



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

**TRABALLO DE
FIN DE
GRAO**

Autora: Gemma Moreda Mariño

Titora: M^a del Carmen Garcimartín
Montero

GRAO EN DEREITO

ANO 2018-2019

Índice

| | |
|---|----|
| Antecedentes de feito | |
| I. Vía procesual | 4 |
| I.1. Xurisdición | 4 |
| I.2. Competencia | 4 |
| II. Cualificación penal dos actos levados a cabo polos intervinientes | 6 |
| II.1. Cualificación penal dos actos levados a cabo por María Luisa..... | 6 |
| II.1.1. O tipo básico do delito de tráfico de drogas..... | 6 |
| II.1.2. Elementos obxectivo, subxectivo e material do tipo..... | 9 |
| II.1.3. Graos de execución | 12 |
| II.1.4. Formas de participación | 13 |
| II.1.5. Atenuante de analóxica de colaboración..... | 15 |
| II.1.6. Conclusións | 18 |
| II.2. Cualificación penal dos actos levados a cabo pola Doutora Elvira Gómez..... | 19 |
| II.2.1. A posesión mediata e inmediata..... | 19 |
| II.2.2. A predeterminación ao tráfico..... | 21 |
| II.2.3. Circunstancias agravantes | 22 |
| II.2.4. Conclusións | 24 |
| II.3. Cualificación penal dos actos levados a cabo por Sebastián..... | 24 |
| II.3.1. A proba indiciaria..... | 25 |
| II.3.2. Conclusións | 26 |
| II.4. Cualificación penal dos actos levados a cabo por Alonso | 26 |
| II.4.1. Proba indiciaria da preordinación ao tráfico | 27 |
| II.4.2. Eximentes | 30 |
| II.4.3. Agravante de reincidencia..... | 32 |
| II.4.4. O subtipo atenuado do art.368.2 CP..... | 33 |
| II.4.5. Conclusións | 35 |
| III. A intervención cirúrxica realizada a María Luisa..... | 35 |
| III.1. A ausencia de vulneración do art.15 CE..... | 35 |
| III.2. O valor probatorio da cocaína..... | 38 |
| IV. O procedemento de extradición | 40 |
| IV.1. Dende Brasil | 41 |
| IV.2. Dende un país membro da UE | 45 |

Abreviaturas

| | |
|----------------------|---|
| <i>ATS</i> | Auto do Tribunal Supremo |
| <i>AP</i> | Audiencia Provincial |
| <i>CE</i> | Constitución Española |
| <i>CEDH</i> | Convenio Europeo de Dereitos Humanos |
| <i>CP</i> | Código Penal |
| <i>LAC</i> | Lei de axuizamento civil |
| <i>LACrim</i> | Lei de axuizamento criminal |
| <i>LOPX</i> | Lei Orgánica do Poder Xudicial |
| <i>LRUE</i> | Lei de recoñecemento de resolucións penais na Unión Europea |
| <i>SAP</i> | Sentenza da Audiencia Provincial |
| <i>STC</i> | Sentenza do Tribunal Constitucional |
| <i>STEDH</i> | Sentenza do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos |
| <i>STS</i> | Sentenza do Tribunal Supremo |
| <i>TC</i> | Tribunal Constitucional |
| <i>TEDH</i> | Tribunal Europeo de Dereitos Humanos |
| <i>TEEB</i> | Tratado de extradición entre o Reino de España e a República Federativa do Brasil |
| <i>TS</i> | Tribunal Supremo |
| <i>UE</i> | Unión Europea |

Antecedentes de feito

O día 15 de abril do ano 2018 chegou ao Aeroporto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, tras realizar o itinerario Bogotá-Madrid nun voo da compañía aérea IBERIA, María Luisa, maior de idade, de nacionalidade colombiana e sen antecedentes penais. Durante o control de pasaxeiros, o comportamento de María Luisa fixo sospeitar aos axentes da UDYCO, que se atopaban alí no marco dunha investigación sobre o aumento da cantidade de droga introducida en España a través de “mulas”. Estes inspeccionaron a maleta facturada, así como as pertenzas que María Luisa levaba consigo. A pesar de que o resultado da inspección foi negativo respecto ao porte dalgún tipo de droga, debido a versións contraditorias sobre os motivos da súa viaxe a España, realizouse un cacheo persoal. Foi durante este, cando os axentes observaron irregularidades e malformacións en ambos seos da muller e, tras realizar un exame radiolóxico, visualizouse a presenza de “algo estraño”. Nese momento, María Luisa comezou a poñerse nerviosa e acabou confesando aos axentes que levaba uns implantes con cocaína. Debido ao grave risco que isto supoñía para a súa saúde, foi trasladada de inmediato ao hospital público madrileño, Carlos III, onde foi internada e intervida cirurxicamente sen prestar este consentimento, verbal ou escrito. Unha funcionaria de policía que presenciou a operación analizou a sustancia extraída das próteses: unha das bolsas contiña 300 gramos de cocaína cun grao de pureza do 35%, mentres que a outra contiña 250 gramos de cocaína cun grao de pureza do 23%, resultando 105 e 57,5 gramos de cocaína base, respectivamente.

Tras ser detida, María Luisa decidiu colaborar e explicou aos axentes que, unha vez en territorio español, o seguinte paso era dirixirse á Clínica privada da Doutora Elvira Gómez, maior de idade, de nacionalidade española e sen antecedentes penais, cirurxía plástica de profesión e especialista na reconstrución de implantes mamarios. Elvira está, ademais, inscrita como Colexiada no Ilustre Colexio Oficial de Médicos de Madrid. Con esta información, os axentes da UDYCO deciden abrir unha investigación, onde se descubre o seguinte modus operandi: unha vez na clínica, as “mulas” eran intervidas cirurxicamente pola Doutora para extraer dos seos as bolsas onde se portaba a cocaína. Tras a operación, a droga gardábase nunha habitación, aparentemente inutilizada, da clínica.

Transcorridos entre dous e catro días, Sebastián, maior de idade, de nacionalidade colombiana e sen antecedentes penais, entra na clínica e dez minutos despois, aproximadamente, volve a saír. Súbese nun coche, propiedade de Alonso, maior de idade, de nacionalidade española e con antecedentes penais por ter sido condenado executivamente mediante sentenza firme na data 13/01/2016 como autor dun delito contra a saúde pública, quen espera no asento do piloto co coche en marcha. Tras circular durante dez minutos, o vehículo diríxese ás inmediacións do Parque do Oeste, onde fica estacionado sobre vinte minutos. Durante ese tempo, ambos baixan do coche en varias ocasións para levar a cabo o intercambio de bolsiñas que contiñan unha sustancia de cor branca, segundo narran os axentes, por determinadas cantidades de diñeiro.

O 5 de marzo os axentes de la UDYCO deciden intervir e deteñen a Elvira na clínica, onde se atoparon 10,657 quilos -10.657 gramos- de cocaína, así como, 6.000 euros en metálico e varias básculas de precisión. Do mesmo modo, Alonso foi detido no seu domicilio, onde os axentes atoparon dous envoltorios de cocaína cun peso de 1,385 gramos e unha riqueza de 74,52% e 0,569 gramos e unha riqueza de 89,93%, unha axenda de notas, recortes de plástico, unha báscula de precisión, tres botes que contiñan un total de 25 gramos de marihuana e, nunha mesa de cabeceira, restos de cocaína cun peso de 0,033 gramos e unha riqueza de 86,19%. Ademais, no momento da detención, algúns dos axentes falan cos veciños do detido que afirmaron que Alfonso “siempre iba puesto”. Pola súa parte, Sebastián logrou fuxir a Brasil tres días antes da intervención dos axentes, empregando un pasaporte falso.

I. Vía procesual

Neste epígrafe dispoñémonos a tratar as cuestións procesuais referidas á determinación da xurisdición e da competencia respecto dos feitos que nos presenta este suposto.

I.1. Xurisdición

En primeiro lugar, o art.9.1 da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, *do Poder Xudicial* (en adiante, LOPX), dispón que os Xulgados e Tribunais exercerán a súa *xurisdición* exclusivamente naqueles casos nos que lles veña atribuída por esta ou outra Lei. O coñecemento das causas e xuízos criminais corres pódelle aos Tribunais e Xulgados da orde penal, de acordo co art.9.3 LOPX e co art.10 do Real Decreto de 14 de setembro de 1882, *polo que se aproba a Lei de Axuizamento Criminal* (en adiante, LACrim). A xurisdición é, ademais, improrrogable (art.9.6 LOPX e 8 LACrim), é dicir, que as partes non poden dispoñer desta mediante acordo en ningunha das súas manifestacións obxectivas, funcionais ou territoriais.

Para saber que concretas causas coñecerán os tribunais españois da orde penal, acudiremos ao art.23.1 LOPX, que establece a extensión e os límites da xurisdición española en materia penal, atribuíndolle a esta o coñecemento das causas polos delitos e faltas cometidos en territorio español ou cometidos a bordo de buques ou aeronaves españolas, sen prexuízo do previsto nos tratados internacionais nos que España sexa parte. Consólidase así un criterio de territorialidade que condiciona a extensión da xurisdición española ao lugar de comisión do delito. O art.23 LOPX prevé, ademais, outros foros subsidiarios que permiten á xurisdición española coñecer de delitos cometidos fóra do territorio español, en función de criterios como a nacionalidade ou o ben xurídico protexido, aos que se refiren respectivamente os apartados 2 e 3 do mencionado artigo. Debemos reparar especialmente no foro previsto no art.23.4 LOPX, que recoñece o principio de xurisdición universal respecto de certos delitos, é dicir, permite o seu coñecemento independentemente do lugar no que se cometera, e entre os cales se atopa, no apartado i), o delito de tráfico de drogas¹. Nos casos nos que resulta de aplicación, o órgano obxectivamente competente será *ratione materiae* a Audiencia Nacional (ou, no seu caso, os Xulgados Centrais do Penal), de acordo co disposto no art.65. 1º e) LOPX. A pesar disto, non é necesario no noso caso acudir a este precepto para determinar que o coñecemento deste asunto corresponde á xurisdición española, atribuíndose mediante a aplicación do art.23.1 LOPX, por cometerse os feitos a tratar en territorio español, con independencia de que dous dos intervenientes non contaran coa nacionalidade española. Tampouco supoñerá un problema para atribuír este delito á xurisdición española a nacionalidade da bandeira² da aeronave, a cal non coñecemos, pero que, en todo caso, será irrelevante para determinar o axuizamento dos feitos, tendo en conta ademais que, no momento da súa detención, María Luisa atopábase no aeroporto, e, polo tanto, en territorio español³.

I.2. Competencia

Agora que sabemos que o coñecemento deste asunto se encontra sometido á xurisdición española, cómpre determinar que concreto órgano será competente. Para isto, estudiaremos a

¹ Este precepto da cumprimento aos compromisos asumidos nesta materia por España a través de textos internacionais como a *Convención Única sobre estupefacientes de Nova York*, de 30 de marzo de 1961 (art.36), o *Convenio de Viena sobre substancias psicotropas*, de 21 de febreiro de 1971 (art.22) e o *Convenio de Nacións Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes e substancias psicotropas*, de 20 de decembro de 1988 (art.3).

² STS de 2 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:532): “La bandera de la aeronave, tal y como se describen los hechos probados, es absolutamente irrelevante a los efectos de definir la jurisdicción y la competencia para el enjuiciamiento de los hechos”.

³ STS de 17 de abril de 1999 (ECLI: ES:TS:2000:3286)

competencia dende as súas tres vertentes, é dicir, a competencia obxectiva, funcional e territorial.

Comezando pola *competencia obxectiva*, defínese como aquela que determina a que órgano, dentro dos que integran á orde penal, se lle atribúe o coñecemento en primeira ou única instancia. No noso suposto, o tipo de órgano obxectivamente competente para coñecer dos feitos plasmados nos antecedentes é a Audiencia Provincial. Os arts.14.4 LACrim e 82.1 1º LOPX outorgan a este órgano unha competencia residual, e, dado que en virtude do art.14.3 LACrim, os Xulgados do Penal só coñecerán daqueles delitos cunha pena privativa de liberdade non superior a cinco anos, deducimos que o axuizamento destes feitos corresponderá á Audiencia por ser constitutivos dun delito de tráfico de drogas, para o que se prevén penas privativas de liberdade de ata 6 anos de duración. Cabe mencionar que, en relación co delito de tráfico de drogas, previuse unha competencia *ratione materiae* a favor da Audiencia Nacional no art.65.1 d) LOPX, segundo o cal, para que este órgano coñeza do axuizamento dos delitos de tráfico de drogas ou estupefacientes son necesarios dous requisitos: que sexan cometidos por bandas ou grupos organizados e que se produzan efectos en lugares pertencentes a distintas Audiencias. Tendo isto en conta, e, sen entrar a analizar a posible concorrencia de banda ou grupo armado organizado, podemos determinar que non cabe aplicar este precepto ao noso caso, por non cumprirse o segundo requisito ao limitarse os efectos dos delitos unicamente ao territorio pertencente á Audiencia Provincial de Madrid, lugar onde nos indica o suposto que se produciron todos os feitos. Cómpre precisar que valoración dos feitos que estamos a realizar ten un carácter meramente indiciario, dado que non existe unha forma de concretar antes da celebración do xuízo se estamos ante un grupo organizado⁴, reparando, ademais, en que deben interpretarse restritivamente as normas de atribución competencial a favor da Audiencia Nacional⁵.

En segundo lugar, a *competencia funcional* permítenos determinar que órgano deberá coñecer dun asunto nas distintas fases do proceso penal. En primeiro lugar, a instrución, de acordo co previsto nos arts.14.2 LACrim e 87.1 a) LOPX, corresponderá aos Xulgados de Instrución do lugar onde o delito se cometera, ao ter atribuída a instrución de aquelas causas cuxo axuizamento corresponda, ademais de aos Xulgados do Penal, ás Audiencias Provinciais, que, como xa vimos, é o órgano obxectivamente competente no noso caso. En canto aos recursos, o órgano competente para coñecer dos recursos de apelación é o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Autónoma onde se cometera o delito, de acordo co disposto no art.846 bis a) LACrim, e o órgano competente para coñecer dos recursos de casación será a Sala Segunda do Tribunal Supremo, segundo o art.847.1 a) LACrim e 57.1 1º LOPX.

En terceiro lugar, referirémonos a *competencia territorial*, que determinará o órgano competente en función do ámbito territorial onde exerce a súa xurisdición. O art.14 LACrim establece como foro determinante e preferente da competencia territorial o *forum delicti commissi*, é dicir, o lugar onde o delito se cometera. Este criterio xeral presenta algúns problemas en canto a determinación do lugar de comisión en relación con determinados delitos, entre os que se atopa o delito de tráfico de drogas, por caracterizarse como un delito de perigo abstracto para o que non é necesaria a produción dun resultado. Isto levou á creación dunha teoría doutrinal coñecida como o principio de ubicuidade, recollida no *Acordo de Pleno Xurisdicional do 3 de febreiro de 2005*, que dispón que o delito cométese en todas as xurisdicións nas que se realizará algún elemento do tipo, polo que, en consecuencia, o Xuíz de calquera delas que primeiro iniciara as actuacións procesuais, será en principio competente

⁴ STS de 30 de outubro de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4120), STS de 29 de maio de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:4488)

⁵ ATS de 3 de abril de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:9558)

para a instrución da causa⁶. Porén, non fai falla aplicar este principio no noso suposto para determinar a competencia territorial, dado que todos os elementos do tipo concorreron dentro do mesmo partido xudicial, é dicir, de Madrid. Por último, prevense no art.15 LACrim, uns foros subsidiarios, contidos nos apartados 1º (lugar onde se descubriron as probas materiais do delito) e 2º (lugar onde o presunto reo foi aprehendido), que tamén nos permitirían determinar que os órganos competentes territorialmente para coñecer deste asunto os deste partido xudicial.

Para acabar, faremos unha breve mención á conexidade, que permite que a acumulación nun mesmo procedemento de aqueles feitos que teñan algunha relación entre si, ben de carácter obxectivo ou subxectivo, baseándose en criterios de economía procesual e evitación de sentenzas contraditorias. Así o prevé o art.17.1 LACrim ao permitir que os delitos conexos sexan investigados e axuizados nunha mesma causa cando a investigación e a proba en conxunto dos feitos resulten convenientes para o seu esclarecemento e para a determinación das responsabilidades procedentes, salvo que supoña unha excesiva complexidade ou dilación para o proceso. No noso suposto, aínda que non podemos determinar que existira concerto para a comisión de todos os feitos delitivos, existe unha clara relación entre eles que, apoiándose ademais en que a súa investigación se levou a cabo de forma conxunta, recomenda a súa investigación e axuizamento nunha única causa.

En conclusión, será competente para levar a cabo a instrución destes feitos o Xulgado de Instrución de Madrid que corresponda de acordo coas normas de reparto, será axuizado pola Audiencia Provincial de Madrid, poderase recorrer en apelación ante o Tribunal Superior de Xustiza da Comunidade Autónoma de Madrid e poderase acudir en casación ante o Tribunal Supremo.

II. Cualificación penal dos actos levados a cabo polos intervenientes

II.1. Cualificación penal dos actos levados a cabo por María Luisa

Nunha primeira aproximación, podemos observar que a conduta atribuída a María Luisa nos antecedentes de feito semella constitutiva dun delito de tráfico de drogas na súa modalidade básica, regulada no art.368.1 CP⁷. Antes de entrar a determinar cales dos actos levados a cabo por María Luisa se subsumen na pluralidade de condutas reguladas neste precepto, debemos realizar unha análise do ben xurídico protexido, así como da natureza deste tipo, dado que serán estes elementos os que dean lugar á particular configuración deste tipo delitivo.

II.1.1. O tipo básico do delito de tráfico de drogas

A situación dos preceptos relativos ao tráfico de drogas no Capítulo III “*Dos delitos contra a saúde pública*”, que, a súa vez encóntrase no Título XVII “*Dos delitos contra a saúde colectiva*”, móstranos que o lexislador configurou a saúde pública como unha sección dentro

⁶ STS de 9 de xuño de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:2930): “*El delito de tráfico de drogas se comete en cualquier lugar donde se verifica parte de la acción que implica la operación proyectada. La solución correcta estaría en la idea de que siendo un delito de ejecución permanente, que se está en todo momento cometiendo, desde que cualquier sujeto proyecta una actividad sobre la droga finalísticamente dirigida a uno de los objetivos que el art. 368 CP enumera, el delito se comete*”.

⁷ *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.*

da seguridade colectiva, a cal se pode definir como o conxunto de condicións positivas e negativas que garanten e fomentan a saúde dos cidadáns⁸. Da mesma forma define este concepto a STS de 22 de xuño de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:5388), ao dispoñer que a saúde pública non se pode “*equiparar meramente a la "suma de las saludes individuales" sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad*”.

O artigo 43 da Constitución Española (en adiante, CE) reconece o dereito a protección da saúde e obriga aos poderes públicos a establecer medidas preventivas e a fomentar a educación sanitaria, proclamando o principio de intervención mínima como inspirador da protección do dereito á saúde. Baseándose no mencionado principio de intervención mínima, así como no de subsidiariedade, JOSHI HUBERT⁹ proporciona un concepto de saúde pública no que para que o tipo se entenda realizado, é dicir, para que un determinado acto se considere susceptible de poñer en perigo o ben xurídico protexido, é necesario que a lesión da saúde pública teña unha entidade penalmente relevante, o que ocorrerá cando afecte a aqueles bens de carácter individual vinculados ao concepto mesmo de persoa, a súa dignidade e a posibilidade do seu desenvolvemento en liberdade. A saúde pública, entendida como a presenza dun nivel de saúde óptimo nunha sociedade concreta, só pode afirmarse cando a maioría dos seus individuos gocen da saúde necesaria para dispoñer de si mesmos. Esta vinculación entre ambos conceptos implica que unha conduta que atente contra a saúde pública deberá implicar, polo menos de forma mediata e indirecta, unha lesión na saúde individual. Esta conceptualización da saúde pública tamén se encontra recollida xurisprudencialmente na STS de 10 de maio de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:3127)¹⁰.

A finalidade¹¹ do legislador ao configurar a saúde pública como un ben xurídico protexido non é protexer a saúde individual das persoas, senón protexer as condicións de saúde que resultan necesarias para unha axeitada convivencia social¹², que son as que resultan afectadas pola difusión dunha práctica, como é o consumo de drogas tóxicas, estupefacientes e substancias psicotropas, perigosa para a comunidade polo deterioro que pode causar na poboación.

Como vimos, a xurisprudencia determina que a mera potencialidade de afectación do ben xurídico protexido é o que configura o tipo, polo que, en consecuencia, o delito de tráfico de drogas caracterízase como un *delito de perigo abstracto*. Así o afirma a STS de 15 de marzo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:1609)¹³. Os delitos de perigo abstracto consúmanse mediante a

⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., 2012. *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*. Barcelona: Bosh, p.10.

⁹ JOSHI HUBERT, U., 1999. *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art.368 CP*. Barcelona, Bosh, pp.35 e ss.

¹⁰ *Si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla”.*

¹¹ STS de 15 de marzo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:1609), STS de 15 de marzo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:1626) e a STS de 7 novembro de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6801): *En el caso del tipo del art. 368 CP el objeto de protección mencionado por el legislador 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 población”.*

¹² STS de 4 de outubro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6673)

¹³ *“La jurisprudencia ha caracterizado el delito del art. 368 CP como un delito de peligro abstracto. Los delitos de peligro abstracto, a su vez, han sido definidos en la doctrina como aquellos cuyo fundamento de punibilidad*

posta en perigo do ben xurídico, polo que cabe concluír que, en sentido contrario, non serán típicas aquelas condutas que, polas súas particulares circunstancias, sexan incapaces de afectar ao ben xurídico protexido. Desta forma, a STS de 4 de xullo de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:4708) recoñece o chamado *principio de insignificancia*, que resultará de aplicación “*cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo*”. Este requisito, referido á entidade cualitativa ou cuantitativa suficiente para entender que as substancias obxecto de tráfico producen un risco para o ben xurídico protexido, e polo tanto, sexan susceptibles de incluírse no tipo delitivo, conta cun amplo recoñecemento xurisprudencial¹⁴. Mediante a aplicación do principio de insignificancia inténtase evitar unha desmesurada ampliación do tipo sobre aquelas condutas que, a pesar de coincidir coas tipificadas no art.368 CP, non implican unha futura lesión do ben xurídico protexido por ser totalmente inadecuadas para lesionar ou poñer en perigo, aínda de forma potencial, a saúde pública¹⁵. A pesar da existencia de mecanismos que permiten a exclusión de determinadas condutas, coma o principio de insignificancia, o tipo delitivo de tráfico ilegal de drogas continúa posuíndo unha gran amplitude debido a como se concibe a súa natureza.

