades corporales, incardinando su conducta en el artículo 368 CP, conformando esto, por tanto, un acto típico de tráfico.

Una vez definida la acción concreta del tipo básico, hay que descartar, para evitar caer en la duda, que se trate de un acto en grado de tentativa; pues en desconocimiento de la materia se podría llegar a pensar, ya que no llega a hacer efectivo ningún acto con dicha sustancia. Sin embargo, frente a esto es necesario decir que, en delitos relativos a drogas tóxicas no es posible actuar en grado de tentativa, pues al ser el bien jurídico protegido tan abstracto, se considera que este ha sido dañado desde el momento en que las sustancias nocivas entran en el circuito de distribución, más allá de que se produzca la entrega o no a los consumidores u otros elementos de la cadena del tráfico (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 26).

Pues bien, dicho acto de transporte se concreta, como ya se dijo en 162,5 gramos de cocaína base, y será por esta cantidad por la que se le juzgará, a pesar de que la suma de ambas bolsitas contenía 500 gramos. Esto es debido a que la pureza de la sustancia hace que solo sea cocaína 162,5 gramos del total que transportaba. Esto se sustenta en que, en los delitos de tráfico, el objeto material son las sustancias estupefacientes, y no el resto de las sustancias empleadas para cortar la droga, pero que como tal no son parte del principio activo de la misma. Ahora bien, lo cierto es que en torno al porcentaje de pureza de las drogas no hay una línea jurisprudencial clara, pues la importancia que se le da en algunos casos es notable, mientras que en otros prescinden de tal porcentaje (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 20).

Se puede determinar, además, fácilmente, que dichos 162,5 gramos de cocaína que portaba María Luisa estaban preordenados al tráfico, pues se consideran tráfico las cantidades que superan en cinco la dosis diaria de una cierta sustancia, así lo avala el criterio jurisprudencial contenido en la STS de 7 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:768) que refleja que puede entenderse como consumo la provisión de dosis diarias de entre tres y cinco días, de los cual se extrae que las cantidades que superen en cinco la dosis diaria se entenderán, en todo caso, preordenadas al tráfico. Es el Instituto Nacional de Toxicología el que informa, el 18 de octubre de 2001, de lo que configura la dosis diaria de cocaína, cifrándola en 1,5 gramos; de lo cual se extrapola que toda cantidad que vaya más allá de 7,5 gramos de cocaína está preordenada al tráfico (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.437). La pena por este delito de tráfico está tasada en el 368 CP en 3 a 6 años de prisión y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

Sin embargo, no llega con detenerse en este punto, y calcular una pena para María Luisa con base en el tráfico de 162,5 gramos de cocaína; ya que, como ya se dijo, sus conductas ilícitas deben ser condenadas con base en el artículo 369 bis CP, por actuación en organización criminal. Esto provoca, a su vez, que se vea implicada en un delito del tipo agravado del artículo 369.1 5ª CP, que contiene la agravante por notoria

importancia, ya que al aplicar el precepto que vincula a María Luisa en una organización criminal, pasa a ser responsable de los 10.657 kilos de cocaína que se le incautan a la organización en la clínica, aunque a efectos de pena no tiene ninguna relevancia, pues finalmente la aplicación del artículo 369 bis CP absorberá el resto de agravantes. Hay que señalar que, en aplicación de esta agravante, no se divide la cantidad total entre todas las personas intervinientes, sino que se responsabiliza a cada una por el total, como indica la STS de 30 de enero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:524).

El concepto de notoria importancia viene dado por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2º del TS, de 19 de noviembre de 2001¹, que considera notoria importancia aquella cantidad que supera en quinientas la dosis diaria (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 22), es decir, que supere los 750 gramos para el caso de la cocaína, cantidad que, en este caso, es superada con creces, pues se trata de 10.657 kilos. El CP aún va más allá en su artículo 370.3 con un precepto hiperagravado para conductas de extrema gravedad, siendo este un concepto jurídico indeterminado, al calificar conducta de extrema gravedad el exceder notablemente la cantidad de notoria importancia (que cómo ya se dijo es de 750 gramos). El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2º del TS, en fecha de 25 de noviembre de 2008, vino a concretar más este concepto, afirmando que será considerado un exceso notable de la cantidad de notoria importancia cuando se supere esta cantidad multiplicada por mil (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.441), es decir, lo que serían 750 kilos para el caso de la cocaína; por eso dicho precepto no resultaría aplicable a este caso.

En vista de lo dicho anteriormente, se aplicará el artículo 369 bis CP, que castiga la realización de los hechos del tipo básico del artículo 368 CP en el marco de una organización criminal. Esto supone una pena de 9 a 12 años de prisión y una multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga, al tratarse de cocaína, que como ya se explicó, es una de las drogas que suponen grave daño a la salud.

Considerando la tipificación penal señalada se declara que, María Luisa deberá ser condenada a una pena de 9 a 12 años de prisión y una multa cuya cuantía se computará tras realizar la calificación penal de todos los integrantes de la organización criminal, pues es necesario conocer el volumen total de droga incautada, que hará responsables a todos los integrantes por la totalidad de lo incautado. De todas formas, hay que señalar que según el artículo 369 bis CP, la multa será del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

Como se observa, se castiga la totalidad de ilícitos únicamente por el artículo 369 bis CP, pues en virtud del artículo 8. 3º CP, que resuelve los concursos de leyes mediante el principio de consunción (Enrique Orts Berenguer y José L. González Cussac, 2010, p.111), se castiga por el tipo penal más amplio, que absorbe a la otra infracción. Es decir, en este caso se castiga con el artículo 369 bis CP al referirse la conducta al tráfico de drogas y participación en organización criminal de forma conjunta.

A modo de digresión, es necesario citar el criterio jurisprudencial que hace que esta situación sea un concurso de normas y no de delitos, pues la STS de 26 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2050) se expresa acerca de los concursos de delitos- y no de normas- cuando para abarcar la total antijuricidad del delito es necesario recurrir a aplicar diferentes preceptos penales; cosa que en el vigente caso no sucede, pues toda la antijuricidad del delito queda cubierta por el tipo agravado del artículo 369 bis CP. En

¹ Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2º del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2001 [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20011019%20Acuerdo%20Pleno%20Sala%20%20TS%20\(8\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20011019%20Acuerdo%20Pleno%20Sala%20%20TS%20(8).pdf)

el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de abril (ECLI:ES:TS: 2006:2587), definiendo el concurso de normas cuando la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, efecto que, como ya se mencionó, se obtiene con la aplicación del artículo 369 bis CP.

1.4.2.2.- Confesión y colaboración.

Los hechos que son relevantes para observar su posible atenuación, de forma resumida, son: María Luisa acaba por confesar que los cuerpos extraños observados en su interior por un examen radiológico son realmente cocaína, y cabe recalcar que dicha información es aportada por María Luisa previamente a que se supiese el efectivo contenido de dichos cuerpos extraños. Una vez detenida, María Luisa confiesa y explica a los agentes cual sería el siguiente trámite a realizar en caso de aun portar la droga en su cuerpo. Con esta información los agentes de la UDYCO pueden conocer el “modus operandi” de la organización y detener a los integrantes.

Para finalizar con la calificación jurídica que le correspondería a María Luisa habría que analizar su comportamiento postdelictivo, pues este podría suponer algún tipo de atenuación sobre la pena.

Hay que señalar que el artículo 376 CP, en su párrafo primero, recoge una atenuante con una rebaja de la pena en uno o dos grados- para una situación de colaboración con las autoridades, junto con el abandono de las actividades delictivas, por parte de las personas involucradas en las actividades delictivas previstas en los artículos 368 a 372 CP, como es el caso. Dicha atenuante configura una variante específica de la más genérica contemplada en el artículo 21. 4ª CP (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.445), que habla meramente de la confesión a las autoridades. Eso sí, dicha confesión debe efectuarse antes de saber que se dirige contra la persona que pretende beneficiarse de la atenuante un procedimiento judicial por dicho delito.

Debido a su carácter específico para delitos en materia de drogas, ha de observarse si concurren los requisitos necesarios para apreciar la atenuante del artículo 376 CP, pues no es posible apreciar ambas de forma simultánea, dado que son incompatibles. Tal y como manifiesta la STS del 10 de febrero de 2009 (ECLI:ES:TS: 2009:967), la aplicación de ambos preceptos simultáneamente no es apreciable, ya que constituiría un *bis in ídem*, y afirma que es de preferente aplicación la atenuante recogida en el artículo 376 CP, por tener un ámbito de aplicación más amplio que la atenuante del artículo 21. 4ª CP. Además, en concordancia con el artículo 8. 1ª CP, debe aplicarse siempre la norma específica sobre la general. Es decir, que de darse los requisitos para aplicar la atenuante por colaboración recogida en el artículo 376 CP, ya no se contemplará la atenuante de confesión del artículo 21.4ª CP.

En el análisis del citado artículo 376 CP, se advierte que dicha rebaja será facultativa, pues el precepto dispone que “*se podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados*”. Además, para su apreciación es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

-Que el sujeto haya abandonado sus actividades delictivas: para la plena observación de dicho requisito se deben apreciar los dos elementos que lo componen, es decir, que se observe el abandono; y, además, que este sea voluntario.

Por abandono debe considerarse el cese absoluto de la actividad delictiva, no siendo válido el mero distanciamiento (María Luisa Cuerda Arnau, Elena Gorriz Royo y Tomás Salvador Vives Antón, 2014, pp.140 y 141). Para el encuadramiento concreto de este hecho en el caso práctico debe realizarse un ejercicio de inventiva basado en la

lógica, pues no se determina explícitamente que María Luisa abandone la organización como tal, aunque tampoco se indica lo contrario. Lo más lógico es que, con esa confesión, donde no sólo señaló que lo que verdaderamente portaba era cocaína, sino todo el *modus operandi* de la organización, se intuya sobradamente que toma una posición de abandono y cese de la actividad, ya que resulta fácil de comprender que tras semejantes revelaciones sobre la organización se le tornará imposible mantenerse en ella, es más, con dichas confesiones puede llegar a poner en riesgo su vida en caso de tener contacto con la organización.

En cuanto a la voluntariedad, existen diversas líneas de interpretación. Se puede entender como espontáneo. Otra opción es que derive de la propia voluntad- en una interpretación mucho más literal del término- o bien se entiende por exclusión, como decisión tomada con la ausencia de una fuerza por parte de un tercero o que sea inducido. La jurisprudencia acabó por configurar un concepto de la voluntariedad de forma análoga a la figura del desistimiento en la tentativa, con una importante diferencia: que en este caso el delito ya está consumado, distanciándose así de la tentativa, donde el delito no se llega a consumir; pero compartiendo el trasfondo que lleva al sujeto a actuar de esa forma, que es su propia voluntad (María Luisa Cuerda Arnau, Elena Gorriz Royo y Tomás Salvador Vives Antón, 2014, pp.142 y 143). En este sentido se pronuncia también la STS de 21 de enero de 2000 (ECLI:ES:TS: 2000:271), donde se contiene esta suerte de acercamiento de voluntariedad al desistimiento.

-El segundo requisito para completar la atenuante del artículo 376 CP es *colaborar activamente con las autoridades*. Sin embargo, no basta con la mera colaboración, sino que a raíz de esta debe producirse, de forma alternativa, una de las siguientes conductas: impedir la producción del delito- sin exigir el éxito-, obtener pruebas decisivas o captura de responsables- en este caso sí se exigen resultados positivos- o bien, impedir la actuación o desarrollo de la organización a la que haya pertenecido (María Luisa Cuerda Arnau, Elena Gorriz Royo y Tomás Salvador Vives Antón, 2014, p. 145).

