



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grao

Tráfico ilegal de
drogas e
intervención
quirúrgica no
consentida

Autora: Elba López Fernández

Tutor: Carlos Martínez-Buján
Pérez

**Simultaneidad de Grado en Derecho y Grado en
Administración y Dirección de Empresas**
Año 2019

Índice

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
SUPUESTO DE HECHO	4
CUESTIÓN I	6
I JURISDICCIÓN.....	6
II COMPETENCIA.....	7
1.1. <i>Competencia objetiva.....</i>	<i>7</i>
1.2. <i>Competencia funcional.....</i>	<i>7</i>
1.3. <i>Competencia territorial.....</i>	<i>8</i>
1.4. <i>Competencia por conexión.....</i>	<i>9</i>
CUESTIÓN II.....	10
I EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS	10
1.1. <i>Naturaleza, bien jurídico y objeto del delito.....</i>	<i>10</i>
1.2. <i>Conductas típicas.....</i>	<i>11</i>
1.3. <i>Autoría y participación</i>	<i>12</i>
II EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL.....	13
1.1. <i>Naturaleza y bien jurídico.....</i>	<i>13</i>
1.2. <i>Conductas típicas y objeto material del delito</i>	<i>14</i>
1.3. <i>Autoría y participación</i>	<i>15</i>
III EL DELITO DE PERTENENCIA A UN GRUPO CRIMINAL	16
1.1. <i>Concepto.....</i>	<i>16</i>
1.2. <i>Conductas típicas.....</i>	<i>17</i>
IV APLICACIÓN DE ATENUANTE POR CONFESIÓN Y COLABORACIÓN.....	18
V EXIMIENTE POR DROGADICCIÓN. LA FIGURA DEL CONSUMIDOR-TRAFICANTE	19
VI APLICACIÓN DE AGRAVANTE POR REINCIDENCIA	21
VII DETERMINACIÓN DE LAS PENAS	23
1.1. <i>Fases de la individualización de la pena</i>	<i>23</i>
1.2. <i>Penas de multa</i>	<i>23</i>
1.3. <i>Penas accesorias.....</i>	<i>24</i>
1.4. <i>María Luisa.....</i>	<i>25</i>
1.5. <i>Doctora Elvira</i>	<i>26</i>
1.6. <i>Alonso.....</i>	<i>28</i>
1.7. <i>Sebastián.....</i>	<i>29</i>
1.8. <i>El decomiso de la droga.....</i>	<i>30</i>
CUESTIÓN IV	34
I LA EXTRADICIÓN.....	34
1.1. <i>Fuentes</i>	<i>35</i>
1.2. <i>Requisitos formales de la solicitud de extradición.....</i>	<i>39</i>
II LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA	40
1.1. <i>Concepto y naturaleza jurídica.....</i>	<i>40</i>
1.2. <i>Procedimiento para la emisión de una Orden de Detención Europea</i>	<i>41</i>
III DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE LA EXTRADICIÓN Y LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN.....	43
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA.....	50
ANEXO.....	52

Listado de abreviaturas

AAN:	Auto de la Audiencia Nacional
AN:	Audiencia Nacional
AP:	Audiencia Provincial
Aptados.:	Apartados
Aptdo.:	Apartado
Art.:	Artículo
Arts.:	Artículos
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC:	Código Civil, de 24 de julio de 1889
CE:	Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978
CP:	Código Penal, de 23 de noviembre de 1995
DD:	Disposición Derogatoria
DNI:	Documento Nacional de Identidad
FJ:	Fundamento Jurídico
Ibid.:	Ibidem (“en el mismo lugar”)
LOPJ:	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
Op. cit.:	Obra Citada
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC:	Tribunal Constitucional
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
UE:	Unión Europea

Supuesto de hecho

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

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

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

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

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

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

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

Después de circular durante diez minutos por varias calles, el vehículo se dirige a las inmediaciones del Parque del Oeste, donde permanece estacionado en torno a veinte minutos. Durante ese tiempo, ambos se bajan del coche en varias ocasiones para llevar a cabo el intercambio de bolsitas que contenían una sustancia de color blanco, según narran los agentes, por determinadas cantidades de dinero.

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

Cuestión I

Determine la vía procesal por la que se sustanciarían los delitos. Jurisdicción y competencia.

I Jurisdicción

GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ¹ definen jurisdicción como el Poder Judicial, integrado por Jueces y Magistrados, quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, ejercen en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente están legitimados para la resolución jurídica, motivada, definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para la protección de los derechos subjetivos, el control de la legalidad y la competencia del ordenamiento jurídico. Así, se desprende del art. 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*”.

En el orden penal, los Juzgados y Tribunales tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar (art. 9.3 de la LOPJ). Por tanto, el ámbito objetivo interno sobre el que opera la jurisdicción penal se compone de los procesos de índole penal que se lleven a cabo para el enjuiciamiento de aquellos comportamientos o conductas tipificadas como delito en el CP y leyes especiales. Junto con ese **límite objetivo**, la prerrogativa de la inviolabilidad o inmunidad de que gozan ciertas Autoridades, constituye un **límite subjetivo** al ámbito del orden jurisdiccional penal². No concurre dicho límite para ninguno de los sujetos.

Por último, el art. 23 de la LOPJ extiende la jurisdicción penal a todo el territorio español (**principio de territorialidad**) con independencia de la nacionalidad de quien cometiera el delito o de la naturaleza o del bien jurídico protegido. Al mismo tiempo, el principio de territorialidad presenta una serie de excepciones que permiten extender la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles a los delitos cometidos fuera del territorio nacional (fuero de nacionalidad, delitos que atenten contra los intereses esenciales del Estado español y la jurisdicción universal)³. En este caso, todos los hechos tienen lugar en Madrid.

¹ GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*, Edisofer S.L., Libros jurídicos, Madrid, 2018, p. 32.

² GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 105-109.

³ SANTOS MARTÍNEZ, A. M. en BUJOSA VADELL, L.M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal para criminólogos*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 25-26.

II Competencia

1.1. Competencia objetiva

La competencia objetiva determina qué Juzgado o Tribunal, dentro de la estructura jerárquica que conforman los distintos órganos que integran el orden jurisdiccional penal, concederá en única o primera instancia de un hecho delictivo concreto⁴. Para ello, se emplea la conjunción de tres criterios: el de la gravedad del hecho punible, el de la materia y el de las personas. De conformidad con lo dispuesto en el art. 14 de la LECrim, la regla general en materia de competencia objetiva es la que distribuye el conocimiento de los asuntos penales en atención a la gravedad del hecho punible⁵.

Corresponde a los **Juzgados de lo Penal** el conocimiento y fallo “*de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de **duración no superior a cinco años...***” (aptdo. 3º), mientras que, las **Audiencias Provinciales** conocen de las causas por delito sancionado con pena privativa de libertad **superior a 5 años** o no privativa superior a 10 años (aptdo. 4º). En reiteradas ocasiones, el TS⁶ ha indicado que, a la hora de determinar la competencia objetiva, ha de estarse a la más grave de las acusaciones para determinar la competencia del órgano de enjuiciamiento, es decir, hay que atenerse a la pena con que el tipo abstracto definido en el CP sanciona el delito concernido y, por lo tanto, teniendo en cuenta los subtipos agravados incluidos en la más grave de las acusaciones, de ser el caso.

Atendiendo al criterio de la gravedad del hecho punible, el delito de tráfico de drogas en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud es el castigado con una pena mayor, con una pena privativa de libertad de 3 a 6 años. A pesar de que la extensión de la pena nos permitiría clasificar este delito como grave o menos grave, en todo caso tendrá la consideración de delito grave por lo expuesto en el art. 13.4 del CP.

Todo lo anterior, nos permite concluir que la competencia objetiva, en ese caso, corresponde a la Audiencia Provincial.

1.2. Competencia funcional

La competencia funcional establece los Juzgados y Tribunales que deben intervenir en cada fase del proceso penal. En este sentido, la competencia funcional se manifiesta en la **fase declarativa**, en la **de impugnación** y en la **fase ejecutiva**⁷.

A su vez, la **fase declarativa** se divide en otras tres fases, debiendo distinguir a que órganos jurisdiccionales corresponden dichas subfases⁸. Atendiendo a los hechos, en la **fase instructora** la competencia corresponde a los Juzgados de Instrucción (art. 14.2

⁴ SANTOS MARTÍNEZ, A. M. en BUJOSA VADELL, L.M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). “*Nociones preliminares*”, op. cit., p. 27.

⁵ GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. “*Derecho Procesal Penal*”, op. cit., pp. 140-141.

⁶ STS 06/04/2016 [ECLI: ES:TS:2016:1436].

⁷ SANTOS MARTÍNEZ, A. M. en BUJOSA VADELL, L.M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). “*Nociones preliminares*”, op. cit., p. 27-28.

⁸ GIMENO SENDRA, V. “*Manual de Derecho Procesal Penal*”, op. cit., p. 117.

LECrím). Con respecto a la **fase intermedia**, en función del procedimiento, la competencia corresponde a los Juzgados de Instrucción (procedimiento abreviado, ante el tribunal del jurado y juicios rápidos) o a la Audiencia Provincial (procedimiento ordinario por delitos graves). En este caso, se sigue un procedimiento abreviado por ser la mayor de las penas inferior a 9 años y, por tanto, la competencia es de los Juzgados de Instrucción. Finalmente, la **fase de juicio oral** es competencia de los Juzgados de Instrucción para los delitos leves, de lo Penal para delitos con pena privativa inferior a los 5 años y de la Audiencia Provincial cuando la pena fuera superior a las anteriores. Por tanto, la competencia corresponde a la Audiencia Provincial.

En la fase de impugnación, podrá interponerse **recurso de apelación** contra “...las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales...ante los Tribunales Superiores de Justicia de su territorio...que resolverán las apelaciones en sentencia” (art. 346 ter LECrím). A su vez, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sala 2ª), es competente para el conocimiento del recurso extraordinario de **casación** contra la sentencias dictadas en única instancia o en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia (art. 849.1.a) y, al mismo tiempo, conoce del recurso de casación, solo por infracción de Ley del motivo del art. 849.1º, contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 849.1.b).

Por último, como regla general, la competencia funcional para conocer del proceso de ejecución corresponde al órgano jurisdiccional que haya dictado sentencia en primera o única instancia⁹. Por tanto, la competencia es de la Audiencia Provincial.

1.3. Competencia territorial

A través de las reglas de competencia territorial es posible determinar la sede del órgano judicial que, de entre los del mismo grado, es el competente para el conocimiento de la causa concreta. El criterio para determinar el Juzgado o Tribunal territorialmente competente recibe la denominación de *fuero*, pudiendo diferenciar fuero preferente, subsidiarios y específico¹⁰. Con carácter general, el art. 14 de la LECrím establece como fuero preferente el lugar de comisión del hecho delictivo. De esta forma, en la fase de instrucción o diligencias previas la competencia territorial se le atribuye a los Juzgados de Instrucción de Madrid, mientras que, para la fase de enjuiciamiento, la competencia territorial le corresponde a la Audiencia Provincial de Madrid.

Cuando no fuera posible determinar el lugar de la comisión del delito, en el art. 15¹¹ de la LECrím se proponen fueros subsidiarios. En el caso de que se trate de alguno de los delitos cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer,

⁹ GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. “Derecho Procesal Penal”, op. cit., p. 149.

¹⁰ SANTOS MARTÍNEZ, A. M. en BUJOSA VADELL, L.M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). “Nociones preliminares”, op. cit., p. 28.

¹¹ Art. 15 de la LECrím : “Cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta o delito, serán Jueces y Tribunales competentes en su caso para conocer de la causa o juicio:

1.º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito.

2.º El del término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido.

3.º El de la residencia del reo presunto.

4.º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito”

se contempla un fuero específico, en virtud del cual la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima (art. 15 bis LECrim).

1.4. Competencia por conexión

El art. 17.1 de la LECrim dispone que *“cada delito dará lugar a la formación de una única causa”*. Si bien, en un segundo párrafo contempla una excepción a esa regla general cuando dice que *“los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”*.

Los delitos conexos son susceptibles de ser clasificados en las categorías de conexidad subjetiva (art. 17.2. 1º, 2º y 6º), objetiva (3º, 4º y 5º) o mixta. En nuestro caso, se produce una **conexidad subjetiva** entre los hechos, ya que se cometieron por **más de dos personas en distintos lugares o tiempos existiendo un concierto previo para ello**.

La existencia de dos o más delitos que presenten alguno de los anteriores nexos o elementos comunes puede provocar, además de su enjuiciamiento conjunto en un solo proceso, una alteración de los criterios de atribución de la competencia, tanto objetiva como territorial¹². Entre las alteraciones que la conexión produce en el ámbito de la competencia objetiva, en este caso, se produce la concurrencia de infracciones conexas con diversa consideración penal (delitos graves y menos graves), donde la competencia para el conocimiento unitario de los delitos conexos se atribuye al órgano jurisdiccional que debe conocer del delito que tenga señalada mayor pena (art. 18.1. 1º LECrim). En lo referente al ámbito territorial, a su vez, el art. 18.2 de la LECrim determina que *“será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello..., el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial”*.

Como a la hora de determinar la competencia objetiva ya se ha tenido en cuenta el delito con mayor pena y, además, como todos los hechos tienen lugar en la ciudad de Madrid, no se produce alteración alguna ni en la competencia objetiva ni en la territorial.

¹² GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. *“Derecho Procesal Penal”*, op. cit., p. 153.

Cuestión II

¿Cómo se calificarían penalmente los actos llevados a cabo por María Luisa, la Doctora Elvira Gómez, Sebastián y Alonso? Respecto a María Luisa, ¿Podría aplicarse una atenuante por confesión? ¿Y por su colaboración? En lo que se refiere a Alonso, ¿concorre alguna causa eximente de la responsabilidad penal?, ¿se le podría aplicar una agravante por reincidencia? Teniendo en cuenta lo anterior, establezca la pena que se aplicaría a cada uno de ellos.

