

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

**TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS E INTERVENCIÓN  
QUIRÚRXICA NON CONSENTIDA**

**IILLEGAL DRUG TRAFFICKING AND NON-CONSENSUAL  
SURGICAL INTERVENTION**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**NATALIA CASTRO PORTEIRO**

**DOBLE GRADO DERECHO Y ADE**

**2018/2019**

**TUTORA: PROFA. DRA. ROCÍO QUINTÁNS EIRAS**



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	3
<b>SUPUESTO</b> .....	4
<b>1 INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>2 PROCESO PENAL</b> .....	7
2.1 JURISDICCIÓN .....	7
2.2 COMPETENCIA .....	7
2.3 PROCEDIMIENTO .....	8
<b>3 DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS</b> .....	9
3.1 TIPO BÁSICO DEL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DEL ARTÍCULO 368 DEL CP.....	9
3.2 IMPORTANCIA DE LA CANTIDAD .....	11
3.2.1 DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA.....	12
3.2.2 HECHOS DE ESCASA ENTIDAD.....	12
3.2.3 CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA .....	13
3.2.4 EXTREMA GRAVEDAD .....	14
3.3 FIGURA AGRAVADA DEL ARTÍCULO 369 DEL CP .....	14
3.4 CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	16
3.4.1 CONFLICTO ENTRE ATENUANTE POR CONFESIÓN DEL ARTÍCULO 21 DEL CP Y ATENUANTE ESPECÍFICA DE COLABORACIÓN DEL ARTÍCULO 376 DEL CP .....	16
3.4.2 ATENUANTE POR DROGADICCIÓN .....	18
3.4.3 AGRAVANTE POR REINCIDENCIA .....	20
3.5 PENALIDAD.....	21
<b>4 DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL</b> .....	22
4.1 DISTINCIÓN ENTRE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y GRUPO CRIMINAL.....	22
4.2 DISTINCIÓN ENTRE GRUPO CRIMINAL Y MERA CODELINCUENCIA 23	
4.3 CONCLUSIÓN.....	24
<b>5 DELITO DE USO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD FALSO</b> .....	26
<b>6 INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA NO CONSENTIDA</b> .....	27
6.1 CONSENTIMIENTO INFORMADO .....	27
6.2 ANÁLISIS DE UNA POSIBLE VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL .....	28

6.3	CONSECUENCIAS EN CASO DE VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL .....	30
<b>7</b>	<b>SOLICITUD DE EXTRADICIÓN .....</b>	<b>31</b>
7.1	RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRADICIÓN EN ESPAÑA .....	31
7.2	EXTRADICIÓN ENTRE ESPAÑA Y BRASIL.....	32
7.3	EXTRADICIÓN ENTRE PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA 34	
<b>8</b>	<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>35</b>
<b>9</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>38</b>
<b>10</b>	<b>APÉNDICE LEGISLATIVO .....</b>	<b>40</b>
<b>11</b>	<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>41</b>

## **ABREVIATURAS**

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

UE: Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

## SUPUESTO

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 ésto 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 Alonso “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.

## 1 INTRODUCCIÓN

España, debido a su posición geográfica, es uno de los países más afectado por el tráfico internacional de drogas, destacando, esencialmente, el tráfico de sustancias como el cannabis y la cocaína (Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2018).

La lucha contra el tráfico de drogas es un problema complejo con implicaciones tanto sociales como económicas y que es indispensable atajar de raíz, siendo esencial por ello, el desarrollo de una política preventiva que comience a nivel educativo (Frieyro Elícegui, 2017).

El consumo de drogas ocasiona una importante adicción y graves daños en la salud de las personas, así como una mayor delincuencia ya que el adicto se verá impulsado a cometer otros delitos, principalmente relacionados con el tráfico de drogas o contra el patrimonio, con el objetivo de conseguir dinero con el que comprar la sustancia estupefaciente. Por ello, las distintas legislaciones de nuestro entorno tienden a evitar el consumo de drogas prohibiendo dichas sustancias (Cigas Giménez, 2006).

La principal motivación que me llevó a realizar este trabajo de fin de grado es la importancia que ha tenido, y por desgracia, sigue teniendo el narcotráfico en Galicia, y las nefastas consecuencias que tiene para la sociedad gallega.

El objeto de este trabajo es analizar el marco legislativo y la doctrina jurisprudencial en materia de tráfico de drogas para dar respuesta a las cuestiones planteadas en el supuesto de hecho desde el punto de vista jurídico. Para ello, primero analizaré los aspectos jurídicos más relevantes de los delitos cometidos, para posteriormente, aplicarlas al supuesto y estimar cuales serían las consecuencias jurídico penales.

En concreto, se estudiará cuáles son las consecuencias jurídico penales del tráfico de drogas realizado en el seno de un grupo criminal. Se trata de un *modus operandi* muy frecuente en la actualidad, en el que un grupo criminal dedicado al tráfico de drogas, utiliza a personas como medio de transporte para introducir droga en España, las llamadas *mulas* o *body packers*.

También se examinará cuáles son las consecuencias jurídicas de realizar una intervención quirúrgica sin consentimiento en un supuesto de grave riesgo para la salud, en este caso, de la persona utilizada como medio de transporte de la sustancia ilegal.

Así como, cuál sería el procedimiento a seguir en caso de huida de España a Brasil de una persona de nacionalidad extranjera, utilizando para ello un pasaporte falso.

## 2 PROCESO PENAL

### 2.1 JURISDICCIÓN

En virtud del artículo 117.3 de la CE: *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”*

El artículo 9.3 de la LOPJ, atribuye el conocimiento de las causas y juicios criminales a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional penal. Y el artículo 23.1 de la LOPJ, especifica, que corresponderá en el orden penal, a la jurisdicción española, el conocimiento de las causas por los delitos cometidos en territorio español.

En este supuesto, los hechos realizados por María Luisa, Elvira, Sebastián y Alonso, son constitutivos de delitos realizados en territorio español. Por ello, la potestad jurisdiccional le corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles del orden penal.

### 2.2 COMPETENCIA

En cuanto a la competencia, en base al artículo 87.1.a) de la LOPJ<sup>1</sup>, conocerá el Juzgado de Instrucción *“de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal”*.

El artículo 82.1 de la LOPJ, establece que las Audiencias Provinciales, conocerán: *“de las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley.* Y el artículo 89 bis de la LOPJ, en su apartado segundo, afirma: *“Los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine.”* En concreto, el artículo 14.3 de la LECrim, especifica que los Juzgados de lo Penal son competentes para el conocimiento y fallo de las causas por delitos con una pena privativa de libertad no sea superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, mientras que, en los demás casos, tal y como dispone el artículo 14.4 de la LECrim, será la Audiencia Provincial competente para el conocimiento y fallo de las causas.

La atribución de la competencia la fija la penalidad abstracta prevista para cada delito (STS 335/2014, de 14 de abril, RJ 2014/2620). Por lo tanto, dado que la pena de prisión del delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto

---

<sup>1</sup> Artículo 87.1.a) de la LOPJ: *“1. Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal: a) de la Instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.*



en el artículo 368 del CP, tiene una pena en abstracto mayor a cinco años de prisión, es competente la Audiencia Provincial para enjuiciar la causa de los delitos.

En conclusión, en base a lo establecido en el artículo 14 de la LECrim, para la instrucción de la causa, será competente el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiera cometido (el correspondiente Juzgado de Instrucción de Madrid), y para el conocimiento y fallo de las causas, lo será la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, es decir, la Audiencia Provincial de Madrid.

### 2.3 PROCEDIMIENTO

A través del procedimiento abreviado, se conocen los delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a 9 años, o bien con cualquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que fuera su cuantía y duración (artículo 757 LECrim). Debido a que la pena de prisión que prevé el delito contra la salud pública del artículo 368 del CP, es inferior a 9 años, el procedimiento penal a seguir sería el abreviado.

En primer lugar, se produce una investigación preliminar regulada en los artículos 769 a 773 de la LECrim. Se trata de una investigación que no tiene carácter jurisdiccional -ya que es previa e incompatible con la investigación judicial- eventual y encomendada a la Policía judicial y/o al Ministerio Fiscal (Arnáiz Serrano *et al.*, 2019)

Tras la investigación preliminar (artículos 769 a 773 de la LECRIM), realizada en este caso por los agentes de la UDYCO (Policía judicial), se iniciaría la investigación judicial, en la cual, si el Juzgado de Instrucción incoa Diligencias Previas contra los acusados, una vez las hayan concluido, lo remite a la Audiencia Provincial – órgano enjuiciador- para que dicte sentencia, tras la finalización del juicio oral (artículos 785 a 789 LECRIM).

El Juzgado de Instrucción, cómo órgano instructor, debe realizar las actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos – formación de diligencias previas- así como preparar y asegurar el juicio oral, según lo establecido en los artículos 774 a 784 de la LECrim (Arnáiz Serrano *et al.*, 2019)

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, se podrá imponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicho recurso, se registrá por lo dispuesto en el capítulo VI (impugnación de sentencia) del título relativo al procedimiento abreviado (artículo 846. Ter LECrim). También se podrá interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (artículo 849 y 873 LECrim).

### 3 DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

#### 3.1 TIPO BÁSICO DEL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA DEL ARTÍCULO 368 DEL CP

El delito contra la salud pública concretado en el tráfico de drogas, es un delito de peligro abstracto de resultado cortado y consumación anticipada, en el cual determinados elementos normativos del tipo no han sido definidos legislativamente, y por ello, debe ser la jurisdicción quien los defina (STS 374/2010, de 10 de mayo (RJ 2011/3741).

El artículo 368 del Código Penal recoge el tipo básico del delito contra la salud pública, castigando a 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, si bien cambian las penas en función de si se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud o no.<sup>2</sup>

La jurisprudencia ha venido aplicando un concepto extensivo de autor en el delito de tráfico de drogas, entre otras, la STS 1001/2006, de 18 octubre (RJ 2006/8033)<sup>3</sup> y STS 77/2007, de 7 febrero (RJ 2007/1921), ya que el artículo 368 del CP penaliza dentro de un mismo marco penal todos los comportamientos que suponen alguna aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto. Y más recientemente, la STS 754/2017 de 24 noviembre (RJ 2017/5329): *“toda forma de participación que implique colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley.”* No obstante, la mencionada sentencia también reconoce la existencia de excepciones en situaciones de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia, en operaciones de escasa entidad cuantitativa.