O delito de tráfico de drogas configúrase coma un *delito de perigo abstracto, resultado cortado e consumación anticipada*¹⁶, dado que sanciona aquelas condutas que poderían ocasionar, nun futuro, un risco para a saúde pública¹⁷. A sanción de condutas capaces de crear un risco non permitido para o ben xurídico protexido da lugar a un adiantamento das barreiras de protección. A acción debe ser susceptible de cerar un risco probable de lesión do ben xurídico, razón pola cal se exclúen aquelas condutas inadecuadas para isto. Pola súa parte, o resultado cortado implica que non é necesaria a produción dun resultado lesivo nin dun perigo concreto, é dicir, non se precisa o esgotamento do delito¹⁸. O delito enténdese consumado cando se dan todos os elementos do tipo.

A *consumación anticipada* maniféstase nos delitos de tráfico de drogas mediante a inclusión no conxunto de condutas que consuman o tipo da mera tenencia de substancias prohibidas legalmente, sempre que esta tendencia teña por finalidade o tráfico coas mesmas¹⁹. A

es la peligrosidad general, independientemente del caso concreto, por lo que no se requiere que el bien objeto de protección haya corrido un peligro real”. Neste mesmo sentido pronúnciase a STS de 7 novembro de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6801).

¹⁴ STS de 15 de marzo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:1609): “*La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha superado las discrepancias que existieron en relación con la caracterización de la peligrosidad de la acción, afirmando que todo acto de tráfico con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido*”. STS de 10 de maio de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:3127): “*De modo que cuando la sustancia con la que se trafique sea de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario o adquirente de la sustancia no existirá agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas*”.

¹⁵ Aos límites de aplicación deste delito refírese a STS de 31 de outubro de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7278), ao dispoñer que “*El objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 "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*”.

¹⁶ A denominación de consumación anticipada é rexeitada pola xurisprudencia actual dado que, para a súa consumación, igual que para a do resto de delitos do Código Penal, é necesario que se produzan todos os elementos do tipo obxectivo. Con consumación anticipada adoitase aludir a que a punibilidade non require a lesión real do obxecto de protección. Así se pronuncia a STS de 5 de xullo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:5063).

¹⁷ MOLINA MANSILLA, M.^a. C., 2008. *El delito de narcotráfico*. Barcelona: Bosh, p.44.

¹⁸ STS de 14 de xaneiro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:41).

¹⁹ Neste sentido pronúnciase de novo a STS de 14 de xaneiro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:41), dispoñendo que “*Aunque la venta sea un acto de tráfico, y por lo tanto típico, la tenencia inmediatamente anterior, en cuanto se*

determinación de que a posesión está predeterminada ao tráfico resulta complicada de demostrar mediante a proba directa na medida que se intenta proba unha intención, é dicir, un elemento interno da mente do suxeito, polo que é habitual que a proba desta predeterminación se realice mediante indicios, tales como a cantidade e a natureza da substancia ou a posesión de obxectos habitualmente utilizados en actos de tráfico.

A mencionada pluralidade de condutas que integran o tipo deste delito ten como consecuencia que se atope configurado como de *tracto sucesivo*. Ao configurar o delito de tráfico de drogas, art.368 CP fai referencia a “actos”, en plural, de cultivo, elaboración ou tráfico, polo que, a realización de varios destes actos non implica unha pluralidade de delitos. A pesar disto, a realización dunha pluralidade de actos terase en conta á hora de determinar a gravidade da conduta e impoñer a pena. Para que se podan apreciar varios delitos diferenciados de tráfico de drogas será necesario que se produza unha detención, momento a partir do cal se produce a ruptura da continuidade dende o punto de vista xurídico²⁰.

Por último, cabe mencionar que o *adiantamento das barreiras de protección* producido por tratarse dun delito de perigo abstracto, cuxo tipo se considera realizado na medida na que exista un risco para o ben xurídico protexido, da lugar, por un lado, á utilización dun concepto extensivo de autor, que produce unha confusión entre os tipos de autoría e participación, facendo moi complicada a apreciación de formas de intervención no delito distintas da autoría, e, por outro lado, provoca que se consideren como delitos consumados o que habitualmente son formas imperfectas de participación ou meros actos preparatorios.

II.1.2. Elementos obxectivo, subxectivo e material do tipo

Centrándonos agora no suposto que nos ocupa, cómpre recordar os feitos que o relato fáctico lle atribúe a María Luisa. María Luisa chega ao Aeroporto Adolfo Suárez Madrid-Barajas nun voo procedente de Bogotá, e, tras someterse de forma voluntaria a un cacheo e a unha posterior radiografía, María Luisa confesou aos axentes da UDYCO que levaba uns implantes con cocaína. Estes fóronlle extraídos, contendo uns 105 e 57,5 gramos de cocaína base.

II.1.2.1. Acto de transporte

Esta conduta subsúmese nos actos tipificados no art.368 CP, na medida en que consiste nun *acto de transporte* dunha das substancias que constitúe o obxecto material do delito. O tipo obxectivo deste delito consiste en promover, favorecer ou facilitar o consumo ilegal de substancias que constitúen o seu obxecto material o cal se pode realizar mediante actos de cultivo, elaboración ou tráfico, así como de calquera outro modo. Segundo ACALE SÁNCHEZ²¹, a referencia aos actos de cultivo, elaboración ou tráfico é exemplificativa, dado que o que pretende o lexislador é tipificar todos os actos que formen parte do ciclo da droga, que se inicia co cultivo e finaliza coa difusión destas substancias. Pola súa parte, a expresión “outro modo” permite a inclusión dentro do tipo de todas aquelas condutas que poidan promover, favorecer ou facilitar o consumo ilegal. Esta última previsión outorga ao tipo unha gran amplitude que da cabida a penalizar calquera tipo de comportamento que forme parte do ciclo da droga, pero ao mesmo tempo esvaece os límites entre a autoría e a participación.

caracteriza por la disposición al tráfico, también lo es. Por lo tanto, el riesgo para la salud pública o, desde otra perspectiva, el incumplimiento de la norma se produce ya con la tenencia anterior a la venta y se prolonga con la efectiva ejecución de ésta”.

²⁰ STS de 19 de outubro de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4558).

²¹ ACALE SÁNCHEZ, M., 2002. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.32.

Algúns autores consideran que non existe unha definición exacta e acabada da conduta punible, o que é contrario á taxatividade á que obriga o principio de legalidade²².

No suposto que nos ocupa, estamos ante un acto de transporte que, aínda que non se atopa expresamente previsto na redacción do art.368 CP, encóntrase incluído dentro do tipo de tráfico de drogas na medida de que é unha conduta dirixida a promover, favorecer ou facilitar o consumo de drogas tóxicas. Dependendo do autor e do concepto de tráfico que utilice, os actos de transporte incardináranse dentro do propio tráfico ou ben dentro dos “outros modos” de promover, favorecer ou facilitar o consumo destas substancias. Algúns autores como ACALE SÁNCHEZ²³ conciben o tráfico en sentido estrito, polo que para entender que se está producindo un acto de tráfico requírese a presenza de dous suxeitos, o que entrega a droga e o que entrega algo a cambio desta que substitúa o seu valor económico, polo que o *ánimo de lucro* resultaría inherente ao tráfico. Usando este concepto de tráfico, os actos de transporte non se encontrarían incluídos no mesmo, resultando a súa tipificación da consideración do transporte como outros modos de promover, favorecer ou facilitar o consumo alleo. A pesar disto, normalmente acódeuse a unha interpretación extensiva do tráfico que excede do significado mercantil do mesmo, e que, polo tanto, exclúe a necesidade de ánimo de lucro, considerando tráfico calquera actividade susceptible de trasladar o dominio ou a posesión dunha cousa²⁴. Na mesma liña se move a xurisprudencia²⁵, que considera que non se pode aplicar o concepto mercantil de tráfico en Dereito Penal e utiliza un concepto máis amplo, que inclúe a expansión ou difusión do obxecto do delito por calquera medio, entre os que se encontra previsto o interior do propio corpo. En conclusión, non cabe dúbida de que independentemente de que os actos de transporte²⁶ se integren dentro do concepto de tráfico ou das outras condutas que favorezan o consumo ilegal, está claro que forma parte do tipo obxectivo e que, polo tanto, María Luisa realiza unha das accións tipificadas no art.368 CP.

II.1.2.2. A concorrencia de dolo

Unha vez determinado que os feitos son subsumibles no tipo obxectivo do art.368.1 CP, debemos referirnos brevemente ao presuposto subxectivo, é dicir, a que a acción se realice con propósito de traficar. Para cumprir este requisito, exíxese o coñecemento e a vontade de que cos actos que se levan a cabo se difunde a droga e de que se está tratando con substancias tóxicas, estupefacientes ou psicótropas²⁷. Nos casos referidos ao transporte de substancias, a alegación de descoñecemento da natureza da substancia que se transporta sitúanos ante un erro de tipo previsto no art.14.1 CP, é dicir, un erro sobre un elemento esencial da conduta. A acreditación deste erro implicaría a impunidade da conduta por falta do dolo requirido. Neste suposto, é a propia María Luisa quen confesa que porta uns implantes mamarios con cocaína, polo que o dolo da súa conduta é innegable, dado que era plenamente consciente de que portaba unha substancia tóxica, estupefaciente ou psicótropa.

²² FRIEYRO ELÍCEGUI, S., 2017. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.46.

²³ ACALE SÁNCHEZ, M. *ob. cit.*, pp. 44-46.

²⁴ REY HUIDOBRO, L.F., 1999. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Barcelona: Tirant lo Blanch, pp.53-54.

²⁵ SAP de Zaragoza de 26 de novembro de 2004 (ECLI: ES:APZ:2004:2979) e SAP de Madrid de 7 de febreiro de 2008 (ECLI: ES:APM:2008:1312).

²⁶ SAP de Madrid de 8 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:1731): “*La doctrina jurisprudencial ha venido considerando de forma pacífica el transporte de drogas como la actividad más próxima a la idea de tráfico y como una conducta típica (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, de 28 de septiembre de 1987, 20 de septiembre de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 3 de diciembre de 1998)*”.

²⁷ JOSHI JUBERT, U. *ob. cit.*, pp. 135-138.

II.1.2.3. O obxecto material: a cocaína

Isto lévanos a referirnos á cocaína como obxecto material do delito por tratarse dunha droga tóxica, estupefaciente ou substancia psicótropa²⁸. Dende un punto de vista biolóxico, denomínanse drogas aquelas substancias que ao actuar sobre o organismo provocan un desexo de ser ulteriormente consumidas, de tal maneira que adoitan aumentar a tolerancia ás mesmas e se establece unha dependencia ao seu uso continuado²⁹. O termo drogas tóxicas non é máis que un concepto xenérico que inclúe, por un lado, aos estupefacientes, que son todos aqueles compostos que posúen unha acción nociva para o sistema nervioso e crean hábito e sensación de dependencia, e, por outro lado, aos psicótropos, que actúan sobre o sistema nervioso central alterando a capacidade sensorial, o comportamento e o estado de ánimo.

O art.368.1 CP non dispón dunha enumeración destas substancias, polo que, mentres que algúns autores consideran este artigo unha norma completa, outros opinan que estamos ante unha norma penal en branco, dado que a determinación do concepto legal de droga tóxica implica unha remisión a unha normativa extrapenal internacional, que, ao estar ratificada por España, pasou a integrar o ordenamento xurídico en virtude do art.96.1 CE. A xurisprudencia do Tribunal Supremo toma unha posición intermedia, dado que, si ben non considera que esteamos ante unha norma penal en branco, admite que as listas anexas as mencionadas normas internacionais constitúen un elemento auxiliar na labor interpretativa³⁰. Estas normas son a *Convención Única sobre estupefacientes de Nova York*, de 30 de marzo de 1961, o *Convenio de Viena sobre substancias psicótropas*, de 21 de febreiro de 1971, o *Protocolo de Xenebra* de 1972, o *Convenio de Nacións Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substancias psicótropas*, de 20 de decembro de 1988 e a *Decisión Marco 2004/757/JAI do Consello* de 25 de outubro de 2004 *relativa ao establecemento de disposicións mínimas dos elementos constitutivos de delitos e as penas aplicables no ámbito do tráfico ilícito de drogas*. A cocaína atópase cualificada como substancia estupefaciente ao incluírse nos listados I, II e IV da *Convención Única sobre estupefacientes de Nova York*, de 30 de marzo de 1961³¹.

Unha vez determinado que a cocaína ten a consideración de droga tóxica, e dentro destas, de substancia estupefaciente, cabe facer referencia á distinción operada polo art.368.1 CP entre as substancias que causan grave dano á saúde e as que non. A cualificación nun ou noutro grupo, que dependerá da incidencia no ben xurídico protexido, dará lugar a distintas consecuencias penolóxicas. O CP non define o concepto de grave dano á saúde, pero é doutrina reiterada que se consideran drogas que causan grave dano á saúde aquelas nas que concorren os catro criterios que os protocolos internacionais empregan para tal definición: por ser en si lesiva para a saúde, polo nivel de dependencia que crea no consumidor, polo número de falecementos que provoca a súa intoxicación e polo grao de intolerancia³². No que á cocaína respecta, esta foi

²⁸ SAP de Madrid de 8 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:1731): “*La doctrina jurisprudencial ha venido considerando de forma pacífica (...) a la cocaína como sustancia estupefaciente que causa un grave daño a la salud de quienes la consumen, con graves consecuencias físicas y psíquicas para los mismos (sentencias de la misma Sala de 28 de septiembre de 1988, 10 de octubre de 1988 y 19 de julio de 1993), incluida como tal en la Lista I del Convenio Único de Estupefacientes de la ONU de 1961*”.

²⁹ MARTÍNEZ PARDO, V. J., 2013. *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*. Madrid: Edisofer S. L., p.20. GRANADOS PÉREZ, C., 2007. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de Drogas*. Madrid: La Ley, p.29.

³⁰ STS de 26 de abril de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3090).

³¹ A Circular 1/1984 da Fiscalía Xeral do Estado establece que se considerarán substancias estupefacientes unicamente aquelas incluídas nos listados I, II e IV da Convención Única sobre estupefacientes de Nova York, de 30 de marzo de 1961. A xurisprudencia engadiu ademais aquelas que adquiran tal consideración no ámbito internacional e as que se declaren expresamente como tales no ámbito de España, segundo o art.3 do Convenio e o art.2 da Lei de 8 de abril de 1997. MOLINA MANSILLA, M.^a C. *ob. cit.*, p.55.

³² MARTÍNEZ PARDO, V. J. *ob. cit.*, p. 22. GRANADOS PÉREZ, C, *ob. cit.*, p.31.

sempre considerada pola xurisprudencia como unha substancia que causa grave dano á saúde³³, o cal aparece reflectido nos Acordos do Pleno da Sala II do Tribunal Supremo.

En conclusión, non cabe dúbida de que os feitos que o relato fáctico atribúe a María Luisa son constitutivos dun delito contra a saúde pública de substancia que causa grave dano a saúde do art.368 CP, dado que, no que se refire á realización da conduta típica, demostrouse a concurrencia tanto do tipo obxectivo, como do elemento subxectivo da mesma, e en canto ao obxecto material da conduta, a cocaína é unha das substancias incluídas nos mencionados Convenios internacionais aos que o lexislador se remite.

II.1.3. Graos de execución

Agora que sabemos que a conduta de María Luisa se incardina dentro das tipificadas no art.368 CP, convén determinar se á mesma implica a consumación do delito ou se pola contra, a confesión dos seus actos ante as autoridades do aeroporto dan lugar a unha forma imperfecta de execución.

Para analizar a consumación do delito de tráfico de drogas debemos remitirnos ao expresado sobre a súa natureza. Recordemos que o delito de tráfico de drogas caracterízase pola xurisprudencia coma un delito de perigo abstracto, resultado cortado e consumación anticipada. Ao ser un delito de resultado cortado, non necesitamos da produción de ningún resultado lesivo sobre o ben xurídico protexido para que o delito se entenda consumado, só é necesario que se dean todos os elementos do tipo, e, como estamos ante un delito de perigo abstracto, o tipo consiste realización de actos capaces de crear un risco para o ben xurídico protexido. En conclusión, ao encontrarnos ante un delito de mera actividade e non de resultado, a consumación prodúcese dende o momento no que a actividade dos imputados xera ese risco suficiente sancionado pola norma³⁴. Ademais da súa natureza, a amplitude de condutas tipificadas no art.368 CP dificulta a apreciación dunha forma imperfecta de execución. No que se refire ao primeiro grupo de accións tipificado, é moi difícil concibir algunha que non se poida entender destinada a promover, facilitar ou favorecer o consumo de substancias tóxicas, e, no que respecta á posesión, esta consumará o delito cando estea destinada á difusión destas substancias. Con respecto á posesión, o Tribunal Supremo admitiu tamén a posesión mediata como consumatoria do delito, determinando que non se necesita dunha detención material da droga para que o delito se entenda consumado, dado que a mera dispoñibilidade perfecciona.

Resulta moi complicado apreciar a tentativa no delito de tráfico de drogas, que quedará reservada a supostos moi concretos como son aqueles de envío de droga dende o estranxeiro, nos que o encargado de recoller a droga por mandato dun terceiro non chegara a ter dispoñibilidade, nin sequera potencial, sobre a droga, e que non participara nunha operación previa de envío de droga nin apareza como destinatario, sendo alleo ao plan do autor e cunha participación limitada³⁵. No noso caso, encontrámonos tamén ante un caso de envío de droga

³³ Sobre os graves efectos da cocaína na saúde pronunciase a SAP de Madrid de 18 de xaneiro de 2008 (ES:APM:2008:2822) “*La cocaína es una sustancia gravemente perjudicial para la salud por sus efectos generales en el sistema nervioso central, sobre el que ejerce una función difásica, excitante primero y paralizante después, aparte de los enormes riesgos derivados de los cuadros tóxicos agudos que pueden llevar hasta la muerte. Como tal está incurso en las listas I y IV de la Convención única de 30 de marzo de 1961, ratificada por España mediante Instrumento de 3 de febrero de 1966, Convención enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, ratificado por España el 4 de enero de 1977. Finalmente pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el B.O.E., conforme dispone el art. 1 núm. 5 del Título Preliminar del Código Civil, y el art. 96 núm. 1 de la Constitución*”.

³⁴ MARTÍNEZ PARDO, V. J. *ob. cit.*, p.84.

³⁵ MOLINA MANSILLA, M.^a. C. *ob. cit.*, pp.122-126

dende o estranxeiro, só que coa diferenza de que aquí existe unha portadora da droga, María Luisa, e, como portadora, tivo a dispoñibilidade da droga, o que xa fai imposible a apreciar a súa conduta como tentativa. Ademais, cabe recordar que María Luisa debía dirixirse, unha vez pasado o control do aeroporto, á clínica da Doutora Elvira para que lle foran extraídos os implantes nos que se portaba a substancia estupefaciente, polo que é obvio que María Luisa coñecía e participaba nun plan preconcebido cun nivel de participación indispensable. Nestes supostos de transporte de droga, a xurisprudencia³⁶ admite a existencia de favorecemento ao tráfico, e, por tanto, da consumición do delito, dende o momento no que se poñen en marcha os mecanismos de transporte, existindo un acordo previo para o envío e a entrega da droga³⁷.

Resumindo, a conduta levada a cabo por María Luisa consuma o delito dado que tivo a dispoñibilidade da droga mediante a súa posesión, tras iniciarse os mecanismos de transporte de droga, no marco da execución dun plan previamente concibido que tiña como obxectivo a difusión destas substancias. En canto a Doutora Elvira, a outra parte do plan e destinataria deste envío, debemos ter en conta que o envío material fai responsables a todos os intervenientes no acordo previo en grao de consumación, pois a droga considérase posta a disposición do destinatario final³⁸, polo que o delito tamén se consumaría para ela, pero aos actos levados a cabo pola Doutora Elvira referirémonos máis tarde no seu respectivo apartado.

II.1.4. Formas de participación

Determinado que as accións atribuídas a María Luisa consuman un delito de tráfico de drogas do art.368 CP, debemos incardinalas nalgunha das distintas formas de participación recollidas no Código Penal. Para isto, cómpre ter en conta as particularidades que en relación coas formas de participación presenta o delito de tráfico de drogas, debido á previsión por parte do lexislador dun concepto extensivo de autor³⁹. A xurisprudencia considera que o lexislador prevé no art.368 CP un concepto extensivo de autor a través da amplitude de termos utilizada para definir a conduta típica⁴⁰, dado que, a redacción do propio precepto contempla como autoría actos de colaboración mediante a inclusión no ilícito dos verbos “favorecer ou facilitar” o consumo ilegal. Polo tanto, para apreciar formas de participación distintas á autoría será necesario que a conduta do interveniente non poida incluírse nas tipificadas como delito polo art.368 CP, de forma que non participe na fase executiva do delito e non posúa o dominio do feito. Tanto os cooperadores necesarios como os cómplices estarán excluídos do dominio do feito ao non participar na execución do delito por realizar actos non previstos nas modalidades de conduta do art.368 CP. Cualificaranse como cooperadores necesarios aqueles cuxa aportación decisiva se produza na fase de preparación do delito e non na fase executiva polo que a súa conduta non pode estar incluída nas previstas no art.368 CP, o que será complicado tendo en conta o adiantamento das barreiras de protección. Pola súa parte, só serán considerados cómplices, segundo a *doutrina do “favorecemento do favorecedor”* aqueles que

³⁶ STS de 14 de febreiro de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:904): “*El tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de droga que el receptor habría previamente convenido (STS. 4.10.2004) ya que puede considerarse "a disposición del destinatario final, pues a ellos está avocada"*.

³⁷ FRIEYRO ELÍCEGUI, S. *ob. cit.*, p.75

³⁸ STS de 14 de febreiro de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:904)

³⁹ STS de 6 de maio de 2010 (ECLI: ECLI:ES:TS:2010:2254): “*Por ello la doctrina de esta Sala STS. 1069/2006 de 2.11 , ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley.* En este sentido se pronuncian las STS de 24 de marzo de 2005 e de 27 de febreiro de 2008.

