



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

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

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Autor: Alejandro Caeiro Calvache

Tutora: María del Rocío Quintáns Eiras

CURSO ACADÉMICO: 2018-2019

Programa de Simultaneidad del grado en Administración y Dirección de Empresas y el grado en Derecho.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	ANTECEDENTES DE HECHO	5
III.	VÍA PROCESAL DE SUSTANCIACIÓN DE LOS DELITOS	6
1.	JURISDICCIÓN.....	6
2.	COMPETENCIA.....	8
IV.	CALIFICACIÓN PENAL DE LOS ACTOS	10
1.	ACTUACIONES DE MARÍA LUISA	11
1.1.	DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.....	11
1.2.	AGRAVANTE ESPECÍFICA: CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA	12
1.3.	CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	13
1.3.1.	CONFESIÓN.....	13
1.3.2.	COLABORACIÓN	15
2.	ACTUACIONES DE LA DOCTORA ELVIRA GÓMEZ	17
2.1.	DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.....	17
2.2.	DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL.....	19
2.3.	CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES	20
3.	ACTUACIONES DE ALONSO	23
3.1.	DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.....	23
3.2.	DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL.....	24
3.3.	CAUSA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL	25
3.4.	AGRAVANTE DE REINCIDENCIA	26
4.	ACTUACIONES DE SEBASTIÁN.....	27
4.1.	DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA.....	27
4.2.	DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL.....	27
4.3.	DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL.....	27
V.	EXTRADICIÓN	28
1.	EXTRADICIÓN ENTRE ESPAÑA Y BRASIL	29
2.	EXTRADICIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA..	30
VI.	INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA SIN CONSENTIMIENTO	32
1.	FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL.....	32
2.	ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	33
2.1.	INFORMACIÓN	33

2.2. CONSENTIMIENTO	34
3. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO	35
VII. PRUEBA ILÍCITA	38
VIII. ESTABLECIMIENTO DE LA PENA.....	42
IX. CONCLUSIONES	45
X. FUENTES.....	48
1. JURISPRUDENCIALES	48
2. LEGISLATIVAS.....	50
3. BIBLIOGRÁFICAS	51
XI. ANEXOS	53
1. INFORMES PERICIALES	53
1.1. ENTREVISTA AL DOCTOR ELÍAS RODRÍGUEZ COMESAÑA.....	53
1.2. ENTREVISTA A LA DOCTORA SONIA VEIRAS	55
2. EXTRACTO DE LA LISTA I DE LA CONVENCION ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES. INCLUSIÓN DE LA COCAÍNA	56
3. PRECIO MEDIO DE LA COCAÍNA EN EL MERCADO ILÍCITO	57
4. PRECIO MEDIO DE LA MARIHUANA EN EL MERCADO ILÍCITO.....	57

LISTADO DE ABREVIATURAS:

AP: Audiencia Provincial.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

INT: Instituto Nacional de Toxicología.

LAP: Ley de Autonomía del Paciente.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

OEDE: Orden Europea de Detención y Entrega.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

UDYCO: Unidad de Drogas y Crimen Organizado.

UE: Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN:

- DOCTORA VEIRAS: *Sinceramente, yo creo que en una situación de esas características no pediríamos el consentimiento a la paciente.*
- ALEJANDRO: *¿No?*
- DOCTORA VEIRAS: *Lo pondríamos en conocimiento del juez. Yo creo que en esta situación el consentimiento de la paciente no es válido desde ningún punto de vista, al tratarse de un problema legal, penado y con repercusiones sobre la salud de la paciente y sobre la salud pública.*
- ALEJANDRO: *Pero eso no le priva de su derecho a la integridad física...*
- DOCTORA VEIRAS: *También tenía un derecho a la integridad física cuando decidió ser intervenida para ponerse una prótesis cargada de droga. Si protege su integridad física en unos momentos tiene que protegerla en otros también.*

(Anexo 1)

El supuesto que fundamenta este trabajo suscita un dilema de trascendencia no exclusivamente jurídica, sino también moral. Mis años como estudiante del grado de Derecho me han enseñado a valorar la Ley desde una amplia perspectiva, aceptando que la búsqueda de la justicia requiere en muchos casos de una ponderación de los intereses afectados, a fin de determinar cuál es el bien mayor y qué principios han de guiar la conducta humana.

¿Cuál es alcance de los derechos sobre nuestro propio cuerpo? ¿Bajo qué situaciones es justificable una injerencia en los mismos? ¿Es la comisión de un delito razón suficiente para desatender las garantías constitucionales que acompañan a cada individuo? Estas son varias de las preguntas que tratarán de responderse a lo largo de este estudio, analizando las aportaciones de la doctrina y jurisprudencia de referencia y prestando especial atención a aquellos casos cuya naturaleza y circunstancias son análogas al que aquí se trata. Por otro lado, en un intento de aproximar el supuesto desde todas sus vertientes, se ofrecerá como anexo el contenido de las entrevistas realizadas a dos doctores que, por su conocimiento específico y experiencia, merecen la consideración de expertos en la materia.

Cobran aquí sentido las lecciones de Filosofía del Derecho, en las que se debatía fervientemente sobre la libertad de elección y la idea de ser dueño de uno mismo. Y es que no se trata de una cuestión baladí pues, en palabras de Sandler (2011), *si soy el dueño de mi cuerpo, de mi vida y de mi persona, debería ser libre de hacer lo que quiera con ellos (con tal de que no perjudique a otros)*. Él mismo avanzaba que *pese al atractivo de esta idea, cuesta abrazarla con todas sus consecuencias*.

Mi motivación para la elección de este caso es doble. Por un lado, la interrelación que se presenta entre el Derecho Penal y el Derecho Sanitario permite un acercamiento de mi carrera a la profesión médica que ejerce mi familia. Por otro, el Derecho Penal en sí mismo, como una de las áreas que me ha aportado un mayor enriquecimiento académico durante el grado e indudablemente una opción a considerar en mi vida profesional.

II. 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 presenció 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.

III. VÍA PROCESAL DE SUSTANCIACIÓN DE LOS DELITOS

1. JURISDICCIÓN:

Una primera cuestión de fundamental importancia en la resolución de este caso estriba en la determinación de los tribunales competentes para enjuiciar los hechos. La injerencia de un segundo país en los acontecimientos del día 15 de abril de 2018, hace necesaria la revisión de la jurisdicción española para el conocimiento del asunto.

Tal y como se detalla en los antecedentes de hecho, la acusada María Luisa, de nacionalidad colombiana, fue detenida en el control de pasajeros del aeropuerto Adolfo Suárez de Madrid, tras haber transportado la droga incautada desde Colombia. De ello se desprende una posible jurisdicción de dos países. Por un lado, Colombia, país donde se inició el delito y de cuya nacionalidad es la acusada. Por otro, España, Estado en el que tuvo lugar la detención y en donde trataba de comercializarse la sustancia ilícita.

Para esclarecer la posible jurisdicción de los tribunales españoles, es necesario acudir a lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Concretamente, el artículo 23 recoge una serie de supuestos en los que corresponde a la jurisdicción española el conocimiento de las causas en el orden penal. A efectos de este caso, el apartado cuarto del artículo en su sección i) reconoce la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de los hechos cometidos por extranjeros fuera

del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con miras a su comisión en territorio español¹.

Como la propia María Luisa confesó y fue probado, el tráfico de la droga tóxica hubiera tenido lugar en territorio español, operando a través de un grupo criminal, justificando la aplicación de este precepto.

Un motivo adicional para aludir a la jurisdicción de los tribunales españoles radica en el hecho de que el itinerario Bogotá-Madrid se realizase a bordo de la compañía aérea IBERIA que, siendo una aerolínea española², justifica la aplicación del primer apartado del artículo 23. El mismo dispone que *“en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”*.

En este sentido, resulta conveniente traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 17 de abril del año 2000 (RJ 2000\3710). Al igual que en el supuesto a tratar, dicha sentencia introduce el caso de un procesado de nacionalidad colombiana que fue detenido en el Aeropuerto de Madrid-Barajas tras haber transportado desde Bogotá 810 gramos de cocaína oculta en botellas de whisky. Es preciso destacar, en el fundamento jurídico segundo, el criterio utilizado por el Tribunal Supremo (en adelante TS) para determinar que el delito es susceptible de tipificarse según la ley española como de tráfico ilegal de drogas tóxicas. De acuerdo con el Tribunal, *“su consumación se integra por el mero hecho del transporte de la droga con finalidad de tráfico, no siendo necesaria la distribución de la droga en nuestro país, lo que constituye una fase ulterior de agotamiento de la acción delictiva, ya consumada con anterioridad”*. Por ello, el hecho de que María Luisa no pudiese distribuir la droga en España no implica que los tribunales españoles no ostenten la jurisdicción sobre el asunto, pues el simple transporte de la droga con miras a su tráfico en territorio español ya constituye por sí mismo la aplicación del precepto. La misma conclusión debe extraerse de la STS de 31 de enero de 1992 (RJ 1992\620) cuando se determina que *“la consumación no precisa se llegue a la efectividad del tráfico, sino que es bastante y eficiente para su perfección consumativa la tenencia o posesión de la droga con finalidad de tráfico”*.

Un argumento distinto fue aportado por la Audiencia Provincial (en adelante AP) de A Coruña en un caso que será recurrente a lo largo de este proyecto, debido tanto a su proximidad temporal y espacial como a la posibilidad de acceso a los actores implicados.

¹Del tenor literal del artículo 23 se desprende lo siguiente:

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

² La STS de 17 de abril del año 2000 (RJ 2000\3710) introduce, como motivo adicional para la justificación de la jurisdicción española, que *“el recurrente viajaba a bordo de aeronave española (art. 23.1 LOPJ), resultando igualmente competente la jurisdicción española”*.

La Sentencia de 23 de enero de 2019 (JUR 2019\45803) trata el proceso de una mujer de nacionalidad italiana que viajaba en un vuelo procedente de República Dominicana con destino Milán portando en el interior de su cuerpo varios cilindros de cocaína. Durante el vuelo, alguno de los cilindros se abrió y la sustancia tóxica fue absorbida por el organismo de la acusada, provocando que se quedase inconsciente y se procediese a un aterrizaje forzoso en la ciudad de Santiago de Compostela. La relevancia de este caso en la determinación de la jurisdicción radica en el fundamento jurídico primero de la AP, en el que se argumenta que la conducta delictiva se desarrolló entre otros lugares en territorio español, motivo suficiente para justificar la competencia de los tribunales españoles conforme al artículo 23.1 de la LOPJ.

En la misma línea, la STS de 23 de enero de 2015 (RJ 2015\590) argumenta que la competencia de los tribunales españoles se deriva no solo del principio de justicia universal que recoge el apartado cuarto del artículo 23, sino también del principio de territorialidad del 23.1. En palabras del TS, *“No se trata de un delito cometido exclusivamente en el extranjero, sino que atendiendo a la configuración típica del delito que se imputa (de simple actividad y de resultado cortado) aparecen incluidos en él una gran multiplicidad de conductas delictuales que permiten alumbrar de un único origen delictivo (exportación de drogas tóxicas) una pluralidad de concreciones delictivas en el desarrollo de ese proyecto inicial amplio, con desarrollo de operaciones en muy distintos países e incluso en el mismo país”*.

De un modo u otro, puede concluirse que la jurisdicción es propia de los tribunales de nuestro país, quedando por esclarecer el tribunal competente.

2. COMPETENCIA:

A efectos de determinar la competencia objetiva de los órganos de jurisdicción penal, es preciso acudir al Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM). En concreto, el artículo 14 establece cuáles son los órganos competentes para el conocimiento y fallo de los juicios según el tipo de delito del que se trate. Es por ello imprescindible acotar el delito que ocupa este caso.

Sin entrar aún a valorar la calificación penal de los actos realizados por los acusados, es ineludible apelar a la conducta delictiva que se enjuicia para dilucidar el órgano competente en el asunto. Así las cosas, el primer apartado del artículo 368 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), establece la pena que deberá aplicarse a delitos contra la salud pública por el tráfico de drogas tóxicas. El mismo sostiene que *“los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”*.

De lo anterior puede extraerse la siguiente conclusión: la causa en cuestión trata un delito al que la ley señala una pena privativa de libertad de duración superior a cinco años, lo que

justifica la aplicación del apartado cuarto del artículo 14 de la LECRIM. Así pues, el conocimiento y fallo de la causa en cuestión corresponderá a la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, que en este supuesto es Madrid.

Sin embargo, ¿cabría la posibilidad de que el enjuiciamiento de la causa correspondiese a otro órgano?

Para resolver esa cuestión resulta conveniente analizar lo dispuesto en el artículo 650 de la LOPJ, que recoge las circunstancias en las que el conocimiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En concreto, debe atenderse a la sección d) del apartado primero, la cual dispone que la Audiencia Nacional enjuiciará los delitos de tráfico de drogas o estupefacientes *“siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias”*. Cabe por tanto plantearse dos cuestiones: si los hechos delictivos se corresponden con la existencia de un grupo organizado y si se han producido los efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.

A estos efectos, el CP determina en su artículo 570 bis³ que una organización criminal será aquella formada por más de dos personas que tenga un carácter estable y en la que las funciones se repartan de manera coordinada. Los sujetos implicados en este caso son María Luisa, la doctora Elvira Gómez, Sebastián y Alonso. Además, tal y como fue descubierto por los agentes de la UDYCO, el modus operandi de los implicados respondía a una actuación coordinada en la que cada uno de los miembros realizaba funciones diferenciadas. Por todo ello, debemos concluir que el primer requisito del artículo 650 de la LOPJ se cumple.

En cuanto al segundo requisito, relativo a los efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias, debe entenderse desestimado. La razón radica en que, a pesar de que la droga procediese de Bogotá, el destino y la distribución de la misma se realizaba exclusivamente en territorio madrileño, por lo que el conocimiento de la Audiencia Nacional en este caso debe quedar descartado.

Es abundante la jurisprudencia que ha tratado el conflicto competencial entre ambos órganos. Como ejemplos significativos, puede hacerse mención del auto del TS de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018\98981), del auto del TS de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016\46307) o incluso de la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de enero de 2019 (JUR 2019\45803).

