

SUSTRACCIÓN DEL LÁTEX DE LA ADORMIDERA EN PLANTACIONES AUTORIZADAS

Juan Muñoz Sánchez

Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Málaga

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Sustracción del látex de la adormidera en plantaciones autorizadas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-08, p. 08:1-08:25. Disponible en Internet :

<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-08.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-08 (2008), 31 jul]

RESUMEN: La sustracción del látex de la adormidera en plantaciones autorizadas da lugar a responsabilidades jurídico penales en el ámbito del delito de tráfico de drogas y de los delitos contra el patrimonio. Tales conductas realizan el tipo penal del delito de tráfico de drogas en su modalidad de tenencia para el tráfico cuando la sustracción del látex de las cápsulas de la adormidera se realice por parte de personas que no son consumidores de esta sustancia y cuando la sustracción sea realizada por consumidores de esta sustancia, siempre que la cantidad de morfina que contenga el opio sustraído supere la provisión necesaria para el consumo de 20

días o la provisión para 5 días, y existan otros indicios que permitan fundamentar la finalidad del tráfico. En el caso de que las fincas donde se cultiva la adormidera no presenten un sistema de protección que impida el acceso a terceras personas, tales sustracciones realizan el tipo del delito o falta de hurto. Sólo cabe exigir responsabilidad penal por el delito de robo con fuerza en las cosas si la finca donde se cultiva la planta de la adormidera se encuentra cercada o protegida por mecanismos electrónicos. La destrucción de las plantas de la adormidera que resulten de la dinámica comisiva dará lugar a una responsabilidad penal por el delito o falta de daños.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de drogas, sustracción del látex de la adormidera, opio crudo, valor económico de objetos de comercio prohibido, criterios de inferencia de la finalidad de tráfico.

Fecha de publicación: 31 julio 2008

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS DEL ART. 368 DEL CÓDIGO PENAL. 1. El delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código penal. 2. Tipicidad del supuesto de hecho analizado: modalidad típica de posesión de las drogas con fines de distribución entre terceras personas. A. Tipo objetivo. B. Tipo subjetivo. a. Prueba del elemento subjetivo de lo injusto. b. Criterios o indicios objetivos de inferencia. C. Delito de tráfico de drogas consumado o en grado de tentativa. III. RESPONSABILIDAD JURÍDICO PENAL POR DELITOS O FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO. 1. Introducción. 2. Delitos de apoderamiento directo: hurto y robo. 3. Delito de robo con fuerza en las cosas. 4. Delito de daños.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención Única sobre estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de Nueva York de 25 de mayo de 1972¹ incluye el concentrado de paja de adormidera, la morfina y el opio en la Lista I, que está sometida a la fiscalización más rígida, al limitar su producción, fabricación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión a los fines médicos y científicos.

Por opio se entiende, según el art. 1.1 apartado p de la citada Convención, “el jugo coagulado de la adormidera”. Éste se presenta tanto “crudo” (látex extraído de la planta, oxidado al contacto con el aire) como “cocido” o “cocinado” (opio crudo u óxido de opio diluido en agua, calentado sin ebullición y filtrado). La adormidera se define como “la planta de la especie *Papaver Somniferum L*” (art. 1.1 apartado q) y por paja de adormidera se refiere a “todas las partes (excepto las semillas) de la planta de la adormidera, después de cortadas” (art. 1.1 apartado r).

En este contexto, el Ministerio de Sanidad y Consumo autoriza a una determinada entidad a realizar la fabricación de productos estupefacientes de uso farmacéutico, veterinario e industrial, derivados del concentrado de paja y del opio, y a realizar el cultivo, recolección, almacenamiento y preparación de extractos de la adormidera, así como a la exportación de los excedentes.

Tal autorización está sujeta a dos fases: autorización por campaña del número de hectáreas permitidas para el cultivo y autorización de cada una de las parcelas de cultivo.

Estas fincas autorizadas para el cultivo de adormidera son localizadas por grupos de personas que, con los preparativos necesarios, entran en las fincas y extraen el látex de la adormidera mediante las correspondientes incisiones de las paredes de las cápsulas de las plantas a fin de que se produzcan gotas de látex. Éstas, al contacto con el oxígeno, se van coagulando y adquiriendo un color castaño oscuro. Horas después recogen esta sustancia con la ayuda de pequeños rastrillos y la amalgaman en forma de panes. Este látex seco es el opio crudo, que contiene veinticuatro alcaloides conocidos. Los principales son la morfina, tebaína y codeína. La morfina se encuentra en unas proporciones en torno al 20 %.

Las cantidades aprehendidas de esta sustancia en los últimos años en España permiten afirmar la existencia de un mercado clandestino restringido².

El presente estudio tiene por objeto analizar las posibles responsabilidades penales a que dan lugar estas prácticas de sustracción del látex de las cápsulas de la adormidera.

En un primer momento, me voy a centrar en analizar si tales comportamientos realizan el tipo penal del delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código penal, y, en segundo lugar, en su relevancia en orden a los delitos contra el patrimonio.

¹ El Convenio de 30 de marzo de 1961 fue ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966 (BOE de 22 de abril de 1966) y el Protocolo de 25 de marzo de 1972 fue ratificado por el Instrumento de 14 de enero de 1973 (BOE de 15 de febrero de 1977).

² Según el Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en el año 2003 se aprehendieron 147,30 gramos, 141,61 gramos en 2004, 672,99 gramos en el 2005 y 658,80 gramos en el año 2006.

El análisis de la relevancia jurídico penal de tales conductas se ha realizado atendiendo fundamentalmente a la interpretación que viene realizando la jurisprudencia emanada de la Sala 2ª del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. Para ello se ha realizado un detenido análisis de las sentencias que sobre esta materia han aparecido, prestando especial atención a las de la última década. La doctrina jurisprudencial ha permitido establecer la relevancia penal de estas conductas y los requisitos o condiciones que han de concurrir para que tales conductas sean constitutivas de delito o falta contra la salud pública y/o contra el patrimonio.

II. RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS DEL ART. 368 DEL CÓDIGO PENAL

1. El delito de tráfico de drogas del art. 368 del Código penal³

El Código penal protege la salud pública castigando las conductas que, referidas a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tiendan a promover su consumo por parte de los ciudadanos.

La constatación de la nocividad que el consumo de tales sustancias provoca en la salud de las personas determina que el legislador, para lograr una más eficaz protección de dicho bien jurídico, recurra a la técnica de los llamados delitos de peligro abstracto; en virtud de ella se anticipa la barrera de la protección penal a la realización de la conducta tenida por peligrosa, no siendo necesario, por tanto, constatar un peligro efectivo del bien jurídico. El legislador describe sólo un determinado comportamiento que es observado generalmente como peligroso. El delito se consuma con la mera realización descrita en el tipo, sin que se exija la puesta en peligro concreto del bien jurídico, ni siquiera que la acción concreta sea peligrosa para la salud pública⁴.

Las conductas punibles que el legislador considera que son peligrosas generalmente para la salud pública vienen formuladas de modo muy amplio en el artículo 368 del Código penal.

Según dicho artículo se castiga a “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o, de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines”.

El núcleo de la configuración legal del tipo básico del delito de tráfico de drogas radica, pues, en promover, favorecer o facilitar de cualquier modo el consumo ilegal de tales sustancias, de modo que cualquier conducta que tienda a acercar la droga a

³ Este apartado sigue muy de cerca el análisis realizado sobre la estructura y naturaleza del delito de tráfico de drogas en MUÑOZ SÁNCHEZ/LÓPEZ CABALLERO/LARRAÑAGA JUNQUERA, “La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador” en *Jueces para la democracia*, n.º 30, noviembre 1977, pp. 57-62.

⁴ En relación con el concepto de peligro Cfr. TORIO LÓPEZ. “Los delitos de peligro hipotético” en *ADPCP*, 1981, pp. 827-828; CEREZO MIR. “Curso de Derecho penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito/1”. 6ª ed., 1998, pp. 111-116; BACIGALUPO. “Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas (art. 334)” en “La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas de política criminal) 1986, pp. 96-102.

eventuales consumidores entra de lleno en la tipicidad del artículo 368 del Código penal, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no⁵.

Se trata, en suma, de prohibir todo el ciclo económico que subyace en el tráfico de drogas, desde las conductas de cultivo o elaboración de las drogas, e incluso las que preceden a éstas –caso del art. 371 sobre precursores–, hasta su puesta a disposición del consumidor⁶.

Esta amplia formulación legal del tipo tiene una importante excepción en nuestro Derecho, cual es la relativa a la atipicidad del consumo y de la posesión de drogas sin una ulterior finalidad de tráfico o promoción de su consumo por terceros.

Por tanto, quien posea droga para su consumo cualquiera que sea la naturaleza de la sustancia, está al margen del Derecho penal⁷.

La amplia formulación legal de las conductas típicas y la naturaleza de delito de peligro ha llevado a la jurisprudencia a que generalmente no conciba la participación en el delito, en el sentido de que cualquier contribución, por mínima que sea, a esa promoción del consumo constituye ya un caso de autoría⁸. Sin embargo, se aprecia una

⁵ Así DIEZ RIPOLLÉS. “Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”. 1989., pp. 58-60; CONDE-PUMPIDO FERREIRO. “El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones” en “La problemática...” cit. p. 119; MUÑOZ CONDE. “Derecho penal. Parte especial”. 16ª ed., 2007, p. 656; BOIX REIG. “Derecho penal. Parte Especial. 2004, p. 200; VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA. “Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal” 4ª ed. 2004, p. 1364; CARMONA SALGADO. “Derecho Penal Español. Parte especial”, 2ª ed. 2005. p. 773; GONZÁLEZ ZORRILLA. “Políticas criminales en materia de droga (Prohibicionismo versus reducción de daños)” en Cuadernos de Derecho Judicial. 1999, 264; MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y cultivo” en Revista de Derecho penal y Criminología. 2ª época. 2001. nº 7, pp. 56-57.