---

<sup>2</sup> Artículo 368 CP 1995: *“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.”*

<sup>3</sup> STS 1001/2006, de 18 de octubre (RJ 2006/8033): (...) *toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en coautor del delito. El artículo 368 del Código Penal al penalizarse dentro de un mismo marco penal todos los comportamientos que suponen alguna aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor, que se extiende a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planteada, de modo que el acuerdo previo para la venta o distribución de la droga convierte en autores a todos los concertados. La división de trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho delictivo dentro de esa planificada ejecución conjunta.*

El bien jurídico protegido es la salud pública, y se trata de un bien jurídico colectivo de referente individual que se puede definir como el conjunto de condiciones que posibilitan la salud de las personas individuales (Zugaldía Espinar et al., 2018). Para la STS 861/2007, de 24 de octubre (RJ/2007/8131):

El bien jurídico protegido por el tipo del art. 368 es la salud pública, que se ve seriamente comprometida por los efectos más o menos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes. Por ello mismo, 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 [...] El delito se entenderá consumado cuando se realice alguna de las conductas típicas establecidas por el legislador aunque en ellas no sea necesario que las sustancias estupefacientes objeto del tráfico hayan llegado a poder de los consumidores y hayan ocasionado concretos resultados perjudiciales a su salud por su consumo. Precisamente por eso, se trata de un delito de mero peligro abstracto.

De conformidad con el artículo 368 del CP, el objeto material del delito contra la salud pública son las drogas tóxicas, estupefacientes y las sustancias psicotrópicas.

Debido a la inexistencia de un concepto jurídico-penal de drogas en el Código Penal, se sigue un sistema enumerativo, bien por remisión a los Convenios Internacionales, firmados y ratificados por España, y publicados en el BOE, que utilizan el sistema de listas, y ello en virtud de lo establecido en el artículo 96.1 de la CE en relación con el artículo 1.5 del CC, o respecto a nuevos productos, por la determinación por Orden Ministerial de ser una sustancia estupefaciente o psicotrópica (STS de 22 de mayo de 1989, RJ 1989/4976). En concreto, el Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas<sup>4</sup>, de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 3 febrero de 1966, emendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, ratificado por España el 15 de diciembre de 1976, y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 21 febrero 1971, ratificado por España el 2 febrero 1973. (STS 115/1995, de 31 de enero, RJ 1995/574).

La Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ratificada por España el 30 de julio de 1990, en su artículo 1 dispone que: *“por estupefaciente se entiende cualquiera de las sustancias naturales o sintéticas que figuran en la lista I o en la lista II de la Convención Única de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.”*

Entre los estupefacientes incluidos en la Lista I de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes y enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1972, se encuentran la cocaína y el cannabis.

---

<sup>4</sup> Modificado por 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, que entró en vigor en España el 3 de febrero de 1977.

El artículo 368 del CP establece penas distintas en función de si se trata de sustancias o productos que causen o no grave daño a la salud. No obstante, los Convenios Internacionales mencionados no contienen una clasificación de las sustancias según causen o no grave daño a la salud. Por ello, es labor de los Tribunales precisar la nocividad de la droga, contando para ello con el auxilio de peritajes médicos y toxicológicos (Rey Huidobro, 1999).

Según la STS de 19 de julio de 1993 (RJ 1993/6306): *“existe una doctrina consolidada de ésta Sala que considera sustancias gravemente atentadoras contra la salud a la heroína, la cocaína- y el ácido lisérgico (LSD). En tanto que el hachís, la marihuana, la grifa y, en general, los derivados cannábicos, son sustancias de no grave nocividad.”*

La cocaína<sup>5</sup> ha sido conceptualizada como sustancia que daña gravemente la salud por la jurisprudencia de una manera uniforme, destacando entre otras muchas, la STS 91/1998 de 29 de enero (RJ 1998/207) y STS 427/1999 de 18 de marzo (RJ 1999/2405).

En este supuesto, los hechos realizados por María Luisa, Elvira, Sebastián y Alonso son constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 368 del CP. Adicionalmente, las conductas realizadas por Elvira, Sebastián y Alonso, cumplen con alguna de las circunstancias previstas en el tipo agravado del artículo 369 del CP, de manera que, han de ser analizados en el apartado relativo a la dicha figura agravada.

Por lo tanto, centrándonos en María Luisa, sería responsable del transporte, en su cuerpo, de 550 gramos de cocaína (de las prótesis se extrajo una bolsa que contenía 300 gramos de cocaína con un grado de pureza del 35% y otra que contenía 250 gramos de cocaína con un grado de pureza del 23%, resultando 105 y 57,5 gramos de cocaína base, respectivamente), que estaba destinada a ser distribuida entre terceras personas. Es decir, ha ejecutado actos de tráfico de estupefacientes, siendo por ende, considerada autora del delito.

Y por ello, sería condenada como autora, criminalmente responsable, de un delito contra la Salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, tipificado en el artículo 368, párrafo primero del Código Penal.

### 3.2 IMPORTANCIA DE LA CANTIDAD

En el delito de tráfico de drogas, la cantidad es relevante en diversas conductas tipificadas. Así, un supuesto puede ser atípico cuando la cantidad es inferior a la dosis mínima psicoactiva, el artículo 368.2 del CP permite a los tribunales imponer una pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho, el artículo 369.1.5ª del

---

<sup>5</sup> En cuanto a sus efectos, la STS de 8 de mayo de 1985 (RJ 1985\2450), señala que *“la naturaleza de la cocaína es sobradamente conocida cómo estupefaciente susceptible de ocasionar graves deterioros físicos y psíquicos en el organismo humano, produciendo generales efectos en el sistema nervioso central, sobre el que ejerce una acción difásica, excitante primero y paralizante después, afectando a los distintos niveles de las estructuras centrales, aparte de los enormes riesgos derivados de los cuadros tóxicos agudos que pueden llevar hasta la muerte y de la proyección ejerciente en la esfera psíquica con cuadros perturbadores –alucinaciones, delirios con gran base confusional, tendencias impulsivas violentas, etc.-“*

CP agrava la pena cuando se trata de una cantidad de notoria importancia, el artículo 370.3 del CP recoge como agravación cuando las conductas fuesen de extrema gravedad, es decir, cuando la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediesen notablemente de la considerada como de notoria importancia.

### 3.2.1 DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA

El principio de insignificancia posibilita la atipicidad de la conducta de tráfico de drogas cuando debido a la mínima entidad de la droga, atendida su cantidad o pureza, no se produzca la antijuridicidad material de la conducta por no haber riesgo efectivo de lesión para la salud pública (Frieyro Elícegui, 2017)

La jurisprudencia del TS ha hecho referencia en numerosas sentencias al principio de insignificancia, entre ellas, la STS 298/2004 de 12 de marzo (RJ 2004/2681) y la STS 1889/2000, de 11 de diciembre (RJ 2000,10149): *“cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo”*, estableciendo que el objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo. Para la STS 298/2004 de 12 de marzo (RJ 2004/2681), siguiendo la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del TS, en los supuestos de tráfico de drogas, el límite inferior de punición en la transmisión de sustancias debe ser la dosis mínima psicoactiva de cada tipo de droga – cantidad mínima que afecta a las funciones del organismo humano-, que en el caso de la cocaína, ha sido señalada en 50 miligramos –véase también la STS 1663/2003, de 5 diciembre (RJ 2003/8787), la STS 390/2016, de 6 mayo (RJ 2016/1965) y la STS 670/2017, de 11 octubre (RJ 2017/4625), entre muchas otras-, criterio que fue aceptado y recogido en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, siguiendo el dictamen del Instituto Nacional de Toxicología.<sup>6</sup>

### 3.2.2 HECHOS DE ESCASA ENTIDAD

En el párrafo segundo del artículo 368 del CP se regula la potestad de que los Tribunales puedan imponer la pena inferior en grado atendiendo a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No obstante, se prohíbe el ejercicio de esta facultad si concurre alguno de los casos regulados en el artículo 369 bis del CP (cuando los hechos a los que se refiere el artículo 368 se realicen por quienes pertenecieren a una

---

<sup>6</sup> El Instituto Nacional de Toxicología elaboró el Informe del Servicio de información toxicológica número 12961/2003, de 22 de diciembre, indicando datos sobre dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva de varias sustancias de abuso. En base a este informe, el Gabinete técnico del TS elaboró el siguiente cuadro resumen *“Cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas”*, en el que se han basado diversas sentencias para delimitar la atipicidad y tipicidad de la venta de pequeñas cantidades de drogas. Este cuadro resumen fue mantenido por el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2005 (Frieyro Elícegui, 2017).

organización delictiva) y en el artículo 370 (cuando para cometer los hechos descritos en el artículo 368 se utilice a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, se trate de jefes administradores o encargados de organizaciones o las conductas fueran de extrema gravedad).

La STS 873/2012, de 5 noviembre, (RJ 2012/10580) resume la doctrina jurisprudencial sobre este tipo atenuando, considerando que:

Concurre la escasa entidad del hecho cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como el último escalón del tráfico (...) y las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

En el caso de la cocaína, tal y como analiza la STS 270/2013 de 5 abril, (RJ 2013/2748) la escasa entidad del hecho abarca supuestos de ocupación que van, en su margen mínimo desde una cantidad ligeramente superior a la dosis mínima psicoactiva (0,05 gramos), y en su margen más elevado, hasta un límite máximo de 2,5 gramos.

### 3.2.3 CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA

El artículo 369.1.5ª del CP establece que se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 del CP cuando fuere de notoria importancia la cantidad de las sustancias objeto de las conductas recogidas en el precepto 368 del CP.

La cantidad de notoria importancia de las sustancias recogidas en el artículo 368 del CP ha sido conceptualizada jurisprudencialmente, con arreglo a los criterios establecidos en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, el cual indica que la cantidad de notoria importancia se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Además, para la concreción de esta agravante, se tiene en cuenta, exclusivamente, la sustancia base o pura, a excepción del hachís y de sus derivados.

El mencionado informe del Instituto Nacional de Toxicología, indica que para la cocaína, la dosis de abuso habitual es de 100-260 miligramos, con una frecuencia de uso diario de 1,5 gramos, siendo la previsión para 3-5 días de consumo de 7,5 gramos.

Así, se aplica la agravante de cantidad de notoria importancia para la cocaína cuando supera los 750 gramos (STS 925/2008, 26 de diciembre (RJ 2009/180), STS 821/2004, 4 de diciembre (RJ 2008/7285), STS 695/2008, 12 de noviembre (RJ 2008/5825) y STS 591/2018 de 26 noviembre (RJ 2018/5364), entre otras muchas).

