

*Revista*  
**SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**LA CRIMINALIZACIÓN DEL NARCOMENUDEO  
EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

**THE CRIMINALIZATION OF “NARCOMENUDEO”  
IN THE SPANISH PENAL CODE**

**Nicomedes Rodríguez Gutiérrez**

*Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.  
Proyecto: “Aporofobia y Derecho Penal”*

Artículo desarrollado a raíz de la comunicación defendida en el Congreso Aporofobia y Derecho penal, organizada por el proyecto de investigación coordinado “Aporofobia y Derecho Penal”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. RTI2018-095155-B-C21).



## **RESUMEN:**

El presente trabajo se centra en el estudio del “narcomenudeo”, también conocido como “menudeo” en España. A pesar de ser un problema de índole internacional, ya que se da en todo el mundo, en cada zona se afronta con unas herramientas jurídicas diferentes. En nuestro país, a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se introduce un segundo párrafo en el artículo 368, el cual tiene su origen en el Pleno de la Sala Segunda de 25 de octubre de 2005 se acordó proponer al Gobierno la introducción del inciso segundo. De esta forma se introduce el subtipo atenuado que posibilita la suspensión ordinaria de la pena para los condenados por menudeo, además de la suspensión del artículo 80.5 para condenados que sean consumidores habituales. Pero el precepto arroja también conceptos indeterminados, como son la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, las cuales deberán ser determinadas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto y teniendo como referencia la abundante jurisprudencia. También trataremos los problemas que surgen en la investigación y las diferentes formas en las que se manifiesta el menudeo. Por último, debemos citar los problemas concursales, con el blanqueo de capitales, debido a las importantes ganancias que se obtienen.

## **ABSTRACT:**

*The present essay focuses on the study of “drug dealing”, also known as “retail” in Spain. Despite being a problem of an international nature, since it occurs all over the world, in each area it is faced with different legal tools. In our country, as a result of the reform carried out by Organic Law 5/2010 of June 22, a second paragraph is introduced in article 368, which originated in the Plenary of the Second Chamber of October 25, 2005 It was agreed to propose to the Government the introduction of the second paragraph. In this way, the attenuated subtype is introduced that allows the ordinary suspension of the sentence for those convicted for retail, in addition to the suspension of article 80.5 for convicted persons who are habitual consumers. But the precept also throws indeterminate concepts, such as the scarce entity of the fact and the personal circumstances of the culprit, which must be determined according to the concurrent circumstances in each case and having as reference the abundant jurisprudence. We will also discuss the problems that arise in research and the different ways in which retail manifests itself. Finally, we must mention the bankruptcy problems, with money laundering, due to the significant profits that are obtained.*

## **PALABRAS CLAVE:**

Narcotráfico, menudeo, escasa entidad, salud pública, drogas.

## **KEYWORDS:**

*Drug trafficking, retail, small entity, public health, drugs.*

## **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL “NARCOMENUDEO” O “MENUDEO” EN ESPAÑA. 3. REGULACIÓN LEGAL. 3.1 EL PROCESO DE INTRODUCCIÓN DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 368 DEL CP. 3.2 DELIMITACIÓN CON LAS CONDUCTAS ATÍPICAS. 3.3 LA ESCASA ENTIDAD DEL HECHO. 4. LOS PROBLEMAS EN LA INVESTIGACIÓN. 5. CONCLUSIONES 6. BIBLIOGRAFÍA. 7. JURISPRUDENCIA

## 1. INTRODUCCIÓN

El “narcomenudeo”, o también denominado como “comercio de drogas ilícitas en pequeña escala”<sup>1</sup> es una actividad de carácter ilícito la cual surge a raíz de la prohibición de las drogas e principios del siglo XX. La misma se corresponde con la “venta al por menor”, siendo el último eslabón en el tráfico de drogas<sup>2</sup>.

