



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret



DICTAMEN JURÍDICO

TRABAJO DE FINAL DE MÁSTER
DE ABOGACÍA

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Marcos Ramos Ruiz

NIUB: 16654131

Derecho Penal Grupo 2-B

Tutor: José Ignacio Gallego Soler

Curso 2019-2020. 2º semestre

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
CUESTIONES SUSTANTIVAS	3
1. El concepto de droga a efectos jurídico-penales	3
2. Régimen jurídico-penal de la Pentedrona, de la Ayahuasca y de la Difendina	7
2.1. Pentedrona	7
2.2. Ayahuasca	9
2.3. Difenidina	10
3. Conductas típicas de tráfico de drogas y criterios cuantitativos de atipicidad	11
3.1. El delito de tráfico de drogas	11
3.2. Conductas típicas	12
3.3. Conductas atípicas y principio de insignificancia	15
4. Elementos indiciarios de la tenencia preordenada al tráfico	17
CUESTIONES PROCESALES	18
1. Derechos del investigado al momento de la detención y ante la declaración policial	18
2. Legalidad de la entrada y registro efectuada y sus consecuencias	21
3. La diligencia de clonado de ordenadores según la LECrim	23
4. Fases del procedimiento aplicable	27
5. Régimen jurídico, análisis jurisprudencial y aplicabilidad al caso del delito provocado y el agente provocador	30
6. La estrategia de defensa y las diligencias de investigación a practicar	32
6.1. Incautación del sobre que entrega Caín	32
6.2. La diligencia de entrada y registro	34
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA	36

INTRODUCCIÓN

El caso práctico nos plantea dirigir la representación de la defensa de Caín, estudiante de química interesado en el mundo de las drogas legales que se lanza al comercio *online* de diversas sustancias potenciadoras de la conciencia, después de recabar información y asesoramiento de diversas personas, entre ellas su hermano Abel, estudiante de derecho.

El negocio se inicia con la compra de determinadas sustancias en la *deep web* y su promoción en la web creada, —mediante anuncios referentes a sus efectos psicodélicos— además también oferta Pentedrona y Liana de la muerte. Un agente de MMEE ve el anuncio sobre estas últimas y decide investigar enviando un email en el que se hace pasar por un cliente que quiere realizar un pedido y contacta con Choni. Sin embargo, supedita su encargo de Pentedrona a la condición de que también se incluya cocaína, —aunque Choni le advierte que sólo comercian con Pentedrona, Ayahuasca y Difenidina— a pesar de ello, finalmente Choni acepta el pedido.

Al día siguiente, se monta un dispositivo policial y detienen a Caín cuando entregaba un sobre y recibía 100 euros. Dentro encuentran dos papelinas de Pentedrona y tres sobres de la presunta cocaína que al ser analizada resulta ser sustancia de corte inerte. En el momento le proponen colaborar y autoriza la entrada en su domicilio, lugar donde encuentran y detienen a Abel haciendo caso omiso a su petición de ser asistido por un abogado.

En el acta de entrada y registro consta la incautación de botes que contienen 300 gramos de Pentedrona, cuatro raíces de Ayahuasca y 100 gramos de Difenidina, así como dinero en metálico en billetes de 20 y 50 euros. También les intervienen al teléfono móvil y realizan el clonado del ordenador portátil de Caín.

Las incógnitas del caso se bifurcan en elementos de naturaleza sustantiva y procesal: los primeros se centran en determinar el concepto jurídico-penal de droga y el régimen jurídico de las sustancias que intervienen en el caso, así como analizar las conductas típicas previstas en el delito aplicable; los segundos se encaminan al análisis de los derechos del detenido, la diligencia de entrada y registro en el domicilio y el clonado de ordenadores, así como el estudio de la figura del delito provocado y el procedimiento penal correspondiente.

A modo de conclusión, la última cuestión procesal nos interpela a determinar las diligencias pertinentes a realizar. Hemos creído conveniente exponer —a modo de recapitulación del Dictamen— la estructura íntegra de los elementos sustentadores para la representación de esta defensa, y así responder de manera más cabal los motivos que nos llevan a decantarnos por las diligencias de investigación seleccionadas.

CUESTIONES SUSTANTIVAS

1. El concepto de droga a efectos jurídico-penales

El término droga tiene un uso muy variado, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como “Sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes”, y en su segunda acepción “Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno”. Asimismo la Organización Mundial de la Salud va más allá y la define como aquella sustancia que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración (inhalación, fricción, ingestión, parenteral, administración o endovenosa), produce una alteración del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y puede crear dependencia, de forma psicológica, física o ambas.

Ahora bien, para poder entender el concepto de droga a efectos jurídico-penales debemos analizar primero el sistema de fiscalización internacional creado por los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, los cuales han suscrito diversos tratados internacionales para controlar el tráfico ilícito de estas sustancias.

El primer tratado internacional data de 1961, conocido como Convención Única de Nueva York sobre Estupefacientes¹. Este acuerdo fija diversas medidas de fiscalización internacional como instrumento unificado para prohibir el cultivo, producción y utilización de drogas. Además en su Anexo se contienen diversas listas que recogen todas aquellas sustancias que deben entenderse como estupefacientes y por ello, sujetarse a control: la Lista I contiene aquellas sustancias adictivas, y de probable uso indebido, así como sus precursores que se pueden convertir en estupefacientes que son igualmente adictivos y también de probable uso indebido, algunas de las sustancias son la cocaína o la heroína; la Lista II recoge aquellas sustancias menos adictivas y cuyo uso indebido es menos probable que las de la Lista I, la codeína es un ejemplo de esta categoría; la Lista IV contiene aquellos estupefacientes también clasificados en la Lista I con “propiedades particularmente peligrosas” y escaso o nulo valor terapéutico (cannabis).

La Lista III recoge preparados que contienen una cantidad baja de estupefacientes y son poco susceptibles de uso indebido, por esta razón están exonerados de la mayoría de medidas de fiscalización impuestas sobre las sustancias que contienen.

Cabe destacar el artículo 1.j. del texto legal de la Convención, porque nos da una primera aproximación a la pregunta que se nos plantea: determina que se consideran estupefacientes aquellas sustancias que se recojan en las Listas I y II, naturales y sintéticas. Asimismo, en previsión del probable surgimiento de nuevos

¹ Convención Única de Nueva York sobre Estupefacientes (enmendada por protocolo de 1972).

estupefacientes, el Convenio permite incluir nuevas sustancias en la lista sin necesidad de modificar el texto de los artículos del tratado².

En síntesis, el sistema de prohibicionismo mediante las listas fijado por esta primera Convención establece que el concepto de droga (o estupefaciente, en este caso) dependerá de su inclusión en las listas anexas, por lo que en su aspecto negativo toda aquella sustancia que no se encuentre recogida no podrá tener la consideración de droga.

Posteriormente, en el año 1971 se firma el Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas³, con el objetivo de controlar una nueva gama de sustancias psicoactivas puestas de moda en los años 60 como anfetaminas, barbitúricos y drogas psicodélicas. También sigue el sistema de listas y considera psicotrópicas aquellas sustancias incluidas en ellas, las cuales son clasificadas según su riesgo de uso indebido, su amenaza para la salud y su valor terapéutico.

Además, es interesante traer a colación el artículo 2.4, porque considera que son características comunes de las drogas producir los siguientes efectos: 1) un estado de dependencia y 2) estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo, y además que la sustancia pueda ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia.

Más adelante, se refuerza el sistema de fiscalización con un tercer tratado, la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988⁴, que surge a raíz del incremento de demanda durante los años setenta y ochenta de cannabis, cocaína y heroína con fines no terapéuticos, especialmente en los países desarrollados. Este fenómeno se convirtió en un filón de oro que atrajo a su control por grupos criminales, motivo también que propició intensificar las medidas prohibitivas. En este sentido, también se refuerza la obligación sancionadora penal de los estados, con el fin de combatir contra la producción, posesión y tráfico de las sustancias psicoactivas.

Al igual que en los Convenios anteriores, anexa dos tablas que listan precursores, reactivos y disolventes utilizados en la fabricación de los estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera tabla recoge precursores de sustancias psicotrópicas como efedrina o safrol y algunos reactivos clave usados para la conversión de morfina en heroína, así como el permanganato potásico, usado en la extracción de cocaína; y la segunda tabla contiene una amplia gama de reactivos y disolventes que se pueden usar en la producción ilícita de

² MOLINA PÉREZ, T. *El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas*. 2005.

³ Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.

⁴ Convención de Viena contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero también tienen usos industriales lícitos extendidos, como acetona, éter, etc.

Además del ámbito internacional, el sistema de fiscalización también se proyecta a nivel comunitario europeo y para su desarrollo se suscribe la Decisión Marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre de 2004⁵, que acuerda establecer disposiciones mínimas sobre los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas, considerando estupefacientes las sustancias enumeradas en la Convención Única de 1961 (enmendada por el Protocolo de 1972) y la Convención de Viena de 1971. De igual modo, imita el sistema de listas de los acuerdos internacionales y anexa las tablas mediante diversas Directivas, en la actualidad está vigente la Directiva (UE) 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017⁶, que además de incluir en el concepto de droga los Convenios mencionados anteriormente, también añade a la misma consideración las sustancias que se recogen en el propio anexo.

Asimismo, cabe destacar la reciente Directiva delegada 2019/369, de 13 de diciembre de 2018⁷, que modifica el anexo de la Decisión Marco 2004/757/JAI e incluye nuevas sustancias psicotrópicas en la definición de droga.

En la lucha contra el tráfico de drogas a nivel estatal es de suma importancia la Ley 17/1967, de 8 de abril⁸, debido a que transpone la Convención Única de 1961 y se trata de la legislación fundamental sobre fiscalización de sustancias estupefacientes en el territorio español. Esta disposición legal más allá de considerar como estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II del Anexo de la Convención, también abre la posibilidad de incluir en el concepto de droga las sustancias que igualmente lo sean consideradas en el ámbito internacional y nacional, mediante el procedimiento reglamentario correspondiente.

En este sentido, el Real decreto 1194/2011, de 19 de agosto⁹, es el encargado de establecer dicho procedimiento en el marco interno: se requiere la aprobación previa de la Agencia Española de Medicamentos y posteriormente el Ministerio de Sanidad resuelve sobre la fiscalización de la sustancia en forma de orden ministerial.

⁵ «DOUE» núm. 335, de 11 de noviembre de 2004, páginas 8 a 11 (4 págs.)

⁶ Directiva (UE) 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2017 por la que se modifica la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo para incluir las nuevas sustancias psicotrópicas en la definición de droga y por la que se deroga la Decisión 2005/387/JAI del Consejo

⁷ Directiva Delegada (UE) 2019/369 de la Comisión de 13 de diciembre de 2018 por la que se modifica el anexo de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo en lo que respecta a la inclusión de nuevas sustancias psicotrópicas en la definición de «droga».