I El delito de tráfico ilegal de drogas

1.1. Naturaleza, bien jurídico y objeto del delito

En el CP los delitos de tráfico de drogas se encuentran en el Título XVII Capítulo III, que trata de los delitos contra la salud pública. En concreto, en el art. 368 se dice que: *“Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”*. Esa ubicación ha hecho que en un primer momento, doctrina y jurisprudencia concluyeran que el bien jurídico protegido era la salud pública. El TS en sentencia de 16 de septiembre de 1996 [ECLI: ES:TS:1996:4841], entre otras muchas¹³, afirma que *“el bien jurídico protegido por el repetido precepto es la salud pública como bien colectivo, razón por la cual se sancionan los distintos supuestos que el mismo reseña en cuanto a la difusión del consumo ilegal de las drogas en general”*. Por el contrario, en una sentencia más reciente el TC determinó que el objeto de protección mencionado por el legislador en estos delitos es especialmente inconcreto, pues la salud "pública" no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población¹⁴. La jurisprudencia, ha superado las discrepancias que existieron en relación con la caracterización de la peligrosidad de la acción, afirmando que todo acto de tráfico o con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido¹⁵.

Esto último, permite clasificar el delito de tráfico de drogas como un delito de peligro abstracto, de manera que no será necesario que el bien objeto de protección haya corrido

¹³ SSTS 19/06/1995 [ECLI: ES:TS:1995:3546], 27/05/1994 [RJ 1994\4057], 20/04/1993 [RJ 1993\3162].

¹⁴ SSTS 28/10/2016 [RJ 2016\6440].

¹⁵ SSTS 17/06/2003 [RJ 2003\6365] y 07/11/2005 [RJ 2005\7529].

peligro real. Al mismo tiempo, se podrá clasificar como un delito de mera actividad, por cuanto el tipo queda realizado con la mera realización de la conducta descrita en el tipo sin que precise de ningún ulterior resultado para su consumación¹⁶. Señala el TS que, al tratarse de un delito de peligro, que no exige la producción de un resultado material, basta con poseer las drogas con propósito de transmitir a terceros, aunque la transmisión no se haya efectuado. No es necesario, en fin, acreditar que se han realizado actos de tráfico o transmisión a terceros de la droga, pues la intención de hacerlo basta para colmar la figura delictiva¹⁷.

La redacción del art. 368 del CP señala que actos constituyen la conducta básica (cultivo, elaboración y tráfico y otras formas de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo) y establece como objeto del delito las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas. El Convenio Único de 1961, sobre estupefacientes, enmendado por protocolo de 25 de mayo de 1972 y el Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas¹⁸, se limitan a enumerar las sustancias que deben ser consideradas como estupefacientes o psicotrópicas, pero sin jerarquizarlas en función de su mayor o menor incidencia en la salud humana¹⁹. Desde la perspectiva penal, el CP distingue entre las sustancias que causan grave daño para la salud y las que no. Respecto a las sustancias mencionadas en los hechos, tanto la cocaína como la marihuana son estupefacientes en virtud del Convenio Único, pero, mientras la jurisprudencia considera que la marihuana no causa graves daños para la salud, la cocaína si lo hace.

1.2. Conductas típicas

El delito de tráfico de drogas descrito en el art. 368 se trata de un tipo penal muy abierto, ya que las conductas típicas no están todas estrictamente descritas. En efecto, comete el delito desde el que ejecuta actos de cultivo, de elaboración o de tráfico como, en fin, el que ejecuta cualquier otro acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas o las posea con cualquiera de estos fines. Dentro del tipo objetivo se incluyen todas aquellas conductas con la capacidad o idoneidad suficiente para expandir el consumo ilegal. Subjetivamente, dicha idoneidad debe ser abarcada por el dolo²⁰. Jurisprudencialmente, se ha entendido que obra con dolo quien conoce el peligro de realización del tipo²¹.

No formarán parte de la categoría de conductas típicas las autorizadas, las orientadas al autoconsumo y aquellas en las que no hay capacidad objetiva y/o subjetiva para la expansión. Hablamos de falta de idoneidad objetiva cuando la conducta por uno u otro

¹⁶ JOSHI JUBERT, U. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosh, Barcelona, 1999, p. 45.

¹⁷ STS 09/05/2012 [RJ 2012\6175].

¹⁸ Ratificado por España por Instrumento de 2 de febrero de 1973.

¹⁹ STS 23/10/1993 [RJ 1991\7354].

²⁰ JOSHI JUBERT, U. “*Los delitos de tráfico de drogas I*”, op. cit., p. 99-101.

²¹ STS 20/10/2004 [RJ 2004\6844]. Así, FJ 3ª STS 14/10/2004 [RJ 2004\6832] determina que: “*En diversos precedentes esta Sala ha considerado suficiente a los efectos del dolo eventual la indiferencia respecto de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y correcta su deducción de la falta de explicación razonable de los hechos que se quieren explicar, cuando éstos son socialmente llamativos, como es el caso de recibir un pago de cierta consideración a cambio de una prestación insignificante y fácilmente reemplazable sin costo alguno*”.

motivo no tiene capacidad de afectar de forma relevante al bien jurídico protegido. Esto sucederá en supuestos de conductas socialmente toleradas, insignificantes o de riesgo permitido. La falta de idoneidad subjetiva se da en todos aquellos casos en que está ausente la finalidad típica²².

La jurisprudencia de forma unánime no castiga la compra de droga para el consumo propio. Si bien, cuando la cantidad de droga incautada supera lo que se entiende necesario para el autoconsumo, pasaría a considerarse destinada al tráfico. De forma reiterada, la STS 01/10/2003 [RJ 2003\7213] hace referencia al criterio según el cual la jurisprudencia ha fijado el consumo diario de cocaína por parte de un consumidor ordinario en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología (en adelante, INT). Del mismo modo, el consumo diario de marihuana se ha cifrado en veinte gramos²³. Es criterio también del INT que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días, por tanto, podríamos hablar de cantidades para el autoconsumo hasta los siete gramos y medio en caso de la cocaína y los cien gramos en caso de la marihuana.

Siguiendo la línea de falta de tipicidad, la STS 12/03/2004 [RJ 2004\2681] recuerda que *“el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”*²⁴. De nuevo, será el INT el que proponga unos mínimos exentos de cualquier afección a la salud de las personas en un informe con fecha de 22 de diciembre de 2003. En concreto, se determina la dosis mínima psicoactiva²⁵ (en adelante, dmp) para cada una de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas. La dmp se utiliza como límite entre la atipicidad y la tipicidad de las ventas de cantidades pequeñas de droga. En todo caso, esas cantidades son meras referencias, pudiendo hacer matizaciones en función del caso concreto.

1.3. Autoría y participación

REY HUIDOBRO²⁶ entiende que el art. 368 del CP acoge un concepto unitario o extensivo de autor, pues obliga a considerar como tal a todo sujeto que esté relacionado con los hechos prohibidos. A tal efecto, y en palabras de JOSHI JUBERT²⁷, la jurisprudencia del TC entiende que casi cualquier intervención en el hecho constituye autoría, englobando en tal categoría no sólo al autor en sentido estricto (autor directo, coautor y autor mediato), sino también al inductor y al cooperador necesario. No obstante, algunas veces, por la poca relevancia de la intervención podría aceptarse la figura de complicidad.

²² JOSHI JUBERT, U. *“Los delitos de tráfico de drogas I”*, op. cit., p. 117.

²³ SAP Valladolid 05/11/2011 [ARP 2011\1387]: *“Por otra parte ha de tenerse en cuenta el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2001, en el sentido de que el consumo diario de abuso de marihuana pudiera cifrarse en 20 gramos...”*

²⁴ FJ 3ª STS 28/10/1996 [RJ 1996\8569].

²⁵ Ver anexo 1. Tabla de dosis mínimas psicoactivas.

²⁶ REY HUIDOBRO, L. F. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 165.

²⁷ JOSHI JUBERT, U. *“Los delitos de tráfico de drogas I”*, op. cit., p. 253-254.

Con todo lo expuesto, podemos concluir que María Luisa, Elvira, Sebastián y Alonso son autores de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud.

II El delito de falsedad documental

1.1. Naturaleza y bien jurídico

El CP vigente regula los delitos de falsedad documental en el Título XVIII Capítulo II, *De las falsedades*. En la regulación vigente hay una dualidad entre documento público u oficial, al mismo tiempo que se equiparan los documentos públicos y mercantiles aún cuando la doctrina viene reclamando un tratamiento diferenciado²⁸. El Código, no aporta definiciones concretas que nos permitan diferenciar cuando estamos ante un documento público o un documento oficial. Por remisión al CC, “*son documentos públicos los autorizados por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley*” (art. 1216). Asimismo, el art. 317²⁹ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) enumera las diferentes clases de documentos públicos. Por exclusión, aunque autores como MUÑOZ CONDE³⁰ consideren que los documentos oficiales son una clase de documento público, serán documentos oficiales lo que no encajen en la definición o categorías de los preceptos mencionados. En concreto, en la STS de 27/09/2009 [RJ 2009\7436], se reconoce el pasaporte como documento oficial.

A la hora de determinar cual es el bien jurídico tutelado, encontramos en la doctrina dos posiciones diferenciadas. La primera de ellas, la mayoritaria, busca su fundamento en la fe pública, entendida esta como la confianza pública en la realidad y en la veracidad de determinados símbolos, objetos o documentos. La segunda postura centra sus consideraciones en la idea de la tutela del tráfico jurídico. Al falsificar un documento público u oficial, se daña la confianza recíproca que debe existir en las relaciones sociales, civiles y comerciales. El hecho de que determinados documentos gocen de una presunción de veracidad, hace que las personas al utilizarlos, partan de la premisa de que su contenido y forma es auténtico y que pueden operar con la tranquilidad que dicha credibilidad les proporciona³¹.

²⁸ ARMENTEROS LEÓN, M., *Los delitos de falsedad documental: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2011, pp. 13-14.

²⁹ Art. 317 de la LEC: “*A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Letrados de la Administración de Justicia; 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho; 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho; 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales; 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades*”.

³⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 731.

³¹ ARMENTEROS LEÓN, M., “*Los delitos de falsedad documental*”, op. cit., pp. 22-25.

El TS en una sentencia de 1998 establecía que, “*en última instancia, lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja*”³². Más recientemente, en la STS 13/07/2010 [RJ 2010\7340] se afirma que “*el delito de falsedad documental lo que trata de evitar es que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falaces que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas, todo ello en razón de la necesidad de proteger la fe y la seguridad del tráfico jurídico. Pero, también, ha precisado que es necesario que la mutatio veritatis recaiga sobre extremos esenciales del documento*”.

No obstante, el delito de falsedad incluye conductas típicas muy dispares entre sí, imposibilitando la existencia de un único bien jurídico protegido. Se trata, en definitiva, de un delito pluriofensivo que afecta a diversos bienes jurídicos tutelados³³.

1.2. Conductas típicas y objeto material del delito

El art. 390.1 castiga “*con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos”.

La conducta típica se resume en una mutación de la verdad en cualquiera de las formas que se mencionan en el artículo anterior, sin ser excluyentes entre sí. Si bien, no se aplica tal precepto cuando el funcionario no interviene en la órbita de sus funciones o competencias, sino que aprovecha las ventajas de su condición de funcionario para acceder de forma irregular al documento en cuestión. En este caso, habrá que castigar la conducta por el art. 392 del CP³⁴. Ocurre lo mismo cuando el sujeto activo es un particular, como ocurre en el supuesto de hecho. Así, “*el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses*” (apdo. 1 art. 392). Lo anterior, nos permite entender que faltar a la verdad en la narración de los hechos no constituye conducta típica del art. 392 del CP.

³² FJ 10º STS 26/02/1998 [RJ 1998\1196].

³³ ARMENTEROS LEÓN, M., “*Los delitos de falsedad documental*”, op. cit., p. 27.

³⁴ ABASCAL JUNQUERA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): Código Penal: comentario y jurisprudencia. Tomo II, Comares, Granada, 2018, p. 2372.

Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se añade un segundo apartado en este artículo: “*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 hiciere uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso***”. Cualquiera de estos dos delitos será cometido, aunque “*el documento se haya falsificado o adquirido en otro Estado de la UE o en un tercer Estado siempre que sea utilizado o se trafique con él en España*”.

En estos casos, el objeto material es, exclusivamente, un documento de identidad falso cuyo soporte puede corresponderse con el modelo español, de otro Estado de la UE o de un tercer Estado. Para el primer caso se incluye el DNI, la Tarjeta de Identidad de Extranjero y el pasaporte que, de acuerdo con el art. 11 de la Ley Orgánica 4/2015³⁵, tiene la misma consideración que el DNI³⁶.

Finalmente, para poder hablar de un delito de falsedad documental es necesario que la *mutatio veritatis* recaiga sobre extremos esenciales o capitales del documento, con entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, con virtud para trastocar los efectos normales de las relaciones jurídicas. Si la inveracidad afecta tan sólo a extremos intrascendentes, la conducta será atípica³⁷. El componente subjetivo lo constituye, como señala la STS de 12/06/1999 [RJ 1997\4891], “*la conciencia de la denominada «mutatio veritatis», o voluntad de alterar la verdad por medio de una acción a través de la cual se ataca a la fe pública y, en último caso, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos*”.

1.3. Autoría y participación

El delito de falsificación de documento público, oficial o mercantil, tal y como aparece configurado en los arts. 390 y 391 del CP, es un delito especial. Es decir, sólo puede ser cometido por determinadas personas en las que tienen que concurrir, por un lado, el requisito objetivo de ser una autoridad o funcionario público y, por otro lado, el requisito subjetivo de estar actuando en el ejercicio de sus funciones en el momento de la comisión del delito³⁸. Por tanto, en caso de que no se cumpla con el requisito subjetivo o, simplemente, que sea un particular el que cumple con la conducta típica, el hecho deberá ser calificado con arreglo al art. 392 del Código.

Los delitos especiales pueden clasificarse en propios o impropios. En el primer caso, son delitos que sólo pueden ser cometidos por el sujeto activo en el que concurren las circunstancias requeridas. En el segundo caso, son aquellos en los que dichas circunstancias personales se tienen en cuenta para agravar la conducta, pero cabe también su comisión por un tercero³⁹. Cuando exista concierto de voluntades entre el particular y

³⁵ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

³⁶ ABASCAL JUNQUERA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): “Tomo II”, op. cit., pp. 2401-2402.

³⁷ SSTS 4/07/2018 [2018\5383], 20/09/2012 [RJ 2012\10151] o 26/09/2002 [RJ 2002\9149].

³⁸ ARMENTEROS LEÓN, M., “*Los delitos de falsedad documental*”, op. cit., pp. 135-136.

