

RESPONSABILIDAD PENAL DEL DROGODEPENDIENTE

Juan Muñoz Sánchez

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Responsabilidad penal del drogodependiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-03, p. 03:1-03:27. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 16-03 (2014), 29 jul]

RESUMEN: Tradicionalmente se han venido distinguiendo dos grandes tipologías de criminalidad relacionadas con las drogas, la delincuencia funcional y la delincuencia inducida. En ambos casos de criminalidad la causa de la delincuencia es el consumo de drogas. El Código penal de 1995 presta especial atención al problema del consumo y la dependencia de las drogas aportando una regulación específica sobre la incidencia que sobre la capacidad de culpabilidad tiene el consumo y la dependencia de las drogas. La eximente de intoxicación requiere tres elementos: Un presupuesto biológico o psiquiátrico, un estado de intoxicación en el momento de cometer el delito, un componente psicológico, imposibilidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a ese conocimiento y un requisito negativo, que la intoxicación no haya sido provocada con el propósito de cometer el delito o que el sujeto haya previsto o debido prever que en estado de intoxicación podría cometer un delito. El síndrome de abstinencia es una alteración psíquica que se caracteriza por un síndrome específico, que viene determina-

do por la clase de sustancia, debido al cese o reducción del consumo prolongado de esa sustancia. El estado carencial crea una presión motivacional que explica la falta de libertad en el proceso de determinación de la voluntad para actuar conforme a la norma. La adicción a sustancias psicoactivas se define como un estado psíquico y físico determinado por el consumo continuado de droga durante un periodo de tiempo, que se caracteriza por la pérdida del control en el uso de la sustancia. La introducción de la atenuante de grave adicción supone reconocer que el consumo de drogas reiterado puede ocasionar una adicción a las sustancias, que influye en la capacidad volitiva del sujeto limitando de forma relevante su capacidad de actuar conforme a la norma dado la compulsión al consumo de esa sustancia. Desde esta concepción de la grave adicción lo coherente hubiera sido reconocer a la grave adicción como un supuesto de semi-imputabilidad y no como una mera atenuante de la culpabilidad. Lo que permitiría, sin necesidad de acudir a la analogía *in bonam partem*, aplicar al adicto la medida de seguridad de tratamiento de deshabituación.

PALABRAS CLAVE: Criminalidad relacionada con las drogas, drogodependencia, intoxicación plena, síndrome de abstinencia, grave adicción.

Fecha de publicación: 29 julio 2014

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DROGAS Y DELINCUENCIA. 1. Clases de delincuencia relacionada con las drogas. 2. Drogodependencia y conceptos afines. III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL DROGODEPENDIENTE. 1. Incidencia del consumo de drogas en la capacidad intelectual y/o volitiva del sujeto. 2. Regulación legal de la incidencia del consumo de drogas en la responsabilidad penal. A. Con anterioridad al Código penal de 1995. B. Código penal de 1995: a. Eximente de intoxicación plena. b. Eximente de síndrome de abstinencia. c. Atenuante de grave adicción.

I. INTRODUCCIÓN

El consumo de drogas trata de buscar un bienestar personal. Se acude a ellas para evitar dolores, subsanar determinadas carencias físicas o psíquicas, o potenciar su desarrollo personal, efectos que se consiguen fundamentalmente a través de los cambios que tal consumo provoca en el estado psíquico del sujeto. Es un hecho comúnmente aceptado que el consumo incide en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, que son consideradas el presupuesto de la capacidad de culpabilidad del sujeto en cuanto determina la libertad en el proceso de motivación que conduce a la resolución de la voluntad antijurídica.

El presente estudio tiene por objeto analizar las consecuencias de la drogadicción en la exigencia de responsabilidad penal. Para ello nos ocuparemos, en primer lugar, de las clases de delincuencia asociadas a las drogas y del concepto de drogodependiente. La realidad criminológica y la constatación científica de la influencia del consumo de drogas en la salud física y mental del sujeto nos permitirán el análisis de la incidencia del consumo de drogas en las capacidades intelectivas y/o volitivas del sujeto. Posteriormente nos ocuparemos de la atención que el legislador ha prestado a esta realidad y la respuesta ofrecida por la jurisprudencia. Por último, se examinará la regulación específica que ofrece el Código penal a la incidencia que sobre la capacidad de culpabilidad tiene el consumo y la dependencia de las drogas: la eximente de intoxicación plena, la eximente de síndrome de abstinencia y la atenuante de grave adicción.

II. DROGAS Y DELINCUENCIA

1. Clases de delincuencia relacionada con las drogas

El estudio de la relación entre el consumo de drogas y la delincuencia puede resultar muy fructífero, tanto para comprender cada una de estas conductas, como para diseñar estrategias eficaces de prevención y tratamiento de ambas conductas.

Tradicionalmente se han venido distinguiendo dos grandes tipologías de criminalidad relacionadas con las drogas, la delincuencia funcional y la delincuencia inducida¹.

¹ Sobre las distintas tipologías de delincuencia relacionadas con las drogas, véanse ROMERO PALANCO, "Las toxicomanías desde su vertiente médico-legal", en "La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas de política criminales)", Madrid. 1986., pp. 109-116; ELZO/LINDON/URQUIJO (1992). "Delincuencia y Drogas. Análisis Jurídico y Sociológico de Sentencias emitidas en las Audiencias Provinciales y en los Juzgados de la Comunidad Autónoma Vasca". Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno vasco. 1992; SEQUEROS SAZATORNIL, "El tratamiento jurídico-penal del drogodependiente", en Actualidad Jurídica. Aranzadi. 1995 n° 200, p. 1; MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS, "Las drogas...", cit., pp. 19-23. Se alude también a otro tipo de delincuencia, que podríamos calificar de sistemática o asociada, aquella que se deriva de la situación marginal en que se encuentra el drogodependiente. En este último sentido JIMÉNEZ VILLAREJO, "Drogas y criminalidad", en "La problemática...", cit., pp. 168 y ss.; PUENTE SEGURA, "Circunstancias eximente, atenuantes y

La delincuencia funcional alude a la criminalidad tendente a la consecución de la droga. Los elevados costes de las drogas llevan al drogodependiente a realizar delitos que le generen los ingresos necesarios para mantener su nivel de consumo y evitar los efectos indeseables que le ocasiona la ausencia del consumo. Se trata de una delincuencia que está en función de un estado de dependencia del sujeto. Generalmente son las drogas que generan dependencia física y dan lugar en caso de ausencia o de reducción considerable del consumo al síndrome de abstinencia las que generan este tipo de delincuencia. Tal delincuencia se concreta especialmente en delitos contra la propiedad, delitos que le generan los medios que le permiten obtener las drogas. También se incluyen aquí los delitos relativos a las drogas, pues el consumidor, para subvenir sus necesidades, se convierte con frecuencia en un pequeño traficante, bien conectado a una organización de traficantes con la que coopera en la distribución de la droga a cambio de determinadas dosis, bien vendiendo parte de la droga que compra para su consumo. Indirectamente se pueden incluir en este grupo aquellos casos donde no se comete el delito para obtener ingresos, sino para garantizar su consumo en el futuro. Se cita en este sentido el delito de atentado con el fin de escapar de la detención, que le impediría consumir la droga, el que citado formalmente deja de comparecer en juicio para poder consumir, o el que mata o lesiona a otro para sustraerle la droga².