⁴⁰ STSS de 19 de xullo de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3047) e de 6 de xuño de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2270)

auxilien a quen executa os verdadeiros actos típicos do art.368 CP, sen ter realizado ningunha aportación decisiva para a execución do delito.

O *concepto extensivo de autor* encóntrase intimamente unido á existencia de colaboración entre varias persoas, e, polo tanto, á realización conxunta dun feito delitivo en calidade de coautores. O lexislador, en atención a habitualidade que presenta a coordinación de varios suxeitos na comisión de delitos de tráfico de drogas, redacta o precepto en plural, o que, ao mesmo tempo, non impide a apreciación da autoría individual. Aínda así, a complexidade que moitas veces presentan os delitos de tráfico de drogas dará lugar a supostos de autoría, nos que existirá un acordo previo e unha distribución de papeis e funcións durante a fase executiva⁴¹. A coautoría pode desenvolverse de distintas formas. Un primeiro caso sería aquel no que todos os intervenientes executan conxuntamente todos os elementos do tipo, no que a aplicación da coautoría non daría lugar a máis problemas. En cambio, o máis común é que se produza unha distribución de funcións en virtude dun acordo previo no que non todos os participantes realicen por si mesmos todos os elementos do tipo. Nestes casos, debemos recorrer ás teorías da coimputación recíproca, dada a existencia dun acordo previo, e ás de dominio funcional do feito, en virtude das cales se entende que a non realización da totalidade da conduta típica non impide que os feitos lle sexan imputables á totalidade dos intervenientes coma se todos os feitos foran realizados por cada un deles. Estas mesmas teorías aplicaranse a un terceiro suposto, que é aquel no que algún dos suxeitos non chega a realizar ningún acto executivo, de forma que permite castigar aos xefes das organizacións que non realizan ningún acto executivo⁴². Todo o expresado atópase xurisprudencialmente recoñecido na STS de 18 de outubro de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:6392)⁴³.

Aplicado ao noso suposto, podemos concluír que María Luisa responderá dos seus actos en concepto de coautora do art.28 CP, xunto coa Doutora Elvira. Apreciase a presenza dos elementos, tanto subxectivo como obxectivo, necesarios para cualificar a conduta de María Luisa como coautoría. O subxectivo concrétese na existencia do mencionado acordo previo, que convirte en autores a todos os concertados para o tráfico de drogas, mentres que o elemento obxectivo consiste na existencia dunha colaboración tendente a promover, favorecer ou facilitar o tráfico ilícito de drogas tóxicas, ou que, polo menos, implica o dominio funcional do feito. Non cabe dúbida sobre a concorrencia do elemento subxectivo ao actuar María Luisa no marco dunha operación concertada, en virtude da cal, de acordo co que ela mesma confesou ás autoridades, debía dirixirse á clínica da Doutora Elvira para a extracción dos implantes con cocaína. En canto ao presuposto obxectivo, María Luisa realiza a conduta típica na fase de execución do delito, que, aínda que constituía só unha parte do plan preconcebido para a distribución de droga, non impide a apreciación da coautoría.

⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, M. *ob. cit.*, pp. 118-119.

⁴² ACALE SÁNCHEZ, M. *ob. cit.*, p. 124.

⁴³ *En los delitos de tráfico de drogas, todos los que se concertaron para la operación, cualquiera que sea la actividad desarrollada de los autores; toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en coautor del delito. El art. 368 del Código Penal al penalizarse dentro de un mismo marco penal todos los comportamientos que suponen alguna aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS. 10.3.97, 6.3.98), que se extiende a todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada (STS. 10.3.2003), de modo que el acuerdo previo para la venta o distribución de la droga convierte en autores a todos los concertados. La división de trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho delictivo dentro de esa planificada ejecución conjunta (SSTS. 6.3.98 y 30.11.2001); habiendo adoptado el Legislador un tipo tan amplio que excluye ordinariamente las formas accesorias de participación, salvo supuestos muy excepcionales". Neste sentido pronúnciase ademais a STS de 7 de febreiro de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:793)*

II.1.5. Atenuante de analóxica de colaboración

Neste epígrafe preténdese dar resposta a unha das cuestións que o propio enunciado nos formula, a referida á aplicación dunha atenuante de confesión a María Luisa. Para apreciar a concorrencia desta circunstancia modificativa da responsabilidade criminal, debemos estruturar esta cuestión comparando as distintas figuras que permiten unha atenuación da pena por este motivo nos supostos de tráfico de drogas, para así determinar cal delas é pertinente aplicar neste caso. Estas figuras son: o desistimento do art.16 CP, o tipo privilexiado de arrepenimento activo do art.376.1 CP, a atenuante simple de confesión do art.21.4 CP e a atenuante analóxica de colaboración do art.21.7 CP.

Para comezar, debemos recordar as circunstancias nas que se produce a confesión dos feitos por parte de María Luisa. Os axentes inspeccionan a maleta de María Luisa, e, tras non atopar nada, proceden a realizar un cacheo debido a que os motivos da súa viaxe eran contraditorios. Neste cacheo, obsérvanse irregularidades e procédese a realizar un exame radiolóxico no que se percibe algo estraño. Nese momento, María Luisa confesa aos axentes que porta cocaína non seus implantes mamarios, e tras a súa detención e unha vez extraída a cocaína do seu corpo, colabora e explica aos axentes as instrucións de debía seguir.

En primeiro lugar, referirémonos a posibilidade de que a confesión de María Luisa ás autoridades, producida antes de que puideran detectar con certeza a substancia que portaba no seu interior, se contemple como un suposto de desistimento do art.16.2 CP. O *desistimento* consiste en que o suxeito activo, a través dunha conduta de arrepenimento, desista da totalidade dos actos necesarios para obter un resultado⁴⁴. Esta figura non se pode aplicar ao delito de tráfico de drogas do art.368 CP, dado que, ao considerarse un delito de mera actividade, non é preciso que se produza un resultado para a súa consumación, quedando consumado mediante a realización dalgún dos actos que constitúen a conduta típica. Polo tanto, tampouco neste suposto cabe apreciar o desistimento ao consumarse o delito mediante a execución dun acto típico por parte de María Luisa como é o transporte de drogas.

En segundo lugar, debemos analizar o *tipo privilexiado contemplado no art.376.1 CP*⁴⁵. Este artigo foi introducido no Código Penal de 1995 para regular autonomamente as circunstancias atenuantes para os delitos de tráfico de drogas, concretamente a confesión do art.21.4 CP e a atenuante analóxica de colaboración do art.21.6 CP, contempladas na parte xeral. A STS de 10 de abril de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:2529) sinala que este art.376.1 CP se contempla como un instrumento de política criminal dirixido aos membros ou cooperadores de grandes organizacións dedicadas ao narcotráfico coa finalidade de reducir un tipo de delincuencia que, pola súa complexidade, resulta moi complicada de atacar. Para empezar, isto xa da lugar a un problema en relación co noso suposto, dado que non cabe considerar a María Luisa como colaboradora, e aínda menos, membro dunha organización. Aínda que os intervinientes dos antecedentes de feito actúan de forma coordinada, esta coordinación non parece superar a mera coautoría, ao non concorrer os requisitos necesarios como para que se poida apreciar a existencia dunha organización ou grupo criminal, de acordo coa definición que destas figuras realiza o Código Penal nos arts.570 bis e 570 ter respectivamente. Porén, non cabe descartar a aplicación deste precepto só en base aos destinatarios previstos polo lexislador, polo que

⁴⁴ STS de 7 de xuño de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:3974)

⁴⁵ *En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.*

continuaremos comprobando os seus requisitos. A aplicación desta figura por parte dos xuíces, que será potestativa e deberá estar motivada en todo caso, implica a redución da pena nun ou dous graos e necesita do cumprimento de dous requisitos fixos e tres finalidades alternativas.

O primeiro destes requisitos concirne ao abandono voluntario das actividades delitivas. O abandono da actividade delitiva previsto neste artigo posúe unha estrutura intermedia entre o arrepentimento e o desistimento, o cal presenta un problema en relación coa natureza de consumación anticipada que presenta o delito de tráfico de drogas, que, como xa vimos, impide que se poida apreciar a figura do desistimento. Isto leva a doutrina a interpretar que o abandono das actividades delitivas refírese ao delito de pertenza ou colaboración coa organización delitiva e non á realización do delito de tráfico de drogas. O abandono deberá ser, en todo caso, voluntario, polo que se exclúen aqueles supostos nos que o suxeito xa foi detido. O segundo requisito consiste en que o suxeito colaborara activamente coas autoridades ou cos seus axentes para a consecución de algunha destas tres finalidades ou obxectivos: impedir a produción dun delito, obter probas decisivas para a identificación ou captura dos outros responsables ou impedir a actuación ou desenvolvemento das organizacións ou asociacións coas que tivera colaborado. Esta colaboración debe realizarse nos primeiros momentos tras a detención do suxeito, pois o silencio inicial pode permitir a ocultación dos outros responsables ou permitir que se leve a cabo a operación de tráfico⁴⁶.

Pasamos a analizar a adecuación dos actos realizados por María Luisa en relación cos requisitos analizados. No que respecta á colaboración activa cos axentes da autoridade para a consecución dalgún dos fins previstos no art.376.1 CP, podemos afirmar que a conduta de María Luisa axústase ao requirido por este artigo. A colaboración de María Luisa cos axentes prodúcese inmediatamente tras a súa detención e, ao non existir unha marxe temporal ademais da requirida para realización da intervención cirúrxica, non se está reducindo a efectividade da información aportada. Ademais, esta información cumpre cos fins previstos no art.376.1 CP ao identificar a María Luisa como responsable de describir as instrucións que se lle deran, o que permite aos axentes indagar o *modus operandi* da operación. En conclusión, non podemos negar que nos atopamos ante unha colaboración que será decisiva para impedir futuras entradas de droga e facilitar a detención dos responsables.

En cambio, a identificación dos actos levados a cabo por María Luisa en relación co abandono voluntario das actividades suscita maiores problemas que a determinación da súa colaboración coas autoridades. Para apreciar esta voluntariedade é fundamental o criterio da temporalidade, e dicir, que a colaboración se preste antes da detención por partes das autoridades. No noso suposto, o propio relato fáctico dispón que a colaboración propiamente dita se produce tras a detención, pero a confesión referida ao porte de substancias no interior do seu corpo prodúcese nun momento anterior, cuxa consideración como detención será importante para determinar a atenuante que debemos aplicar. O momento no que se produce a confesión é tras a realización dun exame radiolóxico ao que María Luisa se someteu voluntariamente, e este exame, así como o cacheo anterior non constitúen unha detención como tal na medida en que non é necesaria nin a presenza de Letrado nin a lectura dos dereitos do art.520 LACrim, senón unha privación da liberdade deambulatoria exercitada pola Policía no exercicio das facultades que o ordenamento xurídico lle confire para a represión deste tipo de delitos⁴⁷. Na realización deste exame radiolóxico, detéctase un corpo estraño, e María Luisa, antes de que os axentes puideran chegar a detela, confesa que porta a substancia estupefaciente no seu interior. Porén, a pesar de que tecnicamente a confesión se produce antes da súa detención, a detención era tan inminente que ao detectarse esta presenza de corpos estraños no seu interior, que aos efectos da aplicación

⁴⁶ MOLINA MANSILLA, M.^a. C. *ob. cit.*, p.154.

⁴⁷ GRANADOS PÉREZ, *ob. cit* pp.362-366.

das circunstancias atenuantes non debemos considerar que a confesión se producira antes da detención. A confesión dos feitos por parte de María Luisa prodúcese dentro dun contexto no que a existencia de delito era tan evidente que a confesión dos feitos non produce ningunha diferenza significativa. Estamos máis ben ante un suposto de interrupción da execución do delito por ter sido sorprendida polas autoridades⁴⁸. Visto isto, podemos concluír que non se cumpre o requisito relativo ao abandono voluntario das actividades delitivas ao verse interrompida a execución delitiva pola actuación das autoridades, e que, polo tanto, provoca que quede excluída a aplicación do art.376.1 CP. A non concorrencia dun dos requisitos impide a apreciación do art.376.1 CP ao ter determinado a xurisprudencia que non cabe a aplicación analóxica deste artigo⁴⁹.

Descartada a aplicación do art.376 por falta de concorrencia dos requisitos precisos, debemos analizar a posibilidade de aplicar as circunstancias contidas na parte xeral do Código Penal, concretamente a atenuante de confesión do art.21.4 CP e analóxica do art.21.7 CP, aplicada en relación coa confesión⁵⁰. Comezando pola *atenuante de confesión do art.21.4 CP*, esta require que a confesión do suxeito se produza ante de coñecer que existe un procedemento xudicial dirixido contra el, polo que a súa aplicación atópase sometida a un criterio temporal similar ao do art.376 CP⁵¹. A xurisprudencia⁵² exclúe a aplicación da atenuante de confesión en “*aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad*”. Polo tanto, cabe concluír que esta atenuante, igual que sucede co art.376.1 CP, non se pode aplicar por faltar o elemento cronolóxico ao producirse a confesión e a colaboración coas autoridades por parte de María Luisa cando a súa detención xa era inminente.

En cambio, o referido elemento cronolóxico non se precisa para aplicar a atenuante analóxica do art.21.7 CP. Esta atenuante pode apreciarse cando, tras producirse a detención, o suxeito realice actos transcendentales de colaboración *ex post facto* que teñan tal relevancia para o esclarecemento do delito que xustifiquen unha redución da pena. Se os datos aportados polo suxeito non implican un auxilio á xustiza, non se poderá apreciar a atenuante analóxica⁵³. Á

⁴⁸ ATS de 12 de xullo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:9316) : *Ciertamente no cabe hablar de voluntariedad en el comportamiento de una persona que vio interrumpida la continuación de su actividad criminal por haber sido sorprendida por los agentes de la Guardia Civil destacados en la aduana del aeropuerto de Madrid-Barajas, quienes detectaron que en el interior de los dobles fondos de un libro y en botes de productos de baño (...).*

⁴⁹ STS de 20 de novembro de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:7755): *Con relación a la colaboración prestada, la Sala de instancia desestima la aplicación directa del art. 376 del Código Penal al entender que su apreciación necesita la doble exigencia del abandono voluntario de la actividad delictiva la colaboración establecida en el precepto, exigencias que no se dan conjuntamente cuando el sujeto es detenido contra su voluntad (...) No obstante el Tribunal hace una generosa interpretación de esa norma, cuando a partir de su inaplicabilidad por falta de una de sus exigencias estima posible la técnica de la aplicación analógica (...) Si no se dan estas dos exigencias el precepto no es de aplicación, porque son esas dos , y no alguna de ellas, las que conjuntamente delimitan el supuesto (...). El Tribunal aplica el precepto analógicamente, superando las posibilidades legales, y por ello es de todo punto inadmisibile.*

⁵⁰ Aos diferentes supostos á hora de rebaixar a pena refírese a STS de 9 de marzo de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:1156), que contempla ademais do art.376 CP, as atenuantes xenéricas mencionadas.

⁵¹ A similitude entre ambos preceptos impide que se poidan apreciar simultaneamente, outorgándosele preferencia ao art.376.1 CP por entender que ten un ámbito de aplicación máis amplo, que abarca supostos que ata agora eran incardinables na circunstancia xenérica do art.21.4 CP Neste sentido pronúncianse a Circular 1/2005 da Fiscalía Xeral do Estado e a STS de 23 de marzo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:2104).

⁵² STS 22 de novembro de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:4152).

⁵³ STS de 23 de xuño de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:4402): *Esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal , pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito.*

aplicación desta atenuante analóxica cando non concorra o requisito temporal que permite apreciar o tipo privilexiado do art.376.1 CP refírese a STS de 15 de xuño de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4853)⁵⁴. Excepcionalmente, poderase outorgar a esta circunstancias o carácter de moi cualificada cando a colaboración coas autoridades aporte información cunha relevancia esencial, tal e como dispón a STS de 10 de outubro de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5975)⁵⁵.

En conclusión, debemos aplicar á colaboración prestada por María Luisa a atenuante analóxica do art.21.7 CP, dado que, en primeiro lugar, é a única que non exige para a súa apreciación que a colaboración coas autoridades se producira antes da detención do suxeito, e, en segundo lugar, a colaboración prestada por María Luisa constitúe un auxilio relevante á Xustiza merecedor dunha redución penolóxica. Esta circunstancia atenuante deberá ademais ser apreciada como moi cualificada, dado que a información aportada tivo unha importancia primordial para a consecución do obxectivo de política criminal mencionado anteriormente, que non é outro que o esclarecemento dos feitos. Isto dedúcese tanto polo contido da mesma, que permitiu a identificación da Doutora Elvira como responsable e a pescuda do *modus operandi* por parte das autoridades, como polo momento no que se presta, dado que o feito de que esta información se aportara de forma inmediata e sen ningunha delación, exceptuando á necesaria para a intervención cirúrxica, facilitou a pronta intervención das autoridades e impediu as posibilidades de ocultarse de algúns dos responsables. Por todo isto, consideramos que é pertinente aplicar a María Luisa unha redución da pena dun grao, de acordo co establecido no art.66.1 2ª CP.

II.1.6. Conclusións

Por todo o exposto, debemos concluír que María Luisa responde como coautora responsable dun delito contra a saúde pública, na modalidade básica prevista no art.368 CP, de substancias que causan grave dano á saúde, coa concorrencia da atenuante analóxica moi cualificada de colaboración, que, mediante a aplicación dos arts.66.1 2ª e 70.1 2ª CP, sitúanos nun intervalo penolóxico de 1 ano e 6 meses a 3 anos menos un día e multa proporcional da metade ao tanto do valor da droga obxecto de delito. No caso de impago, será de aplicación a responsabilidade persoal subsidiaria prevista no art.53 CP, que non poderá exceder o ano de duración, segundo o disposto no apartado 2 do mencionando artigo.

A imposición da multa no tráfico de drogas réxese polo sistema de multa proporcional, determinándose a súa contía en función do valor da droga obxecto de delito. Sobre a determinación deste valor pronúnciase o art.377 CP, dispoñendo que se o mencionado valor se corresponderá co prezo final do produto, ou, no seu caso, coa recompensa ou ganancia obtida ou que puido chegar a obter. Os antecedentes de feito non nos proporcionan ningún destes

⁵⁴ “La obligada exclusión del art. 376.1 del CP, impuesta ante la falta de abandono voluntario de las actividades delictivas, no tendría por qué impedir la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.4, en relación con el apartado 6 del mismo precepto, en la medida en que el requisito cronológico no opera con carácter absoluto. En todos aquellos casos en los que esa confesión, aun extemporánea, facilite de forma singular el desenlace de una investigación ya iniciada, los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estén aconsejados. La ausencia de un presupuesto cronológico -que la confesión se produzca antes de conocer el imputado que el procedimiento se dirige contra él- no se erija en requisito excluyente, sobre todo, cuando entre la atenuante genérica de confesión (art. 21.4 CP) y la analógica (21.7 CP) puede predicarse el mismo fundamento (cfr. STS 527/2008, 31 de julio)”.

⁵⁵ “La doctrina de esta Sala considera que sólo de modo excepcional puede otorgarse carácter muy cualificado a una atenuante analógica (SS. 26 de marzo de 1998 y 24 de octubre de 1994, entre otras). Y dicha excepcionalidad concurre en el caso actual, pues la recurrente colaboró con las autoridades reconociendo los hechos y proporcionando datos adicionales sobre terceros, que tuvieron la relevancia de que la Sala sentenciadora de instancia condenara a otras personas”.

datos, polo que, debemos considerar a posibilidade de que a omisión dos mesmos estea referida a unha falta de práctica por parte dos axentes das periciais que informen sobre o valor da substancia ou de datos que sobre a recompensa ou ganancia que se puidera obter. Se realmente se carece desta información, non procederá a imposición de pena de multa de acordo co establecido pola doutrina xurisprudencial, recollida nas SSTS de 30 de xaneiro de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:522) e de 18 de outubro de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:6392), que sinalan que a determinación do valor da droga como feito declarado probado na sentenza é imprescindible para a cuantificación da pena de multa, debendo prescindirse da súa imposición cando este valor non estea determinado nin consten os elementos fácticos que permitirían acudir as previsións do art.377 CP. O aquí precisado aplícase tanto a María Luisa como ao resto dos intervenientes nos feitos, por non constar os datos requiridos para a determinación do valor da droga respecto de ningunha das cantidades mencionadas no suposto.

Continuando coas penas aplicables a María Luisa, procede a imposición da pena accesoria de inhabilitación especial para o exercicio do dereito de sufraxio pasivo durante o tempo da condena privativa de liberdade, prevista no art.56.1 2º CP, así como ao pago da terceira parte das costas procesuais, de acordo co disposto nos arts.123 e 124 CP e 239 e ss. LACrim, e deberá declararse o comiso da substancia intervida, en virtude do art.374 CP, procedéndose a súa destrución.

Por último, podería acordarse a substitución da pena privativa de liberdade imposta pola expulsión do territorio nacional, prevista no art.89 CP para as penas superiores a un ano e inferiores a cinco anos de prisión, con prohibición de regresar ao mesmo por tempo de entre cinco e dez anos, contados dende a data da súa expulsión. De acordo co art.89.7 CP, se a condenada expulsada regresara a España antes de transcorrer o período de tempo establecido xudicialmente, cumprirá as penas que foron substituídas. Non obstante, se fora sorprendida na fronteira, será expulsada directamente pola autoridade gobernativa, empezando a computarse de novo o prazo de prohibición de entrada na súa integridade.

II.2. Cualificación penal dos actos levados a cabo pola Doutora Elvira Gómez

Neste segundo epígrafe, referirémonos á posible responsabilidade penal da Doutora Elvira Gómez respecto dos feitos que lle atribúe o suposto que estamos tratando. Como veremos, dispoñémonos a analizar uns feitos que se incardinan dentro do delito de tráfico de drogas que viñamos examinando ata o momento, polo que, nos aspectos característicos do tipo delitivo, tales como o ben xurídico protexido ou a natureza, así como aqueles comúns aos actos realizados por María Luisa e pola Doutora Elvira, como a cocaína como obxecto material do delito, remitirémonos ao epígrafe anterior.