Para el caso concreto, se puede determinar que la colaboración de María Luisa ha sido fructífera en los términos mencionados anteriormente, pues, con su confesión y colaboración se detuvo al resto de intervinientes de la organización, impidiendo además su desarrollo y actuación.

Para que sea aplicable la atenuante del artículo 376 CP debe entenderse que dicha colaboración ha de ser eficaz, no siendo válida la información ambigua o vaga (María Luisa Cuerda Arnau, Elena Gorriz Royo y Tomás Salvador Vives Antón, 2014, p. 147). Así se manifiesta la jurisprudencia en la STS de 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS: 2009:6233), donde el más Alto Tribunal descarta la aplicación de la atenuación del artículo 376 CP por considerar que las informaciones aportadas a la Policía eran ambiguas e imprecisas. Analizados ambos requisitos, es importante destacar que han de darse conjuntamente para apreciar la eximente. Así lo exige la doctrina (María Luisa Cuerda Arnau, Elena Gorriz Royo y Tomás Salvador Vives Antón, 2014, p. 145) y la jurisprudencia en la STS de 4 de noviembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:7291, manifestando que la norma está redactada de forma copulativa y no disyuntiva, al emplear la conjunción “y” para referirse al abandono voluntario de las actividades delictivas y la colaboración activa con las autoridades.

En vista de lo expuesto, y tras considerar que, mediante su actuación, María Luisa cumple con los requisitos exigidos en el artículo 376 CP desarrollados anteriormente, será merecedora de la atenuación de dicho precepto, consistente en la rebaja facultativa

de la pena en uno o dos grados. Por lo tanto, le correspondería una pena de 4 años y 6 meses a 9 años, en caso de bajar la pena en un grado o de 2 años y 3 meses a 4 años y 6 meses, en caso de bajar la pena en dos grados. Y, en cuanto a la multa, se vería también rebajada en uno o dos grados si bien, la cuantía de esta rebaja se expresará posteriormente, cuando se determine el volumen total de droga incautada a la organización.

Por tanto, es finalmente la colaboración la que le otorga el beneficio de la atenuación, encuadrada en el tantas veces citado, artículo 376 CP, y no la mera confesión, que se sitúa en el artículo 21. 4ª CP como una atenuante genérica.

1.4.3.- Calificación jurídica de los hechos imputados a la Doctora Elvira Gómez.

Según el supuesto de hecho, la Doctora Elvira Gómez, cirujana plástica de profesión, fue detenida en su clínica, dónde se incautaron 10.657 Kilos de cocaína, así como 6.000 euros en metálico y varias básculas de precisión.

La primera cuestión es calificar la acción típica que realiza Elvira Gómez dentro del artículo 368 CP, pues a simple vista puede existir la duda de si, con su actuación, realiza una actividad de tráfico o de posesión destinada a tráfico- aunque a efectos prácticos sería irrelevante, pues ambas se incardinan como actividades conformadores de autoría del tipo básico-. Es necesario recordar que, como ya se señaló para el caso de María Luisa, de ninguna forma se trataría de posesión para consumo, atendiendo a la cantidad de la que se trata.

Pues bien, según la doctrina la actividad de traficar consiste en comerciar o intercambiar con otros, sin necesidad de una cierta habitualidad o profesionalidad en la actividad, bastando cualquier acto de transmisión de las sustancias prohibidas. La posesión destinada al tráfico estaría constituida por los actos que suponen la antesala del propio tráfico (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, pp.430 y 431).

Es el criterio jurisprudencial el que hace decantarse por el tráfico, y no por la posesión destinada al tráfico; y la razón es simple, pues la presencia de ciertos efectos en el momento de la incautación de la droga, como básculas de precisión o dinero en efectivo, hace indicar que Elvira Gómez estaba ejecutando una actividad de tráfico. Esto es avalado por la STS de 2 de noviembre de 2008 (ECLI: ES:TS: 2008:5967), donde la presencia de una balanza de precisión junto con la cocaína incautada hace determinar al Tribunal una actividad de tráfico, considerando la presencia de esta balanza como uno de los *“elementos de evidente potencial indicativo, y altamente significativos en el contexto”* que conduce a *“relacionar a la inculpada con el tráfico ilegal”* y que justifica su acusación por tráfico.

A este tipo básico del artículo 368 CP por tráfico de drogas, penado con prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al triple del valor de la droga, habría que aplicarle la agravante del artículo 369.1. 3ª CP, que castiga, subiendo en un grado la pena de prisión con respecto al precepto anterior, el que los hechos sean realizados en establecimientos abiertos al público por responsables de estos. El motivo que justifica la agravación de esta conducta es el mayor peligro que supone emplear un establecimiento con apariencia de actividad mercantil, pues supone una ejecución más fácil de los hechos (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p. 436). Así lo manifiesta también la jurisprudencia en la STS de 24 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS: 2010:3685), donde afirma que existe un mayor reproche en la culpabilidad por las mayores oportunidades que aportan al ilícito el actuar en establecimiento abierto al público. Existen algunas

líneas jurisprudenciales en torno a este precepto que matizan la agravación que este conlleva, como la STS de 17 de julio del año 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5958), que afirma que no deberá aplicarse la agravante cuando solo conste un acto de tráfico aislado y de poca entidad, este no es el caso en el presente supuesto, en vista de la cantidad de la droga.

Para la plena observación de la agravante en cuestión, exige la ley que exista la *posibilidad indiscriminada de acceso y entrada*, la cual se presume en la clínica de la Doctora Elvira Gómez, pues no se trataba de ninguna clínica clandestina, oculta o constituida al margen de la ley, sino que incluso estaba colegiada en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid.

La jurisprudencia sostiene, además, a través de ciertas sentencias, como la STS de 20 de julio de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4619) o la STS de 11 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7246), que no basta con el hecho de que la droga se encuentre depositada en el establecimiento, sino que debe de haber venta en el local. Este hecho quedaría acreditado por la presencia de efectos como la báscula de precisión y el dinero en efectivo, así como por la visita de Sebastián a la clínica por un lapso corto de tiempo- para posteriormente dirigirse al Parque del Oeste junto a Alonso para la venta de bolsitas que contenían una sustancia blanca, de lo cual se presume que habrían acudido a la clínica para obtener la mercancía.

Del mismo modo que para María Luisa, existiría también la agravante del artículo 369.1. 5ª CP de notoria importancia de la cantidad, e igualmente hay que remitirse a la explicación dada al caso citado, donde el artículo 369 bis CP absorbe el resto de los delitos.

Por lo tanto, como ya se explicó en el caso de María Luisa, la pena que se contempla para la Doctora Elvira Gómez se regirá por el artículo 369 bis CP, que castiga los actos del tipo básico cuando al realizarlos se pertenezca a una organización criminal, cuya pena de prisión oscila entre los 9 y los 12 años y una multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga, por tratarse de una droga que causa grave daño a la salud. Como ya se anunció anteriormente, deberá determinarse la cuantía exacta de la multa tras conocer la cantidad total de droga incautada.

De nuevo, es la teoría de la absorción del artículo 8. 3º CP, la que lleva a subsumir la actividad delictiva en el artículo 369 bis CP, pues castiga de forma conjunta tráfico y pertenencia a organización criminal. Sin embargo, no impide esto contemplar el artículo 372 CP para el caso de la Doctora Elvira Gómez; pues este artículo indica que, en caso de que las penas del capítulo de delitos contra la salud pública fuesen aplicadas a facultativos, se le impondrá además una pena de inhabilitación especial para empleo de 3 a 10 años. A efectos del CP, se entiende por facultativos- según el propio artículo 372- los médicos y personas en posesión de un título sanitario, como es el caso de la Doctora Elvira Gómez.

1.4.4.- Calificación jurídica de los hechos imputados a Alonso.

1.4.4.1. Calificación jurídico-penal de los hechos.

Según el supuesto de hecho, Alonso fue visto en las inmediaciones del Parque del Oeste realizando varios intercambios de bolsitas que contenían una sustancia de color blanco, por cantidades de dinero. Así mismo, en la detención que le realizan en su

domicilio, los agentes se encuentran con: dos envoltorios de cocaína con un peso de 1,385 gramos (con una riqueza del 74,52%) y 0,569 gramos (con una riqueza del 89,93%), una agenda de notas, recortes de plástico, una báscula de precisión, un total de 25 gramos de marihuana y, en su mesilla de noche, restos de cocaína con un peso de 0,033 gramos (con una riqueza del 86,19%).

Se debe comenzar señalando qué sustancias y en qué cantidades de las que le fueron incautadas suponen delito por parte de Alonso, para posteriormente determinar qué delito ha realizado en relación a esas sustancias. Esto es necesario debido a que, en el ordenamiento jurídico no es sancionable penalmente la tenencia de droga para el autoconsumo (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 35). Y, precisamente a raíz de este punto, nace una cuestión de difícil aclaración: saber cuándo la droga está preordenada al tráfico o cuándo al autoconsumo.

Para dilucidar la finalidad de la droga, el TS maneja una serie de elementos de naturaleza objetiva, de tal forma que, en caso de concurrencia de varios de ellos, se puede deducir que la droga estaría preordenada al tráfico (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.433). Uno de los requisitos más concluyentes y a tener en cuenta, es la cantidad de la droga. Como ya se señaló, existe un criterio jurisprudencial (establecido en la anteriormente citada STS de 7 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:768)) que determina que toda cantidad que supere en cinco la dosis diaria de consumo se entenderá preordenada al tráfico, siendo la dosis diaria fijada para la cocaína de 1,5 gramos según el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Por lo tanto, la cantidad de cocaína que se entenderá preordenada al tráfico será de 7,5 gramos.

Otros elementos que destaca la jurisprudencia para averiguar si la finalidad de la droga es el tráfico son: la presencia de elementos accesorios como básculas, existencia de agendas o libretas con anotaciones de clientes, así como la tenencia de pajitas o papelinas que por su número revelen una transmisión a terceros (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.433).

Existe, además, otra problemática en relación a la determinación de la cantidad de droga, pues la pureza o riqueza de esta es un punto a tener en cuenta, donde los Tribunales no han alcanzado una línea jurisprudencial clara. Parece razonable entender que, para hablar de tráfico, la conducta desempeñada debe de tener por objeto la venta de las dosis mínimas psicoactivas, para evitar así presunciones contra el reo. Y ello porque el objeto material de las drogas son las sustancias estupefacientes, y no las sustancias que se emplean para adulterar o cortar las mismas, aunque lo cierto es que en la jurisprudencia se observan posiciones donde se da una gran importancia a la pureza y otras donde prevalece el peso de la sustancia (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 20).

Extrapolando lo anteriormente dicho al caso de Alonso, se puede observar que le han sido incautados en un mismo lugar un envoltorio de 1,385 gramos de cocaína con una riqueza del 74,52% y otro con 0,569 gramos y riqueza del 89,93%, así como tres botes con un total de 25 gramos de marihuana. Estas cantidades, a pesar de no superar en cinco la dosis diaria que se estipula, se entenderían preordenadas al tráfico por las evidencias derivadas de elementos como una agenda de notas -que haría las veces de contabilidad de las ventas- , así como una báscula de precisión -que se emplea para pesar las cantidades de droga a vender, o “posturas”, como se conocen en el argot de la droga-, y recortes de plástico para, presumiblemente, envolver las citadas “posturas”. Es

criterio jurisprudencial que la presencia de estos elementos evidencia preordenación al tráfico, como manifiesta la STS de 2 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1144), al referirse a la presencia de una báscula de precisión junto a la droga incautada como un indicio suficiente para considerar que la finalidad de la sustancia era ser distribuida a terceros.