La delincuencia inducida se refiere a los delitos que se cometen bajo los efectos de una sustancia psicoactiva. El punto de partida es que el consumo de algunas de estas sustancias anula o debilita sus facultades intelectivas y/o volitivas, lo que produce la pérdida del control de su conducta y/o la imposibilidad de valorar correctamente sus actos y sus consecuencias, lo que disminuye los efectos motivadores del comportamiento que la norma penal persigue³.

En ambos casos de criminalidad, la funcional e inducida, la causa de la delincuencia es el consumo de drogas⁴. Una estrategia dirigida a la prevención de esta delin-

agravantes de la responsabilidad criminal”, Madrid. 1997, p. 121; El Informe anual de 2007 del OEDT, p. 24.

² Aluden a este tipo de delincuencia relacionada indirectamente con el consumo de drogas PUENTE SEGURA, “Circunstancias eximente, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal”, Madrid. 1997, p. 361; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento penal del drogodependiente”, Barcelona. 1999, p. 293; DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal español. Parte General. En esquemas”. 3ª ed., Valencia. 2011, p. 462.

³ Aluden a estos efectos DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Imputabilidad y nuevo Código penal” en CERESO MIR Y OTROS, “El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López”, Granada, 1999, p. 316; JOSHI JULBERT, “*Actio libera in causa* y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: una nueva orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La Ley*. 1994.1, p.1099; PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit. p. 356; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit., p. 277. Aunque, como señala SILVA SÁNCHEZ, “La estructura de la “*actio libera in causa*” en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia”. (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial) *La Ley* 1988, p. 910, la práctica forense no ha concretado los efectos de las diferentes sustancias sobre las facultades intelectivas o volitivas del sujeto, si ha reconocido estos efectos atendiendo en cada caso a las circunstancias concretas de la clase de droga, del cuadro de toxicomanía o de la personalidad previa del drogodependiente.

⁴ La relación existente entre conducta delictiva y drogadicción es especialmente discutida, existiendo

cuencia debe poner el acento necesariamente en el tratamiento del consumidor de droga. La necesidad del tratamiento viene dirigida exclusivamente o fundamentalmente al delincuente drogodependiente. Si bien la delincuencia inducida puede tener su origen en un mero consumo ocasional de la droga, lo más usual será que, al igual que la delincuencia funcional, se presente en un sujeto drogodependiente. Dado que el drogodependiente se presenta como el sujeto al que se circunscriben estas conductas delictivas, se hace necesario que precisemos el concepto de drogodependiente.

2. Drogodependencia y conceptos afines

Tradicionalmente se ha distinguido, atendiendo a la relación del comportamiento que el sujeto establece con las drogas, entre consumidor ocasional, consumidor habitual no drogodependiente y drogodependiente⁵. Según GONZÁLEZ ZORRILLA⁶ el consumidor es “un individuo que hace su experiencia con la droga de modo irregular y en circunstancias de excepción”, “tiene posibilidades de interrumpir la ingestión sin consecuencias” y “mantiene una buena relación con la realidad circundante”. El consumidor habitual no dependiente sería aquel que “utiliza el fármaco regularmente pero sin ser esclavo del mismo”, “que puede parar aunque sea al precio de un gran esfuerzo” y “tiene de todas maneras necesidad del fármaco para sentirse mejor o para no sentirse peor, pero mantiene intereses y ligámenes con la realidad de los otros que le permiten una existencia cercana a un estilo de vida normal”. Y el toxicómano o drogodependiente sería aquel “cuya vida emotiva y práctica está completamente dominada por la necesidad del fármaco y de sus efectos”, “sufre desesperada necesidad de ingerir la sustancia y de procurársela

diversas hipótesis explicativas que van desde la tesis que considera que la conducta delictiva se produce por la drogadicción, o la que sostiene que la delincuencia causa el consumo y la que parte de que drogadicción y delincuencia son el resultado de una serie de factores comunes, y ambas conductas pueden surgir indistintamente o conjuntamente. Véanse, entre otros estudios RODRÍGUEZ DÍAZ/PAÍNOS QUESADA/HERRERO DÍAZ/GONZÁLEZ CUEVAS, “Drogodependencia y delito. Una muestra penitenciaria” en *Psicothema*, 1997, vol. 9, nº 3 y SANTAMARÍA HERRERO/CHAIT, “Drogadicción y Delincuencia. Perspectivas desde una prisión” en *Adicciones*, 2004, vol. 16, nº 3. Pero un dato indiscutido es que al introducirse la droga el número de delitos aumenta. BENNETT/HOLLOWAY/FARRINGTON, “The statistical association between drug misuse and crime: A meta-analysis. *Aggression & Violent Behavior*”. 2008, 13, p. 217 (citado por ZORRILLA MARTÍNEZ, “Suspensión especial para drogodependientes. ¿Existen posibilidades para una mayor aplicación? Obstáculos y orientaciones de futuro”, en *Eguzkilore*, nº 27. 2013, p. 123) han demostrado empíricamente que las posibilidades de cometer delitos por un drogodependiente es de 3 a 4 veces mayor que en los no consumidores. Tal probabilidad varía en función del tipo de sustancia, la probabilidad aumenta hasta 6 veces más en consumidores de crack, continua siendo alta en relación con los usuarios de heroína o cocaína, y desciende si se trata de marihuana o anfetaminas.

⁵ Distinción que fue acogida en España por GONZÁLEZ ZORRILLA, “Drogas y cuestión criminal” en BERGALLI/BUSTOS RAMÍREZ/GONZÁLEZ ZORRILLA Y OTROS. “Pensamiento criminológico” II. Estado y control”. Barcelona, 1983, p. 184 partiendo de la clasificación que había realizado CRACRINI en Italia. Y fue seguida por DEL ROSAL BLASCO, “El tratamiento de los toxicómanos en las instituciones penitenciarias” en “La problemática...”, cit., pp. 259-260 FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO/SOLA RECHE, “La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: aproximación a la reforma de 1988” en *Poder Judicial* nº. 15. 1989.