Unha vez dito isto, debemos concretar cales dos feitos que o relato fáctico atribúe a Dr.^a Elvira son relevantes penalmente á hora de identificalos coas condutas tipificadas no tipo básico do delito de tráfico de drogas do art.368 CP. O primeiro dos feitos penalmente relevantes provén da información prestada por María Luisa aos axentes, que nos permite coñecer que, actuando no marco dun plan previamente concibido, a Dr.^a Elvira debía extraerlle mediante unha intervención cirúrxica a substancia estupefaciente que portaba nos seus implantes, mentres que o segundo consiste na posesión e almacenaxe de 10.657 gramos de cocaína que a policía interveu, así como a posesión de 6.000 euros en metálico e varias básculas de precisión.

II.2.1. A posesión mediata e inmediata

Os feitos aos que nos acabamos de referir son constitutivos dun delito de tráfico de drogas previsto no art.368 CP, ao adecuarse a unha das condutas tipificadas neste precepto, a posesión preordinada ao tráfico. Os actos realizados pola Dr.^a Elvira permítenos diferenciar dous tipos

de posesión: un primeiro caso de posesión mediata da substancia estupefaciente, e un segundo suposto de posesión caracterizado pola detención material da mesma.

O primeiro caso de posesión ao que nos referimos non é outro que a posesión mediata da cocaína que María Luisa portaba nos implantes mamarios, consistente en 105 e 57,5 gramos de cocaína base respectivamente, e de cuxa extracción era responsable a Dr.^a Elvira. Ao regular a posesión, o art.368 CP non aplica o concepto de posesión baseado na teoría do título e o modo dos arts.448 e ss. do Código Civil, senón que admite a posibilidade dunha posesión mediata, entendéndose esta como unha dispoñibilidade potencial da droga que exclúe a necesidade de posuíla materialmente. A xurisprudencia pronúnciase a favor desta conceptualización da posesión mediata en, entre outras, a STS de 7 de outubro de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6124)⁵⁶, na que tamén pon de manifesto o motivo de admitir a posesión sen o requirimento da detención material. Este motivo non é outro que o de incluír dentro do tipo penal as actuacións levadas a cabo polos grandes narcotraficantes, que, a pesar de organizar as operacións de tráfico coas cales se moven grandes cantidades de droga, nunca chegan a ter a posesión material da mesma.

Esta dispoñibilidade potencial ou funcional da droga prodúcese, segundo ACALE SÁNCHEZ⁵⁷, naqueles casos nos que na operación de tráfico de drogas participan unha pluralidade de persoas, dado que, nestes supostos, a detención material por parte dun dos intervinientes consuma o delito para todos os demais, aínda que estes non chegaran a posuír materialmente a droga. A xurisprudencia⁵⁸ adianta a consideración de que existe dispoñibilidade sobre a droga por parte do receptor ao momento no que se concibe un acordo entre os intervinientes para o envío e a entrega da substancia de que se trate, a pesar de que o receptor nunca chegue a ter dispoñibilidade material por non efectuarse finalmente a entrega⁵⁹. Polo tanto, podemos deducir que a posesión mediata no delito de tráfico de drogas atópase ligada á execución dun acordo ou plan para levar a cabo unha operación de tráfico. En primeiro lugar, a materialización ou execución do plan por un dos intervinientes produce a consumación do delito, que será anticipada para todos os participantes⁶⁰. En segundo lugar, esta execución determina a posesión material por parte do executor, o que da lugar á posesión mediata do resto

⁵⁶ *La jurisprudencia se ha apoyado básicamente en los arts. 430, 431 y 438 del Código civil para, en esta serie de delitos contra la salud pública, sentar que la tenencia material no agota los supuestos de posesión punible, (...) la posesión puede ser directa e inmediata, puede ser actual, material, física, de presente, pero también puede ser mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico, porque lo decisivo, en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído, -la droga-, esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente -dominio funcional sobre la cosa, como opción y posibilidad de disponer sobre la droga-; quien tiene el dominio sobre la droga es el poseedor a todos los efectos, siendo suficiente la voluntad de poseer aunque la propia persona no la posea materialmente (...) Otra solución, no solo iría en contra de la literalidad y del espíritu de la norma, sino que dejaría fuera del ámbito penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga (...), y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan y trafican en los mercados, cuando son precisamente los gestores de la operación (...) y los que obtienen mayores beneficios.*

⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ, M. *ob. cit.*, pp. 110-114.

⁵⁸ Neste sentido pronúnciase a SAP de Alacante de 29 de marzo de 2001 (ECLI: ES:APA:2001:1519): “*Al ser el tráfico de drogas una infracción de peligro abstracto, de consumación anticipada que se alcanza desde que la droga sale del punto de origen, cuando su destinatario real tenía conocimiento del envío y de su contenido, por actuar en connivencia con las personas que pretendía introducir la droga a España, al ser entonces su conducta incardinable en el tipo penal y su intervención participativa en concepto de autor, al tener el dominio funcional y la posesión mediata de la droga, aunque finalmente no llegue a su poder por el seguimiento e intervención policial*”.

⁵⁹ FRIEYRO ELÍCEGUI, S. *ob. cit.*, p.81.

⁶⁰ STS de 20 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:5340) “*El tráfico existe desde que uno de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (...)*”.

de suxeitos que formen parte da operación de tráfico de drogas⁶¹. Por último, todos os que participaran nesta operación serán considerados coautores en virtude da posesión mediata que da droga ostentan⁶², que será considerada suficiente como para outorgar a cualificación de coautor de acordo co concepto extensivo de autor⁶³ que utiliza o art.368 CP e ao que xa nos referimos no seu momento.

Tendo en conta os argumentos expresados, podemos concluír que a Dr.^a Elvira posuía de forma mediata os 162,5 gramos de cocaína extraída a María Luisa dos implantes. Por un lado, e de acordo coa confesión de María Luisa, esta operación de tráfico prodúcese no marco dun plan preconcebido, do que deducimos que os actos da Dr.^a Elvira deben ser cualificados como coautoría (28 CP). Por outro lado, os actos de transporte levados a cabo por María Luisa, en execución do mencionado plan, dan lugar a consumación do delito tanto para ela como para a Dr.^a Elvira por formar parte, ambas, do acordo para a operación de tráfico. A detención material por parte de María Luisa ao realizar o transporte da cocaína implica a dispoñibilidade potencial ou funcional, é dicir, a posesión mediata da substancia por parte da Dr.^a Elvira na medida na que estes actos constitúen a execución dunha operación acordada entre ambas, aínda que a Doutora nunca tivera a dispoñibilidade material da droga por intervirse antes da execución da operación a través da detención de María Luisa no aeroporto. No concernente á parte subxectiva desta conduta de posesión, isto é, a que a tenencia da droga estivera predestinada ao tráfico, a propia confesión de María Luisa, o feito de que a substancia se atopara oculta no seu corpo no momento da súa detención polos axentes, así como que a cantidade incautada fora amplamente superior a aquela destinada ao abastecemento para o autoconsumo, indícanos que esta posesión estaba preordinada ao tráfico. En canto ao segundo acto de posesión, consistente na tenencia material por parte da Dr.^a Elvira dos 10.657 gramos de cocaína que a policía interveu, así como a posesión de 6.000 euros en metálico e varias básculas de precisión, cabe determinar que nos atopamos ante un caso de posesión directa e inmediata por ser esta material e física.

II.2.2. A predeterminación ao tráfico

Como xa dixemos, para que unha conduta se encontra subsumida no art.368 CP exíxese, ademais do tipo obxectivo, un elemento subxectivo consistente na súa predeterminación ao tráfico. A proba deste presuposto subxectivo non suscita problemas neste caso, dado que, en primeiro lugar, a cantidade de substancia intervida polos axentes é de tal entidade que por si mesma xa podería demostrar a finalidade para o tráfico ao ser moi posterior a que se podería destinar para o autoconsumo, e como veremos, tamén supera amplamente a notoria importancia. En segundo lugar, a substancia encontrábase oculta nunha habitación aparentemente inutilizada da clínica. En terceiro lugar, na intervención levada a cabo polas autoridades atopáronse, ademais da substancia estupefaciente, varias básculas de precisión, que son consideradas pola xurisprudencia como instrumentos que apuntan a unha intención

⁶¹ STS de 20 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:5340) “*En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito*”.

⁶² STS de 20 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:5340): “*Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida*”.

⁶³ STS de 18 de outubro de 2010 (ECLI: ES:TS:2006:6392) “*En los delitos de tráfico de drogas, todos los que se concertaron para la operación, cualquiera que sea la actividad desarrollada de los autores; toda persona que colabora en el tráfico o difusión de la droga, con conocimiento de dicha conducta, se convierte en coautor del delito*”.

difusora, así como 6.000 euros en metálico, que, aínda que poderían estar vinculados ao exercicio da medicina da Dr.^a Elvira, o feito de encontrarse nunha cantidade importante, en efectivo e xunto á droga é considerado polo TS⁶⁴ como indicio do destino ao tráfico da substancia intervida. Por último, no que se refire a Dr.^a Elvira, tamén se considera un indicio que, a pesar de posuír tal cantidade de cocaína, non se encontren acreditados nela signos de drogadicción. Por todo isto, cabe considerar acreditada a preordinación ao tráfico dos 10.657 gramos de cocaína intervidos.

No concernente ao grao de execución, esta posesión consuma o delito dado que, como xa vimos, o adiantamento das barreiras de protección provoca que a mera tenencia material con destino ao tráfico consume o delito, e, en canto ás formas de participación, aplicaráselle en calidade de autora por ter executado dolosamente unha das condutas tipificadas no art.368 CP.

Aínda que ata agora nos referíramos a estes dous actos de posesión de forma diferenciada a efecto de comparalos, ambos constitúe un único delito de tráfico de drogas por configurarse este, como xa mencionamos, coma un delito de tracto sucesivo. O art.368 CP, ao prever os comportamentos típicos, fai referencia a “actos”, en plural, polo que unha pluralidade de actos destinados ao favorecemento do tráfico e realizados polo mesmo suxeito serán constitutivos dun único delito de tráfico, o cal estará integrado por varias accións⁶⁵. Polo tanto, aínda que no noso caso existen dous actos de posesión diferenciados, un referido aos 162,5 gramos e outro aos 10.657 gramos, ambos constituirán un único delito, se ben o feito se atope integrado por dúas accións diferenciadas terase en conta a efectos da determinación da pena. A xurisprudencia⁶⁶ rexeita a continuidade delitiva excepto naqueles supostos nos que exista un corte temporal entre operacións distintas marcado pola existencia dunha detención.

II.2.3. Circunstancias agravantes

Todo o exposto lévanos a considerar a Dr.^a Elvira responsable en calidade de autora dun delito contra a saúde pública por posesión preordinada ao tráfico de substancias que causan grave dano á saúde⁶⁷, debendo proceder agora a examinar se, tanto a cantidade de droga intervida como a profesión da Dr.^a Elvira, poderían dar lugar a concorrencia dalgunha das circunstancias agravantes previstas no art.369 CP, que provocan o incremento nun grao da pena, así como a multa do tanto ao cuádruplo.

II.2.3.1. A notoria importancia

En primeiro lugar, vamos a estudar a posibilidade de aplicar á cantidade de cocaína intervida a agravante prevista no art.369.1 5^a CP, que se aplicará cando “*Sexa de notoria importancia a cantidade das citadas substancias obxecto das condutas a que se refire o artigo anterior*”. O fundamento desta agravante débese, por un lado, a unha maior afectación do ben xurídico protexido, dado que o tráfico cunha maior cantidade de droga aumenta as posibilidades da súa difusión, e, por outro, á necesidade de castigar máis duramente aos que máis beneficios obteñen do tráfico.

⁶⁴ STS de 24 de novembro de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:7014)

⁶⁵ FRIEYRO ELÍCEGUI, S. *ob. cit.*, pp.100-103

⁶⁶ STS de 19 de outubro de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4558): “*No existen varios delitos por el hecho de que se hayan producido varios actos de venta. En general se niega la posibilidad de continuidad delictiva incluso cuando la actividad se ha desarrollado durante un largo lapso de tiempo; o, más aún, aunque haya habido interrupciones temporales. Lo expuesto no significa que no sea posible establecer un corte temporal, de manera que los actos realizados desde ese momento vinieran a constituir un nuevo delito. A estos efectos se ha admitido la interrupción provocada por el cese de la actividad determinada por la detención por parte de las autoridades*”.

⁶⁷ Remitímonos ao exposto sobre a inclusión da cocaína nas substancias que causan grave dano a saúde.

Para poder aplicar esta agravante aos feitos que estamos tratando, definiremos primeiro en que consiste a “notoria importancia”. Este concepto non se encontra definido polo lexislador, senón que é o Tribunal Supremo quen, a través do *Acordo de Pleno non Xurisdiccional de outubro de 2001*, define a cantidade de notoria importancia⁶⁸ como aquela superior a 500 doses de consumo diario dun adicto, utilizando como referencia o *informe do Instituto Nacional de Toxicoloxía de 18 de outubro de 2001*. No caso da cocaína, o límite para apreciar a notoria importancia encóntrase en 750 gramos, xa que o consumo diario medio de cocaína situouse no mencionado informe en 1,5 gramos. Por último, debemos ter en conta que, a efectos de aplicar a agravante, débese computar unicamente a substancia pura⁶⁹.

No noso suposto, estamos tratando cunha cantidade de cocaína de 10.819,5 gramos, resultado de sumar a cantidade de cocaína que portaba María Luisa nos implantes coa posteriormente intervida polos axentes na clínica, dado que a cantidade de droga de actos diferenciados debe ser valorada no seu conxunto. Esta cantidade supera amplamente o límite dos 750 gramos de cocaína establecidos para poder apreciar a agravante de notoria importancia. No noso relato fáctico non se especifica o grao de pureza dos 10.657 gramos encontrados na clínica, o que, axustándonos ao establecido pola xurisprudencia⁷⁰, impediríanos apreciar a agravante. Agora ben, no noso caso a cantidade precisa para apreciar a notoria importancia supérase tan amplamente que, aínda non dispoñendo da porcentaxe de substancia pura e tendo en conta que se recoñece a existencia unha marxe de erro⁷¹ na determinación da pureza dun 5%, concluímos que cabe aplicar a agravante de notoria importancia.

II.2.3.2. A condición de facultativa

Continuando co estudo das circunstancias agravantes, debemos comprobar se o exercicio da medicina por parte da Dr.^a Elvira se podería incardinar dentro da circunstancia agravante prevista polo lexislador para aqueles individuos que teñan unha condición subxectiva espacial, contida no art.369.1 1º CP, que será de aplicación cando “*O culpable sexa autoridade, funcionario público, facultativo, traballador social, docente ou educador e obre no exercicio do seu cargo, profesión ou oficio*”. A condición de facultativo encóntrase, á súa vez, definida polo lexislador no art.372 CP, e se encontra atribuída a “*ós médicos, psicólogos, ás persoas en posesión de título sanitario, ós veterinarios, ós farmacéuticos e aos seus dependentes*”. Polo tanto, cabe deducir que a Dr.^a Elvira, como cirurxiá plástica de profesión e especialista na reconstrución de implantes mamarios, inscrita como colexiada no Ilustre Colexio Oficial de Médicos de Madrid, encóntrase incluída dentro do termo “facultativo”. Aínda así, isto non é suficiente para estimar a agravante, senón que, ademais, é preciso que a conduta típica tivera lugar no exercicio das funcións propias do cargo ou profesión de que se trate, xa que o fundamento desta agravante encóntrase na maior facilidade que o exercicio de seu cargo lle outorga ao suxeito para levar a cabo a conduta típica⁷². Neste suposto, cúmprense ambas condicións, dado que, en primeiro lugar, a Dr.^a Elvira ostenta obxectivamente a condición de

⁶⁸ *La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del código penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001.*

⁶⁹ Así aparece recollido no mencionado Acordo: “*Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados*”.

⁷⁰ STS de 16 de maio de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:3322): “*Sin embargo, el "factum" de la sentencia recurrida descarta su peso neto por desconocerse el porcentaje del principio activo, lo que impide apreciar el subtipo agravado de notoria importancia, fijado a partir de la Sala Plenaria del día 19 de octubre de 2001*”.

⁷¹ STS de 9 de maio de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:3427)

⁷² MOLINA MANSILLA, M.^a. C. *ob. cit.*, pp.174-175.

facultativa, e, en segundo lugar aproveitase desta condición para levar a cabo a conduta típica posto que, sen os seus coñecementos sobre cirurxía e reconstrución de implantes, non podería levar a cabo as intervencións precisas para extraer a substancia estupefaciente dos corpos das portadoras, e, en consecuencia, non podería participar na súa difusión. É por isto, polo que concluímos que concorren as condicións necesarias para a apreciación da agravante contida no art.369.1 1ª CP.

Co mesmo fundamento que a circunstancia agravante que acabamos de ver, o art.372 CP prevé unha pena de inhabilitación especial para aqueles suxeitos que executen os feitos típicos no exercicio do seu cargo, profesión ou oficio. Esta inhabilitación especial é unha pena accesoria as de prisión e multa establecidas nos artigos anteriores, consistente en privar ao penado da facultade de exercer a súa profesión, oficio, industria ou comercio (art.45 CP), regulada neste precepto cunha duración de tres a dez anos. No que respecta a aplicación desta inhabilitación a Dr.ª Elvira, remitímonos aos argumentos expresados no parágrafo anterior en relación coa agravante do art.369.1 1ª CP.

Antes de concluír cómpre facer unha pequena mención a posibilidade de aplicar a agravante do art.369.1 4ª CP, referida á realización dos feitos en establecemento aberto ao público. En primeiro lugar, a pesar de que a clínica se considera un establecemento aberto ao público do que Dr.ª Elvira é responsable, esta tiña a finalidade de ser un mero depósito transitorio da substancia que se interviña ás portadoras, sen que se poidamos estimar que o tráfico fora a ser levado a cabo nese local, e, en segundo lugar, a habitación na que a gardaba non formaba parte das dependencias abertas ao público, dando a aparencia de estar inutilizada. Por estas razóns, exclúese a aplicación desta agravante do art.369.1 4ª CP ao noso suposto.

Como vimos, neste caso concorren dúas circunstancias agravantes do art.369 CP, o que nos leva a cuestionarnos como apreciar a gravidade de ambas. Ante a falta de pronunciamento do lexislador, enténdese que nestes supostos unha das circunstancias será tida en conta para aplicar a pena agravada e a outra utilizarase como criterio para determinar xudicialmente a pena⁷³.

II.2.4. Conclusións

Por todo o exposto, cabe considerar á Dr.ª Elvira Gómez como autora penalmente responsable dun delito contra a saúde pública de substancias que causan grave dano á saúde en cantidade de notoria importancia, sen a concorrencia de circunstancias modificativas da responsabilidade, o que nos sitúa nun intervalo penolóxico de 6 anos e 1 día a 9 anos e multa proporcional do tanto ao cuádruplo do valor da droga obxecto de delito. No caso de impago, non se impondrá responsabilidade subsidiaria por condenárselle a unha pena privativa de liberdade superior a cinco anos, de acordo co disposto no art.53.3 CP.

Así mesmo, cabe a imposición da pena accesoria de inhabilitación especial para o exercicio do emprego ou cargo público, profesión ou oficio, industria ou comercio durante o tempo da condena privativa de liberdade, prevista no art.372 CP, así como condena ao pago da terceira parte das costas procesuais, de acordo cos arts.123 e 124 CP e 239 e ss. LACrim, e declárase o comiso da substancia intervida, en virtude do art.374 CP, procedéndose a súa destrución.

II.3. Cualificación penal dos actos levados a cabo por Sebastián

Neste epígrafe estudárase a responsabilidade penal de Sebastián, que, como veremos, prestará determinadas particularidades en relación coa proba. De acordo co observado polos axentes durante as labores de vixilancia, Sebastián, maior de idade, de nacionalidade colombiana e sen antecedentes penais, entra na clínica da Dr.ª Elvira, abandonándoa dez minutos despois para

⁷³ MARTÍNEZ PARDO, V. J. *ob. cit.*, p.204.

subirse ao coche de Alonso, o cal xa o estaba esperando. Tras isto, circulan por varias calles durante 10 minutos, estacionan no Parque do Oeste, onde permanecen durante vinte minutos, durante os cales levan a cabo un intercambio de bolsiñas que contiñan unha substancia de cor branca por determinadas cantidades de diñeiro. Tres días antes da intervención policial, Sebastián foxe a Brasil empregando un pasaporte falso. Os feitos parecen indicarnos a comisión dun posible acto de tráfico de drogas tipificado no art.368 CP, no que Sebastián, tras provir de cocaína na clínica da Dr.^a Elvira, procede a venderlla a Alonso, previamente concertado, quen, a súa vez, a distribuirá mediante a venda a pequena escala. Máis tarde, tras decatarse de que foi observado polas policía e para evitar ser detido, foxe a Brasil empregando un pasaporte falso.

O problema é que, durante a realización do suposto acto de tráfico, os axentes non interceptaron a substancia de cor branca que Sebastián e Alonso intercambiaron, polo que carecemos dunha proba directa que nos permita acreditar este acto coma un acto de tráfico. Esta falta de proba directa obríganos a acudir a proba indiciaria ou circunstancial, que nos permitirá, por medio da lóxica e das regras da experiencia, inferir a partir dos feitos coñecidos a existencia do acto de tráfico necesitado de proba.

II.3.1. A proba indiciaria

A STS de 22 de maio de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:3202) dispón que, de acordo co recoñecemento outorgado polo Tribunal Constitucional, a *proba de indicios, indirecta ou circunstancial* ten validez como proba de cargo no proceso penal, e, polo tanto, pode enervar a presunción de inocencia, sempre que concorran dous elementos. O primeiro deles correspóndese coa “*existencia de unos hechos básicos completamente acreditados, que, como regla general, han de ser plurales, concomitantes e interrelacionados, porque es precisamente esa pluralidad apuntando hacia el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) la que confiere a este medio probatorio su eficacia, ya que ordinariamente de esa pluralidad depende la capacidad de convicción de esta clase de prueba. Todos y cada uno de estos hechos básicos, para que puedan servir como indicios, han de estar debidamente acreditados (art. 386.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*”. O segundo elemento refírese a que “*entre esos hechos básicos y el hecho necesitado de prueba (hecho consecuencia) ha de existir "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", como dice el citado 386.1 de la LEC, es decir, ha de haber una conexión tal entre unos y otros hechos que, acaecidos los primeros, cabe afirmar que se ha producido el último, porque las cosas ordinariamente ocurren así y así lo puede entender cualquiera que haga un examen detenido de la cuestión*”.