⁶ La doctrina coincide en señalar que la configuración legal del delito de tráfico de drogas da lugar a un tipo abierto que infringe los principios de legalidad y seguridad jurídica, conduciendo a una desmesurada amplitud del ámbito de lo punible: DE LA CUESTA ARZAMENDI. “El marco normativo de la droga en España” en RGLJ, nº 3. 1988, p. 396; del mismo. “Política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código penal” en Cuadernos de Derecho Judicial. 1998, p. 95; PRIETO RODRIGUEZ. “El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español”. 1987, pp. 185-186; VIVES ANTÓN. “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes” en “Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”. 1977 pp. 545 y ss.; DIEZ RIPOLLÉS. “Los delitos”, cit. pp. 58-59; REY HUIDOBRO. “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad” en AP nº 34. 1994, pp. 631 y 644; MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit., p. 656; VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA. “Comentarios”, cit., pp. 1364-1365; CARMONA SALGADO. “Derecho penal”, cit., p. 157; MENDOZA BUERGO. “Compendio de Derecho penal. Parte Especial”. I. 1998., pp. 666-667.

⁷ Así lo ha venido entendiendo tradicionalmente la doctrina: CARBONELL MATEU. “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas” en “La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas de política criminal)”. 1986, p- 345; GARCIA PABLOS. “Bases para una política criminal de drogas” en “La problemática”, cit., p. 385; TORIO LÓPEZ. “Problemas político criminales en materia de drogadicción”, en “Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes” 1977., pp. 497 y 508- 513; DIEZ RIPOLLÉS. “Los delitos”, cit. p. 64; MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit. p. 657; MENDOZA BUERGO. “Compendio”, cit., p. 670; DE LA ACUESTA ARZAMENDI. “La política”, cit. p. 96; PASTOR MUÑOZ. “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial” 2006, pp. 259-260. Coincide con ello la jurisprudencia: así las SSTs de 2 de noviembre 1992 RJ 8866; 18 de diciembre 1992 RJ. 16446; 22 de noviembre 1993 RJ 1488; 14 de abril 1993 RJ 3264; 7 de julio 1993 RJ 4851; 7 de febrero 1994 RJ 713.

⁸ Así se sostiene por la posición mayoritaria de la jurisprudencia que trata como autoría todo favorecimiento del tráfico de drogas. Una clara expresión de esta doctrina jurisprudencial es la STS de 16 de junio 1995 RJ 4577, según la cual “la amplia redacción del art. 344 –hoy 368– del Código penal permite encuadrar en el tipo delictivo cualquier actividad de cultivo, elaboración, tráfico, tenencia o cualquier otra de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que a su vez determina un concepto extensivo de autoría, que excluye la aplicación, al menos en principio, de formas de participación...”. En el mismo sentido, las SSTs de 27 de noviembre 1996 RJ 8890; 10 de marzo 1997 RJ 1706;

corriente que, al menos excepcionalmente, aprecia la participación en los casos de colaboración mínima, lo que se ha denominado “conducta de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, respecto a aquellas contribuciones que no ayuden directamente al tráfico pero sí al favorecedor. Así se ha aplicado en casos de mera indicación y acompañamiento hasta el lugar donde se encuentra la droga, de ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad, de aportación de un automóvil para llevar la droga a su lugar de depósito, de conducción del vehículo que traslada la droga, o de cesión del teléfono propio para que el traficante pueda hacer los contactos necesarios⁹.

Como regla general la jurisprudencia no suele admitir las formas imperfectas de ejecución, pues la mera actividad preparatoria de un futuro tráfico ya está abarcada por el tenor literal del tipo penal, dando lugar a la consumación¹⁰. Con todo, se advierte una línea jurisprudencial que, al menos, excepcionalmente, aprecia las formas imperfectas de ejecución. Así se ha apreciado tentativa en los siguientes casos: falta de tenencia material de la droga o recogida de droga en correos o en otro lugar, no habiendo participado en actos anteriores, y siendo esta actividad interceptada¹¹.

2. Tipicidad del supuesto de hecho analizado: modalidad típica de posesión de las drogas con fines de distribución entre terceras personas

El supuesto de hecho que vamos analizar consiste en la posesión de opio crudo, el látex extraído de la capsula de la adormidera.

La posesión constituye, como hemos visto anteriormente, una conducta típica expresamente contemplada en el artículo 368 del Código penal: “la posesión con aquellos fines”. Según la doctrina dominante y la jurisprudencia se incluye en esta modalidad típica la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con los

15 de octubre 1998 RJ 8078; 17 de abril 1999 RJ 3325. Aluden a ello críticamente, DIEZ RIPOLLÉS. “Los delitos”, cit., p. 65; MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit. p. 659; CARMONA SALGADO. “Derecho”, cit. p. 776; MENDOZA BUERGO. “Compendio”, cit. p. 691; FEJOO SÁNCHEZ. Comentarios al Código penal”. 1997, p. 1016; DE LA CUESTA ARZAMENDI. “La política”, cit., p. 96; MAQUEDA ABREU. “Jurisprudencial penal e interpretación teleológica en materia de drogas” en La Ley, nº 4624. 1998 p. 1556; PASTOR MUÑOZ. “Lecciones”, cit., p. 258.

⁹ Así las SSTs 14 de junio 1995 RJ 5345; 10 de octubre 1995 RJ 1965; 15 de octubre 1998 RJ 1912; 27 de abril 1999 JUR 3325; 23 de febrero 2003 RJ 2300; 2 de noviembre 2006 RJ 8257; 28 de noviembre 2005 RJ 941.

¹⁰ Aluden a ello, admitiendo con carácter excepcional las formas imperfectas: DE LA CUESTA ARZAMENDI. “El marco”, cit., p.396; del mismo. “Política criminal”, cit., pp. 96-97; PRIETO RODRIGUEZ. “El delito”, cit., p.189; DIEZ RIPOLLÉS. “Los delitos”, cit., p.65; MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit., p. 658; VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA. “Comentarios”, cit., pp. 1376-1378; CARMONA SALGADO. “Derecho penal”, cit., pp. 775-776; MENDOZA BUERGO. “Compendio”, cit., pp. 690-691; FEJOO SÁNCHEZ. “Comentarios”, cit. p. 107; MAQUEDA ABREU. “Jurisprudencia penal”, cit., p. 1557. En la jurisprudencia la línea mayoritaria no admite la apreciación de tentativa: así la STS de 26 de noviembre de 1994 RJ 9144 sostiene que “ha sido (y es) pacífica y constante la doctrina de esta Sala indicativa de que la consumación de la infracción se anticipa a la concurrencia de los elementos integrantes de la misma, el objetivo de la posesión o tenencia de la droga y el subjetivo o intención de transmisión a un tercero, de manera que... el delito se entiende consumado sin que sea menester que se realice la entrega que, en todo caso, comportaría el agotamiento del delito”. En el mismo sentido la STS de 13 de marzo 1995 RJ 1836.

¹¹ SSTs de 12 febrero 1997 RJ 726; 26 de marzo 1997 RJ 1954; 4 de noviembre 1997 RJ 7906; 3 de marzo 1999 RJ 1942; 21 de junio 1999 RJ 5663; 3 de noviembre 2004 RJ 7834; 5 de octubre 2004 RJ 6548; 33 de abril 2004 RJ 3191; 22 de junio 2005 RJ 5577; 26 de septiembre 2006 RJ 6506.

siguientes fines: el cultivo, la elaboración, el tráfico o, en definitiva, el favorecimiento, la facilitación o promoción del consumo ilegal de estas sustancias¹².

A. *Tipo objetivo*

Los elementos objetivos que fundamentan el injusto específico de esta figura delictiva se configuran en torno a la mera posesión de drogas ilegales.

Por posesión se entiende tener la facultad de disposición sobre la cosa, esto es, la facultad de utilización de la cosa, sea cual sea la forma de detentación, exclusiva, compartida, directa o a distancia, física o inmaterial.

El objeto de la posesión es toda droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica. La jurisprudencia mayoritaria se remite a la hora de establecer qué se entiende por drogas a los tratados internacionales ratificados por España y a las disposiciones nacionales que los concretan mediante determinadas listas de carácter administrativo, y señala como estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio Único de 1961, sobre Estupefacientes, enmendado por el Protocolo de modificación de 1972, y como sustancias psicotrópicas las contempladas en las Listas I a IV del Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de Viena de 1971^{13, 14}.

El comportamiento aquí analizado, sin duda, realiza el tipo objetivo de esta figura delictiva. Por un lado, el opio es un estupefaciente, que viene incluido en la lista I de Estupefacientes del Convenio Único de 1961 y, por otro lado, se da la posesión de tal sustancia. Aquí se trata de una detentación material, compartida o en exclusiva, y el sujeto o sujetos tienen disponibilidad sobre el opio, en cuanto pueden utilizarlo una vez extraído de la adormidera.

En los casos en que la jurisprudencia ha tenido ocasión de plantearse la tipicidad de la tenencia de opio ha confirmado que la posesión de esta sustancia realiza el tipo objetivo de esta modalidad delictiva¹⁵.

¹² DE LA CUESTA. "El marco", cit., p. 396; MUÑOZ CONDE. "Derecho penal", cit., p. 657; VALLE MUÑOZ/MORALES GARCÍA. "Comentarios", cit., p. 1365; JOSHI JUBERT. "Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368". 1999, p. 197; PASTOR MUÑOZ. "Lecciones de " cit. P. 258. DIEZ RIPOLLÉS. "Los delitos", cit., 62 interpreta, por el contrario, que la referencia "con aquellos fines" se refiere sólo al cultivo, elaboración o tráfico y no a promover, favorecer o facilitar, en base a la interpretación gramatical, lo que permite restringir el ámbito de punición. La jurisprudencia acoge la interpretación mayoritaria. Así, entre otras, SSTS de 9 de febrero 1996 RJ 810 y 22 de mayo 2007 RJ 3254.

¹³ Ratificado por Instrumento de 2 de febrero de 1973. BOE 10 de septiembre de 1976.

¹⁴ En este sentido se ha pronunciado, entre otras, las SSTS de 1 de junio 1990 RJ 4961; 21 de mayo 1993 RJ 4245; 31 de marzo 2006 RJ 2324.

¹⁵ La SAP de Zaragoza de 25 de abril 2001 JUR 181881 y la STS de 9 de diciembre 2002 RJ 2327 consideran que el opio, que se extrae de las cápsulas de la adormidera (*Papaver somniferum*), es "*uno de los estupefacientes naturales más utilizados*". En el mismo sentido las SSAP de Madrid de 6 de enero 2001 JUR 98741 y de Valencia de 19 de enero 2004 JUR 164151 califican el opio como una sustancia que causa grave daño a la salud. Y las SSAP de Cuenca de 5 de octubre 2001 JUR 323279 y de Sevilla de 21 de febrero 2005 JUR 1452221, que analizan el supuesto de hecho de este estudio - los acusados fueron sorprendidos en una plantación autorizada de adormidera practicando cortes en las cápsulas de las plantas a fin de que segregaran gotas de látex que después recogían coincidiendo en señalar que se trata de tenencia de estupefacientes, que será típica según se tenga o no la finalidad de tráfico.