Además, su alta pureza demuestra también su preordenación al tráfico, pues como manifiesta la jurisprudencia en la STS de 28 de septiembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:4739) o la STS de 15 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6421), un alto grado de pureza es indicio de preordenación al tráfico, ya que la droga no puede ser consumida con un nivel de concentración tan alto. Pues bien, atendiendo a la jurisprudencia del TS, las dosis incautadas a Alonso deben de ser consideradas de alta pureza. En este sentido, la STS de 28 de septiembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:4739) consideró como alta pureza el porcentaje de 77,4%, riqueza similar a las del caso de Alonso (una de ellas incluso muy superior con un 89,93% de pureza). Se añade a esta teoría de la imposibilidad de consumo por un alto nivel de concentración, otra idea que aporta la doctrina acerca de la pureza y que afirma que, partiendo de que la droga se va adulterando a medida que se avanza en la cadena de intermediarios, cuanto más baja sea la pureza de la droga más cerca se está del consumidor final, mientras que cuanto más alta sea la pureza de la droga, más posible es que esté en presencia de un traficante (José Antonio Martínez Rodríguez, 2012, p. 22).

En cuanto a los restos de cocaína que se le encuentran en su mesilla, con un peso total de 0,033 gramos, cabe decir que no han de entenderse preordenados al tráfico, sino al autoconsumo. Este razonamiento parte de que, por un lado, esta cantidad de cocaína fue hallada en la mesilla del detenido, es decir, en un lugar que podría entenderse como parte de su espacio personal, y no con el resto de las sustancias. Es decir, se podría entender que los elementos que permiten inferir preordenación al tráfico (como lo son la agenda de notas o la báscula) no “contaminan” o no se vinculan a esta cantidad de 0,033 gramos por no encontrarse en un mismo espacio físico. La lógica hace considerar que, de formar parte de la droga que tiene una finalidad de tráfico, se encontraría junto con el resto de la sustancia en la misma dependencia del domicilio y no en el espacio personal del detenido. Esto, unido al hecho de que el propio Alonso es consumidor habitual de dicha sustancia (según informaron sus vecinos), otorga mayor fuerza a la tesis que desvincula estos 0,033 gramos de cocaína del tráfico de droga, y los presenta como autoconsumo.

Además, no es sólo el hecho de que la cantidad de 0,033 gramos de cocaína no alcance el nivel de consumo diario de 1,5 gramos, es que ni siquiera llega a alcanzar la cantidad mínima de dosis psicoactiva fijada por el Instituto Nacional de Toxicología en su informe del 22 de diciembre de 2003 (informe que se realizó a petición del Pleno no jurisdiccional del TS, de 24 de enero de 2003, con la intención de unificar el criterio en dicha materia). Para el caso de la cocaína, se estima que la dosis mínima psicoactiva es de 0,05 gramos de cocaína y, por tanto, debido a la insignificancia de la cantidad de 0,033 gramos, la conducta es atípica, por ser incapaz de producir efecto nocivo a la salud. Y así se manifiesta la STS, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2000:9063).

Por tanto, Alonso comete un delito del artículo 368 CP, consistente en la posesión de droga destinada al tráfico, actividad que constituye la antesala del tráfico de drogas (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.431). No se podría afirmar, sin afectar a la presunción de inocencia de Alonso, que comete un delito del artículo 368 CP, siendo el supuesto punible el de tráfico, pues cuando los agentes lo vieron

realizando intercambios de bolsitas con un contenido blanco por dinero en el Parque del Oeste, Alonso no fue detenido y no se pudo comprobar el contenido real de dichas bolsitas. Por lo que hablar de tráfico sería una presunción contra reo; si bien es cierto que dicha presunción podría ser acreditada con una mayor indagación. Ahora bien, en vista de que el hecho de posesión destinada a tráfico lo comete de forma irrefutable, basta para incriminarlo.

Por tanto, nada cambia respecto a su situación penal, pues es indiscutible la posesión destinada al tráfico tras el registro en su domicilio y ambas actividades -tráfico y posesión para el tráfico- son castigadas por el mismo precepto, el citado 368 CP.

De esta forma, tal y como se viene desarrollando anteriormente para el resto de encausados, Alonso comete un delito del artículo 369 bis CP por realizar actos descritos en el tipo básico (artículo 368 CP) en el seno de una organización criminal, lo que conlleva una pena de prisión de 9 a 12 años, y una multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

1.4.4.2.- Agravantes y atenuantes.

Hay dos hechos que concurren en el caso concreto de Alonso, que merecen ser analizados, pues podrían suponerle una agravación de la pena (en el caso de la reincidencia) y una atenuación (o una eximente) por el hecho de ser consumidor de cocaína.

En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de agravar su conducta, el artículo 22.8ª CP considera una circunstancia agravante el ser reincidente; entendiéndose por tal que, al momento de delinquir, el sujeto ya fuese condenado ejecutoriamente por un delito que estuviese comprendido en el mismo título del CP. Con esto, lo que pretende el legislador es limitar el concepto de reincidencia a aquellas personas que cuando cometen un delito ya tuviesen una condena firme por otro delito contra el mismo bien jurídico.

En el caso de Alonso, había sido condenado ejecutoriamente mediante sentencia firme del 13 de enero de 2016 por un delito contra la salud pública; por lo cual, este delito que se analiza de tráfico de drogas en el marco del artículo 369 bis CP, que comete en marzo de 2019, supone su condición de reincidente.

En segundo lugar, se analizará si su presunta condición de consumidor habitual- pues según afirmaron sus vecinos a los agentes, Alonso “siempre iba puesto”- puede suponer la atenuación de la pena o, incluso, la eximente.

Como premisa fundamental, se ha de entender que no por el mero hecho de ser consumidor de drogas de abuso ya existe una rebaja en la pena, y así lo indica la STS del 2 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1144), sino que es mucho más complejo.

La eximente de la pena la recoge el artículo 20. 2º CP. Esta exige que el autor del delito actúe, bien en un estado de intoxicación plena, en este caso sería de drogas tóxicas, sin que sea provocado con el ánimo de buscar la propia eximente; o bien, en un estado de abstinencia que no le permita comprender la ilicitud del hecho. Cuando los efectos de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no sean totales, se aplicaría la eximente incompleta del artículo 21.1ª CP. Así lo manifiesta la STS de 18 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:1098).

Por los datos aportados en el caso práctico no se puede inferir que Alonso sufriese estado de abstinencia, pues esto, en primer lugar, debe ser probado por un informe médico. Además, debe entenderse realmente difícil una situación de síndrome de abstinencia voluntaria. Estos cuadros de abstinencia son habituales en adictos que no pueden consumir por no tener disponibilidad de la droga de la que dependen. Pero, en el caso de Alonso, como se observó en su domicilio, sí disponía de droga.

Además, este debate en torno a si se podría apreciar estado de abstinencia o una intoxicación plena, resulta inerte; pues la ley exige que se den en el momento de cometer el delito. Para el caso de un delito por posesión destinada al tráfico, el hecho de poseer se extiende en el tiempo, es decir, la posesión existió todo el tiempo que la droga estuvo en su domicilio. Por ejemplo, un delito de lesiones contra una persona se puede realizar presentando una intoxicación plena, pues es un momento puntual donde coincide que se produce la agresión y se encuentra en plena intoxicación. Pero, para el caso de la posesión destinada al tráfico, no es posible que la totalidad del tiempo que se encuentra en posesión de las drogas el sujeto esté en un estado de plena intoxicación, y sin capacidad de comprender la ilicitud del hecho.

Más plausible es la opción de observar una atenuante del artículo 21. 2ª CP por una grave adicción a las sustancias mencionadas en el artículo 20. 2ª CP. La razón de descartar una eximente incompleta del artículo 21. 1ª CP es obvia, pues si no se observaban la intoxicación plena o síndrome de abstinencia en el desarrollo del delito para la eximente plena, tampoco para la eximente incompleta.

La atenuante del artículo 21. 2ª CP exige que el culpable actúe por una grave adicción a las sustancias del número 2º del artículo 20 CP. Lo primero que se debe observar para la aplicación de esta atenuante es que se presente una grave adicción. Sobre la apreciación de dicha situación se ha manifestado el TS a través de sentencias como la STS de 27 de febrero de 2009 (ECLI:ES:TS: 2009:130), indicando que debe probarse una grave, intensa y antigua adicción a sustancias y se pueda deducir que de tal adicción se produzca un severo deterioro psíquico.

No basta con esto, pues se exige además que el culpable actuase precisamente por esa adicción, siendo el delito consecuencia de la acción (Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blázquez, 2017, p. 464). Además, la jurisprudencia apuntala este concepto y lo delimita más aún en la ya citada STS del 2 de abril de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1144), afirmando que el beneficio de la presente atenuación sólo tiene aplicación si existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto. De aquí se puede extraer que el legislador, con esta atenuante, está pensando en casos donde el adicto comete delitos-generalmente contra el patrimonio, como robos o hurtos- con la finalidad de financiarse de ese modo el consumo. Se torna difícil concebir que alguien cometa tráfico o posesión preordenada al tráfico, como es el caso, como consecuencia de la ausencia de drogas, pues es un absurdo, ya que esta ausencia no existe.

Por tanto, se descarta la posibilidad de apreciar una eximente o atenuación en la pena; aunque sí existe, como ya se vio, una agravante por reincidencia. Y de esta forma se debe reconfigurar el cálculo de pena de Alonso, pues pasa de los 9 a 12 años de prisión estipulados en el artículo 369 bis CP a una pena de los 10 años y 6 meses a 12 años de prisión, dado que, en virtud del artículo 66.1 3º CP, se aplicará la mitad superior de la pena en el caso de que concurra una agravante y ninguna atenuante. También deberá de aplicarse la mitad superior a la pena de multa cuando posteriormente sea calculada.

1.4.5.- Calificación jurídica de los hechos imputados a Sebastián.

Según el supuesto de hecho, Sebastián fue visto entrando en la clínica de la Doctora Elvira Gómez (en la que posteriormente serían incautados 10.657Kilos de cocaína) y saliendo aproximadamente diez minutos después. Tras salir de la clínica se sube en un Opel Astra y, junto con Alonso, se dirigen a las inmediaciones del Parque del Oeste, donde es visto bajando varias veces del vehículo para intercambiar bolsitas con una sustancia de color blanco por determinadas cantidades de dinero. Sebastián huyó a Brasil tres días antes de la intervención de los agentes con un pasaporte falso.

A raíz de observar los actos cometidos por Sebastián, se puede determinar que debe ser condenado por un delito de tráfico de drogas agravado por pertenencia a organización criminal del artículo 369 bis CP, con pena de 9 a 12 años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga. La actividad que comete Sebastián es, presumiblemente, tráfico de drogas mediante los intercambios de bolsitas con una sustancia blanca por dinero que realiza en las inmediaciones del Parque del Oeste.

Podría surgir la duda de si, mediante esta acusación, se está faltando al derecho a la presunción inocencia de Sebastián, pues no se pudo verificar en ese momento si la sustancia que contenían las bolsitas era efectivamente cocaína. En este sentido, es importante resaltar la STS, de 12 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS: 2019:410), en relación con la presunción de inocencia en el tráfico de drogas. Dicha sentencia indica que debe evaluarse si la prueba practicada (en este caso, el registro en el domicilio de Alonso) puede inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del Sebastián, sin que puede calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el vínculo que conduce de la prueba al hecho probado.