Tal y como apunta ZAMUDIO ANGLÉS<sup>3</sup>, el control que se pretende sobre el tráfico ilícito de sustancias mediante las normas atiende a dos perspectivas, al económica, teniendo su origen en el obstáculo que suponen las drogas para la producción industrial y la médica, ya que el abuso de las sustancias es causa de graves enfermedades que deben prevenirse, a través de la promoción de la salud e higiene pública. Además, se apunta a como “piedra angular de este fenómeno” a la relación de mercado en la cual el vendedor oferta la mercancía y “es interpelado por un comprador que la consume”, siendo su variante el menudeo, en la que el comprador coincide con el consumidor final del producto, a diferencia del narcotráfico, en el cual el comprador es un intermediario de la mercancía. Por este motivo se considera al narcomenudeo el eslabón final de la cadena, asimilando a los vendedores como delincuentes y a los compradores, además como enfermos.

Aunque el término de “narcomenudeo” es utilizado principalmente en América Central y Sudamérica, el hecho en sí se extiende por todo el planeta, y en especial en España, denominado “menudeo”. Al respecto encontramos abundantes artículos, no obstante, el mismo podría ser objeto de portada en nuestro país en los medios de comunicación, a pesar de la poca publicidad que el mismo merece en España, centrándose los medios en grandes operaciones contra el tráfico de drogas.

El concepto que se acoja podrá ser más o menos certero, ya que hay multitud, pero las consecuencias del consumo de sustancias son devastadoras. Como indicaba MARCHAL ESCALONA<sup>4</sup>, haciendo una referencia directa a la droga como “ese joven destrozado, sin ilusiones, cuyo único objetivo es conseguir el *pico* a cualquier precio, aunque para ello tenga que robar a su propia madre”.

No obstante, y aunque parezca que carece de relevancia el menudeo, este tiene una enorme repercusión, ya que se trata de un eslabón esencial en el tráfico de estupefacientes, y por el que pasa la droga. Pero además es una fuente de captación de nuevos consumidores y la base sobre la que se asientan otros escalones. Por último, y aunque el menudeo trata con pequeñas cantidades, en el plano jurídico a los efectos de punibilidad, no debemos olvidar que la suma comporta importantes cantidades, ya que los vendedores que adquieren cantidades por debajo de los 25 gramos, pueden llegar a comercializar unos 100 gramos diarios, lo que alcanzaría los 30 kilogramos anuales<sup>5</sup>.

## 2. EL “NARCOMENUDEO” O “MENUDEO” EN ESPAÑA.

Tal y como apuntaban RAFFO LÓPEZ, L Y GÓMEZ CALDERÓN, D<sup>6</sup>:

El microtráfico es la máxima expresión de la relación drogas ilícitas/territorio, lo cual evidencia que las políticas de seguridad en el proceso de lucha contra los mercados de drogas ilícitas deben superar su focalización exclusiva en la oferta, ya que han tenido un bajo impacto en los negocios ilícitos y han potenciado la capacidad de inventiva de las redes de narcotráfico para apropiarse del territorio, expandir sus actividades hacia submercados criminales y, además, legitimar desde la territorialidad su quehacer productivo ilegal.

<sup>1</sup> ZAMUDIO ANGLÉS, CA. *¿Qué es el narcomenudeo? Un acercamiento etnológico*. Liberaddictus, nº. 103, 2008, p 3.

<sup>2</sup> CONDE VELÁZQUEZ, JL. *El tráfico de drogas en los poblados*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 -2003 (Dir IBAÑEZ SOLAZ, MF), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p 2.

<sup>3</sup> ZAMUDIO ANGLÉS, CA. *Op. Cit*, p 3.

<sup>4</sup> ESCALONA, AN. *Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 - 2003 (Directora: IBAÑEZ SOLAZ, MF). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p 3.

<sup>5</sup> CONDE VELÁZQUEZ, JL *Op. Cit*, p 2.

<sup>6</sup> RAFFO LÓPEZ, L / GÓMEZ CALDERÓN, D. *Redes criminales y corrupción en la era del microtráfico y el narcomenudeo*. Revista de Economía Institucional, vol. 19, n.º 37, segundo semestre 2017, pp 257 – 258.

La anterior referencia se aproxima a situaciones que se viven por los juzgados de instrucción de nuestro país a diario en las diligencias incoadas diariamente. Que no se reflejen en los medios de comunicación, no quiere decir que no existan, pese a que puntualmente conozcamos noticias puntuales, como cuando se trata de un gran número de detenidos<sup>7</sup>.