### 3.2.4 EXTREMA GRAVEDAD

El artículo 370.3 del CP, establece que cuando las conductas descritas en el artículo 368 del CP fuesen de extrema gravedad, se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 del CP, especificando lo que se entiende por conductas de extrema gravedad: “*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*”

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 limitó la aplicación de la agravación de extrema gravedad a las cantidades que excedan de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por dicha Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia. En el caso de la cocaína, la cantidad notablemente superior a la de notoria importancia quedó fijada en 750 kilogramos.

### 3.3 FIGURA AGRAVADA DEL ARTÍCULO 369 DEL CP

En este apartado, se analizará, si los hechos realizados por Elvira, Sebastián y Alonso, cumplen con alguna de las circunstancias agravadas que prevé el artículo 369 del CP. Este precepto, recoge una figura agravada del delito contra la salud pública, imponiendo penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 del CP, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. *“ El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.*

2. *“ El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*

3. *“ Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.*

4. *“ Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.*

5. *“ Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.*

6. *“ Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.*

7. *“Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades.*

8. *“El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho”.*

En primer lugar, aclarar, que al pertenecer los tres sujetos a un grupo criminal, cómo argumentaremos en el siguiente apartado, considero que la cantidad de droga incautada en la clínica pertenece a todo el grupo criminal y que se encontraba en la clínica de Elvira Gómez, por ser este el lugar donde se guardaba la sustancia para ser posteriormente distribuida por los demás miembros del grupo criminal. Asimismo, estimo que la cantidad de cocaína extraída de las prótesis que llevaba María Luisa, debe ser también imputada a todo el grupo criminal, porque en caso de éxito, habría sido almacenada en la clínica para su posterior distribución.

En relación a la cantidad intervenida, ésta alcanzó una cantidad de 10.657 gramos de cocaína, más los 550 gramos de cocaína (162,5 gramos de cocaína pura) que le fueron incautados a María Luisa, cifra que excede ampliamente de la considerada como de notoria importancia (750 gramos de cocaína) por lo cual, debe aplicarse el subtipo agravado del artículo 369.1.5°.

Con respecto a la cantidad de droga que ha sido incautada en el domicilio de Alonso, se puede considerar para consumo propio (1,954 gramos de cocaína de los cuales 1,543 gramos son puros y un total de 25 gramos de marihuana) ya que están dentro de los límites para ser considerada como dosis de abuso para un consumidor habitual y prueba de que consumía drogas es el resto de cocaína que se ha encontrado en una mesilla de noche. El Tribunal Supremo utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología de fecha 18 de octubre de 2001, en la cual se sostiene que un consumidor habitual suele adquirir para su propio consumo para aproximadamente entre tres y cinco días 7,5 gramos de cocaína y 100 gramos de marihuana.

En segundo lugar, analizando el *“modus operandi”* de los tres sujetos, concluyo lo siguiente:

La Doctora Elvira Gómez sería responsable por extraerle las bolsas de cocaína a las “mulas” que acudían a su clínica, por almacenar 10.657 gramos de cocaína en su clínica y suministrársela posteriormente a Sebastián y Alonso para su distribución. Así mismo, sería responsable de la distribución que pensaba hacer con los 550 gramos de cocaína (162,5 gramos de cocaína pura), que llevaba María Luisa en el interior de su cuerpo.

Sebastián y Alonso serían responsables de la distribución que pensaban hacer con la cantidad de 10.657 gramos de cocaína que fueron incautados en la clínica de Elvira Gómez, y que estimo que pertenecían a todo el grupo criminal, y de los 550 gramos de cocaína (de los cuales 162,5 gramos son cocaína pura) que llevaba María Luisa en el interior de su cuerpo.

Además, Elvira Gómez, es cirujana plástica de profesión y especialista en la reconstrucción de implantes mamarios y realizaba las intervenciones quirúrgicas a las “mulas” en su propia clínica privada. Por lo tanto, se trata de una facultativa que obró en



ejercicio de su profesión y cargo, y por ende, se debe aplicar también el subtipo agravado del artículo 369.1.1°.

En consecuencia, Elvira Gómez sería condenada como autora, criminalmente responsable, de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, de notoria importancia y como facultativa que obrase en el ejercicio de su profesión, previsto en el artículo 368, 369.1.5° y 369.1.1° del CP, respectivamente.

Sebastián y Alonso, serían condenados como autores, criminalmente responsable, de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, de notoria importancia, previsto en el artículo 368 y 369.1.5° del CP.

En conclusión, de las circunstancias agravantes del artículo 369 del CP, en los tres sujetos se cumple el apartado cinco sobre la notoria importancia de la cantidad objeto de la conducta delictiva, y en el caso de Elvira, se cumple a mayores el apartado primero, por tratarse de una facultativa.

#### 3.4 CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

##### 3.4.1 CONFLICTO ENTRE ATENUANTE POR CONFESIÓN DEL ARTÍCULO 21 DEL CP Y ATENUANTE ESPECÍFICA DE COLABORACIÓN DEL ARTÍCULO 376 DEL CP

El fundamento de la atenuación en la confesión del reo radica, tal y como disponen las STS 832/2010, de 5 de octubre (RJ 2010/7667), la STS 240/2012, de 26 de marzo (RJ 2012/5457) y más recientemente, la STS 215/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1854), en razones de política criminal ya que la confesión, ahorra esfuerzos de investigación, así como, facilita la instrucción de la causa criminal. En las mencionadas sentencias, se define confesar, como el acto que “*supone poner en conocimiento de la autoridad judicial o de la policía, los hechos acaecidos y requiere que la misma sea sustancialmente veraz, no falsa o tendenciosa o equivoca, sin que deba exigirse una coincidencia total con el hecho probado*”. Además, su finalidad debe ser la declaración de unos hechos que posibiliten la actuación instructora, y no la defensa ante un hecho delictivo.

Para poder aplicar la circunstancia atenuante del artículo 21.4 del CP<sup>7</sup>, la confesión tiene que haberse hecho antes de que el confesante conozca que el procedimiento se dirige contra él, entendiendo la doctrina jurisprudencial, que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial (STS 43/2000, de 25 de enero (RJ 2000/210), STS 1400/2005, de 23 de noviembre (RJ 2006/728), STS 775/2008 de 26 de noviembre (RJ 2009/324) y la STS 215/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1854).

---

<sup>7</sup> Artículo 21.4 del CP: “*Son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*”.

En el mismo sentido, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, número 1885/2011, de 15 de diciembre (JUR 2012/14284), establece que la confesión tiene que producirse antes del inicio del procedimiento penal contra el culpable, considerando como tal las actuaciones policiales. Por ello, no es de aplicación en este caso la atenuante recogida en el artículo 21.4 del CP, ya que María Luisa confesó a los agentes que llevaba unos implantes con cocaína, cuando las actuaciones policiales ya habían comenzado, y prueba de ellos, es que en el examen radiológico, los agentes de la UDYCO ya habían visualizado la presencia de “algo extraño” y era inevitable el descubrimiento de la sustancia.

Cuando falta el requisito cronológico del atenuante del artículo 21.4 del CP, es decir, cuando se produce una confesión tardía del delito, puede estimarse la atenuante analógica de confesión del artículo 21.7 del CP (STS 159/2009 de 24 de febrero (RJ 2009/1138), Auto del TS 1885/2011, de 15 de diciembre (JUR 2012/14284), STS 215/2015, de 17 de abril (RJ 2015/7854). No obstante, para poder aplicarse la atenuante analógica, el autor debe reconocer los hechos y aportar una colaboración relevante para la Justicia (STS 809/2004 de 23 de junio (RJ 2004/4931), STS 1348/2004 de 25 noviembre (RJ 2004/7657) y STS 215/2015, de 17 de abril (RJ 2015/7854) e útil para la investigación (STS 1063/2009, de 29 de octubre (RJ 2009/5838) y la STS 215/2015, de 17 de abril (RJ 2015/7854).

Por otro lado, el artículo 376.1 del CP<sup>8</sup>, reconoce una atenuante específica de colaboración con la justicia, aplicable al delito contra la salud pública recogido en el artículo 368 del CP. Esta atenuante específica requiere de dos elementos: el abandono voluntario de la actividad delictiva por parte del sujeto y su colaboración activa con las autoridades, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o bien para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. En la colaboración de María Luisa, faltaría el primer requisito, dado que no ha abandonado voluntariamente la actividad delictiva ni reconoció que llevaba implantes de cocaína en ambos senos, hasta el momento en el que el hallazgo era inevitable dado que los agentes ya habían visualizado la presencia de “algo extraño” en el examen radiológico. Sin embargo, tras su detención, María Luisa si colaboró activamente con las autoridades para aportar pruebas que permitiesen la identificación y detención de otros sujetos, en concreto, de Elvira, Sebastián y Alonso. En un supuesto similar, la STS 289/2018 de 1 febrero (RJ 2018/1702) aplicó la circunstancia atenuante específica del artículo 376 del CP, aun cuando no concurría el primer requisito – en el mismo sentido, la STS 115/2014, de 25 febrero (RJ 2014/764), pero disminuyendo la pena sólo en un grado, cuando la aportación del acusado había sido, “indudablemente de entidad”.

---

<sup>8</sup> Artículo 376.1 del CP: “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.”

Dado que la circunstancia atenuante específica del artículo 376 del CP y la circunstancia analógica del artículo 21.7 del CP con respecto al artículo 21.4 del CP, en palabras de la STS 289/2018 de 1 febrero (RJ 2018/1702), *“obedecen a una misma ratio, la de por razones de política criminal, atenuar la pena de quienes, de una manera o de otra, contribuyen al esclarecimiento de los hechos y al éxito de la justicia, su apreciación simultánea resulta técnicamente imposible. En todo caso, entre ambos preceptos se daría un concurso de leyes que debería resolverse por aplicación del artículo 8 del CP, a favor del artículo 376 del CP por su mayor especificidad”*.

Por ello, considero que a María Luisa se le debería aplicar la circunstancia atenuante específica del artículo 376 del CP en vez de la circunstancia analógica del artículo 21.7 del CP en relación a la circunstancia atenuante genérica de confesión del artículo 21.4 del CP, y en concreto, disminuir la pena en un grado dado y no en dos grados dado que falta el primer requisito de dicho precepto.