En definitiva, debe considerarse en este caso a la Audiencia Provincial de Madrid como órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa. Como caso paradigmático que apoya esta conclusión, introduzco aquí la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Barcelona de 9 de diciembre de 2013 (JUR 2014\30887), como sentencia precedente a la STS de 29 de octubre de 2014 (RJ 2014\5857), que constituirá un pilar fundamental en la resolución de este trabajo.

³ El segundo párrafo del apartado primero del artículo 570 bis del CP establece lo siguiente: *A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*

IV. CALIFICACIÓN PENAL DE LOS ACTOS:

En las cuestiones precedentes se realizó un breve preámbulo de la calificación penal de los actos llevados a cabo por María Luisa, la doctora Elvira Gómez, Sebastián y Alonso. Sin embargo, esta sección centrará su atención en la concreción de los delitos cometidos a fin de esclarecer y facilitar el ámbito de actuación de la justicia.

El eje en torno al cual debe girar la calificación penal de los hechos se ubica en el artículo 368 del CP⁴. El mismo constituye el tipo básico del tráfico de drogas, encuadrándose dentro de los delitos contra la salud pública del capítulo III del título XVII del código. Se configura así la salud pública como el bien jurídico a proteger, considerado de forma colectiva y diferenciándose de la propia e individual de cada sujeto (Frieyro Elícegui, 2017)⁵.

En este sentido, tanto doctrina como jurisprudencia califican los delitos relativos a las drogas tóxicas como delitos de peligro abstracto para el bien jurídico protegido, la salud pública (Acale Sánchez, 2002). La STS de 24 de octubre de 2007(RJ 2007\8131) continúa en esta línea argumentando que la salud pública “*se ve seriamente comprometida por los efectos más o menos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes*”. Por ello, justifica que “*el legislador ha adelantado las líneas de defensa de ese valor público y común, sancionando un amplio espectro de conductas que se declaran delictivas por el sólo hecho de poner en peligro la salud pública*”. Ello lleva a la conclusión de Acale Sánchez (2002), al afirmar que el binomio representado por el grado de peligro exigido y el bien jurídico protegido va a determinar la tipicidad de las conductas⁶.

Y es precisamente eso lo que se viene a determinar en este supuesto. La tipicidad de las conductas realizadas por los sujetos implicados. Conductas que de un modo u otro han supuesto un peligro abstracto para el bien jurídico que se trata de proteger, lo que justifica la punibilidad de los hechos. Sin embargo, es preciso atender a los actos realizados por cada uno de los acusados, así como a sus circunstancias personales, a fin de poder delimitar de manera adecuada la calificación penal.

⁴ De la redacción del artículo 368 del CP se desprende lo siguiente:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

⁵ Frieyro Elícegui precisa que la salud pública debe entenderse desde una perspectiva colectiva, de manera que “*la dimensión colectiva del bien jurídico protegido determina que el sujeto pasivo no sea la persona concreta, receptora y consumidora de la droga, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección por la norma*”.

⁶ Morant Vidal (2005) considera que para la realización del tipo no basta cualquier conducta que atente contra la salud pública, sino que es necesaria una lesión de la misma que sea penalmente relevante.

1. ACTUACIONES DE MARÍA LUISA

1.1. DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Para individualizar los actos cometidos por María Luisa, debe aludirse una vez más a los hechos probados que se detallan en los antecedentes de hecho, así como pormenorizarse cada uno de los elementos del caso.

Como elemento principal, se reitera la alusión previa a la comisión de un delito contra la salud pública, recogido en el artículo 368 del CP. De la información contenida en tal precepto, varios aspectos deben ser analizados.

En primer lugar, la conducta típica del 368 CP distingue a aquellos que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal. Tal y como fue reflejado anteriormente, el mero transporte de la droga por parte de María Luisa constituye por sí misma una conducta ajustada a la primera parte del precepto. De esta manera, la STS de 17 de abril del año 2000 (RJ 2000\3710) sostiene que *“su consumación se integra por el mero hecho del transporte de la droga con finalidad de tráfico, no siendo necesaria la distribución de la droga en nuestro país”*. Igualmente, la SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2013 (JUR 2014\30887), determina que la infracción *“se configura mediante el concurso de dos elementos, uno de naturaleza y carácter objetivos, que se concreta en la transmisión de la sustancia a terceros o en la posesión de la sustancia preordenada a esta transmisión, y, otro de índole subjetiva, consistente en el conocimiento de la cualidad de la sustancia y la voluntad de entregarla a un tercero”*. En el caso que nos ocupa, la presencia de esos dos elementos se constata en el proceder de la acusada, que portaba conscientemente la droga oculta en implantes mamarios con la intención de que posteriormente fuese extraída para su distribución.

Por otro lado, el precepto alude a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Resulta así fundamental esclarecer si la cocaína se ajusta a alguno de esos tres conceptos. Como refleja Arroyo Zapatero (2000), *el TS ha mantenido en sus pronunciamientos una total uniformidad en la concreción del objeto material mediante un criterio de definición rígida o “enumeración concreta”*.

De esta manera, debe acudir a los convenios internacionales sobre la materia para propiciar una correcta definición de las sustancias. En concreto, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 (en adelante Convención de 1988), hace referencia en su primer artículo a qué debe entenderse por estupefaciente y por sustancia psicotrópica. Así las cosas, la Convención de 1988 establece que *“Por «estupefacientes» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Anexo 2). De igual modo, “Por «sustancia sicotrópica» se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971”* (en adelante convenio de 1971).

¿Dónde se encuadra la cocaína? Como puede observarse en el anexo 1, la cocaína se ubica en la lista I de la Convención de 1961, por lo que a efectos de la Ley se trata de un estupefaciente y por ello su tráfico queda sujeto al delito contra la salud pública del artículo 368 del CP.

Un último aspecto a considerar en el artículo 368 es si la droga incautada constituye una sustancia o producto que causa grave daño a la salud. A pesar de la indeterminación normativa respecto al concepto de sustancia que causa grave daño a la salud (Arroyo Zapatero, 2000), tradicionalmente se distinguía entre drogas duras (donde se encuadraba la cocaína) y drogas blandas, si bien esta clasificación no continua en uso. Doctrina y jurisprudencia consideran que la presencia de una cantidad de droga no implica la existencia de un delito si no se acompaña de un cierto riesgo para el bien jurídico protegido (Mayán Santos, 2007). Es por ello que es fundamental la clarificación de los criterios para considerar si una cantidad de droga es insignificante para la creación de tal riesgo. En este sentido, el Informe del Servicio de Información Toxicológico del Instituto Nacional de Toxicología 12691 de 22 de diciembre del 2003 sirve como referencia para esclarecer los límites entre la tipicidad y atipicidad de las conductas al establecer las dosis mínimas psicoactivas⁷ de determinadas sustancias. Así las cosas, este informe fija la dosis mínima psicoactiva de la cocaína en 50 miligramos⁸, cantidad ampliamente superada por María Luisa al portar un total de 550 gramos de cocaína en sus dos prótesis mamarias.

1.2. AGRAVANTE ESPECÍFICA. LA CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA.

El segundo elemento a evaluar en relación a los actos cometidos por María Luisa es si la cantidad transportada se ajusta al concepto legal de “notoria importancia”. La sección quinta del artículo 369.1 del CP indica que se deben imponer las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 cuando la cantidad de las sustancias fuere de notoria importancia. Ello introduce la siguiente cuestión, ¿qué cantidad constituye la notoria importancia?

Para resolver el interrogante anterior, debe acudir al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala 2ª del TS de 19 de octubre de 2001. Tal y como detalla el propio Tribunal, el acuerdo viene acompañado de un cuadro, basado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología (en adelante INT) de 18 de octubre de octubre de 2001, en el que se recogen las cantidades que determinarán la aplicación de la agravante específica de la cantidad de

⁷ Cobra relevancia la STS de 28 de enero de 2004 (RJ 2004\1729) al considerar que *"los mínimos psicoactivos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión"*.

⁸ A esa cantidad se refieren numerosas sentencias del TS. Puede destacarse la STS de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004\2681), reflejando que *"los supuestos de cocaína no han suscitado controversia alguna, pues el dictamen del Instituto Nacional de Toxicología ha señalado como dosis mínima psicoactiva la de 50 miligramos, que coincide prácticamente con la que ya estaba manejando esta Sala para la aplicación del principio de insignificancia"*, o la STS de 12 de noviembre de 2009 (RJ 2010\120).

notoria importancia. En relación a la sustancia a analizar en este supuesto, la cocaína, el cuadro indica la cantidad de 750 gramos⁹ como la constitutiva de la aplicación del 369.1.5º del CP.

Sin embargo, un dato adicional debe ser considerado en relación a lo dispuesto por el pleno del TS. El punto segundo del acuerdo sostiene que *“para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del Hachís y de sus derivados”*.

De la información anterior cabe extraer dos conclusiones. Por un lado, la agravante específica de la cantidad de notoria importancia debe aplicarse a partir de los 750 gramos de cocaína. Por otro, el criterio para atender a dicha cantidad será el de la pureza de la sustancia, que será su base tóxica.

De acuerdo con los hechos probados, fueron extraídas dos bolsas de cocaína de las prótesis mamarias de María Luisa. 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. Sumando un total de 162.5 gramos de cocaína pura, la droga transportada por la acusada se encuentra lejos de alcanzar el límite establecido por el TS, por lo que no deberá aplicarse dicha agravante.

1.3.CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES:

1.3.1. CONFESIÓN:

Para determinar la posible existencia de circunstancias atenuantes en el supuesto, resulta conveniente remitirse a una sentencia del TS que tuvo por objeto unos hechos de naturaleza análoga al caso analizado. En concreto, la STS de 27 de mayo de 2015 (RJ 2015\2268) trae a colación el proceso contra una ciudadana de nacionalidad venezolana que fue detenida en el Aeropuerto Madrid-Barajas por portar dos implantes mamarios que contenían cocaína en su interior.

Lo relevante de la sentencia a efectos de este supuesto es la consideración de una atenuante muy cualificada por la confesión de la acusada. En efecto, los antecedentes de hecho revelaron que la procesada, a su llegada al aeropuerto, fue sometida a un cacheo superficial durante el cual manifestó la existencia de la sustancia estupefaciente en el interior de sus implantes mamarios. Dicha confesión fue realizada espontáneamente, sin que la funcionaria

⁹ El Pleno no jurisdiccional del TS establece que la agravante específica de la cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas se determina a partir de las quinientas dosis, relativas al consumo diario que recoge el informe del INT de 18 de octubre de 2001.

de policía que lo realizaba hubiese detectado la presencia de un elemento anómalo en su cuerpo y sin que se hubiese requerido un examen radiológico.

Es en este punto donde cabe aludir a lo dispuesto por el artículo 21 del Código penal¹⁰. Su apartado cuarto dispone que se considera como atenuante el hecho de que el culpable confiese a las autoridades su infracción antes de conocer que se dirige contra él un procedimiento judicial. La STS de 27 de mayo refleja la doctrina seguida por el Tribunal para apelar a este artículo. De esta manera, para apreciar la atenuante del 21.4 deben darse las siguientes circunstancias:

- a) *Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.*
- b) *El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.*
- c) *La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.*
- d) *La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.*
- e) *La confesión habrá de hacerse ante autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla.*
- f) *Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, debiendo entenderse que la iniciación de Diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación, necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial.*

Todos los requisitos se cumplían en el caso de la STS de 27 de mayo, ya que la acusada se confesó culpable del delito que cometió ante la funcionaria de policía, sin que ésta hubiese

¹⁰ Artículo 21 CP: *Son circunstancias atenuantes:*

1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.

3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

detectado indicio alguno de sospecha. Es por tanto evidente que la confesión se realizó de manera espontánea, con anterioridad al conocimiento de un proceso judicial dirigido contra la misma.

¿Qué diferencias pueden apreciarse en relación al supuesto objeto de estudio?

De los antecedentes de hecho cabe destacar las siguientes circunstancias:

1. El cacheo personal se realizó como consecuencia de las versiones contradictorias que prestó María Luisa en relación a sus motivos de viaje a España.
2. Durante el cacheo se observaron malformaciones e irregularidades en ambos senos de María Luisa.
3. Se realizó un examen radiológico en el que se detectó la presencia de elementos anómalos.

Cobra aquí especial importancia el apartado f) de la doctrina del TS para considerar la existencia de la atenuante por confesión. Conforme al mismo, la confesión debe realizarse con anterioridad al conocimiento de un proceso judicial dirigido contra el culpable, entendiéndose que las diligencias policiales ya integran por sí mismas la iniciación del procedimiento. Así las cosas, las diligencias policiales, *como meras actuaciones de investigación, necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial.*

De lo anterior se deduce la ausencia de un verdadero ánimo de confesión de los hechos. Dicha confesión no se realizó de manera voluntaria y espontánea sino que se produjo como consecuencia de la detección de algo extraño en la prueba radiológica. De este modo, el apartado f) de la doctrina del TS no se cumple, ya que María Luisa no confesó con anterioridad al comienzo de las diligencias policiales de investigación, sino con posterioridad a las mismas.

En definitiva, no es posible apreciarse en el supuesto la atenuante por confesión que recoge el artículo 21.4 del CP, ya que no se cumplen los requisitos necesarios para ello.

1.3.2. COLABORACIÓN:

Cuestión distinta a efectos de apreciar circunstancias atenuantes en el proceder de María Luisa es la consideración de una colaboración en la investigación de la UDYCO.

En este sentido, el primer apartado del artículo 376 del CP establece lo siguiente:

En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes

bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Una vez más, es preciso realizar un análisis detallado de los extremos del precepto. Un primer aspecto a tener en cuenta es el carácter discrecional de la aplicación del artículo. Es decir, quedará al libre arbitrio de los jueces o tribunales la imposición de una pena inferior en uno o dos grados. Sin embargo, tal discrecionalidad está sujeta a un requisito, el razonamiento en la sentencia de los motivos para la aplicación o inaplicación del precepto, tal y como exige el artículo 120 de la Constitución Española de 1978¹¹ (en adelante CE), haciéndose referencia a la gravedad de los hechos y justificándose la individualización de la pena impuesta¹². A ello se alude en la STS de 16 de noviembre de 2017 (RJ 2017\5343) en su fundamento jurídico cuarto, al determinar que “*Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley*”.