⁶ GONZÁLEZ ZORRILLA, “Drogas y...”, cit., p.184.

a cualquier precio y experimenta un enorme debilitamiento de todos los demás intereses y ligámenes con la realidad de los otros”.

Tal distinción muestra un aspecto con especial relevancia para determinar la necesidad o no de un tratamiento. La incidencia que tiene la droga en el comportamiento del sujeto determinará hasta qué punto es necesario un tratamiento. La necesidad del tratamiento quedará circunscrita a aquellos casos en los que el consumo de drogas tiene implicaciones médicas y sociales, que da lugar a trastornos físicos o psicológicos que influyen en su comportamiento.

Queda fuera de su ámbito de aplicación, por tanto, el mero consumo ocasional o uso de la droga que viene definido por la utilización o consumo de una sustancia sin que produzca efectos médicos o sociales, así como el hábito a las drogas, que implica una costumbre de consumir una sustancia, pero no existe una tendencia a aumentar la dosis ni se producen trastornos físicos o psicológicos importantes cuando la sustancia no se consigue, siendo la búsqueda de la sustancia limitada y nunca sufre una alteración conductual. El tratamiento estará indicado para los casos en que se pueda diagnosticar un trastorno psiquiátrico por abuso de drogas o por dependencia o adicción a una sustancia.

La catalogación del abuso de drogas y de la dependencia como un trastorno psiquiátrico nos remite a un cuadro clínicamente determinado por un grupo de síntomas y signos.

Según la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), en su Manual de criterios diagnósticos para la enfermedades mentales (DSM-IV.2000), el **abuso de sustancias** es “un patrón desadaptativo de consumo de sustancias que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativo, expresado por uno (o más) de los siguientes síntomas durante un periodo de 12 meses: consumo recurrente de sustancias, que da lugar a un incumplimiento de obligaciones de trabajo, la escuela o en casa, o en situaciones en las que hacerlo es físicamente peligroso; problemas legales repetidos relacionados con las sustancias; consumo continuado de sustancias, a pesar de tener problemas sociales continuos o recurrentes o problemas interpersonales causados o exacerbados por los efectos de la sustancias”.

La **drogodependencia** fue definida por primera vez por la OMS en su Informe técnico 116/1957 como “estado de intoxicación periódica o crónica producida por el consumo repetido de una droga natural o sintética y caracterizado por el deseo dominante para continuar tomando la droga y obtenerla de cualquier manera, tendencia a incrementar la dosis, dependencia psíquica y, generalmente física respecto a los efectos de la droga, con síndrome de abstinencia por retirada de la droga, y efectos nocivos para el individuo y la sociedad”⁷. Más tarde, en 1969, la OMS la

⁷ Parten del concepto de drogodependencia de la OMS PRIETO RODRÍGUEZ, “El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español”, Barcelona. 1986, p. 18; CASTELLÓ NICÁS, “La imputabilidad penal del drogodependiente”, Granada, 1997, p. 160; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad del consumidor de drogas”, Valencia, 2000, p.166; PUENTE SEGURA, “Circunstancias

conceptuó como “un estado psíquico y, a veces, también físico, que resulta de la interacción entre un ser vivo y un fármaco y se caracteriza por alteraciones en el comportamiento o por otras reacciones que siempre incitan al consumo crónico o periódico del fármaco, ya para experimentar sus efectos psíquicos, ya para evitar el malestar consiguiente a su privación; dicho estado puede acompañarse de tolerancia; un mismo sujeto puede ser dependiente de varias sustancias”⁸. En 1982 la definió como “un síndrome caracterizado por un esquema de comportamiento en el que se establece una gran prioridad para el uso de una o varias sustancias psicoactivas determinadas, frente a otros comportamientos considerados habitualmente como más importantes”⁹.

Tal catalogación como síndrome remite a un cuadro determinado, clínicamente, por un conjunto de síntomas y signos. Actualmente existen dos sistemas de diagnóstico: el de la OMS (CIE-10) y el de la APA (DSM-IV).

El sistema CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud define síndrome de dependencia como un trastorno que presenta las siguientes características: manifestaciones fisiológicas, comportamentales y cognitivas características, se da máxima prioridad al consumo de la sustancia, hay un deseo fuerte o insuperable de administración y las recaídas, después de un periodo de abstinencia, llevan a instaurar más rápidamente este síndrome que en los no dependientes. Se diagnostica si en algún periodo de los doce meses previos o de un modo continuado han estado presente tres o más de los siguientes rasgos: deseo o compulsión de consumir la sustancia, disminución de la capacidad de control del consumo, síntomas somáticos del síndrome de abstinencia específico cuando se reduzca o cese el consumo, tolerancia, abandono progresivo de otras fuentes de placer o diversiones, persistencia en el consumo, a pesar de sus evidentes consecuencias perjudiciales.

Por su parte el DSM-IV establece que la dependencia se caracteriza por un conjunto de síntomas cognitivos, conductuales y fisiológicos que indican que el individuo continúa consumiendo la sustancia a pesar de la aparición de problemas significativos relacionados con ella. Es preciso que se den al menos tres de los siguientes síntomas en algún momento de un periodo continuado de doce meses: tolerancia, definida como una necesidad de cantidades marcadamente creciente de la sustancia para conseguir el efecto deseado o que el efecto de las mismas cantidades de sustancia disminuye claramente en su consumo continuado; síndrome de abstinencia; toma de la sustancia para evitar el síndrome de abstinencia; consumo de la sustancia en mayores cantidades o durante un periodo más largo de lo que inicialmente se preten-

eximentes..., cit. p.138; CORDOBA RODA, Comentario al art. 21 del Código penal en “Comentarios al Código penal. Parte General”, Madrid, 2011, p.231.

⁸ PADILLA ALBA, “Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas”. Granada, 2001, p. 192.

⁹ MARTÍN DEL MORAL/LORENZO FERNÁNDEZ, “Conceptos fundamentales en drogodependencias” en <http://libreria8a.com/1591/pdf/Works.3749.Sample.pdf>.

día; deseo persistente de consumo o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo; se dedica mucho tiempo a conseguir la sustancia o recuperarse de sus efectos; reducción de actividades sociales, recreativas o laborales a causa del consumo de la sustancia; consumo continuado de la sustancia pese a saber que hay un problema social o sanitario ligado a su consumo¹⁰.

El concepto de dependencia debe separarse de otros síndromes que dan lugar a cambios psicológicos o comportamentales producidos por el consumo de drogas, en concreto la intoxicación y el síndrome de abstinencia.

