

Formas de participación en el delito contra la salud pública. El autor y el cómplice explicado desde la perspectiva de la doctrina del favorecimiento del favorecedor (comentario a la sentencia de la sala 2ª del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016)

~Daniel Sánchez Romero~

Abogado. Jerez de la Frontera, Cádiz (España). Socio FICP.

I.- INTRODUCCIÓN

El art. 368 CP, artículo que regula la materia en nuestro código penal, se encuentra encuadrado en el Título XVII, relativo a los delitos contra la seguridad colectiva y dentro de éste en su Capítulo III dedicado a los delitos contra la salud pública, por lo que, en principio, se podría entender que el bien jurídico protegido sería de carácter colectivo, la salud pública.

Del análisis del citado artículo, llegamos a la conclusión de que el legislador ha adelantado la salvaguarda del bien jurídico protegido y ampliado de forma casi ilimitada, las formas de participación en el delito contra la salud pública, de forma que, casi toda intervención en el mismo, devendría calificada como participación en concepto de autor del delito castigado en el artículo 368 CP.

Contra esta interpretación extensiva de la forma de participación delictiva, se alzan distintas sentencias emanadas por nuestro Tribunal Supremo, como la que vamos analizar de fecha **16 de noviembre de 2016**, donde se refuerza la pacífica jurisprudencia que crea la **doctrina del favorecimiento del favorecedor**, con el fin de diferenciar ciertas conductas que por su escasa participación, se escaparían del encuadramiento en la figura del concepto de autor, identificándose y castigándose como participación en concepto de cómplice.

En el último apartado del presente estudio, realizaremos un análisis sobre la reciente corriente jurisprudencial, que solicita una disminución punitiva de ciertas participaciones delictivas derivadas de su escasa entidad.

II.- AMPLITUD DEL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Artículo 368 CP, Abarca toda la casuística delictiva relacionada con el delito contra la Salud Pública, ya que engloba desde los actos de cultivo, elaboración o tráfico

“per se”, hasta cualesquiera conductas, y lo describe desde su perspectiva más ecléctica, *“que de cualquier modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines”*.

Ahora bien, en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS. 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina de emanada por nuestro Tribunal Supremo, destacando entre otras, la **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”*. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino.

El consumo de drogas y el tráfico de las sustancias no legales, requiere de una estricta regulación debido a que no sólo conlleva una gran adicción a las personas que toman dichas sustancias, con los consiguientes daños a su salud, sino que además es el foco de generación de otros delitos, contra el patrimonio (persona adicta) o relacionados con el tráfico de drogas, dado que la comercialización de dichas sustancias a generado un mercado ilícito internacional que es el foco fundamental de la delincuencia nacional e internacional.

Estamos ante un doble aspecto en relación a la protección del bien jurídico, por un lado la salud de la persona que toma los estupefacientes y de otro lado la comunidad o ente social que se ve perturbado.

En este sentido la **STS núm. 861/2007, de 24 octubre** *“El bien jurídico protegido por el tipo del art.368 es la salud pública, que se ve seriamente comprometida por los efectos más o menos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes. Por ello mismo, el legislador ha adelantado las líneas de defensa de ese valor público y común, sancionando un amplio espectro de conductas que se declaran delictivas por el sólo hecho de poner en peligro la salud pública”*. Entiende, así, la sentencia que el delito quedaría consumado cuando se realice alguna de las conductas típicas establecidas por el legislador sin que sea necesario que la sustancia estupefaciente

objeto del tráfico haya llegado a poder del consumidor ni que su consumo haya ocasionado concretos resultados perjudiciales para salud, al ser un tipo de consumación anticipada y de peligro abstracto o resultado cortado.

En opinión de **LÓPEZ ORTEGA**¹, el legislador ha optado por criminalizar cualquier conducta favorecedora del consumo ilegal de determinadas sustancias o productos por su nocividad para la salud de las personas y, por extensión, para la salud pública, siendo ésta, la salud pública, el interés jurídicamente protegido, que debe ejercer una función delimitadora de las conductas punibles.¹

Para **MORANT VIDAL**², en línea con la opinión mayoritaria, se protege la salud pública en su dimensión tanto individual como colectiva, si bien se muestra partidario de un concepto penal de salud pública que tenga en cuenta los principios de intervención mínima, subsidiariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos penales, de manera que para la realización del tipo no baste cualquier conducta atentatoria contra la salud pública, sino que se precisa una lesión penalmente relevante de la misma.