En efecto, no resulta ni ilógico ni irrazonable que la entrada de Sebastián en una clínica donde se almacenaban 10.657 kilos de cocaína y la posterior venta de bolsitas con una sustancia blanca se vinculen con el tráfico de cocaína. Del mismo modo que no resulta ilógico vincular el hecho de que en la actuación de venta de dichas sustancias vaya acompañado de Alonso, el que días después fue intervenido en su domicilio, donde se encontró cocaína y elementos como básculas de precisión. Continúa la sentencia manifestando que, la jurisprudencia entiende que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando, del material probatorio existente se alcanza una certeza de la cual cabe duda razonable; certeza que, en el caso de Sebastián, parece más que razonable.

Además de esto, Sebastián, al huir a Brasil con un pasaporte falso, comete un concurso real de delitos, al cometer un delito de falsedad documental, por simular un documento que induzca a error en su autenticidad. Esta conducta es castigada en el artículo 392 CP con una pena de prisión de 6 meses a 3 años de prisión, así como de una multa de 6 a 12 meses.

La protección de las funciones jurídicas de los documentos constituye el bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental, y así lo manifiesta la jurisprudencia en la STS, de 5 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6589) y la doctrina (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p. 476). En este caso, se trata de una falsificación de documento oficial, que es la calificación que le otorga al pasaporte la jurisprudencia en la STS, de 27 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3610).

1.5.- Determinación de penas.

Una vez realizada la calificación penal de los hechos imputados a todos los intervinientes en los actos ilícitos es necesario clarificar las penas y multas a las que serán condenados. La razón de esto es que, al actuar como organización criminal, es el valor de la totalidad de la droga incautada la que determinará la multa que se les impondrá a todos y, por tanto, no tendría sentido haber hablado de la cantidad de la multa anteriormente, pues se desconocía aún la cantidad total involucrada en el delito.

Se ha de señalar que, para efectuar el cálculo del valor de la droga, se tomarán valores medios del precio de cada sustancia en la calle. Es decir, lo que podría sacarse por esas cantidades en caso de que fueran vendidas a los consumidores finales. Dicho esto, decir que la cocaína suele tener un precio de sesenta euros el gramo, mientras que la marihuana suele costar 5 euros el gramo.

De esto se extrapola que: la suma de 10.657 kilos, 162,5 gramos, 1,385 gramos y 0,569 gramos da lugar a un total de 10 kilos 821,487 gramos de cocaína. Esta cuantía multiplicada por sesenta euros el gramo da un valor de 649.289, 22 euros. En cuanto a la marihuana, fueron incautados 125 gramos, que a 5 euros el gramo, suponen un total de 625 euros.

En total, el valor de ambas drogas es de 649.914,22 euros.

Por tanto, una vez calculado esto, se puede precisar que:

-María Luisa será condenada por un delito del artículo 369 bis CP, con atenuación por confesión y colaboración del artículo 376 CP, lo que conlleva una pena de prisión de 4 años y 6 meses a 9 años menos 1 día, y una multa de 324.707,11 euros a 649.414,22 euros menos 1 euro (si la rebaja fuese en un grado), o bien a una pena de 2 años y 3 meses a 4 años y 6 meses menos 1 día, y una multa de 162.353,555 euros a 324.707,11 euros menos 1 euro.

-La Doctora Elvira Gómez será condenada a una pena de prisión de 9 a 12 años y una multa de 649.414,22 euros a 2.597.656,88 euros por un delito del artículo 369 bis CP, así como a una pena de inhabilitación especial de empleo de 3 a 10 años en aplicación del artículo 372 CP.

-Alonso será condenado a una pena de 10 años y 6 meses y 1 día a 12 años y una multa de 1.623.535,54 euros a 3.247.071,08 euros, por un delito del artículo 369 bis CP con una agravante por reincidencia del artículo 22. 8ª CP.

-Sebastián será condenado a una pena de 9 a 12 años de prisión y una multa de 649.414,22 euros a 2.597.656,88 euros, por un delito del artículo 369 bis CP, así como a otra pena de 6 meses a 3 años de prisión y una multa de 6 a 12 meses, por un delito de falsedad documental del artículo 392 CP.

A mayores de las penas citadas, habrá que tener en cuenta qué duración de pena de privación de libertad se impone a cada uno finalmente, pues dependiendo de este extremo se les impondrán unas penas accesorias u otras.

1.6.-Calificación alternativa según la teoría del último eslabón

Como se avanzó anteriormente, cabe una visión alternativa del caso amparada en una extensa jurisprudencia, y en menor medida en la doctrina, pues son pocos los autores que observan esta posibilidad. Esta visión alternativa configura un “escenario b” acerca de la calificación jurídica de Alonso y Sebastián. La fundamentación de esta visión sería la teoría del último eslabón de las cadenas de ventas o redes clandestinas de tráfico, la

cual prevé la aplicación de un tipo atenuado para estos “últimos eslabones” de la cadena del tráfico, es decir, para los pequeños traficantes que distribuyen las dosis a los consumidores (Jacobo Dopico Gómez-Aller, 2013, p. 114).

Existe una amplia jurisprudencia que avala esta teoría, como la STS del 10 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3714), donde se observa la atenuación por la teoría de último eslabón, al tratarse de una situación de tráfico de drogas definida como venta de menudeo, con cantidades de sustancias próximas a la dosis mínima psicoactiva.

Debe entenderse esta opción como una vía de aplicación poco frecuente y algo minoritaria, pero posible en vista de cierta jurisprudencia. Es importante citarla en el presente caso, pues la situación de Alonso y Sebastián podría ser encuadrable en tal teoría.

No se profundizará más allá en las consecuencias jurídico-penales que les supondría a Alonso y Sebastián la aplicación de la teoría del último eslabón por ser una teoría menor en la doctrina, y porque, además, a efectos de las demás preguntas del presente trabajo, señaladamente las de carácter procesal, se adoptará la versión de actuación como organización criminal. Por tanto, esto no es más que una mera mención a una posibilidad minoritaria y que a todas luces supondría una menor pena para ambos por excluirlos de la agravante del 369 bis CP.

2.- Jurisdicción y competencia.

2.1. Planteamiento

La finalidad de este apartado es determinar si los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de este estudio. Y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, determinar, así mismo, qué tribunal es competente y qué procedimiento es el adecuado para el enjuiciamiento de los hechos referidos.

Sólo una vez que se conoce la calificación penal de cada sujeto y, por tanto, de qué tipo de delito se trata, se podrá determinar la jurisdicción y competencia de tales hechos. Esta es la razón de invertir el orden de las cuestiones, calificando, primeramente, los hechos y abordando, ahora, en segundo lugar, la determinación de la jurisdicción y la competencia. Como se verá posteriormente, a efectos de fijar la jurisdicción y la competencia son relevantes hechos como la naturaleza del delito, así como el lugar donde se produce e, incluso, la duración de la pena privativa de libertad; cuestiones que no se pueden conocer sin realizar la calificación penal de cada individuo.

Para el correcto tratamiento procesal de una causa es necesario observar en su inicio y tramitación una serie de requisitos como son la jurisdicción y la competencia.

Es necesaria una correcta identificación de jurisdicción y competencia para que el proceso sea válido. Con este fin se desarrolla en la fase de instrucción una purga de los posibles obstáculos procesales que pudiesen existir, hecho que, de no producirse, supondría un impedimento para dictar una sentencia de fondo (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 101)

2.2.- Jurisdicción.

Para poder determinar el orden jurisdiccional en el que se encuadra una causa debe atenderse a la presencia de tres criterios: en primer lugar, unos límites objetivos que precisen el ámbito interno sobre el que opera la jurisdicción penal; en segundo lugar, unos límites territoriales, para analizar las atribuciones de la jurisdicción española (en este caso) desde el punto de vista internacional; y en tercer lugar, unos límites subjetivos de inviolabilidad de ciertas autoridades (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 101), que en el presente supuesto no serán mencionados, pues carece de sentido su mención al no existir ninguna figura susceptible de tal protección de inviolabilidad.

2.2.1.- Límites objetivos.

En atención a los artículos 9.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y 10 de la LECrim es sencillo determinar que corresponden a la jurisdicción penal los delitos cometidos en el caso, pues ambos artículos se manifiestan señalando que será la jurisdicción penal quien conozca de las causas y juicios criminales. Es decir, que serán los órganos judiciales del orden penal quienes se encarguen del conocimiento de los procesos por delitos contenidos en el CP. (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 102)

En vista de tales preceptos, se puede afirmar que la jurisdicción penal es la encargada de enjuiciar las conductas de tráfico y pertenencia a organización criminal, pues dicho delito está contenido en el CP.

2.2.2.- Límites territoriales.

El artículo 23.1 LOPJ se manifiesta de forma taxativa en relación al criterio territorial, afirmando que, en el orden penal, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en el territorio español (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 102). Este es el principio básico, y con el mero desarrollo de los hechos en territorio español ya es suficiente para que sea la jurisdicción española la que conozca de la causa, con independencia de la nacionalidad de quien los desarrolle; sin perjuicio de que dicho artículo 23 LOPJ contenga, así mismo, diversos supuestos en relación a nacionales españoles que delincan fuera del territorio nacional, los cuales no tienen relevancia para el caso concreto.

De nuevo resulta simple la incardinación del supuesto concreto en este precepto, pues los hechos constitutivos de delito fueron cometidos en territorio español, en concreto, las conductas se desarrollaron en el aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, en las inmediaciones del céntrico parque del Oeste en Madrid y en la clínica de la Doctora Elvira Gómez, así como en el domicilio de Alonso, los cuales se presumen igualmente en Madrid.

Por lo tanto, en vista de los límites objetivos y territoriales, se puede concluir que los delitos descritos en el relato de hechos deberán ser enjuiciados por los Tribunales españoles del orden jurisdiccional penal.

2.3.- Competencia.

La determinación de la competencia consiste en la elección del órgano competente dentro de los distintos tribunales existentes en la estructura jerarquizada de la jurisdicción penal (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 106). Es decir, una vez que se conoce que la jurisdicción pertenece a los Tribunales Penales de España, la competencia indicará qué tribunal en concreto será el competente. Esto es lo que se conoce como competencia objetiva.

A su vez, es necesario precisar también la competencia funcional, que hace referencia a la atribución del conocimiento del proceso según las diversas fases del procedimiento (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 113).

2.3.1.- Competencia objetiva.

La competencia objetiva se determina mediante tres criterios, uno general, que atiende a la gravedad del hecho ilícito, y otros especiales, que solo se aplicarán en determinadas ocasiones. Estos últimos son la materia que comprenda el delito y, de nuevo-tal y como sucedía en la jurisdicción- en razón de las personas. Tampoco se tratará este criterio en relación a la competencia, pues hace referencia a los Tribunales que son competentes de ciertas personas aforadas, las cuales no se encuentran en el caso concreto.

2.3.1.1.- Criterio general: la competencia en función de la gravedad

El artículo 14 de la LECrim establece la regla general en cuanto a la competencia, la cual atiende a razón de la gravedad del hecho punible. Concretamente, el apartado 14.4 LECrim manifiesta que será competencia de las Audiencias Provinciales (en adelante, AAPP) de la circunscripción donde se cometiese el delito conocer de los hechos sancionados con una pena privativa de libertad superior a 5 años (Vicente Gimeno Sendra, 2018, pp. 106 y 107).