La **intoxicación** se presenta como un síndrome que es consecuencia directa del consumo reciente de sustancias. Se define como un síndrome reversible específico para cada sustancia debido a su ingestión reciente que produce cambios psicológicos o comportamentales desadaptativos debido al efecto de la sustancia sobre el sistema nervioso central¹¹. Los cambios fisiológicos o psicológicos pueden ser irritabilidad, labilidad emocional, euforia, ideaciones paranoides, deterioro cognitivo, deterioro de la capacidad de juicio o de la actividad social. Los síntomas o signos son específicos de cada sustancia, que abarcan desde lenguaje farfullarte en el alcohol, taquicardia y sudoración en los alucinógenos, náusea o vómitos en las anfetaminas o aumento o disminución de la tensión arterial en la cocaína.

El **síndrome de abstinencia** constituye uno de los síntomas susceptibles de computar a los efectos de determinar la dependencia, sin que sea necesaria su concurrencia para apreciar la dependencia. Se define como un síndrome específico debido al cese o reducción de su consumo prolongado y en grandes cantidades que causa un malestar clínicamente significativo o un deterioro de la actividad social del individuo. Los cambios fisiológicos o psicológicos que aparecen varían en función de las sustancias: alucinaciones en el alcohol, náuseas o vómitos en el alcohol, opiáceos, sedantes, hipnóticos o ansiolíticos, insomnio o hipersomnia en anfetaminas, cocaína, nicotina, opiáceos, o diarrea y fiebre en los opiáceos¹².

III. RESPONSABILIDAD PENAL DEL DROGODEPENDIENTE

1. Incidencia del consumo de drogas en la capacidad intelectual y/o volitiva del sujeto

La incidencia del consumo de drogas en la esfera intelectual y volitiva depende de la clase de consumo y de las distintas sustancias. Pero en cualquier caso, se observa, con carácter general, que tiene los siguientes efectos: afecta a la

¹⁰ En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, "Derecho penal...", cit., pp. 465-666 al definir la adicción a sustancias psicoactivas, concepto sinónimo a dependencia o toxicomanía y CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, "Curso de Derecho penal. Parte General", Madrid. 2011, p. 108.

¹¹ En este sentido DSM-IV; DIEZ RIPOLLÉS. "Derecho penal...", cit. p. 421; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, "Curso de...", cit., p.109.

¹² En este sentido DSM-IV; DÍEZ RIPOLLÉS, "Derecho penal...cit. p. 425, PUENTE SEGURA, "Circunstancias eximentes...", cit. p. 138.

capacidad de comprender el alcance o trascendencia de su comportamiento, en razón del debilitamiento que produce en la capacidad de realizar una ponderación adecuada, pero fundamentalmente incide en la facultad volitiva, mermando o limitando el control de la voluntad, hasta el punto de incidir en la libre ejecución de sus actos al amortiguar los frenos inhibidores de los comportamientos antijurídicos¹³.

La influencia de la droga puede manifestarse directamente por la ingestión de la misma o indirectamente por la dependencia generada por un consumo prolongado. La mayor parte de los problemas que se presentan en la práctica jurídico-penal vienen derivados de consumidores drogodependientes, mientras que el simple consumo entraña pocos problemas¹⁴.

En relación con la clase de consumo es necesario distinguir entre el consumo experimental, ocasional, habitual sin dependencia, abuso de drogas y consumo con dependencia física o psíquica.

El **consumo experimental**, esto es, un consumo fortuito o durante un periodo de tiempo muy limitado o en cantidades muy reducidas, u **ocasional**, caracterizado por consumo intermitente de cantidades, a veces importantes, cuya principal motivación es la integración grupal, a través de mayores niveles de desinhibición personal, así como el **consumo habitual sin dependencia**, que se caracteriza por un consumo regular para sentirse mejor o para no sentirse peor, o para mantener un determinado nivel de rendimiento, pero que no son esclavos de la sustancia, pudiendo dejar de consumirla con esfuerzo, por sí solos no producen perturbaciones relevantes en la esfera intelectual o volitiva, y, por tanto, no tienen relevancia a la hora de determinar la responsabilidad penal. Estos consumos adquieren relevancia penal cuando dan lugar a una intoxicación que produce un estado de perturbación transitorio que anule o disminuya considerablemente la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a ese conocimiento. En los casos de intoxicación aguda es difícil que el consumidor lleve a cabo una acción que sea constitutiva de delito.

Sin embargo, si se trata de un consumo de drogas que está afectando a la salud física o mental con desajustes y complicaciones psíquicas y sociales, lo que clínicamente se califica de “**abuso de drogas**” o “consumo perjudicial”, o de un **consumo con dependencia física o psíquica**, por sí solos representan una perturbación clínicamente significativa que influye en la exigencia de responsabilidad penal. Especialmente relevante es la situación del drogodependiente que se encuentra en

¹³ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, “Derecho penal. Parte General”, 8ª ed., Valencia. 2010, p. 372; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit., pp. 272 y ss.; PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit., pp. 355-357; SEQUEROS SAZATORNIL, “El tratamiento jurídico-penal del drogodependiente”, en *Actualidad Jurídica. Aranzadi*. 1995 nº 200, pp. 1 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, “Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español”, Valencia. 2002, pp. 123 y ss.

¹⁴ OBREGÓN GARCÍA, “La eximente de estado de intoxicación plena por consumo de alcohol y otras drogas” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, nº extraordinario 1º. 2000, p. 280.

el síndrome de abstinencia con deterioro de sus facultades de autocontrol debido a la necesidad imperiosa de consumir la sustancia.

Por último, hemos de referirnos al **consumidor crónico**, que se caracteriza por un consumo prolongado e intenso de drogas, que más allá de la adicción a las sustancias, provoca una anomalía o alteración psíquica permanente. Cabe aquí distinguir las alteraciones psíquicas inducidas por la sustancia de aquellos casos en que junto a la dependencia existe otro trastorno psiquiátrico, sin que la patología mental esté en relación directa con la droga, lo que en Psiquiatría se denomina diagnóstico dual, patología dual o trastorno dual. Téngase en cuenta que los trastornos psiquiátricos favorecen el consumo de drogas y viceversa, es decir, que para la población con abuso o drogodependencia, las posibilidades de padecer otro trastorno mental es hasta siete veces mayor que para la población general¹⁵.