En la sentencia estudio el objeto de debate, la cuestión fundamental es la dificultad de determinar y definir la forma de participación en el tipo penal del artículo 368 del código penal, debido al cada vez mayor número de conductas y el incremento del número de personas que voluntariamente o involuntariamente participan en la consecución del tipo penal.

III.- DELIMITACIÓN DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN. AUTORÍA, COOPERACIÓN Y COMPLICIDAD. DOCTRINA DEL FAVORECIMIENTO DEL FAVORECEDOR

Tal y como hemos adelantado en nuestro estudio y debido a la generalidad que abarca el bien jurídico protegido por este delito, la salud pública, se hace necesario realizar un breve recorrido sobre las doctrinas clásicas explicativas de las formas de participación delictiva.

¹ LÓPEZ ORTEGA, J.J. Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas, en: Boix Reig, J. (dir.), Derecho Penal. Parte especial, V.III, Iustel, Madrid, 2012.

² MORANT VIDAL, J. en: Boix Reig, J. (dir.), Derecho Penal. Parte especial, V.III, pp. 33, 35 y 36.

1. Autoría y cooperación: teoría del dominio funcional del hecho

En este sentido se manifiesta **LÓPEZ PEREGRÍN**³, el dominio del hecho es considerado habitualmente como una teoría objetivo-subjetiva porque se refiere tanto a la existencia de una posición objetiva que determine un efectivo dominio, como a la necesidad de que se dé una voluntad consciente de realizar el hecho.

Para valorar la necesidad de la conducta, no deben tenerse en cuenta condicionantes hipotéticos ni cursos causales alternativos. A este respecto, la **teoría de los bienes escasos** (fundamentada por **E. GIMBERNAT**) establece que lo importante de la aportación es que sea complicado su reemplazo. En efecto, si se contribuye aportando un bien escaso **según el contexto y situación**, se entenderá que es una conducta necesaria; si, por el contrario, el bien es común, será complicidad. Esta teoría ha sido acogida por el Tribunal Supremo, quien la explica así en el apartado 2º del Fundamento de Derecho SEGUNDO de la **STS 6869/1994, de 26 de octubre**:

Una reiterada doctrina jurisprudencial, ha señalado que la distinción entre el cómplice y el cooperador necesario radica en la necesidad o no de la cooperación, conjugando diversos criterios, tales como el de la teoría de la conditio sine qua non, la del dominio del hecho, o la del carácter de las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios, es decir, será cooperador necesario aquel que contribuya al hecho con una actividad difícil de conseguir esto es, escasa. Por el contrario, si se trata de una aportación fácilmente reemplazable, la cooperación no será necesaria. [...]

Nuestro CP en el art. 27 CP establece la responsabilidad de los autores y de los cómplices. La redacción de este artículo ha sido modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015), pasando a decir: “*Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices*”, por lo que la única diferencia es que se suprime la referencia a las faltas.

El art. 28 CP, continúa con la descripción del concepto de autor, coautor y autor mediato. También se consideran autores al inductor, el que induce directamente a otro u otros a ejecutar el hecho, y al cooperador necesario, es decir el que coopera a la ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. El art. 28 CP distingue entre

³ LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 30, 48 y 56.

autores en sentido estricto (párrafo 1º) y los que son considerados autores (inductores y cooperadores necesarios en su párrafo 2º apartados a y b).

El art. 29 CP establece la distinción del autor con respecto del cómplice y los cataloga a aquellos que cooperan en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

De la lectura de la sentencia podemos apreciar como la misma parte de entender el delito en base a la doctrina de los sistemas diferenciadores, distinguiéndose entre sujetos principales y secundarios lo que conlleva que no existe participación en sí, sino sólo participación en el hecho de otro, en la medida en que el interviniente secundario sería penalmente responsable por su intervención en el hecho del autor; en estos sistemas la punibilidad de la conducta de los que desarrollan un papel secundario depende de forma relevante de la calificación jurídica de la acción u omisión del autor del delito.

Si partimos de que la participación en el hecho es la base de la determinación de la intervención y la posterior punibilidad, como tratamos a intervenciones mínimas, que ayudan a perfeccionar el tipo. Este asunto lo trataremos más adelante con el estudio que la sentencia hace de la doctrina el favorecimiento del favorecedor.