³⁹ Ibid., p. 140.

la autoridad o funcionario público para la comisión del delito, puesto que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto de voluntades y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, no cabe duda alguna de que los particulares responderán como autores del delito del art. 390.1 CP y deberán ser sancionados con la pena correspondiente al mismo, no siendo de aplicación el art. 392. Asimismo, el delito de falsificación de documento público, oficial o mercantil puede ser cometido con autoría mediata que se da cuando el sujeto reúna o no la condición o cualidad exigida por el art. 390.1 CP, se vale de una autoridad o funcionario público como mero instrumento para la ejecución material del delito⁴⁰.

Con todo lo anterior, podemos concluir que Alonso es autor de un delito de falsedad de documento oficial en virtud del apartado segundo del art. 392, por el uso de un pasaporte falso para huir del país.

III El delito de pertenencia a un grupo criminal

1.1. Concepto

Tras la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, se contemplan como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal. Mientras el art. 570 bis del CP define la organización criminal como “*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”, el art. 570 ter define el grupo criminal como “*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*”. Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de mas de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse, aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos⁴¹.

Por otro lado, la STS 01/04/2013 [RJ 2013\3288] recoge la necesidad de “*distinguir el grupo criminal de los supuestos de **mera codelinquencia**, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera **solo de dos personas**. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal... Interpretando la norma del CP en relación con la contenida en la Convención de Palermo⁴², la codelinquencia se apreciaría 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*”.

⁴⁰ FJ 13º STS 16/08/2009 [RJ 2010\1989].

⁴¹ FJ 2º STS 07/05/2014 [RJ 2014\2373].

⁴² 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.

Respecto a los hechos, en primer lugar, no se aprecia claramente la existencia de una jerarquía, pero sí una distribución de funciones, aunque esta no va más allá de la que aparecería en cualquier unión o agrupación de personas, con cierta estabilidad o por tiempo indefinido, constituida con la finalidad de cometer delito, en este caso, de tráfico de drogas. Por otro lado, no hay una altísima gravedad en los hechos, teniendo en cuenta que, aunque se desarrollan con cierta continuidad en el tiempo, el ámbito territorial de actuación es muy limitado. Al mismo tiempo, las cantidades de drogas a las que tenían acceso, atendiendo a lo incautado, no alcanzan el nivel de extrema gravedad⁴³, así como, tampoco hay indicios de la existencia de un sistema de blanqueo que pudiera poner de relieve la profundidad y consistencia de la estructura organizativa. En definitiva, no puede entenderse alcanzado un grado de complejidad en la estructura organizativa suficiente para hablar de organización criminal, pero sí de grupo criminal respecto a Elvira, Alonso y Sebastián.

1.2. Conductas típicas

Dentro de las conductas típicas que contempla el art. 570 ter del CP está la constitución, financiación e integración del grupo criminal. Así, en el aptdo. 1: ***“Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:***

a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior (delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos), con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.

c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves”.

En este caso, como la finalidad del grupo criminal es la comisión de un delito tipificado como grave, el tráfico de drogas, será de aplicación la pena establecida en la letra b) de entre las anteriores. En conclusión, Elvira, Alonso y Sebastián son autores de un delito de pertenencia a grupo criminal sin que concurra alguna de las causas que dan lugar a la aplicación del subtipo agravado (aptdo. 2)

⁴³ Art. 370. 3º del CP: ***“Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia... ”.*** La STS 24/10/2000 [RJ 2000\8794], si bien no aprecia el subtipo por no concurrir otras circunstancias sí señala que 118 Kgs. de cocaína, por sí solos se pueden considerar como una cantidad muy elevada e importante. Se aplicó la agravación de extrema gravedad en las SSTS 16/02/1999 [RJ 2000\2082] 1754 Kgs., 22/09/2003 [RJ 2003\7526] 835 Kgs. o 29/01/2004 [RJ 2004\1381] 4007,5 Kgs.

IV Aplicación de atenuante por confesión y colaboración

Según el art. 21. 4º del CP constituye atenuante el “*haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a **confesar la infracción a las autoridades***”. Se trata de un comportamiento postdelictivo al que, al mismo tiempo, se le impone un límite temporal. El requisito cronológico consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de la Sala 2º del TS, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial⁴⁴.

Semejante actitud de colaboración no es fácil que se produzca en la práctica. De ahí, que, por razones de política criminal, deba rellenarse el espacio existente entre tal postura y actitud, repetimos que excepcional en términos estadísticos, y la confesión de los hechos cuando la policía judicial detiene al sospechoso, resultando entonces muy útil a la investigación. Utilidad que debe distinguirse de una relevante fuente de colaboración, que a menudo consistirá en la incriminación de otros partícipes, o en la aportación de pruebas decisivas con dichos fines⁴⁵. De esta forma, surge la atenuante analógica por confesión del art. 21. 7º en relación con el art. 21. 4º del CP.

La doctrina expresada a través de distintas sentencias exige el cumplimiento de una serie de requisitos para la aplicación de la atenuante por confesión tardía:

- a) Resulta absolutamente necesario que tal **confesión sea real y sincera**, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal.
- b) Aún no respetándose el requisito temporal, sin embargo, el autor reconoce los hechos y **aporta una colaboración**, más o menos relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico perturbado.

En las atenuantes *ex post facto* el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4º CP, pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados y que la confesión sea veraz, aunque no es necesario que coincida en todo⁴⁶. No obstante, no existe razón de política criminal que justifique

⁴⁴ STS 18/02/2010 [RJ 2010\3500], 26/03/2012 [ECLI: ES:TS:2012:2206], 23/11/2005 [RJ 2005\10045] y 19/10/2005 [RJ 2006\950].

⁴⁵ FJ 3º STS 26/03/2012 [ECLI: ES:TS:2012:2206].

⁴⁶ SSTS 23/06/2004 [RJ 2004\4931], 25/11/2004 [RJ 2004\7657], 06/05/2004 [RJ 2004\5018] y 26/09/2002 [RJ 2002\8357].

que, siempre y en todo caso, cuando el imputado por un delito confiesa su participación en los hechos, deba ver atenuada su responsabilidad criminal⁴⁷.

Analizando los hechos, María Luisa confiesa que lleva implantes de cocaína en ambos senos cuando los agentes, tras un examen radiológico, ya habían visualizado la presencia de algo extraño. La confesión se produce en un momento en que ya resultaba inevitable el descubrimiento del delito. Pero, si atendemos a la posterior colaboración, la aportación de datos de objetiva y relevante utilidad sirvió para el íntegro esclarecimiento de los hechos. Dado que no se produce un abandono voluntario de sus actividades delictivas, no concurre la atenuación específica del párrafo primero del art. 376 del CP. Pero sí resultará de aplicación la atenuante por analogía prevista en el art. 21. 7º en relación al art. 21. 4º del CP.

V Eximente por drogadicción. La figura del consumidor-trafficante

Como establece el art. 21.2 del CP, constituye una circunstancia atenuante “*la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior*”. La remisión hace referencia a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. Este tipo de adicción puede provocar distintas consecuencias de cara a la responsabilidad penal del sujeto, pues puede llevar a una eximente completa del art. 20.2 del CP en caso de que no se comprenda la ilicitud del hecho o no se actúe conforme a esa comprensión. También, en supuestos de menor gravedad, puede dar lugar a una eximente incompleta del art. 21.1 del CP o a los supuestos más leves de simple atenuación⁴⁸.

En la redacción del art. 20. 2º del CP se exige que el “*estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos*”, “*al tiempo de cometer la infracción penal*”, “*no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión*”. En este sentido, la STS 09/12/1999 [ECLI: ES:TS:1999:7824] entiende que el trastorno mental absoluto generado por la embriaguez, como causa de inimputabilidad del sujeto, precisa que dicha embriaguez sea fortuita, esto es, procedente del desconocimiento que el agente tiene de los efectos perniciosos de la ingestión de bebidas alcohólicas...de lo que se colige que **ni la embriaguez dolosa ni la culposa puede determinar la completa exención de la responsabilidad criminal**. Lo anterior, por analogía, se podría aplicar a una intoxicación por consumo de drogas.

En caso de que no concurren todos los requisitos de las causas de exención plena de la responsabilidad penal a los que se refiere el mencionado art. 20, podría resultar de aplicación la eximente incompleta del art. 21 del CP. Para que la eximente sea estimada como incompleta es preciso que, faltando alguno de sus elementos no esenciales, concurren sin embargo aquellos que configuren su fundamento. Es decir, no han de concurrir todos, pero sí alguno de los elementos que conformen la base de la eximente respectiva. En relación con la eximente por intoxicación plena por alcohol o drogas (art. 20. 1º), se aplicará con carácter de incompleta cuando, sin excluirlas o

⁴⁷ FJ 1º STS 29/08/2009 [RJ 2009\5838].

⁴⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.): *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Experiencia, Barcelona, 2010, pp. 416-417.

anularlas, esas circunstancias afectan con cierta intensidad a la capacidad de “*comprender la ilicitud del hecho*” o a la de “*actuar conforme a esa comprensión*”⁴⁹.

La atenuante ordinaria o simple del art. 21. 2º del CP se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación, por tanto, cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto⁵⁰. Así, “*lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o **trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo** y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones*”⁵¹. Ahora bien, es doctrina reiterada de la Sala 2ª del TS que no se puede 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, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, 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 sujeto⁵². Además, la atenuante tampoco será de aplicación en aquellos casos en que no consta que el elemento determinante de las acciones delictivas esté vinculado a la necesidad imperiosa de obtener medios para conseguir la droga a la que el acusado sea gravemente adicto, sino que el móvil consiste en la obtención de beneficios económicos⁵³.

Cuando la incidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente sea más bien escasa, por tratarse más bien de un mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica del aptdo. 7º del art. 21 del CP⁵⁴.

REY HUIDOBRO⁵⁵ considera que los altos precios que alcanzan los estupefacientes explican que el habitual consumidor destine parte de las drogas adquiridas ilegalmente al tráfico, obteniendo con el precio de su venta ganancias que le permitan atender a sus necesidades y evitar los efectos psicopatológicos de la llamada crisis de abstinencia. No es, por tanto, extraño que el consumidor inicial se convierta en traficante del producto cuyos efectos conoce, dando vida a la figura del consumidor-traficante. No se puede desconocer la experiencia científica, avalada por las más diversas opiniones y centros especializados, sobre los efectos de un consumo continuado en relación con la personalidad del adicto y sobre todo, lo que es más importante, como desencadenante o explicación, aunque sea parcial, de la comisión de los que se denominan delitos funcionales, entre los que se engloban los relativos a proporcionar dinero para satisfacer

⁴⁹ CAMPOMANES CALEZA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): Código Penal: comentario y jurisprudencia. Tomo I, Comares, Granada, 2018, p. 179.

⁵⁰ Ibid., p. 182.

⁵¹ FJ 4º STS 05/05/1998 [RJ 1998\4609].

⁵² SSTS 27/05/2016 [RJ 2016\2717], 03/02/2016 [RJ 2016\269] o 10/03/2016 [RJ 2016\829].

⁵³ FJ 9º STS 24/02/2016 [RJ 2016\3655].

⁵⁴ CAMPOMANES CALEZA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): “Tomo I”, op. cit., p. 183.

⁵⁵ REY HUIDOBRO, L. F. “*El delito de tráfico de drogas*”, op. cit., pp- 72-73.

la adicción, bien, por la vía de los ataques a la propiedad o bien, dedicándose de manera módica a la adquisición y venta de la droga para satisfacer su propio consumo⁵⁶. Así, la STS 01/12/2008 [RJ 2009\1534] recuerda que *“se puede afirmar la existencia de relación de causalidad cuando la actividad ilícita desplegada tiene por pluralidad exclusiva la financiación de la adición a las drogas”*.

Atendiendo a los hechos, podemos afirmar la existencia de una causalidad entre la dependencia y la infracción cometida como consecuencia de aquella. Sin embargo, no se dispone de algún informe médico o pericia que determine la intensidad de la adicción o la antigüedad de la misma. En conclusión, lo procedente sería aplicar una atenuante por analógica del art. 21. 7º en relación con el aptdo. 2º, y no una eximente, completa o incompleta, por drogadicción.

VI Aplicación de agravante por reincidencia

Dispone el art. 22. 8º del CP la reincidencia como circunstancia agravante, y concreta 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 computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves**”*. A su vez, *“las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español”*. Tras la reforma de la LO 1/2015, las condenas dictadas por jueces y tribunales de otros Estados miembros de la Unión, surten efectos en España para aplicar la circunstancia por reincidencia (art. 375 CP)⁵⁷.

Es una agravante de carácter personal y de naturaleza normativa, que exige, por tanto, como elemento positivo, haber sido ejecutoriamente condenado con anterioridad por un delito del mismo Título y de la misma naturaleza que el que sea objeto de enjuiciamiento y condena posterior. Al cometer el nuevo delito, la sentencia anterior debe ser firme bajo los criterios del art. 141⁵⁸ de la LECrim, aunque el reo no haya cumplido la pena. Como elemento negativo, exige que no se haya producido de hecho o de derecho la cancelación de los antecedentes penales que sirven de base a la reincidencia⁵⁹. A tal efecto, el art. 136.1⁶⁰ del CP, en función de la pena marcada en la sentencia firme anterior,

⁵⁶ FJ 2º STS 06/04/2017 [RJ 2017\1689].

⁵⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El art. 375 queda redactado de la siguiente forma: *“Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”*.

⁵⁸ Art. 141 LECrim: *“Las resoluciones de carácter judicial que dicten los Juzgados y Tribunales se denominarán...**Sentencias firmes**, cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación”*.

⁵⁹ CAMPOMANES CALEZA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): *“Tomo I”*, op. cit., p. 212.

⁶⁰ Art. 136.1 del CP: *“1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, **cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos:***

a) Seis meses para las penas leves.

establece el plazo que debe transcurrir desde que se extingue la pena hasta que se puedan cancelar los antecedentes penales.

En relación a los hechos en los que se fundamenta la aplicación de la agravante por reincidencia, es doctrina de la Sala 2ª del TS, como expresa la Sentencia 17/05/2004 [RJ 2004\3875] que *“para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en la sentencia los siguientes datos: en primer lugar, la fecha de la sentencia condenatoria; en segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena; en tercer lugar, la pena o penas impuestas, y en cuarto lugar, la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario 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. De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del artículo 136, es el de firmeza de la sentencia anterior”*.