Pero el narcomenudeo, como “fenómeno multicausal”, tal y como apuntan CORTÉS VARGAS Y PARRA CELY<sup>8</sup>, se da más allá de los sujetos intervinientes, involucrando a los entornos de los puntos de venta de sustancias estupefacientes, lo cual lleva a “conflictividad social, violencia y criminalidad”, propiciándose alteraciones en la convivencia tanto individual como social. En concreto se apunta a que como fenómeno del narcotráfico propicia el desplazamiento interurbano, instrumentaliza la criminalidad entre los ciudadanos y principalmente entre los menores de edad, propicia extorsiones de poca cantidad de dinero, produce la usurpación de bienes inmuebles y la violencia escolar.

Sobre el menudeo encontramos numerosas resoluciones, en concreto el TS<sup>9</sup> hace alusión a elementos variados, en relación a los múltiples tipos que coinciden en muchos supuestos. En concreto una red de distribución de droga, dedicada al “menudeo”, en el interior de pisos, los denominados “narcopisos”, los cuales, en su mayoría eran ocupados de forma ilegal y que se encontraban asentados en una determinada zona geográfica localizada.

La actividad que se suele desarrollar en los narcopisos cuentan con elementos coincidentes, como la modificación de los mismos que cuentan con barreras físicas para impedir el acceso por terceros y retardando las entradas y registros, para facilitar la eliminación de la sustancia o reducir al máximo la intervención de la misma. Son comunes los sistemas de desagüe directo a la cañería general para eliminar la sustancia de forma inmediata.<sup>10</sup>

Otra de las ubicaciones de venta de droga tradicionales en nuestro país son los “poblados”, los cuales se esquematizan, como define CONDE VELÁZQUEZ<sup>11</sup> en el menudeo, reponedor, pasador y el “gitano de fuera”. Se trata de la red que se monta con los diferentes puntos de paso. La estructura se caracteriza en que a pesar del corte de alguno de los “nudos”, como puede ser el suministrador, la red sigue con su actividad a través de otros proveedores, preestablecidos y que funcionan de forma simultánea. En concreto el menudeo, siendo este el objetivo del presente trabajo, lo estructura en un amplio número de personas que realizan las funciones de captación, vigilancia y despacho de drogas. Resalta las pequeñas cantidades que son objeto de tráfico, debido a que el perjuicio en caso de robo sería menor, la reposición es inmediata dentro del poblado y es más sencillo hacer desaparecer pequeñas cantidades en caso de registros, siendo además las pérdidas menores.

De lo expuesto debemos indicar, que pese a apreciar relación entre los delitos expuestos y tráfico de drogas, no se precisan estadísticas al respecto, por lo que impide un estudio en profundidad del problema, sin perjuicio de que contemos con la estadística oficial por tipología delictiva.

---

<sup>7</sup> *Aragondigital* de 22 de agosto de 2020. Operación realizada en Zaragoza en la que se detuvieron a 37 personas. Consultado el 6/10/2020. Accesible en <https://www.aragondigital.es/2020/08/22/un-total-de-37-personas-han-sido-detenido-en-zaragoza-tras-el-confinamiento-por-menudeo-de-droga/>

<sup>8</sup> CORTÉS VARGAS, YL/ PARRA CELY, R. *Narcomenudeo: un neologismo para describir la venta de estupefacientes*. Criminalidad, , pp 37 y 69.

<sup>9</sup> STS 429/2020 de 28 de julio

<sup>10</sup> ATS 384/2020 de 4 de junio de 2020

<sup>11</sup> CONDE VELÁZQUEZ, JL. *El tráfico de drogas en los poblados*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 -2003 (Dir IBAÑEZ SOLAZ, MF), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p 13.

### 3. REGULACIÓN LEGAL.

El narcomenudeo se enmarca en nuestra regulación en el párrafo segundo del artículo 368 del CP.