B. *Tipo subjetivo*

Una vez establecido que el opio crudo es un estupefaciente natural que causa grave daño a la salud, objeto material del tipo penal previsto en el artículo 368 del Código penal, la cuestión que se ha de plantear es, si en el caso que analizamos, se realiza también el tipo subjetivo de este delito, esto es, si la posesión del opio crudo está destinada a la promoción, favorecimiento, o facilitación del consumo ilegal de esta sustancia, o, por el contrario, la posesión es para el propio consumo o para consumo compartido.

a. *Prueba del elemento subjetivo de lo injusto*

La principal dificultad que se presenta en este ámbito es la prueba del elemento subjetivo de la posesión, es decir, probar que la tenencia de la droga está destinada a realizar actos de difusión de dicha sustancia para su consumo ilegal.

La jurisprudencia ha acudido a la prueba indiciaria para inferir el destino que pretende darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona. Se trata de un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra manera que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas concurrentes en el hecho¹⁶.

La prueba indiciaria ha sido admitida por el Tribunal Constitucional como medio válido para enervar la presunción de inocencia¹⁷, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que consten unos hechos básicos e indicios que han de estar plenamente acreditados.
2. Que los indicios sean plurales, admitiéndose excepcionalmente un indicio único, si es de una singular potencia acreditativa.
3. Que haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre tales hechos y las conclusiones fácticas incriminatorias para los acusados que de aquellas se infieren.
4. Que se expresen los razonamientos en virtud de los cuales el Tribunal llegó a tal inferencia.

b. *Criterios o indicios objetivos de inferencia*

La jurisprudencia, de forma reiterada, viene induciendo el fin de traficar con la droga a partir de dos criterios básicos y un conjunto de circunstancias accidentales.

Los criterios básicos son:

1. La cantidad de droga aprehendida. La posesión de la droga por parte del consumidor en cantidades no elevadas se interpreta normalmente como tenencia para el

¹⁶ Así las SSTs de 21 de enero 1977 RJ 339; 8 de febrero 1997 RJ 888, 13 de septiembre 1997 RJ 1138; 26 de octubre 2000 RJ 9260; 16 de mayo 2001 RJ 5598; 23 de mayo 2002 RJ 4095; 5 de julio 2002 RJ 7937; 9 de octubre 2002 RJ 9568; 4 de abril 2003 RJ 3849; 28 de mayo 2003 RJ 5577; 16 de diciembre 2004 RJ 486; 30 de octubre 2004 RJ 3241.

¹⁷ Véanse, entre otras, las SSTC de junio 2002 RTC 137; 14 de octubre 2002 RTC 178; 30 de junio 2003 RTC 145; 4 de octubre 2004 RTC 163; 14 de marzo 2005 RTC 61; 26 de septiembre 2005 RTC 233.

propio consumo. Cuando la cantidad sobrepasa determinadas cifras se interpreta que es para el tráfico.

2. La condición o no de consumidor de la sustancia. Para que la tenencia de droga se interprete para el autoconsumo constituye condición necesaria que el poseedor sea adicto a la sustancia, o por lo menos, consumidor.

Otros factores circunstanciales, que según el caso, habrán de tenerse en consideración son:

1. La modalidad o forma de tener preparada la droga. La tenencia de la sustancia en papelinhas constituye un indicio del ánimo de traficar, mientras que la ocupación unida de la sustancia hace estimar que es para el consumo.

2. Tenencia de dinero en cuantía superior a sus ingresos.

3. Tenencia de utensilios o materiales para la elaboración o el tráfico, como balanzas de precisión, bolsitas, sustancias idóneas para cortar la droga...

4. La variedad de las sustancias poseídas determina también el ánimo de tráfico.

5. Actitud adoptada al producirse la ocupación.

De este conjunto de criterios y circunstancias accidentales, los dos criterios básicos son los únicos que por sí solo pueden servir como prueba de indicio única, si tienen una singular potencia acreditativa.

Así la jurisprudencia ha aceptado la cantidad de droga como indicio suficiente para acreditar la tipicidad del hecho. Si se trata de una cantidad importante, la inferencia es calificada de racional, pero no ocurre así cuando la cantidad no alcanza tal magnitud. En estos últimos casos son necesarios otros indicios objetivos que fundamenten la finalidad de tráfico¹⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia ha inferido la finalidad de tráfico del hecho de no ser consumidor el tenedor de la droga por falta de otra finalidad que explique la tenencia¹⁹.

De ahí que para el supuesto de hecho que nos ocupa sea de especial importancia el análisis de estos dos criterios.

a'. La cantidad de droga aprehendida

Este criterio básico plantea el problema de determinar a partir de qué cantidad se interpreta que la posesión de la droga es con fines de difundirla entre terceras personas.

La cantidad de droga apropiada para el consumo se hace depender de la clase de la droga, de su pureza, del grado e intensidad de la adicción del sujeto y del poder adquisitivo del poseedor.

Por ello la jurisprudencia ha fijado unas pautas o baremos orientativos basados en el cálculo del consumo diario de cada droga y en la determinación del máximo de días de provisión del estupefaciente cubiertos habitualmente por el consumidor. La STS de 21

¹⁸ Véanse, entre otras, las SSTC de junio 2002 RTC 137; 14 de octubre 2002 RTC 178; 30 de junio 2003 RTC 145; 4 de octubre 2004 RTC 163; 14 de marzo 2005 RTC 61; 26 de septiembre 2005 RTC 233.

¹⁹ SSTC de 4 de marzo 2003 RJ 5151; 1 de julio 2003 RJ 6881; 5 de marzo 2004 RJ 2928; 16 de noviembre 2004 RJ 7726.

de noviembre 2003²⁰ acude a tres criterios para determinar el destino de la droga “la cantidad de droga intervenida, el consumo diario presunto del consumidor, y la cantidad que se considera razonable provisión para el consumo durante un limitado número de días”.

El consumo diario de cada droga viene siendo fijado por la jurisprudencia a partir del criterio del Instituto Nacional de Toxicología, aceptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 19 de octubre 2001²¹.

La provisión para el consumo se considera por la jurisprudencia que es la cantidad necesaria para el consumo de cinco días²², excepcionalmente, algunas sentencias aluden a la cantidad necesaria para el consumo de 10 días²³.

Estas cantidades así determinadas no son reglas fijas, inamovibles o estáticas, sino que se trata de reglas de aproximación, de pautas orientativas, sin perjuicio de que en cada caso haya que ponderar todas las circunstancias presentes y su incidencia en la conducta del agente. Así, podrá concluirse que el tenedor de la droga destinaba al consumo una cantidad superior a la fijada por tales módulos.

El solo indicio de que la cantidad de droga sobrepase el módulo orientativo fijado por la jurisprudencia- la cantidad de droga necesaria para el consumo de cinco días- no es suficiente para acreditar el ánimo de tráfico, sino que se exige que existan otros indicios que permitan fundamentar tal inferencia²⁴. Los indicios objetivos que tiene en cuenta la jurisprudencia para determinar si la cantidad de droga aprehendida, que excede del acopio normal, se entiende destinada al tráfico o al autoconsumo son las posibilidades económicas del consumidor, las posibilidades de conservación de la droga sin detrimento de su calidad²⁵, el alejamiento de la residencia de los consumidores de los lugares de adquisición de la droga y la implicación en cualquier clase de actividad delictiva en el mundo de la droga. No se considera relevante, por el contrario, el indicio negativo de que no se hayan interceptado en poder del poseedor instrumentos o utensilios que se suelen emplear en el tráfico, pues “el acusado acaba de comprar la cocaína... y es llano concebir que el intermediario no adquiere la droga en disposición de ser comercializada”²⁶.

Pero si la cantidad de droga excede notablemente de esas cifras aproximativas, la jurisprudencia entiende que la inferencia de que la droga es para el tráfico es normal y conforme con las reglas razonables de la lógica, aunque no haya otros indicios en los que apoyar tal conclusión. La jurisprudencia viene admitiendo que la tenencia de determinadas cantidades de droga, incluso en personas adictas, permite inducir el propósito de tráfico, sin que sean necesarios otros indicios objetivos²⁷.

²⁰ STS 21 de noviembre 2003 RJ 9027.

²¹ Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001 JUR 77558.

²² SSTS 4 de mayo 1990 RJ 3846; 26 de octubre 1992 RJ 8528; 15 de diciembre 1995 RJ 9195; 1 de junio 2002 RJ 5587; 1 de octubre 2003 RJ 6728; 21 de noviembre 2003 RJ 9027.

²³ STS 26 de octubre 1992 RJ 8528.

²⁴ SSTS 17 de enero 1997 RJ 56, 5 de octubre 1990 RJ 7676, 23 de mayo 2003 RJ 4095, 6 de junio 2005 RJ 8196.

²⁵ STS 26 de marzo 1999 RJ 1849.

²⁶ STS 23 de junio 2006 RJ 5560.

²⁷ Así expresamente las SSTS de 5 de diciembre 2001 RJ 820; 14 de julio 2000 RJ 6584; 22 de octubre 2003

El problema es determinar esa cantidad de drogas que permite por si sola acreditar la finalidad de tráfico. Un análisis de las sentencias que han fundamentado tal elemento subjetivo exclusivamente en la cantidad de droga poseída nos permitirá señalar el exceso necesario en relación con los módulos establecidos para considerar que la cantidad es lo suficientemente importante como para acreditar por si sola tal finalidad. En este sentido la jurisprudencia ha considerado como cantidad que excede notablemente a la necesaria para el consumo las siguientes cantidades de cocaína pura, esto es, reducidas a la pureza que contiene: 21,25 gramos²⁸, 19,80 gramos²⁹, 17,35 gramos³⁰, 37,5 gramos³¹, 21,64 gramos³².