### 3.4.2 ATENUANTE POR DROGADICCIÓN

La drogadicción puede excluir totalmente (artículo 20.2 del CP<sup>9</sup>) o parcialmente (artículo 21.1 del CP<sup>10</sup>) la responsabilidad penal o actuar como mera atenuante de responsabilidad penal por la vía del artículo 21.2 del CP<sup>11</sup>.

La doctrina jurisprudencial de la Sala Penal del TS, en sentencias como la STS 738/2013, de 4 de octubre (RJ 2013/8323), la STS 1036/2018 de 19 julio (RJ 2018/4017) y la STS 264/2019 de 10 enero (RJ 2019/1055), expone:

El consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuante. No se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes. La exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de un toxicómano, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

En el caso de Alonso, no se aprecian pruebas que acreditan la concreta e individualizada situación en el momento comisivo, ni en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes ni al periodo de dependencia ni a la influencia que de ello se

---

<sup>9</sup> Artículo 20.2 del CP: *“Están exentos de responsabilidad criminal: El que 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.*

<sup>10</sup> Artículo 21.1 del CP: *“Son circunstancias atenuantes: las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*

<sup>11</sup> Artículo 21.2 del CP: *“Son circunstancias atenuantes: la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.”*

podiera derivar sobre las facultades intelectivas y volitivas, requisitos que la doctrina jurisprudencial del TS exige para configurar la drogadicción como una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en sus variadas manifestaciones. Ejemplo de ello es la STS 323/2015 de 20 de mayo (RJ 2015/2304) y la STS 264/2016, de 10 enero (RJ 2019/1055).

El Tribunal Supremo utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología de fecha 18 de octubre de 2001, en la cual se sostiene que un consumidor habitual suele adquirir para su propio consumo para aproximadamente entre tres y cinco días 7,5 gramos de cocaína y 100 gramos de marihuana. En el domicilio de Alonso, se han incautado 1,954 gramos de cocaína de los cuales 1,543 gramos son puros y un total de 25 gramos de marihuana.

En este caso, la cantidad encontrada en su domicilio que se puede considerar para autoconsumo, y la información proporcionada por sus vecinos que afirman que Alonso “siempre iba puesto” no permiten aplicar ni una eximente de responsabilidad penal ni una circunstancia atenuante. Y aun contando con documentación médica que refleje su toxicomanía y el sometimiento a tratamiento de deshabituación, no sería prueba suficiente, ya que tal y como expone la STS 738/2018, de 4 octubre (RJ 2018/8323): *“la simple y genérica afirmación de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles”* no hace constar que el acusado tuviera sus facultades intelectuales o volitivas afectadas al tiempo de los hechos.

Sin embargo, según la STS 264/2019, de 10 de enero, (RJ 2019/1055)<sup>12</sup>, en el caso de existir una prueba documental – por ejemplo, un informe pericial de un médico que acredite una drogadicción, copias de partes de asistencias hospitalarias de urgencia por intoxicación o un informe emitido por un centro de rehabilitación que alegue la realización de un tratamiento médico y psicológico para superar una drogadicción- se podría concluir que el acusado era consumidor de sustancias tóxicas en el momento de los hechos, pudiendo serle aplicada una circunstancia atenuante analógica de drogadicción, con base al artículo 21.7 del CP, pero no una eximente ya que no sería prueba suficiente para justificar la afectación de sus facultades volitivas e intelectivas en el momento de la comisión del delito. No obstante, en la situación de Alonso, no existe prueba documental alguna.

Por lo expuesto, concluyo que con la información proporcionada no cabe aplicar ninguna eximente de la responsabilidad penal ni ninguna circunstancia atenuante por su supuesta drogadicción.

---

<sup>12</sup> En la STS 264/2019 de 10 enero (RJ 2019/1055) en su fundamento jurídico tercero, la Sala Penal del TS, establece que: *“si bien la documentación analizada es suficiente para acreditar la condición de consumidor del acusado en el momento de los hechos, y por ende, apreciar la circunstancia atenuante analógica de drogadicción, no es suficiente para acreditar la afectación de sus facultades volitivas e intelectivas en ese momento en grado suficiente como para apreciar la eximente pretendida”*

### 3.4.3 AGRAVANTE POR REINCIDENCIA

El artículo 22.8 del CP, establece como circunstancia agravante ser reincidente. Y especifica 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. A los efectos de este número no se computaran los antecedentes penales cancelados o que deberían serlo, ni los que correspondan a delitos leves”*

La doctrina jurisprudencial ha señalado en diversas sentencias, entre ellas la STS 4/2013, de 22 de enero (RJ 2013/3394), STS 630/2014 de 30 de septiembre (RJ 2014/4973), y STS 145/2017, de 8 de marzo (RJ 2017/1113); *“para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el factum la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.”* Y la sentencia, continua argumentando que en caso de que no consten los datos necesarios, el computo del plazo de rehabilitación debe ser favorable al reo, en concreto: *“a falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el computo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.”*

En el caso de Alonso, la única información disponible respecto a su antecedente penal es que ha sido condenado ejecutoriamente mediante sentencia firme de fecha 13/01/2016 como autor de un delito contra la salud pública. Por ende, se cumple el requisito de la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena – que debe tratarse de un delito comprendido en el mismo título del CP por el que ahora sería condenado y de la misma naturaleza, requisito que sí cumple- pero no se conoce la pena impuesta ni constan datos que permitan afirmar que el antecedente permanecía en vigor a la fecha de los hechos.

Dado que no se proporciona el dato relativo a la pena impuesta por el delito contra la salud pública que fue condenado mediante sentencia firme de fecha 13/01/2016, no se puede saber si el antecedente penal ha sido cancelado o no, y en caso de haber sido cancelado no se podría aplicar la circunstancia agravante por ser reincidente del artículo 22.8 del CP. Si aplicamos el criterio anteriormente explicado, considerando que el día inicial para el computo del plazo de cancelación –en caso de que falten los datos necesarios- debería determinarse desde la firmeza de la propia sentencia, el antecedente penal habría caducado en los siguientes casos: penas leves (aunque no sería computable ya que el artículo 22.8 del CP establece que no se computaran como antecedentes penales los delitos leves), penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes y las penas menos graves inferiores a tres años.

### 3.5 PENALIDAD

La modalidad básica del delito contra la salud pública del artículo 368 del CP, lleva aparejada una pena de prisión de 3 a 6 años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito ya que, en este caso, se trata de sustancias o productos que causen grave daño a la salud.

El subtipo agravado del artículo 369 CP, establece que cuando concurra alguna de las circunstancias que prevé, se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 del CP, y multa del tanto al cuádruplo.

Debido a que en el caso de Elvira, Sebastián y Alonso, concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 369 del CP, se impondrá la pena superior en grado, es decir de 6 a 9 años:

- Al ser la droga incautada a los tres sujetos de notoria importancia, concurre el subtipo agravado del artículo 369.1.5°.
- Al ser Elvira cirujana plástica de profesión, también concurre el subtipo agravado del artículo 369.1.1°, por ser facultativa que obrase en el ejercicio de su profesión u oficio.

En el caso de María Luisa, al concurrir la circunstancia atenuante específica de colaboración con la justicia del artículo 376 del CP, se podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados, a la señalada en el artículo 368 del CP, y dadas las circunstancias del caso- no se cumple el requisito de abandono voluntario de la actividad delictiva que establece el artículo 376 del CP-, considero que solo se debería imponer la pena inferior en un grado, es decir de 1 año y media hasta 3 años.

En virtud del artículo 377 del CP, para la determinación de la cuantía de las multas, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener. En este caso, la cantidad incautada en la clínica de Elvira ha sido de 10.657 gramos y la cantidad de cocaína extraída de la prótesis resultó ser 550 gramos de cocaína.

En base a esto, la pena de multa debe establecerse en función del precio final del producto o la ganancia que se pudiera obtener. El Observatorio Español de las Drogas y las Adicciones (2018), en su último informe publicado, analiza el precio medio de las drogas en el mercado ilícito en base a los datos del Sistema Estadístico de Análisis y Evaluación sobre el Crimen Organizado, indicando para el caso de la cocaína un precio medio de 59.30 €.

La pena de multa aplicable a María Luisa por delito contra la salud pública previsto en el artículo 368 del CP, sería del tanto al triplo del valor de la droga, es decir, de 32.615 € a 97845 €. Al establecer el artículo 377 del CP, criterios alternativos establecidos para la determinación del valor de la droga, considero que en este caso se debería determinar la pena de multa en base a la ganancia que habría obtenido María Luisa por transportar la droga en su cuerpo –aunque este dato no venga indicado en el supuesto- y no al valor que tendría la droga en el mercado ilícito.

Y en caso de la figura agravada, prevista en el artículo 369 del CP (Elvira, Sebastián y Alonso), la multa sería del tanto al cuádruplo del valor de la droga, es decir, de 664.575,1€ a 2.658.300,4 €.

En caso de impago de la multa impuesta, María Luisa podría estar sujeta a la responsabilidad penal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, prevista en el artículo 53 del CP.

Al ser las penas de prisión en todos los casos inferiores a diez años, se les impondría como pena accesoria, en base al artículo 56.2 del CP, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Y en el caso de la doctora Elvira, al ser los hechos realizados por facultativo –médico-, en el ejercicio de su profesión u oficio, se le impondrá, además, la inhabilitación especial para profesión u oficio, de tres a diez años, tal y como establece el artículo 372 del CP.

Por último, en aplicación del artículo 127 y 374 del CP, se procedería al comiso definitivo de la sustancia estupefaciente intervenida, de los 6000 € en metálico, y de las básculas de precisión, a los que se dará destino legal<sup>13</sup>.

## 4 DELITO DE PERTENENCIA A GRUPO CRIMINAL

### 4.1 DISTINCIÓN ENTRE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y GRUPO CRIMINAL

Con la aprobación de la LO 5/2010 de 22 de junio, se introdujo junto al delito de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal, artículos 570 bis y ter del CP, respectivamente, el de tráfico de drogas cometido por persona perteneciente a una organización delictiva (artículo 369 bis del CP). En opinión de Méndez Rodríguez (2014) esto conllevaría a problemas teóricos, derivados del tenor del propio delito de pertenencia a organización criminal como de la concurrencia de ambos, y de su aplicación práctica.