De tal forma que será la Audiencia Provincial (en adelante, AP) la encargada de enjuiciar a la Doctora Elvira Gómez, Alonso y Sebastián, pues- en vista de la determinación de penas realizada anteriormente- en cualquier caso, tendrán penas privativas de libertad superior a 5 años.

En cuanto al caso de María Luisa, los hechos delictivos que comete tienen igualmente una pena privativa de libertad superior a 5 años. Sin embargo, concurre en su actuación una atenuante que supone una rebaja en uno o dos grados (a elección del tribunal sentenciador), con lo cual, la pena finalmente aplicable podría llegar a ser superior o no a 5 años en función a las bajadas en grado sobre la pena que le corresponde. Ante esto hay que señalar que, para definir la competencia objetiva en función a la gravedad del delito, habrá que atender al criterio de la pena en abstracto, es decir, al *quantum* de pena que estipula el tipo abstracto en el CP para ese delito (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 107).

También la jurisprudencia en la STS de 19 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS: 2018:102) hace referencia a este criterio de la pena en abstracto en relación a la competencia, en este caso para cuestiones concursales, pero manifestando igualmente que la competencia la fija y determina la penalidad abstracta prevista para cada delito.

En el mismo sentido, se manifiesta la STS de 23 de octubre de 1997 (ECLI: ES:TS: 1997:6308) afirmando que la competencia para el enjuiciamiento ha de fijarse en consideración a la pena abstracta señalada al delito objeto de la acusación.

Por tanto, el caso de María Luisa también es de competencia de la AP, pues el tipo abstracto por el que se le condena tiene una pena privativa de libertad superior a 5 años, y dichas penas son de competencia de la AP de la circunscripción donde tuviesen lugar los delitos, tal y como se viene interpretando el artículo 14.4 LECrim.

En este caso, por tanto, será competente la AP de Madrid para el enjuiciamiento de todos los intervinientes en el hecho delictivo.

2.3.1.2.-Competencia en razón a la materia.

La LOPJ recoge una serie de delitos o de situaciones- como es el caso del *Habeas Corpus*- que tienen una competencia específica por razón de la materia y distinta a la que le correspondería siguiendo el criterio general del artículo 14 LECrim, que se expresa en función de la gravedad de las penas (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 108).

Es importante citar este criterio cualitativo, ya que podría llegar a afectar al presente hecho delictivo en caso de realizar una presunción extensiva de los hechos producidos, lo cual sería un error, como a continuación se observará.

El artículo 65.1 d) LOPJ establece que será competencia de la Audiencia Nacional (en adelante, AN) los delitos castigados con una pena privativa de libertad superior a 5 por delitos de tráfico de drogas cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias. Este artículo 65.1 d) configura una especialidad en razón a la materia para los delitos de tráfico de drogas, lo que podría hacer pensar que resulta aplicable al caso concreto que está siendo analizado, pues se trata del mismo delito. Sin embargo, la cuestión diferencial es el requisito según el cual el delito debe de producir efectos en varias Audiencias. A raíz del supuesto de hecho presentado no se puede presumir que la organización actúe fuera de Madrid, es decir, en más de una circunscripción territorial, por tanto, por el hecho de no poder

demostrar esta actuación de la organización en diversas Audiencias, será competente la AP de Madrid y no la AN.

2.3.2.- Competencia funcional.

Como ya se explicó anteriormente, la competencia funcional viene a determinar a quien corresponde conocer del objeto procesal durante las distintas fases del procedimiento penal. Es decir, quién conocerá del delito en la fase declarativa, en una eventual fase de impugnación y en la fase de ejecución (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 108).

En primer lugar, en cuanto a la fase declarativa cabe decir que esta se desglosa a su vez en: la fase de instrucción, la fase intermedia y la del juicio oral (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 113).

-Acerca de la fase de instrucción no cabe controversia, pues corresponde a los Juzgados de Instrucción (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 113). Así lo manifiesta igualmente el artículo 87.1 a) LOPJ, cuando señala que corresponde a los Juzgados de Instrucción realizar la instrucción de los delitos cuyo enjuiciamiento corresponde a las AAPP, tal y como es el caso.

-En cuanto a la fase intermedia, la cual tiene por objeto decidir acerca de la apertura o no del juicio oral, se desarrollará mediante proceso abreviado o mediante el procedimiento ordinario (o sumario ordinario) según la pena que tenga el delito-es decir, por criterio de gravedad- (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 113). En este sentido se manifiesta el artículo 757 LECrim, el cual señala que se seguirá el proceso abreviado para el enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 9 años. De lo cual se deduce que, el delito de tráfico, que es objeto de análisis, deberá ser encauzado por el procedimiento ordinario, puesto que las penas privativas de libertad estipuladas son superiores a 9 años.

Cabe recordar de nuevo, para aclarar la inclusión en este supuesto de la situación de María Luisa, que se debe tomar como referencia la pena impuesta en abstracto por el CP, no la que pueda derivar del caso concreto del sujeto por su atenuación u otras causas. En este sentido, se manifiesta la ya citada STS de 23 de octubre de 1997 (ECLI: ES:TS: 1997:6308), así como la STS de 1 de diciembre de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:7262).

- Finalmente, para el juicio oral- de celebrarse en función de lo determinado en la fase intermedia- será competencia de la AP, en vista de lo ya comentado; pues como estipula el artículo 14.4 LECrim, es competencia de las AAPP de la circunscripción donde tuvieron lugar los hechos, el enjuiciamiento de los delitos con una pena privativa superior a 5 años.

En segundo lugar, y en relación a la fase de impugnación, de producirse, la relación de competencias sería la siguiente:

-Contra la sentencia de la AP cabría, en segunda instancia, recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y de lo Penal) (en adelante, TSJ), como indica el artículo 846 ter LECrim (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 114).

-Contra la sentencia en apelación del TSJ cabría recurso extraordinario de casación ante la Sala de lo Penal del TS, de darse los motivos tasados para interponerlo (Vicente Gimeno Sendra, 2018, p. 114).

En tercer y último lugar, en cuanto a la ejecución de la sentencia, la regla general señala que corresponde al mismo órgano jurisdiccional que haya dictado la sentencia en primera instancia (artículo 985 LECrim). Por tanto, en este supuesto, corresponderá la ejecución de la sentencia a la AP de Madrid.

2.4.- Recapitulación.

Tras lo analizado en relación a la jurisdicción y competencia se puede concluir que, el delito que conforma el objeto de análisis debe ser enjuiciado por los Tribunales españoles del orden jurisdiccional penal; en concreto por la AP de Madrid, mediante la vía del procedimiento ordinario. La fase de instrucción le corresponderá al Juzgado de Instrucción. Los recursos serían de apelación contra la sentencia de la AP, el cual resolvería el TSJ; y contra la sentencia del TSJ cabría recurso de casación ante la Sala de lo Penal del TS.

3.- Intervención quirúrgica sin consentimiento.

3.1. Planteamiento

El objeto de desarrollo de esta cuestión es aclarar la situación sufrida por María Luisa al ser sometida a una intervención quirúrgica sin su consentimiento para extraer los implantes con cocaína que portaba. Es cuestión de análisis verificar si tal hecho supone una vulneración del derecho fundamental a la integridad física de María Luisa, y en tal caso, determinar si tal circunstancia debería suponerle una indemnización por daños y perjuicios.

A su vez, surge la duda de si, en caso de confirmarse la citada vulneración de un derecho fundamental en la obtención de la cocaína, podría tratarse de un supuesto de prueba lícita de acuerdo con el art. 11.1 LOPJ.

3.1.- Intervención corporal por parte de los poderes públicos.

Antes de determinar si existe o no una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, recogido en el artículo 15 de la Constitución Española (en adelante, CE), a causa de la intervención quirúrgica sin consentimiento que le fue realizada a María Luisa, se analizará si la intervención quirúrgica configura como tal una intervención corporal de los poderes públicos.

El concepto de intervención corporal es controvertido, la doctrina ha definido este concepto de diversas maneras. Así, se han referido a la intervención corporal como “*la utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de los delitos*” (José María Asencio Mellado, 1989, p. 137); o como “*las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él*” (Nicolás González Cuellar-Serrano, 1990, p. 290).

A raíz de estos conceptos aportados por la doctrina, surge la duda de si la intervención quirúrgica que se le efectúa a María Luisa configura, o no, una verdadera intervención

corporal de los poderes públicos; puesto que ambas definiciones doctrinales del concepto coinciden en que la finalidad de la intervención corporal es la investigación y comprobación de delitos. Es decir, que la naturaleza jurídica es la de un acto o diligencia de investigación, excluyendo intervenciones que obedezcan a una finalidad distinta (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 23).

Lo cierto es que se puede deducir que la intervención quirúrgica efectuada a María Luisa, con el fin de extraer los implantes con cocaína, no tenía la finalidad de obtener el cuerpo del delito, esto es, la droga, para conformar una prueba en el proceso y así imputarla; sino que la clara finalidad de la intervención era evitar el grave riesgo para la salud de María Luisa, tal y como expresa el supuesto de hecho. A pesar de ello, es cierto que, de forma indirecta, la intervención sirve también para obtener una fuente de prueba, pero como consecuencia colateral de la protección a la vida, no como un fin primordial.

El hecho que apoya la presunción de que la intervención tenía la finalidad de salvaguardar la vida de María Luisa y no la de constatar el hecho de que era cocaína lo que portaba es que la propia María Luisa ya había confesado que era cocaína la sustancia que portaba; por tanto, la intervención no puede tener la finalidad de obtener una prueba para el proceso, cuando dicha prueba ya se tenía con anterioridad a la intervención quirúrgica. Es importante señalar que la confesión configura una prueba válida en el proceso, de hecho, antiguamente era considerada la “reina de las pruebas” y, en la actualidad, la obtención de la confesión con todas las garantías legales continúa siendo de gran incidencia en el proceso (Eduardo de Urbano Castrillo y Miguel Ángel Torres Morato, 2007, p. 79).

Por tanto, se descarta que la intervención quirúrgica realizada a María Luisa conformase una intervención corporal de los poderes públicos; lo cual no está reñido con que dicha intervención médica pueda suponer una vulneración del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE.

3.2.- Presunta vulneración de derechos fundamentales.

La Constitución establece los derechos y garantías más fundamentales, los cuales bajo ninguna circunstancia- y debido al más alto rango normativo de la Constitución- pueden ser vulnerados. De tal forma, la prueba penal- como un elemento más del procedimiento- debe respetar los preceptos constitucionales (Eduardo de Urbano Castrillo y Miguel Ángel Torres Morato, 2007, p. 31).

El artículo 15 CE recoge el derecho a la integridad física y moral, así como a la vida. Por su ubicación en la Carta Magna, en el Capítulo Segundo del Título I, se configura como un derecho fundamental (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 137). A su vez, el artículo 43 CE recoge el derecho a la protección de la salud, si bien es cierto que tal derecho no constituye un derecho fundamental como lo es la integridad física. Existe entre ambos una correlación lógica, pues es habitual que para poder preservar el derecho a la salud se deba lesionar (en mayor o menor medida) la integridad física, como es el caso de una intervención quirúrgica (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 159).

El concepto de integridad física es amplio, incluyendo elementos físicos y psíquicos o morales; muestra de esta amplitud de concepto, es la definición de la doctrina, donde indica que *“la integridad personal abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades*

intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral” (Raúl Canosa Usera, 2006, p. 89).