Otro aspecto a destacar en la sentencia es la aplicación de las teorías subjetivas, procede a estudiar la medida en la que la persona contribuye a la comisión de un delito y como condiciona a la producción del resultado, la distinción entre las diferentes aportaciones de las personas que intervienen en un delito es el objeto central sobre el que versa la sentencia.

Para las teorías subjetivas autor es el que quiere el hecho como propio (*animus auctoris*) mientras que el partícipe es el que tiene simplemente ánimo de ayudar, de colaborar en la comisión del delito (*animus socii*).

La sentencia versa sobre la diferencia ente **la coautoría y la complicidad**, según la misma el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y

voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis».

El art. 28 CP recoge tres formas de autoría: la autoría directa o inmediata, la autoría mediata y la coautoría.

La autoría directa o inmediata supone que en la actuación delictiva no ha intervenido más que una persona que ha realizado la conducta prohibida por el tipo, en los casos de delitos contra la salud pública, este tipo de autoría es escasa, dado que la complejidad del tipo provoca que de un modo directo o indirecto otros participen en la consecución del tipo penal.

En relación a la coautoría hay que diferenciarla de la codelinuencia dado que en la codelinuencia intervienen varios sujetos con independencia de la calificación jurídica que reciba su conducta, en la coautoría los distintos sujetos que intervienen son autores.

En relación a la denominación de coautoría para **MELENDO PARDOS**⁴, estamos ante un supuesto de coautoría cuando en la ejecución del delito intervenga más de un autor. En su opinión, para que exista coautoría es necesario que varias personas, que se han puesto de acuerdo para realizar el hecho, para cometer el delito, realicen cada una de ellas algún elemento del tipo. Sólo si cada uno de los coautores realiza elementos típicos puede hablarse de realización conjunta del hecho, que es lo que exige nuestro legislador para estar ante supuestos de coautoría.

⁴ MELENDO PARDOS, M. *et alii*, Teoría de la codelinuencia, I: Autoría, en: Curso de Derecho Penal. Parte general.

Del texto de la sentencia se comprueba como para la consideración de la coautoría los autores se reparten la ejecución del tipo, en definitiva sería coautor toda persona que participen colaborando o traficando con drogas.

Para el perfeccionamiento de la coautoría son necesarios dos elementos esenciales: la ejecución y decisión conjunta al hecho.

Según **PÉREZ ALONSO**⁵, la coautoría como dominio funcional del hecho es una síntesis de momentos objetivos y subjetivos típicos. Si algún codelincuente carece del dominio funcional del hecho o no es autor idóneo no responderá como autor, por un hecho propio, sino como partícipe, por un hecho ajeno. Entrando en el campo de la complicidad y otros estadios de participación en grado mínimos de participación.

El acuerdo conjunto o **pactum sceleris**, como elemento subjetivo, para la consecución del tipo es fundamental para considerar a los participantes coautores. Del texto de la sentencia se desprende claramente la necesidad de este elemento subjetivo.

La distribución de funciones, objetivo-materiales, sólo se puede llevar a cabo por acuerdo entre los que tienen el codominio del hecho. Quien carece de conocimientos de los elementos materiales para la realización del tipo y no tiene atribuidas funciones esenciales para su perfeccionamiento no puede considerarse coautor.

Cualquier aporte prestado sin acuerdo recíproco, por muy importante que sea, no permite el acceso al dominio funcional del hecho, debiendo considerarse como otra forma de autoría, si se dan sus presupuestos, o, normalmente, como participación en el hecho ajeno: cooperación necesaria o innecesaria.

El acuerdo mutuo de los coautores opera aquí como límite, en cuanto que la responsabilidad criminal en concepto de coautoría sólo alcanza hasta donde llegue la decisión adoptada conjuntamente por todos de cometer un hecho delictivo. Es decir, las acciones realizadas por cualquier interviniente a título personal y que van más allá de lo acordado, no son imputables a los demás, sino únicamente al que se ha excedido, que responderá como autor individual por ello.