Dado que el Tribunal Supremo parte de que el consumo diario de cocaína es de 1,5 gramos, se puede concluir que si la cantidad de droga poseída excede de la necesaria para el consumo de 10 días (1,5 gramos por 10 días es 15 gramos) ya hay prueba suficiente para fundamentar la finalidad de tráfico, salvo que por las circunstancias del caso concreto se pueda explicar razonablemente un mayor acopio.

En relación al caso objeto de estudio es necesario determinar la cantidad de opio crudo que se considera, como regla aproximativa u orientativa, según la fórmula utilizada por la jurisprudencia, que sobrepasa el acopio normal para el consumo.

El Informe del Instituto Nacional de Toxicología aceptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 19 de octubre 2001 no establece expresamente el consumo diario de opio crudo, pero sí la dosis diaria de morfina, la cual se contiene en el opio en unas proporciones en torno al 20%. A partir de este dato se puede obtener la cantidad de opio que se considera a modo orientativo que es para el consumo.

El citado informe señala que la cantidad de notoria importancia para la morfina es de mil gramos, entendiendo que tal cantidad equivale a quinientas dosis diarias de consumo. Por tanto, la dosis de consumo diario será de dos gramos de morfina. Si se parte de que el acopio para el consumo abarca la cantidad necesaria para el consumo de cinco días, ello supone que diez gramos de morfina es la cantidad que se considera vinculada, en términos generales, con el autoconsumo. Dado que la morfina se encuentra en el opio en una proporción en torno al 20%, la cantidad de opio necesario para el consumo de cinco días, a dos gramos diarios de morfina, sería de cincuenta gramos de opio crudo. En otras palabras, con cincuenta gramos de opio se obtienen los diez gramos de morfina precisos para satisfacer las necesidades de consumo de un consumidor habitual durante cinco días.

Como ya se ha indicado, la cantidad superior a cincuenta gramos de opio crudo es una regla meramente orientativa a efectos de inferir que la tenencia de esta droga sea típica, por estar destinada al tráfico. Será necesario ponderar todas las circunstancias del caso concreto para que la inferencia pueda calificarse como racional. El solo

RJ 7500; 29 de abril 2005 RJ 7577; 18 de enero 2006 RJ 2661.

²⁸ STS 22 de octubre 2003 RJ 7500.

²⁹ STS 9 de octubre 2002 RJ 5568.

³⁰ STS 13 de marzo 2002 RJ 3652.

³¹ STS 29 de abril 2005 RJ 7577.

³² STS 18 de marzo 2004 RJ 1555.

indicio de que la cantidad de opio crudo sobrepase este módulo orientativo no es suficiente para acreditar el ánimo de tráfico, sino que se exige que existan otros criterios objetivos que permitan fundamentar tal inferencia, o que no existan otros contraindicios de los que deducir que no existe el propósito de traficar. Es decir, el hecho de que la cantidad de opio crudo supere ese baremo jurisprudencial se ha de reputar como un indicio que sólo junto a otros permite acreditar el elemento subjetivo del delito. En cualquier caso, la jurisprudencia estima que en los casos en que la cantidad de droga supere notablemente estas cantidades se puede inferir razonablemente que la posesión de la droga es para su distribución entre terceras personas.

La jurisprudencia ha tenido pocas ocasiones para pronunciarse sobre el objeto de estudio de este trabajo, la tenencia de opio crudo. En el Tribunal Supremo se ha encontrado sólo una sentencia y en las Audiencias Provinciales tres sentencias que se ocupan de este supuesto.

La STS de 27 de junio 2005³³ califica de conducta típica del delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código penal la tenencia de cinco mil quinientos gramos de cápsulas secas de adormidera, al estimar que es “una cantidad que supera con mucho la que estaría destinada al autoconsumo” y concluye que “la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia que estaban destinadas al consumo de terceras personas aparece acorde con las reglas de la lógica y la experiencia”.

Las tres sentencias de las Audiencias Provinciales que se han ocupado del tema concluyen que la conducta no es típica, por no resultar acreditado que la tenencia del opio crudo estuviera destinada al consumo de terceras personas. Se llega a esta conclusión a partir de los siguientes datos objetivos:

1. Coinciden las tres sentencias en afirmar que la cantidad neta de morfina que contiene el látex aprehendido por los acusados no es indicativa por sí sola del ánimo de tráfico. La SAP de Cuenca de 5 de octubre 2001³⁴ alude a la tenencia de 116,94 gramos de látex de la adormidera con una riqueza media de morfina del 20%, lo que supone 23,8 gramos de morfina pura; la SAP de Valencia de 19 de enero 2004³⁵ valora como conducta no típica la tenencia de 40,37 gramos de opio, basándose que tal sustancia se reduce al 20% en heroína, lo que supondría 8,07 gramos de heroína; y la SAP de Sevilla de 21 de febrero 2005³⁶ considera destinada al consumo la tenencia por parte de tres personas de 220, 99 gramos de látex de la adormidera con una proporción de morfina comprendida entre 7,5% y el 45,97%, lo que supone 14,73 gramos de morfina por persona.

2. En las tres sentencias los acusados son consumidores de esta droga: en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca se declara probado que se está ante un consumidor ocasional y en las otras dos restantes se trata de consumidores habituales.

3. Por último, tales resoluciones se apoyan en otros indicios negativos para fundamentar su conclusión, como tratarse de personas que no presentan antecedentes penales

³³ STS de 25 de junio 2005 RJ 9400.

³⁴ SAP de Cuenca de 5 de octubre 2001 JUR 323279.

³⁵ SAP de Valencia de 19 de enero 2004 JUR 164151.

³⁶ SAP de Sevilla de 21 de febrero 2005 JUR 145221.

en relación con el tráfico de drogas³⁷ o que no fue ocupado ningún útil que permita sostener la finalidad del tráfico³⁸.

El análisis de estas sentencias permite ya sacar algunas conclusiones sobre el objeto de investigación que nos ocupa.

1. La sustracción de cierta cantidad de látex de las cápsulas de la adormidera en una plantación autorizada constituye la modalidad delictiva de tenencia de estupefacientes con fin promotor de su consumo del artículo 368 del Código penal, si se trata de personas no consumidoras de esta sustancia, por falta de otra finalidad distinta al tráfico que explique la tenencia, y con independencia de la cantidad.

2. Cuando la sustracción del látex de la adormidera sea realizada por un consumidor de esta sustancia, el dato objetivo de la cantidad de opio crudo aprehendida es un indicio para determinar si la tenencia es para el propio consumo o para la distribución entre terceras personas. Dado que la jurisprudencia ha determinado el consumo diario de cada droga a partir de la sustancia básica o tóxica en su estado puro, la cantidad de opio ha de ir referida a la cantidad de morfina que contenga. Así tenemos que el consumo diario de morfina de un consumidor habitual, según el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, es de dos gramos, y que el Tribunal Supremo parte de que la cantidad que se considera, a título orientativo, destinada al consumo es la provisión necesaria para el consumo de cinco días, esto es, diez gramos de morfina. De ahí se puede concluir:

a. Cuando la cantidad de opio sustraída contenga menos de diez gramos de morfina, se considera, siempre que el tenedor sea consumidor de esta sustancia, que es para el consumo, y la conducta no es típica.

b. Cuando la cantidad de opio supere tal cantidad de morfina, es un indicio de que la tenencia de esa sustancia es para el tráfico. Pero este indicio por si solo no es suficiente para enervar la presunción de inocencia y dar por probado que la tenencia es para el tráfico; se requiere de otros indicios en el mismo sentido, dado que las circunstancias del caso concreto pueden acreditar que la morfina es para el autoconsumo.

c. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la cantidad de opio aprehendida supere notablemente esa cifra orientativa de diez gramos de morfina, es razonable y lógica la inferencia de que la tenencia de esa droga es para la transmisión a terceras personas, y, por tanto, típica.

El problema que se plantea ahora es determinar qué cantidad de morfina se considera que excede notablemente de la provisión normal para el consumo.

Como anteriormente se ha señalado, dos son los pronunciamientos de la jurisprudencia que acotan este asunto. Por un lado, la STS de 27 de junio 2005³⁹ considera que 394,2 gramos de morfina superan ampliamente la cantidad que se puede tener para el consumo, por otro, la SAP de Cuenca de 5 de octubre 2001⁴⁰ no ha estimado que la tenencia de 23,38 gramos de morfina sea indicio suficiente para inferir la finalidad de

³⁷ SAP de Sevilla de 21 de febrero 2005 JUR 145221.

³⁸ SAP de Cuenca de 5 de octubre 2001 JUR 323279.

³⁹ STS de 27 de junio 2005 RJ 9400.

⁴⁰ SAP de Cuenca de 5 de octubre 2001 JUR 323279

tráfico. Sin embargo, de tales sentencias no se puede sacar una conclusión precisa sobre la cantidad de morfina a partir de la cual la jurisprudencia entiende que se supera ampliamente la necesaria para el consumo.

Cabe, sin embargo, acudir al criterio que ha mantenido la jurisprudencia en relación con otros estupefacientes sobre la cantidad necesaria para que se pueda acreditar en base a ella la finalidad de tráfico. En relación a la cocaína, la jurisprudencia ha sostenido que una cantidad que excede lo necesario para el consumo de diez días es indicio suficiente para acreditar la finalidad de tráfico, salvo que concurran otros indicios en sentido contrario.

Por tanto, se puede concluir respecto a la morfina que si la cantidad de esta droga supera la provisión para el consumo de diez días, tal cantidad es un indicio suficiente para acreditar que la droga está destinada a la transmisión a terceras personas, salvo que en el caso concreto existan otros indicios que acrediten lo contrario. Esta tesis supone que si la cantidad de morfina que contiene el opio supera los 20 gramos, se trata de una cantidad que excede notablemente la cifra que de modo orientativo se considera que es para el consumo, lo que permite afirmar que tal droga es para el tráfico, salvo que existan otros indicios en sentido contrario.

b'. La condición o no de consumidor de la sustancia.

La jurisprudencia sostiene que para que la tenencia de droga se considere para el autoconsumo es condición necesaria que conste que el poseedor es adicto a la sustancia, o al menos, consumidor. Inicialmente sólo una pocas sentencias se contentaban con la cualidad de consumidor ocasional, pero actualmente la jurisprudencia se limita a verificar que sea o no consumidor, sin distinguir entre consumidor habitual u ocasional. La posesión de una determinada cantidad de droga por alguien que no es consumidor de tal sustancia se considera típica, al inferirse que es para el tráfico por falta de otra finalidad que explique la tenencia⁴¹.