Un segundo aspecto del artículo 376 del CP, de fundamental importancia en este supuesto, es la necesidad de que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas. La mencionada STS de 16 de noviembre de 2017 (RJ 2017\5343) dedica su fundamento jurídico quinto a la resolución de este extremo. Al igual que en el caso objeto de análisis, la sentencia trata un proceso por tráfico de drogas en el que la colaboración del acusado condujo a la detención de otras personas implicadas. La cuestión a esclarecer era si tal colaboración era merecedora de la rebaja penal del artículo 376. Pues bien, tanto la anterior SAP de Madrid de 3 de marzo de 2017 (JUR 2017\100829) como la mencionada sentencia descartan la aplicación del artículo 376 porque los acusados no abandonaron voluntariamente sus actividades delictivas. En cambio, como detalla la SAP de 3 de marzo, “*lo cierto y real es que han colaborado de forma decisiva para descubrir la intervención en los hechos y para la detención de otras personas que constituían el eslabón sucesivo en la cadena delictiva*”. ¿Cómo debe calificarse esa actuación?

Descartada la aplicación del artículo 376, tanto la AP como el TS consideran conveniente la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.5, “*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del*

¹¹ Artículo 120 CE:

1. *Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.*
2. *El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.*
3. *Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*

¹² Las SSTS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8292) y de 5 de Junio de 2008 (RJ 2008\4079) consideran que no es suficiente una alusión a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad sino que es necesaria una explicación racional de la individualización y ejercicio de la pena impuesta.

procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral". A modo justificativo, la SAP de 3 de marzo sostiene que la colaboración activa y efectiva con la policía constituye un fundamento atenuatorio de especial intensidad, siendo *"una forma de reparación simbólica que enlaza con el fundamento de la atenuante prevenida en el artículo 21.5º del Código Penal"*. De esta manera, tanto la AP de Madrid como el TS consideran que el hecho de prestar una colaboración eficaz hace al acusado merecedor a un menor reproche penal *"por estar próxima, en relevancia, al comportamiento prevenido en el artículo 376 CP"*.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, deben analizarse separadamente las circunstancias presentes en el caso de María Luisa. En primer lugar, cabe recordar que María Luisa solo confesó que portaba cocaína en sus implantes mamarios cuando fue detectada la presencia *"de algo extraño"* en el examen radiológico. Además, la colaboración en la investigación de la UDYCO se produjo con posterioridad a su detención, una vez había sido descubierto su delito. De ello puede deducirse lo siguiente: María Luisa no abandonó voluntariamente sus actividades delictivas para colaborar con las autoridades, requisito esencial para apreciar la aplicación del 376 del CP.

En mi posición de Juez en este supuesto, debo llegar a la misma conclusión que el TS para descartar la aplicación del subtipo atenuado del artículo 376 del CP. Sin embargo, la colaboración de María Luisa, de fundamental importancia para detención de la doctora Elvira y Alonso y para la incautación de más de 10.000 gramos de cocaína, no puede quedar sin respuesta. Resulta por tanto adecuada la consideración de la atenuante prevista en el artículo 21.5º del CP ya que, mediante su colaboración con las autoridades, la acusada contribuyó a la reparación del daño causado.

2. ACTUACIONES DE LA DOCTORA ELVIRA GÓMEZ

2.1. DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

La calificación penal de los actos cometidos por la doctora Elvira Gómez requiere de una revisión de la figura delictiva contemplada en el artículo 368 del CP. A efectos de este artículo, la autoría del delito contra la salud pública abarca tanto a los que realicen actos de cultivo, elaboración o tráfico, como a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines. Dada la amplitud del tipo penal, cabe apreciar la utilización de un concepto extensivo de autor, tal y como sostienen la STS de 12 de enero de 2017 (RJ 20017\1002) o la STS de 15 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5165), entre otras.

Como fue detallado en los antecedentes de hecho, el proceder de la doctora consistía en la realización de intervenciones quirúrgicas a las *"mulas"* para extraer de sus senos las bolsas

donde se portaba la cocaína. A continuación, guardaba la droga en una habitación de la clínica para su posterior recogida por Sebastián.

¿Se ajustan tales hechos al concepto de autoría del artículo 368? Para responder a esta cuestión debe realizarse una correcta diferenciación de las figuras de coautor, cómplice y cooperador necesario, que aparecen reflejadas en los artículos 28¹³ y 29 del CP.

De acuerdo con la interpretación de Obregón García y Gómez Lanz (2012), la calificación de un sujeto como coautor precisa la existencia de un elemento objetivo, relativo a tomar parte en la ejecución del hecho, y un elemento subjetivo consistente en el mutuo acuerdo de los infractores para la comisión del delito. Según Pérez Alonso (1998) este elemento subjetivo puede servir de elemento delimitador de la figura de la coautoría y la complicidad, ya que es posible el favorecimiento de un hecho ajeno sin el acuerdo del autor.

En la misma línea, la STS de 15 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5165)¹⁴ considera que la complicidad *“se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto, y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación decisiva”*.

El dominio funcional del hecho puede apreciarse claramente en el proceder de la doctora. Por un lado en su dimensión objetiva, pues sus hechos promueven, favorecen y facilitan el consumo ilegal de estupefacientes, y en ausencia de los mismos, la operativa de la organización no llegaría a buen término. Por el otro, en su dimensión subjetiva, pues la doctora Gómez obró previo acuerdo con el resto de implicados, conforme al principio de división del trabajo (Pérez Alonso, 1998).

Sin embargo, es preciso subrayar que la participación de la doctora va más allá de la mera coautoría. Y ello se deriva de la calificación que se introducía en la argumentación de los tribunales competentes. Cabe apreciar, en este supuesto, la presencia de un grupo delictivo.

¹³ Artículo 28 CP:

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

¹⁴ Sentencia que trata la introducción en España de importantes cantidades de cocaína por vía marítima. En la misma se condena al recurrente como autor de los hechos en cuanto al delito contra la salud pública y por pertenencia a un grupo criminal.

2.2. DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL

De los antecedentes de hecho puede desprenderse que las actuaciones de los miembros implicados no respondían a la realización de un hecho delictivo concreto y determinado, sino que su conducta tenía por objeto la permanencia en el tiempo, esto es, la comisión continua e indeterminada de actos de tráfico de drogas. Este es el argumento utilizado por la STS de 15 de noviembre para decantarse por la apreciación de un grupo criminal, tal y como refleja en la siguiente frase: *“superando el mero concepto de meros coautores de los condenados, pues el relato fáctico establece claramente que el concierto entre los condenados supera rotundamente la realización de un hecho delictivo concreto o determinado, recayendo en una serie indeterminada, pero plural y estable, de actos de tráfico ilegal.*

La misma interpretación se sigue en la STS de 19 de febrero de 2018 (RJ 2018\1029), cuando afirma el tribunal que *“tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codeincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización”*. Así mismo, considera que *“lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica”*.

En el caso concreto de la doctora Gómez, sus actividades consistían en la extracción de la droga de los implantes mamarios de las “mulas” que llegaban a su consulta para su posterior entrega al también acusado Sebastián. Dado el extensivo concepto de autor que se desprende del artículo 368 del CP, puede concluirse una participación plural y estable en actos de tráfico ilegal de drogas, lo que justifica su pertenencia a una organización delictiva.

Es conveniente a continuación realizar una correcta diferenciación de las figuras de la organización criminal y el grupo criminal, recogidos en los artículos 570 bis¹⁵ y ter¹⁶ del CP respectivamente, a fin de poder precisar la conducta delictiva.

Si bien ambas figuras precisan de la unión de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos, la organización criminal requiere tanto de estabilidad temporal como de un

¹⁵ La definición de organización criminal se recoge en el artículo 570.1 bis del CP: *A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.*

¹⁶ La definición de grupo criminal se recoge en el artículo 570.1 ter del CP: *A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.*

reparto de funciones y tareas entre sus miembros, mientras que el grupo criminal podrá darse en ausencia de alguno de estos requisitos o de ambos.

Como fue indicado anteriormente, el modus operandi de los implicados respondía a una actuación coordinada en la que cada uno de los miembros realizaba funciones diferenciadas. Mientras que la doctora Gómez realizaba intervenciones quirúrgicas y utilizaba su clínica para el almacén de la droga, Sebastián y Alonso se dedicaban a la distribución de las sustancias. En cuanto al carácter estable o por tiempo indefinido, no puede afirmarse con certeza la vocación de permanencia en el tiempo. Si bien la información proporcionada por María Luisa permite apreciar que los hechos delictivos se realizaron en repetidas ocasiones, se desconoce el inicio aproximado de la supuesta organización, lo que debe llevar a una aplicación cautelosa de los preceptos penales. Así lo indica el TS en la sentencia de 19 de febrero de 2018 cuando expresa que *“debe evitarse que, [...], se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1º utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal”*. De igual modo, se hace referencia a la STS de 11 de noviembre de 2013 (RJ 2014\1213) y a la STS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2014\297) para apreciar el criterio jurisprudencial favorable a la calificación de las actividades delictivas como grupo criminal: *“Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter”*.

Así las cosas, a fin de evitar una interpretación extensiva del concepto de organización, debe apreciarse la existencia del tráfico de las sustancias tóxicas en el seno de un grupo criminal.

2.3.CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Por otro lado, no puede pasarse por alto en la calificación penal de los actos cometidos por Elvira Gómez la concurrencia de tres de las circunstancias agravantes que recoge el artículo 369.1 del CP.

En primer lugar, la circunstancia primera del precepto hace referencia a los actos cometidos por autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador obrando en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. Elvira Gómez es cirujana plástica de profesión, estando inscrita como colegiada, con el número NUM006, en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Además, se servía de su condición de cirujana plástica para llevar a cabo las conductas delictivas, pues su función consistía en la extracción de la droga de los implantes mamarios de las “mulas” para después almacenarla en su clínica privada. En consecuencia, la condición de facultativa de Elvira y la comisión de los hechos delictivos en el ejercicio de su profesión, justifican la aplicación de la agravante.

Así mismo, en conformidad con el punto tercero, los hechos fueron cometidos en un establecimiento abierto al público por la persona responsable del mismo. La doctora Gómez practicaba las intervenciones quirúrgicas en su clínica privada donde, además, guardaba la droga en una habitación aparentemente inutilizada, por lo que la aplicación de la agravante está justificada.

Por último, la cantidad de cocaína encontrada en la clínica ascendía a 10,657 Kilos (10.657 gramos), superando ampliamente la cuantía de 750 gramos que determina la aplicación de la agravante específica de la cantidad de notoria importancia. Ello se deduce a pesar de no haber constancia de un análisis específico de la pureza de la sustancia que, en base al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala 2ª del TS de 19 de octubre de 2001, debe ser el criterio empleado para su consideración.

Precisamente la cantidad de cocaína encontrada en la clínica trae a colación la posible apreciación de la agravante recogida en el artículo 370 del CP¹⁷. En concreto, el tercer apartado del precepto establece que se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando las conductas fuesen de extrema gravedad. En este sentido, el precepto aprecia la extrema gravedad en *“los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.”*

Para determinar si la cantidad de droga encontrada en la clínica se ajusta al concepto de extrema gravedad, debe precisarse lo que la jurisprudencia viene entendiendo por un exceso notable de la cantidad de notoria importancia. El acuerdo del TS de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009\34006) arrojó luz sobre este aspecto, como así se refleja al indicar que *“La aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) Referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en*

¹⁷ Artículo 370 CP:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.

3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia". En el caso de la cocaína, la cantidad resultante de multiplicar por mil la considerada como de notoria importancia asciende a 750.000 gramos, situándose así los 10.657 gramos incautados por debajo de la misma. Por ende, no procede la apreciación de este motivo.

Sin embargo, cuestión distinta es la consideración del motivo último del apartado pues, cuando concurren tres o más circunstancias de previstas en el artículo 369.1, cabe apreciar la extrema gravedad de la conducta. Siendo Elvira Gómez un facultativo que obraba en el ejercicio de su profesión, en un establecimiento abierto al público, y siendo la cantidad encontrada en su clínica de notoria importancia, la aplicación del precepto penal resulta oportuna.

En definitiva, tomando en consideración todo lo anterior, concurren en la acusada Elvira Gómez las siguientes circunstancias:

- Delito contra la salud pública recogido en el artículo 368 CP
- Subtipo agravado del artículo 369.1: facultativo en el ejercicio de su profesión.
- Subtipo agravado del artículo 369.1: establecimiento abierto al público.
- Subtipo agravado del artículo 369.1: cantidad de notoria importancia.
- Agravante del artículo 370.3 del CP: conducta de extrema gravedad.
- Delito por integración en un grupo criminal (570 ter CP).

Mención especial requiere la última circunstancia pues, descartando el tráfico de drogas en el marco de una organización criminal, la aplicación específica del artículo 369 bis¹⁸ del CP queda igualmente descartada. Así lo expresa Méndez Rodríguez (2014), indicando que "si

¹⁸Artículo 369 bis del CP:

"Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruple del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33."

*no se dieran los requisitos de la organización criminal, pero sí los del grupo criminal del art.570 ter, habría que aplicar un concurso de delitos y no de normas, porque el 369 bis claramente establece el subtipo agravado para la pertenencia a una organización criminal, no a un grupo”.*¹⁹

No es por tanto necesaria la aplicación de las reglas recogidas en el artículo 8 del CP²⁰ para la resolución de conflicto de normas que, de haberse apreciado la existencia de una organización criminal, hubiera sido conveniente por la concurrencia de la conducta de extrema gravedad representada en el artículo 370 del CP. Ello sí ocurría en la STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2015\1024) cuando se argumentaba que *“como quiera que también integran las acciones de los acusados el tipo penal del 368 en relación con el 370, ha de resolverse el conflicto de normas así planteado de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 8 del mismo Cuerpo legal , lo que nos lleva, por inaplicación de las anteriores (especialidad, subsidiariedad o consunción), a la de la regla 4ª de dicho precepto, es decir, aquella que resuelve el concurso optando por la aplicación del tipo más gravemente castigado, en este caso el del artículo 369 bis”*.

Lo que sí resulta necesario, empero, es una adecuada calificación de la pertenencia de Elvira Gómez a un grupo criminal en relación a los delitos cometidos por tráfico de drogas. Procede aquí un concurso real de delitos (Méndez Rodríguez, 2014), tal y como se detallará posteriormente en la aplicación penológica.