La realización conjunta, propia de la coautoría, requiere un acuerdo entre los coautores así como la concurrencia de un dolo por parte de cada uno de los coautores

⁵ PÉREZ ALONSO, E.J. La coautoría y la complicidad (necesaria) en: Derecho Penal, Comares, Granada, 1998, p. 200.

referido a la realización conjunta, lo que comporta según **CÓRDOBA RODA**⁶, el que cada uno de los coautores sólo incurra en responsabilidad penal por los hechos abarcados en su dolo, y que los hechos no comprendidos en dicho dolo no generen responsabilidad penal, sin perjuicio de que el dolo eventual respecto a los hechos llevados a cabo por uno o varios coautores, de concurrir, deba ser considerado suficiente.

La sentencia habla también del elemento objetivo y como la ejecución del delito determinará el grado de participación.

Según **ACALE SÁNCHEZ**⁷, en los supuestos en los que no todos los participantes realicen por sí mismos todos los elementos del tipo, hay que recurrir a las teorías de la co-imputación recíproca, en virtud de un acuerdo previo, y a la del dominio funcional del hecho, en virtud de las cuales, se entiende que a pesar de la realización parcelada de los hechos típicos, todos los finalmente realizados le son imputables a cada uno de los sujetos intervinientes como si todos ellos hubieran sido realizados por cada uno de ellos; y también habría que recurrir a la coautoría en virtud del acuerdo previo y del dominio funcional del hecho.

En este sentido el acuerdo previo aparece bajo una interpretación amplia a la hora de determinar la implicación criminal de los partícipes, entiende esta autora que la simple participación en el mismo equipara a uno de los autores con el autor material.

Para **MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN**⁸, el hecho de que el art. 28 CP se refiera a la realización del hecho, permite admitir tanto la coautoría ejecutiva como la coautoría no ejecutiva, pudiendo apreciar coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución.

En mi opinión las conductas contempladas en el 368 del código penal, son conductas de ejecución complejas, que además en muy pocos supuestos contemplan que el autor realice la conducta sólo. En delitos como el tráfico de drogas, la elaboración de sustancias o la venta de las mismas, requieren de una confluencia de participaciones, necesarias o innecesarias, para la perfección del tipo penal. Además no

⁶ CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.) ob.cit., p. 336

⁷ ACALE SÁNCHEZ, M. ob.cit., págs. 124 y 125

⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M. ob.cit., pp. 436 y 437

podemos delimitar la autoría a la ejecución del hecho, dado que en las mayorías de los casos se aprecia cómo, muchos de los partícipes no participan en la ejecución final del delito. Un ejemplo claro es la figura del narcotraficante que tiene tejida una red de operaciones en las que materialmente no participa, pero que proporciona todos los medios materiales, organizativos y personales para la consecución del delito.

2.- Cooperación y complicidad

En cuanto a la complicidad, el art. 29 CP: *“Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”*.

Para MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, del art. 29 CP se deduce una caracterización negativa de la complicidad, en el sentido de que es cómplice aquél cuya contribución al delito no pueda calificarse ni de autoría, ni de inducción, ni de cooperación necesaria, lo cual no significa que cualquier acto de favorecimiento o facilitación de la comisión de un delito sea merecedor de la pena prevista para la complicidad; la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima, en el comportamiento del autor y reunir, además, una cierta peligrosidad. CITA

El problema que subyace y que se refleja en la sentencia es la determinación de las conductas que pueden ser encuadradas en la figura del cómplice.

EL mercado de tráfico y consumo de drogas actual comprende un gran número de conductas y relaciones tanto personales como jurídicas que de difícil modo podemos delimitar ni definir.

La Según la STS núm. 120/2008, de 27 febrero, la complicidad criminal requiere una participación **meramente accesorio, no esencial**, debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal.

La conducta debe ser meramente accesorio, no principal, pero el abanico de conductas relacionadas con el tráfico, producción y consumo de drogas son de difícil enumeración y aún más de calificación.

Según la sentencia, el cómplice debe cooperar en la realización en la ejecución del hecho, esto supone una acción que directamente favorezca la realización del tipo penal.

La conducta debe ser eficaz, esto significa que si su aportación es irrelevante en la consecución del hecho.

La complicidad está condicionada por su aspecto temporal, es decir, sólo serán cómplices los que realicen conductas anteriores o simultáneas a la ejecución de la conducta punible. Debe concurrir una aportación dolosa en la ejecución del tipo penal.