⁸ Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas. «BOE» núm. 86, de 11 de abril de 1967, páginas 4806 a 4809 (4 págs.)

⁹ Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional. «BOE» núm. 202, de 23 de agosto de 2011, páginas 93347 a 93349 (3 págs.)

Inicialmente el criterio de la Fiscalía¹⁰ y la jurisprudencia del Supremo¹¹ eran partidarios de una interpretación estricta sobre el objeto material del delito de tráfico de drogas —de manera que la consideración de sustancia ilícita se infería de la remisión a los Convenios internacionales, por ser de aplicación directa—. No obstante, paulatinamente se ha cimentado una postura más amplia que permite a los tribunales estatales considerar droga determinadas sustancias, aunque no se encuentren incluidas en las Listas de los tratados internacionales¹². Esta creación jurisprudencial se sustenta en los informes periciales y la concurrencia de cuatro criterios que los protocolos internacionales han determinado para considerar ilícitas las nuevas sustancias¹³:

- a. Criterio médico-farmacológico, por el cual la sustancia provoque: trastorno de dependencia, con los síntomas de tolerancia, abstinencia y uso compulsivo; trastorno de abuso, con síntomas de consumo recurrente que dé lugar a incumplimiento de obligaciones (laborales, escolares, domésticos, etc); consumo recurrente en situaciones en que es físicamente peligroso; y consumo continuado a pesar de tener problemas legales o sociales por culpa de la sustancia: trastornos de intoxicación; y, síndrome de abstinencia.
- b. Criterio de toxicidad, por el cual la sustancia tenga un mínimo porcentaje de principio activo para ser considerada psicoactiva, aquí entra en juego el principio de insignificancia¹⁴.
- c. Ilegalidad del consumo de la sustancia.
- d. Afectación de modo penalmente relevante a la salud pública y a la individual.

En conclusión, para que una sustancia se considere droga a efectos jurídico-penales debe estar incluida en las listas anexas de las disposiciones normativas, ya sean de ámbito internacional, comunitario o estatal; o bien, ser considerada como tal por la doctrina jurisprudencial.

¹⁰ Circular nº 1/1984, de 4 de junio, Interpretación del artículo 344 del Código Penal.

¹¹ SSTS nº 898/1984, de 12 de julio y nº 13450/1990, de 23 de octubre, entre otras.

¹² ARROYO, L. *El objeto material en el art. 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. 2000.

¹³ SSTS nº 1486/1999, de 25 de octubre; nº 1224/2004, de 15 de diciembre; 378/2006, de 31 de marzo; nº 870/2008, de 16 de diciembre y nº 2347/2019, de 10 de julio.

¹⁴ Vid. Cuestión Sustantiva 3.3. "Conductas típicas del tráfico de drogas y criterios cuantitativos: conductas atípicas".

2. Régimen jurídico-penal de la Pentedrona, de la Ayahuasca y de la Difendina

2.1. Pentedrona

La Pentedrona se trata de una sustancia perteneciente al grupo de las catinonas sintéticas, también conocidas como “sales de baño”. Se presenta como un polvo cristalino blanco o marrón y tiene un efecto estimulante psicoactivo. Su modo de consumo puede ser ingerido, aspirado, fumado o inyectado¹⁵.

Esta sustancia no consta como estupefaciente en ninguna de las listas anexas de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1972 ni el Convenio contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, así como tampoco en las disposiciones comunitarias europeas —Directiva 2017/2103 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2017 y la reciente Directiva Delegada 2019/369 de la Comisión de 13 de diciembre de 2018—.

Por el contrario, en el ámbito estatal la Orden SCB/770/2018, de 12 de julio¹⁶, añade en el Anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre¹⁷, diversas sustancias, entre las que se encuentra la Pentedrona, que se consideran incluidas en la Lista II del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971¹⁸. De esta forma, su consideración como psicotrópico permite estimar que constituye una amenaza especialmente grave para la salud pública.

La Disposición Adicional Segunda marca el inicio de vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 21 de julio de 2018.

Sin embargo en el supuesto de hecho sólo consta la fecha del 23 de julio de 2017, cuando Caín contacta con su amigo Társilo por las redes mientras busca

¹⁵ World Health Organization. *Pentadrone. Critical Review Report*. 2016.

¹⁶ Orden SCB/770/2018, de 12 de julio, por la que se incluyen nuevas sustancias en el anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación. «BOE» núm. 175, de 20 de julio de 2018, páginas 73005 a 73006 (2 págs.)

¹⁷ Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación. «BOE» núm. 274, de 16 de noviembre de 1977.

¹⁸ Artículo único. Inclusión de ocho nuevas sustancias en la lista II del anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación: Se incluyen las sustancias 4-metiletcatinona (4-MEC), etilona, **Pentadrona**, etilfenidato, metiopropamina (MPA), MDMB-CHMICA, 5F-APINACA (5F-AKB-48) y XLR-11 en la lista II del anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, así como sus variantes estereoquímicas, racematos y sales, siempre que su existencia sea posible, siéndoles de aplicación las medidas de control y sanciones penales previstas para las sustancias que integran dicha lista de control.

información para iniciar el negocio. Así, de acuerdo con nuestra posición de defensa entendemos que el transcurso temporal de los hechos debe ser interpretado *in dubio pro reo*, el cual nos lleva a entender que las conductas relatadas se llevan a cabo entre esta fecha y, en todo caso, antes del 21 de julio del año siguiente.

Siguiendo este razonamiento, los hechos se producen antes de la entrada en vigor de la Orden SCB/770/2018, de 12 de julio, de tal manera que la Pentedrona no está sujeta a fiscalización y por lo tanto, la actuación de Caín no es punible.

Aun así, si se considera que la actividad se lleva a cabo bajo la vigencia de la Orden, nos encontramos ante la concurrencia de error de prohibición¹⁹; la doctrina del Supremo determina que esta figura concurre cuando el autor tiene la convicción firme e indubitada de que realiza una conducta lícita, sin admitirse que se trate en infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente²⁰.

En materia de drogas, la STS de 21 de noviembre de 1995²¹ entiende que basta que el sujeto conozca que realiza u omite un comportamiento ilícito para no aplicar el error de prohibición. Asimismo, es interesante la STS nº 163/2005, de 10 de febrero, al ir más allá y exponer que “los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza. El desconocimiento o la falta de información sobre un hecho punible no puede quedar a la discreción de su autor. En el caso del tráfico de drogas su prohibición es tan notoria que resta cualquier verosimilitud a las alegaciones que se incorporan al motivo”. No obstante, donde más se ha admitido la figura de error de prohibición ha sido para la conducta de los administradores de clubes cannábicos²².

Por lo expuesto, la actuación de Caín encaja con los requisitos expuestos ya que la Pentedrona se trata de una sustancia desconocida totalmente para el público en general, tanto en su composición como en sus efectos. Asimismo cabe recordar que se trata de una persona lego en derecho, por lo que de existir la mentada norma es evidente que no se le puede exigir su conocimiento, tanto por la reciente vigencia así como por la exigencia de formación especializada para entender la fiscalización a la que es sometida, hechos que denotan la imposibilidad de que Caín efectivamente pudiese conocer el marco legal de esta sustancia. Por estos motivos es aplicable el error de prohibición invencible que supone su absolución y subsidiariamente el error de prohibición vencible, que conlleva la rebaja de la pena en uno o dos grados.

¹⁹ ALLUÉ, A. *Aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el carácter vencible o invencible del error en el art. 14 del Código Penal*. 2017.

²⁰ SSTS nº 602/2015, de 13 de octubre; nº 411/2006, de 18 de abril; nº 55/2003, de 28 de mayo; nº 123/2001, de 5 de febrero; y nº 687/1996, de 11 de octubre, entre otras.

²¹ RJ. 1995/8138.

²² La STS nº 475/2018, de 21 de febrero, conocida como “Sentencia Ebers” es relevante porque absuelve a los administradores del club cannábico Ebers del delito de tráfico de drogas, al no ser posible descartar el error de prohibición invencible.

2.2. Ayahuasca

La Ayahuasca, también conocida como yagé o liana de la muerte, es una mezcla de dos plantas: la enredadera de Ayahuasca (*Banisteriopsis caapi*) y el chacruna (*Psychotria viridis*), un arbusto que contiene el compuesto natural dimetilriptamina (DMT), de efectos alucinógenos, los cuales se hierven y se consume en forma bebida. Sus efectos psicoactivos se relacionan con sentir momentos de euforia junto con experimentar sueños lúcidos mientras el consumidor está despierto, lo que le permite tener plena conciencia del contenido del sueño²³.

Es cierto que la Lista I del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 fiscaliza el principio psicoactivo del DMT, sin embargo lo que se prohíbe es la elaboración sintética, en otras palabras, para que se considere ilegal se requiere un porcentaje mínimo del preparado. La razón estriba en que el DMT es un compuesto muy extendido de forma natural entre en los organismos vivos, sin ir más lejos el propio cuerpo humano segrega esta sustancia.

La Ayahuasca como tal no consta en ninguna de las listas de la Convención Única de 1961, del Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas ni de la Convención de Viena de 1988, por lo que ya se desprende su licitud. Asimismo la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), órgano encargado de asegurar la aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas, ha manifestado en diversos informes —los correspondientes a 2010 y 2012²⁴— que aunque la Ayahuasca se trata de un vegetal con sustancias psicoactivas, no se encuentra sujeta a fiscalización internacional.

En España, la jurisprudencia ha secundado la postura internacional decantándose por la absolución para acusaciones por delitos contra la salud pública sobre la Ayahuasca o sus preparados. En este sentido, es interesante la SAP Barcelona (Sección 21ª), de 23 de mayo de 2016, que analiza todos los tratados internacionales y los informes de la JIFE anteriormente citados para manifestar que la decocción o presentación vegetal de la Ayahuasca no es objeto de fiscalización internacional. Asimismo sobre la posible fiscalización a nivel estatal la sentencia recuerda que la legislación nacional (Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre y Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre²⁵) se limita a remitirse a los listados internacionales.

²³ FERICGLA, J.M. *Informe pericial sobre la Ayahuasca*. 2018.

²⁴ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. (2010). *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2010 (E/INCB/2010/1)*.

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. (2012). *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2012 (E/INCB/2012/1)*.

²⁵ Real Decreto 1573/1993, de 10 de septiembre, por el que se somete a ciertas restricciones la circulación de los productos psicotrópicos y estupefacientes. «BOE» núm. 235, de 1 de octubre de 1993, páginas 28207 a 28207 (1 pág.)