El Código Penal ofrece una definición tanto de organización criminal (artículo 570 bis): “*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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*” como de grupo criminal (artículo 570 ter): “*unión de más de dos*

---

<sup>13</sup>Artículo 374 del CP: “*En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:*

1.ª *Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*

2.ª *Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado”.*

*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 o la comisión concertada y reiterada de faltas”*

Por lo tanto, ambas precisan la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, de estabilidad y de una estructura que actúe de manera concertada y coordinada en el reparto de tareas o funciones, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurren ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra solo uno de ellos. Véase STS 719/2013, de 9 de octubre (RJ 2013/7725), STS 309/2016, de 1 abril (RJ 2013/3288) y la STS 15/2018, de 16 de enero (RJ 2018/84)

En concreto, la STS 719/2013, de 9 de octubre (RJ 2013/7725) considera que, el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo, pero carecer de una estructura organizativa que esté perfectamente definida, o bien contar con una estructura organizativa interna caracterizada por un reparto de tareas concertado y coordinado, pero que no esté constituido con vocación de permanencia en el tiempo. La misma sentencia, interpretando la voluntad del legislador, reconoce que la figura específica de Organización criminal, del artículo 570 bis, fue diseñada: *“para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales”*, mientras que *“para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad”* se diseña como figura específica el grupo criminal. Y en esta línea, sostiene que la figura de grupos criminales puede estar presente en operaciones de tráfico de drogas de entidad media, diferenciándose de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que trafica internacionalmente con drogas.

#### 4.2 DISTINCIÓN ENTRE GRUPO CRIMINAL Y MERA CODELINCUENCIA

El criterio diferenciador de grupo criminal de los supuestos de mera codeincuencia, tal y como disponen numerosas sentencias, entre ellas la STS 309/2013, de 1 de abril (RJ 2013/3288, STS 719/2013, de 9 de octubre (RJ 2013/7725) y la STS 277/2016 de 6 de abril (RJ 2016/1325), habrá de encontrarse en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> En concreto, en el artículo 2, se establecen las siguientes definiciones: a) Por “grupo delictivo organizado” [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por “grupo estructurado” [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en



En este sentido, la STS 309/2013, de 1 de abril (RJ 2013/3288), interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, afirma que: *“la codelinquencia se aprecia en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”*. Por ello, es la “mínima permanencia”, el criterio que permite distinguir al grupo criminal de la mera codelinquencia (STS 719/2013, de 9 de octubre, RJ 2013/7725)

La sentencia del Tribunal Supremo 277/2016, de 6 de abril (RJ 2016/1325), siguiendo la doctrina jurisprudencial –entre muchas, la STS 544/2012, de 2 de julio (RJ 2012/7521) y STS 719/2013, de 9 de octubre (RJ 2013/7725)-, señala 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 codelinquencia”*. En relación con esto, cuando la actividad de tráfico de drogas esté integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, el conjunto de la actividad de tráfico se sanciona como un delito único. No obstante, a efectos de la tipificación del grupo u organización, se debe considerar el tráfico de reiterado de drogas como una actividad delictiva plural (Sentencia 145/2017, de 8 de marzo, RJ 2017\111).

### 4.3 CONCLUSIÓN

Analizado los criterios diferenciadores entre grupo criminal, organización criminal y la mera codelinquencia, concluyo que en el supuesto planteado, hay una agrupación de tres personas: la Doctora Elvira Gómez, Sebastián y Alonso, que puede ser constitutiva de un delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter 1.b).

Con el *modus operandi* queda acreditado que la Doctora Elvira, Sebastián y Alonso, de manera reiterada se dedicaban conjuntamente al tráfico de drogas, y además, lo hacían con cierta vocación de permanencia y de un modo continuado. Por ello, no se trata de una agrupación o unión de más de dos personas, que se hubiera formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, y en consecuencia, no encaja en los supuestos de mera codelinquencia.

En el caso planteado, se dan los dos conceptos esenciales para ser considerado como grupo criminal. Por un lado, la pluralidad de más de dos personas (en este caso tres: la Doctora Elvira, Sebastián y Alonso) y la finalidad delictiva. Por ende, para aclarar si estamos ante un supuesto de grupo criminal o de organización criminal, debe analizarse si se dan los dos requisitos a mayores que exige la figura de organización criminal: la estabilidad en el tiempo y el reparto de funciones entre sus miembros.

La STS 591/2018, de 26 de noviembre (RJ 2018/5364) reconoce que, los grupos criminales, aun sin reunir las notas de complejidad necesarias para ser organización, *“sí*

---

el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada

*que advierten la existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros, algunos de los cuales son intercambiables en sus funciones, presentando una estructura muy básica, sin sofisticación, ni perfilada definición en el reparto de papeles, pero con capacidad para obtener droga y transportarla.”* Dicha sentencia señala también, que en el grupo criminal *“deberá existir algún mínimo reparto de tareas y un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia aunque no con la duración que se exige en la organización criminal”*

Considero, que en el *modus operandi* expuesto, se puede apreciar *“la existencia de una serie de medios y recursos que dotan de una cierta estructura interna a sus miembros”* ya que la Doctora Elvira Gómez, se encargaba intervenir quirúrgicamente a las “mulas” para extraer las bolsas de cocaína que llevaban éstas en los senos, y posteriormente, Sebastián y Alonso se hacían cargo de la venta de la cocaína a terceros. No obstante, se trata de una *“estructura muy básica, sin sofisticación”* en la que no se aprecia un *“reparto formalizado de funciones que pudiese determinar la configuración de una organización”* (STS 719/2013, de 9 de octubre (RJ 2013/7725) ni *“una estructura sólida, dotada de estabilidad, con reparto de papeles, que funcionaba con independencia de la intervención en cada caso de los diferentes elementos humanos”* (Sentencia 145/2017 de 8 de marzo, RJ 2017\111) sino un *“mínimo reparto de tareas”*. Se puede observar *“un mínimo acuerdo de voluntades con alguna permanencia en el tiempo”* ya que del *modus operandi* se extrae que han sido varias las “mulas” que la Doctora Elvira Gómez ha intervenido, así como por la considerada cantidad de droga incautada en la clínica, en concreto, 10.657 gramos de cocaína, aunque no se puede constatar su carácter estable o de tiempo indefinido exigido en las organizaciones criminales.

Por otro lado, estimo que María Luisa (“la mula”), no forma parte de dicho grupo criminal, ya que se trata de un acto puntual en el que actuó de “correo humano de la sustancia”, sin que haya ninguna prueba que lleve a considerar que perteneciera a dicha estructura. En este sentido, la STS 369/2018, de 19 de julio (RJ 2018/3596) establece que: *“no participa en el grupo quien es ajeno a las decisiones del mismo”*

Y en consecuencia, Elvira, Sebastián y Alonso serían condenados como autores responsables de un delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter 1.b) del CP, castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años, ya que la finalidad del grupo ha sido cometer un delito grave, distinto al recogido en el apartado tercero del artículo 570 bis del CP<sup>15</sup>. Dado que la pena de prisión es inferior a diez años, en base al artículo 56.2º del CP, se les impondría, la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

---

<sup>15</sup> Artículo 570 bis, apartado 3: “Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos”

## 5 DELITO DE USO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD FALSO

En el Capítulo II, del Título XVIII del Código Penal, se regulan las falsedades documentales, entre ellas, la falsificación de documentos públicos cometida por particular y el uso de documentos falsos. El objeto de tutela de la falsedad documental, es la seguridad del tráfico jurídico otorgada por la confianza en los documentos, en particular, en la garantía de veracidad y autenticidad de su contenido (González Cussac, J.L., 2016)

El artículo 392 del CP<sup>16</sup>, castiga al particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en el artículo 390 del CP y a quien, sin intervenir en la falsificación, traficara de cualquier modo o hiciera uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. El uso de documentos públicos falsos, a sabiendas de su falsedad, es también constitutivo de delito, en base al artículo 393 del CP, si la finalidad es presentarlo en juicio o perjudicar a otro.

En el supuesto de hecho, Sebastián, de nacionalidad colombiana, había logrado huir a Brasil tres días antes de la intervención de los agentes, empleando un pasaporte falso. Por lo tanto, sólo queda acreditado que haya hecho uso de un pasaporte falso, para huir de España a Brasil, no pudiendo estimarse que haya traficado de cualquier modo con un documento de identidad falso, ni que su finalidad haya sido presentarlo en juicio o perjudicar a otro. Y en consecuencia, considero, que sería de aplicación el delito de uso de documento de identidad falso que recoge el artículo 392.2 del CP. Además, concretar, que el objeto material del delito de uso de documento de identidad falso, del artículo 392.2 del CP, es un documento de identidad, que abarca tanto al documento de nacional de identidad como al pasaporte, ambos documentos públicos, expedidos por los órganos competentes de la Administración General del Estado (Molina Fernández, 2018).

Y por ello, Sebastián, sería condenado como autor criminalmente responsable de un delito de uso de documento de identidad falso, y se le impondría una pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses. Al ser la pena de prisión inferior a diez años, aplicando el artículo 56.2º del CP, se le impondría, como pena accesoria, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

---

<sup>16</sup> “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<sup>16</sup>, 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.”

## 6 INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA NO CONSENTIDA

### 6.1 CONSENTIMIENTO INFORMADO

El artículo 3.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>17</sup>, reconoce el derecho de *“toda persona a su integridad física y psíquica”*, y en concreto, en el apartado segundo, indica que en el marco de la medicina y la biología *“se respetarán en particular el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley”*.

El Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, aplicable en España<sup>18</sup>, sostiene, en el artículo 5; *“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. Además, “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”* (Artículo 8).

En el nuestro ordenamiento jurídico interno, el consentimiento informado viene regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002), y se define en el artículo 3 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”*.

El artículo 8 de la Ley 41/2002, señala: *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente, necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado”*. Y aunque por regla general, el consentimiento será verbal, en el caso de una intervención quirúrgica, se presentará por escrito.

No obstante, en base al artículo 9.2 de la mencionada ley, se establecen dos supuestos en los cuales los facultativos podrán realizar las intervenciones clínicas que sean indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento.

---

<sup>17</sup> Aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y reconocida con el mismo valor jurídico que los Tratados por el Tratado de la UE (Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009).

<sup>18</sup> 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y ratificado por España el 23 de julio de 1999.

En primer lugar, “cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”.

Y en segundo lugar, “cuando existe 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.”

De la normativa relativa al consentimiento informado, se observa que la relación médico-paciente gira en torno al principio de autonomía del paciente (Gómez Abeja, 2011).