#### 3.1 El proceso de introducción del párrafo segundo del artículo 368 del cp:

Nuestro actual inciso segundo del artículo 368 parte, como apunta el Magistrado MAZA MARTÍN<sup>12</sup> de la polémica sobre la desproporción de las sanciones previstas en los artículos 368 y siguientes del CP, en ciertas conductas de menor entidad, pero que tenían cabida dentro del tipo penal, motivo por el que a raíz del Pleno de la Sala Segunda de 25 de octubre de 2005 se acordó proponer al Gobierno la introducción de un nuevo apartado en el artículo 368 del CP con el siguiente texto:

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Y al respecto se pronuncia el TS<sup>13</sup>, la cual tras aludir al principio de insignificancia de las conductas calificadas como de “entregas compasivas”, lo diferencia en el fundamento octavo a los supuestos de pequeño tráfico, es decir, menudeo, en el sentido de:

En estos casos la conducta, en sí misma, es plenamente típica aunque sean pequeñas las cantidades de droga transmitidas, pues en todo caso se está poniendo en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública, ya que ni se controla el destinatario, ni se actúa por afán compasivo, ni se prescinde de toda contraprestación, sino que por el contrario se está contribuyendo de modo relevante a fomentar indiscriminada y lucrativamente el consumo de drogas. Estos casos son precisamente los contemplados por el Legislador al tipificar el delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto, por lo que no puede efectuarse una interpretación material del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas.

No obstante, esta posición no ha sido pacífica, encontrando la STS 19 de enero de 2004, la cual consideraba que:

En el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera de *lege ferenda* un «principio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa supralegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad.

Nuestra actual regulación prevé en el artículo 368 los supuestos de “narcomenudeo”. El precepto fue modificado por el artículo único 104 de la Ley Orgánica 5/2010<sup>14</sup>. Actualmente establece que:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple 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.

<sup>12</sup> MAZA MARTÍN, JM. *Comentarios al apartado 2 del artículo 368 del Código Penal y su interpretación jurisprudencia*. Incluido en el número monográfico sobre *Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con magistrados de lo penal* de Cuadernos Digitales de Formación 25 - 2013 (Director: DEL MORAL GARCÍA, A). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014, pp 9 – 10.

<sup>13</sup> STS de 12 de marzo de 2004.

<sup>14</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, publicada en el BOE de 23 de junio de 2010, entrando en vigor el 23 de diciembre de 2010.

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.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del CP basa la reforma operada, en el expositivo XXIV indica que de conformidad con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, “en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.”

En concreto el Acuerdo de Pleno recoge que:

Aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta Sala Don José Antonio Martín Pallín, al amparo del artículo 4.3 C.P., sobre la conveniencia de modificar la redacción del actual artículo 368 del mismo Texto legal, añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño.

Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior, la formulada por el también Magistrado de esta Sala Don Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 C.P. con el siguiente texto «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

La STS de 19 de julio de 2011 profundiza en la evolución del precepto, realizando las puntualizaciones respecto a los elementos a tener presentes, en el sentido de que “examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor -que nos conduce al área de la culpabilidad-. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).» Por tanto, para la aplicación del precepto, siguiendo la Sentencia antes aludida, se debe atender a:

La *escasa entidad del hecho* debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la «falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la «menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes.

También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP.



En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción.

Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad.

### 3.2 Delimitación con las conductas atípicas

Son numerosos los Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional en relación al artículo 368 del CP, pero en concreto, y en relación con el menudeo, nos interesa destacar el Acuerdo no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, sobre el principio de los mínimos psico-activos en relación con el artículo 368 del CP, en virtud del cual se mantenía los criterios del Instituto Nacional de Toxicología, relativo a las dosis mínimas psico-activas. Por tanto, resulta esencial determinar el grado de pureza de la sustancia para determinar la tipicidad de la conducta, basado en la cantidad de sustancia base tras la reducción a pureza, o también denominado cantidad de principio activo<sup>15</sup>. En los mínimos, o en los límites de las cantidades de notoria importancia resulta determinante el realizar una segunda pericial, ya que hay supuestos en los que la sustancia no se encuentra mezclada de forma homogénea y pueden resultar diferencias determinantes a la hora de la penalidad. La prueba para poder determinar el grado de pureza es la correspondiente pericial analítica, sin perjuicio de poder probar el tráfico de drogas con la correspondiente testifical<sup>16</sup>, de la persona que la consumió, el cual tenía suficientes conocimientos de la sustancia. En caso contrario quedarían impunes muchos hechos, en los que se destruye la sustancia.