2. Regulación legal de la incidencia del consumo de drogas en la responsabilidad penal

A. Con anterioridad al Código penal de 1995

Tradicionalmente nuestro legislador ha limitado la incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad del sujeto a los casos de embriaguez, con una regulación variable en cada Código penal, que hacía depender las repercusiones en la responsabilidad penal de las circunstancias concretas en que se producía la embriaguez. La referencia exclusiva a la embriaguez se explica, en parte, por la realidad criminológica en esos momentos históricos, donde el consumidor de otras drogas distintas al alcohol no aparece involucrado en la comisión de delitos. La primera vez que el legislador se ocupa expresamente de la incidencia del consumo de drogas en la imputabilidad es en el Código penal de 1928, que recoge en el art. 69.2º como circunstancia mixta, junto a la embriaguez involuntaria, cuando el agente obre “bajo la acción de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes”.

Ya en el Código penal de 1848 se recogía expresamente la embriaguez como atenuante, siempre que no fuera habitual¹⁶. El Código penal de 1928 atribuía a la embriaguez, equiparándola al consumo de drogas, la naturaleza de una circunstancia mixta, que podía atenuar, agravar o no apreciarse según los casos. Si la embriaguez era involuntaria tenía efectos atenuantes, si era intencional no buscada de propósito para cometer el delito podía operar como atenuante o no ser apreciada, y si la embriaguez era buscada de propósito o habitual se consideraba una agravante. El Código penal de 1932 reconoce efectos eximentes a la embriaguez plena y

¹⁵ Así lo ha puesto de manifiesto el estudio de REGIER DA, FARMER ME, RAE DS, ET AL. “Comorbidity of mental disorders with alcohol and other drug abuse. Results from the Epidemiological Catchment Area (ECA) study. JAMA 1990; 264:2511-8, citado por MARTÍN DEL MORAL/LORENZO FERNÁNDEZ, “Conceptos fundamentales en drogodependencias” en: <http://libreria8a.com/1591/pdf/Works.3749.Sample.pdf>.

¹⁶ El art. 9.6 del Código penal de 1848 establecía como circunstancia atenuante “La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuera habitual o posterior al proyecto de cometer el delito”.

fortuita¹⁷. En el Código penal de 1944 desaparece como eximente y solo se recoge como atenuante¹⁸.

La regulación ofrecida por el legislador hasta el Código penal vigente ha sido criticada tanto por la doctrina científica como por la práctica jurisprudencial como una regulación artificiosa¹⁹, compleja²⁰, imperfecta²¹ y defectuosa²².

Dado que el Código penal anterior no hacía referencia específica a la influencia de las drogas en la capacidad de culpabilidad, la posible exención o atenuación de la pena de los consumidores de drogas se venía planteando a través de su posible inclusión en las eximentes de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, que establecía el art. 8.1 del Código penal anterior. Se tendía a incluir en la enajenación mental cuando se realizaba la conducta delictiva en estado de adicción, y en el trastorno mental transitorio cuando la conducta estaba vinculada al consumo de droga inmediatamente precedente.

Bajo la vigencia del antiguo Código penal, el Tribunal Supremo había elaborado una doctrina flexible y matizada sobre la incidencia del consumo de drogas en la responsabilidad penal, que se conoce como la teoría de los tres peldaños²³. Parte la jurisprudencia de tres momentos en los que el consumo de drogas podría afectar de manera más o menos intensa a la capacidad de culpabilidad del agente que comete un delito:

1. Cuando el sujeto en el momento de la comisión del delito se halla bajo la influencia directa de la ingestión de la droga.

2. Cuando el sujeto al tiempo de delinquir es un drogodependiente, incluyendo los casos de consumo prolongado e intenso que dan lugar a anomalías o alteraciones psíquicas.

3. Cuando el sujeto al delinquir se encuentra sumido en el síndrome de abstinencia, hallándose en estado de ansiedad, pues de manera acuciante desea consumir la droga.

En estos tres casos, en función del grado de afectación de las facultades intelectuales...

¹⁷ El art. 8. 1º del Código penal de 1932 declara que están exentos de responsabilidad criminal “el enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que haya sido buscado de propósito. Para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita”.

¹⁸ El art. 9. 2º del Código penal de 1944 recoge la atenuante de “embriaguez no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir”.

¹⁹ CORDOBA RODA, “Comentario...”, cit., p. 414.

²⁰ GONZÁLEZ RUS, “La embriaguez como causa de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal en el Código penal vigente y en el Proyecto de 1980, en CPC, nº 18. 1982, p. 442.

²¹ PÉREZ-VITORIA, “El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el Código penal español”, en ADPCP, T. V. 1952, p. 41.

²² ALONSO ALAMO, “El sistema de circunstancias del delito. Estudio general.”, Valladolid. 1981, p. 713.

²³ JOSHI JUBERT, “*Actio libera in causa...*”, cit., pp. 1097-1098; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, “Derecho penal...”, cit., p. 372; RODRÍGUEZ MOURULLO, “Comentarios al Código penal”, Madrid. 1997, p. 91-92; COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, “Comentario al Art. 20.2” en CONDE -PUMPIDO FERREIRO, “Código penal comentado” 3ª ed., Barcelona. 2012, pp. 103-104; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento penal...”, cit., pp. 278-279.

tivas o volitivas se venía aplicando la eximente completa de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, la eximente incompleta, o una atenuación analógica de la eximente incompleta.

La aplicación de la eximente completa de enajenación mental o trastorno mental transitorio era reconocida teóricamente para los casos, poco menos que impensables, en que la ingestión de la droga o la drogodependencia anulaba la facultad intelectual o volitiva del agente. En la práctica jurisprudencial, aunque se reconocía la posibilidad de aplicar tal eximente plena, solo era de aplicación a los casos en los que la ingestión o adicción a la droga se asociaba a una anomalía o alteración psíquica que anulaba la capacidad de culpabilidad²⁴.

La eximente incompleta, de más frecuente apreciación, se aplicaba a los casos en los que el nivel de afectación de las facultades intelectivas o volitivas no es plena, pero sí de gran intensidad debido a un consumo prolongado, a un consumo reciente pero muy intenso, o bien en aquellos casos que la drogodependencia se asocia a otras causas que afectan la capacidad de culpabilidad, como pueden ser las oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad.

Por último, cuando la incidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del sujeto son más escasas, bien por la menor antigüedad en el consumo o menor intensidad de la adicción, se aplica la atenuante analógica, que en algunos casos se aprecia como muy cualificada.