En relación al supuesto de hecho, para dar cumplimiento al requisito positivo del aptdo. 8º del art. 22, a través de la sentencia ejecutoria de fecha 13/01/2016, Alonso tuvo que ser condenado como autor de un delito contra la salud pública, pero en concreto, en su modalidad de sustancias que causen grave daño a la salud por ser los hechos que ahora se enjuician relativos a aquella clase de sustancias. En caso de no ser así, no existiría identidad de naturaleza entre ambos delitos, como se afirma en la STS 30/05/2002 [RJ 2002\7034]: *“...al no estar acreditado que la condena anterior lo fuera por delito contra la salud pública en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, deduciendo de la pena (8 meses de prisión y 600.000 pesetas de multa) que lo fue por las que no lo causan, y, siendo los hechos que ahora se enjuician relativos a aquella clase de sustancias, no puede apreciarse identidad de naturaleza entre uno y otro delito, lo que, de conformidad con el artículo 22.8 y la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no permite la apreciación de la agravante de reincidencia”*. Por otro lado, para el requisito negativo, nada se dice sobre si los antecedentes han sido o no cancelados. Además, como tampoco tenemos información sobre la pena impuesta a Alonso en la sentencia firme de 13/01/2016 no podemos concluir si tal antecedente puede o no cancelarse conforme a los plazos del nombrado art. 136.1 del CP.

En definitiva, sólo podría aplicarse en agravante por reincidencia en caso de que la sentencia ejecutoria hubiese condenado a Alonso por un delito contra la salud pública del art. 368 del CP en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y, al mismo tiempo, que tal antecedente no pudiera cancelarse al tiempo en que se cometen los hechos que ahora se están enjuiciando.

-
- b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.
 - c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años.
 - d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años.
 - e) Diez años para las penas graves”

VII Determinación de las penas

1.1. Fases de la individualización de la pena

El sistema de *determinación legal relativa de la pena* consiste en el señalamiento de unos márgenes, limitados generalmente por un máximo y un mínimo, dentro de los cuales el tribunal debe adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor. En el caso español, el legislador establece para cada delito una **pena abstracta**, con un límite máximo y mínimo, y proporciona en la Parte General del CP una serie de reglas (la gravedad del hecho, el grado de participación, el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes o los concursos de delitos) destinadas a concretar ese margen penal hasta establecer un **marco penal concreto**, dentro del cual, finalmente, el juez o tribunal elegirá la pena que debe imponerse al condenado y que debe tratarse de una **pena fija**, con duración determinada en la sentencia⁶¹.

El proceso anterior se inicia, por tanto, con la **individualización legal de la pena**, donde el legislador establece el marco penal genérico que considera necesario y suficiente para evitar que los ciudadanos cometan ese hecho en cuestión. Debe ser una pena proporcionada a la gravedad abstracta del mismo. Después, con la **individualización judicial**, el juez o tribunal concreta el marco penal de la ley hasta la elección de la pena a imponer. En primer lugar, se lleva a cabo la elección del grado de la pena en los casos en los que la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores en grado a la prevista para el delito, pero también cuando se señalan penas alternativas (multa o prisión). En segundo lugar, se procede a la elección de la extensión o cantidad concreta de pena a cumplir. Por último, la **individualización ejecutiva**, se refiere a las modificaciones que puede sufrir la pena de prisión, de ser el caso, durante su cumplimiento⁶².

1.2. Pena de multa

El art. 50. 1 del CP se refiere a la pena de multa como la imposición de una sanción pecuniaria. Como regla general, *“la pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa”* (aptdo. 2). De este modo, los jueces y tribunales asumen la tarea inicial de determinar la cuota diaria, mensual o anual, para posteriormente multiplicarla por los días, meses o años por los que la pena se impone. La cifra final es la de la multa efectivamente impuesta⁶³. En la determinación de la cuantía, *“la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros”* (aptdo. 4). En cualquier caso, el importe de la cuota lo fijará el tribunal atendiendo exclusivamente a la situación económica del reo (aptdo. 5). La extensión mínima de la multa es de diez días, y la máxima de dos años (aptdo. 3). Finalmente, respecto al pago, *“el tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes”* (aptdo. 6).

⁶¹ OTTO, H. *Manual de derecho penal: teoría general del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 572.

⁶² *Ibid.*, pp. 572-574.

⁶³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.): *“Curso de Derecho Penal”*, op. cit., p. 485.

El art. 51⁶⁴ contempla la posibilidad de modificar el importe de las cuotas, o bien, los plazos de pago cuando, después de la sentencia, hubiese variado la situación económica del penado.

Por su parte, el art. 52 recoge la modalidad de **multa proporcional**. En estos casos, el valor del daño causado, del objeto material del delito o el beneficio reportado por el mismo fija la cantidad base. Posteriormente, esta se multiplicará, dentro de lo legalmente decidido para cada delito, considerando las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho y, principalmente, la situación económica del reo⁶⁵.

1.3. Penas accesorias

Las penas accesorias, como su propio nombre indica, son aquellas que acompañan a una pena principal, imponiéndose ambas en la sentencia condenatoria (art. 79 CP). Al mismo tiempo, el art. 33. 6 del CP les otorga la misma duración que la de las penas principales a las que van subordinadas, salvo que otros preceptos del Código impongan expresamente una duración distinta.

Con carácter general, se exige un vínculo directo entre la pena accesoria y el delito cometido, salvo en el caso de las penas de prisión de diez años o más que llevará consigo, en todo caso, la inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena (art. 55 CP). Para las penas de prisión inferiores a diez años y atendiendo a la gravedad del delito, el art. 56 hace una propuesta de penas accesorias con carácter acumulativo⁶⁶.

Por otro lado, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la peligrosidad del delincuente, el art. 57 autoriza la imposición de una o varias de las prohibiciones del art. 48 del Código (privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, prohibición de acercarse a la víctima o a personas determinadas, y de comunicarse con ellas) en supuestos de condena por determinados delitos⁶⁷. En concreto, la prohibición de acercarse a la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez, rompe con el carácter potestativo de las penas accesorias para resultar imperativa.

Por último, las prohibiciones a las que se refiere el art. 57 podrán tener, a diferencia de las penas accesorias de los arts. 55 y 56, una duración superior a la de la pena principal. Así, *“si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre*

⁶⁴ Art. 51 del CP: *“Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago”*.

⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.): *“Curso de Derecho Penal”*, op. cit., p. 487.

⁶⁶ Art. 56.1 del CP: *“1.º Suspensión de empleo o cargo público.*

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación”.

⁶⁷ Art. 57. 1 del CP: *“...delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico...”*.

uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave” (párrafo 2 aptdo. 1).

1.4. María Luisa

María Luisa es autora de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, castigado con pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito. Según el art. 377 del CP, *“para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 al 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el **precio final del producto** o, en su caso, la **recompensa o ganancia** obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”*. En suma, la multa prevista se rige por el sistema secundario de multa proporcional, aunque a diferencia del precepto general del art. 52⁶⁸ aquí no se contempla la referencia a la situación económica del condenado como criterio de proporcionalidad. No obstante, cuando en los hechos probados no se proporcionan los datos de valoración económica de las cantidades de droga a las que se hace referencia, debe recordarse la consolidada doctrina⁶⁹ de la Sala de lo Penal del TS que tiene declarado presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa, la determinación del valor de la droga, de suerte que, si no consta tal dato en los hechos probados, no procederá la imposición de la pena de multa.

Por otro lado, concurre la aplicación de la atenuante por analogía de confesión tardía del art. 21. 7º en relación al aptdo. 2º del mismo artículo del CP. Para estos casos, el art. 66.1, 1º determina que *“cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán **la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito**”*. De esta forma, María Luisa podrá ser castigada con pena de prisión de **tres a cuatro años y seis meses menos un día**.

Al tratarse de una pena de prisión inferior a diez años, el juez o tribunal podrá optar por aplicar alguna o algunas de las penas accesorias del art. 56 del CP. En este caso, lo más lógico parece aplicar la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Con todo, el juez o tribunal debe sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, al determinar el art. 89. 1 del CP que *“las penas de **prisión de más de un año** impuestas a un **ciudadano extranjero** serán sustituidas por su **expulsión del territorio español**”*. Si bien, la Circular 7/15 de la FGE⁷⁰ considera que procede seguir el criterio consagrado de la Sala 2ª del TS, que, de forma sistemática, y exceptuados los casos de venta a por menor o de relevancia menor, ha señalado la **improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad** atendida la

⁶⁸ El art. 52 del CP permite a los jueces y tribunales considerar “para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente **la situación económica del culpable**”.

⁶⁹ SSTS 03/06/2014 [RJ 2014\3370], 09/01/14 [RJ 2014\552], 10/10/2012 [RJ 2012\10157], 20/07/2011 [RJ 2012\3380], 26/05/2005 [RJ 2005\5967].

⁷⁰ Circular 7 /2015, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por lo 1/2015.

inequívoca gravedad de la conducta y el estímulo que representaría la sustitución para la proliferación de tales actividades⁷¹.

1.5. Doctora Elvira

Los actos desarrollados en la clínica de la Doctora Elvira, la convierten en autora de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP, de nuevo, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y, por tanto, castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

A su vez, concurre la modalidad agravada del art. 369.1, 1º (“*el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio*”) y 5º (“*fuere de **notoria importancia** la cantidad de las citadas sustancias*”) ⁷². De esta forma, se impondrán las penas superiores en grado (**seis años y un día a nueve años**) y, de ser el caso, multa del tanto al cuádruplo. Basta la constatación de la existencia de cualquiera de los supuestos del artículo para la imposición de la pena superior en grado. Para los supuestos de concurrencia de varias figuras agravantes, este extremo deberá tenerse en cuenta en sede de la concreción judicial del marco penal sin que quepa concurso entre las distintas agravantes, como acepta algún sector doctrinal⁷³.

El art. 372 del CP entiende por facultativo “*los **médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes***”. En concreto, este artículo guarda una clara analogía con el aptdo. 1º del art. 369 al determinar que “*si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por... facultativo... en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de **inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años**...*”. Sin embargo, no se pueden plantear problemas de *bis in ídem* entre ambos preceptos, dado que no estamos ante una nueva agravación y porque expresamente en este último precepto se alude a que la pena de inhabilitación especial se impondrá “*además*” de la pena que corresponda al respectivo delito⁷⁴. El art. 372 no es ninguna agravación, es una especial regla penológica que establece las penas de inhabilitación especial y absoluta para cualquier modalidad típica sancionable como delito contra la salud pública, cuando concurren en los sujetos activos ciertas circunstancias personales⁷⁵.

Respecto a las penas accesorias, de nuevo, la pena de prisión inferior a diez años nos remite al art. 56 del CP. Como en este caso desconocemos si Elvira desempeña a mayores un empleo o cargo público y como la pena de inhabilitación especial de profesión u oficio

⁷¹ CAMPOMANES CALEZA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.), “*Tomo P*”, op. cit., pp. 504-505.

⁷² Un Informe del INT de 18 de octubre de 2001 señala que la agravante específica de notoria importancia se determina **a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario** de cada una de las sustancias.

⁷³ GALLEGO SOLER, J. I. en JOSHI JUBERT, U. (coord.), *Los delitos de tráfico de drogas II: un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Bosh, Barcelona, 1999, pp. 14-15.

⁷⁴ GALLEGO SOLER, J. I. en JOSHI JUBERT, U. (coord.), “*Los delitos de tráfico de drogas II*”, op. cit., p. 271.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 223.

ya forma parte de la pena principal, en principio la pena accesoria que cabría aplicar es la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por otro lado, existe una responsabilidad en concepto de autora por delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter del CP. Teniendo en cuenta la finalidad del grupo, delito grave de tráfico de drogas, la pena es de **seis meses a dos años de prisión** (aptdo. 1.b). Asimismo, el art. 570 quáter contiene consecuencias accesorias a las organizaciones y grupos, así como penas restrictivas de los derechos de los miembros o dirigentes de los mismos: *“Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la **disolución de la organización o grupo** y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129⁷⁶ de este Código”* (aptdo. 1). En este último, se regulan las consecuencias accesorias para los casos en que las organizaciones o grupos **carezcan de personalidad jurídica**. También, en el aptdo. 2 se prevé, además de la pena prevista, en este caso, en el art. 570 ter, la *“**inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente”***.

El delito se castiga con una pena inferior a diez años, de tal forma que el juez o tribunal impondrá penas accesorias del art. 56.

Con la LO 1/2015 se incorpora para algunos delitos la agravación específica de pertenencia a organización o grupo criminal. Si bien, existen subtipos agravados que solo comprenden la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal (art. 369 bis en relación al art. 368), de modo que en este caso no se planteará un concurso de normas, sino que se aplicará un **concurso real** de delitos entre el tipo concreto del delito cometido y el art. 570 ter⁷⁷. Para estos casos, el art. 73 del CP señala que *“al responsable de dos o más delitos se le impondrán **todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo...**”*. En este punto, hay que tener en cuenta que no cabe el cumplimiento simultáneo de las penas privativas de libertad, por lo que habrá que estarse al art. 75⁷⁸ del CP. Con todo, el *principio de acumulación material* encuentra límites en el art. 76. 1 del CP: *“el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable **no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave***

⁷⁶ Art. 129 del CP: *“En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá **imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33.** Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”*.

⁷⁷ ABASCAL JUNQUERA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.), *“Tomo II”*, op. cit., p. 3029.

⁷⁸ Art. 75 del CP: *“Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”*.

*de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran **dicho máximo**, que **no podrá exceder de 20 años**”.*

En este caso, la pena más grave corresponde al subtipo agravado del art. 369 en relación al art. 368, siendo esta de seis años y un día a nueve años. El máximo de cumplimiento efectivo dependerá de la pena concreta, sin que en ningún caso pueda exceder de veinte años (el triple de la pena mayor, nueve años, superaría ese límite).

1.6. Alonso

Alonso es responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud, castigado con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito. Si bien, concurre el subtipo agravado del art. 369. 5º (“*fuere de **notoria importancia** la cantidad de las citadas sustancias*”) y, por lo tanto, se aplica la pena superior en grado (**seis años y un día a nueve años**) y, de ser el caso, multa del tanto al cuádruplo.