3. ACTUACIONES DE ALONSO

3.1. DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

La calificación penal de los actos cometidos por Alonso debe también encuadrarse en el dominio del mentado artículo 368 del CP. En efecto, sus actuaciones constituyen un delito por tráfico de drogas, promovándose y favoreciéndose de esta manera su consumo. No solo se encargaba el acusado de transportar la droga desde la clínica de la doctora Gómez al

¹⁹ Méndez Rodríguez analiza los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y los delitos de tráfico de drogas cometidos por personas que pertenecen a una organización delictiva. Detalla los conflictos normativos existentes a través de la perspectiva jurisprudencial.

²⁰ Artículo 8 del CP:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

lugar de las transacciones, sino que él mismo llevaba a cabo tales intercambios con plena conciencia de su ilicitud.

3.2. DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL

Del mismo modo cabe situar al acusado en el marco del aludido grupo criminal, pues no sólo llevaba a cabo funciones diferenciadas en concierto con Elvira y Sebastián sino que de su modus operandi se desprende la intencionalidad de cometer una pluralidad de actuaciones delictivas. Recordemos los argumentos esgrimidos por la STS de 19 de febrero de 2018, al afirmar que *“lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica”*. Tampoco puede desatenderse el hecho de que el acusado utilizase su coche propio para facilitar los desplazamientos de la cocaína, factor al que otorga peso la STS de 6 de abril de 2017 (RJ 2017\1372) para incardinar al acusado en un grupo criminal.

Entrando a valorar la cantidad de droga incautada en el domicilio de Alonso, es preciso atender nuevamente al criterio utilizado en base al Informe del Servicio de Información Toxicológico del Instituto Nacional de Toxicología 12691 de 22 de diciembre del 2003, que sirve como referencia para esclarecer los límites entre la tipicidad y atipicidad de las conductas al establecer las dosis mínimas psicoactivas de determinadas sustancias. Este informe fija la dosis mínima psicoactiva de la cocaína en 50 miligramos, cantidad superada por la cocaína encontrada en el domicilio de Alonso, pues se hallaron dos envoltorios con 1'385 gramos (74,52% de pureza) y 0'569 gramos (89,93% de pureza) respectivamente, junto a restos que alcanzaron los 0,033 gramos (86,19% de pureza). Por su parte, el informe fija la cantidad mínima psicoactiva de marihuana en 10 miligramos, también superada por los 25 gramos encontrados en su domicilio.

En cuanto a la determinación de la agravante específica de la cantidad de notoria importancia, se utilizará el criterio seguido por el TS a partir del Acuerdo del 19 de octubre de 2001, entendiéndose que *“para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del Hachís y de sus derivados”*. Así las cosas, la cantidad base de cocaína encontrada en el domicilio de Alonso asciende a 1,57 gramos, que dista mucho de los 750 gramos fijados para la consideración de la agravante. Tampoco alcanza la cantidad fijada la marihuana encontrada, pues se aleja de los 300 gramos que configuran la agravante. Sin embargo, tal y como se detalla en el establecimiento de la pena, la cantidad a considerar en los casos de pertenencia a un grupo criminal es la totalidad de lo incautado a los miembros del mismo, lo que implica que deba apreciarse la agravante específica de la cantidad de notoria importancia.

3.3. CAUSA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

Para esclarecer la posible existencia de circunstancias eximentes o atenuantes en el proceder de Alonso ha de aludirse a los artículos 20 y 21 del CP respectivamente, pues en ellos se contienen las causas que justifican la limitación de la responsabilidad criminal.

Comenzando por las circunstancias eximentes, debe centrarse la atención en el segundo apartado del artículo 20. El mismo contiene la exención de responsabilidad cuando *“al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*.

Una vez más ha de analizarse el engranaje del precepto a efectos de trasladarlo a las circunstancias del acusado. En primer lugar, el artículo precisa un estado de intoxicación plena al tiempo de cometer la infracción penal. La única referencia a este extremo se halla en las declaraciones de los vecinos del detenido, que afirmaron que Alonso *“siempre iba puesto”*. Pues bien, ni ello prueba la condición de drogadicto de Alonso ni mucho menos su intoxicación plena en el momento de los hechos. Además, la propia naturaleza de los delitos de tráfico de drogas en el seno de un grupo criminal descarta toda posible intoxicación *“que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*. En efecto, no es posible que el acusado se encontrase en un estado de intoxicación permanente que imposibilitase la comprensión de sus actos. Alonso era plenamente consciente de la ilicitud de sus actuaciones como así se deduce de los recortes de plástico, la agenda de notas y la báscula de precisión hallados en su piso. Se trataba, en definitiva, de una vocación de cometer una pluralidad de actuaciones delictivas, que no es compatible con la intoxicación plena que recoge el precepto.

Mayor detenimiento merece la circunstancia atenuante segunda del artículo 21 del CP, *la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior*. Nuevamente, el único indicio que lleva a considerar esta posibilidad se desprende de las alegaciones de los vecinos del acusado. No se llevó a cabo por los servicios sanitarios un análisis de orina que probase que Alonso era consumidor de cocaína ni existe informe pericial alguno que así lo demuestre. Incluso de resultar probado este extremo, es fundamental tener en cuenta que **la drogadicción, por sí misma, no implica la aplicación de la circunstancia atenuante**. Así lo refleja el TS en la STS de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010\6143)²¹, al afirmar que *“la condición de drogadicto no*

²¹ La STS de 25 de mayo de 2010 sintetiza los requisitos para la apreciación de la atenuante por drogadicción: requisito biopatológico (drogodependencia grave y que tenga cierta antigüedad), requisito psicológico

determina por sí sola, la aplicación de circunstancia alguna [...] al ser preciso la acreditación de la influencia de esa drogadicción en la capacidad de culpabilidad, máxime cuando -como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo- esta Sala, STS. 464/2008 de 2.7 (RJ 2008, 4186) -, tiene declarado que la aminoración de la imputabilidad por atenuante de drogadicción es subsumible en casos de "menudeo", pero que es de difícil concurrencia cuando se trata de grandes cantidades de droga en los que la dinámica fundamental es el negocio lucrativo y no la necesidad compulsiva de consumo". La información de la que se dispone en este caso debe llevar a tal conclusión pues la estructura del grupo en el que se integra el acusado solo puede responder a motivos lucrativos.

Además, la STS de 2 de abril de 2019 (JUR 2019\123544) realiza la siguiente aportación al respecto: *"Se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquélla. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando existe una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto, Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la licitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad)".* No son estas las circunstancias de Alonso pues, como se ha indicado, actuaba en concierto con los demás acusados en pleno conocimiento de su ilicitud y con fines estrictamente lucrativos; argumento que debe reforzar el hecho de que haya sido anteriormente condenado por un delito contra la salud pública.

3.4. AGRAVANTE DE REINCIDENCIA.

A efectos de determinar la aplicación de la agravante por reincidencia en las actuaciones de Alonso, es preciso acudir al artículo 22 del CP que, en su apartado octavo, establece que *"hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza"*. Tal y como aparece reflejado en los antecedentes de hecho, Alonso fue condenado ejecutoriamente mediante sentencia firme de fecha de 13 de enero de 2016 como autor de un delito contra la salud pública, por lo que sus circunstancias se ajustan a la aplicación del precepto penal.

Como soporte a esta interpretación, puede aludirse a la STS de 21 de octubre de 2013 (RJ 2014\457) o a la STS de 1 de abril de 2019 (JUR 2019\113185). Precisamente esta última sirve de apoyo para la clarificación de un aspecto relacionado con la reincidencia, la cancelación de los antecedentes penales. En la misma se apreció un error en la

(afectación de las facultades mentales), requisito temporal o cronológico (la afectación psicológica debe darse en el momento de la comisión delictiva) y requisito normativo (referente a la intensidad o influencia de la drogadicción en el sujeto).

consideración de la agravante por reincidencia al estar los antecedentes cancelados en virtud del artículo 136 del CP²². Éste permite la cancelación de los antecedentes penales cuando hayan transcurrido diez años, para las penas graves, sin haber vuelto a delinquir. Tratándose de un delito de pena grave, en conformidad con el artículo 33 del CP, Alonso no podría entrar en el marco del artículo 136, por lo que es necesaria la apreciación de la reincidencia.

4. ACTUACIONES DE SEBASTIÁN:

4.1. DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

La calificación penal de los actos cometidos por Sebastián requiere, al igual que en el caso de la doctora Gómez y Alonso, de la apreciación de un delito contra la salud pública recogido en el artículo 368 del CP. De esta forma, las transacciones realizadas en el parque del Oeste, tras la recogida de la cocaína en la clínica de la doctora Gómez, deben encuadrarse en el marco del precepto.

4.2. DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL

Por otro lado, debe considerarse a Sebastián como integrante del mentado grupo criminal en base a los argumentos esgrimidos en la calificación penal de Elvira y Alonso. Sus actos respondían a *“la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica”*, lo que justifica su integración en este colectivo.

4.3. DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL

Especial consideración requiere el hecho de que Sebastián lograra huir a Brasil empleando un pasaporte falso. Ello constituye la apreciación, en concurso con el delito contra la salud pública y grupo criminal, del delito de falsedad documental que recoge el artículo 392 del

²² Artículo 136.1 y 2 del CP:

1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos:

a) Seis meses para las penas leves.

b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.

c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.

d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.

e) Diez años para las penas graves.

2. Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

CP²³. El mismo determina en su apartado primero que *“el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*. Las dos primeras conductas del primer apartado del artículo 390 pueden ser trasladadas al caso de Sebastián pues, dependiendo del tipo de falsificación, pudo haber alterado un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial o simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

V. EXTRADICIÓN:

La huida a Brasil de Sebastián suscita una nueva cuestión en el supuesto, la denominada extradición activa. La CE introduce esta temática en su artículo 13, al determinar que *“la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad”*. Es por ello necesario esclarecer cuáles son los tratados existentes en la materia y su posible aplicación en el caso objeto de estudio.

En primer lugar, es menester acudir a las disposiciones de los artículos 824 y siguientes de la LECRIM, que centran su atención en el procedimiento para la extradición activa, esto es, la solicitud de extradición del Estado español a otro Estado. En este sentido, el artículo 824 establece, como punto de partida, que los Fiscales de las Audiencias y el del Tribunal Supremo deben pedir que el Juez o Tribunal proponga al Gobierno que solicite la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme. Igualmente, el artículo siguiente configura, como requisito necesario para la propuesta de extradición, la existencia de un auto motivado de prisión o de una sentencia firme contra el acusado. Esto último adquiere relevancia en el caso de Sebastián, pues sobre sus delitos aún no ha recaído sentencia firme.

Por su parte, el artículo 826²⁴ de la misma Ley permite la proposición de extradición en los casos de extranjeros que debiendo ser juzgados en España se refugien en un país que no sea

²³ Artículo 392 CP:

1. *El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciera uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.*

Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.

²⁴ Artículo 826 LECRIM:

Sólo podrá pedirse o proponerse la extradición:

1.º *De los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero.*

el suyo. Esta es la situación de Sebastián que, teniendo nacionalidad colombiana y refugiándose en Brasil, ha de ser juzgado en España por un delito contra la salud pública y de pertenencia a grupo criminal.

Por último, cabe hacer mención del artículo 827 de la LECRIM, pues establece la procedencia de la petición de extradición en los casos que determinen los Tratados vigentes, el derecho escrito o consuetudinario o el principio de reciprocidad. Pero, ¿existe un tratado sobre la materia entre España y Brasil?

1. EXTRADICIÓN ENTRE ESPAÑA Y BRASIL:

En respuesta al interrogante anterior, ha de afirmarse que existe un tratado bilateral de extradición entre España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988. Además, se ha firmado un Acuerdo sobre la simplificación de la extradición entre la República Federativa de Brasil, la República Argentina, la República portuguesa y España el 3 de noviembre de 2010 (publicado en el BOE en 2017).

El tratado de 1988 reconoce, en su artículo primero, la obligación recíproca de entrega *“de los individuos que estén sujetos a un proceso penal o hayan sido condenados por las autoridades judiciales de uno de ellos y se encontraren en el territorio del otro”*.

Por otro lado, el primer apartado del artículo 2 introduce el requisito de que la extradición responda a delitos con penas privativas de libertad superiores a un año, lo cual ha de verse cumplido en el caso de Sebastián. Del mismo modo, cabe destacar el apartado quinto del mismo artículo, cuyo tenor literal mantiene que *“la extradición cabrá igualmente en relación a los hechos previstos en acuerdos multilaterales, debidamente ratificados por ambos Estados”*. Es aquí donde ha de ubicarse la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por ambos Estados. Esta Convención recoge en su artículo sexto una base jurídica adicional para la extradición en delitos por tráfico de drogas, justificándola en este supuesto incluso en ausencia de un tratado particular entre Brasil y España. A tal Convención se hace referencia en el Anexo I del Acuerdo de 2010, en relación a la doble incriminación que recoge el artículo 3.

Sin embargo, el artículo IV.1 del Tratado de 1988 establece en su sección a) que no se concederá la extradición cuando el Estado requerido fuera competente según sus leyes para juzgar el delito. Este extremo fue abordado en la SAP de Guadalajara de 15 de noviembre

2.º De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron.

3.º De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.

de 2018 (ARP 2019\86) en la que, entre otras cuestiones, se discutía la posibilidad de la extradición del acusado desde Brasil a España²⁵. De los argumentos esgrimidos por la AP se desprende que el sujeto no debía ser extraditado a España en virtud del artículo 5.50 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. De acuerdo con tal precepto, ningún brasileño debe ser extraditado a solicitud del Estado requirente, lo que impedía en tal caso la extradición del acusado. No se dan las mismas circunstancias en el caso de Sebastián, pues su nacionalidad es colombiana y no brasileña, lo que impide la aplicación de este precepto constitucional.

En definitiva, tratándose de un ciudadano extranjero, Sebastián no puede acogerse al impedimento de extradición que recoge la Constitución brasileña. Ello, unido a la competencia de la jurisdicción española (en base a los argumentos desarrollados en el punto 2 de este trabajo) y a los preceptos presentes en los Tratados de los que España y Brasil forman parte, justifica la posibilidad de que Sebastián sea extraditado al Estado español.

2. EXTRADICIÓN ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA:

Si Sebastián hubiese logrado huir a otro Estado Miembro de la Unión Europea (en adelante UE), el procedimiento de extradición sería, en principio, más ágil. Esto se debe a la existencia de un modelo de cooperación judicial en el marco comunitario que permite la simplificación del proceso de extradición, otorgándole rapidez y eficacia. Se trata de la Orden Europea de Detención y Entrega (en adelante OEDE).