Respecto a cómo debe probarse tal extremo, la jurisprudencia tiene declarado que si el tribunal se basa en el indicio de que el acusado no es consumidor para acreditar el destino de la droga al tráfico, corresponde al acusador probar tal hecho básico, y cuando es el acusado quien alega en su descargo que es consumidor, es éste quien debe probar tal condición⁴².

Por tanto, cuando la sustracción del látex de las capsulas de la adormidera se realice por parte de personas que no son consumidores de esta sustancia se reputará que la tenencia es para el tráfico.

⁴¹ En este sentido se manifiestan las SSTS de 22 de marzo 2000 RJ 1480; 1 de junio 2002 RJ 5585 al afirmar que "cuando se trate de no consumidores en principio debe deducirse su destino al tráfico"; 21 de septiembre 2002 RJ 9111; 4 de marzo 2003 RJ 5151 que considera lógica y razonable la inferencia a que llegó la Sala de instancia de que la tenencia de la droga era para el tráfico a partir del hecho de que el acusado no era consumidor; 1 de julio 2003 RJ 6888 que declara "que el propósito de traficar con la droga que alguien tiene en su poder puede ser comprobado por inducción a partir ... de la falta de otra finalidad que explique la tenencia si el acusado no es consumidor"; 1 julio 2003 RJ 6881; 10 de julio 2003 RJ 6099; 24 de junio 2005 RJ 5560; 10 de mayo 2006 RJ 3962; 30 octubre 2006 RJ 7715.

⁴² Así las SSTS de 28 de febrero 2005 RJ 3036; 18 de enero 2006 RJ 2661 y 23 de junio 2006 RJ 5560.

c'. Otros indicios objetivos a tener en cuenta

La jurisprudencia sostiene que para determinar la finalidad de la tenencia de la droga es necesario acudir, además de a los indicios básicos de la cantidad de droga y de la condición de consumidor de la sustancia, a otro conjunto de circunstancias accidentales, como la modalidad o forma de tener preparada la droga, la tenencia de dinero en cuantía superior a sus ingresos, la tenencia de utensilios o material para la elaboración o el tráfico, la variedad de sustancias poseídas y la actitud adoptada al producirse la ocupación.

En el caso que aquí analizamos, sustracción del látex de las cápsulas de la adormidera, muchos de estos indicios circunstanciales no pueden ser relevantes, o mejor dicho, no tienen capacidad para deducir de ellos la finalidad de la tenencia de la droga, dadas las circunstancias concretas en que se produce la posesión de la droga. Ocurre esto en relación a los siguientes indicios:

La modalidad o forma de la tenencia de la droga. En este caso, la droga sólo puede tenerse en una determinada forma, en una masa única, tal como se presenta en origen, sin que ello sea un indicio para acreditar la finalidad de autoconsumo o de tráfico, porque cualquiera que fuera la finalidad del tenedor de la droga, en el momento de extraer el látex de la cápsula de la adormidera sólo puede realizarse el acopio de la misma en la forma en que se realiza, guardando tal sustancia en un recipiente. La droga sustraída no está en disposición de ser comercializada, sino que una vez obtenida se precisan una serie de operaciones para distribuirla en el mercado clandestino.

En el mismo sentido, no es lógico y razonable inferir el destino de la droga al consumo en base a que no se han encontrado utensilios o instrumentos necesarios para preparar la droga a efectos de su distribución entre terceros. Efectivamente, en este caso la persona o personas que sustraen el látex de la cápsula de la adormidera irán acompañados de aquellos utensilios que permitan la extracción de esta sustancia, como cuchillas, navajas u otros instrumentos que permitan practicar cortes en las paredes de las cápsulas, así como los rastrillos necesarios para recogerlo. Sólo posteriormente, cuando la droga esté en su poder, precisarán de una serie de operaciones para poderla poner a disposición de terceras personas en el mercado clandestino. Y es en ese momento donde será relevante la presencia o ausencia de los utensilios necesarios para preparar la droga de cara a su distribución⁴³.

Por estos motivos considero que no es razonable la inferencia que hace la Audiencia Provincial de Cuenca en la sentencia antes citada para excluir el destino de 23,38 gramos de morfina al tráfico, en base a que no le fue ocupado al acusado en el momento en que se extraía el látex de la adormidera ningún útil para preparar la sustancia de cara a su distribución entre terceras personas.

⁴³ En este sentido se ha pronunciado la STS de 23 de junio 2005 RJ 5560 rechazando la inferencia que hace el Tribunal de instancia para excluir el destino de la droga a terceras personas en base a que no se han interceptado en poder de los acusados instrumentos o utensilios que se suelen emplear en la distribución de la droga entre consumidores. Pone de relieve que el acusado acaba de comprar la droga, momento el que la droga aun no está preparada para su comercialización.

Los otros indicios circunstanciales, tenencia de dinero en cuantía superior a sus ingresos o la actitud adoptada al ser sorprendido, tampoco suelen tener fuerza probatoria en el caso que analizamos para inferir el destino de la droga. La cantidad de dinero que poseen suele ser circunstancial, pues en ese momento no se está traficando con la sustancia, y la actitud mostrada cuando son descubiertos suele ser la misma, con independencia de cual sea la finalidad de la recogida del opio, esconder la sustancia, ya que, en cualquier caso, la conducta es ilícita.

Por último, la Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia de 21 de febrero 2005⁴⁴ acude a otro indicio, la ausencia de antecedentes penales del acusado, para acreditar que el destino de la droga es el consumo propio. La no existencia de antecedentes penales por tráfico de drogas sólo puede tener validez como indicio circunstancial cuando sirva de apoyo a otros indicios en la misma dirección, pero no como circunstancia que permita negar la inferencia a partir de un indicio básico. En este sentido la Audiencia Provincial de Sevilla alude correctamente a la ausencia de antecedentes penales por tráfico de drogas como apoyo al principal indicio en que se basa la inferencia del Tribunal, una cantidad de opio que no sobrepasa en exceso la necesaria para el consumo durante unos días.

Del análisis anterior podemos concluir que si la cantidad de morfina supera la provisión necesaria para el consumo de diez días de un consumidor habitual estamos ante un indicio suficiente para tener por acreditado el destino de la sustancia a la distribución de terceras personas, sin que la ausencia de útiles o instrumentos para preparar la sustancia de cara a su comercialización en el mercado clandestino, ni la ausencia de antecedentes penales del acusado en tráfico de drogas, sean indicios para negar la inferencia que se deduce de la cantidad de la droga.

Sin embargo, el dato de que los sujetos, probada su condición de consumidores, hayan tenido que realizar un viaje para desplazarse desde su lugar de residencia hasta la plantación autorizada a efectos de acopiar el opio necesario para su consumo permite ser más flexible sobre la cantidad necesaria para la provisión a efectos de su consumo. Tal circunstancia nos lleva a elevar el nivel de la cantidad necesaria para que tal tenencia se presente como un indicio lógico y razonable para sustentar la finalidad de tráfico⁴⁵.

Dada esta circunstancia, que concurrirá generalmente en los casos objeto de este estudio, sólo cuando la cantidad de morfina supere notablemente el módulo anteriormente señalado de 20 gramos, provisión necesaria para el consumo de 10 días para un consumidor habitual, se puede inferir que la tenencia es para el tráfico. En este sentido se puede afirmar que cuando la cantidad de opio poseída sea superior a la necesaria para 20 días de consumo, esto es, que contenga más de 40 gramos de morfina, se puede tener por acreditada la finalidad de tráfico.

La elección de este periodo de tiempo y de la cantidad consecuente se ve confirma-

⁴⁴ SAP de Sevilla de 21 de febrero 2005 JUR 145221.

⁴⁵ En este sentido la STS de 18 de enero 2006 RJ 2161 establece que "Esta cuantía especialmente significativa puede situarse en unos niveles superiores. Por ejemplo, cuando haya habido un viaje al lugar donde se produce la droga o a otro punto donde ésta exista en abundancia y es más barata, pues entonces es razonable pensar que ese viaje puede hacerse a fin de adquirir una provisión para mayor periodo de tiempo".

da por la jurisprudencia, pues no existe ninguna sentencia que haya considerado que la tenencia de morfina en una cantidad superior a los 40 gramos sea para el autoconsumo. También se deduce del análisis jurisprudencial de la tenencia de otras sustancias estupefacientes, como la cocaína, respecto de la cual la jurisprudencia siempre ha considerado que la tenencia de una cantidad que supere la provisión para el consumo de 20 días es una conducta típica, al entender que la cantidad de droga es un indicio suficiente para acreditar su destino al tráfico⁴⁶.

C. Delito de tráfico de drogas consumado o en grado de tentativa

En aquellos casos que quede acreditado, atendiendo a la cantidad de morfina o a la no condición de consumidor de tales sustancias, que la posesión del opio crudo es para su distribución entre terceras personas, es necesario determinar si en estos casos el delito de tráfico de drogas del artículo 368 queda consumado o en grado de tentativa.

Como regla general, la jurisprudencia no suele admitir las formas imperfecta de ejecución del delito de tráfico de drogas, pues la mera actividad preparatoria de un futuro tráfico ya está abarcada por el tenor literal del tipo penal, dando lugar a la consumación del delito. Sin embargo, de forma excepcional, admite la tentativa “cuando el acusado no haya llegado a tener la disponibilidad, ni aun potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión ni mediata ni inmediatamente”. Esta doctrina surge con motivo de los casos de envío de droga, donde la jurisprudencia mantiene, de forma unánime, que “el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detención física del producto”, mientras que “la tentativa sólo resulta concebible en aquellos casos en los que alguien, que no hubiera participado en el diseño u organización de la operación, fuese sorprendido cuando se disponía a recibirla, o incluso hubiera llegado a tenerla materialmente en su poder, si bien en condiciones que excluían cualquier posibilidad de disponer de ella”⁴⁷.

De esta interpretación jurisprudencial se deduce que lo relevante, a efectos de si el delito de tráfico de drogas está consumado o en grado de tentativa, es “la disponibilidad de la droga, comporte o no tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios la posesión representa”⁴⁸.