Por lo tanto se requiere el dolo en la conducta típica, no contemplándose en el delito contra la salud pública una complicidad imprudente.

Para **CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA**⁹, externamente la complicidad puede consistir en una aportación física o material mediante la que se coopera a la ejecución material de la acción principal, y en una aportación psíquica mediante la cual lo que recibe el autor es o bien un consejo técnico que facilite la comisión del delito o un robustecimiento de la voluntad delictiva del autor. CITA

En mi opinión, la aportación psíquica, no es suficiente para poder considerar una conducta como cómplice dado que el abanico de conductas se ampliaría al punto que la determinación de la participación como cómplice abarcaría cualquier conducta próxima a la ejecución.

¿Qué ocurre cuando los actos son tan insignificantes que apenas afectan a la ejecución del tipo, como debe tratarlos nuestro ordenamiento jurídico?

3.- Doctrina del favorecimiento del favorecedor

La sentencia es un ejemplo de cómo la jurisprudencia ha admitido como supuestos de complicidad, determinadas conductas mínimas o irrelevantes que ayudan a que se pueda perfeccionar el tipo penal.

La sentencia del STS núm. 1069/2006, de 2 noviembre de 2006 contemplaba ya esta posibilidad de cooperación, acuñó los denominados *“«actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico»*, que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría”.

⁹ CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B. ob.cit., p. 153.

Es un tipo de participación meramente accesorio, no es la participación esencial del cómplice y entiende que entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción debe existir una aportación, que aunque no sea necesaria y con carácter mínimo, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal.

En numerosas resoluciones de la sala segunda, pudiéndose citar, entre otras, la de **25.2.2003** que comprenden otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la **sentencia de 14.6.95**, la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar.

Es lo que se ha venido a denominar "**actos de favorecimiento al favorecedor**", que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría.

La sentencia de 312/2007 de 20.4, enumera "ad exemplum" diversos casos calificados de complicidad:

a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.

c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS. 15.10.98). En el mismo sentido STS. 28.1.2000.

d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS. 10.7.2001).

e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS. 25.2.2003).

f) realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS. 23.1.2003).

g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS. 7.3.2003).

h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma, (STS. 30.3.2004).

O como dice la **STS. 254/2009 de 5.3**, acción limitada a sacar los fardos con la droga a tierra, sin participación en la ejecución material del transporte, ni en el acuerdo o planificación del hecho.

IV.- PONDERACIÓN PUNITIVA CONFORME A LA ESCASA ENTIDAD DELICTIVA

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal, dio una nueva redacción al artículo 368 CP, rebajando la penalidad para los casos de delitos contra la salud pública que causan grave perjuicio para la salud, introduciendo además, un segundo párrafo en el que se estableció la posibilidad de rebajar las penas atendiendo a ciertos criterios subjetivos/objetivos que pudiesen rodear a las circunstancias concretas objeto de examen por el juez o tribunal, posibilitando así que la relación conducta-pena fuese la más adecuada y proporcionada posible, y todo ello fruto de las reivindicaciones que desde todos los sectores jurídicos se venían realizando.

Así las cosas la **Sala 2ª del Tribunal Supremo, en Acuerdo tomado en Pleno no Jurisdiccional de 25 de febrero de 2005**, y al amparo del artículo 4.3 CP, propuso la atenuación de las penas del artículo 368 CP, según el siguiente tenor:

«Se aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta sala D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, al amparo del art. 4.3 CP sobre la conveniencia de modificar la redacción actual del art. 368 del mismo Texto Legal, añadiendo que cuando se trata de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que causan grave daño». Igualmente se aprueba, como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala D. Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al art. 368 CP con el siguiente texto «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Varios preceptos del Código Penal ya habían atribuido al Juzgador parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas.

Los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. (Cfr. **Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero**).

Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a la personales del acusado.”

Entiendo que pueden realizarse las siguientes interpretaciones:

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio, introdujo al artículo 368 del Código Penal un segundo párrafo por el que se facultaba a los tribunales, imponer la pena inferior en grado en los delitos contra la salud pública, cuando los hechos fueran de escasa entidad y concurrieran especiales circunstancias personales del autor. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de este párrafo segundo. En la jurisprudencia se han mantenido dos posiciones.