Asimismo, concurren una atenuante analógica por drogadicción del art. 21. 7º en relación con el aptdo. 2º del CP y, presumimos, una agravante por reincidencia del art. 22. 8º del CP. En estos casos, los jueces o tribunales “*las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior*” (art. 66. 1.7º del CP).

En cualquier caso, la pena de prisión será inferior a diez años y, por tanto, el juez o tribunal aplicará alguna o algunas de las penas accesorias del art. 56 del CP. Con los datos que disponemos sobre Alonso, la pena accesoria que seguro se podría aplicar es la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Junto con lo anterior, Alonso es autor de un delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter del CP que, al tener este como finalidad el tráfico de drogas, se castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, la atenuante por drogadicción del art. 21. 2º hace que la pena se aplique en su mitad inferior⁷⁹ (**seis meses a un año y nueve meses más un día**). El art. 570 quáter contiene consecuencias accesorias a las organizaciones y grupos, así como penas restrictivas de los derechos de los miembros o dirigentes de los mismos.

El delito se castiga con una pena inferior a diez años, de tal forma que el juez o tribunal impondrá penas accesorias del art. 56.

Surge un concurso real entre el tipo concreto del delito cometido (art. 368) y el art. 570 ter. En virtud de lo establecido en el art. 73 se aplicará el *principio de acumulación material* de las penas teniendo en cuenta, en todo caso, que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la

⁷⁹ Art. 66. 1.1º: “*Cuando concurra **sólo una circunstancia atenuante**, aplicarán la pena en la **mitad inferior** de la que fije la ley para el delito*”.

más grave de las penas en que haya incurrido, que no podrá exceder de veinte años (art. 76.1). En todo caso, la pena más grave es la del subtipo agravado del delito contra la salud pública, pero desconocemos el resultado de la compensación y valoración que el juez o tribunal ha hecho sobre la concurrencia de la agravante por reincidencia y la atenuante por drogadicción.

Finalmente, el aptdo. 5º del art. 80 del CP contemplan la posibilidad de suspender la ejecución las penas privativas de libertad por drogadicción, aunque es necesario que se cumplan tres requisitos para que el juez o tribunal pueda acordarla: que el hecho delictivo se hubiera cometido como consecuencia de la adicción (delincuencia funcional), que se certifique que el condenado esté deshabitado o sometido a tratamiento en el momento de decidir sobre la suspensión y que la condena no supere los cinco años. En este caso, sólo podemos afirmar el cumplimiento del primer requisito, por tanto, la suspensión de la ejecución de la pena dependerá de si esta una vez individualizada, es inferior a cinco años (que podría ocurrir si persiste el fundamento cualificado de atenuación) y si Alonso está sometido a un tratamiento de deshabitación en el momento de tomar la decisión.

1.7. Sebastián

En primer lugar, Sebastián es autor de un delito contra la salud pública del art. 368 del CP de sustancias que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia (art. 369. 5º), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En consecuencia, se impondrá la pena superior en grado (**seis años y un día a nueve años**) respecto a la pena señalada en el tipo básico.

En segundo lugar, también es responsable en concepto de autor por un delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter, castigado con la pena de prisión de **seis meses a dos años**, dado que la finalidad del grupo es un delito grave de tráfico de drogas. En relación con el delito anterior, en virtud del art. 570 quáter, los jueces o tribunales acordarán la disolución del grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del art. 129 del CP (grupo sin personalidad jurídica), así como, la inhabilitación especial descrita en el mismo para los responsables de las conductas descritas en el artículo anterior.

Por último, Sebastián es autor de un delito de falsedad de documento público en virtud del apartado segundo del art. 392, castigado con la pena de **prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses**.

Respecto a las penas accesorias, todos los delitos mencionados se castigan con penas de prisión inferiores a diez años, lo que va a permitir al juez o tribunal imponer alguna o algunas de las penas accesorias del art. 56. Con los datos que disponemos, lo más lógico parece aplicar la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Podemos hablar, entonces, de un concurso real de delitos. En virtud del art. 73 del CP, *“se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones...”*. Aunque, de cualquier forma, *“el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de*

las penas en que haya incurrido, ...que no podrá exceder de 20 años". En este caso, la pena más grave corresponde al subtipo agravado del delito contra la salud pública, seis años y un día a nueve años, por lo que la condena de Sebastián no podrá superar el triple de cualquiera que sea la individualización de la pena, recordando, en cualquier caso, el límite de los veinte años (que se superaría si finalmente se le impone la pena mayor, nueve años).

Considerando el hecho de que Sebastián es nacional colombiano, castigado a una pena de prisión, en cualquier caso, superior a cinco años, *"el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena... Se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional"* (apdo. 2 art. 89).

1.8. El decomiso de la droga

El comiso es una **consecuencia accesoria** que supone *"la pérdida de los efectos que de él (del delito) provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar"* (apdo. 1 art. 127 CP).

El art. 374 del CP contiene un tratamiento específico del comiso para los delitos de tráfico de drogas, al disponer lo siguiente: *"...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...**"*.

Cuestión III

Respecto a la intervención quirúrgica sin consentimiento, ¿Tendría María Luisa derecho a recibir una indemnización por daños y perjuicios basándose en una vulneración del derecho fundamental a la integridad física recogido en el artículo 15 de la Constitución Española? En caso de existir tal vulneración, ¿Podrían utilizarse las bolsas de cocaína extraídas de los senos como un medio válido de prueba?

El art. 15 de la CE señala que “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”. Doctrina reiterada del TC señala que mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular. Aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por **toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular**⁸⁰.

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, establece en su art. 4.1 que “*los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma... La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”. Esta información que se proporciona al paciente antes de la intervención, así como el correlativo consentimiento por parte de este es, por tanto, un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Así, lo ha determinado el TS en una sentencia de 13 de mayo de 2011 [RJ\2011\3279]. Se trata de un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del **principio de la autonomía de la voluntad del paciente** y, por tanto, de los preceptos constitucionales 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 fundamental⁸¹.

El art. 8.1 de esa misma Ley determina que “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que,*

⁸⁰ STC 16/12/1996 [RTC 1996\207].

⁸¹ FJ 2º STC 28/03/2011 [RTC 2011\37].

recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso". Como regla general, el consentimiento se manifiesta verbalmente, si bien, para el caso concreto de una intervención quirúrgica se requiere consentimiento escrito (aptdo. 2). En el mismo sentido, el art. 5 del Convenio de Oviedo⁸² (en adelante, Convenio) señala que *"una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento"*. María Luisa no prestó consentimiento ni verbal ni escrito.

Sin embargo, en el art. 9.2.b de la Ley 41/2002, así como, en el art. 8 del Convenio, se exceptúa la necesidad de consentimiento cuando se trate de una situación de urgencia por existir un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo. En este caso, resulta claro el peligro para la salud que supone llevar dentro de sus senos bolsas cuyo contenido era cocaína, corriendo un grave riesgo de intoxicación con evidentes consecuencias nocivas para su salud. Así lo ha considerado también la AP de Barcelona para un caso en que concurren idénticas circunstancias y en la que acaba concluyendo que no se produce vulneración de ningún derecho fundamental⁸³.

En paralelo a la normativa sobre información clínica y consentimiento informado se ha venido elaborando una doctrina jurisprudencial, no excesivamente uniforme, sobre el consentimiento informado, particularmente a propósito de supuestos de responsabilidad civil sanitaria. En estos últimos años, el TS ha acudido a diversos argumentos para fundar la responsabilidad en caso de ausencia o invalidez del consentimiento informado. Por un lado, la tesis de la falta de nexo causal, que, aplicada a la ausencia de consentimiento informado, concluye que no da lugar a la indemnización en el caso de que el resultado dañoso ocasionado carezca de relación de causalidad con la falta de información o consentimiento informado⁸⁴. De esta forma, se entiende necesario que el paciente haya sufrido un daño cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de responsabilidad civil. Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual⁸⁵. Por otro lado, el TS considera la ausencia de consentimiento informado en los casos de intervenciones que supongan un riesgo grave para la salud como un daño moral grave por sí mismo para la salud, independientemente de que dicho riesgo se concrete o no.

⁸² Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Entrada en vigor en nuestro Ordenamiento el 1 de enero de 2000.

⁸³ FJ 1º SAP de Barcelona 09/12/2014 [JUR\2014\30887]: *"en el presente caso resultaba patente el peligro para la salud inherente en el hecho de que una mujer lleve dentro de sus senos sendas bolsas con una cantidad importante de cocaína que le podía producir una grave intoxicación con consecuencias muy nocivas para su salud, por lo que tenemos que concluir afirmando que no hemos apreciado la vulneración de ningún derecho fundamental en la realización de la intervención quirúrgica realizada a la acusada"*. Presentado recurso de casación, el FJ 3º STS 29/10/2014 [RJ\2014\5857] reconoce correcta la decisión de la Audiencia.

⁸⁴ RUBIO TORRANO, E. Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012) en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012, Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2012, pp. 53-59. Recuperado de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>

⁸⁵ STSJ de Navarra 27/10/2001 [RJ 2002\1079].

En este sentido se expresa el TS, en la ya mencionada sentencia de 13 mayo 2011, pues, “*la falta de información configura en este caso un **daño moral grave**, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por **lesión del derecho de autonomía del paciente** respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad*”. En todo caso, es cierto que, cuando se presenta una demanda de responsabilidad por una actuación médica fundada en la omisión de consentimiento informado al menos concurre, como ocurre en tal sentencia, la **falta de sanación o mejoría del paciente**, pues resulta evidente que si el resultado de la intervención hubiera sido favorable, mejorando notablemente el estado de salud de aquél la omisión o insuficiencia de la información previa habría sido irrelevante, ya que difícilmente cabe sostener en tales supuestos la existencia de daño ni perjuicio⁸⁶.

La existencia de un riesgo cualificado por las notas de inmediatez y gravedad, junto con la evidente mejoría que entendemos que supuso, para la salud de María Luisa, la retirada de las prótesis de cocaína de ambos senos, no se entiende vulnerado el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la CE. En el supuesto contrario, las bolsas de cocaína extraídas no podrían emplearse como elemento probatorio, ya que según el art. 11.1 de la LOPJ “**no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales**”. A tal efecto, el art. 287.1⁸⁷ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece un procedimiento a través del cual las partes, o incluso de oficio el tribunal, puedan cuestionar la admisibilidad de tales pruebas.

⁸⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2011, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2011, pp. 25-35. Recuperado de <http://aranzadi.aranzadidigital.es.accedys.udc.es>.

⁸⁷ Art. 287.1 de la Ley 1/2000: “*Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.*

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba”.

Cuestión IV

¿Sería posible que el Estado Español solicite la extradición de Sebastián?, ¿Qué ocurriría si hubiera logrado huir a otro Estado Miembro de la Unión Europea? Explique las diferencias fundamentales.

I La extradición

El principio de soberanía⁸⁸ de los Estados reduce su ámbito de actuación al interior de sus fronteras, constituyendo un límite espacial al *ius puniendi*. En este contexto, la cooperación interestatal se vuelve imprescindible en la lucha contra la delincuencia internacional y, tradicionalmente, la extradición se presenta como el principal mecanismo de ayuda interestatal⁸⁹.

La extradición se define como un procedimiento, dentro de la cooperación jurídica internacional, que permite a un Estado (requerido) poner a disposición de otro (requirente) a una persona que se encuentra en territorio del primero, ya sea para el enjuiciamiento de dicha persona o para el cumplimiento de una condena⁹⁰. El TC se ha referido a la extradición como “...*un simple acto de auxilio judicial internacional, y que sólo tiene por misión la comprobación de las condiciones específicamente recogidas en las leyes y convenios que la regulan...*”⁹¹.

La definición anterior nos permite hablar de dos tipos de extradición. El Convenio Europeo de Extradición⁹² (en adelante, CEEEx) diferencia entre la extradición para la persecución o extradición procesal y la extradición para cumplimiento o de ejecución (art. 1). A su vez, dependiendo de la perspectiva con la que se contemple el procedimiento, esta puede ser activa o pasiva. Será activa desde el punto de vista del Estado requirente y pasiva desde la del Estado requerido que estudiará la petición⁹³ y llevará a cabo la posterior entrega, si es el caso.

Aplicando la clasificación anterior al supuesto de hecho, podemos concluir que, de ser posible, estaríamos ante una extradición procesal y de naturaleza activa, ya que

⁸⁸ La idea de que el Estado tiene soberanía sobre su territorio lo encontrábamos en el propio origen del Estado moderno.

⁸⁹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. *Derecho penal internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.145.

⁹⁰ CEZÓN GONZÁLEZ, C. *Derecho Extradicional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 23

⁹¹ FJ 6º STC 20/05/1997 [ECLI:ES:TC:1997:102].

⁹² Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957. Ratificado por España el 21 de abril de 1982.

⁹³ Desde el punto de vista procesal es más adecuado emplear el término petición o solicitud. Sin embargo, en los Convenios todavía vigentes sobre la materia se sigue utilizando el término “demanda”.

todavía no existe sentencia condenatoria que recaiga sobre Sebastián y es el Estado español el que solicita la extradición a la República Federativa de Brasil.

1.1. Fuentes

GÓMEZ CAMPELO⁹⁴ hace referencia a la necesidad de una regulación *ad hoc* que trate las distintas fases del procedimiento extradicional que, como señala, se pone en marcha con la petición por parte de órgano jurisdiccional del Estado que requiere de la presencia del sujeto, dirigida al Estado donde este se encuentra.

1.1.1. Constitución

La literalidad del art. 13.3 de la CE permite afirmar dos cuestiones. En primer lugar, que su valor normativo se reduce a la extradición pasiva cuando señala que “*la extradición sólo se concederá...*” y, en segundo lugar, que los Tratados y, en su defecto, la Ley son las principales fuentes reguladoras dentro de nuestro ordenamiento jurídico al afirmar “*...en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad*”. En este sentido, el art. 13.3 de la CE funciona como una garantía al principio *nulla traditio sine lege*, reconocido expresamente por la jurisprudencia del TC⁹⁵. En el contexto de la extradición, lo que se pretende es que la decisión de entrega quede subordinada a una norma y no a la simple voluntad de los Estados parte.