El bien jurídico protegido se encuentra en las condiciones establecidas por la autoridad sanitaria para conseguir una salud pública idónea, por lo que se requiere, en abstracto, que la sustancia sea dañina para la salud específica de una persona<sup>17</sup>.

De la lectura del precepto se deduce que los pequeños actos en los que se producen transmisiones gratuitas de drogas, en el ámbito del consumo, no se consideran delictivas<sup>18</sup>. Por lo que se deben diferenciar el consumo compartido, el cual será atípico, de la oferta criminalizada, como puede ser el narcomenudeo, la cual es típica.

### 3.3 La escasa entidad del hecho

En relación con la naturaleza de la menor entidad<sup>19</sup> la STS 46/2015 de 10 de febrero, entiende que el párrafo segundo del artículo 368 del CP es un subtipo atenuado, teniendo carácter reglado la decisión sobre su aplicación, por lo que puede ser objeto de impugnación casacional. Y en este sentido alude a la posición jurisprudencial, encontrando en la posición contraria resoluciones anteriores como la STS de 12 de junio de 2012, la cual entiende que se trataría de un criterio para la determinación de las penas. La naturaleza es relevante ya que con el planteamiento adoptado es posible la revisión de la pena, que fuera más favorable para el reo, además de proceder a la rebaja penológica del inciso primero y del artículo 369 del CP, sobre la que obtener la pena a la que aplicar los criterios de determinación del artículo 66 del CP.

Los elementos esenciales que se deben tener presentes son la escasa entidad del hecho y las circuns-

---

<sup>15</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. *El delito de tráfico de drogas*. Tirant monografías 617, Valencia, 2008, p 151.

<sup>16</sup> STS 1237/02 de 27 de junio.

<sup>17</sup> STS 1627/03, de 2 de diciembre

<sup>18</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. *Op cit*, p. 65

<sup>19</sup> CASADO LOPEZ, L. *Cuestiones frecuentes sobre el delito de tráfico de drogas*. Incluido en monográfico sobre *Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal de Cuadernos Digitales de Formación 47-2015* (Dir: RASILLO LÓPEZ, MP). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016, p 28.



tancias personales del culpable. Ambas circunstancias deberán ser valoradas de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y sobre la que la jurisprudencia de abundante, en función de la casuística. En relación con las circunstancias personales, que pudieran ser las que mayor debate pudieran provocar, debemos relacionar con carácter general las circunstancias previstas en los artículos 21.1 y 2 en relación con el 20.2, la intoxicación plena del artículo 20.2 del CP, la eximente incompleta de drogadicción prevista en el artículo 20.2 y la atenuante ordinaria de drogadicción del artículo 21.2 del CP.<sup>20</sup>

TENA ARAGÓN<sup>21</sup> concluye que no es suficiente para apreciar la atenuación “el cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo” sino que debe atenderse, y de forma acumulativa, a la escasa entidad determinada en las circunstancias personales del sujeto y en segundo lugar aplicar tanto al tráfico de drogas para las sustancias que causan grave daño a la salud como para aquellas que no lo son, al no realizarse mención expresa alguna que excluya la posibilidad.

RODRÍGUEZ ARIAS<sup>22</sup> apunta a la aplicación de la atenuación se fundamenta para los casos de menudeo que superen levemente los límites de las cantidades que han sido fijadas por la Jurisprudencia del TS como en el autoconsumo y para los casos que concurra la necesidad de traficar, como son los supuestos de venta para autoconsumo.

#### 4. LOS PROBLEMAS EN LA INVESTIGACIÓN

La investigación de los delitos de tráfico de drogas, ya se trate de narcotráfico a mediana o gran escala o el menudeo, tiene unas características especiales que hacen que los investigadores se encuentren con problemas específicos a la hora de su investigación.