Una, primera, que afirma que nos encontramos ante un subtipo atenuado cuya declaración de concurrencia está sujeto a que el hecho probado refiera unos hechos que permiten esa subsunción en el tipo atenuado. Se entiende, en consecuencia, por tipo atenuado una especificación de un tipo penal que requiere un elemento nuevo en la tipicidad y que indica una menor culpabilidad en la acción o una menor gravedad en hecho. Conforme a esta consideración sería necesario que el hecho probado contuviera un presupuesto fáctico que permitiera la aplicación de ese tipo atenuado. A falta de una mayor concreción por parte del legislador, sería necesario que, de la misma manera que con los tipos agravados derivados de la mayor gravedad o de la notoria importancia, la cantidad objeto de tráfico no rebasará una determinada cantidad, por ejemplo, menos de cinco unidades de consumo.

Otro criterio, y sería la segunda posibilidad de interpretación, es el de considerar que este párrafo segundo contiene una regla específica de individualización de la pena sobre la base de dos presupuestos, la menor entidad y las circunstancias personales. Se trataría de la cláusula de individualización para proporcionar la pena al caso concreto, particularmente para atender a supuestos de menor culpabilidad y de escasa entidad del hecho. En el caso del delito de tráfico de drogas el supuesto paradigmático es para atender los supuestos, que en alguna clasificación se aglutinan bajo la rúbrica delincuencia funcional, esto es, aquéllos en los que el autor del hecho delictivo actúa movido por su dependencia a sustancias tóxicas y realiza la conducta con la finalidad de atender las necesidades de su adicción.

También viene declarándose en diversa jurisprudencia, interpretando el precepto, por todas la sentencia 1223/2011, de 22 noviembre, que la exigencia de que se haga constar los dos elementos de los que depende la aplicación del artículo 368 .2 del Código Penal (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) deben conjugarse, en su distinta jerarquía valorativa, y han de ponderarse, con distinta intensidad y cualificación cada uno de ellos. En otros términos, no es preciso la concurrencia de los dos elementos, sino una valoración total del hecho para mejor proporcionar la pena a la conducta declarada probada. Por ello cuando la gravedad del injusto presenta una entidad nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del párrafo segundo no puede estar condicionada a la existencia de circunstancias personales del culpable, en tanto éstas siempre han de operar en el marco de la culpabilidad para la gravedad del hecho cometido. Esta afirmación es también de aplicación a los supuestos de personas con una grave adicción y realizan actos de tráfico en cantidades que ya no rozan el límite de la tipicidad. Esta jurisprudencia se apoya en la exigencia de la doble concurrencia de los elementos que propician la reducción en la penalidad.

V.- CONCLUSIÓN

Hemos comprobado en el análisis de esta ponencia cómo, el delito contra la Salud Pública, se caracteriza por la amplitud de conductas que quedan abarcadas por la protección que el legislador realiza sobre el bien jurídico protegido, y todo ello derivado de la doble vertiente protectora sobre la que se proyecta, la salud individual y la colectiva o general.

A partir de la amplitud de dicha delictividad, hemos tenido que realizar una interpretación de las posibles formas de participación en el tipo delictivo, para llegar a la base de la discusión doctrinal, para los actos de escasa participación o complicidad favorecedora del favorecedor.

Del estudio del artículo 368 CP, realizado por la reciente jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Supremo, como la alegada de 16 de noviembre de 2016, llegamos a la conclusión que la reforma operada sobre el meritado artículo por la LO 5/2010, ha sido el fruto de la aplicación de las doctrinas clásicas y aceptadas sobre la distinción de las formas de participación delictiva, y sobre la escasa entidad y participación de ciertos sujetos que venían siendo castigados en concepto de autor o cooperador, derivado todo ello de la amplitud conceptual del bien jurídico protegido por la norma penal.

No toda participación en el hecho delictivo podría definirse como autoría o participación, aun cuando la amplitud del tipo penal abarcaría su punición. Está claro que el desarrollo jurisprudencial se conforma como pieza clave para la distinción de estas conductas escasas, viniendo a resultar de vital importancia la diversa clasificación conductual que se viene realizando por parte de los Tribunales. Ahora, pudiera resultar del todo fácil para el juzgador, encontrar un catálogo más o menos delimitado, de gran utilidad para identificar la conducta realizada y el encuadre punitivo, lo que alzaría los valores de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.