Cabe distinguir en esta jurisprudencia dos líneas de interpretación. Una corriente jurisprudencial restrictiva niega capacidad para anular o atenuar la capacidad de culpabilidad a los drogodependientes, por el hecho de serlo, exigiendo que se pruebe la afectación de las facultades intelectivas y/o volitivas para que la toxicomanía tenga algún efecto en la responsabilidad criminal y en algunas sentencias se negaba validez exculpatoria cuando se probase tal afectación si el sujeto había previsto o podía haber previsto que en esa situación podría cometer un delito. En los últimos tiempos comenzó a aparecer otra corriente que, sin desplazar a la anterior, reconoce la posibilidad de aplicar la eximente incompleta a los drogodependientes que, por el solo hecho de que la adicción sea muy prolongada o porque actúan bajo el síndro-

²⁴ La STS de 14 de febrero de 1987 RJ 1253 aplica por primera vez la eximente de enajenación mental en un caso en el que la drogadicción “desemboque, como en el puesto que ahora se decide, en situaciones de total deterioro, físicamente constatable en sus consecuencias (epilepsia sobrevenida subsiguiente a tratamiento meningítico, respuesta positiva al lues y probabilidad del síndrome de inmunodeficiencia adquirida) de la personalidad en sus potencias intelectivas y volitivas, no haya de aplicarse la circunstancia completa de exención, ya que en tales casos no se está en áreas de reprochabilidad, sino en zonas de inimputabilidad plena sea cual fuere el remoto origen de ésta; pues en definitiva no se trata de juzgar a un delincuente, sino de un enfermo y, como tal, fuera del campo propio del Derecho penal”. Posteriormente el TS aplica la eximente completa en los siguientes casos: STS 12 de marzo 1995 RJ 1945 (“un brote agudo de tratamiento paranoide secundario al abuso de drogas”), STS 9 de febrero de 1996 RJ 816 (“personalidad psicótica con rasgos de matiz paranoide agravada por el uso continuado de sustancias tóxicas”), STS de 27 de abril de 2005 RJ 7786 (intoxicación plena por consumo de alcohol, cocaína y benzodiacepina), STS 11 de octubre de 2005 RJ 7511 (“brote psicótico secundario del consumo de sustancias estupefacientes”).

me de abstinencia se considera que no pueden ser considerados plenamente responsables penales de sus actos²⁵.

B. *Código penal de 1995*

El legislador de 1995 se encuentra con una situación caracterizada por un índice elevado de drogodependientes, con la confirmación de la gran influencia que la drogodependencia tiene en la delincuencia y con una interpretación jurisprudencial sobre la incidencia de ésta en la capacidad de culpabilidad. A diferencia de la regulación anterior, el Código penal de 1995 presta especial atención al problema del consumo y la dependencia de las drogas aportando una regulación específica sobre la incidencia que sobre la capacidad de culpabilidad tiene el consumo y la dependencia de las drogas, que supone la consagración legal de la práctica jurisprudencial. La doctrina del Tribunal Supremo de los tres peldaños se acoge expresamente en la nueva regulación.

Las novedades del nuevo Código penal son que introduce en el art. 20.2 la eximente de intoxicación y del síndrome de abstinencia, sin distinguir la sustancia que le precede, y que se hace depender de la intensidad de los efectos que produce en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, y recoge en el art. 21.2 una atenuante específica de grave adicción. Regulación que pretende dar continuidad y apoyo legal a la línea jurisprudencial. La intoxicación y el síndrome de abstinencia antes se incluían en el trastorno mental transitorio y la adicción podía dar lugar a la aplicación de la eximente de enajenación mental o a la aplicación de una atenuante analógica, a veces como muy cualificada, de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Se ha afirmado que la regulación expresa de la eximente de intoxicación y de síndrome de abstinencia es innecesaria o superflua porque tales casos están comprendidos en art. 20.1 como dos modalidades de inimputabilidad transitoria, pero se justifica su inclusión por las dudas que en la práctica jurisprudencial planteaba la aplicación de la eximente completa en estos supuestos o como base de apoyo para la aplicación de la eximente incompleta por intoxicación o síndrome de abstinencia²⁶.

El art. 20.2 ha incluido la eximente de intoxicación plena y de síndrome de abstinencia. El primer inciso se refiere al que en el momento de cometer el delito se encuentra en un estado de intoxicación plena como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas o drogas y en el inciso segundo se incluye al drogodependiente que se encuentra bajo los efectos del síndrome de abstinencia. El efecto requerido

²⁵ Véase CASTELLÓ NICÁS, “La imputabilidad...”, cit., pp. 299-230 y las sentencias citadas en las notas 88 y 89.

²⁶ MIR PUIG, “Derecho penal. Parte General”, 9ª ed., Barcelona. 2011, p. 587; Díez Ripollés; “Derecho penal...”, cit., p. 423; RODRÍGUEZ MOURULLO, “Comentarios al...”, cit. p. 91; OBREGÓN GARCÍA, “La eximente...”, cit., p. 327; CASTELLÓ NICÁS, “Exención y atenuación de la responsabilidad (arts. 20.1, 21.1, 21.2)” en “Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines”, Madrid. 2003, p. 308.

para la exención de responsabilidad es la falta de capacidad para conocer el carácter ilícito del hecho o de dirigir su voluntad conforme a ese conocimiento.

La jurisprudencia viene entendiendo que la actual regulación del consumo y de la dependencia de las drogas ha consagrado la teoría de los tres peldaños y formula una serie de requisitos para que se pueda producir dicho tratamiento²⁷:

- i. Requisito biopatológico, esto es, la presencia de un toxicómano, cuya dependencia exige una intoxicación grave y que tenga cierta antigüedad.
- ii. Requisito psicológico, es decir, que produzca en el sujeto una afectación de las facultades mentales, indicando que en la atenuante de grave adicción se prescinde de este requisito, pues se parte de una presunción legal de que la grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento por el efecto compulsivo que le llevaría a la comisión de esos delitos.
- iii. Requisito temporal o cronológico, en el sentido de que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito que cabe deducir de la grave adicción, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva, o no se hubiera previsto o debido prever.
- iv. Requisito normativo, entendido como que la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto nos llevará a la apreciación de la eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de responsabilidad.

a. *Eximente de intoxicación plena*

La eximente de intoxicación requiere tres elementos:

- Un presupuesto biológico o psiquiátrico, un estado de intoxicación en el momento de cometer el delito
- Un componente psicológico, imposibilidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a ese conocimiento
- Un requisito negativo, que la intoxicación no haya sido provocada con el propósito de cometer el delito o que el sujeto haya previsto o debido prever que en estado de intoxicación podría cometer un delito.