Cabe destacar, en primer lugar, la presencia de numerosos convenios sobre la materia que afectan a los países comunitarios. Pueden mencionarse el Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957 y ratificado por España el 21 de abril de 1982, en el que tienen cabida no sólo países de la UE sino también otros muchos extracomunitarios, o el procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995. Pero lo que aquí ha de primar es la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Este cuerpo legal dedica su título II a tratar la OEDE, propiciando el artículo 34 una definición de la misma: *“La orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores”*.

²⁵ La SAP de 15 de noviembre de 2018 trata un caso de gran repercusión mediática en España por el asesinato de cuatro personas a manos de un individuo de nacionalidad brasileña. Si bien el acusado se trasladó inicialmente a Brasil cuando fueron descubiertos los cadáveres, regresó con posterioridad a España para ser juzgado por los tribunales españoles.

¿En qué se diferencia, por tanto, el hecho de que Sebastián se refugie en un Estado miembro de la UE?

Las diferencias fundamentales con el proceso de extradición de Brasil se hallan en el preámbulo de la mentada Ley 23/2014. La principal divergencia consiste en la supresión del principio de doble incriminación, que sí está presente en el artículo 3 del Acuerdo de 2010 con la República Federativa de Brasil. De acuerdo con el preámbulo, lo que se busca es *“suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución”*. Es decir, en la OEDE no es necesario que el delito esté tipificado en los dos países implicados sino que se antepone el principio de reconocimiento mutuo en base a la confianza entre los Estados Miembros. Además, en conformidad con el artículo 20 de la Ley 23/2014, al tratarse de un delito de tráfico ilícito de drogas no habrá lugar a un control de la doble tipificación por los Jueces o Tribunales.

Además, si bien el Acuerdo de 2010 establecía en su artículo segundo el requisito de que los delitos estuviesen sancionados con penas privativas de libertad de duración máxima no inferior a un año, la Ley 23/2014 amplía tal condición, de manera que la duración máxima de la pena debe ser, al menos, de tres años (artículo 47). En este supuesto no supondrá ninguna diferencia pues Sebastián está acusado de un delito contra la salud pública con una pena cuya duración máxima es superior a los tres años.

Otra diferencia se halla en los plazos previstos en ambos supuestos. Si bien el artículo 9 del Acuerdo de 2010 sólo hace referencia a la agilidad y eficiencia en la sustanciación de las solicitudes de extradición, la OEDE, según el artículo 54 de la Ley 23/2014, se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia. De esta manera, el artículo 54 establece un plazo máximo para la adopción de una resolución firme de 10 días si media consentimiento y de 60 días en caso contrario. En cambio, del tenor literal del artículo 9 del Acuerdo de 2010 se desprende que *“las Partes se comprometen a sustanciar las solicitudes de extradición previstas en el presente Acuerdo de forma ágil y eficiente”*, sin la indicación de ningún plazo al respecto. Sí prevé un plazo, empero, para la entrega una vez concedida la extradición, que deberá efectuarse dentro de los 30 días siguientes a la decisión sobre la extradición.

En definitiva, en ambos supuestos se buscaría la tramitación de un procedimiento ágil y eficiente, facilitado por la colaboración en la materia de los Estados implicados. Sin embargo, puede concluirse que de haber huido a un Estado Miembro de la UE, los medios para devolver a Sebastián a España serían mayores.

VI. INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA SIN CONSENTIMIENTO:

Uno de los aspectos centrales del supuesto a analizar se configura en la intervención quirúrgica a la que fue sometida María Luisa sin que ésta prestase su consentimiento, verbal o escrito. En los próximos epígrafes se ofrecerá una visión detallada de los principios configuradores del consentimiento informado así como de la posible existencia de responsabilidades derivadas de su ausencia.

1. FUNDAMENTO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL.

El eje en torno al cual gira el consentimiento informado, su razón de ser, se fundamenta en el artículo 15 de la CE. De acuerdo con el mismo, *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”*.

Es por tanto la integridad física y moral el interés que se protege al constituir el consentimiento informado como un derecho humano fundamental. Así lo califica la STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3) al determinar que el mismo es *“consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”*. Igualmente, la STC de 27 de Junio de 1990 (RTC 1990\120) sostiene que *“se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”*.

Mención especial merece la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007 y cuya versión consolidada data de 7 de junio de 2016 (en adelante CDFUE), que reconoce en su artículo tercero²⁶ el derecho a la integridad física y psíquica de toda persona, proyectado en el marco de la medicina a través del consentimiento libre e informado.

²⁶ Artículo 3 CDFUE:

1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;

b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;

c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;

d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

2. ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO:

El artículo 3 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, de Autonomía del paciente (en adelante LAP), 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.*

De la información anterior cabe extraer dos elementos que componen el derecho al consentimiento informado. Por un lado, el derecho a recibir una información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas posibles, ya que solo de esa manera podrá prestarse libremente el consentimiento (Calvo Sánchez, Hernández Ramos, Martínez Gallego, Salvat Puig y Sanz Mulas, 2012). Por el otro, el consentimiento libre, como facultad de autodeterminación de las personas para decidir sobre su propio cuerpo, proyectado en la posibilidad de decidir sobre aceptar o rehusar una intervención médica. En palabras de Calvo Sánchez, Hernández Ramos, et al. (2012), *“el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención de otro”* de manera que *“la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica”*.

2.1. INFORMACIÓN

Para guiar el principio informador, es preciso acudir al artículo 4 de la LAP, que regula el derecho de los pacientes tanto a conocer la información sanitaria disponible que les concierna como a no ser informados de la misma. Igualmente, detalla que la información suministrada debe ser verdadera y que debe comunicarse de forma comprensible para los pacientes, siendo los profesionales que les atiendan durante un procedimiento concreto los también responsables de informarle.

Así mismo, el artículo 10 de la misma ley determina que en los casos en los que sea preciso recabar un consentimiento escrito del paciente, debe proporcionarse la siguiente información básica:

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

Pues bien, de los antecedentes de hecho se desprende fácilmente la ausencia de esta información en un procedimiento que, como se indica a continuación, precisa de la obtención del consentimiento escrito del paciente.

2.2. CONSENTIMIENTO

Centrando la atención en el artículo 8 de la mencionada LAP, debe tenerse en cuenta lo siguiente en relación a la prestación del consentimiento. Si bien por regla general se presta verbalmente, existen ciertos supuestos en los que deberá prestarse por escrito:

- En caso de intervención quirúrgica.
- En procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.
- En la aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El caso de María Luisa se ajusta claramente a dichos supuestos pues, tratándose de una intervención quirúrgica, merece una especial consideración.

Sin embargo, existen ciertas circunstancias en las que la Ley permite la limitación del derecho al consentimiento informado (Calvo Sánchez, Hernández Ramos, Martínez Gallego, Salvat Puig y Sanz Mulas, 2012):

- Cuando el paciente sea incapaz de entender la información proporcionada (deberá informarse a personas vinculadas a él), recogido en el artículo 5.3²⁷ LAP.
- Cuando se trate de un caso de necesidad terapéutica, recogido en el artículo 5.4 LAP.
- Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, recogido en el artículo 9.2 LAP²⁸.

²⁷ Artículo 5 LAP:

1. *El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.*
2. *El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.*
3. *Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
4. *El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.*
Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

²⁸ Artículo 9.2 LAP:

2. *Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Esta última circunstancia, de especial relevancia en el supuesto de hecho, se recoge tanto en el artículo 9.2 LAP como en el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (en adelante Convenio de Oviedo). En concreto, este precepto sostiene que *“cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada”*.

En vista de lo anterior, ¿se dieron en el caso de María Luisa estas circunstancias?, ¿está justificada la ausencia de su consentimiento informado?

3. RESPONSABILIDAD POR FALTA DE CONSENTIMIENTO

Los preceptos legales analizados, así como los informes periciales facilitados (**Anexo 1**), deben servir para el esclarecimiento de posibles responsabilidades médicas por la ausencia del consentimiento informado de la paciente.

Como soporte adicional para este caso, cabe destacar la STS de 29 de octubre de 2014 (RJ 2014\5857), que trata el recurso de casación de una mujer condenada por un delito contra la salud pública por portar dos bolsas de cocaína en el interior de sus implantes mamarios. Al igual que en este supuesto, la acusada fue detenida a su llegada al aeropuerto de Barcelona en un vuelo procedente de Bogotá y fue trasladada al hospital, donde se le practicó una intervención quirúrgica para extraer la cocaína de sus prótesis mamarias.

Lo que se discute en esta sentencia es si se vulneró su derecho fundamental al consentimiento informado. La sentencia precedente, dictada por la AP de Barcelona el día 9 de diciembre de 2013 (JUR 2014\30887), tomó en consideración el mencionado artículo 9 de la LAP para justificar la intervención quirúrgica practicada a la acusada sin que ésta prestase su consentimiento, verbal o escrito. De acuerdo con su pronunciamiento, *“en los*

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

casos de riesgo inmediato grave para la integridad física del enfermo los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su consentimiento, y en el presente caso resultaba patente el peligro para la salud inherente en el hecho de que una mujer lleve dentro de sus senos sendas bolsas con una cantidad importante de cocaína que le podía producir una grave intoxicación con consecuencias muy nocivas para su salud". Sin embargo, no tuvo en cuenta la Audiencia la segunda parte del precepto, que exige la obtención del consentimiento siempre que éste pueda recabarse. Así lo precisa la posterior STS de 29 de octubre, al indicar que "era necesario en principio el consentimiento pues la recurrente estaba en condiciones de decidir por sí".

Otra cuestión a esclarecer es si realmente existía un riesgo inmediato grave para la paciente. Si bien la STS de 29 de octubre no centra su atención en este extremo, lo cierto es que la acusada, al igual que en el caso de María Luisa, no se encontraba en una situación de urgencia, lo que refuerza la necesidad de obtener su consentimiento.

Cobra aquí relevancia el caso Bogumil contra Portugal, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) de 7 de octubre de 2008 (TEDH 2008\73). El mismo, de similares características al analizado, trata la intervención quirúrgica realizada a un hombre que portaba en su intestino una bolsa de cocaína, prestando éste solamente su consentimiento verbal. Lo determinante a efectos de la urgencia es que en este caso el riesgo de digestión de la cocaína era mayor, pues la bolsa llevaba en su cuerpo 72 horas y así lo presagiaban sus síntomas. En cambio, a pesar de la urgencia, la no obtención de su consentimiento derivó en la estimación de la demanda, concediendo al demandante 3.000 € en concepto de daño moral.

Extrapolando las tres anteriores sentencias al caso de María Luisa deben obtenerse las siguientes conclusiones:

- El estado de María Luisa, a pesar de constituir un riesgo grave para su salud, no era urgente. Ello se deriva de los informes facilitados por los doctores Rodríguez y Veiras (**Anexo 1**), calificando esta última el estado de María Luisa como de urgencia demorable en el tiempo.
- Incluso si se considerase urgente la situación, como sostiene la AP de Barcelona, la necesidad de recabar el consentimiento de María Luisa seguiría estando presente (artículo 9.2 LAP y 8 del Convenio de Oviedo), pues ésta se encontraba en condiciones de otorgarlo.

Por ello, debe concluirse que se ha vulnerado el deber de obtener el consentimiento informado de María Luisa, lo que en palabras de la STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481), constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*. En este sentido, *el incumplimiento de esta obligación legal convierte la actuación médica en no autorizada,*

por lo que cualquier daño producido como consecuencia de dicha intervención, que hubiera tenido que soportar el paciente al estar dentro del llamado riesgo permitido, deviene en ilícita y por tanto resarcible (Calvo Sánchez, Hernández Ramos, Martínez Gallego, Salvat Puig y Sanz Mulas, 2012).

¿Cabría apreciar responsabilidad médica por tal vulneración? Tres requisitos son necesarios para ello (Yebrá-Pimentel Vilar, 2012):

- 1º Un acto médico imprudente.
- 2º Un daño consistente en la pérdida de la vida o en la pérdida o alteraciones anatómicas o funcionales de una parte del cuerpo o lesiones psicológicas.
- 3º Una relación de causalidad entre el resultado dañoso y el comportamiento médico imprudente.

Ya se ha determinado la existencia de un acto médico imprudente como consecuencia de la vulneración del consentimiento informado de María Luisa. Sin embargo, para la apreciación de responsabilidad médica se exige igualmente un resultado lesivo para el paciente, lo cual es difícilmente apreciable en este supuesto. Así lo argumenta la STS de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008\1349), al considerar que *“el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la "lex artis" y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, pero obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”*. Mayor relevancia tiene si cabe la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323), que en su Fundamento de Derecho segundo establece que *“no debe olvidarse que si el resultado de esta intervención hubiera sido favorable, mejorando notablemente el estado de salud de la paciente, entonces la omisión o insuficiencia de la información previa habría sido irrelevante”*. Así, el TS considera que *“difícilmente cabe sostener la existencia de daño ni perjuicio alguno cuando el resultado global de la relación entre médico y paciente haya sido la significativa mejoría del estado de salud de este último; en definitiva, su beneficio en lugar de su perjuicio”*.

En base a la información médica aportada en los informes periciales, puede concluirse que el estado de salud de María Luisa fue mejorado significativamente por la intervención quirúrgica practicada, pues la permanencia de la droga en su implantes mamarios hubiera acabado derivando en su absorción, con los efectos nocivos que ello acarrea.

Así las cosas, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria entiende que si no se producen daños no habrá derecho a un resarcimiento derivado de responsabilidad civil (Monterroso Casado, 2005), por lo que María Luisa no podría en principio ser indemnizada. Otras sentencias, en cambio, han señalado que la ausencia de consentimiento informado origina por sí mismo un

daño²⁹. Entre ellas destaca la mencionada sentencia del TEDH (caso Bogumil contra Portugal), que acordó un resarcimiento de 3.000 € al demandante en concepto de daño moral. Esta es la línea que considero más apropiada para el supuesto, pues toda persona está amparada por un derecho fundamental a la integridad física y moral, que obliga a respetar, en el marco de la medicina, su consentimiento informado. Así lo refleja la STS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902), cuando considera que *“sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma”*. No puedo por tanto compartir la opinión de la doctora Veiras (**Anexo1**), toda vez que la comisión de un delito no priva al paciente de su derecho a ser informado y decidir libremente sobre su cuerpo, si bien la salud pública y el cumplimiento de la legalidad podrían primar en caso de que se negase a ser intervenida. En definitiva, la conducta de los médicos debe dar lugar a un resarcimiento por daños y perjuicios a María Luisa.