La cuestión aquí planteada queda circunscrita a si los sujetos que sustraen el látex de las cápsulas de la adormidera de una plantación autorizada tienen o no la disponibi-

⁴⁶ Así la Sala II del Tribunal supremo ha entendido que cabe inducir el propósito del tráfico, aunque no concurren otras circunstancias puramente accidentales, de las siguientes cantidades de cocaína pura: 19,78 gramos (STS 9 de octubre 2002 RJ 9568), 17,35 gramos (STS 13 de marzo 2002 RJ 3652), 9,34 gramos (STS 20 de octubre 2003 RJ 7642), 21,25 gramos (STS 22 de octubre 2003 RJ 7500), 21,64 gramos (STS 18 de marzo 2004 RJ 1555), 13,72 gramos (STS 20 de noviembre 2006 RJ 7935), todas ellas inferiores a la cantidad necesaria para el consumo durante 20 días por parte de un consumidor habitual de cocaína.

⁴⁷ Así las SSTs de 2 de diciembre 2003 RJ 8856, 10 de octubre 2003 RJ 7214, 9 de septiembre 2004 RJ 7483, 17 de septiembre 2004 RJ 5746, 15 de octubre 2004 RJ 6002, 28 de octubre 2005 RJ 150, 22 de noviembre 2005 RJ 2553, 4 de octubre 2006 RJ 8417, 11 de octubre 2006 RJ 7663.

⁴⁸ STS 3 de octubre 2003 RJ 7709 y 28 de octubre 2005 RJ 150.

lidad de la droga, esto es, si han tenido la posibilidad de poder distribuir la droga entre terceras personas, que es el peligro que para la salud pública representa la posesión de estas sustancias. Cuando los sujetos sean detenidos antes de salir de la finca, al no tener aún posibilidad alguna de distribuir tal sustancia entre terceros, realizan el delito de tráfico de drogas en grado de tentativa, pues si bien queda acreditada la posesión con fines de tráfico, no ha existido la disponibilidad de la sustancia, en cuanto que no ha existido posibilidad de distribución entre terceras personas⁴⁹. Por el contrario, cuando los sujetos que sustraen el citado látex salen de la finca, se puede afirmar que tienen disponibilidad de la droga, y el delito de tráfico de drogas se considera consumado.

III. RESPONSABILIDAD JURÍDICO PENAL POR DELITOS O FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO

1. Introducción

La conducta aquí analizada, entrar en una finca autorizada para el cultivo de la adormidera y extraer el látex de las capsulas de la adormidera, con independencia del peligro que pueda implicar para la salud pública, supone, sin duda, un atentado contra el patrimonio del titular de esa finca. De ahí que, analizada la relevancia jurídico penal de estas conductas en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, se precise realizar ahora un análisis sobre la significación de tales conductas en el ámbito de los delitos contra el patrimonio.

Para la doctrina dominante y para la jurisprudencia este conjunto de delitos protegen el patrimonio, entendiéndose por éste el conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos. Se incluye aquí la protección de las cosas que revisten valor, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica⁵⁰.

La conducta sometida a consideración encaja en principio tanto entre los delitos de enriquecimiento en la modalidad típica de apoderamiento, se trata de apoderarse directamente del látex de la adormidera, como en los delitos sin enriquecimiento, pues generalmente la entrada en la finca con el fin del apoderamiento del látex suele producir daños en otras plantas. Así pues, es necesario analizar, en primer lugar, si concurren los elementos típicos que configuran el delito de hurto o el delito de robo y, en segundo lugar, si la conducta puede ser subsumida también en el delito de daños.

2. Delitos de apoderamiento directo: hurto y robo

El delito de hurto se caracteriza porque el sujeto activo se apodera de una cosa mueble del sujeto pasivo, trasladándola materialmente a su esfera de disposición. Si el apoderamiento se hace con violencia o intimidación en las personas se integra el delito

⁴⁹ De esta opinión es la SAP de Sevilla de 21 de febrero 2005 JUR 145221.

⁵⁰ Así, entre otros, MUÑOZ CONDE. "Derecho penal", cit., pp. 364-365; HUERTA TOCILDO. "La protección penal del patrimonio inmobiliario". 1980, pp. 35 y ss.; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES y otros. "Derecho penal", cit., pp. 396-398; GONZÁLEZ RUS en COBO (Coord). "Derecho penal español. Parte Especial". 2ª ed. 2005, pp. 449-450; GARCÍA ARAN. "El delito de hurto". 1998, pp. 16-18.

de robo con violencia o intimidación en las personas (art. 242, en relación con el art. 237); si es con alguna de las circunstancias previstas en el artículo 238 para acceder al lugar donde se encuentran las cosas, surge el robo con fuerza en las cosas (art. 238, en relación con el art. 237).

La acción típica constitutiva del hurto viene descrita con el verbo “tomar”, equivalente al apoderamiento utilizado en el delito de robo. El apoderamiento se da cuando se sustrae la cosa de la esfera de dominio del sujeto pasivo, esto es, que se sitúa fuera del poder de disposición del propietario. El acto de desposesión no precisa que la cosa haya salido del espacio sobre el que se proyecta el poder patrimonial del ofendido, pero sí que haya quedado sustraída efectivamente a ese poder del propietario⁵¹.

El resultado del delito se produce con la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo.

En el caso que nos ocupa, la acción típica del apoderamiento se produce cuando el sujeto activo “toma” el látex de la adormidera y lo guarda en un recipiente. Tal apoderamiento se inicia con las incisiones en las paredes de las cápsulas de las plantas a fin de que se produzcan gotas de látex, y termina con la recogida posterior de la correspondiente coagulación. El apoderamiento se producirá, por tanto, cuando el opio quede separado de la custodia de su titular; no se requiere, sin embargo, que haya salido de la finca donde se cultivan las plantas. Tal desplazamiento físico será relevante para determinar si se ha producido el resultado de la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo, lo que determinará, en su caso, la consumación del delito.

El objeto material viene definido en el artículo 234 como “cosa mueble ajena”.

Por cosa entiende la doctrina y la jurisprudencia todo objeto material evaluable en dinero y susceptible de apoderamiento, es decir, susceptible de soportar la acción constitutiva del delito. El carácter material de la cosa viene dado porque ha de ser un objeto que tenga una individualización suficiente que permita su apoderamiento y el desplazamiento físico. La cosa ha de ser evaluable económicamente, dadas las exigencias del tipo. El valor económico del objeto sirve para marcar la diferencia entre el delito y la falta y, eventualmente, para agravar la pena. El valor económico será aquél que se atribuya al objeto en el mercado en el momento de la sustracción⁵².

La cosa ha de ser, además, mueble, condición que resulta indispensable para el apoderamiento. Lo importante es que pueda ser aprehensible y trasladable, esto es,

⁵¹ Así MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit., pp. 371-374; GONZALEZ RUS. “Derecho”, cit., p.454; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC. “Derecho penal”, cit. p. 399; QUINTERO OLIVARES. “Comentarios”, cit., pp. 582-583; GARCÍA ARÁN. “El delito”, cit., pp. 65-66; PÉREZ MANZANO. En BAJO FERNÁNDEZ y otros. “Compendio de Derecho penal. Parte Especial. Vol. II. 1998. p. 347; ROBLES PLANAS. “Lecciones de Derecho penal. Parte Especial”. 2006. p. 184. En la jurisprudencia, véanse, entre otras, las SSTs de 30 de mayo 1983 RJ 2801; 25 de abril 1988 RJ 2869; la SAP Madrid de 19 de marzo 2002. JUR 172923; SAP Barcelona de 1 de marzo 2002 JUR 137963; SAP Cantabria de 1 de diciembre 2006 JUR 94025.

⁵² En este sentido MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit. 373; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC. “Derecho penal”, cit., p. 403; GONZÁLEZ RUS. “Derecho”, cit., p. 457; PÉREZ MANZANO. “Compendio”, cit., p. 351; HUERTA TOCILDO. “La protección”, cit., pp. 37 y ss.; GARCÍA ARÁN. “El delito”, cit., p. 96; ROBLES PLANAS. “Lecciones”, cit., p. 185. Para un sector doctrinal no se exige que la cosa tenga valor económico: ZUGALDÍA ESPINAR. “Delitos contra la propiedad y el patrimonio”. 1988. p. 27; DE LA MATA BARRANCO. “Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación”. 1994. p. 204; SUAREZ GONZÁLEZ en RODRIGUEZ MOURULLO (dir) “Comentarios al Código penal”. 1997, p. 679.

separada fácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del sujeto activo⁵³.

Por último, tendrá que ser también ajena. La ajenidad de la cosa se caracteriza por la existencia de un titular legítimo del derecho de la propiedad⁵⁴.

Todas estas características exigidas al objeto material concurren en el opio crudo extraído de la adormidera. En efecto, se trata de una cosa material mueble que permite su apoderamiento y desplazamiento físico; evaluable económicamente, pues el hecho de que su comercio esté prohibido, excepto en los casos autorizados y bajo determinadas condiciones, no impide que sea un objeto de mercado y se le atribuya un valor económico; y ajena, en cuanto tiene un legítimo propietario.

Especial importancia tiene el valor económico atribuido al opio de cara a que la conducta sea constitutiva de delito o de falta de hurto. El valor económico será aquél que se atribuya al objeto en el mercado en el momento de la sustracción. La determinación de su valor plantea problemas por estar prohibido su comercio, salvo para concretos fines y bajo determinadas condiciones. En la única sentencia en que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de valorar esta sustancia, la STS de 27 de junio 2005⁵⁵, que castigó por un delito de tráfico de drogas la tenencia de cinco kilos y medio de cápsulas secas de adormidera con trescientos noventa y cuatro con dos gramos de morfina, tomó como valor de referencia el precio de venta al público de la especialidad farmacéutica Morfina Sena, 1%, 1 ampolla 1 ml, que asciende a 0,49 euros, valorando el gramo de morfina en 55,55 euros⁵⁶.

Este es el criterio correcto, pues el valor del objeto sustraído debe calcularse conforme a los precios del mercado, aunque en este caso se trate de un comercio controlado e intervenido, dada la naturaleza de estupefaciente de la sustancia. El valor del opio en el mercado clandestino sólo será relevante a los efectos de la determinación de la pena en el delito de tráfico de drogas, según establece el artículo 377 del Código penal, pero no en los delitos contra el patrimonio, donde lo que se protege es el patrimonio del sujeto pasivo.