De tal modo concluye que “desde el punto de vista de la tipicidad penal, sucede a nivel de legislación nacional lo mismo que ya ocurría en el nivel internacional: no podemos entender que la Ayahuasca esté incluida entre las sustancias psicotrópicas por el mero hecho de que en la decocción esté presente el DMT, incluso en una proporción que justificaría sus efectos psicógenos en el organismo. Y ello desde el momento en que la legislación nacional se remite y hace suya tal legislación internacional, no habiendo hecho uso de trámite alguno en orden a incorporar, a partir de esta regulación, la Ayahuasca en presentación vegetal o en decocción a la consideración de sustancia psicotrópica”.

De esta manera, la Ayahuasca no es una sustancia psicotrópica prohibida porque no está incluida en ninguna de las Listas de los Convenios internacionales ni el ordenamiento jurídico español, e igualmente tampoco es considerada como ilícita por la jurisprudencia.

2.3. Difenidina

La Difenidina es un anestésico disociativo que se presenta de forma sólida en pequeñas rocas cristalinas o polvo. Se trata de una sustancia de uso reciente por lo que no existen estudios de toxicidad sobre humanos, sin embargo experiencias subjetivas refieren que sus efectos en dosis bajas genera euforia, dificultad motora, aumento de la frecuencia cardíaca y en dosis altas aumentan los efectos disociativos. Puede ser consumida por vía oral, nasal, intramuscular e intravenosa²⁶.

Se trata de una sustancia que no se encuentra fiscalizada por el Convenio de Estupefacientes de 1961, ni por los Convenios de Viena de 1971 o de 1988. En el ámbito europeo tampoco se encuentra fiscalizada, únicamente consta en Hungría un procedimiento de modificación normativa, con fecha de 2014, con el objetivo de restringir su libre comercio²⁷. Sin embargo, su alcance es estrictamente ajeno al comunitario, de manera que no afecta la regulación de dicha sustancia para el estado español y por lo tanto como no existe regulación que la fiscalice, no puede ser considerada como droga ni puede inferirse su peligrosidad para la salud, en el marco del tipo penal para el delito de tráfico de drogas.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, podría incardinarse la Difenidina en el objeto del delito de salud pública genérico del art. 359 CP debido a que no requiere la consideración de droga, sino solamente acreditar que el sujeto activo no cuenta con la autorización pertinente para su elaboración, despacho, suministro o comercio, y asimismo probar mediante informes periciales que la sustancia es nociva para la salud. En el supuesto que nos ocupa si se demuestran los requisitos antes mencionados, Caín podría hacer valer la concurrencia del error de prohibición

²⁶ HASEGAWA, K.; WURITA, A.; MINAKATA, K. *et al. Forensic Toxicol.* 2015.

²⁷ Comisión Europea. *Modificación de la Ley XCV, de 2005, sobre medicamentos para uso humano y sobre la modificación de otras leyes que regulan el mercado farmacéutico (la "Ley"); Modificación del Decreto del Ministro de Capacidades Humanas n.º 55/2014, de 30 de diciembre de 2014, sobre sustancias o grupos de compuestos clasificados como nuevas sustancias psicoactivas (el «Decreto»).*

expuesto para la Pentedrona mediante el alegato de desconocimiento de la necesidad de autorización así como de las consecuencias nocivas para la salud.

Finalmente y por agotar todas las posibilidades punitivas, se podría plantear un concurso ideal de delitos —de acuerdo con la posición de defensa— entre el delito de salud pública genérico y el delito de lesiones del art. 147 del Código Penal o cualesquiera de sus modalidades agravadas, en el caso de que el suministro o comercialización de esta sustancia dañina causara una lesión o daño concreto en un consumidor.

3. Conductas típicas de tráfico de drogas y criterios cuantitativos de atipicidad

3.1. El delito de tráfico de drogas

En el sistema penal español, los delitos de tráfico de drogas están recogidos en el Capítulo III (Delitos contra la salud pública), del Título XVII (De los delitos contra la seguridad colectiva), del Libro II del Código Penal²⁸. Esta legislación es singular ya que articula un sistema de fiscalización basado en un adelantamiento de las barreras de protección que conlleva que se castigue como delito de tráfico de drogas conductas que en otros ámbitos se consideran generalmente impunes.

Por su ubicación en el Código, se entiende que el bien jurídico protegido es la salud pública, protegida como derecho constitucional en el art. 43 de la CE²⁹ y entendida doctrinalmente como la suma de las saludes individuales, esto es, diferenciada de la propia de cada sujeto³⁰. Esta consideración se traduce en entender que se consuma el delito con la mera puesta en peligro de la salud pública a causa de la difusión de las drogas³¹.

En relación con lo anterior, es ilustrativa la STS nº 861/2007, de 24 de octubre, que fundamenta el adelanto de las barreras de protección en aras de proteger el bien jurídico, hecho que justifica que las conductas tipificadas no requieren siquiera un efectivo perjuicio concreto en la salud³².

Así pues, el delito de tráfico de drogas se erige como un delito de peligro abstracto (SSTS nº 1110/2004, de 5 de octubre y nº 353/2007, de 7 de mayo, entre

²⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995.

²⁹ Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424 (112 págs.)

³⁰ ACALE SÁNCHEZ, M; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*. 2016.

³¹ Loc. cit.

³² “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.”

otras), por el que el tipo va más allá y prevé el mero riesgo e interviene antes de una efectiva lesión al bien jurídico protegido³³.

Actualmente, el delito de tráfico de drogas se encuentra tipificado en el art. 368 del Código Penal:

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

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

De acuerdo con el precepto, se considera punible el hecho de realizar actos de cultivo, elaboración o tráfico e igualmente también castiga las conductas de promover, favorecer, facilitar o meramente poseer drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Su estructura hace patente la finalidad del adelantamiento de las medidas de protección mediante el castigo a una amplitud de conductas, que la doctrina y jurisprudencia se han encargado de interpretar y precisar debido a la vaguedad de los verbos empleados en el tipo³⁴.

3.2. Conductas típicas

a. Cultivo

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, cultivar significa “Dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen”. Aun así, en el contexto del tráfico de drogas existe diversidad de opiniones tanto doctrinales como jurisprudenciales sobre el alcance de esta conducta.

ACALE SÁNCHEZ considera que engloba la plantación y cuidado de la planta³⁵. En este sentido es relevante la STS nº 2054/2002, de 9 de diciembre que considera que “se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto”. Por contra, PEDREIRA GONZÁLEZ³⁶ entiende que ya existe cultivo con el acto de sembrar, sin tener en cuenta el cuidado de la planta.

³³ FRIEYRO, S. *El delito de tráfico de drogas*. 2017.

³⁴ GANZENMÜLLER, C; ESCUDERO, J. F; FRIGOLA, J. *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. 1997.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia, 2002.

³⁶ PEDREIRA GONZÁLEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.). *El delito de tráfico de drogas*, 2008.

Por otro lado, JOSHI JUBERT considera que el hecho de recolectar es igualmente punible³⁷. Además, esta autora interpreta que los actos de cultivo realmente son actos preparatorios de cualquier otro de favorecimiento del consumo ilícito porque “lo que se cultiva es una planta de la que se puede extraer droga y no la droga en sí misma”³⁸. Asimismo esta autora considera que los cultivos autorizados por la Agencia española del Medicamento, los destinados al autoconsumo y aquellos que sin estar autorizados no supongan un posterior consumo ilegal deben quedar al margen de la tipicidad de esta conducta.

b. Elaboración

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define elaborar como “transformar una cosa u obtener un producto por medio de un trabajo adecuado”.

La autora JOSHI JUBERT sostiene que esta conducta se lleva a cabo mediante actos sobre una planta con el objetivo de transformarla para obtener droga, ya sea sintética o natural, y sin tener en cuenta que se trate de un proceso sencillo o complejo.

Según PEDREIRA GONZÁLEZ, la elaboración puede darse por diferentes procedimientos, ya sean mecánicos o químicos, los cuales permiten obtener drogas, estupefacientes o psicotrópicos de las plantas o de manera sintética³⁹.

c. Tráfico

El tráfico consiste de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española como “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías”, o también “hacer negocios no lícitos”.

También lo define la Convención de 1961, sobre estupefacientes, ““tráfico ilícito” se entiende el cultivo o cualquier tráfico de de estupefacientes contrarios a las disposiciones de la Convención.” En el mismo sentido se expresa la Convención de 1988 en su art. 1.m, por el que entiende por “tráfico ilícito” una amplia variedad de conductas⁴⁰. De la misma manera es definido por la Ley 17/1967, de 8 de abril en su art. 15: “Constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes.”

Existe discusión doctrinal sobre la interpretación del término, parte de la doctrina argumenta que debe ser valorado desde una óptica mercantil, mientras que

³⁷ JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, 1999.

³⁸ JOSHI JUBERT, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ VENTURA PÜSCHEL/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.). *Derecho Penal Español (II). Parte Especial*. 2011.

³⁹ PEDREIRA GONZÁLEZ, en: ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MAJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.). *El delito de tráfico de drogas*, 2008.

⁴⁰ “La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.”

otra parte aboga por un tratamiento amplio de la conducta. La autora ACALE SÁNCHEZ es defensora de la primera posición y entiende que la entrega de drogas debe conllevar una contraprestación económica⁴¹. Por el contrario, JOSHI JUBERT sostiene que en esta conducta de transmisión lo que debe tenerse en cuenta es la capacidad de expandir la droga, siendo irrelevante la existencia o no de una contraprestación económica que responda a un *animus lucrandi*, esta circunstancia permite tipificar además de la venta o la permuta, también la donación⁴².

d. Posesión

La STS nº 134/1999, de 3 de febrero, considera que “la mera posesión para tal fin, como proyecto ideado con intención de consumir la transmisión de la droga en general, lo que lejos de ser un acto preparatorio o impune, entra igualmente en la descripción legal.”

En este sentido, la STS nº 924/2009, de 7 de octubre, va más allá y determina que esta conducta puede ser directa e inmediata, material, actual, 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 esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente. De esta manera, la sentencia entiende que “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 y sí la tenga, para ella, otra, que sería la figura del llamado “servidor de la posesión”.”

Debido a la amplitud de esta conducta, es crucial inferir cuándo esa posesión tiene por destino el autoconsumo; para determinarlo el TS ha elaborado una doctrina de la cual puede deducirse la finalidad por medio de pruebas indiciarias como que el sujeto sea consumidor (STS nº 1279/2005, de 16 de julio), grandes cantidades de dinero en el domicilio que no puedan justificarse por actividades lícitas (STS nº 639/2007, de 6 de julio) o encontrar instrumentos para presentar la droga a gran escala (STS nº 235/2008, de 30 de abril)⁴³.

e. Promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal

De acuerdo con la Real Academia Española, la promoción se considera “conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas” mientras que el favorecimiento o facilitación consiste en “hacer fácil la ejecución de algo o la consecución de un fin” y también “proporcionar o entregar”.