Sin embargo, no es suficiente con quedarse en este concepto doctrinal, puesto que la jurisprudencia añade en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC:1996:207) que la protección de la integridad física no se proyecta sólo frente a ataques dirigidos a lesionar el cuerpo, sino frente a toda intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. El TC introduce en esta sentencia un elemento clave respecto a la integridad física: el consentimiento del afectado.

El hecho de que la intervención en el cuerpo pueda suponer un verdadero riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, pero tal daño no supone una condición imprescindible para apreciar vulneración de la integridad física; es decir, no es necesario que se vulnere efectivamente la salud, pero sí que la lesión se produzca sin consentimiento (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 138).

La intervención quirúrgica realizada a María Luisa fue efectuada sin su consentimiento (ni oral ni escrito) y, por tanto, en vista de la exigencia jurisprudencial del consentimiento, constituye una vulneración a su derecho fundamental de la integridad física. Para afirmar la ausencia de consentimiento se emplea el concepto de consentimiento que recoge la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 3 define el consentimiento informado como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*.

Además, el artículo 2.3 de dicha Ley recoge, en sus principios básicos, que el paciente tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas; y en el artículo 2.4 se afirma que todo paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, salvo los casos que recoge la propia Ley, donde se pueden llevar a cabo intervenciones clínicas sin consentimiento del paciente. Estas situaciones donde se puede actuar sin consentimiento del paciente se recogen en la misma Ley, en su artículo 9.2, y son casos donde está en riesgo la salud pública (como podría ser el caso de enfermedades infecciosas) o cuando, por su estado, no se puede conseguir la autorización del propio paciente (consultando si fuese posible a familiares o personas cercanas).

Ambas posibilidades recogidas en el artículo 9.2 están alejadas al caso de María Luisa, y en todo caso, sería una interpretación extremadamente extensiva (y poco proporcional), el considerar que el hecho de portar droga en su propio cuerpo pudiese encuadrarse en una situación que ponga en riesgo la salud pública, por ser precisamente la salud pública el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico. Como ya se ha visto, la determinación de la salud pública como bien jurídico protegido ha sido controvertida y considerado un concepto difuso (Ángel Judel Prieto y José Ramón Piñol Rodríguez, 2011, p.427).

Por tanto, dentro de la capacidad de autodeterminación de la persona y del derecho a la integridad física se encuentra el rechazo a un tratamiento médico (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 160).

Sin embargo, es necesario analizar la especial situación personal de María Luisa, pues, como se dijo anteriormente, la intervención quirúrgica se produjo en aras a la protección de su vida, que corría un grave riesgo. El derecho a la vida constituye también un derecho fundamental, recogido en el artículo 15 CE; y, por tanto, se aprecia una situación peculiar donde se confrontan dos derechos fundamentales y, es determinante esclarecer si se puede vulnerar uno en favor del otro; en este caso, el derecho a la integridad física se habría vulnerado en preservación del derecho a la vida.

En el análisis de la colisión entre los derechos fundamentales citados, resulta inevitable traer a colación la confrontación entre el derecho fundamental a la vida e integridad física del artículo 15 CE y el derecho a la libertad religiosa del artículo 16 CE, también de carácter fundamental, pues existe abundante doctrina y jurisprudencia a raíz de situaciones relacionadas con testigos de Jehovah que pueden mostrar luz, mediante una analogía, a la situación analizada en el presente caso.

Una primera línea doctrinal se manifiesta afirmando que, la libertad religiosa no se ostenta de forma absoluta, sino que, en caso de existir conflicto con otros derechos constitucionalmente protegidos, deberá realizarse una ponderación de intereses (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 168). De tal forma, se puede afirmar a raíz de esta teoría que no todos los derechos fundamentales son iguales, sino que existe entre ellos una cierta prelación. Esta teoría es avalada por la STS de 27 de marzo de 1990 (ECLI: ES:TS: 1990:2842), donde se manifiesta que, en el conflicto entre dos derechos fundamentales como la vida y la libertad religiosa, tiene absoluta preeminencia el derecho a la vida.

Por lo tanto, según la referida teoría, no existiría una vulneración del derecho fundamental a la integridad física de María Luisa, pues al realizarse la intervención quirúrgica para proteger su vida, en el resultado de tal colisión de derechos fundamentales, tendría preeminencia el derecho a la vida sobre la integridad física -realizando una analogía al conflicto entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida-.

Sin embargo, la teoría jurisprudencial cambió de criterio posteriormente, y muestra de este cambio es la STS de 27 de junio (ECLI: ES:TS:1997:4567), donde se manifiesta que una persona adulta puede oponerse a recibir tratamiento médico con base en su objeción de conciencia. Eso sí, se especifica que el derecho a rechazar un tratamiento y arriesgar la vida solo puede depender de la decisión de la propia persona.

Este cambio de criterio del más Alto Tribunal supone que el derecho a la vida se desacraliza, y no se presenta como un derecho fundamental superior a los demás. Se muestra, por tanto, una situación de colisión de derechos fundamentales donde no prevalece el derecho a la vida.

En definitiva, debe determinarse que, mediante la intervención quirúrgica, María Luisa sí sufrió una vulneración de su derecho fundamental a la integridad física, la cual fue realizada sin su consentimiento, pues no resulta posible escudar dicha intervención en una protección de un eventual superior derecho a la vida, pues a raíz de la sentencia señalada anteriormente, dicha superioridad del derecho a la vida no existe para el TS. Esto plantea una situación un tanto extraña, en la que para poder haber intervenido quirúrgicamente de forma lícita sin tener el consentimiento de María Luisa, habría que haber esperado a que esta se encontrase en una situación tan grave y crítica de salud que permitiese actuar a los médicos bajo la premisa del citado artículo 9.2 de la Ley 41/2002.

3.3.- Validez de la prueba.

El proceso penal pretende obtener la verdad material de los hechos que se investigan. Sin embargo, para tal fin no es válida cualquier acción o medida; pues resulta fundamental que en la obtención de la prueba no se vulnere ningún derecho fundamental (María Dolores Fernández Acebo, 2013, p. 315).

Tradicionalmente, la doctrina sí daba relevancia a las pruebas obtenidas de un modo ilícito, siempre que, como resultado de la ponderación entre los intereses que estén en juego, se impusiese el carácter público que se ve afectado por la comisión del delito a la vulneración del derecho individual, aunque se tratase de un derecho fundamental. (Eduardo de Urbano Castrillo y Miguel Ángel Torres Morato, 2007, p. 35).

Sin embargo, tal y como señala la STS de 29 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2647), la cual supone el momento a partir del cual cambia el criterio al respecto de esta materia, cuando el origen de la ilicitud está en la violación de un derecho fundamental, la prueba carece de validez y habrá de reputarse inexistente. Continúa la sentencia afirmando que, cuestión distinta es que la ilicitud recaiga sobre un derecho de rango inferior a un derecho fundamental, debiendo hacerse en ese caso una ponderación entre la norma en concreto que se haya vulnerado y los intereses en juego.

El TS, en la argumentación del cambio de criterio, se remite a la STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114), así como al artículo 11.1 LOPJ, afirmando que toda prueba que haya sido obtenida violentando derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente, no surtirá efecto. Otra sentencia en la misma línea respecto a la obtención de la prueba y los derechos fundamentales es la STC de 7 de octubre de 1985 (ECLI:ES:TC: 1985:107).

Si bien es cierto que no existe un derecho fundamental autónomo a que no sean aceptadas las pruebas de origen ilícito, sí existe la nulidad radical de todo acto que viole alguna de las situaciones recogidas en la Sección 1ª. Del Capítulo Segundo del Título I de la CE (José María Paz Rubio, 1999).

Ahondando en el contenido del explícito artículo 11.1 LOPJ, se observa que este dispone que “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Como se observa, la redacción de tal artículo es clara y rotunda, sin embargo, es necesario realizar una serie de aclaraciones.

-En primer lugar, cuando el artículo se manifiesta afirmando que “no surtirán efecto” la doctrina interpreta esta prohibición tanto en la fase de no admisión de la prueba como la de no ser valorada por el Juez (María Pilar Rovira Canto, 1992).

-En segundo lugar, en cuando a “las pruebas obtenidas” debe entenderse que no es suficiente con entender por obtención de pruebas el momento de la fase de investigación, sino que ha de entenderse también a las obtenidas- de haberlas- en el plenario ilícitas (Jorge Barreiro A., 1993, pág. 1.237).

-En tercer lugar y último lugar, en cuando a la expresión “directa o indirectamente”, esta abre un campo de posibilidades amplio que se resume en darle validez en el proceso, o no, a los efectos reflejos de pruebas ilícitas (Eduardo de Urbano Castrillo y Miguel Ángel Torres Morato, 2007, p. 45).

Por tanto, y tras constatar la vulneración del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE, se puede afirmar que la droga obtenida en las prótesis mediante una intervención quirúrgica sin el consentimiento de María Luisa constituye una prueba ilícita en el proceso penal.

3.4.- Indemnización por daños y perjuicios.

El artículo 1902 Código Civil (en adelante, CC) recoge el principio general en materia de responsabilidad civil extracontractual, afirmando que toda persona responde por los daños causados a otro mediante acción u omisión, ya sea interviniendo culpa o negligencia y estará obligado a reparar el daño causado.

El artículo 1902 CC es el que resulta de aplicación en la mayoría de los casos médicos, pues, -como ya se dijo, regula la responsabilidad extracontractual, si bien es cierto que es habitual que se concierte con el médico un contrato de servicios (ya sea de forma expresa o tácita). Sin embargo, la multiplicidad de supuestos de hecho que se dan en la práctica es considerados relaciones extracontractuales a efectos de responsabilidad, lo cual no es justo con base en los plazos de prescripción que para cada uno de ellos establece el legislador (Domingo Bello Janeiro et al, 2009, p. 231).

Resulta ilógico que no exista una ley específica para la responsabilidad civil sanitaria, puesto que es una materia muy sensible, de tal forma que es el CC el encargado de suplir esta carencia. Si se ha destacar una Ley para la aplicación de la responsabilidad del CC es la ya citada Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que compone la *lex artis* de la práctica médica en diversos aspectos (Domingo Bello Janeiro et al, 2009, p. 228).

Dicha Ley recoge derechos en favor del paciente, como el derecho a ser informado de la intervención o tratamiento que va a recibir, así como su duración y riesgos. Datos los cuales, como ya se ha visto, no fueron proporcionados a María Luisa.

En cuanto al consentimiento del paciente, la doctrina plantea la posibilidad de que pueda darse un consentimiento tácito por parte del paciente, pues cuando un paciente asiste a un centro médico (por ejemplo, con una herida abierta) existe un consentimiento implícito a que consiente su curación, con lo que ello supone (Esther Monterroso Casado, 2005, p. 3). Sin embargo, en el caso de María Luisa, esta no acude voluntariamente al centro médico, sino que es llevada por la autoridad, con la cual la visión de la doctrina del consentimiento tácito no es aplicable a su situación.

El consentimiento tácito y verbal son opciones válidas desde el punto de vista jurídico, y así lo recoge el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 afirmando que, por regla general, el consentimiento será verbal, y así lo avala la jurisprudencia en la STS de 9 de mayo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:2918). Sin embargo, el propio artículo exige un deber de diligencia de información incrementado, que se acompañe de un consentimiento escrito en caso de tratamientos que supongan un riesgo para la salud, como ante una intervención quirúrgica, como es el caso de María Luisa. En su caso, ni existió un consentimiento verbal, ni uno escrito específico para la intervención quirúrgica.