Es necesario aclarar que el perjuicio ocasionado al propietario tiene relevancia para determinar la responsabilidad civil derivada del delito, pero no tiene incidencia alguna a la hora de concretar el valor del objeto sustraído. Tal precisión tiene importancia para el caso objeto de análisis: En el supuesto que estudiamos, la empresa realiza un contrato con el agricultor, propietario de la finca, en virtud del cual éste se compromete a

⁵³ Así MUÑOZ CONDE. "Derecho penal", cit., p. 373; GARCÍA ARÁN. "El delito", cit. p. 96; GONZÁLEZ RUS. "Derecho", cit., p. 457; QUIENTERO OLIVARES. "Comentarios", cit., p. 585; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC. "Derecho penal", cit., pp. 402-403; PÉREZ MANZANO. "Compendio", cit. p. 354. En el mismo sentido las SSTs de 30 de marzo 1983 RJ 2801; 25 de abril 1988 RJ 2829.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE. "Derecho penal", cit. p. 374; QUIENTERO OLIVARES. "Comentarios", cit., pp. 585-586; PÉREZ MANZANO. "Compendio", cit., pp. 354-355; GARCÍA ARÁN. "El delito", cit., pp. 104-108; GONZÁLEZ RUS, "Derecho". cit., p. 457; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC. "Derecho penal", cit., pp. 403.405. En la jurisprudencia las SSTs de 24 de enero 1955 RJ 203; 17 de enero 1958 RJ 37; 15 de octubre 1988 RJ 7927.

⁵⁵ STS de 27 de junio 2005 RJ 9400.

⁵⁶ Existe un error de transcripción en la sentencia, se trata de la "Morfina Serra", 1%, 1 ampolla 1 ml, según El catálogo de Medicamentos. Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos. 2006.

cultivar las plantas de la adormidera al objeto de entregar en su día a la entidad autorizada la cosecha. El agricultor asume las labores necesarias para la obtención de la cosecha, mientras que la entidad entregará las semillas necesarias para sembrar la superficie comprometida en el contrato, y organizará, efectuará y controlará la recolección, corriendo a su cargo los gastos ocasionados por esta labor. Finalmente esta empresa adquirirá la totalidad del producto recolectado en las condiciones de calidad y precio pactadas en el contrato. Dada esta relación contractual, determinada por la naturaleza de estupefaciente de la sustancia cultivada, no es admisible determinar el valor de lo sustraído atendiendo a lo que la entidad autorizada pagará por el grano y paja de la adormidera, pues tal cantidad corresponde sólo al perjuicio ocasionado al agricultor, sin tener en cuenta, además, el perjuicio ocasionado a la empresa.

Por tanto, la cantidad que la empresa se había comprometido a pagar al agricultor por cada kilo del producto cultivado que ha sido sustraído constituye el perjuicio que el hurto ha ocasionado al agricultor que, junto con el perjuicio ocasionado a la entidad, constituye el perjuicio total causado, a efectos de la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

Así, podemos concluir que el valor del opio crudo sustraído se ha de determinar, a efectos del delito contra el patrimonio, en función del valor que esta sustancia adquiere en el mercado controlado, y el perjuicio ocasionado al agricultor y a la empresa será relevante para determinar la responsabilidad civil derivada del delito. En cualquier caso, el valor de mercado de la sustancia sustraída coincide con la suma del perjuicio ocasionado al agricultor y a la entidad autorizada.

Por otro lado, en estos casos concurre en el sujeto activo un ánimo de lucro, en cuanto que sustrae el opio con intención de apropiárselo, ya sea para su consumo o para traficar con él.

Podemos concluir, por tanto, que concurren los elementos objetivos y subjetivos del delito de hurto del artículo 234 del Código penal o de la falta de hurto del artículo 623.1 del mismo Código, según que el valor de la cantidad de opio sustraída supere o no los cuatrocientos euros.

Afirmada la tipicidad del delito de hurto, es preciso plantearse si este delito alcanza la consumación o queda en grado de tentativa.

La doctrina y la jurisprudencia de manera prácticamente unánime sostienen que para la consumación del hurto no es precisa la efectiva disposición de la cosa sustraída, sino que basta con la disponibilidad de la cosa, aunque sea mínima y momentánea, entendiéndose por ella la posibilidad, aún potencial, breve o fugaz, que tiene el sujeto activo de disponer del objeto material del delito⁵⁷.

⁵⁷ Así MUÑOZ CONDE. "Derecho penal", cit., pp. 376; GONZALEZ RUS. "Derecho", cit., pp. 460-461; QUINTERO OLIVARES. "Comentarios", cit., p. 587; VIVES ANTON/GONZÁLEZ CUSSAC. "Derecho penal", cit., pp. 400-401; GARCÍA ARAN. "El delito", cit., pp. 143-144. La STS de 7 de octubre 1985 RJ 4784 recoge con claridad la tesis jurisprudencial sobre la consumación de los delitos de apoderamiento a partir de la teoría de la disponibilidad: "la consumación se origina en los delitos de robo y hurto, soslayando cualquier concepto frustracional, siempre y cuando se produzca la disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída, definida ésta, no obstante, en sus exactos términos, implicando no una facultad real y auténtica sino la posibilidad de disponer- potencial capacidad para disponer decía la Sentencia de 20 de febrero de 1985 (RJ 1985/981)- que surge en todo caso en que la cosa mueble quede en condiciones de poderse ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio

En el caso objeto de análisis, el delito de hurto se consuma desde el momento en que el sujeto activo tenga la posibilidad de disponer del opio, lo que ocurrirá cuando tenga la posibilidad de consumirlo, destruirlo, donarlo o venderlo. Se apreciará tentativa inacabada cuando se captura al culpable una vez iniciadas las incisiones en las paredes de las cápsulas y antes de haber recogido el látex de las mismas; si la detención se produce una vez que se ha producido el apoderamiento del opio, sin que los culpables hayan podido disponer de la sustancia, estaremos ante una tentativa acabada de hurto. La consumación del delito contra el patrimonio se alcanza cuando los culpables tengan la disposición del opio, aunque sea momentánea, fugaz y potencialmente. Lo que acontece si son capturados una vez que abandonen la finca.

En el caso de que la modalidad delictiva consista en que los culpables realizan una acampada dentro o fuera de la finca y durante varios días recogen el opio de forma continuada, estaríamos bien ante un delito continuado de hurto, si se trata de una pluralidad de acciones perfectamente separables unas de otras, esto es, que cada día se realiza la sustracción de una determinada cantidad de opio; o bien ante un solo delito de hurto, si se trata de una sola acción que se realiza en varios días, primero se realizan las incisiones en las paredes de las cápsulas de las plantas y días después se recoge el látex desprendido.

En ambos casos el hecho se califica como un solo delito de hurto por el total del perjuicio ocasionado; en la primera modalidad delictiva cada acción constituiría un delito o falta de hurto en función de la cuantía de lo sustraído, pero se castigaría como un delito continuado de hurto por el total de lo apropiado, mientras que en la segunda modalidad existiría una sola acción que da lugar al correspondiente delito o falta por el total de lo sustraído.

En la primera modalidad, de delito continuado, la pena a imponer será, en aplicación del párrafo 2º del artículo 74, la correspondiente a un delito de hurto por la cuantía global resultante de la suma de las distintas sustracciones, de manera que si las concretas acciones eran constitutivas de faltas de hurto por no superar el valor del opio sustraído los cuatrocientos euros, pero la suma de las cuantías de cada sustracción sobrepasa esa cantidad, las faltas se elevan a la categoría de delito. Pero en caso de que la suma de las distintas cantidades sustraídas en cada falta no supere los cuatrocientos euros, estaríamos ante un falta continuada de hurto y la norma aplicable sería la regla 1ª del artículo 74, según la cual se castigaría con la pena de la falta de hurto en su mitad superior pudiendo llegar a la pena superior en grado en su mitad inferior.

material, bien entendido, primero, que basta con que esa disponibilidad lo sea sólo de una parte de lo sustraído para que la consumación se configure en irreversible, penal y jurídicamente; segundo que también es suficiente con que esa disponibilidad dure, fugazmente, breves instantes, con tal de que el "ius disponendi" no ofrezca duda alguna, razón por la cual aparece frustrada la infracción si el presunto autor es sorprendido "in fraganti" o es detenido poco después de la apropiación, después de constante y pertinaz persecución durante la que el agente no llegara nunca a ser perdido de vista; tercero, que como es indiferente el hecho de que el autor de la sustracción llegue o no a aprovecharse de lo indebidamente apropiado, claro es que la consumación persistirá aunque falle su agotamiento o aunque al autor del delito se le sorprenda poco después de haber tenido para sí una verdadera disposición, capacidad de disponer, sobre o respecto de las cosas; y cuarto, que esa disposición se condensa, resumidamente, en que el "poder de hacer", posible, ideal o real, significa tener la cosa mueble a expensas de la voluntad del delincuente, cual acertadamente se dice por la instancia, fuera del control de su legítimo dueño".

En los casos de delito continuado se calificará el delito en grado de consumación siempre que una o varias de las acciones realizadas resulten consumadas, aunque el resto de las acciones queden en grado de tentativa. De aquí que sea relevante si el opio sustraído en cada acción sale de la finca o no. En el primer caso, cuando los culpables se encuentran acampados dentro de la propia finca, las distintas sustracciones no alcanzan el grado de consumación, pues el opio no ha salido de la esfera de disposición del dueño o, en todo caso, el sujeto activo no tiene aún la posibilidad de disponer del opio. Estaríamos, por tanto, ante un delito o falta continuados en grado de tentativa. Sin embargo, cuando la acampada se realiza fuera de la finca, llevándose a cabo incursiones con las correspondientes sustracciones de cantidades de opio, cada una de estas sustracciones daría lugar a una falta o delito consumado, pues el opio sale de la esfera de custodia del propietario y existe la posibilidad de disponer de él por parte de los culpables. En este último caso el delito continuado de hurto estaría consumado.

3. Delito de robo con fuerza en las cosas

El artículo 237 dispone que “son reos de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderen de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”. De esta definición se deriva que el elemento caracterizador y distintivo de los robos es la modalidad de apoderamiento, dado que la sustracción ha de realizarse empleando fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas.

La posible concurrencia de estas modalidades de apoderamiento en el supuesto que analizamos obliga a que precisemos en qué casos se puede calificar la sustracción del opio como delito de robo.