La amplitud de estos conceptos permiten incluir un gran número de comportamientos que contribuyan al ciclo de la droga, por esta razón la

⁴¹ ACALE SÁNCHEZ, Salud pública y drogas tóxicas. 2002.

⁴² Ob. cit.

⁴³ MAGRO SERVET, V. *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública*. 2004.

jurisprudencia ha encuadrado en estos términos las conductas de depósito y almacenamiento (SSTS nº 628/2014, de 6 de octubre y nº 542/2014 de 27 de junio, entre otras), así como la financiación para el cultivo, tráfico y elaboración de las sustancias estupefacientes (STS nº 672/1994, de 24 de marzo y SAP Barcelona, Sección 8ª, nº 32/2011, de 20 de enero, entre otras).

Es remarcable la opinión de SÁNCHEZ TOMÁS que sostiene que estas conductas deben tener la trascendencia similar a la del cultivo, elaboración o tráfico⁴⁴. Opinión discordante de JOSHI JUBERT, la cual considera que únicamente serán típicos si constituyen una contribución inmediata al consumo ilegal.

3.3. Conductas atípicas y principio de insignificancia

Todas las conductas analizadas son típicas si tienen por finalidad el consumo ilegal, sin embargo existen ciertos supuestos que, por su escasa trascendencia, no conllevan una difusión social relevante para considerar vulnerado el bien jurídico protegido de la salud pública, debido a lo cual se consideran atípicos⁴⁵.

Una de estas conductas es el consumo compartido, en que un grupo de consumidores abona en un fondo común el dinero suficiente para que uno de ellos compre la droga y luego la distribuye entre los miembros del grupo. Para considerarse atípico, este comportamiento debe cumplir los requisitos establecidos jurisprudencialmente⁴⁶: 1) todos los miembros del grupo deben ser consumidores; 2) el consumo se debe dar en un lugar o círculo cerrado; 3) no ha de existir contraprestación ni precio; 4) los individuos han de ser ciertos, pocos y determinados; 5) la droga comprada debe consumirse inmediatamente; 6) la cantidad de droga debe limitarse a la del consumo propio.

También se considera atípica la conducta de entregas compasivas, se trata de donaciones de familiares o allegados a consumidores en aras de evitarle el síndrome de abstinencia, siempre y cuando cumpla los requisitos de la jurisprudencia: 1) el destinatario debe ser drogadicto; 2) el remitente debe ser un familiar o persona allegada; 3) que la cantidad de la droga sea mínima y no superior a la dosis terapéutica; 4) imposibilidad de difusión a terceros mediante la inmediata ingesta de la droga⁴⁷.

El último supuesto de atipicidad responde a la venta de pequeñas cantidades de droga. Desde el año 2000, existió una discusión jurisprudencial sobre su tratamiento, inicialmente el TS sostenía la atipicidad por la inviabilidad de vulnerar el

⁴⁴ SÁNCHEZ TOMÁS, J.L. *Derecho de las drogas y las drogodependencias*. Madrid, 2002.

⁴⁵ GÓMEZ POZUETA, C.J. *El narcotráfico en la legislación penal española*. 2017.

⁴⁶ SSTS nº 776/2004, de 16 de junio; nº 326/2005, de 14 de marzo; nº 286/2004, de 8 de marzo; nº 499/2010, de 26 de mayo; nº 493/2015, de 22 de julio, entre muchas otras.

⁴⁷ SSTS nº 857/2004, de 28 de junio y nº 1653/1998, de 22 de diciembre.

bien jurídico protegido —la STS nº 358/2003, de 16 de junio razona la antijuridicidad por la imposibilidad de efectivo alcance a los consumidores y la ineptitud de la sustancia para vulnerar la salud— así, el límite típico se sitúa en la dosis de abuso. Sin embargo, a partir de 2003 asciende la teoría contraria, que considera que el límite de atipicidad debe ser el de la dosis mínima psicoactiva, que es inferior a la dosis de abuso (a modo de ejemplo la STS nº 901/2003, de 21 de junio).

En este contexto, el Instituto Nacional de Toxicología realiza a petición del TS el Informe núm. 12691/2003, de 22 de diciembre, en el que se determinan las cantidades de las dosis de abuso habitual, las dosis de consumo diario estimado y dosis mínimas psicoactivas de diversas sustancias identificadas en las Listas de la Convención Única de 1961 y la Convención de Viena de 1971. A raíz de este informe, el Gabinete Técnico del TS elabora un cuadro resumen de las principales sustancias estupefacientes objeto de tráfico de drogas y posteriormente se ratifica el criterio del informe por el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno del TS de 3 de febrero de 2005.

SUSTANCIA	HEROÍNA	COCAÍNA	HACHÍS	LSD	MDMA	MORFINA
Dosis mínima psicoactiva	0,66 mg o 0,00066 grs.	50 mg o 0,05 grs.	10 mg de THC o 0,01 grs. de THC	20 mcg o 0,000002 grs.	20 mg o 0,02 grs.	2 mg o 0,002 grs.

De esta manera, la cantidad mínima psicoactiva fija la dosis hasta la que no existe riesgo para la salud de las personas, por ello en estos supuestos se considera un comportamiento impune, sin embargo el hecho de superar estos límites conlleva la tipicidad de la conducta. Jurisprudencialmente, esta manera de proceder se ha fundado bajo el principio de insignificancia, como expone la STS nº 298/2004, de 12 de marzo: “el objeto del delito debe de tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues 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 efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal”.

Igualmente, guarda gran importancia el hecho de determinar la riqueza de la sustancia estupefaciente en aquellos supuestos en los que se tratan cantidades reducidas de droga que crean dudas sobre si se alcanza el mínimo psicoactivo —la STS nº 74/2004, de 30 de enero, decide absolver por una venta de dos pastillas de metadona de las que no consta la pureza, ni el peso, ni su composición—. Por el contrario, la STS nº 380/2009, de 16 de abril, recoge la excepción a este proceder cuando “a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos, se puede inferir razonadamente que se sobrepasó los límites de insignificancia”.

4. Elementos indiciarios de la tenencia preordenada al tráfico

Como se ha introducido previamente⁴⁸, para que la mera tenencia de la sustancia estupefaciente se considere típica debe existir el ánimo de querer traficar con ella. Sin embargo la decisión de inferir que la tenencia de determinada cantidad de droga está encaminada al tráfico, o bien para el consumo propio se trata de un razonamiento complejo no exento de equivocación al tratarse de una actuación proyectada sobre el futuro y difícil de acreditar mediante prueba directa, pero determinante para considerar la tipicidad⁴⁹.

Así pues la jurisprudencia del Supremo ha cimentado una teoría sobre la tenencia para excluir el autoconsumo y justificar el destino al tráfico, de manera que se debe atender a la prueba indiciaria, la cual debe reunir los siguientes requisitos: a) pluralidad de hechos-base o indicios; b) precisión de que estos indicios estén acreditados por prueba de carácter directo; c) necesidad de que sean periféricos o concomitantes, respecto del relato fáctico a probar; d) interrelación entre dichos indicios; e) racionalidad de la inferencia, ha de existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; y f) expresión de la motivación (SSTS nº 358/2007, de 24 de abril y nº 578/2006, de 22 de mayo, entre otras)⁵⁰.

Además, el Auto nº 1139/2007, de 7 de junio de la Sala Segunda del TS, incorpora dos requisitos para entender la conducta típica por delito de tráfico de drogas: 1) que el acusado posea sustancias prohibidas; y 2) que exista ánimo de traficar con las sustancias, tal alcance debe acreditarse mediante datos e indicios.

En su virtud, de manera más específica la jurisprudencia considera elementos sustanciales a tener en cuenta “la cuantía de la sustancia aprehendida, forma de posesión, la tenencia coincidente de instrumentos o material para su elaboración y distribución, medios económicos del acusado y aprehensión de cantidades de dinero en metálico en cuantía inusual”⁵¹.

Igualmente, en aplicación de esta teoría, de acuerdo con la STS nº 775/1997, de 31 de mayo, son elementos a tener en cuenta: a) la cuantía de la droga, para valorar si excede o no de la dosis normal de aprovisionamiento de un consumidor, así como la diversidad de drogas, que responda más bien a las necesidades de atender a la diversificación de la demanda que a las del consumo propio; b) el lugar, en que es detenido, por si se trata de un establecimiento en el que acudan los adictos; y c) la forma de distribución donde la droga es repartida entre los detenidos, con el fin de que sea menor cantidad la portada por cada una de ellos.

⁴⁸ Vid. Cuestión Sustantiva 1.3.e “Posesión”.

⁴⁹ ARÁNGUEZ, C. *Criterios para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas*. 1999.

⁵⁰ SUÁREZ, J.M. *El tráfico de precursores*. 2003.

⁵¹ SSTS nº 1223/1993, de 26 de mayo y nº 2171/1994, de 9 de diciembre, entre otras.

CUESTIONES PROCESALES

1. Derechos del investigado al momento de la detención y ante la declaración policial

Antes de profundizar en el objeto de la cuestión es necesario tener en cuenta diversos conceptos: por un lado, se trata de investigado aquella persona a la que, de acuerdo con unos indicios racionales, se le atribuye la comisión de unos hechos de carácter delictivo; por otro lado, la detención se entiende como la privación temporal de libertad realizada con el propósito de poner a disposición judicial a un sujeto por la presunta comisión de unos hechos delictivos.

La legislación procesal española recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵² contiene todos los requisitos y circunstancias que deben darse para entender lícita la detención, ya sea realizada por personas particulares así como por autoridades policiales. Dicha ley también es la que se encarga de detallar los derechos que asisten a la persona que es objeto de la detención.

Cabe hacer un inciso que durante los últimos años, la UE ha elaborado varias Directivas que han tenido incidencia en los derechos de la figura del detenido en el proceso penal y su relación con los demás sujetos que intervienen en el mismo⁵³. Estas disposiciones normativas han provocado reformas en los sistemas judiciales de los países comunitarios, y no ha sido ajeno a ello el estado español: la transposición de las Directivas ha originado la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril⁵⁴, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre⁵⁵, que modifica la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Fruto de estas modificaciones legales se presenta un nuevo escenario de los derechos del detenido, que se aúna el art. 520 de la LECrim. Entre los que no han

⁵² Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882.

⁵³ Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad. Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho de interpretación y a traducción en los procesos penales.