En primer lugar, y desde el punto de vista de la investigación criminal, y en concreto de las infracciones penales en relación al protocolo de investigación y de la adquisición de los objetos de prueba, tal y como nos recuerda MARCHAL ESCALONA<sup>23</sup>, encontramos los delitos de tipo “A”, que son los que se investigan los hechos que ya han sucedido, y en el que el objeto de la investigación se centraría en la investigación de la prueba para identificar a los responsables del hecho y poder concluir la forma de comisión de los mismos. Y en segundo lugar encontraríamos los delitos de tipo “B”, ya que la intervención de pequeñas cantidades para el autoconsumo resulta atípica. Por tanto, en el tipo “B” la infracción criminal se pondría de manifiesto a través de la investigación policial, tras la sospecha de conductas que evidencien la comisión de infracciones penales. En este segundo tipo se enmarcaría los delitos de narcotráfico y de menudeo. Por tanto, de las propias características de los mismos se concluye que se trata de investigaciones de carácter “cerrado” las cuales se investigan sin que el objetivo tenga conocimiento del seguimiento, con el objeto de recopilar el mayor número de pruebas que acrediten la comisión de los hechos y la culpabilidad del o de los sujetos investigados. Aunque son numerosas las diligencias que se practican en estos tipos penales, como son la intervención telefónica, agente encubierto, la entrega vigilada de drogas o la entrada y registro en domicilios, debemos de partir siempre del respeto a los Derechos Fundamentales.

Otro de los problemas que suscita el tráfico de drogas es la gran capacidad que tiene de generar dinero en efectivo, con el consecuente problema de introducir el mismo en el mercado legal, siendo este el blanqueo de capitales y conocido como “lavado de dinero” o de “activos”. Aunque no sea objeto directo de estudio en el presente trabajo, no podemos dejar de hacer referencia a el mismo, debido a la

<sup>20</sup> TENA ARAGÓN, MF. *Delitos contra la salud pública. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos contra la ordenación del territorio. Modificaciones de la LO 5/2010 de 22 de junio*. Incluido en el número monográfico sobre *La reforma penal* de Cuadernos Digitales de Formación 56 – 2010 (Dir: GIMENO JUBERO, M / LLARENA CONDE, P) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, pp 9 – 10.

<sup>21</sup> TENA ARAGÓN, MF. *Op cit*, p 7 -8.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ ARIAS AM. *Novedades relevantes en los delitos de tráfico de drogas*. Incluido en el monográfico sobre *Problemas prácticos de la reforma del Código Penal* de Cuadernos Digitales de Formación 31 – 2011 (Dir RODRÍGUEZ-ARIAS, AM / SANCHEZ SISCART, JM), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, p 3.

<sup>23</sup> MARCHAL ESCALONA, AN. *Op cit*, p 4.

gran incidencia que tiene desde el punto de vista jurídico y de la investigación criminal. El mismo se encuentra tipificado en los artículos 301 a 304 del CP, con la expresa previsión del decomiso para estos supuestos, de conformidad con la nueva regulación prevista en el artículo 127 del Cp tras la reforma operada por la L.O. 1/2015. En concreto, desde el punto de vista criminal, el blanqueo de capitales<sup>24</sup> se dirige al “aprovechamiento de los beneficios obtenidos en la actividad delictiva o productos del delito”. En esta modalidad destaca JIMENEZ RAMOS<sup>25</sup>, la presencia de un “lavador de dinero”, el cual la ejecuta a cambio de una comisión, para enmascarar el origen del dinero.

El blanqueo de capitales plantea problemas concursales con el tráfico de drogas, el cual fue resultado por el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional<sup>26</sup>, en el sentido de que “el artículo 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda se constituirá siempre con un mínimo de cinco magistrados”. Referido acuerdo puede plantear la vulneración del principio *non bis in ídem*, el cual ha sido modelado por nuestra jurisprudencia, y parte de la premisa de que un mismo hecho no puede ser sancionado en más de una ocasión por nuestro ordenamiento jurídico, si concurrieren los mismos elementos, es decir, identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como refleja el TC<sup>27</sup>. MUÑOZ COMPANY<sup>28</sup> defiende que no se vulnera referido principio, apoyándose en la consolidada jurisprudencia del TS.

## CONCLUSIONES

El “narcomenudeo” o “menudeo”, en nuestra literatura jurídica es una práctica extendida y tipificada en nuestra regulación legal, artículo 368, párrafo segundo del CP, a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Encontramos varias cuestiones de interés y que suscitan problemas interpretativos, como puede ser la determinación de escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, para lo que se debe atender a las circunstancias concurrentes del hecho en concreto y para lo que encontramos abundante jurisprudencia sobre la casuística.