Se puede afirmar que el elemento basilar para poder determinar que es necesario indemnizar a un paciente es la ausencia de consentimiento de este. El deber de información constituye una obligación natural de los contratos de servicios profesionales (Esther Monterroso Casado, 2005, p. 4); la jurisprudencia se manifiesta acerca de esto en la STS de 31 de marzo de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:2239), indicando

que el deber de informar al paciente es un deber profesional necesario y opera tanto en supuestos de culpa contractual como extracontractual.

La jurisprudencia no se pone de acuerdo en torno a qué es lo que debe dar lugar a la indemnización, en ocasiones se castiga el daño físico y en otros el daño moral; lo que es necesario especificar es que la obligación de información del médico es independiente de la obligación de ejecutar una adecuada técnica en la intervención (Esther Monterroso Casado, 2005, p. 4), la cual, en el caso concreto de María Luisa, no está en tela de juicio, pues no se dice nada acerca del resultado de la intervención.

Y tampoco existe una línea jurisprudencial clara en cuanto a qué constituye daño a efectos de indemnización. Lo que está claro es que si no se producen daños no existe el derecho a la indemnización (Esther Monterroso Casado, 2005, p. 4). Sin embargo, cierta parte de la jurisprudencia considera que la ausencia de consentimiento informado origina un daño en sí mismo, como es el caso de la STS de 9 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:2918). Si se siguiese esta línea jurisprudencial, María Luisa sí tendría derecho a una indemnización por la intervención quirúrgica realizada sin su consentimiento, vulnerando de esta forma su derecho a la integridad física.

En contraposición a esta teoría, existe otra línea jurisprudencial que estima que la falta de consentimiento no es *per se* un daño, sino simplemente una negligencia; y solo cuando esta negligencia dé lugar a un daño, de forma conexas y causal, se podrá dar la necesidad de indemnizar. Esta teoría está respaldada por la STS de 20 de abril de 2005 (ECLI: ES:TS: 2005:2446) y por la STS de 26 de febrero de 2004 (ECLI: ES:TS: 2004:1287), donde se afirma que la falta de consentimiento no da lugar a una responsabilidad patrimonial si no causa un daño en el paciente. A raíz de esta teoría se podría determinar que el médico no tiene responsabilidad patrimonial sobre la intervención realizada sobre María Luisa, pues la falta de consentimiento se queda simplemente en una negligencia, pero al no dar lugar a daño, la intervención sin consentimiento no supone un derecho a indemnización.

Dicho esto, respecto a la situación del médico, no quita que dicha intervención no supusiese una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, la cual recaería sobre la autoridad que llevó al hospital a María Luisa y dio orden de que fuese intervenida.

3.5.- Recapitulación.

Se puede afirmar que la intervención quirúrgica realizada a María Luisa configura una vulneración a su derecho fundamental a la integridad física, que la droga extraída de dicha intervención es una prueba ilícita en el proceso.

Respecto al derecho a indemnización por daños y perjuicios no se puede determinar nada de forma clara, pues existen dos grandes teorías. Si se acepta la teoría de que la ausencia de consentimiento constituye un daño, el médico tiene la obligación de indemnizar; mientras que, si la ausencia de consentimiento sin daño es considerada solo negligencia, no da lugar a indemnización -sin perjuicio de la indemnización que tuviese lugar respecto a la autoridad en cuanto a su vulneración de un derecho fundamental-.

4.-Situación de Sebastián a raíz de su huida.

4.1.- Planteamiento.

Tres días antes de la intervención de los agentes, Sebastián, de nacionalidad colombiana y sin antecedentes penales, huyó a Brasil, empleando para ello un pasaporte falso.

En toda civilización el poder punitivo es encarnado por las autoridades del Estado, las cuales pueden actuar hasta los límites territoriales del propio Estado. Sin embargo, la delincuencia no encuentra en las fronteras de un Estado un límite a sus actividades, sino más bien, un aliado para alcanzar la impunidad. Es por esto por lo que ha surgido, desde tiempos muy antiguos, la necesidad de colaborar entre los Estados para efectuar la mutua entrega de los delincuentes huidos de los límites jurisdiccionales (Nicolás Alonso Moreda, 2016, p.195).

La delincuencia organizada tiene un fuerte carácter transnacional, lo cual además supone una mayor dificultad de perseguir. El tráfico de drogas, en concreto, es el paradigma de la delincuencia organizada transnacional; y, por tanto, resulta imprescindible la cooperación internacional para mitigar los efectos de dichas actividades (José Antonio Mellado Valverde, 2015, p. 431).

El artículo 13.3 CE establece que la extradición solo se aplicará para el cumplimiento de un Tratado o de la Ley (en este caso, sería como consecuencia de la aplicación del CP); y en ningún caso, por delitos políticos.

Es importante señalar que, en cuestión de extradición o entregas entre países, son fundamentales dos elementos: la nacionalidad de la persona en cuestión y el país en el que se encuentra, así como en el que cometió el delito. Esto es debido a que en el plano internacional se actuará de una forma si existen tratados o convenios entre los países involucrados, mientras que, si se trata del plano europeo, se actuará de otra forma, pues a nivel europeo se han creado mecanismos para asegurar una mayor integración en el ámbito de la cooperación judicial entre Estados miembros, en especial desde el Tratado de Maastricht (Marina Cedeño Hernán, 2010, p. 23).

4.2.- Extradición.

Debido a que el Estado al que huyó Sebastián no es un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE), sino que el país al que escapó fue Brasil, es necesario observar si a ambos países les une una relación diplomática en forma de tratado o convenio en relación a la materia de extradiciones. Cabe decir que la extradición, conforma la vía clásica de asistencia interestatal, se define como la modalidad de cooperación internacional que tiene por objeto la entrega de una persona que se encuentra en el territorio de un Estado, denominado requerido, a las autoridades de otro Estado, llamado requirente, previa solicitud de estas, las cuales persiguen a esa persona con el fin de enjuiciarla en un proceso penal o de ejecutar la sentencia de condena con él dictada (Rafael Bellido Penadés, 2001, p. 26).

El Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil², redactado en Brasilia en el año 1988, y en vigor desde su ratificación en el año 1990, es el que regula la situación de Sebastián.

² Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1990-14345

El artículo 1 del citado tratado muestra como objeto del mismo el hecho de que ambos Estados -recíprocamente- ejecuten la entrega de los individuos que estén sujetos a un proceso penal y se encuentren en el territorio del otro.

Así mismo, el artículo 2.1 del tratado señala que los hechos que darán lugar a la extradición son aquellos para los que las leyes de ambos Estados (requirente y requerido, en este caso, España y Brasil, respectivamente) impongan una pena privativa de libertad superior a 1 año, independientemente de las situaciones modificativas. Situación la cual se da, pues como ya se vio, el CP castiga los hechos de Sebastián con una pena de 3 a 6 años de pena privativa de libertad en el tipo básico del artículo 368 CP; y en cuanto a la regulación establecida en Brasil para los delitos de tráfico, es la Lei de Tóxicos³ (Lei N° 11.343, de 23 de agosto de 2006) la que, en su artículo 33, castiga los actos de tráfico de drogas con una privativa de libertad de 5 a 15 años.

No existiría impedimento para la extradición, pues el artículo 3 del tratado dice que el Estado requerido (en este caso, Brasil) no está obligado a efectuar la entrega cuando el sujeto sea un nacional. Sin embargo, Sebastián es de nacionalidad colombiana

En cuanto al procedimiento a desempeñar para solicitar la extradición, este viene desarrollado en el tratado citado, en el artículo 9 en concreto; el cual señala que se procederá a la extradición por vía diplomática mediante la entrega del auto de prisión o de acto procesal equivalente (por tratarse de un individuo no condenado); así como el hecho imputado, la fecha, el lugar y la identificación del sujeto, los preceptos legales aplicables en el Estado requirente. Todo esto acompañado con una traducción al idioma del estado requirente.

Sin perjuicio de la existencia de un tratado entre ambos Estados, es importante resaltar la existencia de mecanismos de cooperación internacional de carácter judicial y policial, como es el caso de la INTERPOL, la cual es útil en situaciones como estas.

La INTERPOL es la única organización para la cooperación policial de carácter global. En la actualidad son 190 países los integrantes de esta, de los 193 que conforman la ONU. Este carácter tan global permite una cooperación policial internacional aun cuando no existen relaciones diplomáticas entre determinados países (José Antonio Mellado Valverde, 2015, pp. 434 y 435).

4.3.- Huida a otro Estado miembro.

En caso de que la huida de Sebastián fuese desde España hacia otro Estado miembro de la UE la situación en relación a la extradición sería muy diferente, puesto que en el ámbito comunitario se adoptaron convenios⁴ e instrumentos como la OEDE (Orden Europea de Detención y Entrega) con los que se perseguía simplificar y mejorar la extradición. Con todo esto se pretendió mitigar los problemas que presentaba el sistema tradicional de extradición: la excesiva dilación en el tiempo del procedimiento de extradición y la discrecionalidad existente en algunas decisiones de extradiciones, puesto que es el ejecutivo el que tiene la última palabra y puede condicionar la decisión (Marina Cedeño Hernán, 2010, pp. 56 y 57).

³ Lei de Tóxicos N° 11.343, de 23 de agosto de 2006 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm

⁴ Cabe citar entre estos convenios: el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990; el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas en 1995 y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Dublín el 27 de septiembre de 1996.

Además, debe tenerse en cuenta la existencia de un cierto cambio de mentalidad dentro de la Unión Europea, donde cada vez existe más conciencia de que el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros debe ser el motor que impulse la cooperación (Marina Cedeño Hernán, 2010, p. 57).

De este modo, la Comisión presentó, el 19 de septiembre de 2001, una Propuesta de Decisión Marco sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, la cual se tradujo en la definitiva Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (2002/584/JAI); y cuya transposición dio lugar en España a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Así nace el nuevo instrumento jurídico, conocido como “euroorden”, que supone la eliminación del procedimiento tradicional de extradición entre los Estados de la UE (Nicolás Alonso Moreda, 2016, pp. 228 a 230).

El artículo 1 de la Decisión Marco define la orden de detención europea (conocida como euroorden) como una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad. De esta forma, se establece un sistema horizontal de naturaleza judicial en la cual se suprime la fase gubernativa o política que caracterizaba el proceso clásico de extradición ((Nicolás Alonso Moreda, 2016, p. 240).

El objeto de la “euroorden” es claro: establecer las normas en virtud de las cuales un Estado miembro deberá ejecutar en su territorio un mandamiento de detención europeo emitido por una autoridad judicial de otro Estado miembro que le obligue a la detención, traslado forzoso y entrega de la persona objeto del mandamiento; y todo esto bajo el principio de reconocimiento mutuo (Nicolás Alonso Moreda, 2016, pp. 240 y 241).

Por tanto, en caso de que Sebastián huyese a un Estado miembro de la UE, la autoridad judicial española competente (en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid, pues el artículo 34 de la Ley 23/2014 señala que será encargado de emitir dicha orden el Tribunal que conozca de la causa) debería solicitar su entrega a dicho Estado mediante una “euroorden”, teniendo en cuenta que, si bien Noruega e Islandia son Estados que han participado en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, no son Estados miembros de la UE y, por tanto, se les excluye de la aplicación de la “euroorden”, al menos hasta una eventual entrada en vigor del Acuerdo entre la UE y Noruega e Islandia (Nicolás Alonso Moreda, 2016, p. 263).