⁵⁴ Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

«BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015, páginas 36559 a 36568 (10 págs.)

⁵⁵ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219 (28 págs.)

sufrido variaciones encontramos el derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez (520.2.a LECrim), derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (520.2.b LECrim), derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal (520.2.g LECrim) y derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerla y las condiciones para obtenerla (520.2.h. LECrim).

Entre los derechos que han sido objeto de modificación total o parcial encontramos los siguientes⁵⁶:

- Derecho de acceso a las actuaciones (520.2.d LECrim): de forma novedosa, el detenido tiene derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, la problemática reside en determinar cuáles se consideran esenciales. Así, la Directiva 2012/13 consagra dicho derecho en el art. 7, el cual contempla la entrega de “aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva (...), la legalidad de la detención o la privación de libertad”, entendiéndose incluidas las fotografías o grabaciones de voz o sonado. La Directiva establece un umbral mínimo y da potestad a cada estado comunitario para extenderlo.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, se reúne el 15 de julio de 2015 para interpretar este derecho de una forma restrictiva al entender como esenciales “aquella información que sea fundamental para recurrir o valorar la pertinencia de la detención, y que deben facilitarse al detenido o a su abogado los siguientes: a) lugar, fecha y hora de la detención; b) lugar, fecha y hora de la comisión del delito; c) identificación del hecho delictivo que motiva la detención y breve resumen de los hechos; d) indicios que se deduce la participación del detenido en el hecho delictivo.”

También manifiesta que el derecho de acceso a las actuaciones no es absoluto y debe prohibirse la información de los elementos esenciales si se dan diversos escenarios: cuando por la complejidad de la causa pueda dar lugar a una declaración judicial de secreto, cuando exista un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, o para prevenir una situación que comprometa de forma grave el desarrollo de la investigación o del proceso.

- Derecho de información: la LECrim al término del art. 520.2 establece la obligación de informar por escrito al detenido del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por el que se puede impugnar la detención. Asimismo, si no se dispone de una declaración de derechos que entienda el detenido, se le debe informar de ellos mediante un intérprete tan pronto como sea posible, e igualmente se le debe entregar una declaración de derechos en una lengua que comprenda.

⁵⁶ MARCHENA, M; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. 2015.

Esta información se le debe aportar de una forma accesible y que comprenda, lo que implica que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del detenido.

- Derecho a la comunicación con un tercero (520.2.f LECrim): una novedad de la reforma es la posibilidad que se le ofrece al detenido de comunicarse telefónicamente en presencia de un funcionario o policía, sin demora injustificada, con un tercero de su elección. También, se incorpora la novedad de que si se trata de un detenido extranjero, además de serle comunicada la detención a su autoridad consular, tiene derecho a ser visitado por éstas en dependencias policiales, así como a mantener correspondencia (arts. 520.2.g y 520.3 LECrim).

En el caso de tratarse de un detenido menor de edad, la reforma incluye la puesta a disposición del menor a la Sección de Menores de la Fiscalía y la comunicación a los que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda las circunstancias del hecho y el lugar de custodia.

- Derecho de asistencia letrada (520.5 LECrim): se consagra el derecho del detenido a designar libremente un abogado, y si no lo hace a que se le encomiende un abogado de oficio, el cual, debe acudir al lugar de la detención lo antes posible, —la reforma rebaja el plazo máximo para presentarse en tres horas—. En el caso de que la asistencia inmediata del letrado sea imposible, el art. 520.c LECrim contempla la posibilidad de entrevistarse con él telefónicamente o por videoconferencia. En relación con ello, se prohíbe a la autoridad recomendar o sugerir un letrado en concreto para designarlo.

La Directiva 2013/48 es la encargada de desglosar las funciones del letrado, las cuales son traspuestas en el art. 520.6 LECrim y se condensan en solicitar que se informe de sus derechos al detenido, solicitar el reconocimiento médico si se considera adecuado, intervenir en las diligencias de declaración, reconocimiento y reconstrucción de los hechos que intervenga el detenido, si considera conveniente solicitar la declaración o ampliación de las diligencias anteriores, instar a consignar cualquier incidencia e informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento en la práctica de diligencias.

Igualmente establece el derecho a la entrevista previa con el abogado (art. 520.6.d. LECrim), ya sea antes del interrogatorio policial o judicial.

Inicialmente, la Directiva admitía suprimir temporalmente la entrevista previa en determinados casos por parte de los Estados miembros ante “a) una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona; b) una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”. Sin embargo, tal disposición no se ha transferido a nuestro ordenamiento debido al probable conflicto que encontraría con las demás normas procesales que ya se han encargado de componer un régimen legal que permite modular este derecho en función de las circunstancias específicas de cada caso.

- Derecho a asistencia de un intérprete (art. 520.2.h LECrim): el detenido que no entienda el idioma tiene derecho a ser asistido por un intérprete. La novedad en este aspecto radica al otorgar esta posibilidad no sólo a personas extranjeras que no comprendan el castellano, sino también a aquellos que no entiendan la lengua oficial de cualesquiera de las comunidades autónomas, así como a personas sordas o con discapacidad auditiva, o bien con dificultades del lenguaje.

2. Legalidad de la entrada y registro efectuada y sus consecuencias

La entrada y registro en lugar cerrado se puede definir como aquella diligencia de investigación realizada mediante la entrada en un lugar concreto e incomunicado del exterior con la finalidad de encontrar y incautar fuentes para la investigación de los hechos criminales que se tratan. Actualmente se encuentra regulada en el Título VIII, del Libro II de la LECrim, arts. 545 a 572 y como se infiere de su localización en el texto legal, su práctica conlleva la afectación de derechos fundamentales —en este caso el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio— motivo por el cual debe ir precedida de requisitos específicos para salvaguardar su legalidad. Por esta razón es indispensable acreditar indicios de que el investigado se encuentra en el lugar donde se va a proceder a la diligencia de entrada, así como instrumentos, libros o papeles que sean útiles para el descubrimiento de la actividad delictiva (art. 546 LECrim).

En este sentido la jurisprudencia del Supremo reafirma la necesidad de precisión referente a los “datos concretos indicadores de la existencia del delito y de la relación con tal delito del domicilio que ha de ser objeto del registro”, no siendo suficientes afirmaciones genéricas sin contenido preciso (STS nº 938/2003, de 17 de junio de 2003).

La decisión sobre su pertinencia y práctica le corresponde al Juez de Instrucción (art. 563 LECrim) y debe plasmarse mediante la forma de auto, el cual debe estar motivado y debe especificar el edificio o lugar cerrado a realizar, si tendrá lugar tan sólo de día y la autoridad que tenga que practicarlo (art. 558 LECrim). Para el momento de la práctica, el art. 569 LECrim requiere la presencia del interesado o su representante y del Letrado de la Admón de Justicia, que levantará acta del resultado y deberá ser firmada por todos los asistentes (art. 569.4 LECrim).

Es relevante tener en cuenta que el Juez Instructor puede ordenar la entrada y registro prescindiendo del consentimiento del interesado mediante el auto habilitante. De tal forma que si el sujeto se niega solamente se puede proceder a la práctica de la diligencia una vez se haya notificado el auto en el momento o con un máximo de 24 horas (art. 550 LECrim). En este sentido, se entiende otorgado el consentimiento si el interesado no invoca el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 551 LECrim).

En el supuesto de hecho Caín es detenido por el dispositivo policial de los *Mossos d'Esquadra* al momento de entregar la sustancia y recibir el dinero, de inmediato se le pregunta si quiere colaborar y accede a que entren en su domicilio, una vez allí le comunican que le designarán abogado al llegar a comisaría y por lo tanto al finalizar la diligencia. En el acta de entrada y registro constan 300 gramos de Pentedrona, cuatro raíces de Ayahuasca y 100 gramos de Difenidina, además de dinero en metálico.

Como se ha expuesto en la Cuestión Procesal anterior⁵⁷, uno de los derechos del detenido es el de designar abogado y ser asistido por él sin demora justificada (art. 520.2 LECrim), sin embargo tanto el consentimiento de Caín como la práctica de la diligencia se realiza sin su presencia y sin haber auto habilitante. Para estos supuestos el Supremo ha elaborado una consolidada doctrina⁵⁸ que exige la asistencia de letrado para que un detenido otorgue consentimiento válido a la autoridad policial —en caso de no existir autorización judicial—, para practicar la diligencia de entrada y registro en su domicilio. De acuerdo con la STS nº 247/1998, de 2 de diciembre, el fundamento de esta doctrina se basa en que “esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza” .

Por consiguiente, como expone la STS nº 234/2016, 17 de marzo de 2016, la diligencia de entrada y registro realizada de esta manera comporta su nulidad puesto que “al haberse realizado merced a un consentimiento prestado por el detenido sin asistencia de un letrado, se han vulnerado su derecho de defensa y la inviolabilidad del domicilio del imputado, vulneraciones de derechos fundamentales que determinan la nulidad radical de la diligencia y la invalidez de las fuentes de prueba obtenidas en el curso de la diligencia (art. 11.1 LOPJ)”.

En conclusión, Caín por su condición de detenido, en el momento de dar su consentimiento para la entrada y registro de su domicilio debía haber contado con la asistencia de letrado para que le asesorase. Su ausencia invalida el consentimiento prestado —al serle vulnerado el derecho a la inviolabilidad y a la defensa— y conlleva la nulidad de pleno derecho tanto del registro como de las pruebas obtenidas en éste.

⁵⁷ Vid. Cuestión Procesal 2: “Derechos del investigado en el momento de la detención y ante la declaración policial”.

⁵⁸ SSTS nº 234/2016, 17 de marzo; nº 11/2011, de 1 de febrero; nº 1257/2009, de 2 de diciembre; nº 678/2005, de 8 de marzo; y nº 1182/2004, de 26 de octubre, entre muchas otras.

3. La diligencia de clonado de ordenadores según la LECrim

El avance de la tecnología ha propiciado el auge del uso de los dispositivos y sistemas informáticos para el día a día en gran parte de la población, gracias a su capacidad técnica para el almacenamiento masivo de información. Esta popularidad ha originado también la necesidad de poder acceder a estos dispositivos para su registro, en aras de perseguir hechos delictivos. Sin embargo, al principio cuando se planteó esta posibilidad dicha intervención podía suponer una vulneración de derechos fundamentales; esta cuestión derivó en una discusión doctrinal para determinar si se afectaba al derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, dependiendo del carácter personal o no de la información tratada.

Para solucionar la incógnita aparece una nueva doctrina jurisprudencial que crea el derecho al entorno virtual, el cual salvaguardaba la totalidad de los datos que se encuentran almacenados en un dispositivo informático. Para entender la amplitud de este derecho es ilustrativa la STC nº 173/2011, de 7 de noviembre: “quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona”.