Procederemos agora a concretar que feitos do noso suposto resultan relevantes, en relación cos requisitos dispostos, para a proba o suposto acto de tráfico. O primeiro deles consiste na droga atopada na clínica da Dr.^a Elvira, que se encontra acreditada a través de proba directa pola intervención dos axentes. O segundo refírese á droga incautada no domicilio de Alonso días despois, que, da mesma forma, consta probado mediante proba directa. O terceiro e máis importante son os feitos observados nas labores de vixilancia, é dicir, á entrada na clínica e ao intercambio de bolsiñas que contiñan unha substancia de cor branca por cantidades de diñeiro, que se consideran probados mediante proba testifical dos axentes que levaron a cabo esas labores. Para rematar, o último feito relevante consiste no abandono do país tres días antes intervención empregando un pasaporte falso, sobre o cal o relato fáctico non nos proporciona máis información, pero que suporemos probado.

Tendo en conta estes feitos, vamos a analizar se dos mesmos se pode acreditar de forma indubidable a realización por parte de Sebastián dun acto de tráfico, ou se, pola contra, existe unha dúbida razoable sobre a existencia deste acto. En primeiro lugar, referirémonos

conxuntamente á entrada na clínica da Dr.^a Elvira e a posterior substancia estupefaciente atopada nela. Consideramos que destes feitos non se pode concluír que a finalidade de Sebastián para subir á clínica da Dr.^a Elvira fora abastecerse de substancia estupefaciente na medida de que este establecemento continua sendo unha clínica, polo que non podemos concluír que calquera persoa que acceda a mesma e a abandone minutos despois o faga co obxectivo de proveerse de cocaína para a súa posterior venda. Ademais, os axentes non manifestan que portara ningún tipo de obxecto que puidera ser identificado coa substancia estupefaciente. En segundo lugar, no que respecta ao intercambio, só se percibiu a entrega de bolsiñas a cambio de diñeiro, pero os axentes non especifican se foi Sebastián ou Alonso quen entregaba a substancia, polo que a venda de cocaína podería ser atribuída a ambos, sobre todo tendo en conta que Alonso xa fora condenado anteriormente por un delito destas características. En terceiro lugar, non podemos concluír que a cocaína que posteriormente foi incautada no domicilio de Alonso lle fora vendida por Sebastián. Como veremos no seguinte epígrafe, é moi posible que a substancia intervida a Alonso estivera preordinada ao tráfico, polo que cabe a posibilidade, dada a falta de identificación da persoa que realiza a venda, de que fora o propio Alonso quen lle vendera a cocaína a Sebastián e non ao revés. Así mesmo, o tempo transcorrido entre o intercambio observado polos axentes e a intervención no domicilio de Alonso provoca que sexa pouco probable que a substancia alí atopada fora a proporcionada por Sebastián, dado que, ou ben, Alonso xa a tería vendido ou xa a tería consumido a causa da súa drogadicción. Ademais, a substancia intervida no domicilio de Alonso estaba distribuída en envoltorios e non en bolsiñas, como a que os axentes observaron. Por último, a fuxida a Brasil cun pasaporte falso non se pode relacionar de forma indubidable co suposto acto de tráfico dado que, a pesar de que o emprego dun pasaporte falso podería indicar algunha conexión con actividades ilícitas, non podemos asegurar que tivera ningún tipo de conexión cos feitos que agora se intentan probar.

En conclusión, a imposibilidade de identificar a cal dos participantes no intercambio se lle pode atribuír a venda, a imposibilidade de relacionar a Sebastián tanto coa substancia estupefaciente intervida na clínica como no domicilio de Alonso que efectivamente probe a natureza de substancia estupefaciente do contido das bolsiñas, a falta de conexión clara entre o uso dun pasaporte falso co suposto acto de tráfico, unida a ausencia de antecedentes penais e a que non puido intervírselle ningunha cantidade de diñeiro ou substancia estupefaciente, determinan a existencia de dúbidas máis que razoables sobre os feitos necesitados de proba, polo que, en virtude do principio “*in dubio pro reo*”, concluímos que non existe proba de cargo de suficiente entidade para enervar a presunción de inocencia, e polo tanto, procede non cualificar a conduta levada a cabo por Sebastián como constitutiva dun delito de tráfico de drogas do art.368 CP.

II.3.2. Conclusións

Por todo o exposto, debemos considerar a Sebastián autor unicamente dun delito de falsidade documental do art.392.1 CP polo uso dun pasaporte falso para viaxar a Brasil, que dará lugar á imposición dunha pena de prisión de 6 meses a 3 anos e multa de 6 a 12 meses. En caso de impago, será de aplicación a responsabilidade persoal subsidiaria prevista no art.53 CP. Así mesmo, procede a imposición da pena accesoria de inhabilitación especial para o exercicio do dereito de sufraxio pasivo durante o tempo da condena privativa de liberdade, prevista no art.56.1 2º CP, así como ao pago da terceira parte das costas procesuais, de acordo co disposto nos arts.123 e 124 CP e 239 e ss. LACrim.

II.4. Cualificación penal dos actos levados a cabo por Alonso

Neste último epígrafe procederemos a cualificar penalmente a conduta de Alonso, para o cal, cómpre recordar de forma breve a súa participación nos feitos. Durante a intervención policial,

Alonso é detido no seu domicilio, no que os axentes atopan o seguinte: dous envoltorios de cocaína, un cun peso de 1,385 gramos e unha riqueza do 74,52% e outro con 0,569 gramos e unha riqueza de 89,93%, unha axenda de notas, recortes de plástico, unha báscula de precisión, tres botes que contiña un total de 25 gramos de marihuana e, nunha mesa de cabeceira, restos de cocaína cun peso de 0,033 gramos e unha riqueza do 86,19%. Ademais, consta como probado mediante a testifical dos axentes que, durante as labores de vixilancia realizada, puideron observar como Alonso trasladou a Sebastián, ao que estaba esperando á saída da clínica da Dr.^a Elvira, ata un parque onde, como xa dixemos, levaron a cabo numerosos intercambios de diñeiro por bolsiñas que contiñan unha substancia de cor branca que non puido ser intervida e cuxa natureza se descoñece.

Visto isto, podemos aproximar que os actos levados a cabo por Alonso parecer constitutivos dun delito de tráfico de drogas do art.368 CP na modalidade de posesión, Aínda así, debemos ter en conta a especial regulación que este artigo realiza da figura da posesión, xa que, de acordo con nel disposto, só será considerada típica a posesión “*con aqueles fins*”, é dicir, a predestinada ao tráfico de drogas. Polo tanto, a posesión tipificada no art.368 CP está composta por dous elementos, un obxectivo que se concreta na dispoñibilidade funcional da droga que lle outorgue ao suxeito a capacidade de decisión sobre á mesma, dado que, como xa vimos, non é imprescindible a tenencia material, e un subxectivo, consistente na intención de destinar a substancia de que se trate ao tráfico, cuxa proba directa resulta máis complicada por ser un elemento pertencente a esfera dos pensamentos, polo que é habitual que na práctica se recorra ao uso da proba indiciaria para acreditar esta finalidade. Sen o presuposto subxectivo de destino ao tráfico, estaríamos ante un suposto de posesión destinada ao autoconsumo, que, a pesar de ser atípica, tamén debe acreditarse mediante indicios.

No suposto que nos ocupa, o elemento obxectivo da posesión atópase plenamente acreditado dado que a incautación por parte dos axentes das diferentes doses de cocaína presentes no domicilio de Alonso constitúe proba directa da súa dispoñibilidade funcional sobre a mesma por ostentar materialmente a substancia estupefaciente. Agora ben, para aplicar este precepto debemos comprobar a concorrencia do elemento subxectivo da posesión e, para iso, é necesario determinar se a cocaína intervida no domicilio de Alonso se encontraba preordinada ao tráfico, ou ben, se pola contra o seu destino era o autoconsumo, para o cal debemos proceder ao estudio dunha serie de circunstancias, tanto da substancia como do propio Alonso, que sexan capaces de demostrar á mencionada intencionalidade.

II.4.1. Proba indiciaria da preordinación ao tráfico

Como punto de partida do estudio dos posibles indicios, comezaremos analizando a cantidade de droga intervida no domicilio de Alonso. A xurisprudencia vén considerando posesión de drogas destinada ao tráfico a tenencia daquela cantidade superior á que o consumidor empregaría para o seu consumo diario durante cinco días, baseándose nos criterios marcados polo Instituto Nacional de Toxicoloxía⁷⁴, aínda que este non é nun criterio estático dado que en cada caso concreto deberán ser valorados outros factores, tales como o tipo de droga, o grao de dependencia ou os medios económicos. Para o caso da cocaína, o aprovisionamento de substancias para o autoconsumo estableceuse en 7,5 gramos, resultado de multiplicar os 1,5 gramos diarios estimados por cinco días.

No caso de Alonso, atópanse no seu domicilio as seguintes cantidades de cocaína: dous envoltorios de cocaína, un cun peso de 1,385 gramos e unha riqueza do 74,52% e outro con 0,569 gramos e unha riqueza de 89,93%, así como restos de cocaína nunha mesa de cabeceira

⁷⁴ STS de 1 de outubro de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5891)

cun peso de 0,033 gramos e unha riqueza do 86,19%. O total da cantidade de cocaína pura provinte dos envoltorios é de 1,544 gramos, mentres que os restos da mesa de cabeceira só conteñen 0,028 gramos de cocaína base. Baseándonos nestes datos, podemos observar que a cocaína incautada non supera a cantidade establecida como aprovisionamento para o autoconsumo, e apenas supera a cantidade de consumo medio diario. Estas cantidades debemos interpretalas en conxunto coa condición coa condición de drogadicto de Alonso, a cal se pode inferir do manifestado (“siempre iba puesto”) por parte dos seus veciños aos axentes. Ambas circunstancias semellan indicar que a droga atopada no domicilio de Alonso estaba destinada ao autoconsumo, posto que, en primeiro lugar, a cocaína incautada non solo non supera a cantidade establecida como abastecemento para o autoconsumo, senón que apenas supera a cantidade de consumo medio diario, e, en segundo lugar, os restos encontrados na mesa de cabeceira resultan máis ben indicativos da posible drogadicción mencionada que dun delito de tráfico, tendo en conta ademais que, ao ser unha cantidade tan sumamente ínfima, o tráfico da mesma resultaría impune pola aplicación do *principio de insignificancia*, que considera atípica a venda de substancias que, pola súa escasa entidade, non sexan susceptibles de producir efectos no sistema nervioso⁷⁵, e, polo tanto, incapaces de producir un risco para o ben xurídico protexido.

A pesar de que todo o analizado ata agora parece conducirnos a un posible destino ao autoconsumo, e, polo tanto, a impunidade da conduta, a xurisprudencia admite a compatibilidade da condición de consumidor do suxeito de que se trate coa posesión preordinada ao tráfico. Para isto, reconece a figura do consumidor-trafficante⁷⁶, prevista para aqueles casos nos que o drogadicto utiliza o tráfico de drogas para sufragar o seu consumo, o que permite a aplicación do art.368 CP nas situacións nas que parte da droga posuída estivera destinada ao tráfico e parte ao autoconsumo. É por isto, polo que non debemos limitarnos a considerar meramente a cantidade de droga intervida, senón que debemos atender ao resto de circunstancias para descubrir se, a pesar de ser consumidor, as concretas cantidades intervidas estaban predestinadas ao tráfico.

A pureza das substancia é outro dos indicios que manexa a xurisprudencia, na medida que unha maior pureza implica maiores pasividades de que se trate dunha base para unha posterior adulteración, e, no noso suposto, a pureza da cocaína incautada é bastante alta (74,52%, 89,93% e 86,19%). Do mesmo modo, a tenencia da droga distribuída en pequenas doses considerouse como un indicio do seu posterior destino ao tráfico. No noso caso, os axentes atopan a cocaína contida en dous envoltorios con pequenas cantidades, o cal parece indicarnos que a mesma está destinada a súa posterior venda, o que, ademais, coincidiría coa posible condición de consumidor-trafficante de Alonso á que antes nos referíamos, dado que é habitual que estes se dediquen ao “tráfico individualizado” é dicir, á venda destas pequenas cantidades por constituír o último eslavón destas operacións de tráfico.

Os axentes non só interviñeron cocaína no domicilio de Alonso, senón que tamén acharon tres botes que contiñan un total de 25 gramos de marihuana. Esta variedade de substancias, así como a distribución da mesma en botes, é máis acorde coa necesidade de atender a diversidade de demanda que as necesidades do consumo propio. Debemos facer unha mención a que, nestes casos nos que se incauta unha substancia que causa grave dano a saúde, como é a cocaína, e outra que non causa ese dano, non se apreciaron dous delitos diferenciados de tráfico de drogas,

⁷⁵As doses mínimas psicoactivas foron determinadas nun informe aportado polo Instituto Nacional de Toxicoloxía a partir da solicitude da Sala II do TS no marco do Pleno non xurisdiccional do 24 de xaneiro de 2003, cuxo criterio se seguiu dende entón en virtude do Acordo non xurisdiccional de 3 de febreiro de 2005. Este informe determina que a dose mínima psicoactiva da cocaína son 0,05 gramos.

⁷⁶ STS de 27 de abril de 1995 (ECLI: ES:TS:1995:2364), STS 30 de decembro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:8527)

senón que o tráfico da substancia menos prexudicial queda absorbido polo tráfico da substancia máis danosa para a saúde. Prodúcese un concurso de normas que se resolverá, como establece o art.8.4 CP, mediante a aplicación do *principio de alternatividade*, mediante o cal o precepto penal máis grave excluíra os que castiguen o feito cunha pena menor⁷⁷. Dito isto, cómpre ter presente que no domicilio de Alonso tamén se atoparon certos instrumentos que son considerados polo xurisprudencia como indicativos do destino ao tráfico da droga que xunto a estes se encontra. Os instrumentos aos que nos referimos son a báscula de precisión, utilizada habitualmente para pesar a droga e dividila en doses para a súa posterior venda⁷⁸, os recortes de plástico⁷⁹ e a axenda de notas, na que se acostuma a levar a “contabilidade” dos actos de tráfico realizados⁸⁰. A concorrencia de todos estes elementos supón outro novo indicio de que as substancias atopadas estaban predestinadas ao tráfico e non ao autoconsumo, como semellaba nun principio.

Centrándonos agora en Alonso, cabe sinalar que a drogadicción non é a única circunstancia que o relato fáctico nos aporta sobre el, senón que tamén nos indica a existencia de antecedentes penais por condenárselle executoriamente mediante sentenza firme na data 13/01/2016 como autor dun delito contra a saúde pública. Esta anterior condena pode ser considerada como un indicio a favor da predeterminación ao tráfico da droga intervida por encontrarnos ante a posibilidade de comisión dun delito das mesmas características. Ademais, esta posible reincidencia é acorde coa condición consumidor-trafficante antes referida, xa que é probable que, mentres continúe a súa situación de dependencia, o suxeito leve a cabo a comisión de varios delitos distanciados no tempo co obxectivo de conseguir medios económicos para cubrir as súas necesidades de consumo.

Por último, no que respecta aos actos levados a cabo por Alonso durante as labores de vixilancia realizadas polos axentes, non podemos consideralos como indicativos da predeterminación ao tráfico da substancias estupefaciente atopada no seu domicilio. Como xa vimos, a falta de datos relativos á natureza da substancia intercambiada, así como de conexión con algunha substancias intervidas, impide que este poida ser considerado un acto de tráfico. Ademais, a indeterminación do vendedor e do comprador non permite a atribución indubidable da venda a ningún dos intervinientes. No referido a circular con Sebastián no coche tras baixar da clínica da Dr.^a Elvira, non se probou que o mesmo portara droga nese momento, polo que non podemos considerar este desprazamento como un acto de transporte, e polo tanto, tampouco podemos inferir a partir deste dato a predeterminación ao tráfico das substancias intervidas.

De todo o exposto anteriormente, cabe concluír que, aínda que inicialmente os indicios parecían conducirnos cara unha posible posesión destinada ao autoconsumo, dada a escasa entidade da droga incautada e a condición de drogadicto de Alonso, o resto de circunstancias analizadas, tales como, a elevada pureza da cocaína, o feito de que a mesma se encontrara distribuída en envoltorios, a variedade de substancias intervidas, a presenza de instrumentos utilizados habitualmente en supostos de tráfico, así como a comisión por parte de Alonso dun delito da mesma natureza que o que se pretende inferir, permítennos asegurar, conforme a unha interpretación lóxica das mesmas, que a cocaína posuída por Alonso se encontraba predestinada ao tráfico.

⁷⁷ STS de 25 de marzo de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:2064), STS de 19 de xuño de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2805), STS de 12 de abril de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:2137)

⁷⁸ STS de 28 de abril de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:2675)

⁷⁹ STS de 18 de decembro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:8228) e STS de 19 de xullo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:4953)

⁸⁰ STS de 22 de maio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2407)

II.4.2. Eximentes

O examinado no apartado anterior permite cualificar penalmente a conduta de Alonso como constitutiva dun delito contra a saúde pública, na modalidade de tráfico de drogas que causan grave dano á saúde, en calidade de autor do art.28 CP. Para que esta cualificación de lugar á imposición dunha pena, cómpre determinar a ausencia de causas que permitan eximir a Alonso da responsabilidade penal polos feitos que o relato fáctico lle atribúe. Para isto, estudiaremos a posible aplicación de causas eximentes, tanto completas como incompletas, da responsabilidade penal aos supostos relacionados coa drogadicción, polo cal, non repararemos naquelas, que, pola súa propia configuración non se poderían relacionar de ningunha forma con esta circunstancia.

A primeira das eximentes que vamos analizar é a eximente de anomalía ou alteración psíquica do art.20.1 CP, a cal é posible aplicar nos supostos de drogadicción cando esta sexa de tal entidade que provoque unha alteración psíquica no suxeito que lle impida comprender a ilicitude dos feitos ou actuar conforme a esa comprensión. Debemos aclarar que esta alteración non é equivalente á intoxicación plena por drogas ou ao síndrome de abstinencia, dado que, de así selo, aplicaríase a eximente especificamente prevista no art.20.2 CP. Neste caso, estámonos referindo ao chamado trastorno psicótico residual, que constitúe unha afectación da psique cuxos efectos, que se prologan máis alá no tempo que os provocados polo consumo de drogas, consisten en alteracións cognoscitivas, afectivas e da personalidade⁸¹. Non consta no noso suposto a concorrencia de ningún tipo de trastorno mental destas características en Alonso, aparte da mera drogadicción, que, como vimos, ten a súa propia eximente diferenciada, polo que debemos descartar a aplicación desta causa eximente.

En segundo lugar, referirémonos brevemente a eximente de estado de necesidade do art.20.5 CP. A posibilidade de aplicar esta eximente suscitouse naqueles supostos nos que un toxicómano trafica con estas substancias para poder satisfacer o desexo de consumilas que a súa drogadicción lle provoca, e así, poder evitar as consecuencias, tanto físicas como psíquicas do síndrome de abstinencia. A xurisprudencia rexeitou a aplicación da eximente de estado de necesidade, tanto de forma completa como incompleta, e opta por aplicar os arts.20.2 e 21.1 CP para resolver aqueles supostos nos que a exclusión ou a modulación da responsabilidade penal se derive da drogadicción⁸².

Como vemos, a drogadicción como circunstancia eximente da responsabilidade apréciase mediante a aplicación dos arts.20.2 e 21.1 CP, que constitúen a eximente e a eximente incompleta respectivamente por esta causa. Estas figuras, xunto coa atenuante simple do art.21.2 CP, configuran a drogadicción como causa que motiva unha exención ou redución da pena, co fin de outorgar unha resposta penolóxica máis axeitada ao tráfico desenvolvido no marco da delincuencia funcional, a diferenza daquel cuxo móbil é o mero ánimo de lucro. A eximente completa regula aqueles supostos nos que o suxeito comete un ilícito sen poder comprender a súa ilicitude ou actuar conforme a ela, por encontrarse nun estado de intoxicación plena polo consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, substancias psicótropas ou outras que produzan efectos análogos, sempre que fora buscado co propósito de cometela ou non fora previsto o debera preverse a súa comisión, ou atoparse baixo a influencia dun síndrome de abstinencia, a causa da súa dependencia de tales substancias. Pola súa parte, a eximente incompleta do art.21.2 CP, aplicarase cando non concorran algunha das circunstancias que se acaban de expoñer.

⁸¹ MORANT VIDAL, J., 2005. *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*. Valencia: Editorial práctica de Derecho S. L., pp.130-134.

⁸² MORANT VIDAL, J. *ob. cit.*, p.137.

Para determinar que figura cómpre aplicar neste caso, compararemos os requirimentos das mesmas, e, en base a iso, seleccionaremos a máis axeitada. En primeiro lugar, no caso da eximente completa, a adicción que motive a execución do acto ilícito debe posuír unha intensidade extraordinaria, mentres que a eximente incompleta só precisa que esta sexa grave, pero en ambos casos, requirirase que a mesma teña certa antigüidade. En segundo lugar, as consecuencias provocadas por algunha das dúas circunstancias desencadeantes deberán consistir, no caso da eximente completa, na incapacidade de comprender a ilicitude do feito ou de actuar conforme a mesma, mentres que na eximente incompleta, céntrase máis na falta de vontade para actuar conforme a esa comprensión que na ausencia desta. En terceiro lugar, a eximente completa require que, no momento de actuar, o suxeito se atope baixo os efectos dunha intoxicación plena ou do síndrome de abstinencia, mentres que a eximente incompleta rebaixa esta intensidade, necesitando dunha intoxicación non plena, un síndrome de abstinencia non habilitante ou unha dependencia que se manifieste con tal intensidade nos momentos previos a obtención da droga que sexa equiparable ao mesmo. Para acabar, en ambos casos debe ser acreditada por parte do acusado a afectación a causa da dependencia, ben da súa capacidade cognoscitiva ou ben da volitiva para actuar conforme a esta⁸³. Tras este exame dos requisitos precisos para a aplicación tanto da eximente completa como incompleta, podemos concluír que ningunha delas se aplica ao noso suposto. Ambos preceptos centra a súa atención na afectación da capacidade e ningunha destas circunstancias pode ser acreditada no noso suposto, dado que, en primeiro lugar, non consta nas declaracións dos axentes ningunha afectación destas características das facultades de Alonso, nin durante a intervención no seu domicilio nin durante o resto de labores de vixilancia que se levaron a cabo, e en segundo lugar, tampouco foron alegadas estas circunstancias polo propio Alonso.