VII. PRUEBA ILÍCITA.

De los preceptos anteriores se han obtenido las siguientes conclusiones:

- 1º El consentimiento informado descansa en el derecho fundamental a la integridad física y moral, que recoge el artículo 15 de la CE.
- 2º Se ha vulnerado el derecho de María Luisa a otorgar un consentimiento informado.

Una vez confirmada la vulneración del derecho de María Luisa a otorgar un consentimiento informado, ha de determinarse una nueva cuestión, relativa a la consideración de las bolsas de cocaína extraídas de sus implantes mamarios como medio de prueba.

El punto de partida para resolver este extremo descansa en el artículo 11 de la LOPJ. El mismo establece, en su primer apartado, que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*³⁰. Se plantea por tanto un problema de ilicitud de la prueba obtenida, de manera que los

²⁹ Entre las sentencias que consideran que la ausencia del consentimiento informado es causante en sí misma de un daño a la libertad de elección del paciente, pueden mencionarse la STS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902), o la STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8690).

³⁰ Artículo 11 LOPJ

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

tribunales, en principio, no pueden tenerla en cuenta para basar en ella una sentencia condenatoria (Giner Alegría, 2008). En este sentido, el TC, en su sentencia de 2 de abril de 1998 (RTC 1998\81), afirma que *“al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia.”*

¿Deberían quedar por tanto las bolsas de cocaína obtenidas fuera de toda eficacia probatoria?

Doctrina y jurisprudencia, construyendo sobre la teoría norteamericana de los frutos del árbol envenenado³¹, ha discutido sobre la posible aplicación de una serie de excepciones que validan las pruebas obtenidas ilícitamente. Carece de sentido exponer aquí todas ellas pues no todas se ajustan a las circunstancias de este caso. Sin embargo, sí merecen cierto detenimiento la llamada **excepción del descubrimiento inevitable** y la excepción de la **confesión voluntaria e informada del inculpado** (Campaner Muñoz, 2015).

Con origen también en el TS de EEUU, la primera excepción permite la utilización de la prueba ilícita si se acredita que la misma se hubiera obtenido igualmente a través de medios legales independientes a la vulneración que posibilitó su obtención³² (Campaner Muñoz, 2015).

Resulta de interés para la sustentación de esta excepción su introducción en España a través de la STS de 4 de julio de 1997 (RJ 1997\6008), que trata el caso de un delito contra la salud pública por la transmisión y venta de heroína a terceros. En la misma se cuestionaba la validez de la condena, al basarse en pruebas obtenidas a través de intervenciones telefónicas sin la correspondiente orden judicial. Sin embargo, el TS validó la misma mediante la utilización de la doctrina del descubrimiento inevitable, pues la acusada estaba siendo objeto de vigilancia y seguimiento, lo que hubiera derivado en su descubrimiento por medios legales. Así lo expresa el TS al indicar que *“«inevitablemente» y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada, como se ha dicho, en un lugar público y sujeto a la vigilancia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada”*.

³¹ “The fruit of the poisonous tree doctrine” es una teoría de origen estadounidense que plantea la extensión de la ineficacia de la prueba obtenida ilícitamente a aquellas pruebas que, aun obtenidas de manera lícita, derivan de la prueba ilegal inicial (Miranda Estrampes, 2004). De esta manera, esta doctrina invalida la llamada *prueba refleja o derivada*. En este sentido, Campaner Muñoz (2015) indica que *“la exclusión de fuentes de prueba debía determinar no únicamente la prohibición de utilización directa, sino que también debía alcanzar a los frutos de la fuente de prueba ilícitamente obtenida (eficacia refleja de la prueba ilícita)”*.

³² Esta excepción se aplica en EEUU en los casos en los que la obtención ilícita de la prueba tiene lugar durante una investigación en marcha en la que tal prueba hubiera sido obtenida de todos modos mediante actuaciones policiales paralelas.

Más recientemente, en otro caso fundamentado en la ilicitud de las intervenciones telefónicas practicadas, la STS de 3 de abril de 2017 (RJ 2017\2367) llegó a una conclusión tajantemente opuesta a la mencionada con anterioridad. En la misma, la acusación reconocía la invalidación de las escuchas como prueba directa pero pretendía su validación como medio de investigación que permitiese la condena de los acusados por un delito contra la salud pública. Sin embargo, ante la falta de elementos que desvirtuasen la conexión de antijuricidad, el TS estimó el recurso de casación de los recurrentes. En su argumentación, sostenía que *“el pretender que el vacío de la acreditación de esas garantías en el curso de la investigación policial y judicial pueda solventarse con una mera renuncia a su operatividad como prueba directa de cargo, encubre soterradamente la privación de la tutela más elemental de los derechos fundamentales del ciudadano investigado”*. Consideraba así que *“prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y permitir su aprovechamiento indirecto, vacía la norma de contenido efectivo, pues la utilización de procedimientos inconstitucionales acaba indirectamente surtiendo efecto”*.

Con independencia de cuál sea la interpretación jurisprudencial más adecuada, cuya valoración será objeto de las conclusiones de este trabajo, lo cierto es que la excepción del descubrimiento inevitable no podrá aplicarse al caso que nos ocupa pues, como expresa Campaner Muñoz (2015), ésta sólo posibilita la utilización y aprovechamiento de la prueba derivada, pero no la prueba inicial inconstitucional. A ello cabe añadir la visión crítica y rechazo que muestra un importante sector doctrinal a la utilización de la excepción del descubrimiento inevitable. En palabras de Miranda Estrampes (2004), *“la excepción del descubrimiento inevitable autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales. En esta materia no podemos prescindir de la perspectiva que nos ofrece la sucesión temporal de los hechos acaecidos en la realidad, al margen de cualquier juicio hipotético más o menos probable que podamos sugerir”*. En definitiva, el hecho de que la droga extraída de las prótesis mamarias de María Luisa hubiese sido inevitablemente descubierta mediante la utilización de medios legales no justifica ni valida una injerencia en sus derechos constitucionales.

Por otro lado, la llamada excepción de la confesión voluntaria e informada del inculpado tampoco puede servir de sustento en este caso para la validación de la cocaína extraída como elemento probatorio. Si bien la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite romper la conexión de antijuricidad con el acto inicial ilícito (Miranda Estrampes, 2004), es igualmente cierto que esa declaración precisa de la reunión de una serie de requisitos, los cuales no se cumplen en el supuesto de María Luisa.

De los antecedentes de hecho se desprende que la acusada confesó a los agentes la presencia de la cocaína en sus prótesis mamarias, lo que derivó en su traslado al hospital Carlos III para la realización de la intervención quirúrgica controvertida. También se alude

a una posterior declaración ante los agentes de policía en la que explicó el modus operandi del resto de los acusados, lo que facilitó su detención. Sin embargo, no existe constancia alguna de las condiciones en las que tales declaraciones se llevaron a cabo. Nada parece indicar que se realizasen en presencia judicial y ni siquiera puede afirmarse que se realizasen en presencia de abogado, tal y como exige el artículo 17.3 de la CE³³.

¿Qué valor tienen entonces las declaraciones prestadas ante la policía? ¿Valida la confesión de María Luisa la utilización de las bolsas de cocaína como medio de prueba?

Para responder a estas cuestiones resulta esclarecedora la STS de 29 de abril de 2014 (RJ 2014\3597), que analiza la eficacia probatoria de las declaraciones prestadas ante la policía cuando las mismas fueron rectificadas en juicio oral. El punto de partida del TS es la valoración del alcance del artículo 714 de la LECRIM. De acuerdo con este precepto, cuando existan diferencias o contradicciones entre las declaraciones prestadas en el sumario y en juicio oral, puede pedirse la lectura de éstas por cualquiera de las partes y se invitará a que se expliquen las diferencias entre tales declaraciones. Tal y como clarifica el tribunal, *cuando se trata de declaraciones policiales no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714 pues no han sido prestadas ante el juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas*". En este sentido se alude a dos sentencias del TC (RTC 1995\51 y RTC 2003\206) en las que se posicionó manifestando que *"las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil ... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria"*. Sin embargo, sí que se otorga peso a tales declaraciones como elemento indiciario, que no probatorio, que pueda constituir el inicio de una investigación, como ha ocurrido en este caso con la colaboración de María Luisa en la detención de Alonso y Elvira Gómez.

³³ Artículo 17 CE:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

En definitiva, cabe concluir que la confesión prestada por María Luisa ante los agentes de la UDYCO, tanto la realizada en el aeropuerto como la posterior a su intervención quirúrgica, carecen de eficacia probatoria al no haber sido prestadas en presencia judicial. Sin embargo, si tales declaraciones se mantuviesen en el juicio oral, prestadas libre y voluntariamente bajo garantía de sus derechos, la confesión entraría en el dominio de la excepción a la invalidez de la prueba obtenida ilícitamente y la cocaína extraída de sus implantes mamarios podría ser utilizada como medio de prueba. Sería así justificable el argumento de Miranda Estrampes (2004) al sostener que *“esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental”*.

Mi labor en el análisis de este supuesto ha de consistir en valorar exclusivamente los datos existentes, con independencia de lo que podría o no podría suceder en un futuro hipotético. Por ello, en base a todos los argumentos expuestos con anterioridad, me veo obligado a inadmitir como medio de prueba las bolsas de cocaína obtenidas vulnerando el derecho fundamental de la acusada a su integridad física y moral, y ello aún a sabiendas de su importancia como elemento principal de cargo.

VIII. ESTABLECIMIENTO DE LA PENA:

Todos los elementos del caso analizados hasta el momento han de conducir a la resolución final del mismo, a su “sentencia”. El establecimiento de la pena constituye, por tanto, la consecuencia directa de la calificación penal de las actuaciones de los acusados, teniendo en cuenta las pruebas obtenidas así como las circunstancias modificativas de responsabilidad.

María Luisa

Comenzando por la acusada que ha generado mayor controversia, varios elementos deben ser considerados para la individualización de la pena. En primer lugar, si se atendiese en exclusiva a la calificación penal precedente, debería condenarse a la acusada como autora de un delito contra la salud pública contemplado en el artículo 368 del CP, en concepto de sustancias que causan grave daño a la salud, sin que quepa apreciar las circunstancias modificativas de responsabilidad penal que recogen los artículos 369.1, 21.4º y 376 del CP; si bien sí podría haber lugar a la atenuante muy cualificada prevista en el artículo 21.5º. Ello conduciría, de no haber otros factores implicados en el supuesto, al establecimiento de

una pena de 2 años de prisión³⁴, en conformidad con las reglas previstas en los artículos 66 y 70 del CP, así como al pago de una multa de 32.615 € (**anexo 3**)³⁵, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Sin embargo, esta calificación no puede ser utilizada en el presente caso, pues la cocaína incautada, principal prueba de cargo en contra de María Luisa, debe ser considerada ilícita al haber sido obtenida vulnerando su derecho fundamental a la integridad física y moral. En consecuencia, la acusada debe quedar absuelta de toda pena.

Elvira Gómez

En base a los argumentos esgrimidos en la calificación penal, debe condenarse a la acusada por un delito contra la salud pública recogido en el artículo 368 CP, en concepto de sustancias que causan grave daño a la salud, con tres de los subtipos agravados del artículo 369.1: facultativo en el ejercicio de su profesión, establecimiento abierto al público y cantidad de notoria importancia. Ello deriva en la aplicación de la agravante específica del artículo 370.3º del CP, debiendo imponerse una pena de 9 años de prisión³⁶, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo³⁷ y multa de 1.264.410 €³⁸ (**anexos 3 y 4**), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Así mismo, si bien en el caso de María Luisa no concurren las circunstancias que permiten apreciar su pertenencia a un grupo criminal, no ocurre lo mismo en la situación de la doctora Gómez. Por ello, en conformidad con las reglas del artículo 73 del CP, debe condenarse igualmente a Elvira Gómez por un delito de pertenencia a un grupo criminal, previsto en el artículo 570 ter del CP, a 2 años de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo.

³⁴ La consideración de la atenuante muy cualificada del 21.5 del CP supone la apreciación del artículo 66.1.2ª del CP para la aplicación de la pena inferior en grado. En este sentido, acudir a la SAP de Madrid de 3 de marzo de 2017 (JUR 2017\100829).

³⁵ Cálculo en base al informe del Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA), que mide los precios medios de la cocaína en el mercado ilícito. A falta de un informe correspondiente al año 2018, se utiliza el precio medio de la cocaína en 2017. Se considera el precio que hubiera alcanzado la cantidad de 550 gramos de cocaína en el mercado ilícito, en conformidad con el artículo 368 del CP.

³⁶ Se aplica la pena superior en grado a la señalada en el artículo 368 del CP, de acuerdo con el artículo 370 del CP y en conformidad con las normas establecidas en el artículo 70 del mismo texto legal.

³⁷ Se toma como referencia la STS de 26 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5364).

³⁸ Como integrante de un grupo criminal, el cálculo de la multa se realizará atendiendo al total de la droga incautada a los miembros del mismo. En consecuencia, deben considerarse 10.658,95 gramos de cocaína y 25 gramos de marihuana, cuyo precio en el mercado ilícito ascendería a un total de 632.075,97€ y 129€ respectivamente. En conformidad con el artículo 369 del CP, se impondrá una multa del duplo de la cantidad incautada, lo que resulta en el importe expuesto.

Alonso:

Del mismo modo, debe condenarse a Alonso como autor de un delito contra la salud pública recogido en el artículo 368 del CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la agravante específica de la cantidad de notoria importancia del artículo 369.1.5ª del CP, sin que concurren circunstancias atenuantes de su responsabilidad penal. Por ello, se impone una pena de 8 años de prisión³⁹, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 369 del CP, así como una pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo y una multa de 1.264.410 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Igualmente se condena al acusado a una pena de 2 años de prisión por un delito de pertenencia a un grupo criminal (artículo 570 ter del CP), con la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo.

Sebastián:

En el caso de hacerse efectiva su extradición, Sebastián sería condenado por un delito contra la salud pública, con la agravante específica del artículo 369.1.5ª del CP, a la pena de 7 años de prisión⁴⁰, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo y al pago de 1.264.410 € de multa, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Así mismo, sería condenado a una pena de 2 años de prisión por un delito de pertenencia a un grupo criminal, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo por el mismo tiempo.