## 6.2 ANÁLISIS DE UNA POSIBLE VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho al consentimiento informado no es un mero derecho de exclusiva configuración legal, sino que forma parte del contenido de los derechos fundamentales (Xiol, J.A. y Bastida F.J, 2012). Y así se reconoce en la STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011/37): “El artículo 15 de la CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral”. En este sentido, añade:

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía del paciente y, por tanto, de los preceptos que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

En otras palabras, dicha sentencia del TC reconoce la posibilidad de que las actuaciones médicas puedan afectar a la integridad personal protegida en el artículo 15 CE, y por ello, cualquier actuación que afecte a la integridad personal, “se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada”.

En el procedimiento para obtener el consentimiento informado de un paciente debe existir una cumplida información sobre el objeto de la decisión a tomar. Dado que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente requiere de su consentimiento libre y voluntario, la información previa debe ilustrar sobre las posibles alternativas diagnósticas y terapéuticas y sobre los riesgos de cada una (Xiol, J.A. y Bastida F.J, 2012).

En el supuesto, María Luisa fue intervenida quirúrgicamente sin haber prestado ésta consentimiento, verbal o escrito. Por lo tanto, para concluir si la actuación médica afectó a su derecho a la integridad física, debe analizarse si se encontraba justificada o no desde el punto de vista constitucional.

Entre los supuestos tasados que prevé el artículo 9 de la Ley 41/2002, en los cuales no es necesario el consentimiento informado del paciente, la situación de María Luisa no encaja en el artículo 9.1, ya que no se aprecia riesgo para la salud pública. El análisis se enfoca, por ello, en el supuesto contemplado en el artículo 9.2.

La STC 31/2011, de 28 de marzo, (RTC 2011/37), concluyó que una intervención quirúrgica sin el consentimiento informado del paciente, en aplicación del artículo 9.2 de la Ley 41/2002, requiere *“la imposibilidad de obtener el consentimiento informado o de consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente”* y no es suficiente la existencia de una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, *“sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad”*.

María Luisa llevaba unos implantes con cocaína en ambos senos, y 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 su consentimiento verbal o escrito.

Para que dicha intervención quirúrgica, esté justificada, de modo que, no se haya vulnerado su derecho a la integridad física contemplado en el artículo 15 de la CE, debe tratarse de un supuesto del artículo 9.2 de la Ley 41/2002. En primer lugar, considero que el riesgo grave para su salud también era inminente, ya que los implantes de cocaína podrían romper en cualquier momento, lo cual, provocaría una intoxicación aguda por cocaína, y consecuentemente, la muerte (Marco A. y Laliga A., 2002). Es precisamente, la gravedad e inminencia de las consecuencias perjudiciales que podría tener para María Luisa por la demora en la realización de la intervención quirúrgica, lo que justificaría la imposibilidad de recabar su consentimiento y, consiguientemente, la excepción del consentimiento informado del paciente, en base al artículo 9.2 de la Ley 41/2002.

Además, María Luisa en ningún momento se había negado ni a ser trasladada al hospital, ni a ser internada, ni a ser intervenida quirúrgicamente. Más bien, su actitud fue de colaboración, ya que por un lado confesó a los agentes que llevaba unos implantes con cocaína, y por otro, accedió a trasladarse inmediatamente al hospital y posteriormente, tras ser detenida, colaboró con los agentes lo cual permitió detener a otros sujetos.

Por otro lado, ha sido una decisión médica la de realizar la intervención, siendo ésta presenciada por una funcionaria de policía. Y además, el resultado de la operación ha sido positiva para María Luisa, no produciéndose ningún daño físico.

En consecuencia, considero que la intervención quirúrgica realizara a María Luisa sin haber ésta prestado consentimiento verbal o escrito, está justificada constitucionalmente, en base al artículo 8 del Convenio sobre los Derechos Humanos y a la Biomedicina y al artículo 9.2 de la Ley 41/2002. Por este motivo, su derecho a la integridad física recogido en el artículo 15 de la CE no ha sido vulnerado, no teniendo derecho a percibir ninguna indemnización por daños y perjuicios basándose en una vulneración de un derecho fundamental.

### 6.3 CONSECUENCIAS EN CASO DE VULNERACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

En el caso de que la omisión del consentimiento informado, no se debiese a los supuestos tasados del artículo 9 de la Ley 41/2002, se produciría una vulneración del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la CE. Sin embargo, esto hecho no produciría, de por sí, una indemnización por daños y perjuicios.

La jurisprudencia contempla en los supuestos de omisión del consentimiento informado del paciente, dos daños fundamentales. Por un lado, los daños corporales, físicos y/o psíquicos derivados de la actuación médica no consentida. Y por otro lado, el daño moral que se produce por lesión del derecho a la autonomía del paciente, ya que la omisión del consentimiento informado priva al paciente la posibilidad de tomar una decisión informada sobre su sometimiento o rechazo a la actuación médica, una vez conocidos los riesgos. Dado el carácter público del sistema español de sanidad, la vía más frecuente que recurren los pacientes para el resarcimiento del daño sufrido por la omisión de su consentimiento informado, es la responsabilidad patrimonial de la administración pública. (Cadenas Osuna, 2018).

En virtud del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*.

En este sentido, la STS 7734/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de diciembre (RJ 2009/8152), analizando la doctrina jurisprudencia, considera como incumplimiento de la *“lex artis”*, el defecto del consentimiento informado, ya que *“constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario”*. No obstante, *“no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo”*, quedando excluidos los supuestos en que la intervención resultara satisfactoria para el paciente, es decir, no se produjeran daños físicos. Esta sentencia, se alinea con el posicionamiento jurisprudencial que considera la omisión del consentimiento informado como un daño moral que es indemnizable por lesión de su derecho a la autonomía cuando de la actuación médica no consentida se produzca un resultado negativo de cuyo riesgo debía haber sido informado previamente. (Cadenas Osuna, 2018)

Del mismo modo, la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), 1200/2015, de 11 junio (JUR/2015/162913), reconoce la ausencia de consentimiento informado como un supuesto de mala praxis *ad hoc*, pero que no procede responsabilidad patrimonial ni la consiguiente indemnización, *“si del acto médico no se deriva daño alguno”*.

Por lo tanto, siguiendo la doctrina jurisprudencial que considera el daño moral por la actuación médica no consentida como dependiente de un resultado negativo, estimo que

en el caso de que no se cumpliesen los requisitos del artículo 9.2 de la Ley 41/2002, María Luisa tampoco tendría derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios basándose en una vulneración de un derecho fundamental, ya que no se aprecia un resultado lesivo de dicha intervención.

Por otro lado, si la prueba se ha obtenido vulnerando un derecho fundamental, no surtirá efecto, tal y como sostiene el artículo 11 de la LOPJ: “*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*”

Es decir, en caso de que existiese una conculcación de un derecho fundamental, las bolsas de cocaína extraídas de los senos de María Luisa, no se podrían utilizar como un medio de prueba válido.

## **7 SOLICITUD DE EXTRADICIÓN**

### **7.1 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRADICIÓN EN ESPAÑA**

La Constitución Española, establece en el artículo 13.3, que la extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. No obstante, quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerando como tales los actos de terrorismo.

Por lo tanto, en la determinación del régimen jurídico de la extradición concurren normas supranacionales (Tratados Internacionales), Tratados Bilaterales suscritos entre España y otros países, y normas de Derecho interno.

La extradición puede ser definida<sup>19</sup> como el proceso por el que las autoridades de un Estado hacen entrega de una persona a las de otro que la reclaman para que pueda ser enjuiciada penalmente en este segundo o cumpla en él una pena ya impuesta. De este concepto, se extraen dos tipos de extradición: la pasiva y la activa.

La extradición pasiva es el acto a través del cual se procede a la entrega de una persona reclamada por otro Estado para ser enjuiciado o cumplir sentencia condenatoria y se regula en la Ley 4/1985, de 21 de marzo.

La extradición activa es un acto mediante el cual un Estado solicita a otro que le entreguen una persona para que pueda ser enjuiciada o cumplir una condena. Se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto, en los artículos 824-833. En virtud del artículo 826 de la LECrim: “Sólo podrá pedirse o proponerse la extradición: *1. ° De los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero. 2. ° 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. ° De los*

---

<sup>19</sup> Según la Real Academia de la Lengua Española



*extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.*” El tercer supuesto, sería el aplicable a Sebastián, ya que siendo de nacionalidad colombiana, había logrado huir a Brasil con un pasaporte falso tres días antes de la intervención de los agentes.

## 7.2 EXTRADICIÓN ENTRE ESPAÑA Y BRASIL

En primer lugar, hay que determinar qué normativa es aplicable para solicitar la extradición de Sebastián, de nacionalidad colombiana, que había logrado huir a Brasil tres días antes de la intervención de los agentes. Por lo tanto, se trata de una extradición activa, que está regulada en la LECrim, y tal y como establece el artículo 827: *“Procederá la petición de extradición: 1º En los casos que se determinen en los Tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se hallase el individuo reclamado.”*

La extradición entre España y Brasil se regula por el Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988, ratificado el 18 de abril de 1990 y entró en vigor el 30 de junio de 1990.

En segundo lugar, para que sea posible que el Estado Español solicite la extradición de Sebastián, deben cumplirse las condiciones establecidas en dicho Tratado.

En virtud del artículo 1 de dicho Tratado, ambos Estados están obligados recíprocamente a la entrega, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Tratado y de conformidad con las formalidades legales vigentes en el Estado requirente y en el Estado requerido, de 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.

El Tratado regula los casos en que se autorizan o no se autorizan la extradición, en su Título II y III, respectivamente. Para que se autorice una extradición, se exige que las leyes de ambos Estados impongan una pena privativa de libertad superior a un año, independientemente de las circunstancias modificativas y de la denominación del delito. En caso de que la extradición se solicite para la ejecución de una sentencia, es necesario que la parte de la pena no cumplida sea superior a un año. Cuando la petición de extradición se refiriese a más de un delito y en alguno de ellos no concurrieren los requisitos de los dos párrafos precedentes, la extradición se podrá conceder si en alguno de ellos concurrieren las referidas exigencias.