1.1.2. Tratados Internacionales

La Convención de Viena⁹⁶ define el concepto de “tratado” como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional...*” (art. 2.1.a). En lo que se refiere a su aplicación, el art.1 del CC exige que los tratados entren a formar parte del ordenamiento jurídico interno a través de su publicación en el BOE. Del mismo modo, art. 96.1⁹⁷ de la CE afirma que “*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*”.

⁹⁴ GÓMEZ CAMPELO, E. *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Ed. Universidad, Burgos, 2005, p.46.

⁹⁵ SSTC 29/06/1998 [ECLI:ES:TC:1998:141], 10/11/2005 [ECLI:ES:TC:2005:292] y 12/12/2005 [ECLI:ES:TC:2005:328].

⁹⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. España entra a formar parte del Convenio el 2 de mayo de 1972.

⁹⁷ De la redacción del art. 96.1 de la CE se han derivado teorías doctrinales contrapuestas respecto al carácter jerárquico de los tratados. No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia entienden que la prioridad del tratado sobre la ley se reconoce el tal artículo, además de en el art. 1 de la Ley de Extradición Pasiva y en los arts. 26 y 27 del Convenio de Viena. FJ 4º STC 30/01/1985 [ECLI:ES:TC:1985:11]: “*la Ley española de extradición tiene un carácter supletorio respecto a los tratados internacionales que el Estado español haya suscrito y ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia... La citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio*”. El TS mantiene la línea de aceptación del principio de supremacía de las normas convencionales admitido por el TC. Así, la STS 27/02/1970 [RJ\1970\660] o la STS 1/10/1996 [RJ\1996\7200] declaran la supremacía de las normas del Derecho internacional convencional sobre el Derecho Interno en caso de conflicto o contradicción.

En materia de convenios o tratados debemos señalar la posibilidad de celebrar tanto tratados multilaterales como de carácter bilateral. En el ámbito específico del Consejo de Europa, el citado CEEEx nos proporciona la normativa básica aplicable en materia de extradición. Asimismo, se convierte en un patrón de diseño para los convenios bilaterales suscritos por España, mayormente, con aquellos Estados que no forman parte del mismo.

En el ámbito objeto de nuestro estudio, nos centramos en el Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988 (en adelante, Tratado). El Tratado comienza poniendo de manifiesto el principio de reciprocidad, al que hace referencia el art. 1 del Convenio, cuando afirma que “*los dos Estados se obligan recíprocamente a la entrega....de los individuos que estén sujetos a un proceso penal o hayan sido condenados por las autoridades judiciales de uno de ellos y se encontraren en territorio del otro*” (art.1). Al mismo tiempo, se desprende de la redacción la necesidad de un proceso penal para que pueda tener lugar la extradición.

Para determinar si es posible solicitar la extradición de Sebastián, primero debemos saber cual es el ámbito objetivo⁹⁸ de la extradición. Es decir, conocer cuales son los delitos extraditables. A este efecto, nos encontramos con un Tratado *numerus apertus*, donde los delitos que podrían fundamentar la petición de extradición quedan determinados en función de su gravedad a través de un mínimo penológico. En concreto, el art. 2.1 del Tratado exige que los hechos sean penados, en ambos Estados, con la privación de libertad superior a un año. Como ya sabemos, el art. 368 del CP español castiga el tráfico ilegal de drogas con penas de prisión de **tres a seis años** en el caso de sustancias que causen grave daño a la salud. En Brasil, el art. 33 de la Ley de Drogas⁹⁹ establece una pena de reclusión de **cinco a quince años** para los actos de “*importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, adquirir, vender, exponer a la venta, ofrecer, tener en depósito, transportar, traer consigo, guardar, prescribir, administrar, entregar para consumo o suministrar estupefacientes, aunque de forma gratuita, sin autorización o en desacuerdo con las disposiciones jurídicas o normativas*”. En definitiva, en ambos casos se supera el mínimo penológico que exige el Tratado, lo que permitiría la solicitud de extradición en este punto. Sin embargo, sabemos que Sebastián huye del país empleando un pasaporte falso, cometiendo delito de falsedad en documento público por particular del art. 392 CP. “*Cuando la petición de extradición se refiriese a más de un delito y en alguno de ellos no concurrieren los requisitos..., la extradición se podrá conceder si en alguno de ellos concurrieren...*” (art. 2.3 Tratado). Independientemente de cual sea la pena con la que ambos Estados castiguen el delito de falsedad documental, seguiría siendo posible la petición de extradición.

En palabras de BUENO ARÚS¹⁰⁰, en los tratados *numerus apertus* el principio de legalidad viene a identificarse con el principio de la doble incriminación. El art. 2.1 del

⁹⁸ CEZÓN GONZÁLEZ, C. “*Derecho extradicional*”, op. cit., pp. 39-40 marca una distinción entre tratados *numerus clausus*, donde existe una lista de delitos cerrada por los que la extradición debe concederse, y los tratados *numerus apertus*, donde cualquier clase de delito puede dar lugar a la extradición siempre que el hecho sea delito en ambos estados, alcance el mínimo penológico y no forme parte de los casos que no autorizan la extradición.

⁹⁹ Ley de Drogas, n° 11.343, de 23 de agosto de 2006.

¹⁰⁰ BUENO ARÚS, F. y MIGUEL ZARAGOZA, Juan de., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 208. Por el contrario, SEBASTIÁN MONTESINOS, M.

Tratado cumple con ambos principios cuando dice que “*darán lugar a extradición aquellos hechos para los que las Leyes del Estado requirente y del Estado requerido impongan una pena privativa de libertad superior a un año, independientemente de las circunstancias modificativas y de la denominación del delito*”.

A la hora de concluir sobre la viabilidad de la extradición, no sólo debemos conocer cuales son los casos que autorizan la misma, sino que, también es necesario saber cuales son los casos que no lo hacen. En este aspecto, en la jurisprudencia constitucional¹⁰¹ surge el principio *non bis in ídem*, al que también se refiere el art. 9 del CEEEx: “*No se concederá la extradición cuando la persona reclamada hubiera sido definitivamente sentenciada por las autoridades competentes de la Parte requerida, por el hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición...*”¹⁰². El Tratado materializa tal principio al sostener que no se concederá la extradición “*cuando, por el mismo hecho, la persona reclamada esté sujeta a proceso o ya haya sido juzgada en el Estado requerido...*” (art. 4.1.b). En caso de cumplirse tal condición, la extradición no nos sería concedida. Por otra parte, si continuamos la lectura de este apartado encontramos una referencia a la amnistía y el indulto. La prescripción, junto a las anteriores, son las circunstancias excluyentes de responsabilidad que reconoce el Tratado. En concreto, no se concederá la extradición “*cuando la acción penal o la pena hubiere prescrito según las leyes del Estado requirente o del Estado requerido*” (art. 4.1.c). Mientras no haya sentencia firme, en Brasil la prescripción de delitos se recoge en el art. 109 del Código Penal brasileño¹⁰³, mientras que en España la determina el art. 131 del CP¹⁰⁴. Sería necesario solicitar la extradición antes de que se produjera la prescripción del delito en virtud de alguno de los Códigos mencionados.

Además de los anteriores, dentro de los principios básicos de la extradición relativos al delito, podríamos incluir la exclusión de los delitos políticos y militares que también se pone de manifiesto en el Tratado (art. 4.1.e y f). En el primer caso, se sigue la tendencia

A., *La extradición pasiva*, Ed. Comares, Granada 1997, p.47 entiende que, aunque existe una vinculación entre ambos principios, se refieren a cuestiones diferentes: “*el principio de doble incriminación sirve para delimitar si las conductas son susceptibles de extradición, mientras que el de legalidad exige además que la conducta delictiva esté entre aquellas que pueden motivar el procedimiento extradicional*”. De igual forma, GARCÍA SÁNCHEZ, B. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, p.203, entiende que: “*el principio de legalidad es mucho más amplio, ya que hace referencia a todas las condiciones materiales a las que se subordina la entrega de un sujeto a otro Estado, condiciones, por supuesto, que deben estar plasmadas en las leyes o en los Tratados de extradición y entre las que se encuentra la doble incriminación...*”.

¹⁰¹ El FJ 4º STC 30/01/1981 [ECLI:ES:TC:1981:2] determina que “*...si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución española...no por ello cabe silenciar...que van íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución*”.

¹⁰² De la lectura del art. 9 del CEEEx se desprende la necesidad de una sentencia firme. CEZÓN GONZÁLEZ, C. “*Derecho extradicional*”, op. cit., p.203: “*de existir sobre el caso sentencia pendiente de un recurso no estaríamos en el supuesto de cosa juzgada, sino el de actuaciones en curso...*”. A través del art. 2 del Protocolo Adicional de 15 de octubre de 1975 se extiende el principio “*non bis in ídem*” a sentencias de terceros estados, parte del Convenio.

¹⁰³ Aprobado por Decreto-Ley nº 2.848 de 7 de diciembre de 1940, modificado por la Ley nº 9.777 de 26 de diciembre de 1998. Art. 109: “*la prescripción, antes de que la sentencia final sea firme...se regula por el máximo de la pena privativa de libertad comunicada al delito, verificándose: En 20 años, si el máximo de la pena es superior a 12...*”.

¹⁰⁴ Art. 131 CP: “*Los delitos prescriben: ...A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez...*”

del art. 13.3 de la CE o del art. 3 del CEEEx, aunque con una delimitación negativa propia en el aptdo 5¹⁰⁵. Para los delitos militares, todos los tratados de extradición en los que España es parte no incluyen dentro del ámbito extradicional los delitos estrictamente militares, en el sentido de que no constituyan también delito común. El Tratado dispone que “*para los efectos de este Tratado se consideran delitos puramente militares los delitos que se refieran a hechos ajenos al derecho penal común y que deriven, únicamente, de una legislación especial aplicable a los militares...*” (art. 4.4). En este caso, los hechos que fundamentan la extradición no constituyen delito por ninguna de estas categorías, no pudiendo denegarse la extradición en base al principio de exclusión de los mismos.

En la categoría de principios relativos al delincuente, el art. 3.1 del Tratado contempla la aplicación del principio de no entrega de nacionales, si bien, garantizando que “*...el individuo será sometido a proceso en el Estado requerido, a solicitud del Estado requirente, por el hecho determinante de la solicitud de extradición...*” (principio *aut dedere aut iudicare*). Se trata de uno de los principios que ha generado más polémica doctrinal. Autores como BUENO ARÚS¹⁰⁶ se postulan a favor del principio con argumentos como el derecho a ser juzgado por jueces naturales, la dejación de soberanía que podría producirse por la entrega de nacionales o el derecho a residir en su propio Estado y recibir protección de este. Por el contrario, GÓMEZ CAMPELO¹⁰⁷, entiende que la nacionalidad tendría escasa relevancia en los casos en los que el sujeto tenga nula o apenas vinculación al Estado de adscripción. Respecto a este principio, podría aplicarse la reflexión del FJ 2º del AAN de 25/09/2016 [JUR\2016\31650]: “el art. 3.1 del Tratado...establece la extradición de nacionales del Estado requerido con carácter meramente facultativo, no perceptivo...”. Aun así, por tener Sebastián nacionalidad colombiana, en ningún caso cabría aplicar tal principio.

1.1.3. Normativa interna

En el ámbito interno, la extradición aparece regulada en diferentes normas. La extradición pasiva está regulada en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (en adelante, LEP) que derogó y sustituyó a la anterior de 26 de diciembre de 1958. Como ya adelantamos, el art. 13 de la CE se refiere exclusivamente a tal categoría, y nos permite afirmar, junto con el art. 1 de la LEP, que esta sólo se aplicará ante la falta de tratado o insuficiencia del mismo. En este sentido, también se ha pronunciado la AN¹⁰⁸. Por su parte, la extradición activa se regula en los arts. 824 a 833 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim).

¹⁰⁵ Art. 4.5 del Tratado: “*no se considerarán como delitos de naturaleza política:*

- a) *El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno extranjero, o contra un miembro de su familia*
- b) *Los actos de terrorismo*
- c) *Los crímenes de guerra o contra la paz y seguridad de la humanidad.”*

¹⁰⁶ BUENO ARÚS, F. y MIGUEL ZARAGOZA, Juan de., “*Manual de Derecho Penal Internacional*”, op. cit., p. 207.

¹⁰⁷ GÓMEZ CAMPELO, E. “*Fundamentación teórica y praxis*”, op. cit., p.281.

¹⁰⁸ AAN 26/04/2002 [JUR 2004\295290]

El Título V del Libro IV, *del procedimiento para la extradición*, de la LECrim trata la atribución de competencias a las autoridades correspondientes, las causas que permiten la solicitud e inicio del procedimiento interno, así como, los mecanismos a emplear.

Para que pueda dar comienzo el procedimiento de extradición activa a nivel interno, *“el Juez o Tribunal que conozca de la causa...será competente para pedir su extradición”*¹⁰⁹ aunque, formalmente, será el Gobierno del Estado requirente quien realice la petición, siendo requisito necesario que se haya dictado auto de prisión o sentencia firme de condena (art. 825 LECrim). Así se desprende del art. 824 de la LECrim: *“Los Fiscales de las Audiencias y el del Tribunal Supremo..., pedirán que el Juez o Tribunal propongan al Gobierno que solicite la extradición...”*.

A su vez, el Juez o Tribunal hará la petición en forma de suplicatorio dirigido al Ministerio de Justicia español, a excepción de que un Tratado vigente entre las partes interesadas autorice una petición directa por parte del Juez que conoce de la causa¹¹⁰.

Una vez determinada la competencia, los requisitos de la petición de extradición deben ir en consonancia con lo establecido en los arts. 826 y 827 de la mencionada Ley. El primero, recoge las causas que permiten pedir la extradición: *“solo podrá pedirse o proponerse la extradición: ...3º) de los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo”*¹¹¹. El segundo, añade que *“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”*.

1.2. Requisitos formales de la solicitud de extradición

Atender al contenido y naturaleza de los documentos que deben acompañar a la petición extradicional será determinante para la concesión de la misma. La extradición puede tenerse por no solicitada ante determinadas deficiencias o, incluso, podrá finalmente denegarse si la omisión no se subsana, aunque ya estuviera admitida a trámite¹¹².

A este respecto, el art. 9.1 del Tratado exige que la solicitud se haga por vía diplomática a través de la presentación de los siguientes documentos: *“a) cuando se trate de un individuo no condenado: original o copia auténtica del auto de prisión de un auto procesal penal equivalente, emanado de la autoridad extranjera competente”*.