Por último, debe condenarse a Sebastián por un delito de falsedad documental recogido en el artículo 392 del CP a una pena de 2 años de prisión, que procederá aplicarse en concurso con los otros delitos mencionados.

³⁹ Si bien el artículo 66.1.3ª del CP determina la aplicación de la pena en su mitad superior cuando concurren dos circunstancias agravantes (que equivaldría a 4 años y seis meses en este delito), el artículo 369 del CP configura específicamente la pena superior en grado cuando concurren las circunstancias expuestas en el mismo. En apoyo de esta aplicación, se alude nuevamente a la STS de 26 de noviembre de 2018.

⁴⁰ Al igual que en el caso de Alonso, lo dispuesto en el artículo 369 del CP determina la aplicación de la pena superior en grado. Sin embargo, no concurriendo en Sebastián la circunstancia agravante de reincidencia, el reproche penal ha de ser menor.

IX. CONCLUSIONES:

Primera

La jurisdicción en este supuesto le corresponde a los tribunales españoles en virtud tanto del principio de justicia universal como del principio de territorialidad, al tratarse de delitos cometidos en territorio español. Concretamente, será la Audiencia Provincial de Madrid el órgano competente para enjuiciar los hechos.

Segunda

María Luisa es autora de un delito contra la salud pública, no habiendo lugar a la apreciación de las circunstancias modificativas de responsabilidad por confesión y colaboración. Sin embargo, sí puede apreciarse una atenuante por reparación del daño causado.

Tercera

Elvira Gómez es autora de un delito contra la salud pública en concurso real con el delito de pertenencia a un grupo criminal. Así mismo, concurren en la acusada los subtipos agravados de facultativo en el ejercicio de su profesión, establecimiento abierto al público y cantidad de notoria importancia.

Cuarta

Alonso es autor de un delito contra la salud pública en concurso real con el delito de pertenencia a un grupo criminal. Concorre en él la agravante de reincidencia y la agravante específica de la cantidad de notoria importancia. No concurren circunstancias atenuantes de responsabilidad penal.

Quinta

Sebastián es autor de un delito contra la salud pública en concurso real con el delito de pertenencia a un grupo criminal y el delito de falsedad documental. Concorre en él la agravante específica de la cantidad de notoria importancia.

Sexta

En virtud de los tratados existentes entre España y Brasil, Sebastián podrá ser extraditado al Estado español. De haberse refugiado el acusado en un Estado Miembro de la Unión Europea, el procedimiento sería más ágil y sencillo.

Séptima

Se ha vulnerado el derecho fundamental de María Luisa a otorgar un consentimiento informado. Ello deriva en la ilicitud de las bolsas de cocaína como medio de prueba y consecuentemente en la absolución de la acusada.

En una sociedad democrática, el fin no justifica los medios, ni siquiera cuando el fin es tan loable, y a veces tan tentador, como el castigo de quien a todas luces — y sombras en ocasiones— aparece como culpable de un hecho delictivo.(Eusamio Mazagatos, Sánchez Rubio, 2016).

En todo trabajo, las conclusiones deben ser un reflejo de lo que el autor ha aprendido. De los conocimientos adquiridos, de sus convicciones y lo que es más importante, de sus dudas. Porque algunos problemas no tienen fácil solución. Algunos problemas deben llevar a un ejercicio de reflexión, a cuestionarse ese concepto abstracto que constituye la justicia. Comencé este estudio preguntándome si la comisión de un delito es motivo suficiente para eludir los derechos fundamentales que acompañan a cada persona, “el precio de la verdad” en palabras de Eusamio Mazagatos y Sánchez Rubio (2016). Y aunque en visión de todo lo expuesto la respuesta se muestre evidente, no puedo sino mantener cierto recelo al respecto. Puede que lo más acertado sea, como ya anticipaba Miranda Estrampes (2004), extremar la prudencia en cada caso concreto.

Varias son las cuestiones que debo resucitar en estos últimos párrafos, pues son éstas las que suscitan una mayor controversia en el supuesto analizado.

En primer lugar debe atenderse a la integración de un grupo criminal por de tres de los acusados. ¿Realmente merecen tal consideración? ¿No se ajusta su conducta a los requisitos propios de la organización criminal? La primera incógnita ha de resolverse reiterando el criterio utilizado por el Tribunal Supremo. Lo determinante para la existencia de un grupo u organización criminal es la vocación de cometer una pluralidad de actuaciones delictivas. Existen elementos probatorios suficientes para concluir que los acusados no se reunieron para la comisión de un hecho delictivo concreto, sino que su conducta responde a los caracteres de estabilidad e indeterminación. Más discutible es mi inclinación por el grupo criminal pues, en atención a lo dispuesto en el artículo 570 bis del CP, podrían reunirse fácilmente los requisitos propios de una organización delictiva. Sin embargo, he intentado dar un paso más en este aspecto. En línea con el razonamiento del Tribunal Supremo, he tratado de evitar una interpretación extensiva del concepto de organización, buscando ponderar adecuadamente las características de este caso en relación a otros de mayor gravedad y alcance territorial.

Paralelamente cabría preguntarse por el motivo de la separación de María Luisa del marco del grupo criminal. Pues bien, si en los otros acusados la vocación para cometer una pluralidad de delitos resultaba patente, no existen indicios suficientes para afirmarlo en su caso concreto, lo que debe conducir a la irremediable exclusión de esta figura delictiva.

Por último, el eje central de este estudio descansa en la ineficacia de la prueba ilícita, como motivo ineludible para la absolución de la acusada. Ilícita porque, como se detalló con anterioridad, la falta del consentimiento informado solo es justificable en situaciones de urgencia o riesgo inmediato grave para el paciente, en las que no es posible obtener su consentimiento. No tratándose de un estado de urgencia y siendo posible la obtención de su consentimiento informado, la prueba se obtuvo a todas luces vulnerando el derecho fundamental de la acusada a su integridad física.

¿Debe la vulneración de un derecho fundamental suponer la absolución de María Luisa? Como anticipaba anteriormente, debo confesar mi inquietud en este extremo. Ciertamente, resulta complejo aceptar que el incumplimiento de un procedimiento sanitario tenga como consecuencia la exoneración de una persona culpable. Y más aún cuando, a mi juicio, existen dos elementos que podrían justificar la validez de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales: la excepción del descubrimiento inevitable y la confesión de la acusada. Por un lado, resulta evidente que de haberse solicitado el consentimiento de la paciente, éste se hubiera podido obtener, bien mediante su propia voluntad o mediante autorización judicial. Pero es igualmente cierto que doctrina y jurisprudencia se muestran reticentes a aceptar este argumento, principalmente debido a su carácter hipotético. Tampoco podrá validarse la prueba ilícita sobre la base de la confesión de María Luisa, pues ésta no fue prestada en presencia judicial. Ello implica que, de no ser ratificada tal confesión en juicio, deba desestimarse como elemento probatorio.

En definitiva, todos los medios que podrían encauzar una posible sentencia condenatoria han fallado. Un culpable confeso debe ser exonerado de toda culpa. El proceso penal no se muestra eficaz y no puedo evitar plantear mis dudas al respecto. Porque un excesivo garantismo se dibuja aquí como un arma de doble filo que impide que se llegue a la solución que me dicta la moral. Y aunque el efecto psicológico de la prueba ilícita adquiriera en mí su máxima expresión, soy consciente de que la recompensa es la salvaguarda de la presunción de inocencia y de un proceso con todas las garantías. Puede que en este supuesto no se haya podido obtener la solución idónea, pero son precisamente esas garantías las que permiten el correcto funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico.

X. FUENTES:

JURISPRUDENCIALES:

TRIBUNAL SUPREMO:

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia de 31 de enero de 1992 (RJ 1992\620)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 974/1997 de 4 de julio (RJ 1997\6008)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1140/1997 de 16 diciembre (RJ 1997\8690)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 661/2000 de 17 abril (RJ 2000\3710).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 3/2001 de 12 de enero (RJ 2001\3).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Acuerdo de 19 octubre 2001 (JUR 2002\77558).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1982/2002 de 28 enero (RJ 2004\1729).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 298/2004 de 12 marzo (RJ 2004\2681).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª). Sentencia de 9 mayo 2005 (RJ 2005\4902).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 861/2007 de 24 octubre (RJ 2007\8131)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 976/2007 de 22 noviembre (RJ 2007\8292)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª) Sentencia de 1 febrero 2008 (RJ 2008\1349)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 349/2008 de 5 junio (RJ 2008\4079)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Acuerdo de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009\34006)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª). Sentencia núm. 2/2009 de 21 enero (RJ 2009\1481)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 478/2009 de 30 junio (RJ 2009\4323)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 1168/2009 de 12 noviembre (RJ 2010\120)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) Sentencia núm. 457/2010 de 25 mayo (RJ 2010\6143)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 859/2013 de 21 octubre (RJ 2014\457)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 855/2013 de 11 noviembre. (RJ 2014\1213)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 950/2013 de 5 diciembre. (RJ 2014\297)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 374/2014 de 29 abril (RJ 2014\3597)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 700/2014 de 29 octubre (RJ 2014\5857)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 906/2014 de 23 diciembre (RJ 2015\1024)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 101/2015 de 23 febrero (RJ 2015\590)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 313/2015 de 27 mayo (RJ 2015\2268)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Auto de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016\46307)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 990/2016 de 12 enero (RJ 2017\1002)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia de 3 abril 2017 (RJ 2017\2367)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 254/2017 de 6 abril (RJ 2017\1372)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 738/2017 de 16 noviembre (RJ 2017\5343)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª) Sentencia núm. 86/2018 de 19 febrero (RJ 2018\1029)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Auto de 22 de marzo de 2018 (JUR 2018\98981)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 559/2018 de 15 noviembre (RJ 2018\5165)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 173/2019 de 1 abril (JUR 2019\113185)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, sección 1ª). Sentencia núm. 183/2019 de 2 abril (JUR 2019\123544)

AUDIENCIA PROVINCIAL:

España. Audiencia Provincial de Barcelona (sección 3ª). Sentencia núm. 964/2013 de 9 diciembre (JUR 2014\30887)

España. Audiencia Provincial de Madrid (sección 30ª). Sentencia núm. 146/2017 de 3 marzo (JUR 2017\100829)

España. Audiencia Provincial de Guadalajara. Sentencia núm. 3/2018 de 15 noviembre (ARP 2019\86)

España. Audiencia Provincial de A Coruña (sección 6ª). Sentencia núm. 1/2019 de 23 enero (JUR 2019\45803)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 120/1990 de 27 de junio (RTC 1990\120)

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 51/1995 de 23 febrero (RTC 1995\51)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 81/1998 de 2 abril (RTC 1998\81)

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 154/2002 de 18 julio (RTC 2002\154)

España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 206/2003 de 1 diciembre (RTC 2003\206)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Francia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección 2ª). Caso Bogumil contra Portugal. Sentencia de 7 octubre de 2008 (TEDH 2008\73).

LEGISLATIVAS

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm.260 de 17 de septiembre de 1882, páginas 803 a 806. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con))

Convenio sobre sustancias sicotrópicas. Hecho en Viena el 21 de febrero de 1971. Instrumento de adhesión de España de 10 de septiembre de 1976. BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976, páginas 17684 a 17692.

Constitución Española. BOE, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, páginas 29313 a 29424. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)))

Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975. BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981, páginas 25865 a 25880.

Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957. Instrumento de ratificación de España el 21 de abril de 1982. BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982, páginas 15454 a 15462.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, páginas 20632 a 20678. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6>)

Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988. BOE núm. 148, de 21 de junio de 1990, páginas 17422 a 17424.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación de España de 10 de noviembre de 1990. BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990, páginas 33062 a 33074.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, páginas 33987 a 34058. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10>)

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830.

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. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, páginas 40126 a 40132. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41>)

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007. Versión consolidada de 7 de junio de 2016. DOUE núm. 202, de 7 de junio de 2016, páginas 389 a 405.

Acuerdo sobre la simplificación de la extradición entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Santiago de Compostela el 3 de noviembre de 2010. BOE núm. 99, de 26 de abril de 2017, páginas 32353 a 32361.

Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014, páginas 95437 a 95593. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23>)

BIBLIOGRÁFICAS:

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. 2002. Salud Pública y Drogas Tóxicas. *Tirant lo Blanch*.

ARROYO ZAPATERO, LUIS. 2000. El objeto marial en el artículo 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 2000. <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/1drogas-caratula.pdf>

CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DOLORES; HERNÁNDEZ RAMOS, MARIO; MARTÍNEZ GALLEGU, EVA M^a; SALVAT PUIG, JUAN; SANZ MULAS, NIEVES. 2012. Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales. *Editorial Comares*.

CAMPANER MUÑOZ, JAIME. 2015. La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba. <https://eprints.ucm.es/28664/1/T35819.pdf>

EUSAMIO MAZAGATOS, ESTER; SÁNCHEZ RUBIO, ANA. La prueba ilícita en la Corte Suprema de Estados Unidos. 2016. *Tirant lo Blanch*. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788490869598#ulNotainformativaTitle>

FRIEYRO ELÍCEGUI, SOFÍA. 2017. El delito de tráfico de drogas. *Tirant lo Blanch*. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491433972>

GINER ALEGRÍA, CÉSAR AUGUSTO. 2008. Prueba prohibida y prueba ilícita. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/download/113751/107781/>

MAYÁN SANTOS, MARÍA ENCARNACIÓN. 2007. La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4310-la-importancia-de-la-cantidad-y-composicion-en-los-delitos-relativos-a-drogas-toxicas-estupefacientes-y-sustancias-psicotropicas/>

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA. 2014. Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2081>

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal (2a. ed.)*, J.M. BOSCH EDITOR, 2004. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral-proquest-com.accedys.udc.es/lib/bibliotecaudcsp/detail.action?docID=3175438>.

MORANT VIDAL, JESÚS. 2005. El delito de tráfico de drogas. Un estudio multidisciplinar. <https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491433972>

OBREGÓN GARCÍA, A. & GÓMEZ LANZ, J. Derecho Penal. Parte elementos básicos de la teoría del delito, Tecnos, Madrid, 2012. general: ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliotecaudcsp/detail.action?docID=4775770>.