Es este contexto el que propicia la modificación de la LECrim mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que crea diversos Capítulos (del IV a X) dentro del Título VIII, del Libro II relativos a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

El Capítulo IV, introductorio de las demás disposiciones, exige que este tipo de actuaciones deben responder: al principio de especialidad, por el cual se requiere de una base o indicios objetivos para la persecución de un delito concreto que motive este tipo de investigaciones; al principio de idoneidad, que relaciona la extensión y dimensión de la medida en función de su utilidad; al principio de excepcionalidad y necesidad, que limita el uso de la medida para aquellas situaciones en que no sea posible realizar otras diligencias para el esclarecimiento de las circunstancias; y el principio de proporcionalidad, el cual exige ponderar los intereses que motivan acordar la medida con los derechos afectados (art. 588 bis a. LECrim).

Como expone el art. 588 bis b. LECrim, para proceder a la práctica de estas diligencias se requiere una autorización judicial, que puede ser adoptada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, o bien de la Policía Judicial. Esta solicitud debe

contener: 1) La descripción del hecho que es objeto de investigación así como la identidad del investigado u otros igualmente afectados; 2) Las razones que justifiquen la necesidad de llevar a cabo la medida; 3) Los datos identificadores del investigado y de los medios de comunicación utilizados para su ejecución; y 4) La extensión, duración, forma de ejecución y la unidad investigadora de la Policía Judicial responsable de la intervención, así como el sujeto obligado que llevará a cabo la medida.

El art. 588 bis c. LECrim, recoge que la solicitud debe ser resuelta en un plazo de 24 horas mediante auto motivado del Juez de instrucción, previo traslado al Ministerio Fiscal. Asimismo, este auto debe concretar el hecho punible y su calificación jurídica, el alcance, la duración, la finalidad y la forma de la medida, así como la periodicidad para informar al juez sobre el devenir de la medida. También debe especificar la unidad investigadora de la Policía Judicial y el sujeto obligado, que debe guardar secreto y tiene encomendado el deber de colaboración.

Debido a la injerencia que supone de los derechos fundamentales, tanto para el investigado como para terceras personas, el elemento temporal de la medida es una cuestión de gran importancia, por ello el art. 588 bis e. LECrim establece la exigencia de sometimiento a la utilidad de la medida acordada. De esta forma, la duración debe especificarse y no puede exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Todo ello sin perjuicio de admitir la prórroga mediante auto motivado, siempre y cuando existan razones para mantenerla.

Específicamente la diligencia de clonado de ordenadores se regula en el Capítulo VIII, con la rúbrica “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se requiere autorización judicial razonada tanto para la incautación así como para el acceso al registro de los dispositivos informáticos encontrados en el marco de un registro domiciliario (art. 588 sexies a. LECrim). Dicha autorización además de fijar el alcance de la medida, también puede consentir la copia de los datos informáticos obrantes en el dispositivo y también admite la posibilidad de que sea ampliada con posterioridad.

El articulado prevé que los casos en que con la incautación se cree un grave perjuicio al titular se evitará la confiscación, siempre y cuando no se trate el dispositivo del objeto o instrumento del delito y además que se pueda realizar una copia fidedigna de los datos almacenados.

Excepcionalmente, también permite el art. 588 sexies c. 4. LECrim el registro de dispositivos por parte de la Policía Judicial sin la autorización judicial, en casos de urgencia con un interés constitucional que haga imprescindible la práctica de la diligencia, — aun así requiere la convalidación judicial posterior —.

Además del análisis de la LECrim también es interesante traer a colación la Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos⁵⁹, ya que complementa el texto legal sobre la diligencia de clonado de ordenadores.

En este sentido, aunque no se prevé en la Ley, el consentimiento del afectado —tanto expreso como tácito, este último entendido mediante actos concluyentes—, hace innecesaria la autorización judicial. Sin embargo no se considera tal la simple falta de oposición al registro, es decir, debe existir una inequívoca voluntad de colaborar, como en el caso de que la afectada facilite las cuentas de correo electrónico y sus claves (STS nº 786/2015, de 4 de diciembre).

Para los casos en que el afectado está detenido, como es el supuesto que nos ocupa, la Circular se apoya de la STS nº 187/2014, de 10 de marzo, y entiende que no es precisa la asistencia del letrado para el registro del dispositivo en el marco de un registro domiciliario, pero sí requiere el consentimiento del afectado de no existir autorización judicial.

La autorización judicial debe especificar los datos concretos que puede afectar el registro. Cabe destacar que la autorización judicial de entrada y registro faculta para incautar los dispositivos informáticos encontrados, sin embargo no legitima el acceso a tales, por lo que el clonado requiere una motivación judicial especial. Todo ello sin perjuicio de que ambas motivaciones puedan aunarse en la misma resolución judicial, lo que en la práctica es lo más común cuando son previsibles estos hallazgos⁶⁰.

El volcado puede realizarse de dos maneras: el clonado, que se trata de una copia idéntica de los datos informáticos del dispositivo; o copia lógica, la cual es una copia selectiva de los ficheros o datos.

Cabe destacar que en el primer caso no es necesaria la presencia del Letrado de la Admón de Justicia (SSTS nº116/2017, de 23 de febrero y nº 342/2013, de 17 de julio, entre otras), ya que la firma digital obra como garantía, mientras que en la segunda modalidad es aconsejable su presencia para hacer constar el alcance del copiado en el acta de registro domiciliario. Ahora bien, aunque la modalidad de clonado no precisa su asistencia, en determinadas situaciones deberá garantizar la veracidad de la prueba mediante la extensión de acta, tanto en el desprecinto del ordenador e inicio de la diligencia así como en su finalización. Tampoco es necesaria la presencia del afectado durante la diligencia, si bien se le permite asistir en los casos de registro en el propio domicilio.

⁵⁹ «BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2019, páginas 30159 a 30197 (39 págs.)

⁶⁰ VELASCO, E. *Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y registros remotos*. 2016.

Puesto que la Ley no contempla cómo se debe realizar la diligencia de clonado, debemos remitirnos a la jurisprudencia comunitaria, la cual desde su Sentencia *Weiser y Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, de 16 de octubre de 2007, y mantenida más recientemente por la Sentencias *Prezhdarovi v. Bulgaria*, de 30 de septiembre de 2014; *Maslak y Michalkova v. Rep. Checa*, de 14 de enero de 2016; y *Posevini v. Bulgaria*, de 19 de enero de 2017, entre otras, ha recopilado criterios para garantizar la legitimidad de la diligencia y evitar posibles errores: a) Que las partes, especialmente el afectado o su defensa, estén en el registro, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, también es recomendable la presencia del Letrado de la Admón de Justicia; b) Levantar acta de las operaciones realizadas durante el registro, y que se efectúe una lista de lo incautado e inspeccionado, las copias de seguridad deben hacerse bajo la garantía del Letrado de la Admón de Justicia; c) El juez debe decidir en caso de objeciones del usuario sobre la incautación de determinados dispositivos de acuerdo con el objeto del registro; y d) En caso de registros a abogados, debe presenciar la diligencia además del fedatario judicial, un tercero imparcial, en caso de realizarse en territorio español debe ser un representante del Colegio de Abogados⁶¹.

La doctrina jurisprudencial europea lo que pretende es limitar la extensión de la práctica de la diligencia de clonado mediante la justificación precisa de su ejecución y otorgándole al afectado la posibilidad de intervenir en la selección de los datos recogidos, para que todos aquellos que se registren sean debidamente pertinentes para la investigación delictiva.

De acuerdo con lo anterior, en el supuesto de hecho se cometen diversas irregularidades en relación a la entrada y registro de su domicilio y el clonado de su portátil. Si bien es cierto que Caín permite la entrada y registro a su domicilio, este no se amplía al clonado del portátil, y por tanto habría requerido de la autorización judicial habilitante. Esta circunstancia conlleva la irregularidad de la prueba al haberse cometido una vulneración ordinaria de los derechos fundamentales; pero más allá de esta circunstancia, debe tenerse en cuenta que todo lo ocurrido sucede una vez se le detiene, y por lo tanto debería de haber sido asistido por un abogado desde ese momento. Por este motivo, la prueba deviene nula y sus efectos se extienden a los objetos e indicios obtenidos durante las diligencias practicadas, de acuerdo con el art. 11.1 de la LOPJ⁶².

⁶¹ FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A. *Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*. 2016.

⁶² “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

4. Fases del procedimiento aplicable

El tipo de proceso a instruir depende de la pena en abstracto del delito aplicable: de acuerdo con el art. 757 LECrim, si la pena privativa de libertad es inferior de 9 años, ya sea por un único delito o por varios, —siempre y cuando ninguno de ellos conlleve una pena superior a ese período—, se encauza por el procedimiento abreviado; si la pena del delito supera los nueve años le corresponde tramitarse por procedimiento ordinario o sumario.

También hay que tener en cuenta que, dependiendo de la pena privativa de libertad el órgano competente para enjuiciar el caso será diferente. De acuerdo con el art. 14 de la LECrim, si las penas en abstracto de los delitos no superan los cinco años individualmente, el órgano judicial competente será el Juzgado de lo Penal correspondiente, en cambio si superan los cinco años le corresponde la competencia a la Audiencia Provincial.

En el supuesto que nos ocupa, el art. 368 CP contempla dos tipos de penas de prisión en función de la gravedad que causan en la salud las sustancias estupefacientes objeto de proceso: de tres a seis años si causan daño grave a la salud o bien, de uno a tres años si no causan grave daño a la salud.

Dada mi posición de defensa de Caín y al no existir precedente jurisprudencial ni norma legal o reglamentaria específica que determine la gravedad para la salud de las sustancias incautadas, han de ser consideradas de las que no causan grave daño a la salud, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*. Por todo lo expuesto, el proceso que debe instruirse es el de procedimiento abreviado frente al Juzgado de lo Penal de Barcelona que por reparto corresponda.

Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 775 a 794 de la LECrim. Inicialmente, cuando se tiene constancia de la comisión de un presunto hecho delictivo se abre la fase de instrucción en la que, con independencia de las investigaciones de las autoridades oficiales, el Juez de Instrucción debe practicar, por sí mismo o mediante la Policía Judicial, aquellas diligencias necesarias para esclarecer las circunstancias y naturaleza de los hechos, las personas participantes y el órgano competente para su enjuiciamiento (art. 777.1 LECrim), que plasmará en el auto de incoación.

Además, el Juez de Instrucción puede llevar a cabo actuaciones encaminadas al tratamiento de determinadas pruebas (art. 762 LECrim) o acordar medidas cautelares para asegurar las responsabilidades (art. 763 a 765 LECrim).