Isto non impide a apreciación da drogadicción, dado que, ademais das eximentes completa e incompleta analizadas, o lexislador previu a posibilidade de apreciar a drogadicción a través dunha atenuante simple, regulada no art.21.1 CP. Esta circunstancia será aplicable cando a grave adicción ás substancias referidas fora a motivación da conduta criminal. A diferenza das eximentes completa e incompleta, a atenuante non entra a valorar a afectación das facultades psíquicas do individuo, senón que se centra máis no aspecto motivacional ou causal da conduta delictiva, é dicir, na existencia dunha relación causal entre o delito cometido e a carencia de drogas do suxeito⁸⁴. Porén, parte da doutrina xurisprudencial⁸⁵ considera que, aínda que se trate dunha atenuante, tamén é necesario para a súa aplicación que se encontre acreditada a concreta

⁸³ MOLINA MANSILLA, M.^a. C. *ob. cit.*, pp.159-168.

⁸⁴ Neste sentido pronúnciase a STS de 27 de xaneiro de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:542), que dispón que o art.21.2 CP “*Las SSTS. 22.5.98 y 5.6.2003 , insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla (SSTS. 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS. 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.*”

⁸⁵ Así se pronuncia a STS de 22 de marzo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2145) “*Para poder apreciarse la drogadicción, sea como una circunstancia atenuante, sea como una eximente incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia, así como a la influencia que de ello pudiera derivarse sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica afirmación de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles, permita autorizar o configurar una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS 577/2008, de 1-12 ; 315/2011, de 6- 4 ; y 1240/2011, de 17-11)*”.

influencia da drogadicción sobre o suxeito no momento de cometer os feitos. Isto suscita cuestións en canto á aplicabilidade en supostos como o noso, no que carecemos da proba concreta sobre a influencia que a drogadicción tivo nos actos examinados. Xurisprudencia, como a contida na STS de 21 de decembro de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:8340)⁸⁶, pronúnciase a favor desta aplicación sempre que se poida apreciar que estamos ante un caso de delincuencia funcional, aínda que non conste proba específica da afectación do suxeito durante a comisión do ilícito, considerando que, a presenza dunha grave adicción producirá necesariamente un comportamento compulsivo que desembocará na comisión dos delitos característicos da delincuencia funcional, é dicir, no tráfico de drogas a pequena escala.

Acolléndonos a esta argumentación, podemos concluír que no noso suposto nos atopamos ante un caso de delincuencia funcional no que a relación entre adicción e delito pode ser inferida racionalmente sen que precise proba específica. En primeiro lugar, aínda que descoñezamos a afectación das facultades psíquicas de Alonso no momento de levar a cabo os feitos delitivos, podemos inferir a gravidade da súa adicción, tanto por a frecuencia do seu consumo, deducida a partir das afirmacións de os veciños consistentes en que “siempre iba puesto”, como da súa prolongada duración no tempo, dado que a existencia dunha condena anterior podería indicar que leva sendo adicto dende o momento no que se produciu aquela, é dicir, hai máis de dous anos. En segundo lugar, o miudeo ou tráfico a pequena escala é unha das manifestacións máis típicas da delincuencia funcional asociada á droga, o que, sumado á existencia de outra condena por un delito da mesma natureza, nos leva a pensar na comisión cíclica destes delitos, característica da delincuencia funcional. Polo tanto, podemos concluír que a atenuante do art.21.2 CP sería aplicable ao noso suposto por existir unha clara relación entre a posesión destinada ao tráfico que se lle imputa a Alonso e súa grave adicción ás substancias ás que o precepto se refire.

II.4.3. Agravante de reincidencia

Ata agora valorouse unicamente a drogadicción como posible causa modificativa da responsabilidade penal, pero esta non é a única circunstancia do suposto que podería implicar unha modulación nesta responsabilidade. A circunstancia á que nos referimos non é outra que a condena de Alonso como autor dun delito contra a saúde pública na data do 13/01/2016, que posibilitaría a aplicación da agravante de reincidencia do art.22.8 CP. A aplicación desta agravante debe cumprir dúas condicións. A primeira delas refírese a que o culpable debeu ser condenado executoriamente por un delito comprendido no mesmo título deste Código, sempre que sexa da mesma natureza, e así sucede no noso suposto, dado que o delito que agora se lle imputa e o que consta como cometido nos antecedentes son ambos delitos contra a saúde pública. A segunda condición ten un carácter temporal, condicionando a aplicación desta agravante a que os antecedentes non se encontren cancelados. Para descubrir se isto se produce no noso caso debemos acudir ao art.136 CP, que recolle os prazos que, en función do tempo de condena, deben transcorrer para que se cancelen os antecedentes penais. O relato fáctico non

⁸⁶ *En el relato fáctico se declara expresamente probado que el acusado "era consumidor de heroína" pero en el fundamento jurídico tercero después de apreciar la agravante de reincidencia se excluye la aplicación de la atenuante "al no constar acreditado su grado de adicción a las drogas, ni la influencia que tal adicción haya tenido en la realización de los hechos denunciados". Esta argumentación no puede ser compartida pues es indudable que, a los efectos de la mera apreciación de la atenuante del art. 21.2º, la adicción a una droga de efectos tan devastadores como la heroína debe ser considerada grave, mientras que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica; la juventud del acusado (21 años), su adicción a la heroína y las anteriores condenas por ocho delitos de robo, puestas en relación con la naturaleza de los hechos, son claramente indicativos de un ejemplo típico de delincuencia funcional asociada a la droga.*

nos aporta o dato da condena, pero supoñendo que se lle condenara nunhas circunstancias similares ás que agora nos ocupan, podemos supoñer que se lle aplicou unha pena que roldaba os tres anos, ou, no caso de que se apreciara algunha atenuante, lixeiramente inferior aos tres anos. Estas situacións requirirían respectivamente do transcurso de cinco ou tres anos respectivamente para que os antecedentes se cancelaran, e, tendo en conta que no noso suposto solo transcorreran dous anos e catro meses dende que se produciu un novo feito delitivo, cabe concluír que os antecedentes non se encontran cancelados e que, polo tanto, a aplicación da agravante de reincidencia a Alonso é pertinente.

Tras este estudio das circunstancias exonerativas e modificativas da responsabilidade penal, podemos concluír que no noso suposto serían susceptibles de ser aplicadas a atenuante por grave adicción do art.21.2 CP e a agravante de reincidencia do art.22.8 CP. Porén, en lugar de optar por esta opción, procederemos a apreciar estas circunstancias dentro do marco da aplicación do novidoso subtipo atenuado, regulado no art.368.2 CP, e ao que dedicaremos o seguinte apartado.

II.4.4. O subtipo atenuado do art.368.2 CP

O apartado segundo do art.368 CP foi introducido no PC a partir da reforma levada a cabo pola *Lei Orgánica 5/2010*, de 22 de xuño, no marco dun reaxuste de penas levado a cabo de conformidade coa *Decisión Marco 2004/757/JAI do Consello*, de 25 de outubro de 2004, co que se pretende unha resposta máis proporcionada aos delitos cometidos no marco da delincuencia funcional á que nos referimos, como recolle a STS de 12 de abril de 2011⁸⁷. Atendendo agora á redacción do precepto, o art.368.2 CP permitirá impoñer a pena inferior en grao ás previstas no parágrafo primeiro cando concorran, nun principio, dous elementos: un relacionado coa menor antixuridicidade do feito, que se corresponde coa escasa entidade do mesmo, e outro relacionado coa menor culpabilidade do autor, referido as súas circunstancias persoais⁸⁸, e sempre que non concorra ningunha das circunstancias agravantes previstas nos arts.369 bis e 370 CP.

A escasa entidade do feito non conta cunha definición como tal. A xurisprudencia vinculouna á potencia de lesión dunha determinada acción, para cuxa determinación acudiu a criterios como a cantidade de droga ou a situación do suxeito na cadea de distribución, apreciándose a escasa entidade cando se trate dun vendedor de papelinhas que constituía o último eslavón na venta polo miúdo, sendo posuidor dunha pequena cantidade de substancias estupefacientes e padecendo drogodependencia pola súa adicción a tales substancias⁸⁹. Atendendo a estes criterios, podemos concluír a escasa entidade dos feitos do noso suposto, por, en primeiro lugar,

⁸⁷ *Este tipo penal, como el recurrente señala, ha sido incorporado a la tipicidad del delito, como consecuencia jurídica, a instancia de esta sala que quiso asegurar la proporcionalidad del delito y su pena, atendiendo a las distintas posibilidades de conductas relacionadas con el tráfico de drogas, la especial gravedad, la notoria importancia, el tipo básico, y un tipo atenuado para permitir que las conductas de tráfico de drogas, cuando por las circunstancias personal o por la escasa gravedad del hecho, revelen un menor merecimiento de pena, posibilitando esas concretas situaciones una reducción de la pena. En desarrollo de esa previsión penológica, y pese a su escaso recorrido temporal desde su promulgación, esta Sala ha atendido a situaciones que pueden ser objeto de la novedosa previsión legislativa en atención, sobre todo, a situaciones de delincuencia funcional, esto es, a supuestos en los que el autor de un hecho delictivo comercia con sustancias tóxicas para subvenir a sus propias necesidades de consumo.*

⁸⁸ STS de 15 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3759)

⁸⁹ STS de 25 de xaneiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:522). Esta sentenza dispón ademais que “a supuestos como el presente pretende dar respuesta el subtipo atenuado que examinamos, atendiendo a una menos intensa gravedad en su culpabilidad, que encaja en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, lo que determinará una reducción de pena.”

tratarse de dous envoltorios con cocaína que, no seu conxunto, non superan nin o considerado como consumo medio diario, e restos desta nunha mesa de cabeceira que non superan a dose psicoactiva, e, en segundo lugar, por enmarcarse os feitos dentro dun suposto de delincuencia funcional no que, Alonso, como consumidor-trafficante, dedica unha parte da substancia que adquire ao seu propio consumo e a outra parte á venda a pequena escala para sufragar a súa dependencia.

Pola súa parte, o segundo requisito vén constituído polas circunstancias do culpable. Estas circunstancias non se encontran limitadas ás limitativas da responsabilidade penal, senón que se inclúen todas aquelas que configuran a súa personalidade e entorno social⁹⁰, aínda que obviamente isto non impide que se poidan valorar na aplicación deste artigo, como sucede no noso caso, sempre que isto non derive nunha dobre valoración das mesmas. As circunstancias persoais que debemos considerar son a drogadicción e a reincidencia. Como vemos, a drogadicción non suscita cuestión ningunha ao ser unha das circunstancias que xustifican normalmente a apreciación do tipo atenuado. En cambio, existe unha discusión doutrinal acerca de se a existencia de reincidencia debe impedir a aplicación deste precepto. Parte da doutrina xurisprudencial estima que a concorrencia da agravante de reincidencia dá lugar á inaplicación deste subtipo atenuado, dado que evidencia unha actividade reiterada que indica habitualidade e impide estimar que nos encontremos ante unha conduta ocasional⁹¹. Pola contra, outra parte da xurisprudencia manifesta que a apreciación da agravante de reincidencia non ten por que supor, sempre e en todo caso, un obstáculo para a degradación da pena⁹². De conformidade co exposto na STS de 17 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1071), a inaplicación ao noso suposto deste subtipo, motivada unicamente pola reincidencia incorrería nesa dobre valoración negativa, aínda que posteriormente non a aplicáramos como agravante do art.22.8 CP. Isto é así porque a inaplicación por motivo de reincidencia estaría provocando a inobservancia, por un lado, da escasa entidade do feito debido a pouca cantidade obxecto de tráfico, e por outro, da condición de drogodependente de Alonso. De non proceder así, estaríamos outorgando unha gravidade excesiva á existencia dunha única condena por un feito illado no tempo, de cuxa firmeza xa transcorreran máis de dous anos.

⁹⁰ STS de 16 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:4880): *Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización punitiva. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (...) cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor.*

⁹¹ STS de 13 de abril de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2172), STS de 10 de maio de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2862) e STS de 16 de setembro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:5808)

⁹² Neste sentido é moi ilustrativa a STS de 17 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1071), que dispón que “Se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (cfr. arts. 369 bis y 370 del CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del art. 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior”.

Ademais, debemos ter en conta que a xurisprudencia permitiu a apreciación deste subtipo atenuado cando conorra claramente un dos parámetros do precepto e o outro non resulte negativo, senón simplemente neutro ou inexpressivo⁹³. Pronunciase neste sentido a STS de 19 de maio 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3376), que estima que *“es suficiente con la menor antijuridicidad de la acción para aplicar el tipo privilegiado, pues de la propia lectura del tipo se deriva que no es precisa que concurran de forma conjunta la menor antijuridicidad y la menor culpabilidad, bastando solo la concurrencia de uno de los elementos y la inoperatividad del otro”*. Esta situación é a que podemos apreciar no noso suposto, no que, como vimos, concorre a menor antixuridicidade do feito pola escasa entidade que se desprende da posesión para o tráfico de dúas papelinhas enmarcada dentro da venda a pequena escala, pero a culpabilidade resulta neutra por producirse unha cancelación mutua entre as circunstancias de drogadicción e reincidencia, o que nos leva a concluír que, efectivamente, procede a aplicación do subtipo atenuado.

II.4.5. Conclusións

Polo exposto, cualifícase a Alonso como autor criminalmente responsable dun delito contra a saúde pública, na modalidade de tráfico de drogas que causan grave dano á saúde, do parágrafo segundo do art.368 CP, sen a concurrencia de circunstancias modificativas da responsabilidade criminal, que nos sitúa nun intervalo penolóxico de 1 ano e 6 meses a 3 anos menos 1 día, e multa proporcional da metade ao tanto do valor da droga obxecto de delito. No caso de impago, será de aplicación a responsabilidade persoal subsidiaria prevista no art.53 CP, que non poderá exceder o ano de duración segundo o disposto no apartado 2 do mencionando artigo.

Así mesmo, procede a imposición da pena accesoria de inhabilitación especial para o exercicio do dereito de sufraxio pasivo durante o tempo da condena privativa de liberdade, prevista no art.56.1 2º CP, así como ao pago da terceira parte das costas procesuais, de acordo co disposto nos arts.123 e 124 CP e 239 e ss. LACrim e declárase o comiso da substancia intervida, en virtude do art.374 CP, debendo procederse a súa destrución.

Por último, poderase acordar a suspensión da pena, en virtude da facultade recoñecida no art.80.5 CP, por tratarse dunha condena inferior a 5 años cometida pola dependencia das substancias sinaladas no numeral 2.º do artigo 20 CP, a condición de que un centro ou servizo público ou privado debidamente acreditado u homologado certifique que o condenado se encontra deshabituado ou sometido a tratamento para tal fin no momento de decidir sobre a suspensión.

III. A intervención cirúrxica realizada a María Luisa

Neste epígrafe analízase a posibilidade de que a intervención cirúrxica levada a cabo para extraer a cocaína do corpo de María Luisa puidera ser constitutiva dunha vulneración do dereito á integridade física recoñecido no art.15 CE, e, en consecuencia, a incidencia que esta vulneración tería na utilización da cocaína extraída na intervención como un medio válido de proba.

III.1. A ausencia de vulneración do art.15 CE

Para determinar se existiu ou non a vulneración deste dereito, a primeira cuestión que importa é se María Luisa consentiu ou non a intervención cirúrxica mencionada no suposto. A licitude dunha intervención cirúrxica encóntrase condicionada á existencia de consentimento, de forma

⁹³ STS de 15 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3759).

que forzar a alguén sen o seu consentimento ou mediante o uso da forza física a someterse a unha determinada intervención constituirá unha vulneración do dereito á integridade física do art.15 CE, ao supoñer un trato degradante prohibido por este mesmo precepto. Así aparece regulado no art.5 do *Convenio para a protección dos dereitos humanos e a dignidade do ser humano con respecto ás aplicacións da Bioloxía e a Medicina*, de 4 de abril de 1997, (en adiante, Convenio de Oviedo) que dispón que unha intervención no ámbito da sanidade só poderá efectuarse despois de que a persoa afectada dera o seu libre e informado consentimento, e no art.8 da Lei 41/2002, de 14 de novembro, *básica reguladora da autonomía do paciente e de dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica* (en adiante, Lei de autonomía do paciente), que recolle este mesmo requisito. Con todo, esta necesidade xeneralizada de consentimento conta cunha excepción referida a aquelas situacións de urxencia nas que non poida obterse o consentimento axeitado. nestes casos, o art.8 do Convenio de Oviedo e o art.9 da Lei de autonomía do paciente permiten que a intervención se leve a cabo sempre que sexa indispensable e en favor da saúde da persoa afectada. A pesar disto, descártase a aplicación dos mencionados artigos, dado que, aínda que non cabe dúbida de que estamos ante unha situación de urxencia que require unha intervención inmediata polo grave risco para a saúde que supón ter unha substancia tóxica no interior do corpo, non existe a imposibilidade de recebar o consentimento de María Luisa ao atoparse esta en disposición de prestalo.

María Luisa estaba en condicións de prestar consentimento, e, a pesar disto, no suposto non consta que prestara consentimento verbal ou escrito para a realización da intervención cirúrxica, pero isto non nos leva á necesaria conclusión de que non existira ou de que María Luisa fora forzada a someterse a intervención. En primeiro lugar, María Luisa accede voluntariamente a ser sometida a un exame radiolóxico, tras o cal, ante o inminente descubrimento do delito, ela mesma confesa que portaba a substancia no seu interior. Tendo isto en conta, non parece realista que existira unha oposición a esta intervención xa que resulta difícil concibir que, tras unha confesión que sen lugar a dúbida vai provocar unha serie de actuacións tendentes a retirar a substancia tóxica do seu organismo, María Luisa se opuxera á mesma tras ser ela quen propiciou nun primeiro momento que as mesmas se leven a cabo. Por outro lado, a súa negativa sería inútil dado que a mesma daría lugar a actuación da autoridade xudicial suplindo o seu consentimento e autorizando a intervención, posibilidade da que María Luisa debía ser consciente por ser ela quen provocou a súa detención coa confesión dos feitos. Polo tanto, a falta de consentimento para a realización da intervención non só sería absolutamente contraditoria cos seus actos, senón que tamén poñería en perigo a súa saúde.

Porén, aínda que o máis probable é que houbera consentimento para levar a cabo a cirurxía, o certo é que este non se encontra acreditado por escrito tal e como obriga o art.8.2 da Lei de autonomía do paciente, cuxa falta non se pode suplir unicamente mediante a inferencia realizada a partir da existencia dunha confesión, polo que non podemos considerar acreditado con total certeza e sen que caiba dúbida razoable que existira consentimento. Ao mesmo tempo, nada do exposto nos antecedentes nos indica que María Luisa se negara a esta intervención ou fora forzada á mesma tras mostrar a súa oposición, así como tampouco consta que se negara ao traslado ao hospital ou a ningunha das actuacións preparatorias para a intervención cirúrxica.

Agora ben, a falta de certeza sobre o consentimento de María Luisa non implica necesariamente unha vulneración automática do art.15 CE, debendo analizar se as condicións nas que a intervención se produciu a cualifican como tortura ou trato inhumano ou degradante, e, polo tanto, como vulneradora do dereito a integridade física. Para isto, debemos referirnos á STEDH de 7 de outubro de 2008 (ECLI:CE:ECHR:2008:1007JUD003522803), sobre o caso Bogumil c. Portugal, no que concorren circunstancias moi similares as que agora tratamos, dado que, igual que no noso suposto, lévase a cabo unha intervención cirúrxica para retirar cocaína do

interior do corpo do recorrente, que manifesta que a intervención se fixo sen o seu consentimento, o cal non foi considerado como acreditado polo Tribunal. Con todo, o TEDH non considerou vulnerado o art.3 do Convenio Europeo de Dereitos Humanos (en adiante, TEDH), que, da mesma forma que o art.15 CE, recoñece o dereito a non ser sometido a torturas, tratos inhumanos ou degradantes. Por torturas, tratos inhumanos ou degradantes, cabe entender *“aquellos padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”*, de acordo coa definición contida na STC de 27 de xuño de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:120). Esta sentenza tamén recolle as bases sentadas pola xurisprudencia do TEDH, adoptada polo TC, sobre o mencionado art.3 CEDH, que consideran inhumano aquel trato que de lugar a sufrimentos dunha especial intensidade e degradante aquel que provoque humillación ou sensación de envilecemento que alcance un nivel determinado de gravidade⁹⁴. Este nivel, de acordo co establecido polo TEDH no ap.68 da STEDH de 7 de outubro de 2008, dependerá do *“conjunto de los datos de la causa, concretamente de la duración del trato y de sus efectos físicos y mentales, así como, en ocasiones, del sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”*.

Unha intervención cirúrxica practicada en contra da vontade ou forzando fisicamente a un paciente podería ser considerada trato inhumano ou degradante, pero cómpre ter en conta que María Luisa se encontraba detida. Isto sitúaa no marco dunha relación de subxección especial respecto do Estado, que poderá dar lugar a limitacións dos seus dereitos, de maneira que o que podería representar unha vulneración dos dereitos fundamentais dun cidadán en liberdade non pode sen máis considerarse como tal tratándose dun recluso⁹⁵. A existencia desta relación obriga aos Estados, en virtude do art.3 CEDH, a protexer a identidade física das persoas privadas de liberdade proporcionándolles a atención médica que precisen. Esta obriga tamén se encontra recoñecida na referida STC de 27 de xuño de 1990⁹⁶. A necesidade médica é un aspecto clave destas intervencións, dispoñendo a STEDH de 7 de outubro de 2008 que unha medida ditada por unha necesidade terapéutica, dende o punto de vista das concepcións médicas establecidas, non pode en principio considerarse inhumana ou degradante. A STEDH de 11 de xullo de 2006 (ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000), referida ao caso Jalloh c. Alemaña⁹⁷, pronúnciase a no mesmo sentido, engadindo como exemplo desta medida terapéutica a alimentación forzosa de reclusos en folga de fame. Esta mesma situación trátase na STC de 27 de xuño de 1990, que dispón que non poderá ser considerada trato degradante aquela *“intervención médica, que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la lex artis, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad”*.

⁹⁴ STC de 22 de maio de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:65)

⁹⁵ STC de 21 de xaneiro de 1987 (ECLI:ES:TC:1987:2)

⁹⁶ *“La asistencia médica se impone en el marco de la relación de sujeción especial que vincula a los solicitantes de amparo con la Administración penitenciaria y que ésta, en virtud de tal situación especial, viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia; deber que le viene impuesto por el art. 3.4 de la LOGP, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 de la Constitución como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, y que tiene por finalidad, en el caso debatido, proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas”*.