La intoxicación es un trastorno mental transitorio, el más usual en la práctica forense, que se caracteriza por dos elementos: “un síndrome específico de una sustancia debido a

²⁷ Para el Tribunal Supremo “las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas dentro de la imputabilidad, bien excluyendo la responsabilidad penal, operando como eximente incompleta o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal por la vía del art. 21.2...o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6”. Así se recoge de manera reiterada por las siguientes SSTs: de 22 de septiembre de 1999 RJ 2170, 20 de junio de 2002 RJ 8057, 23 de junio de 2004 RJ 5446, 10 de noviembre de 2004 RJ 8240, 18 de diciembre de 2004 RJ 1086, 22 de julio de 2006 RJ 6299, 4 de noviembre de 2009 RJ 1996, 24 de febrero de 2010 RJ 3504, 10 de marzo de 2010 RJ 5187, 12 de mayo de 2010 RJ 3504, 21 de mayo de 2010 RJ 5832, 7 de abril de 2011 RJ 3342, 28 de junio de 2013 RJ 6433.

su ingestión reciente, y cambios psicológicos o comportamentales desadaptativos clínicamente significativos debido al efecto de la sustancia sobre el sistema nervioso central que se presentan durante el consumo de la sustancia o poco tiempo después”²⁸. Se trata de consumo de sustancias, cualquiera que sea la forma de ingestión o la mera puesta en contacto con el producto, que por su toxicidad pueden dar lugar a un estado de intoxicación. El Código alude a “bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos”.

La intoxicación debe estar presente en el momento de la comisión del delito. Se plantea aquí la discusión de si es de aplicación la eximente cuando se presenta un estado de drogadicción por consumo reiterado durante un largo periodo de tiempo, sin que se pueda reconocer la intoxicación en el momento de la infracción.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia reconocen que si el consumo reiterado durante largo tiempo ha creado una anomalía o alteración psíquica es de aplicación el art. 20.1²⁹, sin que plantee problemas el que el Código para este supuesto haya establecido la medida de seguridad de internamiento en un centro adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica³⁰, y no el tratamiento de deshabitación, pues nada impide considerar que en estos casos el tratamiento adecuado sea un tratamiento de deshabitación previo o en el centro de internamiento³¹. En los supuestos de mera adicción, sin que se acredite una anomalía o alteración psíquica, ni intoxicación sólo cabe la aplicación de la atenuante del art. 21.2.

El art. 20.1 exige que la intoxicación sea plena. Se trata de un concepto normativo y no médico. El término médico de intoxicación plena remite a un estado de incapacidad de acción, cercano a la inconsciencia. Por plenitud se entiende el estado de intoxicación que produce en el sujeto la anulación de las facultades intelectivas y volitivas³². En tal estado de anulación de las facultades intelectivas o volitivas se reconoce la dificultad de delinquir, al menos en delitos que exijan cierta complejidad ejecutiva y resulta difícil de precisar y es de improbable acreditación por los forenses en la práctica. De aquí que gran parte de la doctrina y jurisprudencia consideren que la virtualidad de esta eximente se remite a posibilitar la aplicación

²⁸ Concepto de intoxicación ofrecido por el DSM IV. Parten de este mismo concepto CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, “Curso de...”, cit., p. 108; DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal...”, cit. p. 421.

²⁹ Así se han manifestado RODRÍGUEZ MOURULLO; Comentario...”, cit. p. 92; PADILLA ALBA, “Exención y...”, cit., p.60; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad del...”, cit., p. 159; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit. p.262; BORJA JIMÉNEZ, “Las circunstancias...”, cit., p. 86. DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal...”, cit. p. 422 distingue el supuesto de intoxicación permanente o de larga duración por consumos reiterados que incluye en el art. 20.2. En este sentido la STS de 10 de noviembre de 2004 reconoce la aplicación de la eximente de anomalía o alteración psíquica cuando la anomalía se presenta a causa de un consumo prolongado e intenso de sustancias que pueden producir graves efectos en el psiquismo del sujeto, como ocurre con la heroína.

³⁰ Como ha señalado CASTELLÓ NICÁS, “La imputabilidad...”, cit., p. 302.

³¹ Así PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit. pp. 262-263.

³² Así PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit. p.121, PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit., p. 263; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, La imputabilidad...”, cit. p. 159.

de la eximente incompleta en aquellos casos más frecuentes en que la intoxicación no anula pero sí disminuye considerablemente las facultades intelectiva o volitivas del sujeto³³.

Junto a la intoxicación, el Código exige adicionalmente unos efectos psicológicos, que la intoxicación impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Elemento psicológico que se identifica con el calificativo de plena de la intoxicación³⁴. Para que la perturbación de facultades sea plena se alude a la anulación o privación de las facultades intelectivas o volitivas del sujeto intoxicado. El cuadro de intoxicación que presentan las sustancias estupeficientes y sicotrópicas viene definido por una serie de cambios psicológicos, como son la desorientación espaciotemporal, las alucinaciones visuales, auditivas y táctiles, la paranoia, la esquizofrenia, las ideas delirantes, las sensaciones de cambio de la propia realidad, la angustia³⁵, que, si bien médicamente no se puede hablar de desaparición o anulación de las facultades intelectivas o volitivas, salvo en casos muy excepcionales, sí producen alteraciones psíquicas importantes como para impedir la correcta comprensión del significado de los propios actos o adaptar su voluntad a esa comprensión.

Como tercer requisito se exige que el estado intoxicación “no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión”. Se consagra aquí, al igual que el último inciso del art. 20.1 lo hace en relación con el trastorno mental transitorio³⁶, la teoría de la *actio libera in causa*, según la cual el sujeto es responsable criminalmente a pesar de su estado de incapacidad en el momento de la comisión del delito porque en un momento anterior fue libre en su determinación de cometerlo. Si la intoxicación es voluntaria, provocada por el sujeto con el propósito de cometer la infracción, lo que implica que tiene voluntad de cometer el delito en el momento de provocarse la intoxicación, *actio libera in causa dolosa*, se dará una responsabilidad dolosa por el delito cometido; responsabilidad dolosa que se mantiene cuando el sujeto había previsto en el momento de provocarse la intoxicación que podía cometer el delito y cuenta con ello, y si habiéndolo previsto no contaba con la comisión del delito o cuando no hubiera previsto la comisión del delito, pero podía haberla previsto se dará una responsabilidad imprudente, la *actio libera in causa imprudente*.

³³ CASTELLÓ NICÁS, “La imputabilidad...”, cit., p. 303.

³⁴ Entienden que el término “plena” es un elemento normativo, al margen de cualquier definición científica, que se refiere a aquella que produce en el sujeto la anulación de las facultades intelectivas o volitivas PUENTE SEGURA; “Circunstancias...”, cit., p. 121; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit. pp. 262-263.

³⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad...”, cit., p. 165.