El concepto de fuerza en las cosas es un concepto normativo: se halla definido y expresamente delimitado por el legislador en los artículos 237, 238 y 239 del Código penal. La enumeración cerrada del artículo 238 agota el concepto legal de fuerza en las cosas y marca la diferencia con el concepto de hurto. Las diversas modalidades legales de fuerza del artículo 238 presuponen la existencia de determinadas defensas adoptadas por el sujeto pasivo para la protección de sus bienes, cuyo vencimiento requiere una mayor habilidad, pericia, esfuerzo, en definitiva, una mayor energía criminal. Pero sólo serán típicas estas modalidades de fuerza, como especifica el artículo 237, si se ejercen con el objetivo de poder acceder al lugar donde se encuentran las cosas. Ello implica que la fuerza debe emplearse sobre el objeto que separa o protege la cosa del mundo exterior y no sobre la cosa misma. De ahí que el fundamento de la mayor gravedad del robo con fuerza en las cosas debe hallarse en el mayor desvalor que la presencia del obstáculo confiere al apoderamiento de la cosa⁵⁸.

Así pues lo que caracteriza al robo con fuerza en las cosas es la realización de fuerza para acceder a un objeto que ha sido protegido por su propietario de manera tal que

⁵⁸ Véanse, entre otros, MUÑOZ CONDE. “Derecho penal”, cit., p. 386; GONZÁLEZ RUS. “Derecho”, cit., p. 472; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC. “Derecho penal”, cit., p.425; QUINTERO OLIVARES. “Comentarios”, cit., pp. 584-589; PÉREZ MANZANO. “Compendio”, cit., pp. 372.375; ROBLES PLANAS. “Lecciones” cit., p. 191.

ello implica su aislamiento, separación o ubicación en un espacio cerrado o protegido por mecanismos electrónicos.

De todo lo anterior se deduce para el supuesto objeto de análisis que sólo puede darse el robo con fuerza en las cosas si la finca donde se cultiva la planta de la adormidera se encuentra cerrada físicamente o protegida por mecanismos electrónicos. En los demás casos, en los que no existan mecanismos puestos por el propietario para obstaculizar el acceso a la finca, sólo puede cometerse un delito de hurto.

En efecto, cuando la finca se encuentre cercada o protegida por mecanismos electrónicos se realizará el tipo del delito de robo con fuerza si se accede a la misma utilizando alguna modalidad de las previstas en el artículo 238 del Código penal.

En consecuencia los casos en que la finca esté protegida por una valla metálica, alambrada o tapia y se acceda a ella saltando o rompiendo la valla o tapia, cabe hablar de robo con escalamiento o robo con fractura externa.

En efecto, la jurisprudencia ha venido manteniendo de forma continuada que el saltar una valla o tapia que tenga como función impedir el acceso a la finca, siempre que suponga un esfuerzo físico de cierta significación, supone escalamiento y da lugar al delito de robo con fuerza en las cosas. Conclusión a la que llegan tanto las sentencias que, partiendo de una interpretación histórica basada en la definición tradicional de escalamiento que aparecía en el Código penal de 1848, entienden el escalamiento como la entrada por un vía no destinada al efecto⁵⁹, como las sentencias que parten de un concepto más estricto de escalamiento, basado en una interpretación teleológica, iniciada por la STS de 20 de marzo 1990, que entienden que se debe apreciar sólo cuando “en la utilización de las vías no destinadas al acceso, el autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a las fuerzas en las cosas, es decir, que sean similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predisuestos para la defensa de la propiedad⁶⁰”.

Más discutido resulta en la jurisprudencia si el rompimiento de una valla metálica para acceder al lugar donde se encuentra la cosa se integra en la modalidad de “rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana”. Una línea jurisprudencial niega en estos casos la existencia de robo con fuerza en las cosas en base a que la rotura de una valla metálica no puede ser equiparada, desde la perspectiva de la energía criminal, a la ruptura de una pared o muro, ya que por pared se entiende “algo consistente y compacto materialmente”, característica que no concurre en una simple alambrada o red metálica⁶¹, mientras que otras sentencias aplican el robo con fuerza en las

⁵⁹ SAP de Barcelona de 5 de mayo 2006 JUR 12503, SAP de Girona de 22 de marzo 2006 JUR 264014, SAP de Jaén de 1 de julio 2004 JUR 257695, ATS 21 de abril 199 RJ 3317.

⁶⁰ STS 20 de marzo 1990 RJ 2566; SAP de Cantabria de 27 de enero 2006 JUR 78809; SAP de Burgos de 29 de julio 2006 JUR 242377; SAP de Valladolid de 21 de junio 2005 JUR 161484; SAP de Guadalajara de 1 de junio 2006 JUR 22219; SAP de Zaragoza de 24 de septiembre 2003 JUR 230125; SAP de Burgos 10 de diciembre 2002 JUR 33303.

⁶¹ SAP de Sevilla 21 de junio 2000 ARP 118; SAP de Madrid 16 febrero 2004 JUR 254410; SAP de Madrid 18 julio 2002 JUR 246083; SAP de Madrid 16 enero 2003 JUR 108937; SAP de Sevilla 30 octubre 2002 JUR 96814.

cosas siempre que la valla tuviera efectivamente la función de protección de la propiedad propia de una pared⁶².

En mi opinión, que coincide con la posición mayoritaria en la jurisprudencia, aunque el Código alude como objeto de la acción a la pared, techo, puerta o ventana, estos elementos no se han de entender referidos exclusivamente a edificios o inmuebles, sino a cualquier otra estructura que delimite un espacio exterior y presente una consistencia tal que su rotura exija una fuerza equivalente a la empleada para la rotura de los otros elementos señalados legalmente. Por tanto, la rotura de la valla metálica que impide el acceso a la finca y tiene como función la protección de la finca da lugar al delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 238 2º del Código penal siempre que presente una cierta consistencia

4. Delito de daños

En el caso que nos ocupa, aparte de la responsabilidad jurídico penal derivada del delito de tráfico de drogas y del delito de hurto, o, en su caso, robo, se dará generalmente un delito de daños.

El artículo 263 del Código penal castiga la causación de daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de Código. La doctrina y la jurisprudencia entienden por daños la destrucción, inutilización, deterioro o menoscabo de una cosa⁶³.

La diferencia con el delito de hurto se encuentra en la dinámica comisiva, ya que el hurto exige un desplazamiento patrimonial de la cosa, mientras que en los daños no se pretende tal apropiación, sino la destrucción, inutilización o deterioro de una cosa sin que sea preciso ningún desplazamiento. En el plano subjetivo la diferencia estriba en el ánimo con que se toma la cosa: ánimo de lucro en el delito de hurto y ánimo de dañar o destruir en el delito de daños.

Tal delimitación no se presenta tan clara en los supuestos de apoderamiento y subsiguiente destrucción de cosas consumibles, pues puede hablarse simultáneamente de desplazamiento y destrucción, y la eventual realización del lucro que inspira el apoderamiento comporta la necesaria destrucción de la cosa. Tal problemática se plantea en el supuesto que aquí analizamos, cuando el apoderamiento del opio tenga como finalidad el posterior consumo. Habrá que plantearse si estos supuestos realizan el tipo del delito de hurto o el de daños.

En principio, el supuesto de hecho planteado realiza tanto el tipo objetivo del delito de hurto como del delito de daños, ya que existe desplazamiento de la cosa del ámbito patrimonial del sujeto pasivo al ámbito del sujeto activo y destrucción de la cosa. Por tanto lo que determinará la realización de uno u otro delito es el aspecto subjetivo, el ánimo con que actúe el sujeto activo. Pero dado que este ánimo no resulta evidente,

⁶² SAP de Murcia 12 abril 1980 JUR 13394; SAP de Murcia 20 octubre 2004 JUR 251809; SAP Valencia 20 abril 2002 JUR 197346; SAP de Madrid 12 abril 2002 JUR 176675; SAP de Huelva 26 marzo 2003 JUR 42111; SAP de Albacete 14 marzo 2002 JUR 422.

⁶³ En este sentido SUAY HERNANDEZ. "Los elementos básicos de los delitos y faltas de daños". 1991, pp. 21-23; MUÑOZ CONDE. "Derecho penal", cit., p. 466; GONZÁLEZ RUS. "Derecho", cit., p. 559; QUINTERO OLIVARES. "Comentarios". cit., pp. 734-735; OTRS BERENGUER. "Derecho penal", cit. p. 596; BAJO FERNÁNDEZ. "Compendio", cit., p. 509; ROBLES PLANAS. "Lecciones", cit., p. 245.

pues la eventual realización del lucro comporta la necesaria destrucción de la cosa, será el destino final del objeto el que marque el delito que se comete, en la medida en que servirá para poner de manifiesto cuál es el propósito con que se tomó la cosa. De esta forma, se realizará el delito de hurto cuando la ventaja o el provecho patrimonial pretendido se deriven directamente del apoderamiento (ánimo de lucro), aunque su realización efectiva comporte de manera necesaria la destrucción de la cosa. En cambio, se dará el tipo del delito de daños si lo que se pretende es la mera destrucción del opio, sin que tal destrucción guarde relación directa con la realización del lucro.

Por consiguiente, el apoderamiento del opio para el consumo constituye el delito de hurto, aun cuando la realización efectiva del ánimo de lucro comporte la destrucción del opio.

Ahora bien, con independencia de que tales apoderamientos sean constitutivos del delito de hurto o robo, según la modalidad comisiva, la propia dinámica del apoderamiento conlleva, generalmente, la realización adicional del delito de daños, pues la entrada en la finca y la recolección del látex suponen la destrucción de otras plantas de adormidera. Cuando el valor de las plantas destruidas supere los cuatrocientos euros se realizará el delito del artículo 263 del Código penal y, en caso de no superar tal cantidad, la falta del artículo 625 del mismo texto legal.

El valor económico de estas plantas destruidas vendrá determinado por el valor de mercado de tales sustancias. Este valor se determina en función del precio que la paja y grano de la adormidera tengan en el mercado autorizado. Tal precio no se debe confundir con el precio pactado por la entidad autorizada con el agricultor por cada kilo de paja y grano de la adormidera, ya que ese precio no constituye su valor en el mercado, sino el precio que la empresa paga al agricultor por el cultivo en sus tierras de la adormidera, con el que se retribuye la aportación del terreno y el trabajo del cultivo. Distinto es el precio que dicha entidad obtendría en el mercado por la venta del producto de esas plantas.