Si a raíz de la instrucción se identifica a una persona con relación con el delito será llamada para comparecer ante el Juez de Instrucción en calidad de investigada. En esta primera comparecencia debe ser informado de los hechos que se le imputan así como de los derechos que le asisten, igualmente debe designar un domicilio, o

una persona en su nombre para recibir las notificaciones (art. 775 LECrim). A su vez también se le debe informar de sus derechos al ofendido y al perjudicado, si no lo ha hecho anteriormente la Policía Judicial (art. 776 LECrim).

Una vez se hayan practicado todas las diligencias pertinentes y a la vista de su resultado, al Juez de Instrucción se le abren diversas posibilidades: puede entender que no existen indicios delictivos de los hechos investigados, por lo que dictará auto de sobreseimiento; que los hechos no tienen virtualidad delictiva suficiente, de tal forma que deben ser enjuiciados por delito leve y lo remitirá al juzgado competente; que los hechos corresponden a la jurisdicción militar, por lo que se inhibirá a favor del órgano competente; o bien que los hechos constituyen un delito comprendido en el art. 757 LECrim. Este último caso comporta la continuación del procedimiento abreviado y el Juez de Instrucción debe dictar auto de acomodación, en el que se determinan los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan (art. 779.4 LECrim).

La fase de Instrucción finaliza con el auto de acomodación y le sigue la fase intermedia o de preparación del juicio oral. Una vez que se dicta el mencionado auto, se traslada la causa al Ministerio Fiscal y a la acusación particular para que formulen escrito de acusación en el plazo de diez días (art. 780 LECrim). Este escrito de acusación, además de la solicitud de apertura del juicio oral, debe contener la identificación de la persona a la que se dirige la acusación, la cuantía de las indemnizaciones o la fijación de sus bases para determinarla, las personas civilmente responsables y la imposición de costas así como las pruebas que proponen para el acto del juicio oral (art. 781 LECrim).

En el momento en que se reciben los escritos de acusación, el Juez de Instrucción debe dictar auto de juicio oral (art. 783 LECrim), en el que adoptará o modificará las medidas cautelares personales o reales que hayan pedido las acusaciones, así como las referentes a la responsabilidad civil.

Seguidamente, se le traslada la imputación al investigado así como los escritos de acusación para que la defensa redacte el escrito de defensa en el plazo de diez días (art. 784 LECrim). Una vez presentado, se remite todo el expediente de la causa al órgano competente para su enjuiciamiento, este trámite finaliza con la fase intermedia y da inicio a la fase de enjuiciamiento —en el caso que nos ocupa el competente es el Juzgado de lo Penal correspondiente—.

El Juzgado, una vez haya examinado las pruebas propuestas debe dictar el auto de admisión de pruebas y señalamiento a juicio (art. 785 LECrim), en el que admitirá las que considere pertinentes y por contra, rechazará las demás, igualmente debe prevenir lo necesario para la práctica de prueba anticipada.

Finalmente, se procede a la celebración del Juicio oral que comienza con la lectura de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente se sustancia el trámite

de cuestiones previas, en el que se resuelven dudas acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de derechos fundamentales, artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio, nulidad de actuaciones así como la finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para su práctica (art. 786 LECrim). A continuación se procede a la práctica de la prueba propuesta y admitida por las partes, primero se realiza el interrogatorio del acusado y le sigue la prueba testifical, pericial y documental.

Una vez finalizada la práctica probatoria, las partes deben manifestar la elevación a definitivas o la modificación de las conclusiones de sus escritos de acusación o defensa, también pueden exponer oralmente su valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. En este sentido, si las acusaciones cambian la tipificación penal de los hechos o se observan cambios en la participación, la ejecución o las circunstancias agravantes de la pena, la defensa puede solicitar un aplazamiento de la sesión de hasta diez días para preparar sus alegaciones (art. 788.4 LECrim). Al finalizar el Juicio oral se le da la posibilidad al acusado de ejercer su derecho a la última palabra, en el que puede manifestar lo que considere oportuno para su mejor defensa.

En el plazo de cinco días a la finalización del Juicio debe dictarse la sentencia (art. 789.1 LECrim). En los Juzgados de lo Penal, el Juez puede dictar sentencia oral en el acto del juicio si las partes expresan su decisión de no recurrir al conocer el fallo. En este caso, también dictará la firmeza de la sentencia así como la posible suspensión o sustitución de la pena impuesta (art. 789.2 LECrim).

La sentencia puede recurrirse en apelación ante la Audiencia Provincial, en el plazo de diez días (art. 790.1 LECrim) frente al Juzgado de lo Penal sentenciador que lo remitirá al órgano judicial superior. En el escrito puede pedirse la práctica de diligencias de prueba que no se pudieron proponer en primera instancia o que fueron propuestas pero indebidamente denegadas —siempre y cuando el letrado hubiese formulado la protesta— (art. 790.3 LECrim).

Una vez admitido el recurso, se le dará traslado a las demás partes y tendrán un plazo de diez días para presentar un escrito de alegaciones que también podrá contener proposición de prueba.

En caso de contener proposición de prueba, la Audiencia Provincial debe resolver en los siguientes tres días sobre su admisión así como sobre una posible celebración de vista para la práctica probatoria (art. 791 LECrim).

La sentencia de apelación se debe dictar en el plazo de cinco días posterior a la vista oral y si no la hay, en los diez días posteriores a la recepción de las actuaciones por la Audiencia. Contra esta sentencia sólo cabe recurso de casación limitado a la modalidad de infracción de ley (art. 792.4 LECrim, en relación con el art. 847 LECrim), ante el Tribunal Superior de Justicia en el plazo de cinco días para anunciarlo y quince días para formalizarlo.

5. Régimen jurídico, análisis jurisprudencial y aplicabilidad al caso del delito provocado y el agente provocador

La jurisprudencia europea, en su STEDH caso *Ramanauskas* contra Lituania, de 5 de febrero de 2008, ofrece una definición de la figura del delito provocado: “se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados — ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones— no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso”. Además, esta sentencia añade que “el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial” ya que supondría la total privación del derecho a un proceso equitativo para el acusado.

En el ámbito estatal, la jurisprudencia española ha mantenido una noción armónica de esta figura en sinergia con la doctrina europea y considera que el delito provocado “aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido”. (SSTS nº 204/2013, de 14 de marzo; nº 863/2011, de 21 de julio; nº 24/2007, de 25 de enero; y nº 848/2003, de 13 de junio, entre otras)

Del mismo modo, se requiere que la provocación “parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista “ab initio” intervención policial” (SSTS nº 1003/2019, de 1 de abril de 2019 y nº 1992/1993, de 15 de septiembre, entre otras). De manera que admitir esta conducta “lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas” (SSTS nº 24/2007, de 25 de enero y nº 467/2007, de 1 de julio).

Por todo lo expuesto, la figura del delito provocado “tanto desde el punto de vista de la técnica penal —por el carácter imposible de su producción— como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune” (STS nº 1992/1993, de 15 de septiembre). La reciente STS nº 1003/2019, de 1 de abril, acertadamente

complementa este argumento al razonar que “además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.”

Por el contrario, no existe delito provocado “cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo , en busca de información o pruebas” (STS nº 1114/2002, de 12 de junio), de tal forma que “la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta.” (SSTS nº 589/2015, 28 de septiembre y nº 204/2013, de 14 de marzo, entre otras). Por este motivo, la actuación es lícita porque ya es firme la voluntad libre e independiente de delinquir, sin haberse originado a causa de ninguna inducción provocadora por parte de los agentes policiales.

Así, en el marco de estas circunstancias la actuación del agente provocador está legitimada porque “camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo” (STS nº 1155/2010, de 1 de diciembre). Como razona la STS nº 1992/1993, de 15 de septiembre, “en el supuesto en que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim”. Exactamente, el art. 282 bis LECrim regula la adquisición y transporte de objetos, efectos o instrumentos delictivos, también decreta la obligación de información sobre el devenir de la investigación a quien autorizó la investigación y la necesidad de solicitar al órgano judicial competente las autorizaciones pertinentes en caso de afectación de derechos fundamentales.

Para el supuesto que nos ocupa de tráfico de drogas, antes de entrar a valorar la aplicación de la figura del delito provocado, cabe recordar que la jurisprudencia es unánime a la hora de considerar el momento en que se lleva a cabo la consumación delictiva —como expone la STS nº 1393/2000, de 19 de septiembre—, “el delito contra la salud pública se consuma desde que el autor del hecho punible ha tenido la disponibilidad, aunque sea mediata, de la sustancia, ya que el favorecimiento del tráfico se produce y perfecciona desde el momento en que existe acuerdo para el envío, el transporte o la entrega”.

Por ello, debido a que este delito se desarrolla sobre conductas muy variadas, “la intervención policial puede producirse en cualquier fase del “iter criminis”, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione” (STS nº 1114/2002, de 12 de julio).

Por consiguiente esta figura no tiene encaje en los delitos de tráfico de drogas porque cuando la actuación policial acredita la mera existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, lo que hace simplemente es aflorar una actuación existente e independiente —como requiere la aplicación de esta figura—, de manera que ya no puede apreciarse la existencia del delito provocado. Esta doctrina ha sido mantenida jurisprudencialmente de forma consolidada⁶³.

Ahora bien, en el supuesto planteado sí se da el delito provocado de tráfico de drogas por la cocaína que posteriormente resulta ser sustancia de corte inerte. La razón estriba en que Caín es incitado a obtener la cocaína por el agente de MMEE que se hace pasar por cliente, cuando de ninguna manera se dedicaba a traficar con dicha sustancia estupefaciente con anterioridad. De esta forma, el agente de MMEE induce a realizar una conducta delictiva que no tenía el propósito de realizar Caín y por lo tanto nos encontramos ante un supuesto de delito provocado que conlleva considerar la conducta impune a todos los efectos, independientemente del hecho que la sustancia incautada no es cocaína y por lo cual no puede ser siquiera objeto de delito de tráfico de drogas.

6. La estrategia de defensa y las diligencias de investigación a practicar

Se presenta conveniente analizar previamente los elementos esenciales de los que se sustenta la estrategia de defensa de esta parte, para decidir las diligencias de investigación pertinentes. Eventualmente, del supuesto de hecho puede deducirse una futura acusación de delito de tráfico de drogas sustentada en la incautación del sobre que entrega Caín al agente encubierto y la entrada y registro de la policía.

6.1. Incautación del sobre que entrega Caín

De la primera intervención se encuentran en el sobre dos papelinas de Pentedrona y tres sobres de otra sustancia que se vende como cocaína aunque resulta ser una sustancia inerte. Ahora bien, las sustancias incautadas no tienen que comportar automáticamente la acusación por el delito en cuestión.