⁹⁷ *A measure which is of therapeutic necessity from the point of view of established principles of medicine cannot in principle be regarded as inhuman and degrading. This can be said, for instance, about force-feeding that is aimed at saving the life of a particular detainee who consciously refuses to take food. The Court must nevertheless satisfy itself that a medical necessity has been convincingly shown to exist and that procedural guarantees for the decision, for example to force-feed, exist and are complied with.*

A intervención cirúrxica realizada a María Luisa enmárcase na finalidade terapéutica á que nos vimos referindo, dado que non cabe dúbida do grave risco que para a súa saúde supoñía o feito de portar unha substancia tóxica no interior do corpo. De ningunha forma unha intervención levada a cabo de forma urxente co obxectivo de evitar unha intoxicación, que acabaría provocando a morte, debe ser considerada un acto degradante e inhumano. Aínda que no noso caso a intervención proporciona unha proba directa para imputar a María Luisa un delito de tráfico de drogas, non foi a procura de probas, senón o risco para a súa saúde a que propiciou esta intervención urxente, dado que, ao confesar e encontrarse detida, non existía risco de desaparición das mesmas, e, polo tanto, non concorria necesidade urxente de intervención por ese motivo. Ademais, o ap.70 da STEDH de 11 de xullo de 2006 dispón que unha intervención realizada en contra da vontade dun deito motivada unicamente pola necesidade de obter as probas non implicaría necesariamente a vulneración dos arts.3 e 8 do CEDH, debendo atender ás circunstancias do caso concreto⁹⁸.

A finalidade terapéutica desta intervención non descarta de forma automática a posibilidade de que a mesma puidera ser considerada un trato inhumano ou degradante. Con isto referímonos a que unha intervención médica que inicialmente non vulneraría o art.15 CE podería chegar a considerarse un trato degradante ou inhumano se se leva a cabo dunha forma ou cuns medios degradantes ou que provoquen sufrimentos innecesarios. Algúns dos criterios a valorar aparecen mencionados na STEDH de 7 de outubro de 2008, entre os que se encontran: *“fuertes dolores o sufrimientos físicos, si fue ordenada y practicada por médicos, si la persona en cuestión fue objeto de una vigilancia médica constante y, por último, si tal intervención llevó consigo un agravamiento del estado de salud del interesado y tuvo consecuencias a largo plazo para su salud”*. No noso suposto, a intervención cirúrxica practicada era a forma menos lesiva de extraer a substancia tóxica, foi realizada por médicos no Hospital Carlos III, non se alega que a mesma lle provocara dores ou sufrimentos de ningún tipo, así como tampouco que producira ningunha secuela ou consecuencia na saúde de María Luisa. Para acabar, tampouco se alude en ningún momento ao emprego da forza física para levala a cabo, o que en si mesmo implicaría un trato degradante, incompatible co mencionado art.15 CE.

En resumo, a intervención cirúrxica foi proporcional, por ser a forma menos gravosa de cumprir coa obrigaición imposta ao Estado de protexer a integridade física das persoas privadas de liberdade, así como, salvagardar a saúde e a vida de María Luisa, necesaria, ante o grave risco ao que se encontraba exposta dada a posibilidade de rotura dalgunha das bolsas de cocaína, e respectuosa co contido esencial do dereito polos medios cos que foi realizada. Polo tanto, debemos concluír, igual que o TEDH na súa sentenza, que se mantivo un equilibrio xusto entre o interese xeral, consistente en protexer a saúde e o dereito da demandante á protección da súa integridade física e moral, e que, polo tanto, non existiu vulneración do dereito á integridade física recollido no art.15 CE.

III.2. O valor probatorio da cocaína

Neste apartado, analízase como a vulneración dos dereitos fundamentais provocada polos medios a partir dos cales se obtivo unha proba pode afectar a súa valoración no proceso. No noso suposto, non se puido acreditar de forma fidedigna a concorrencia de consentimento para a realización da intervención, o cal nos leva a cuestionarnos se a mera existencia dalgunha dúbida en relación cunha posible vulneración de dereitos é suficiente para que a proba non deba

⁹⁸ *Even where it is not motivated by reasons of medical necessity, Articles 3 and 8 of the Convention do not as such prohibit recourse to a medical procedure in defiance of the will of a suspect in order to obtain from him evidence of his involvement in the commission of a criminal offence. Thus, the Convention institutions have found on several occasions that the taking of blood or saliva samples against a suspect's will in order to investigate an offence did not breach these Articles in the circumstances of the cases examined by them.*

ser valorada, ou se, pola contra, a alta probabilidade de que existira consentimento permite valorala.

Para resolver esta cuestión acudiremos ao disposto na STS de 29 de outubro de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4724), que trata un suposto moi similar ao noso, e na que o Tribunal conclúe que non caben nulidades presuntas en relación coa proba, é dicir, que para descartar a valoración dunha proba se debe alegar un feito de tal entidade que leve a considerar máis probable a ilicitude que a licitude da proba. Unha alegación de vulneración dos dereitos fundamentais sen unha base probatoria minimamente sólida non se considera suficiente como para excluír a valoración da proba. Esta non se rexe da mesma forma que a culpabilidade, é dicir, non é preciso que para valorar a proba exista unha confirmación máis alá de toda dúbida razoable de que os dereitos non foron vulnerados, confirmación que si se necesita para apreciar a culpabilidade. O principio *in dubio pro reo* non se entende ata o punto de que a falta de certeza absoluta sobre determinadas probas impida a súa valoración. Da mesma forma, a presunción de inocencia non invita a presumir a ilegalidade da proba ata que se acredite o contrario. Outra interpretación levaría a presumir que as actuacións xudiciais e policiais serán vulneradoras de dereitos ata que non se acredite o contrario, cando, en realidade, a carga da proba pesa sobre quen alega que as mencionadas actuacións foron vulneradoras de dereitos. Por todo isto, ante a falta de probas apropiadas e suficientes para demostrar que a falta de consentimento e a consecuente ilicitude da proba é mais probable que o suposto contrario, debemos concluír que a cocaína extraída mediante a intervención cirúrxica podería ser considerada coma un medio válido de proba, en base ao cal María Luisa poderá ser condenada por un delito de tráfico de drogas.

Agora ben, se de acordo co exposto no enunciado a intervención cirúrxica realizada fora constitutiva dunha vulneración do art.15 CE, as consecuencias respecto da validez deste medio de proba serían completamente distintas. Para analizar estas consecuencias, debemos referirnos, en primeiro lugar, ao art.11.1 LOPX, que dispón que non producirán efecto as probas obtidas, directa ou indirectamente, violentado os dereitos ou liberdades fundamentais. Por indirectamente, o TC entende que a norma inclúe aquelas ocasións nas que a vulneración dun dereito fundamental non aporta directamente unha proba, pero da lugar, de forma mediata, á obtención doutra. Este sentido do precepto implica, non só que non é posible valorar as probas obtidas directamente coa vulneración dun dereito fundamental, senón tamén que non poden ser utilizados legalmente como medios de investigación ou como datos para iniciar ou orientar unha investigación penal aqueles que foran obtidos violentado os dereitos ou liberdades fundamentais⁹⁹.

A esta prohibición de valoración das probas obtidas mediante a vulneración de dereitos fundamentais referiuse por primeira vez o TC na STC de 29 de novembro de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114), establecendo que a falta de previsión constitucional da prohibición de valorar en xuízo probas obtidas con vulneración de dereitos fundamentais substantivos non implica que se deban ignorar as garantías propias do proceso (art.24.2 CE) nin aceptar unha confirmación institucional da desigualdade entre as partes no xuízo, e que, polo tanto, en virtude da súa contradición co dereito fundamental afectado e coa idea de proceso xusto, debe considerares prohibida pola Constitución. A determinación de que probas se deberían ver afectadas por esta prohibición de valoración deu lugar a dúas correntes xurisprudenciais no TC¹⁰⁰. A doutrina clásica, utilizada en sentenzas como a STS de 18 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:2687), céntrase no *efecto indirecto ou reflexo* da vulneración do dereito fundamental, estendendo a prohibición de valoración a aquelas probas que, a pesar de obterse

⁹⁹ STS de 12 de febreiro de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:597)

¹⁰⁰ STS de 21 de xullo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3511)

licitamente, se baseen, apoien ou deriven dunha ilícita. Polo tanto, só estarían excluídas do previsto no art.11.1 LOPX aquelas probas que non teñan conexión causal coa ilícitamente practicada. Unha segunda corrente xorde coa STC de 2 de abril de 1998 (ECLI:ES:TC:1998:81), a *doutrina da conexión de antixuridicidade*, que establece un criterio máis flexible. Segundo esta doutrina, para que opere a prohibición de valoración das probas reflexas ou derivadas, ten que concorrer un nexo, non só causal ou natural entre a proba ilícita e a derivada, senón que tamén ten que existir unha conexión de antixuridicidade que permita estender a estas últimas a prohibición de valoración. Algúns criterios idóneos para excluír a conexión de antixuridicidade son o descubrimento inevitable, o vínculo atenuado entre a proba ilícita e a reflexa, o achado casual, a fonte independente, a ponderación de intereses, a autoincriminación do imputado no plenario¹⁰¹...

No caso que estamos a tratar, a proba cuxa valoración se discute obtívose directamente da vulneración dun dereito fundamental. Poderíamos cuestionarnos unha posible aplicación da mencionada *doutrina do descubrimento inevitable*, prevista para aqueles casos nos que razoablemente se chegara á obtención do dato relevante por vías lícitas e independentes¹⁰², dado que, aínda que María Luisa non confesara que portaba cocaína nos implantes mamarios, o descubrimento da mesma era inminente por parte das autoridades tras detectar a presenza dalgo estraño na radiografía, polo que, o resultado, é dicir, a obtención da cocaína a partir da intervención cirúrxica sería idéntico. Porén, aquí suscítase que esta intervención se realice vulnerando o dereito á integridade física, ben por ser forzada a someterse á mesma tras a súa negativa ou por realizarse a través de medios que permitan considerala un trato inhumano ou degradante. Con isto referímonos a que, independentemente de que a intervención cirúrxica se practique pola confesión de María Luisa ou polo descubrimento dos axentes da droga, se esta se levara a cabo vulnerando o art.15 CE, a proba obtida non podería desvincularse da vulneración. En conclusión, a proba obtida, é dicir, a cocaína portada nos implantes sería materialmente inseparable da intervención cirúrxica mediante a que se vulnera o art.15 CE, e, polo tanto, deberíamos excluír a súa valoración¹⁰³. Ao constituír esta proba todo o acervo probatorio contra María Luisa e ser a mesma declarada ilícita, non cabería outra consecuencia que ditar a favor dela unha sentenza absolutoria do delito de tráfico de drogas que se lle imputaba.

IV. O procedemento de extradición

Para responder de forma axeitada ás cuestións que se nos propoñen, estruturaremos este epígrafe referíndonos, en primeiro lugar, a posibilidade e desenvolvemento do procedemento de extradición de Sebastián dende Brasil, e en segundo lugar, analizaremos esta mesma cuestión supoñendo que a fuxida se producira a un Estado Membro da Unión Europea, comparando as diferenzas e similitudes entre ambos procedementos.

¹⁰¹ STS de 14 de decembro de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4152)

¹⁰² STS de 12 de febreiro de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:597)

¹⁰³ STC de 31 de maio de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:94) e de 10 de febreiro de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:22): “*De modo que, cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto -esto es, con independencia de las circunstancias del caso- tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales*”.

IV.1. Dende Brasil

A extradición baséase no principio de cooperación entre Estados, cuxa orixe se encontra vinculada a pactos políticos a través dos cales se superaba o *principio de soberanía territorial* para facer fronte á delincuencia internacionalizada. Este principio permite, por tanto, facer a posibilidade de perseguir e axuizar a conduta daquelas persoas que pretenden subtraerse da xurisdición do Estado, delimitada territorialmente como norma xeral (art.23.1 LACrim). Esta cooperación estará baseada na reciprocidade¹⁰⁴, que busca establecer unha situación de paridade entre os Estados dende unha perspectiva formal e política e evitar abusos de poder por parte dalgún deles.

Ademais do principio de colaboración, existen outros principios que caracterizan esta figura, entre os que cabe mencionar o de legalidade, especialidade e dobre incriminación. Comezando polo *principio de legalidade*, a súa aplicación ao proceso de extradición da lugar a dúas consecuencias. A primeira delas consiste en que os feitos que se imputen á persoa obxecto de extradición deben estar tipificados como delitos antes da súa comisión (*nullum traditio sine lege*), e como veremos, esta tipificación debe producirse tanto n Estado requirente como no requirido, derivándose desta necesidade o principio de dobre incriminación ao que logo nos referiremos. O delito de que se trate debe ser susceptible de extradición, é dicir, ninguén poder ser entregado senón en virtude dun delito incluído nun Convenio de extradición, ben mediante o sistema de lista cerrada ou de lista aberta, ou, subsidiariamente, cando a extradición resulte procedente en virtude da aplicación do principio de reciprocidade ao que antes aludimos. Desta tipificación adoitan excluírse os delitos de escasa entidade (*principio minimis non curat praetor*), dado que, dende as orixes da extradición se considerou que esta debe limitarse aos delitos máis graves que causen unha maior alarma e reprobación social¹⁰⁵. Un exemplo disto atópase no art.2.1 do *Tratado de extradición entre o Reino de España e a República Federativa do Brasil*, feito en Brasilia no 2 de febreiro de 1988 (en adiante, TEEB), que limita este procedemento a “*aquellos hechos para los que las Leyes del Estado requirente y del Estado requerido impongan una pena privativa de libertad superior a un año*”, excluíndo, por tanto, os castigados cunha pena inferior. Exclúense tamén da extradición, por razón da súa natureza, o delitos políticos e militares. A segunda consecuencia derivada do principio de legalidade consiste en garantir a ausencia de arbitrariedade dos Estados á hora de resolver sobre a procedencia da entrega. O art.13.3 CE reflexa este principio ao condicionar o proceso de extradición ao disposto nos tratados e leis. Ademais, a regulación deste procedemento a través de disposicións normativas proporciona unha maior seguridade xurídica, o que será fundamental para garantir que os dereitos fundamentais da persoa obxecto de extradición non sexan vulnerados.

Esta non é a única garantía coa que conta o entregado nun procedemento de extradición. Outra delas vén dada polo *principio de especialidade*, que implica que o suxeito solo poderá ser obxecto de axuizamento ou condena por aqueles feitos que motivaron a solicitude de extradición. Este principio encóntrase expresamente recoñecido no art.5.1 b) TEEB, que

¹⁰⁴ Á reciprocidade refírese o art.13.3 CE, que condiciona a concesión da extradición ao seu cumprimento, así como o art.277 LOPJ, que determina a aplicación subsidiaria do principio de reciprocidade aos tratados e convenios internacionais. Pola súa parte, os arts.827 3º LACrim, referidos á extradición activa, permite proceder cando resulte pertinente en virtude do principio de reciprocidade e en defecto de tratados ou de dereito escrito ou consuetudinario. Por último, o Tratado de extradición entre España e Brasil, ao que nos debemos referir para resolver las cuestións formuladas, menciona a expresión “reciprocamente” no seu art.1, confirmando o principio de reciprocidade como inspirador das relaciones que neste instrumento se regulan.

¹⁰⁵ GARCÍA SÁNCHEZ, B., 2005. *La extradición en el ordenamiento español, internacional y comunitario*. Granada: Editorial Comares, p.200.

condiciona a súa aplicación ao consentimento do individuo, de forma que, se o consentira, ou ben expresamente e libremente, ou ben, tacitamente permanecendo durante un prazo superior a trinta días no territorio do Estado onde foi xulgado, podería ser sometido a axuízamento por feitos anteriores aos que motivaron a solicitude de extradición. Cuestión distinta é o cambio de cualificación dos feitos, que na medida que non dea lugar a unha persecución por feitos distintos, non afectará a este principio. Así aparece previsto no art.5.2 TEEB, que dispón que un cambio na cualificación delitiva do feito imputado durante a extradición permite continuar coa mesma sempre que esta nova cualificación delitiva se integre dentro dos delitos susceptibles de extradición.

Por último, o *principio de dobre incriminación ou de identidade normativa* obriga a que os feitos polos que se solicita a extradición se atopen tipificados como delito tanto na lexislación do Estado requirente coma na do requirido. Como sinalábamos, este principio está moi relacionado co de legalidade, dado que, mentres este último obriga a que o delito sexa susceptible de extradición en virtude do concreto instrumento regulador deste procedemento, o principio de dobre incriminación obriga a que os feitos se encontren tipificados na normativa penal de ambos Estados. A dobre incriminación baséase en que a extradición é un proceso que exige a colaboración de dous Estados, e que, polo tanto, debe respectar na mesma medida ambos ordenamentos xurídicos, sen dar prioridade a unha cualificación penal sobre a outra. A necesidade de tipificación por parte do Estado requirente é imperativa, dado que, do contrario, non estaría lexitimado para iniciar o proceso de extradición. En canto ao Estado requirido, a necesidade de tipificación fúndase en que ningún Estado pode ser obrigado a prestar auxilio ou colaboración a outro en virtude de feitos irrelevantes dende o ámbito da súa normativa penal¹⁰⁶, dado que do contrario, estaríamos ante unha vulneración tanto da súa propia soberanía como dos principios de legalidade, igualdade e seguridade xurídica, ao dárselle distinto trato á persoa obxecto de extradición que as que cometen este feito no territorio do Estado requirido¹⁰⁷. En canto á identidade delitiva entre os preceptos reguladores do delito, o TC¹⁰⁸ declarou que a dobre incriminación non implica a identidade das normas penais en todos os aspectos, debendo cumprir só coa consideración de delito e cunha penalidade mínima. A isto refírese o art.2.1 TEEB, que ademais de recoñecer o principio de dobre incriminación, dispón que para cualificar un feito serán irrelevantes aspectos como as circunstancias modificativas e a denominación do delito.

Agora que coñecemos os principios que configuran a extradición, haberá que determinar se o Estado español podería solicitar a extradición de Sebastián. Esta institución posúe dúas vertentes, a activa e a pasiva, que non son máis que manifestacións dun mesmo procedemento, diferenciadas en se o contemplamos dende a posición do Estado que realiza a petición ou dende o que a recibe. No noso caso, estudiaremos o procedemento de extradición pasiva, regulado nos arts.824 e 833 LACrim, dado que é o Estado español (Estado requirente) o que recama a entrega dunha persoa a outro Estado, Brasil (Estado requirido). A extradición configúrase como unha institución de natureza mixta, tanto política como xurisdiccional, polo que o seu procedemento contará cunha fase xudicial e cunha fase administrativa. Que o procedemento de extradición comece cunha fase de carácter xudicial é lóxico, na medida en que a extradición constitúe un mecanismo de auxilio xudicial cuxo obxectivo é facilitar o desenvolvemento dun determinado proceso penal a pesar das limitacións xeográficas da xurisdición penal. Este mecanismo concrétese nunha solicitude de entrega por parte do Estado requirente que pode producirse, ou ben, co fin de asegurar a presenza do imputado no mencionado proceso, sempre

¹⁰⁶ GÓMEZ CAMPLEO, E., 2005. *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*. Burgos: Universidad de Burgos, p.85.

¹⁰⁷ GARCÍA SÁNCHEZ, B. *ob. cit.*, p.208.

¹⁰⁸ STC de 20 de maio de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:102)

que existan indicios racionais de responsabilidade pola comisión dun delito, ou ben co fin de executar unha sentenza firme de condena previamente imposta. No suposto indícase que a fuxida de Sebastián se produciu antes de que dera comezo o proceso, polo que é ao primeiro dos fins expresados ao que responderá o procedemento que nos ocupa.

A solicitude de extradición require a concorrencia duns determinados requisitos formais, precisos tanto para garantir os dereitos do reclamado como para a resolución axeitada do procedemento por parte do Estado requirido. En relación con isto último encóntrase o primeiro dos requisitos que cómpre analizar, consistente na aportación de documentos suficientes, regulados no art.9 TEEB¹⁰⁹, coa finalidade de proporcionar ás autoridades xudiciais do Estado requirido o coñecemento necesarios dos feitos cometidos polo suxeito co obxectivo de que poida pronunciarse sobre a procedencia da extradición. Os referidos documentos deberán presentarse cunha tradución á lingua do Estado requirido, exceptuando a solicitude de prisión preventiva en casos de urxencia (art.9.5 TEEB). Por último, cabe aludir á necesidade de *ausencia de litispendencia*, así como de *non bis in idem*, prevista no art.4.1 b) TEEB. A ausencia de litispendencia condiciona a extradición a que non exista unha duplicidade de solicitudes idénticas, tanto no referido ao Estado e órganos xurisdiccionais que a realizan como ao contido da mesma (suxeito, obxecto e *causa petendi*). O *principio non bis in idem* condiciona o proceso de extradición a que o suxeito non fora axuizado anteriormente polos mesmos feitos que fundamentan a petición.

Ademais destes requisitos formais, cómpre comprobar o cumprimento dos requisitos materiais, comezando pola competencia. Para que o procedemento de extradición se leve a cabo é preciso que concorran a competencia para coñecer o delito do Estado requirente e a falta desta no Estado requirido. No referido a competencia para coñecer do Estado requirente, remitímonos ao primeiro epígrafe deste traballo no que analizamos as circunstancias, reguladas no art.23 LOPX, que permiten a xurisdición penal española coñecer de determinados feitos. No caso de Sebastián, a xurisdición española é competente para coñecer dos feitos levados a cabo por el, en virtude do art.23.1 LOPX, que, como vimos, determina a competencia da xurisdición penal para coñecer dos feitos cometidos no territorio español, con independencia da nacionalidade, colombiana no cas de Sebastián, do suxeito activo. Ao mesmo tempo, o Estado requirido deberá crecer de competencia para coñecer a título principal, excluíndose en favor do Estado requirente se aquela fora meramente subsidiaria. A isto refírese o art.4.1 a) TEEB, ao dispoñer que non se concederá a extradición cando o Estado requirido fora competente, segundo as súas leis, para xulgar o delito. Pola súa parte, o art.3 TEEB rexeita a extradición naqueles supostos nos que a persoa reclamada fora nacional do Estado requirido, en virtude do *principio de non entrega de nacionais*, por entenderse que o vínculo da nacionalidade entre o suxeito e o Estado requirido é máis forte que o que une ao delito co territorio onde se cometeu¹¹⁰. Non semella que, no noso suposto, Brasil ostente a competencia para coñecer deste delito, ao non ser Sebastián nacional deste Estado nin cometerse alí o feito delitivo.