El conocido como menudeo tiene diferentes formas de actuación y dependiendo de los grupos y zonas se van perfeccionando y profesionalizando. Pero también encontramos la otra cara de la moneda, en el último eslabón, el toxicómano que participa para procurarse una dosis, y que en muchas ocasiones es el detenido o incluso el autoinculpaado.

Nuestra actual regulación, al contemplar los supuestos de escasa entidad, como subtipo atenuado, otorga una posibilidad de suspensión de pena al condenado por menudeo, en virtud del artículo 80.1 del CP, además de contar con la suspensión del artículo 80.5 del CP para los supuestos de toxicómanos.

---

<sup>24</sup> JIMENEZ RAMOS, M. *El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública*. Incluido en el número monográfico sobre *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos* de Manuales de Formación Continuada 37 - 2006 (Directora: CIMAS GIMÉNEZ, MC). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p 8.

<sup>25</sup> JIMENEZ RAMOS, M. *Op cit*, p 8.

<sup>26</sup> Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016

<sup>27</sup> STC 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981)

<sup>28</sup> MUÑOZ COMPANY, MJ. *Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018*. Estudio doctrinal y Jurisprudencial. SEPIN, Madrid, 2019, pp 228.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. *El delito de tráfico de drogas*. Tirant monografías 617, Valencia, 2008.
- CASADO LOPEZ, L. *Cuestiones frecuentes sobre el delito de tráfico de drogas*. Incluido en monográfico sobre *Encuentro entre magistrados de secciones penales de las Audiencias Provinciales con jueces y magistrados del orden penal* de Cuadernos Digitales de Formación 47-2015 (Dir: RASILLO LÓPEZ, MP). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2016.
- CONDE VELÁZQUEZ, JL. *El tráfico de drogas en los poblados*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 -2003 (Dir IBAÑEZ SOLAZ, MF), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- CORTÉS VARGAS, YL Y PARRA CELY, R. *Narcomenudeo: un neologismo para describir la venta de estupefacientes*. Criminalidad, vol. 53, Nº. 2, 2011.
- JIMENEZ RAMOS, M. *El blanqueo de capitales y los delitos contra la salud pública*. Incluido en el número monográfico sobre *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos* de Manuales de Formación Continuada 37 - 2006 (Directora: CIMAS GIMÉNEZ, MC). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- MARCHAL ESCALONA, AN. *Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación*. Incluido en el número monográfico sobre *Drogodependencia y Derecho* de Cuadernos de Derecho Judicial 8 - 2003 (Directora: IBÁÑEZ SOLAZ, MF). Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- MAZA MARTÍN, JM. *Comentarios al apartado 2 del artículo 368 del Código Penal y su interpretación jurisprudencia*. Incluido en el número monográfico sobre *Encuentro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo con magistrados de lo penal* de Cuadernos Digitales de Formación 25 - 2013 (Director: DEL MORAL GARCÍA, A). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2014.
- MUÑOZ COMPANY, MJ. *Los Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptados entre 2000 y 2018*. Estudio doctrinal y Jurisprudencial. SEPIN, Madrid, 2019.
- RAFFO LÓPEZ, L Y GÓMEZ CALDERÓN, D. *Redes criminales y corrupción en la era del microtráfico y el narcomenudeo*. Revista de Economía Institucional, vol. 19, n.º 37, segundo semestre 2017.
- RODRÍGUEZ ARIAS AM. *Novedades relevantes en los delitos de tráfico de drogas*. Incluido en el monográfico sobre *Problemas prácticos de la reforma del Código Penal* de Cuadernos Digitales de Formación 31 – 2011 (Dir RODRIGUEZ-ARIAS, AM / SANCHEZ SISCART, JM), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012.
- TENA ARAGÓN, MF. *Delitos contra la salud pública. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Delitos contra la ordenación del territorio. Modificaciones de la LO 5/2010 de 22 de junio*. Incluido en el número monográfico sobre *La reforma penal* de Cuadernos Digitales de Formación 56 – 2010 (Dir: GIMENO JUBERO, M / LLARENA CONDE, P) Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- ZAMUDIO ANGLÉS, CA. *¿Qué es el narcomenudeo? Un acercamiento etnológico*. Liberaddictus, nº. 103, 2008.