Sobre la Pentedrona hay la particularidad de que existe la Orden SCB/770/2018, de 12 de julio, del Ministerio de Sanidad, que la fiscaliza como sustancia psicotrópica. Esta normativa entra en vigor el 21 de julio de 2018, sin embargo el supuesto de hecho no especifica temporalmente la fecha en que se lleva

⁶³ SSTS nº 1233/2000, de 29 de junio; nº 313/2010, de 8 de abril; nº 1155/2010, de 1 de diciembre, entre otras.

a cabo la incautación del dispositivo policial, de tal manera que su ausencia nos da juego para esgrimir nuestros argumentos absolutorios en ambos escenarios.

Si se considera que los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la Orden, la Pentedrona no se encontraría fiscalizada por ninguna disposición legal y por ende, no podría ser objeto de una conducta constitutiva de delito de tráfico de drogas.

Ahora bien, si se considera que los hechos se producen bajo la vigencia de la Orden, existen diversos argumentos para atenuar la pena e incluso para considerar la absolución de Caín. Uno de ellos y como se ha adelantado antes⁶⁴, es considerar la existencia de error de prohibición por diversos factores:

1) La única fecha que consta es la de 23 de julio de 2017, esto es, un año antes de la vigencia de la disposición normativa. De esta circunstancia se infiere que el desarrollo de los sucesos analizados se llevan a cabo en un reducido espacio temporal que dificulta fehacientemente la posibilidad de que Caín pueda llevar a cabo una investigación efectiva que le permita ser consciente de la existencia de la norma. Todo ello sin olvidar que en caso de tener acceso a la mentada Orden, se trata de una persona lega en derecho de la que no se le puede exigir entender las consecuencias del laberíntico texto legal —recordemos que su objeto es introducir la Pentedrona en un Real Decreto que a su vez incluye por remisión dicha sustancia en las Listas del Convenio de Viena de 1971—, lo cual hace evidente la complejidad del mecanismo empleado y demuestra que su comprensión no es accesible a la población común, de la que forma parte Caín.

2) La Pentedrona no es una sustancia que goce de la popularidad de otras drogas como por ejemplo la cocaína, la heroína o la marihuana; todo lo contrario, se trata de una sustancia desconocida como demuestra el hecho de que su fiscalización en España se haya producido tan recientemente. Esta realidad se refuerza con la conducta de Caín, quien en vez de encubrir su actividad a sabiendas de su ilicitud hace lo opuesto, al ofertar públicamente el comercio de la sustancia demostrando que su comportamiento responde a la creencia de que estaba actuando de manera lícita.

Además, también debe tenerse en cuenta el factor de que no consta ningún análisis de pesaje y pureza de la Pentedrona incautada en las dos papelinas, por lo que no existen pruebas objetivas que determinen cuál es la sustancia concreta intervenida ni tampoco puede confirmarse que tal sustancia pueda ser objeto de la conducta típica. Por consiguiente, todos estos factores solamente pueden ser proyectados de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* en forma de absolución, como así lo determina la jurisprudencia⁶⁵. A modo de ejemplo la STS nº 2069/2015,

⁶⁴ Vid. Cuestión sustantiva 2: “Régimen jurídico-penal de la Ayahuasca, la Pentedrona y la Difenidina”.

⁶⁵ En el mismo sentido, SSTS nº 253/2006, de 22 de febrero; STS nº 165/2006, de 22 de febrero; nº 281/2005, de 3 de marzo, entre otras.

de 18 de mayo, expone que “no consta siquiera informe pericial que acredite que transmitido (...), ni menos su porcentaje de pureza, razón por la cual, al faltar este elemento no puede determinarse cuál fue en concreto la sustancia transmitida, y aplicando tal doctrina jurisprudencial, no es posible mantener en esta sede casacional la condena de instancia, por lo que su recurso ha de ser estimado, y absolver a dicho recurrente en la segunda sentencia que ha de dictarse a continuación de ésta.”

Sobre la presunta cocaína que resulta ser sustancia inerte, no requiere más explicación que al no tratarse de droga no puede tener relevancia a efectos jurídico-penales. Sin embargo, como se ha razonado anteriormente⁶⁶, en el supuesto de que fuese efectivamente cocaína no podría considerarse en estos extremos la conducta de Caín punible, porque el tráfico de esta sustancia se habría motivado a raíz de la incitación del agente encubierto.

6.2. La diligencia de entrada y registro

De la entrada y registro se ocupan botes que contienen: 300 gramos de Pentedrona, cuatro raíces de Ayahuasca y cien gramos de Difenidina, además a Caín le ocupan 200 euros, en billetes de 20 euros y a Abel 100 euros en dos billetes de 50 euros.

De acuerdo con la Cuestión Procesal 2ª sobre la entrada y registro⁶⁷, dicha diligencia se lleva a cabo sin autorización judicial y valiéndose del beneplácito de Caín, el cual resulta no ser válido ya que por su condición de detenido debería haber contado con asistencia letrada en el momento de dar su consentimiento. Por esta razón, la entrada y registro es nula de pleno derecho y así también son nulos los resultados de la diligencia, por lo que no es necesario ni entrar a valorar las sustancias y efectos hallados.

En este sentido, esta parte considera oportuno solicitar la declaración testifical de Abel, quien se encontraba en el domicilio cuando se realizó la entrada de la policía y que solicita la presencia de abogado inmediatamente, a lo que un agente le responde que se lo designarán al llegar a comisaría. Este hecho contrastado con la declaración de Abel reafirma la nulidad de la diligencia.

Llegados a este punto en el que la interceptación realizada en la calle ha sido desvirtuada como prueba incriminatoria y que la entrada y registro es nula de pleno derecho, no existen elementos que sustenten la acusación por un delito de tráfico de drogas. Por consiguiente, únicamente cabe dictar la absolución de Caín, tal y como recoge la STS nº 234/2016, de 17 de marzo, “por consiguiente, al integrar el núcleo sustancial de la prueba de cargo el hallazgo en el domicilio de la sustancia estupefaciente que

⁶⁶ Vid. Cuestión procesal 5a “Régimen jurídico, análisis jurisprudencial y aplicabilidad al caso del delito provocado y el agente provocador.”

⁶⁷ Vid. página 21.

incrimina al acusado, una vez declarada la nulidad de la intervención de la misma y de otros efectos ocupados en la vivienda, sólo cabe dictar un fallo absolutorio debido a que no se cuenta con otros medios de prueba que permitan enervar la presunción de inocencia”.

En síntesis, de acuerdo a lo que hemos relatado entendemos que la ausencia de pruebas en los aspectos mencionados nos favorecen, por esta razón solamente consideramos esencial la declaración de Caín para acreditar el desconocimiento de la ilicitud de su conducta en aras de obtener el error de prohibición. Por otro lado entendemos únicamente pertinente la diligencia de la declaración testifical de Abel para reforzar la nulidad de la entrada y registro.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

- Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo III, Derecho Penal. Parte Especial, V.* Madrid; Iustel, 2016. Pág. 966. ISBN 978-84-9890-297-6.

ACALE SÁNCHEZ, M. *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia;; Tirant Lo Blanc, 2002. Pág. 236. ISBN 84-8442-701-3.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier; MANJÓN-CABEZA, Araceli; Ventura, A. *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Valencia; Tirant Lo Blanc, 2011. Pág. 1564. ISBN 978-84-9004-12-2.

ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/ ÁLVAREZ GARCÍA/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA (coords.). *El delito de tráfico de drogas*. Valencia; Tirant Lo Blanc, 2008. Pág. 343. ISBN 978-84-9876-40-0.

ARROYO, L. *El objeto material en el art. 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid; Cuadernos de Derecho Judicial, 2000. Pág. 321-381. ISSN 1134-9670.

FRIEYRO, S. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia; Tirant lo Blanc, 2017. Pág. 809. ISBN 978-84-9143-396-5.

GANZENMÜLLER, C; ESCUDERO, J. F; FRIGOLA, J. *Delitos contra la salud pública (II). Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*. Barcelona; Bosch, 1997. Pág. 710. ISBN 978-84-7676-428-2.

JOSHI JUBERT, U. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona; Bosch, 1999. Pág. 318. ISBN 978-84-7698-532-8.

MAGRO SERVET, V. *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública*. Madrid; La Ley, 2004. Pág 384. ISBN 84-9725-530-5.

MARCHENA, M; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid; Castillo de Luna, 2015. Pág. 582. ISBN: 978-84-942764-5-3.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.L. *Derecho de las drogas y las drogodependencias*. Madrid; Editorial Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, 2002. Pág. 250. ISBN 978-84-95248-26-8.

VELASCO, E. *Registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos y registros remotos*. Madrid; Editorial Jurídica Sepín, 2016. Pág. 198. ISBN 978-84-16521-60-9.

- Bibliografía web

ALLUÉ, A. *Aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el carácter vencible o invencible del error en el art. 14 del Código Penal*. FICP, 2017. [en línea]
<<https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/03/Allu%C3%A9-Fuentes.-Comunicaci%C3%B3n.pdf>>
[Consulta: 14/11/2019.]

ARÁNGUEZ, C. *Criterios para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 01-04-1999 [en línea].
<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-04.html>
[Consulta: 07/10/2019.]

FERNÁNDEZ-GALLARDO, J.A. *Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*. Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela, Vol. 25, nº 2:25-58, Julio-Diciembre 2016. ISSN: 1132-9947. [en línea].
<<http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/3522>>
[Consulta: 19/10/2019.]

FERICGLA, J.M. *Informe pericial sobre la Ayahuasca*. Fundació Josep M^a Fericgla; 2018. [en línea]
<<https://josepmfericgla.org/blog/2018/02/20/informe-pericial-sobre-la-Ayahuasca/>>
[Consulta: 14/11/2019.]

GÓMEZ POZUETA, C.J. *El narcotráfico en la legislación penal española*. Noticias jurídicas, 03-03-2017. [en línea].
<<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11719-el-narcotrafico-en-la-legislacion-penal-espanola/>>
[Consulta: 17/10/2019.]

HASEGAWA, K.; WURITA, A.; MINAKATA, K. *et al. Forensic Toxicol.* (2015).
[en línea]
<<https://doi.org/10.1007/s11419-014-0245-6>>.
[Consulta: 06/10/2019.]

MOLINA PÉREZ, T. *El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas.* Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVIII, 2005, Madrid.
<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1143004.pdf>>
[Consulta: 07/11/2019.]

SUÁREZ, J.M. *El tráfico de precursores.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-02-2003. [en línea].
<<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-02.pdf>>
[Consulta: 07/10/2019.]