PÉREZ ALONSO, E.J. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998.

<https://biblioteca-tirant-com.accedys.udc.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491433972>

SANDLER, MICHAEL J. Traducción de Campos Gómez, Juan Pedro. 2011. Justicia. ¿Hacemos lo que debemos? *Debate*.

YEBRA-PIMENTEL VILAR, PAULA-CAROLINA. 2012. El consentimiento informado: Criterios legales y jurisprudenciales. *Economist&Jurist*.

Informe del Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA). Informe 2018. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España.

<http://www.pnsd.mscbs.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/informesEstadisticas/pdf/2018OEDA-INFORME.pdf>

XI. ANEXOS

1. INFORMES PERICIALES

Para ofrecer una visión complementaria en la resolución de este caso y para esclarecer los elementos que rodearon la intervención quirúrgica sin el consentimiento de María Luisa, se contará en este proyecto con la colaboración de dos doctores que, por su conocimiento específico y experiencia, merecen la consideración de expertos en la materia.

En primer lugar se incluye la entrevista con el doctor Elías Rodríguez Comesaña, cuya presencia en un caso de circunstancias análogas al que ahora se analiza supone un soporte técnico de especial calado para la resolución de este supuesto.

A continuación, se detallará la entrevista con la doctora Sonia Veiras, integrante del Comité de Ética del Hospital Clínico Universitario de Santiago de Compostela (CHUS) entre los años 2005 y 2014. Su experiencia en este colectivo favoreció que entrase en contacto con múltiples casos en los que el consentimiento informado se puso en cuestión, lo que indudablemente propicia información de relevancia para la resolución del supuesto.

1.1. ENTREVISTA AL DOCTOR ELÍAS RODRÍGUEZ COMESAÑA

Como fue anticipado con anterioridad, se alude en este proyecto a un caso de similares características ocurrido en Santiago de Compostela en agosto de 2018. El mismo se trata en la SAP de A Coruña de 23 de enero de 2019 (JUR 2019\45803), que detalla el proceso de una mujer que viajaba en un vuelo procedente de República Dominicana con destino Milán portando en el interior de su cuerpo varios cilindros de cocaína. Durante el vuelo, uno de los cilindros se abrió y la droga fue absorbida por el organismo de la acusada, haciendo necesario un aterrizaje forzoso en la ciudad de Santiago de Compostela. Una vez allí, fue trasladada al Hospital Clínico, donde fue intervenida de urgencia.

El doctor Rodríguez, uno de los médicos de guardia en el momento de los hechos, accedió a ser entrevistado para relatar lo acontecido y explicar el procedimiento médico que se sigue en tales situaciones.

La primera y fundamental diferencia en relación al caso objeto de estudio subyace en el estado de urgencia de la paciente. Como reflejan tanto el artículo 8 del Convenio de Oviedo como el artículo 9.2 b) de la LAP, la situación de urgencia unida a la imposibilidad de obtención del consentimiento son los elementos justificativos de la intervención quirúrgica inmediata. El doctor Rodríguez precisó que la paciente se encontraba en coma en el momento de su ingreso en la UCI, consecuencia de la depresión respiratoria que provocó la intoxicación, lo que indudablemente supone un riesgo inmediato grave para su integridad

física y la imposibilidad de recabar su consentimiento. Así las cosas, la intervención quirúrgica estaba justificada.

Mayor relevancia para la resolución del supuesto tiene la aclaración del doctor Rodríguez relativa a la “indicación de cirugía”. Y es que la sospecha de que una de las bolsas se haya roto es suficiente para que haya indicación de cirugía. Ello no justifica, sin embargo, la intervención quirúrgica en caso de que el paciente se encuentre consciente y pueda otorgar su consentimiento. Por ello, acuerdo con el doctor y con los mencionados preceptos de la Ley, la necesidad de cirugía no justifica por sí misma la falta de consentimiento, sino que, en caso de poder otorgarse, su obtención es obligatoria.

Igualmente, el doctor Rodríguez facilitó información acerca del procedimiento médico que se seguiría en las circunstancias del supuesto de María Luisa. Varias consideraciones deben hacerse al respecto:

- En el caso de María Luisa, descartada la ruptura de la droga contenida en los implantes mamarios, tras la realización de un TAC y en ausencia de sintomatología clínica, su situación no puede calificarse de urgente.
- Incluso ante sospecha de ruptura de la bolsa que contiene la droga, tras la realización de un TAC, la indicación de cirugía no justifica por sí misma la intervención quirúrgica sin el consentimiento de la paciente.
- La droga localizada en prótesis mamarias no puede ser expulsada de forma natural por la paciente, como sí ocurriría en el caso de que se hallase en el tubo digestivo, por lo que la intervención quirúrgica puede calificarse como necesaria.
- Con anterioridad a la obtención de su consentimiento, en palabras del doctor Rodríguez, “*se informaría a la paciente del riesgo que correría si dejase pasar el tiempo sin extraer la droga*”.
- En todo *procedimiento invasivo* debe recabarse el consentimiento por escrito del paciente: “*se le facilita un formulario en el que se le explica la intervención que se va realizar, el riesgo que tiene y si tiene alternativas*”.
- Si tras recibir la información, la paciente se negase a ser intervenida, se pondría en conocimiento del juez de guardia para que decidiese al respecto.

En definitiva, atendiendo tanto a los preceptos legales analizados como a la información proporcionada por el doctor Rodríguez Comesaña, el procedimiento médico exigía la obtención del consentimiento informado por parte de María Luisa. Un consentimiento que nunca tuvo lugar y que, como se detallará a continuación, origina responsabilidades.

1.2. ENTREVISTA A LA DOCTORA SONIA VEIRAS:

La entrevista concedida por la doctora Veiras tuvo por objeto la profundización en las vicisitudes que componen el consentimiento informado, proporcionando información de relevancia no solo desde una perspectiva médica sino también desde el enfoque ético que aporta su experiencia y conocimiento.

En primer lugar, la doctora resaltó la importancia de los dos elementos que componen el consentimiento informado, prestando especial atención al proceso de información previa a la obtención del consentimiento. De esta manera, la doctora explicaba que la información proporcionada debe acompañarse de un tiempo de maduración suficiente para que el paciente pueda valorar los riesgos y alternativas de los que dispone. Por ello, un consentimiento prestado sin el suficiente tiempo de maduración tendrá los mismos efectos que la falta de consentimiento, no será válido.

El primer aspecto que se analizó en relación al caso de María Luisa fue la urgencia de la situación en la que se encontraba. Al igual que el doctor Rodríguez, la doctora Veiras argumentaba que la ausencia de evidencia de fisura o daño en las prótesis mamarias es determinante para descartar la situación de urgencia. Califica así la situación como de “urgencia demorable”, pues no existen en este caso indicios que sugieran que de forma inminente alguno de esos paquetes se pueda fisurar, la cocaína pueda pasar a nivel sistémico y la paciente pueda sufrir riesgo vital.

Sin embargo, lo anterior no implica la ausencia de riesgo. De hecho, la doctora Veiras considera que los cambios de presión a los que estuvieron sometidos los implantes mamarios ponen en peligro su integridad, constituyendo un grave riesgo de que la droga pueda pasar al organismo y la urgencia pase a ser no demorable. Ello, unido a la existencia de un conflicto con la legalidad, hace necesaria la extracción de la droga de las prótesis mamarias de María Luisa.

Sin embargo, ¿justifica la comisión de un delito la privativa del derecho al consentimiento informado? Resulta significativa la argumentación de la doctora Veiras al respecto. Durante su cargo en el comité de ética del CHUS, fueron frecuentes los casos en los que la autonomía del paciente entró en conflicto con la necesidad sanitaria. El ejemplo paradigmático se encuentra en los pacientes que se niegan a recibir transfusiones de sangre a causa de convicciones religiosas. La opinión de la doctora, en concordancia con la doctrina del TC en la STC de 18 de julio de 2002 (RTC 2002\154)⁴¹, consiste en respetar la

⁴¹ Sentencia de nuclear importancia en el ámbito de la confrontación de derechos fundamentales. La misma trata el caso de un menor perteneciente a los Testigos de Jehová que sufrió un accidente de bicicleta que le ocasionó lesiones sin aparente importancia en la pierna. Sin embargo, la leucemia que padecía complicó su situación haciéndose necesaria una transfusión de sangre. Debido a sus convicciones religiosas, tanto el menor como sus padres se negaron a que recibiese la transfusión, lo que finalmente derivó en su fallecimiento.

autonomía de los pacientes siempre que tengan la capacidad y madurez suficientes para comprender la situación en la que se encuentran. De esta manera, la doctora extrapola el caso a un supuesto de una paciente con una prótesis mamaria infectada que, sin portar droga en su interior, se niega a ser intervenida quirúrgicamente. En ese caso, la doctora sostiene que la autonomía de la paciente podría ser primada.

En cambio, la autonomía queda en este caso cuestionada por la confrontación con un bien mayor, proyectado en la salud pública y el cumplimiento de la legalidad. De acuerdo con la doctora Veiras, el derecho a la integridad física de la paciente perdió su valor al permitir que fuese utilizado para cometer un delito y ello determina que quede sin efecto. Así las cosas, la doctora Veiras concluye que en un caso como el de María Luisa el procedimiento del hospital consistiría en poner en conocimiento del juez de guardia la intervención quirúrgica practicada, sin llegar a solicitar el consentimiento de la paciente.

2. EXTRACTO DE LA LISTA I DE LA CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES. INCLUSIÓN DE LA COCAÍNA.

Enumeración de los estupefacientes incluidos en la lista I

Acetilmetadol (3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4-difenilheptanol).
Alilprodina (3-ail-1-metil-4-fenil-4-propionoxipiperidina).
Alfacetilmetadol (alfa-3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4-difenilheptanol).
Alfameprodina (alfa-3-etil-1-metil-4-fenil-4-propionoxipiperidina).
Alfametadol (alfa-6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanol).
Alfaprodina (alfa-1,3-dimetil-1-fenil-4-propionoxipiperidina),
Anileridina (éster etílico del ácido l-para-aminofenil-4-fenil- piperidina-4-carboxílico).
Benzetidina (éster etílico del ácido l-(2-benziloxietil)-4-fenil- piperidina-4-carboxílico).
Benzilmorfina (3-benzilmorfina).
Betacetilmetadol (beta-3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4-difenilheptanol).

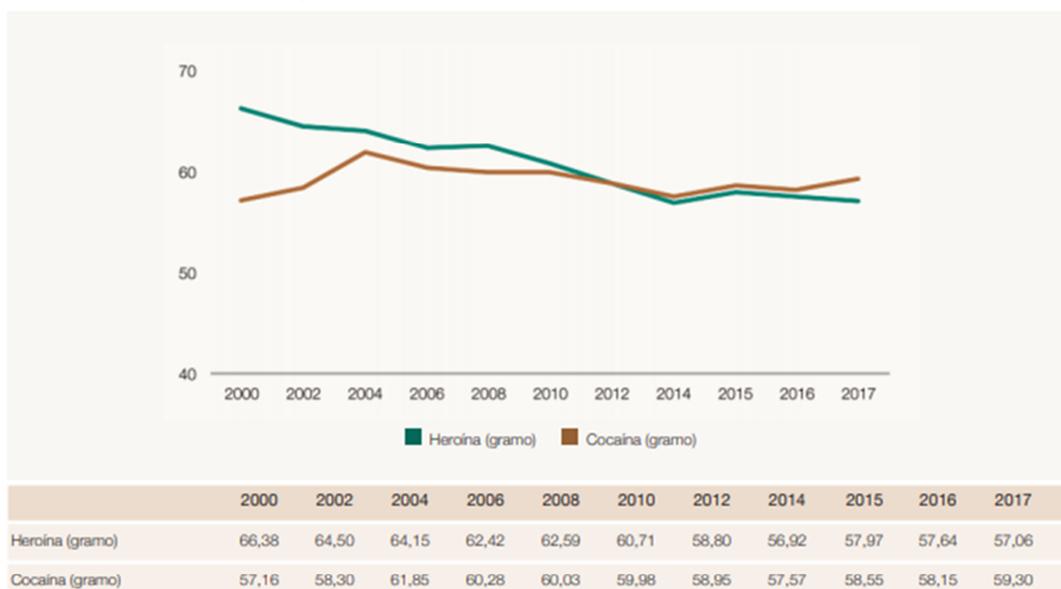
Betameprodina (beta -3-etil-1-metil-4-fenil-4-propionoxipiperidina).
Betametadol (beta-6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanol). Betaprodina (beta-1,3-dimetil-4-fenil-4-propionoxipiperidina). Cannabis y su resina y los extractos y tinturas de la cannabis.
Cotobemidona (4-meta-hidroxifenil-1-metil-4-propionilpiperidina)
Clonitazeno (2-para-clorbenzil-1-dietilaminoetil-5-nitrobenzimidazol).
Coca (hojas de).
Cocaína (éster metílico de benzoilecgonina).
Concentrado de paja de adormidera (el material que se obtiene cuando la paja de adormidera ha entrado en un proceso para la concentración de sus alcaloides, en el momento en que pasa al comercio)

Desomorfina (dihidrodeoximorfina).
Dextromoramida (+)-4-(2-metil-4-oxo-3,3-difenil-4- (1-pirrolidinil)-butil morfolino).
Diampromida (N-(2(metilfenetilamino) propil propionanilido).
Dietiltiambuteno (3-dietilamino-1,1-di-(2'-tienil)-1-butenol).

La cuestión discutida se cernía en la determinación de si la autonomía del paciente, así como su libertad religiosa, debe primarse sobre el derecho a la vida.

3. PRECIO MEDIO DE LA COCAÍNA EN EL MERCADO ILÍCITO.

Precios medios de la heroína y la cocaína en el mercado ilícito (euros). España, 2000-2017.



FUENTE: Figura elaborada por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA) a partir de datos de los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior. Sistema Estadístico de Análisis y Evaluación sobre el Crimen Organizado (SENDA).

4. PRECIO MEDIO DE LA MARIHUANA EN EL MERCADO ILÍCITO:

Figura 4.3.1.

Precios medios de las drogas en el mercado ilícito (euros). España, 2000-2017.



FUENTE: Figura elaborada por el Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (OEDA) a partir de datos de los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior. Sistema Estadístico de Análisis y Evaluación sobre el Crimen Organizado (SENDA).