En Brasil, en el artículo 33 de la Ley de Drogas nº 11343, 23 de agosto de 2006, viene recogido el delito de tráfico de drogas, estableciendo una pena privativa de libertad de 5 a 15 años<sup>20</sup>. El delito de asociación criminal se regula en el Código Penal de Brasil<sup>21</sup>, y

---

<sup>20</sup> Artículo 33 de la Ley de Drogas nº11343, de 23 de agosto de 2006: *“importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, adquirir, vender, exponer a la venta, ofrecer, almacenar, transportar, llevar consigo, guardar, prescribir, administrar, entregar para consumo o suministrar estupefacientes, aunque sea gratuitamente, sin autorización o en disconformidad con las disposiciones jurídicas o normativas. Pena: reclusión de 5 a 15 años y pago de 500 a 1.500 días-multa.”*

<sup>21</sup> Aprobado por el Decreto-Ley nº2848, de 7 de diciembre de 1940.

supone una pena privativa de libertad de 1 a 3 años.<sup>22</sup> El delito de uso de documento falso se recoge en artículo 304 del Código Penal de Brasil, en relación al artículo 297, estableciendo una pena privativa de libertad de 2 a 6 años.<sup>23</sup>

En España, los hechos cometidos por Sebastián, con constitutivos de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud (artículo 368 del CP), con una pena de prisión de 3 a 6 años; de un delito de integración en un grupo criminal (artículo 570 ter 1.b) del CP), castigado con una pena de prisión de 6 meses a 2 años; y un delito de uso de documento de identidad falso recogido en el artículo 392.2º del CP con una pena de prisión de seis meses a un año.

Considero que España sí puede solicitar la extradición de Sebastián por los tres delitos cometidos, ya que, en aplicación del artículo 2 del Tratado, en caso de petición de extradición relativa a más de un delito, si en alguno de ellos no concurre una pena privativa de libertad superior a 1 año, se podrá conceder si en alguno de ellos sí concurren las exigencias, como es en este caso, el delito contra la salud pública del artículo 368 del CP y el delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter 1.b) del CP. Además, los tres delitos serían castigados en Brasil, con una pena privativa de libertad superior a un año.

Por otro lado, este supuesto no cumple con ninguno de los casos que permitirían que no se autorizase la extradición, ya que Sebastián no es de nacionalidad brasileña (artículo 3 del Tratado de Extradición) ni estamos en los supuestos de no concesión de extradición del artículo 4 del Tratado (Brasil no es competente para juzgar el delito, Sebastián no está sujeto al proceso o ya ha sido juzgado en Brasil ni debe comparecer en España a un juicio de excepción, la acción penal no ha prescrito, el delito no es de naturaleza militar ni constituye un delito político y la extradición no se presentaría con la finalidad de perseguir o castigar a Sebastián por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas).

El procedimiento a seguir de la extradición viene recogido en los artículos 9 a 20 del Tratado. La solicitud se hará por vía diplomática, debiendo presentar el Estado Español, original o copia auténtica del auto de prisión -cuando se trata de un individuo no condenado- o de la sentencia condenatoria y certificación de que la misma no fue totalmente cumplida -cuando se trate de un individuo condenado-. Dichos documentos deben indicar con precisión el hecho imputado, la fecha y el lugar en que fue realizado, así como los datos o antecedentes necesarios para comprobar la identidad de la persona reclamada, en este caso, Sebastián. El Estado Español también deberá presentar las pruebas o indicios de que Sebastián entró o permanece en el Brasil, tal y como indica el artículo 3 del Tratado.

---

<sup>22</sup> Art. 288 del Código Penal de Brasil: *“Asociarse tres o más personas, con el propósito específico de cometer delitos. Pena: reclusión de 1 a 3 años”.*

<sup>23</sup> Artículo 304 del Código Penal de Brasil: *“Hacer uso de cualquiera de los papeles falsificados o alterados, a que se refieren los arts. 297 a 302: Pena - la conminada a la falsificación o a la alteración”* y Artículo 297 del Código Penal de Brasil: *“Falsificar, en todo o en parte, documento público o alterar documento público verdadero: Pena - reclusión, de 2 a 5 años, y multa.”*

### 7.3 EXTRADICIÓN ENTRE PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

La aprobación por el Consejo Europeo de la Decisión Marco del 13 de junio de 2002, relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega entre los Estados Miembros (en adelante, DMOEDE), supuso un cambio en las relaciones de cooperación penal entre los Estados miembros de la Unión Europea ya que simplifica el procedimiento de extradición en el ámbito de la Unión Europea. El nuevo procedimiento de entrega está desvinculado de la discreción política, que ha estado tradicionalmente presente en el procedimiento de extradición. (Pérez Cebadera, 2009).

Esta norma está actualmente incorporada al Derecho español mediante la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Mientras que el Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, es únicamente, aplicable a España y Brasil (es de ámbito internacional), la DMOEDE es de aplicación en los Estados miembros de la Unión Europea (ámbito europeo).

La primera diferencia fundamental, entre la Orden Europea de detención y Entrega y la solicitud de extradición de un sujeto a Brasil, radica, en que en el primer caso, la persecución internacional de los delitos se realiza entre autoridades judiciales y se prescinde de la intervención de la autoridad política. Es decir, mientras que la solicitud de extradición de un sujeto que haya huido a Brasil, se realiza por vía diplomática, en el supuesto de que hubiese logrado huir a un Estado miembro de la UE, la autoridad judicial competente de España tendría que dictar una orden de detención europea, definida en el artículo 34 de la Ley 23/2014, como *“una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada 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”*.

En segundo lugar, no se exige el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos, siempre que estén castigados en el Estado miembro emisor con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años (artículo 2 DMOEDE y artículo 47 Ley 23/2014). Entre esos delitos, se encuentra la pertenencia a organización delictiva, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas así como el tráfico de documentos falsos.

En tercer lugar, la orden europea de detención y entrega será tramitada y ejecutada con carácter de urgencia, siendo los plazos los siguientes. Si la persona reclamada consiente la entrega, en un plazo de 10 días siguientes a la celebración de la audiencia deberá ser adoptada la resolución judicial. En caso contrario, el plazo máximo para adoptar una resolución firme es de 60 días desde que se produjera la detención, plazo que por razones justificadas, podrán ser prorrogados por otros 30 días (artículo 17 DMOEDE y artículo 54 Ley 23/2014).

## 8 CONCLUSIONES

- I. El ejercicio de la potestad jurisdiccional de este supuesto le correspondería a los Juzgados y Tribunales de orden penal, por serles atribuidos el conocimiento de las causas y juicios criminales. En concreto, sería competente el Juzgado de Instrucción para la fase de instrucción y la Audiencia Provincial para la fase de enjuiciamiento, debido a que el delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud del artículo 368 del CP, tiene una pena en abstracto mayor a cinco años. El procedimiento penal que se ocuparía de juzgar los hechos descritos, sería el procedimiento abreviado, ya que la pena de prisión prevista para los delitos es inferior a nueve años.
- II. Los hechos realizados por María Luisa, Elvira, Sebastián y Alonso, son constitutivos de un delito contra la salud pública, de sustancias que causan grave daño a la salud, previsto en el artículo 368 del CP, castigado con una pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. En concreto, María Luisa sería responsable por el transporte en su cuerpo de cocaína, Elvira por intervenir quirúrgicamente a las “mulas” para extraer de los senos las bolsas donde se portaba la cocaína y almacenar la droga en la clínica para su posterior distribución a terceros, y Sebastián y Alonso por la distribución a terceros de la cocaína guardada en la clínica. Es decir, todos los sujetos son autores, criminalmente responsables, por tráfico de drogas.
- III. Además, en el caso de Elvira, Sebastián y Alonso, concurre la figura agravante del artículo 369.1.5º del CP, por ser la cantidad de la sustancia objeto de la conducta de notoria importancia. En la clínica de Elvira se han incautado 10.6257 gramos de cocaína, más los 550 gramos de cocaína (162,5 gramos de cocaína pura) introducida por la “mula”, y que en caso de no ser detenida por los agentes de la UDYCO, habría llegado a las manos del grupo criminal. Por lo tanto, la cantidad incautada de cocaína es superior a la cantidad de notoria importancia, fijada para dicha sustancia en 750 gramos. Y al ser Elvira, facultativa -cirujana de profesión- que obró en el ejercicio de su profesión u oficio, también concurre la circunstancia del artículo 369.1.1º del CP. Por ello, se les impondrá la pena superior en grado y multa del tanto al cuádruplo, es decir, pena de prisión de seis a nueve años y multa de 664.575,1 € a 2.658.300,4 €.
- IV. No se le puede aplicar a María Luisa una atenuante por confesión del artículo 21.4 del CP porque la confesión no se produjo antes del procedimiento penal contra ella, al haber comenzado ya la actuación policial y siendo el hallazgo de la sustancia inevitable. Tampoco es de aplicación la atenuante por analogía del artículo 21.7 del CP, ya que en virtud del criterio de especificidad, debe concurrir

la atenuante específica de colaboración con la justicia del artículo 376.1 del CP. A pesar de que María Luisa no haya abandonado voluntariamente la actividad delictiva, sí ha colaborado activamente con las autoridades para obtener pruebas decisivas para la identificación de otros responsables, lo cual permitió, posteriormente, la detención de los demás sujetos. Por ello, considero que solo se le podrá reducir la pena en un grado y no en dos, porque no concurre el primero requisito del artículo 376 del CP, es decir, haber abandonado voluntariamente la actividad delictiva.

- V. El mero hecho de ser consumidor habitual de sustancias estupefacientes, como es el caso de Alonso, no permite, por sí solo, la aplicación de una eximente ni atenuante de la responsabilidad penal, sino que debe afectar a las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. Por ello, no es de aplicación la exclusión total o parcial, ni la simple atenuación de la responsabilidad por el ser toxicómano.
- VI. Elvira, Sebastián y Alonso son autores de un delito de pertenencia a un grupo criminal del artículo 570 ter 1.b), castigado con una pena de seis meses a dos años de prisión por los siguientes motivos. En primer lugar, se trata de una agrupación de tres personas en las que existe vocación de una mínima permanencia, por lo cual, queda descartada la mera codelinquencia. En segundo lugar, analizando el *modus operandi*, estimo que existe una estructura simple, muy básica, sin sofisticación y un mínimo reparto de tareas con cierta vocación de permanencia en el tiempo, por lo tanto no estamos ante una organización criminal, caracterizada por su carácter estable, con un reparto de tareas formalizado y una jerarquía.
- VII. El hecho de huir de España a Brasil con un pasaporte falso, como es el caso de Sebastián a Brasil, es constitutivo de un delito de uso de documento de identidad falso, recogido en el artículo 392.2 del CP y castigado con una pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses.
- VIII. España podría solicitar a Brasil la entrega de Sebastián para que pueda ser enjuiciado en España (extradición activa) en virtud del Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988. Para que sea autorizada la extradición, las leyes de ambos países deben imponer una pena privativa de libertad superior a un año, independientemente de las circunstancias modificativas y la denominación del delito, circunstancia que se cumple para los tres delitos por los que sería acusado Sebastián.
- IX. En el supuesto, de que Sebastián hubiese huido a un país miembro de la Unión Europea, España solicitaría una Orden Europea de Detención y Entrega, un procedimiento de entrega más simple realizado por las autoridades judiciales, a diferencia del procedimiento tradicional de extradición por vía diplomática. También se caracteriza porque no se exige el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y los plazos de su tramitación y ejecución tiene carácter de urgencia.