A su vez, el segundo y tercer apartados de dicho artículo recogen que:

“2. Los documentos presentados deberán contener la indicación precisa del hecho imputado, la fecha y el lugar en que fue realizado, así como los datos o antecedentes necesarios para la comprobación de la entidad de la persona reclamada. Se deberá

¹⁰⁹ Art. 828 de la LECrim.

¹¹⁰ Art. 831 de la LECrim.

¹¹¹ CEZÓN GONZÁLEZ, C. *“Derecho extradicional”*, op. cit., pp. 236-237 pone de relieve la desactualización de este apartado: *“Hoy muchos tratados admiten la extradición de sus nacionales, lo que evidencia el desfase del apartado tercero...Hoy podríamos decir que puede pedirse la extradición de cualquier persona, español o extranjero, que se halle fuera de España y que pueda ser perseguido penalmente con arreglo a la legislación española (art. 23 LOPJ)”*.

¹¹² Ibid., p. 143.

acompañar también copia de los preceptos legales aplicables en el Estado requirente, de los que fundamente su competencia, así como de las disposiciones legales relativas a la prescripción de la acción penal o de la pena.

3. *El estado requirente presentará también las pruebas o indicios que la persona reclamada entró o permanece en el territorio del Estado requerido”.*

II La Orden Europea de Detención y Entrega

1.1. Concepto y naturaleza jurídica

La práctica y experiencia actual han hecho que la lucha contra la criminalidad organizada se convierta en uno de los objetivos prioritarios de la UE. Para ello, se ha querido sustituir el procedimiento de extradición entre Estados miembros¹¹³. Tras los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, la UE se reúne en Sesión extraordinaria y elabora el documento *Unión Europea: Conclusiones y Plan de Acción del Consejo Europeo Extraordinario de 21 de septiembre de 2001*, donde se plantea la creación de la Orden de Detención Europea (en adelante, ODE), que precisamente desbancará al entonces vigente sistema de extradición¹¹⁴. Pero, será en el Consejo de 13 de junio de 2002 donde se apruebe la Decisión Macro relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, también conocida como *euroorden*. Así, a partir del 1 de enero de 2004 la Decisión Macro va a sustituir a toda la normativa aplicable en materia de extradición existente hasta ese momento en las relaciones entre Estados miembros¹¹⁵. No obstante, en su art. 31 se reconoce la posibilidad de seguir aplicando los convenios multilaterales o bilaterales en vigor e, incluso, la celebración de nuevos acuerdos tras su entrada en vigor. Así, por ejemplo, el CEEEx se sigue aplicando en aquellos casos en que la *euroorden* no pueda utilizarse.

La Decisión Macro define la ODE como “*una resolución 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*” (art. 1.1); y su ámbito de aplicación se concentra en “*aquellos hechos para los que la ley del Estado miembro emisor señale una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de 12 meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad*” (art. 2.1). Se da cumplimiento al principio de doble incriminación mediante controles mínimos por parte del Estado requerido, hasta que desaparece por completo cuando los hechos que fundamentan la ODE forman parte del listado de delitos graves

¹¹³ GÓMEZ CAMPELO, E. en JIMERO BLUNES, M. (coord.), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 20.

¹¹⁴ “...En efecto, los procedimientos de extradición actuales no reflejan el nivel de integración y confianza entre los miembros de la Unión Europea. Así, la orden de detención europea permitirá la entrega directa de las personas buscadas, de una autoridad judicial a otra...”

¹¹⁵ Art. 32 Decisión Macro: “Seguirán aplicándose a las solicitudes de extradición que se reciban antes del 1 de enero de 2004, los instrumentos vigentes en materia de extradición. A las solicitudes recibidas después del 1 de enero de 2004 se aplicará la normativa adoptada por los Estados miembros en virtud de la presente Decisión marco...”

resultado del consenso de los países miembros¹¹⁶. Tales delitos “*darán lugar a la entrega... sin control de la doble tipificación de los hechos...siempre que estén castigados en el estado miembro emisor con una pena o medida de seguridad privativas de libertad de un máximo de al menos tres años*” (aptdo. 2). Por su parte, el principio de legalidad se materializa tanto en un mínimo penológico como punitivo.

La naturaleza jurídica de la euroorden es puramente judicial. Cuando el apartado quinto del preámbulo señala que “*el objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales*”, permite afirmar que tal autoridad es la única competente para dictar o ejecutar una ODE. Se trata de un sistema basado exclusivamente en la judicialidad.

En España, las directrices de la Decisión Macro se introdujeron en el ordenamiento interno a través de la ya derogada, Ley 3/2003, de 14 de marzo, reguladora de la Orden Europea de Detención y Entrega. Actualmente, se regula en los arts. 34 a 59 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea.

1.2. Procedimiento para la emisión de una Orden de Detención Europea

Utilizamos el término *autoridad judicial emisora* para referirnos al juez o tribunal que emite la solicitud, y *autoridad judicial de ejecución* cuando hablamos del juez o tribunal que la recibe y que decidirá favorablemente o no sobre ella¹¹⁷. En concreto, la Ley 23/2014 reconoce como “*autoridades competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes*” (art. 35.1).

Atribuida la competencia para la emisión, la comunicación de la Orden varía en función de si la autoridad judicial emisora conoce o no el paradero de la persona buscada. Si existe tal conocimiento, la comunicación entre las autoridades judiciales competentes será directa. Por el contrario, si desconoce esa información podrá hacer uso de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea¹¹⁸. “*El Consejo General del Poder Judicial prestará su asistencia a los órganos jurisdiccionales españoles, que así lo soliciten, para la correcta remisión y el eficaz cumplimiento de las peticiones de cooperación judicial que hayan de dirigirse a las autoridades competentes de otros Estados...*”¹¹⁹, y lo hará “*por el Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, en su caso con intervención de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea en*

¹¹⁶ GÓMEZ CAMPELO, E. “*Justicia versus seguridad*”, op. cit., p. 49.

¹¹⁷ Ibid., p. 42.

¹¹⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R. *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p.39.

¹¹⁹ Art. 2.1 del Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional.

*materia penal...*¹²⁰. En cualquier caso, la autoridad judicial española puede incorporar una descripción de la persona buscada en el Sistema de Información de Schengen.

Para el momento de la detención, la Decisión Macro hace una remisión al Derecho del Estado miembro de ejecución¹²¹. Una vez que esta tiene lugar, será obligatorio poner al detenido a disposición de la autoridad judicial que, a su vez, le pondrá en conocimiento del contenido de la ODE y le dará la posibilidad de prestar consentimiento en su entrega a la autoridad judicial emisora, en este caso, la autoridad judicial española. En ese momento, se inicia un periodo de espera donde la autoridad judicial de ejecución actuará de una forma u otra según se haya solicitado la ejecución de la Orden para la aplicación de una sentencia firme o para el ejercicio de acciones penales¹²². En este último caso, el art. 18 de la Decisión Macro plantea dos opciones, “*bien que se tome la declaración a la persona buscada con arreglo al artículo 19*¹²³; *o bien aceptar el traslado temporal de la persona buscada*”.

La decisión final se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial de emisión de forma inmediata (art. 22). Si la persona buscada hubiera consentido en su entrega, el plazo máximo para la decisión definitiva será de diez días a contar desde el momento en que se manifestó tal consentimiento. En los demás casos, el plazo aumenta a setenta días desde la detención (art. 17. 2 y 3). Si la decisión hubiera sido de denegación, habrá que justificarla en todo caso. Si por el contrario se acepta la entrega, “*la persona buscada deberá ser entregada lo antes posible, en una fecha acordada entre las autoridades implicadas*” con un límite de diez días después de la decisión definitiva (art. 23. 1 y 2).

El art. 3 de la Decisión Macro nos indica cuales son los motivos para la no ejecución de la orden de detención europea. El primero, “*cuando el delito en que se base la orden de detención europea esté cubierto por la **amnistía en el estado miembro de la ejecución** si éste tuviere competencia para perseguir dicho delito según su propio Derecho penal*” (aptdo. 1). En segundo lugar, por aplicación del principio *non bi in idem* al que se hace referencia en el aptdo. 2 dice y, por último, “*cuando la persona que sea objeto de la orden de detención europea aún no pueda ser, **por razón de su edad**, considerada responsable penalmente de los hechos en que se base dicha orden, con arreglo al Derecho del estado miembro de ejecución*” (aptdo. 3). Se busca es la protección del menor, aun existiendo igualmente represión con la aplicación de leyes penales para aquellos infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad que se encuentran en las distintas legislaciones de los Estados miembros¹²⁴. Al mismo tiempo, el art. 4 recoge una serie de supuestos en los

¹²⁰ Art. 2.2 del Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional.

¹²¹ Art. 12 Decisión Macro: “*Cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá de conformidad con el Derecho del Estado miembro de ejecución si la persona buscada debe permanecer detenida*”.

¹²² CASTILLEJO MANZANARES, R. “*Procedimiento Español de Emisión*”, op. cit., pp. 41-42.

¹²³ Art. 19 Decisión Macro: “*1. ...la realizará una autoridad judicial asistida por cualquier otra persona designada de conformidad con el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional solicitante.*
2. ...con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución y en las condiciones determinadas de común acuerdo entre las autoridades judiciales emisora y de ejecución.

3. La autoridad judicial de ejecución competente podrá designar otra autoridad judicial del Estado miembro de que depende para que participe en la toma de declaración...”.

¹²⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R. “*Procedimiento Español de Emisión*”, op. cit., p. 50.

que la autoridad judicial de ejecución puede negarse a ejecutar la ODE. En definitiva, van a existir supuestos en los que la denegación de la ejecución es obligatoria, y otros en los que tiene carácter facultativo para el Estado miembro de ejecución.

III Diferencias fundamentales entre la extradición y la Orden Europea de Detención

GÓMEZ CAMPELO¹²⁵ habla de rasgos diferenciadores entre la extradición y la ODE aun existiendo como objetivo común la entrega de un Estado a otro de la persona reclamada por circunstancias penales:

- a) Concepto: en el caso de la extradición, la ausencia de definición legal ha provocado numerosos intentos doctrinales de dar una acepción concreta al término de extradición sobre la base del elemento común: la entrega del reclamado. La complejidad de la propia figura y los numerosos órganos intervinientes en el desarrollo, pueden justificar esa falta de concreción. Por el contrario, precisar el significado de ODE no ha supuesto problema alguno ni tampoco esfuerzos doctrinales, al definirse de forma precisa en el art. 1.1 de la Decisión Macro.
- b) Naturaleza jurídica: en un primer momento, la extradición aparece como un acto propio del poder ejecutivo con un claro componente de sesgo político para acabar convirtiéndose en una auténtica institución jurídica. La complejidad de la extradición se refleja en su triple pertenencia al Derecho Internacional, como acto de cooperación entre países en la lucha contra la delincuencia; al Derecho Procesal, al estar las normas de procedimiento recogidas en los textos procesales nacionales y al Derecho Penal, al perseguirse sólo conductas tipificadas como delictivas en los Códigos penales vigentes en cada Estado. Por su parte, la euroorden es un mecanismo puramente judicial, por ser precisamente la autoridad judicial la única con competencia para emitir una Orden, para tomar la decisión última en la ejecución de la misma o para determinar la existencia de circunstancias que suspendan o condicionen la entrega.
- c) Los órganos de actuación: la extradición se presenta como una clara representación del principio de soberanía de los Estados, siendo así que son ellos mismos los que reclaman la entrega del sujeto o los que toman la decisión sobre llevar a cabo o no la entrega desde el punto de vista de Estado requerido. En el caso de la euroorden, los órganos de emisión y recepción son en todo caso de naturaleza judicial.
- d) Intervinientes: si bien, aunque en ambos supuestos los sujetos que participan activamente son tres, la nomenclatura para referirse a los mismos es diferente. En la extradición hablamos de *Estado requirente*, *Estado requerido* y *persona reclamada*, mientras que, en la ODE nos referimos al juez o tribunal que emite la solicitud como *autoridad judicial emisora* y al que la

¹²⁵ GÓMEZ CAMPELO, E. “*Justicia versus seguridad*”, op. cit., pp. 30-46.

recibe como *autoridad judicial de ejecución*. El sujeto objeto de la solicitud se denomina *persona buscada*.

- e) Procedimiento: en el caso de la extradición nos encontramos con un proceso lento, burocrático y complejo, frente a un proceso mucho más ágil y sencillo en el caso de la euroorden. Uno de los motivos principales que marcan esa diferencia es que, mientras en el procedimiento extradicional cabe la intervención de órganos judiciales, políticos o administrativos, en el caso de la euroorden sólo intervienen órganos de naturaleza judicial. Por otro lado, el procedimiento extradicional está muy condicionado por el principio de la doble incriminación, el cual desaparece en el procedimiento de la ODE cuando los hechos constituyen uno de los delitos del catálogo del art. 2.2 de la Decisión Macro. Finalmente, desde un punto de vista formal, la euroorden unifica el formato técnico, con el uso de un único documento de siete folios que resulta ejecutable en todos los países de la UE. Con todo lo anterior, parece evidente que el procedimiento de la euroorden busca facilitar las extradiciones, agilizar los trámites y reducir las exigencias en los procedimientos de entrega.

Conclusiones

Cuestión I

Atendiendo a los criterios de determinación del orden jurisdiccional penal, todos los comportamientos objeto de enjuiciamiento están tipificados como delitos en el CP (**límite objetivo**), ninguno de los acusados tiene otorgada la prerrogativa de la inviolabilidad o inmunidad (**límite subjetivo**) y, por último, todos los hechos tienen lugar en Madrid (**principio de territorialidad**). En definitiva, la potestad jurisdiccional corresponde a los Juzgados y Tribunales españoles.

La competencia objetiva, bajo el criterio de la gravedad del hecho punible, pertenece a las Audiencias Provinciales, por estar ya castigado el tipo básico del delito contra la salud pública del art. 368 con penas privativas de libertad superiores a cinco años (delito grave). En la competencia funcional, en la fase de instrucción o diligencias previas la competencia se le atribuye a los Juzgados de Instrucción de Madrid, mientras que, para la fase de enjuiciamiento, la competencia le corresponde a la Audiencia Provincial de Madrid, que también conocerá del proceso de ejecución. En nuestro caso, se produce una conexidad subjetiva entre los hechos, ya que se cometieron por más de dos personas en distintos lugares o tiempos existiendo un concierto previo para ello, si que esto produzca alteración alguna en la competencia objetiva o territorial.