En cuanto al ámbito material, el artículo 2.1 de la Decisión Marco señala, como regla general, que para poder dictar la “euroorden” es necesario que se trate de un hecho para el que la ley del Estado emisor, en este caso, España, señale una pena de al menos 12 meses, lo cual, como ya se indicó, sucede para el caso de Sebastián (Nicolás Alonso Moreda, 2016, p. 284).

4.4.- Recapitulación.

Para la situación de que Sebastián hubiese huido a Brasil sería necesario solicitar una extradición a dicho país, haciéndose valer de la relación diplomática que une a ambos Estados y que se proyecta en el Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil.

En caso de que Sebastián hubiese huido a otro Estado miembro de la UE la solución pasaría por emitir una “euroorden” al Estado miembro en el que se encontrase; lo cual es una vía más ágil que la clásica extradición, pues es un mecanismo de cooperación que busca precisamente la fácil comunicación entre las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros de la UE para detenciones y entregas con base en el reconocimiento mutuo.

CONCLUSIONES.

1. Los hechos ejecutados por los sujetos, los cuales conforman, en el desarrollo de sus actividades, una organización criminal (tipificada en el artículo 570 bis CP) constituyen un delito de tráfico de drogas recogido en el artículo 369 bis CP. Este artículo recoge la conducta agravada respecto al tipo básico del artículo 368 CP, castigando el tráfico de drogas en conjunto con la actuación como organización criminal, evitando así la aplicación de un concurso real de delitos.
2. La aplicación del citado artículo 369 bis CP supone una pena de prisión de 9 a 12 años y una multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga para cada uno de los integrantes de la organización criminal, con independencia de la cantidad de droga que portase cada uno de ellos, pues es criterio jurisprudencial el responsabilizar a cada uno de los integrantes por el total de la droga incautada.
3. Si bien es cierto que esta pena estipulada en el artículo 369 bis CP será la base para la condena para cada uno de los individuos, en alguno de ellos existen circunstancias personales que modifican la responsabilidad de su conducta, agravándolas o atenuándolas.
4. En el caso de María Luisa, a esta pena del artículo 369 bis CP, se le aplica la atenuante por colaboración con las autoridades recogida en el artículo 376 CP. Dicha atenuante supone una rebaja en uno o dos grados (a criterio facultativo del Juez) de la pena.
5. La Doctora Elvira Gómez será juzgada también por un delito de tráfico de drogas mediante organización criminal, y a pesar de que no concurre en su conducta circunstancias personales que modifiquen la pena, debe tenerse en cuenta que se aplicará una pena accesoria que supone la inhabilitación especial de empleo de 3 a 10 años.
6. Alonso sí ve modificada su pena del artículo 369 bis CP por circunstancias personales, en concreto, el hecho de ser reincidente le supone la aplicación de la pena en su mitad superior.
7. En cuanto a Sebastián, además de la pena por su pertenencia en la organización criminal destinada al tráfico, debe apreciarse la presencia de un concurso real con un delito de falsedad documental castigado con una pena de 6 meses a 3 años de prisión y una multa de 6 a 12 meses; el cual comete cuando huye del país empleando un pasaporte falso.
8. Dichos delitos serán enjuiciados por la AP de Madrid por tratarse de un delito de una organización criminal destinada al tráfico de drogas la cual no actúa en diversas Audiencias, hecho que supone que no sea la AN la encargada del enjuiciamiento.
9. Por tanto, contra la sentencia de la AP de Madrid cabría recurso de apelación ante el TSJ; y ante la sentencia del TSJ cabría recurso de casación ante la Sala de lo Penal del TS.

10. En el seno de dicho proceso deberá tenerse en cuenta que la droga obtenida de la intervención quirúrgica efectuada a María Luisa sin su consentimiento no podrá constituir una prueba, pues se trata de una prueba ilícita, al ser obtenida mediante la vulneración de un derecho fundamental. Dicha vulneración de derecho fundamental puede ser objeto o no de indemnización según se considere que la propia ausencia de consentimiento del paciente constituya en sí un daño, o bien se considere que la ausencia de consentimiento sólo supone una negligencia (sin daño en este caso).
11. En cuanto a la situación de Sebastián, si este estuviese en Brasil habría que solicitar la extradición para su devolución a España, la cual se haría haciéndose valer de los textos existentes firmados por ambos países en torno a esa materia.
12. Si Sebastián se encontrase en un Estado miembro de la UE, la solución es mucho más rápida y directa, y consistiría en la emisión de una “euroorden”, que constituye el mecanismo de cooperación que mejor ejemplifica las situaciones de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de la UE.

ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

- ALONSO MOREDA, N., 2016. Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: la “euro-orden”, instrumento privilegiado de cooperación. Aranzadi. Thomson Reuters. Primera edición.
- ASECIO MELLADO, J. M.^a, 1989. Prueba prohibida y prueba constituida. Editorial Trivium. Madrid
- CANOSA USERA, R., 2006. El derecho a la integridad personal. Editorial Lex Nova. Valladolid. Primera edición.
- BELLIDO PENADES, R., 2001. La extradición en Derecho español (normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea). Editorial Civitas. Madrid. Primera edición.
- BELLO JANEIRO, D., GALLEGO DOMINGUEZ, I. GÁZQUEZ SERRANO, L. HERRERA DE LAS HERAS, R., MINGORANCE GOSALVEZ, M^a. C., TALMA CHARLES, J., 2009. Cuestiones actuales de responsabilidad civil. Editorial Reus. Madrid. Primera edición.
- CUERDA ARNAU, M.^a L., GORRIZ ROYO, E. y VIVES ANTÓN, T.S, 2014. Tráfico de drogas y delincuencia conexa. *La colaboración del imputado en los delitos de tráfico de drogas*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Primera edición.
- CEDEÑO HERNAN, M., 2010. La orden de detención y entrega europea: los motivos de denegación y condicionamiento de la entrega. Editorial Thomson Reuters. Madrid. Primera Edición.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.Á., 2007. La Prueba Ilícita Penal. Editorial Aranzadi. Pamplona. Cuarta edición.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., 2013. Transmisiones atípicas de droga. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Primera edición.
- FERNÁNDEZ ACEBO, M.^a. D., 2013. La tutela de los Derechos Fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano. A Coruña. Tesis Doctoral para acceder al Grado de Doctor en Derecho. <https://core.ac.uk/download/pdf/61909420.pdf>
- GIMENO SENDRA, V., 2018. Manual de Derecho Procesal Penal *Lección 6. Los presupuestos procesales del órgano jurisdiccional*. Editorial Castillo de Luna. Segunda edición.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO, N., 1990. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Editorial Colex. Madrid.
- JORGE BARREIRO, A., 1993. La prueba ilícita en el proceso penal. En: *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- JUDEL PRIETO, Á. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., 2011. Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Editorial Thomson Reuters. Sexta edición.

- LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., 2017. Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Tecnos. Madrid. Décima Edición.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., 2012. El tráfico de drogas y atipicidad de su tenencia. Editorial Bosch. Barcelona. Primera edición.
- MELLADO VALVERDE, J.A., 2015. Instrumentos Jurídicos y Operativos en la Lucha Contra el Tráfico Internacional de Drogas. Capítulo 27 *Instrumentos jurídicos y operativos de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas de carácter internacional*. Editorial Thomson Reuters. Pamplona. Primera edición.
- MONTERROSO CASADO, E., 2005. La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y reparación del daño. Ponencia presentada al “Premio Magistrado Ruiz Vadillo”. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Esther%20Moterroso.pdf>
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., 2010. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Segunda edición.
- PAZ RUBIO, J. M.^a, 1999. La Prueba en el Proceso Penal. Su Práctica Ante los Tribunales. Editorial Colex. Madrid.
- ROVIRA CANTÓ, M.P., 1992. La prueba ilegítimamente obtenida, Plan Provincial de Girona. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2015. Instrumentos Jurídicos y Operativos en la Lucha Contra el Tráfico Internacional de Drogas. Capítulo 5 *Problemas de interpretación de los tipos de organización criminal y grupo criminal estudio a la luz de la realidad criminológica y de la jurisprudencia*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona. Primera edición.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 114/1984 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC: 1984:114)
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 107/1985 de 7 de octubre (ECLI:ES:TC: 1985:107)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Recurso núm. 3725/1987 de 29 de marzo (ECLI:ES:TS: 1990:2943)
- España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal) Sentencia RJ 1990/2626 de 27 de marzo (ECLI: ES:TS: 1990:2842)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 969/1995 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS: 1995:4739)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1143/1995 de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS: 1995:6421)
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC: 1996:207)
- España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 950/1997 de 27 de junio (ECLI: ES:TS: 1997:4567)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1300/1997 de 23 de octubre (ECLI: ES:TS: 1997:6308)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1531/1997 de 1 de diciembre (ECLI: ES:TS: 1997:7262)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1/1999 de 21 de enero (ECLI:ES:TS: 2000:271)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 211/2000 de 17 de julio (ECLI:ES:TS: 2000:5958)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1889/2000 de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2000:9063)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2165/2001 de 11 de febrero (ECLI:ES:TS: 2002:863)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1803/2002 de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2002:7291)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 167/2003 de 30 de enero (ECLI:ES:TS: 2003:524)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 184/2003 de 7 de febrero (ECLI:ES:TS: 2003:768)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) Sentencia RJ 2004/3889 de 26 de febrero de 2004 (ECLI: ES:TS: 2004:1287)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 274/2004 de 31 de marzo (ECLI: ES:TS: 2004:2239)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 2012/2004 de 8 de octubre (ECLI: ES:TS: 2004:6330)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 871/2005 de 15 de marzo (ECLI:ES:TS: 2005:1609)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) Sentencia RJ 2005/4312 de 20 de abril de 2005 (ECLI: ES:TS: 2005:2446).

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) Sentencia RJ 2005/4902 de 9 de mayo (ECLI: ES:TS: 2005:2918)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 468/2006 de 27 de abril (ECLI:ES:TS: 2006:2587)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 840/2006 de 20 de julio (ECLI:ES:TS: 2006:4619)
- España. Tribunal Supremo (Sala de los Penal) Sentencia núm. 149/2007 de 26 de febrero (ECLI:ES:TS: 2007:2050)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 815/2007 de 5 de octubre (ECLI:ES:TS: 2007:6589)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 656/2008 de 2 de noviembre (ECLI: ES:TS: 2008:5967)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 817/2008 de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2008:7246)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 16/2009 de 27 de enero (ECLI:ES:TS: 2009:130)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 136/2009 de 10 de febrero (ECLI:ES:TS: 2009:967)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 580/2009 de 27 de mayo (ECLI:ES:TS: 2009:3610)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 954/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS: 2009:6233)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 589/2010 de 24 de junio (ECLI:ES:TS: 2010:3685)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 114/2011 de 21 de febrero (ECLI: ES:TS: 2011:1253)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 368/2012 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS: 2012:3714)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 322/2013 de 16 de abril. (ECLI:ES:TS: 2013:1941)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 695/2013 de 22 de julio (ECLI:ES:TS: 2013:4490)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 30/2018 de 19 de enero (ECLI:ES:TS: 2018:102)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 80/ 2019 de 12 de febrero (ECLI:ES:TS: 2019:410)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 170/2019 de 18 de marzo (ECLI:ES:TS: 2019:1098)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 183/2019 de 2 de abril (ECLI:ES:TS: 2019:1144)