- X. En base al principio de autonomía del paciente, todo paciente debe firmar el consentimiento informado, es decir, aceptar la intervención médica después de que ser informado acerca de sus riesgos y beneficios. Sin embargo, en los artículos 8 del Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y 9 de la Ley 41/2002, se recogen supuestos tasados en los cuales los facultativos podrán realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente. En este caso, considero que la intervención quirúrgica realizada a María Luisa, estaba justificada, dado que había un grave riesgo e inminente para su salud por llevar implantes de cocaína en ambos senos, y por la urgencia con la que debía ser intervenida quirúrgicamente tampoco fue posible recabar su consentimiento ni de ninguna persona vinculada a ella. Además, María Luisa no ha sufrido ningún daño físico tras la operación. Por ello, estimo que no ha sido vulnerado su derecho a la integridad física, recogido en el artículo 15 de la CE, ni podrá pedir una indemnización por daños y perjuicios basándose en una vulneración de un derecho fundamental.
- XI. La omisión del consentimiento informado sin justificación constitucional es constitutivo de una vulneración del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 de la CE. En tal supuesto, en aplicación del artículo 11 de la LOPJ, las bolsas de cocaína extraídas no serían un medio válido de prueba. No obstante, siguiendo la doctrina jurisprudencial que considera el daño moral indemnizable por lesión del derecho a la autonomía del paciente cuando de la actuación médica no consentida se produzca un resultado lesivo de cuyo riesgo debería haber sido informado previamente, no prosperaría el resarcimiento del daño sufrido ya que no consta ningún resultado lesivo de la intervención quirúrgica.

## 9 BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ SERRANO, A.R. *et al.*, 2019. *Esquemas de derecho procesal penal*. 5ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491907985
- CADENAS OSUNA, D. 2018. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica* [en línea]. Madrid: Boletín Oficial del Estado [consulta: 5 junio 2019]. Disponible en:  
[https://boe.es/publicaciones/biblioteca\\_juridica/publicacion.php?lang=va&id=PUB-PR-2018-83&modo=1&tipo=L](https://boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/publicacion.php?lang=va&id=PUB-PR-2018-83&modo=1&tipo=L)
- CIGAS GIMÉNEZ, M.C. 2006. Delitos relativos al narcotráfico. Visión general. *Delitos contra la salud pública. Novedades Jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, N°37, pp. 13-22. ISSN 1575-8735
- DELEGACION DEL GOBIERNO PARA EL PLAN NACIONAL SOBRE DROGAS, 2018. *España, Informe sobre drogas 2018* [en línea]. Madrid: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social [consulta: 15 junio 2019]. Disponible en:  
<http://www.pnsd.mscbs.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/internacional/>
- FRIEYRO ELICEGUI, S. 2017. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491433972
- GÓMEZ ABEJA, L. 2011. Consentimiento informado y derechos fundamentales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Madrid: Comares, N°18, pp. 275-306. ISSN 1699-1524
- GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.). 2016. *Derecho penal parte especial*. 5ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978491431626
- MARCO, A. y LALIGA, A. 2002. Los síndromes de los body-packers y de los body stuffers. Actitudes éticas y clínico-terapéuticas ante los transportadores corporales de drogas ilegales. *Enfermedades Emergentes*. Barcelona: Esmon, n°4, pp. 70-74. ISSN 2013-844X
- MÉNDEZ RODRIGUEZ, C. 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. *Estudios penales y cronológicos*. Santiago

de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de publicaciones e intercambio científico, Vol. 34, pp. 551-560. ISSN 1137-7550

- MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2018. *Memento práctico Francis Lefebre. Penal 2019*. Madrid: Francis Lefebre ISBN 978-84-17317-97-3
- OBERVATORIO ESPAÑOL DE LAS DROGAS Y LAS ADICCIONES, 2018. *Informe 2018: Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España* [en línea]. Madrid: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social [consulta: 5 junio 2019]. Disponible en:  
<http://www.pnsd.msbs.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/informesEstadisticas/home.htm>
- PÉREZ CEBADERA, M.A., 2009. *Instrumentos de cooperación judicial penal I: la extradición y la euroorden* [en línea]. Valencia: Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions [consulta: 25 de mayo 2019]. ISBN 9788469254998 Disponible en: <https://ebookcentral-proquest-com>.
- REY HUIDOBRO, L.F. 1999. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 84-8002-860-2
- XIOL, J.A y BASTIDA, F.J. 2012. *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Madrid: Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-615-648-42
- ZUGALDÍA ESPINAR, J., *et al.*, 2018. *Lecciones de derecho penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 9788491906902



## 10 APÉNDICE LEGISLATIVO

- Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas, de 30 de marzo 1961, emendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972. Boletín Oficial del Estado, 15 de febrero de 1977, nº39
- Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 21 febrero 1971. Boletín Oficial del Estado, 10 de septiembre de 1976, nº 218
- 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Boletín Oficial del Estado, 10 de septiembre de 1976, nº218
- Constitución Española de 1978
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2003, nº 164 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>)
- Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988, ratificado el 18 de abril de 1990. Boletín Oficial del Estado, 21 de junio de 1990, nº148
- Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Boletín Oficial del Estado, 10 de noviembre de 1990, nº270
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Boletín Oficial del Estado, 29 de septiembre de 2003, nº 233
- Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Diario Oficial de la Unión Europea, 18 de julio de 2002, nº190
- 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. Boletín Oficial del Estado, 15 de noviembre de 2002, nº274 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/1/2014/11/20/23/con>)

- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Boletín Oficial del Estado, 21 de noviembre de 2014, nº282 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/11/20/23/con>)
- Ley 41/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2015, nº 236  
(ELI: <https://www.boe.es/es/1/2015/10/01/40/con>)

## **11 APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- STS 91/1998 de 29 de enero (RJ 1998/207)
- STS 427/1999 de 18 de marzo (RJ 1999/2405).
- STS de 8 de mayo de 1985 (RJ 1985\2450
- STS de 22 de mayo de 1989 (RJ 1989/4976)
- STS de 19 de julio de 1993 (RJ 1993/6306)
- STS 115/1995, de 31 de enero (RJ 1995/574)
- STS 43/2000, de 25 de enero (RJ 2000/210)
- STS 1889/2000, de 11 de diciembre (RJ 2000,10149)
- STS 1663/2003, de 5 diciembre (RJ 2003/8787)
- STS 298/2004, de 12 de marzo (RJ 2004/2681)
- STS 809/2004, de 23 de junio (RJ 2004/4931)
- STS 821/2004, de 4 de diciembre (RJ 2008/7285)
- STS 1348/2004, de 25 de noviembre (RJ 2004/7657)
- STS 1400/2005, de 23 de noviembre (RJ 2006/728)
- STS 1001/2006, de 18 de octubre (RJ 2006/8033)

- STS 77/2007, de 7 de febrero (RJ 2007/1921)
- STS 861/2007, de 24 de octubre (RJ/2007/8131)
- STS 695/2008, de 12 de noviembre (RJ 2008/5825)
- STS 775/2008, de 26 de noviembre (RJ 2009/324)
- STS 925/2008, de 26 de diciembre (RJ 2009/180)
- STS 159/2009, de 24 de febrero (RJ 2009/1138)
- STS 1063/2009, de 29 de octubre (RJ 2009/5838)
- STS 7734/2009, de 4 de diciembre (RJ 2009/8152)
- STS 832/2010, de 5 de octubre (RJ 2010/7667)
- STS 374/2010, de 10 mayo (RJ 2011/3741)
- STS 240/2012, de 26 de marzo (RJ 2012/5457)
- STS 544/2012, de 2 de julio (RJ 2012/7521)
- STS 873/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012/10580)
- STS 4/2013, de 22 de enero (RJ 2013/3394)
- STS 270/2013, de 5 de abril (RJ 2013/2748)
- STS 738/2013, de 4 de octubre (RJ 2013/8323)
- STS 719/2013, de 9 de octubre (RJ 2013/7725)
- STS 115/2014, de 25 febrero (RJ 2014/764)
- STS 355/2014, de 14 de abril (RJ 2014/2620)
- STS 630/2014, de 30 de septiembre (RJ 2014/4973)
- STS 700/2014, de 29 octubre (RJ 2014/5857)
- STS 215/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1854)
- STS 323/2015, de 20 de mayo (RJ 2015/2304)
- STS 264/2016, de 10 enero (RJ 2019/1055)

- STS 309/2016, de 1 abril; (RJ 2013/3288)
- STS 277/2016, de 6 de abril (RJ 2016/1325)
- STS 390/2016, de 6 mayo (RJ 2016/1965)
- STS 145/2017, de 8 de marzo (RJ 2017/1113)
- STS 670/2017, de 11 de octubre (RJ 2017/4625)
- STS 754/2017, de 24 de noviembre (RJ 2017/5329)
- STS 15/2018, de 16 de enero (RJ 2018/84)
- STS 289/2018, de 1 de febrero (RJ 2018/1702)
- STS 1036/2018, de 19 julio (RJ 2018/4017)
- STS 738/2018, de 4 octubre (RJ 2018/8323)
- STS 591/2018, de 26 noviembre (RJ 2018/5364)
- STS 369/2018, de 19 de julio (RJ 2018/3596)
- STS 264/2019, de 10 enero (RJ 2019/1055)

#### **AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- Auto TS 1885/2011, de 15 de diciembre (JUR 2012/14284)

#### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 31/2011, de 28 marzo, (RTC 2011/37)

#### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN**

- STSJ de Castilla y León, 1200/2015, de 11 junio (JUR/2015/162913),