¹⁰⁹ Estes documentos atópanse regulados, no noso caso, no art.9 TEEB, que no seu apartado 1 dispón que cando se trate dun individuo non condenado presentárase orixinal ou copia auténtica do auto de prisión ou de un acto procesual equivalente, emanado da autoridade estranxeira competente. Pola súa parte, o apartado 2 do mesmo artigo require que estes documentos indiquen o feito imputado, a data e o lugar de comisión, os datos para a comprobación da identidade da persoa reclamada, os preceptos legais aplicables no Estado requirente, os que fundamenten a súa competencia e as disposicións legais relativas á prescrición da acción penal ou da pena. Xunto con estes documentos aportaranse as probas pertinentes para demostrar a presenza do imputado no Estado requirido.

¹¹⁰ Este principio encóntrase recollido tamén no art.826 3º LACrim, que limita a extradición aos estranxeiros que se refuxiaran nun país que non fora o seu, debendo ser axuizados en España.

Unha vez determinado que a xurisdición española é a competente para coñecer dos fetos que se lle imputan a Sebastián, cómpre precisar o órgano competente para levar a cabo a solicitude de extradición. O art.828 LACrim dispón que o Xuíx ou Tribunal que coñeza da causa na que estivese procesado o reo ausente en territorio estranxeiro será o competente para pedir a súa extradición. Aplicando este precepto ao noso caso, podemos concluír que a competencia correspondería ao Xulgado de Instrución que corresponda dentro do partido xudicial de Madrid, xa que o obxecto da solicitude de extradición de Sebastián é proceder ao seu axuizamento. Excepcionalmente, a competencia podería corresponder á Audiencia Provincial de Madrid cando as causas que permitan solicitar a extradición se produzan no momento procesual no que se encontre coñecendo da causa. O procedemento de extradición poderase iniciar, de acordo cos arts.824 e 829 LACrim, de oficio ou instancia de parte se o imputado foxe tras a apertura do xuízo oral e antes de emitirse sentenza, ou ben tras a súa emisión por medio dunha petición ao Ministerio Fiscal. Contra o auto acordando ou denegando pedir a extradición poderá interpoñerse recurso de apelación, se fose ditado por un Xuíx de Instrución, segundo o disposto no art.830 LACrim.

A viabilidade da solicitude de extradición encóntrase condicionada a existencia de competencia e ao cumprimento dos mencionados requisitos formais, aos que cómpre engadir o previsto no art.825 LACrim, consistente en que en que ditara un auto motivado de prisión ou recaído sentenza firme contra os acusados obxecto do procedemento. Este requisito fundaméntase na propia finalidade da extradición, que, no noso suposto, consiste en garantir a presenza do imputado no proceso para poder proceder ao seu axuizamento. Para garantir esta presenza, adoptárase unha medida cautelar, e como o suxeito se atopa fóra do alcance da xurisdición do Estado, será preciso solicitar e conseguir o auxilio xudicial das autoridades do Estado onde se atope para executala e así asegurar a súa presenza no proceso. Este requisito só se entenderá cumprido cando conorra auto de prisión, sen que sexa suficiente co de procesamento, a pesar de que é neste último no que se adoptan as mencionadas medidas cautelares.

Convén recordar que, en cumprimento do *principio de legalidade* e de acordo co art.827 1º LACrim, para que a solicitude de extradición sexa válida deberá producirse en relación con algún dos delitos previstos polos tratados vixentes coa potencia en cuxo territorio se atopase o individuo reclamado. O art.2.1 TEEB dispón que darán lugar a extradición aqueles feitos para os que as Leis do Estado requirente e do Estado requirido impoñan unha pena privativa de liberdade superior a un ano, independentemente das circunstancias modificativas e da denominación do delito, reflexando así o *principio de dobre incriminación* e o *principio de exclusión dos delitos de escasa gravidade*. Os delitos que se lle imputan a Sebastián cumpren cos requisitos necesarios para provocar a extradición. O delito de falsidade en documento público encóntrase previsto en ambos ordenamentos, no art.392.1 CP e no art.297 Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de decembro de 1940, *polo que se aproba o Código Penal de Brasil*, cunha pena privativa de liberdade de 6 meses a 3 anos e de 2 anos a 6 anos respectivamente. En canto ao delito de tráfico de drogas, a pesar de que no epígrafe concerninte a cualificación penal de Sebastián concluíuse que non existen indicios de abondo como para considerar probada a comisión dun acto de tráfico, esta falta de indicios non impide que os seus actos deban ser axuizados no proceso penal correspondente.

Aínda que o art.2.3 TEEB establece que no caso de pluralidade de delitos é suficiente para con que os requisitos se cumpran respecto dalgún deles, debemos sinalar que o tráfico de drogas sería un delito extraditábel por atoparse previsto tanto no art.368 CP cunha pena de 3 a 6 anos, e no art.33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, *do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas*, cunha pena de cinco a quince anos. Estes delitos impútanselle a

Sebastián como autor, tamén procedería a extradición respecto de cómplices e encubridores e calquera que fora o grao de execución do delito (art.3.4 TEEB).

Por último, o art.826 LACrim determina sobre que suxeitos pode recaer a solicitude de extradición, incardinándose o noso caso no apartado 3º, referido aos estranxeiros que debendo ser xulgados en España, se refuxiaron nun país que non sexa o seu, por ser Sebastián nacional de Colombia e fuxir a Brasil. Como vemos, este precepto relacionase cos principios de territorialidade e non entrega de nacionais antes mencionados.

A fase xudicial remata coa conclusión do auto de solicitude de extradición, tras o cal se procede á apertura da fase administrativa. A pesar de que a natureza mixta do procedemento de extradición require da participación das autoridades administrativas, esta participación límitase a unha mera función de transmisión da solicitude de extradición, carente, polo tanto, de toda capacidade decisoria. O aspecto político da extradición reduciuse ata o punto no que se regula, no art.831 LACrim, a posibilidade de que as autoridades xudiciais dos Estados requirente e requirido se comuniquen directamente, isto é, sen necesidade de intervención das autoridades administrativas. Con todo, este procedemento encóntrase relegado a supostos excepcionais, prevéndose de forma xeneralizada a intervención das autoridades administrativas. O procedemento administrativo terá, a súa vez, dúas variantes de tramitación. A primeira delas régulase no art.831 LACrim, segundo o cal a petición de extradición farase en forma de suplicatorio dirixido ao Ministerio de Xustiza español, que o transmitirá ao Ministerio de Xustiza do Estado requirido. Na segunda variante, a tramitación realizase a través da vía diplomática, que require a intervención do Ministerio de Asuntos exteriores e da Embaixada española no Estado requirido. Debido á lentitude desta forma de tramitación, utilízase a primeira vía como sistema habitual para solicitar a extradición. A tramitación comeza coa comprobación por parte do Ministerio de Xustiza, concretamente da Secretaría Xeral Técnica, de se a solicitude de extradición é formalmente correcta. Se o é, esta enviarase ao Ministerio de Asuntos exteriores, no caso de utilizar la vía lenta, ou directamente ao Ministerio de Xustiza do Estado requirido, se se utiliza a rápida. Se finalmente se concedera a extradición, o Estado requirido comunicarallo inmediatamente ao Estado requirente, o cal deberá recibir ao reclamado nun prazo de 60 días (art.13 TEEB).

IV.2. Dende un país membro da UE

Se a fuxida de Sebastián se producira a un país da Unión Europea (en adiante, UE), a súa extradición non se producirá polo procedemento común que acabamos de analizar, senón que resultará de aplicación a Orde Europea de Detención e Entrega, un instrumento creado co fin de axilizar o procedemento de extradición entre os países da UE.

Os principios que rexen este procedemento son moi similares aos que rexen a extradición, dado que na Euroorde non é mais que unha forma daquela, se ben cómpre sinalar algunhas diferenzas orixinadas a causa da axilización do procedemento. En primeiro lugar, a cooperación entre Estados lévase un paso máis alá co *principio de recoñecemento mutuo*, que, a diferenza do previsto para o procedemento xeral de extradición, permite a comunicación directa entre as autoridades xudiciais de cada Estado, sen que as solicitudes de entrega deban pasar ningunha fase política. Este principio fundaméntase na confianza que existe entre os Estados da UE, que exime da necesidade de intervención do Goberno do Estado requirido ao non ser preciso resolver cuestións de oportunidade política sobre se procede a extradición. Porén, o recoñecemento mutuo non implica a entrega automática da persoa, senón que as autoridades xudiciais seguen tendo o deber de controlar se procede esta entrega. En segundo lugar, debemos reparar no *principio de especialidade*, que como vimos, impide xulgar á persoa obxecto de entrega por feitos distintos aos que deron lugar a extradición. Na análise da extradición

referímonos a algunhas excepcións a este principio provocadas polo consentimento expreso ou tácito do entregado, previstas tamén para a Euroorde no art.60.4, apartados a), b) e c) da Lei 23/2014, de 20 de novembro, *de recoñecemento mutuo de resolucións penais na Unión Europea*, (en adiante, LRUE). No marco da Euroorde presumírase consentimento para axuizar feitos distintos aos que motivaron a extradición sempre que o Estado requirido notificara a Secretaría Xeral do Consello da Unión Europea a súa disposición favorable ao respecto, de acordo co previsto no art.60.1 LRUE. Se non se notificara a Secretaría Xeral a renuncia por parte do Estado requirido a este principio, non se poderá proceder ao axuizamento dun suxeito por feitos anteriores aos que motivan a extradición. Por último, debemos referirnos á supresión do *principio de dobre incriminación* no marco da Euroorde. A diferenza do que sucede no procedemento xeral de extradición, na Euroorde non se exige a dobre incriminación cando o feito polo que se emita se encontre previsto no listado do art.20.1 LRUE e se castigue cunha pena privativa de liberdade de polo menos tres anos, de acordo cos arts.10 e 47.1 LRUE. Esta supresión baséase en que as condutas previstas no listado atópanse tipificada en todos os Estados da UE.

Agora que coñecemos as diferenzas relativas a configuración dos seus principios entre a extradición común e a Euroorde, comprobaremos como estas diferenzas se manifestan mediante a comparación do procedemento de emisión por España dunha Euroorde co procedemento común de extradición. En primeiro lugar, debemos sinalar que, igual que a solicitude de extradición, a Euroorde é unha resolución xudicial ditada no marco dun proceso, ben na fase de instrución ou na de execución dunha sentenza, dependendo da finalidade coa que se emita, que pode responder a necesidade de axuizamento ou de execución dunha sentenza firme. No que respecta a Sebastián, a Euroorde que solicite a súa entrega responderá a necesidade de asegurar a súa presenza no proceso penal para así proceder ao seu axuizamento. Cando a Euroorde responda a este fin, requírese, segundo o art.37 a) LRUE, que o delito de cuxa comisión resulte sospeitoso o suxeito estea castigado cunha pena ou medida de seguridade privativa de liberdade cunha duración máxima de polo menos 12 meses. O art.392.1 CP castiga o delito de falsidade en documento público cunha pena de prisión de 6 meses a 3 anos, polo que a duración máxima é superior aos 12 meses requiridos. Pola súa parte, o art.368 CP cumpre tamén este requisito ao prever para el delito de tráfico de drogas que causen grave dano á saúde con pena de prisión de tres a seis anos. Ademais, tanto o delito de falsidade en documento público como o delito de tráfico de drogas se encontran incluídos no mencionado listado do art.20.1 LRUE e castigados cunha pena ou medida de seguridade privativa de liberdade cunha duración máxima de polo menos tres anos, polo que, sempre que conste expresamente na Euroorde a concorrencia destas condicións, excluírase o principio de dobre incriminación, é dicir, non será necesario que os feitos sexan constitutivos de delito no Estado de execución, de acordo co previsto nos mencionados arts.10 e 47.1 LRUE.

No que se refire á competencia para emitir unha Euroorde, o art.35.1 LRUE dispón que corresponde ao Xuíz ou Tribunal que coñeza da causa na que proceda emitir tal tipo de ordes, polo tanto, esta corresponde aos órganos sinalados na análise do procedemento de extradición. A pesar de que a LRUE non o regula expresamente, a Euroorde poderá ser acordada de oficio ou a instancia de parte, igual que no procedemento de extradición (art.829 LACrim), e se fora denegada, caberá recurso de reforma na fase de instrución, mentres que na de xuízo oral caberá recurso de súplica¹¹¹. En canto ao contido da Euroorde, regulado no art.36 LRUE¹¹², este é moi

¹¹¹ PÉREZ CEBADERA, M.^a. A., 2008. *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.79.

¹¹² A orde europea de detención e entrega documentarase no formulario que figura no anexo I, con mención expresa á seguinte información: a identidade e nacionalidade da persoa reclamada, o nome, a dirección, o número de teléfono e de fax e a dirección de correo electrónico da autoridade xudicial de emisión, a indicación da

similar ao previsto para a solicitude de extradición, dado que, tanto con esta como coa Euroorde preténdese proporcionar ás autoridades do outro Estado a información suficiente como para que poida resolver sobre a procedencia da entrega da persoa solicitada. De entre o contido debemos destacar o requirimento dun auto de prisión provisional, igual que sucedía no procedemento de extradición (art.825 LACrim), para aqueles supostos como o noso nos que a Euroorde teña como finalidade o axuizamento. A súa importancia reside en que, en virtude do art.39.1 LRUE, para emitir unha Euroorde exíxese a concorrencia dos requisitos do art.503 LACrim que permiten acordar o ingreso en prisión preventiva. Por último, de acordo co previsto no art.7.3 LRUE, a Euroorde deberá traducirse á lingua oficial o a unha das linguas oficiais do Estado membro ao que se dirixa, ou no seu caso, a unha lingua oficial das institucións comunitarias que estivera aceptada por dito Estado.

Unha vez realizada a solicitude, cómpre reparar no procedemento de transmisión desta ás autoridades xudiciais competentes do Estado de execución. A forma na que se desenvolve este procedemento encontrase condicionada a se a persoa reclamada se atopa en paradiro coñecido, o se, pola contra, este se descoñece. No noso caso, sabemos onde se atopa Sebastián, polo que suporemos, a efectos da análise, que no caso de fugarse a un país de la UE tamén o saberíamos. O art.40.1 LRUE permite á autoridade xudicial española, cando se coñeza o paradiro da persoa reclamada, comunicar directamente á autoridade xudicial competente de execución a orde europea de detención e entrega. A diferenza do previsto no procedemento de extradición, a norma xeral na Euroorde é a comunicación directa entre as autoridades xudiciais, derivada, como vimos, do principio de recoñecemento mutuo. O art.8.1 LRUE permite que se leve a cabo por calquera medio que permita deixar constancia escrita con fin de acreditar a súa autenticidade. Sen prexuízo do disposto no art.40.1 LRUE, o seu apartado terceiro permite facer uso do Sistema de Información Schengen, a pesar de coñecer o paradiro do suxeito, introducindo neste unha descrición da persoa reclamada, e no seu defecto, o apartado quinto permite acudir a los servizos da Interpol para transmitir la Euroorde. Por último, o art.41 LRUE regula a posibilidade de remitir información complementaria ás autoridades xudiciais do Estado requirido, si así o necesitaran, para que poidan proceder á execución dá Euroorde. Unha vez transmitida, o Estado de execución procederá á busca do imputado e a súa posterior detención, e, feito isto, resolverá sobre a procedencia da entrega, así como sobre o mantemento da detención, debendo asegurar en todo momento que a persoa reclamada poida estar a disposición do órgano xudicial español que solicitou a súa entrega, debendo evitar unha posible fuga¹¹³. O prazo para isto será de 10 días dende a súa detención se o reclamado consinte, e de 60 días se se opón á entrega (art.54 LRUE). Tras resolver sobre a procedencia da entrega, esta deberá producirse nun prazo de 10 días (art.58.1 LRUE).

existencia dunha sentenza firme, dunha orde de detención ou de calquera outra resolución xudicial executiva que teña a mesma forza prevista neste Título, a natureza e tipificación legal do delito, unha descrición das circunstancias nas que se cometeu o delito, incluídos o momento, lugar e o grao de participación no mesmo da persoa reclamada, a pena ditada, se hai una sentenza firme, ou ben, a escala de penas que establece a lexislación para ese delito e, se es posible, outras consecuencias do delito.

¹¹³ PÉREZ CEBADERA, M.^a. A. *ob. cit.*, p.98.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., 2002. *Salud pública y drogas tóxicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALCÁCER GUIRAO, R., 2015. *La protección de los Derechos Fundamentales en la Extradición y la Euroorden: texto adaptado a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi.
- ASENCIO MELLADO, J. M.^a., 2015. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARJA DE QUIROGA, J. GRANADOS PÉREZ, C., MARTÍNEZ ARRIETA, A. MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, C., VILLEGAS GARCÍA, M.^a. DE LOS ÁNGELES, 2018. *Código penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*. A Coruña: Editorial Colex.
- CORTÉS DÓMINGUEZ, V., 2017. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FRIEYRO ELÍCEGUI, S., 2017. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., 2005. *La extradición en el ordenamiento español, internacional y comunitario*. Granada: Editorial Comares.
- GÓMEZ CAMPLEO, E., 2005. *Fundamentación teórica y praxis de la extradición en el derecho español*. Burgos: Universidad de Burgos.
- GRANADOS PÉREZ, C., 2007. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de Drogas*. Madrid: La Ley.
- JOSHI JUBERT, U., 1999. *Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art.368 CP*. Barcelona, Bosh.
- MARTÍNEZ PARDO, V. J., 2013. *Los delitos de tráfico de drogas: Estudio jurisprudencial*. Madrid: Edisofer S. L.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., 2012. *El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia*. Barcelona: Bosh.
- MOLINA MANSILLA, M.^a. C., 2008. *El delito de narcotráfico*. Barcelona: Bosh.
- MORANT VIDAL, J., 2005. *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*. Valencia: Editorial práctica de Derecho S. L.
- PÉREZ CEBADERA, M.^a. A., 2008. *La nueva extradición europea: la orden de detención y entrega*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REY HUIDOBRO, L.F., 1999. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- RIVES SEBA, A. P., 2013. *La prueba en el proceso penal*. Pamplona: Aranzadi.

Apéndice xurisprudencial

Tribunal Europeo de Dereitos Humanos

STEDH de 11 de xullo de 2006 (ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000)
STEDH de 7 de outubro de 2008 (ECLI:CE:ECHR:2008:1007JUD003522803)

Tribunal Constitucional

STC de 29 de novembro de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114)
STC de 22 de maio de 1986 (ECLI:ES:TC:1986:65)
STC de 21 de xaneiro de 1987 (ECLI:ES:TC:1987:2)
STC de 27 de xuño de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:120)
STC de 20 de maio de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:102)
STC de 2 de abril de 1998 (ECLI:ES:TC:1998:81)
STC de 31 de maio de 1999 (ECLI:ES:TC:1999:94)
STC de 10 de febreiro de 2003 (ECLI:ES:TC:2003:22)

Tribunal Supremo

STS de 27 de abril de 1995 (ECLI: ES:TS:1995:2364)
STS de 18 de abril de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:2687)
STS de 24 de novembro de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:7014)
STS de 17 de abril de 1999 (ECLI: ES:TS:2000:3286)
STS de 7 de xuño de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:3974)
STS de 21 de decembro de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:8340)
ATS de 3 de abril de 2000 (ECLI: ES:TS:2000:9558)
STS de 30 de xaneiro de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:522)
STS de 29 de maio de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:4488)
STS de 22 de xuño de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:5388)
STS de 10 de abril de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:2529)
STS de 16 de maio de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:3322)
STS de 4 de xullo de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:4708)
STS de 1 de outubro de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5891)
STS de 14 de xaneiro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:41)
STS de 25 de marzo de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:2064)
STS de 10 de maio de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:3127)
STS de 23 de xuño de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:4402)
STS de 18 de decembro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:8228)
STS 30 de decembro de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:8527)
STS de 15 de marzo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:1609)
STS de 28 de abril de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:2675)
STS de 19 de xullo de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:4953)
STS de 10 de outubro de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:5975)
STS de 7 novembro de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6801)
STS de 22 de maio de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:3202)
STS de 18 de outubro de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:6392)
STS de 7 de febreiro de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:793)
STS de 14 de febreiro de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:904)
STS de 23 de marzo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:2104)
STS de 9 de maio de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:3427)

STS de 5 de xullo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:5063)
ATS de 12 de xullo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:9316)
STS de 7 de outubro de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6124)
STS de 20 de novembro de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:7755)
STS de 27 de xaneiro de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:542)
STS de 9 de marzo de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:1156)
STS de 12 de abril de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:2137)
STS de 6 de maio de 2010 (ECLI: ECLI:ES:TS:2010:2254)
STS de 25 de xaneiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:522)
STS de 2 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:532)
STS de 17 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:1071)
STS de 13 de abril de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2172)
STS de 26 de abril de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3090)
STS de 10 de maio de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2862)
STS de 19 de maio 2011 (ECLI: ES:TS:2011:3376)
STS de 15 de xuño de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4853)
STS de 16 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:4880)
STS de 20 de xuño de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:5340)
STS de 16 de setembro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:5808)
STS de 4 de outubro de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:6673)
STS de 22 de marzo de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2145)
STS de 31 de outubro de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:7278)
STS de 9 de xuño de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:2930)
STS de 12 de febreiro de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:597)
STS de 29 de outubro de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4724)
STS de 22 de maio de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2407)
STS de 21 de xullo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3511)
STS de 19 de outubro de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4558)
STS de 6 de xuño de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2270)
STS de 19 de xuño de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2805)
STS de 19 de xullo de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3047)
STS de 22 de novembro de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:4152)
STS de 30 de outubro de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4120)
STS de 14 de decembro de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4152)

Audiencia Provincial

SAP de Alacante de 29 de marzo de 2001 (ECLI: ES:APA:2001:1519)
SAP de Zaragoza de 26 de novembro de 2004 (ECLI: ES:APZ:2004:2979)
SAP de Madrid de 7 de febreiro de 2008 (ECLI: ES:APM:2008:1312)
SAP de Madrid de 8 de febreiro de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:1731)