Cuestión II

El hecho de que **María Luisa** porte en ambos senos prótesis de cocaína la convierte en autora de una delito contra la salud pública del art. 368, en concreto, en su modalidad de sustancias que causan grave daño para la salud (la jurisprudencia de forma uniforme siempre ha considerado la cocaína como una “droga dura”). La conducta típica, en este caso, se materializa en la posesión preordenada a la transmisión a terceros de la sustancia portada y en el pleno conocimiento de la cualidad de la misma.

La confesión que la acusada hace en el momento en que los agentes de la UDYCO detectaron un “cuerpo extraño” al realizarle el examen radiológico, no es válida para aplicar la atenuante por confesión del art. 21. 4º del CP, porque no cumple con el requisito cronológico (la confesión debe tener lugar antes de que el confesante sepa que hay un procedimiento judicial dirigido contra él). Sin embargo, sí que será de aplicación la atenuante analógica del art. 21. 7º en relación con el aptdo. 4º, ya que, aunque la confesión ha sido tardía resultó de utilidad para la investigación. María Luisa proporcionó a las autoridades una confesión real y sincera y, al mismo tiempo, una colaboración relevante en la medida que permitió el íntegro esclarecimiento de los hechos y la incriminación de otros partícipes.

El art. 368 castiga el tráfico de drogas con pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, cuando se trata de sustancias que causa grave daño a la salud. Al aplicarse la circunstancia atenuante por confesión tardía, se aplica la mitad inferior de dicha pena, tres a cuatro años y seis meses menos un día.

La **Doctora Elvira** también es autora de un delito contra la salud pública del art. 368, de nuevo, en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud. La posesión destinada al tráfico y con conocimiento de la sustancia poseída, constituye la conducta típica. Aunque, en este caso, concurre el subtipo agravado del art. 369 por dos motivos. Por un lado, porque en el momento de la detención se incautó 10,657 kg de cocaína en la Clínica, lo que supera el límite de los 750 grs. de notoria importancia para dicha sustancia (apdo. 1.5º). Por otro lado, porque Elvira tiene la consideración de facultativo (apdo. 1.1º).

El art. 369 determina una pena superior en grado a la señalada en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo. Por tanto, se aplica una pena de seis años y un día a nueve años. Además, en este caso, forma parte de la pena principal la inhabilitación especial para cargo o empleo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años, en virtud de lo expuesto en el art. 372 del CP.

Alonso y Sebastián llevan a cabo actos de venta de droga y, aunque no existe una tenencia material sobre la droga de la Clínica, existe una disponibilidad real y, por tanto, una posesión por parte de ambos al ser conocedores de donde se encuentra (ambos saben que la droga se guarda en la Clínica). Lo anterior, los convierte en autores de un delito contra la salud pública del art. 368, en su modalidad de circunstancias que causan grave daño a la salud y concurriendo el subtipo agravado de notoria importancia del art. 369. 1.5º.

Con lo anterior, a Sebastián se le aplica la pena superior en grado (seis años y un día a nueve años). Sin embargo, en Alonso concurre, por un lado, la atenuante por analogía del art. 21. 7º en relación con el apdo. 2º. Aunque entendemos que existe una relación de causalidad entre la dependencia de los hábitos de consumo y el delito cometido, no existe pericia que determine el grado de adicción ni la antigüedad. Por otro lado, una agravante por reincidencia, al presumir que la sentencia ejecutoria condenó a Alonso por un delito contra la salud pública del art. 368 en su modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud (requisito de misma naturaleza) y que tal antecedente no puede todavía cancelarse. De esta forma, dependiendo de la compensación y valoración que haga el juez o tribunal se aplicará la pena inferior en grado, tres a seis años menos un día, o en su mitad superior, siete años y seis meses más un día a nueve años.

En lo que respecta a la pena de multa, es requisito indispensable, según consolidada doctrina de la Sala 2ª del TS, proporcionar una valoración económica de las cantidades de droga a las que se está haciendo referencia en los hechos probados. Como en este caso no consta ese dato, no se procede a la imposición de tal pena. Por el contrario, sí se aplicará como consecuencia accesoria el decomiso de la droga.

Elvira, Alonso y Sebastián son, además, responsables en concepto de autores de un delito de pertenencia a grupo criminal del art. 570 ter del CP. No puede entenderse que

estamos ante una organización criminal dado que no se aprecia una estructura jerárquica clara y porque la gravedad de los hechos se reduce a un ámbito espacial muy reducido. Tampoco tiene lugar hablar de mera codeinencia, ya que no hay una formación fortuita para la comisión inmediata de un delito. En definitiva, la agrupación de más de dos personas con un cierto carácter de permanencia con el fin de cometer delito, en este caso, de tráfico de drogas, es lo que nos hace entender que estamos ante un grupo criminal.

La finalidad de cometer un delito clasificado como grave, hace que el art. 570 ter castiga la pertenencia a un grupo criminal con pena de prisión de seis meses a dos años. Para este delito, no se aplicaría la agravante por reincidencia de Alonso (no son delitos de la misma naturaleza), pero sí la atenuante analógica por drogadicción. La pena en su mitad inferior es de seis meses a un año y tres meses menos un día.

Cuando **Sebastián** emplea un pasaporte falso para huir del país, se convierte en autor de un delito de falsedad documental por particular del art. 392. 2 del CP, castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses.

En el momento de determinar las penas, como hemos visto, se parte del marco penal abstracto establecido para cada delito para, después, fijar el marco penal concreto con la aplicación de las normas del art. 66 del CP. Aquí, surge un concurso real de delitos y, en virtud de lo establecido en el art. 73, se aplicará el *principio de acumulación material* de las penas teniendo en cuenta, en todo caso, que el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, que no podrá exceder de veinte años (art. 76.1).

Por último, respecto a las penas accesorias, en ningún caso, las penas de prisión superan los diez años. Los jueces o tribunales impondrán como pena accesoria alguna o algunas de las recogidas en el art. 56 del CP.

Cuestión III

El derecho a la integridad física forma parte del elenco de derechos reconocidos como fundamentales en la CE (art. 15). Aunque guarda una estrecha relación con el derecho a la salud, su ámbito constitucionalmente protegido no se limita al riesgo o daño para la misma, sino a toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del su titular. Desde un punto de vista normativo, la Ley 41/2002, de la autonomía del paciente y el Convenio de Oviedo, reconocen la obligatoriedad de la información y la prestación de consentimiento ante cualquier actuación médica. La excepción a esa regla general aparece en los casos de riesgo grave e inmediato para la integridad física o psíquica del enfermo (art. 9.2.b de la Ley y art.8 del Convenio).

De forma paralela a esta normativa, se fue desarrollando una doctrina jurisprudencial poco uniforme, aplicando el TS diferentes criterios para justificar la responsabilidad civil sanitaria en los supuestos de ausencia o invalidez del consentimiento informado. Un primer criterio, exige la relación causalidad entre el daño ocasionado y la falta de consentimiento informado, mientras que un segundo criterio, considera la ausencia de ese consentimiento como un daño moral grave en sí mismo, sin necesidad de que se

materialice daño alguno. Si bien, es cierto que la aplicación de este último planteamiento suele ir acompañado de una falta o ausencia de mejoría en el paciente.

El peligro que asume María Luisa al portar prótesis de cocaína en ambos senos, alcanza claramente las notas de gravedad e inmediatez que exige la excepción para el consentimiento informado. Asimismo, el resultado que se deriva de la intervención es una clara mejoría para su salud. No existe derecho a una indemnización porque se considera que los argumentos anteriores son suficientes para entender que no hay vulneración del art. 15 de la CE.

La LOPJ no reconoce efectos para las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales (art. 11). Si en el caso de María Luisa se apreciase tal vulneración, las bolsas de cocaína extraídas de sus senos no tendrían validez probatoria. Las partes o el tribunal, de oficio, pueden plantear su inadmisibilidad (art. 287.1 de la LEC).

Cuestión IV

En el contexto de la cooperación jurídica internacional, la extradición permite que Brasil, en este caso, ponga a Sebastián a disposición del Estado español para su enjuiciamiento por los actos cometidos en España. A través del Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, ambos estados se obligan recíprocamente a la entrega de aquellos individuos sujetos a un proceso penal o condenados por uno de ellos (principio de reciprocidad). No obstante, la autorización de la extradición queda limitada por un mínimo penológico, al tener que estar los hechos que fundamentan la petición castigados, en ambos estados (principio de doble incriminación), con penas privativas de libertad superiores a un año (principio de legalidad). El tráfico ilegal de drogas está castigado con penas superiores a un año tanto en Brasil como en España y, aunque la petición de extradición también se fundamentaría en el delito de falsedad de documento público por particular, basta con que uno de los delitos cumpla el requisito penológico.

A su vez, Brasil no podrá negar la extradición por el principio *non bis in idem*, tampoco por las circunstancias excluyentes de responsabilidad que se reconocen en el Tratado (prescripción, amnistía o indulto), ni por el principio de exclusión de los delitos políticos y militares, ya que, atendiendo a los hechos descritos, no resulta de aplicación ninguno de ellos. Del mismo modo, por tener Sebastián nacionalidad colombiana, en ningún caso cabría aplicar el principio de no entrega de nacionales.

La conclusión última es que sí sería posible que el Estado español solicitase a Brasil la extradición de Sebastián, sin olvidar la importancia de los requisitos formales de la solicitud. Determinados defectos pueden provocar que se tenga por no solicitada la extradición o que esta quede denegada por la no subsanación de los mismos.

En el ámbito de la UE, la Decisión Macro del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea, va a sustituir, a partir del 1 de enero de 2004, toda la normativa aplicable en materia de extradición existente hasta ese momento en las relaciones entre Estados Miembros. De tal forma que, si Sebastián hubiese logrado huir a otro Estado Miembro, entraría en juego la ODE.

La ODE tiene por finalidad la detención y entrega por un Estado Miembro a otro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una condena. Pero, en su ámbito de aplicación, desaparece el principio de doble incriminación cuando las acciones que la fundamentan forman parte de la lista de delitos graves del art. 2.2 de la Decisión Macro y, de no ser así, se le da cumplimiento a través de controles mínimos por parte del Estado requerido. Por su parte, el principio de legalidad se materializa tanto en un mínimo penológico como punitivo. En este caso, tanto el delito de tráfico de drogas como el de falsedad documental son castigados en España (Estado emisor) con penas privativas de libertad con un duración máxima superior a doce meses. Desde el punto de vista de la autoridad judicial ejecutora, existen supuestos en los que la denegación de la ejecución es imperativa (delito cubierto por la **amnistía** en el estado miembro de ejecución, **non bis in idem** y el autor de delito no sea penalmente responsable por ser **menor de edad** con arreglo al Derecho de estado miembro de ejecución), y otros en los que adquiere carácter facultativo.

A pesar de existir un objetivo común cuando hablamos de extradición y ODE, también hay importantes rasgos diferenciadores. Por un lado, algunas diferencias de menor importancia están vinculadas al propio concepto y la nomenclatura empleada en cada figura. Mientras que hay falta de concreción para el concepto de extradición, la Decisión Macro proporciona una definición precisa de la Orden. Aunque en ambos casos los sujetos intervinientes son tres, empleamos términos diferentes según hablemos de extradición o de la ODE. Por otro lado, la naturaleza jurídica que presenta cada figura nos permite hablar de una auténtica institución jurídica en el caso de la extradición, frente a una mecanismo puramente judicial en la *euroorden*. Lo anterior, guarda cierta relación con el hecho de que en la ODE los órganos de emisión y ejecución son de naturaleza exclusivamente judicial, en cambio en la extradición son los propios estados los que reclaman o conceden la entrega. Estas dos últimas diferencias, permiten hablar de un proceso lento, burocrático y complejo de extradición, con intervención de órganos judiciales, políticos y administrativos; frente a un proceso mucho más ágil y sencillo en la *euroorden*.

Bibliografía

- ABASCAL JUNQUERA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): *Código Penal: comentario y jurisprudencia. Tomo II*, Comares, Granada, 2018.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C. *Derecho penal internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ARMENTEROS LEÓN, M., *Los delitos de falsedad documental: comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2011.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y otros en DEMETRIO CRESPO, E. y RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (coord.): *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Experiencia, Barcelona, 2010.
- BUENO ARÚS, F. y MIGUEL ZARAGOZA, Juan de., *Manual de Derecho Penal Internacional*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003.
- CAMPOMANES CALEZA, A. y otros en DEL MORAL GARCÍA, A. (dir.) y ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (coord.): *Código Penal: comentario y jurisprudencia. Tomo I*, Comares, Granada, 2018.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- CEZÓN GONZÁLEZ, C. *Derecho Extradicional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2011, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2011, pp. 25-35. Recuperado de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>.
- GALLEGO SOLER, J. I. en JOSHI JUBERT, U. (coord.), *Los delitos de tráfico de drogas II: un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Bosh, Barcelona, 1999.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*, Edisofer S.L., Libros jurídicos, Madrid, 2018.
- GÓMEZ CAMPELO, E. en JIMERO BLUNES, M. (coord.), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- GÓMEZ CAMPELO, E. *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*, Ed. Universidad, Burgos, 2005.
- JOSHI JUBERT, U. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosh, Barcelona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- OTTO, H. *Manual de derecho penal: teoría general del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2017.
- REY HUIDOBRO, L. F. *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- RUBIO TORRANO, E. Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012) en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2012, Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2012, pp. 53-59. Recuperado de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es>.
- SANTOS MARTÍNEZ, A. M. en BUJOSA VADELL, L.M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal para criminólogos*, Atelier, Barcelona, 2017.
- SEBASTIÁN MONTESINOS, M. A., *La extradición pasiva*, Ed. Comares, Granada 1997.

Anexo

1. Tabla de dosis mínimas psicoactivas

SUSTANCIA TOXICA	HEROINA	COCAINA	HASCHIS	LSD	MDMA	MORFINA
DOSIS MINIMA SICOACTIVA	0,66 mg ó 0,0066	50 mg ó 0,05 gr	10 mg ó 0,01 gr	20 mcg ó 0,00002 gr	20 mg ó 0,02 gr	2 mg ó 0,002 gr