³⁶ La formulación de la *actio libera in causa* del art. 20.2, a diferencia de la redacción del art.20.1, no abarca la provocación de la intoxicación con culpa consciente respecto a la infracción cometida, pues se alude solo a la provocación preordenada para la comisión del delito y a la provocación de la intoxicación, sin que el sujeto haya previsto la comisión del delito, pero habiéndola podido prever. Véase, en este sentido, MORALES PRAT, “Comentarios al Código penal español. T. I. 6ª ed. Pamplona. 2011, pp. 195-196.

Para determinar la responsabilidad dolosa o imprudente del intoxicado no basta con determinar de qué manera se ha provocado la incapacidad de culpabilidad, sino que también debe tenerse en cuenta la forma en que se ha ejecutado el delito en el estado de intoxicación. Si lo realmente ejecutado no se corresponde con lo que el sujeto se proponía realizar o lo que había previsto o hubiera debido prever no se excluye la exención de responsabilidad penal o, en su caso, cambia la clase de responsabilidad criminal³⁷.

La no exención de responsabilidad penal en estos casos de provocación de la intoxicación se ha fundamentado dogmáticamente desde dos perspectivas distintas.

Por una parte, la teoría del tipo sostiene que la sanción penal en estos casos viene determinada porque la imputación del hecho se refiere al acto precedente de provocación de la inimputabilidad, momento en el que el sujeto es capaz de culpabilidad. Se parte de que la provocación de la intoxicación supone principio de ejecución del tipo realizado durante el trastorno mental, de modo que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito en paralelo con lo que ocurre en la autoría mediata³⁸. No cabe entender, en mi opinión, que la provocación del estado de intoxicación sea inicio de la ejecución, pues el comienzo de la ejecución del tipo viene marcado por la realización de la acción descrita en el tipo, sin que el mero hecho de que la provocación sea peligrosa para el bien jurídico le convierta en acto ejecutivo.

La mayoría de la doctrina fundamenta la punición de la *actio libera in causa* en la teoría de la excepción. Según esta teoría la razón de la punición en estos casos se debe a que el sujeto es inimputable en el momento de la realización de la acción típica, pero no lo era en el momento anterior, cuando se provocó el trastorno mental transitorio. La ley establece una excepción al principio de que el sujeto ha de ser imputable en el momento de realizar la acción típica y antijurídica³⁹. Esta excepción no es contraria al principio de la responsabilidad por el hecho en la medida en que este no excluye la consideración de las circunstancias que rodean la conducta. La acción realizada durante el trastorno mental sólo se imputa si la provocación del mismo crea un peligro para el bien jurídico que desemboca en la causación del resultado.

b. *Eximente de síndrome de abstinencia*

Uno de los mayores problemas que se presentan en el ámbito de la influencia de las drogas en la responsabilidad criminal, aparte de la intoxicación puntual, es la

³⁷ CORDOBA RODA, Comentarios..., cit. p. 161; MIR PUIG, "Derecho penal...", cit. p. 591; OBREGÓN GARCÍA, "La eximente...", cit., p. 317; DÍEZ RIPOLLÉS, Derecho penal..., cit., p. 418.

³⁸ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, "Derecho penal. Parte General", 5ª ed. Valencia. 1999, pp. 607 y ss.; BACIGALUPO, "Principios de Derecho penal. Parte General", 2ª ed. Madrid. 1990, pp. 188-189; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN, "Derecho penal...", cit. p. 375; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, "Compendio de Derecho penal. Parte General". 3ª ed. Valencia. 2010, p. 307.

³⁹ Véase, por todos, CEREZO MIR, "Curso de Derecho penal español. Parte General. T. III, Madrid. 2006, p. 65.

situación de drogodependencia en el autor del delito. La mayoría de los delitos que se cometen por influencia de las drogas tienen lugar durante el síndrome de abstinencia, o en estadios carenciales similares, o bien en situaciones de consumo crónico de estas sustancias⁴⁰. Situaciones que carecían de mención específica en el viejo código penal, pero que la jurisprudencia resolvía bien en el ámbito de eximente incompleta de enajenación mental o del trastorno mental transitorio, o bien aplicando la atenuante analógica de esta eximente incompleta.

El legislador de 1995, como ya indicamos, ha previsto en el inciso 2º del art. 20.2 la eximente de síndrome de abstinencia y la atenuante de grave adicción en el art. 21.2.

El síndrome de abstinencia es una alteración psíquica que se caracteriza por un síndrome específico, que viene determinado por la clase de sustancia, debido al cese o reducción del consumo prolongado de esa sustancia. Los síntomas del síndrome varían en función de la sustancia, pero en todo caso crean un malestar clínicamente significativo o un deterioro laboral o social debido a la presión motivacional que crea la necesidad física o psíquica de consumir droga⁴¹.

No todas las sustancias que determinan la intoxicación dan lugar al síndrome de abstinencia. El DSM IV reconoce el síndrome de abstinencia en las siguientes sustancias: alcohol, anfetaminas, cocaína, nicotina, aunque no produce intoxicación, opiáceos, sedantes, hipnóticos o ansiolíticos, pero no en los alucinógenos, cafeína, cannabis, fenciclidina.

El Código exige los mismos efectos psicológicos que para la intoxicación, que le “impida comprender la ilicitud del hecho o actuar frente a esa comprensión”. La doctrina, con razón, refiere el efecto psicológico solo a las facultades volitivas. El estado carencial crea una presión motivacional que explica la falta de libertad en el proceso de determinación de la voluntad para actuar conforme a la norma⁴². De aquí que se exija que el delito cometido tenga una vinculación directa con la necesidad de consumir la droga, lo que ocurre en la delincuencia funcional: se comete un delito contra el patrimonio para conseguir el dinero necesario para comprar droga.

La jurisprudencia ha venido situando los efectos del síndrome de abstinencia sobre la responsabilidad penal en el ámbito de la eximente incompleta, sin reconocer en ningún caso la exención completa de responsabilidad penal. La doctrina también reconoce la dificultad de que el síndrome de abstinencia pueda excluir totalmente la

⁴⁰ MIR PUIG, “Derecho penal...”, cit., p. 594; PUENTE SEGURA, *Circunstancias...*, cit., p. 133 señala que no es frecuente la presencia de delitos cometidos de manera subsiguiente a la ingestión de alguna droga, indicando que la jurisprudencia se ha ocupado fundamentalmente de los delitos cometido por quien se encuentra con un síndrome de abstinencia o por parte de consumidores crónicos.

⁴¹ Concepto que parte del DSM IV, donde se definen los cambios fisiológicos o de estado de ánimos que provoca cada sustancia. En este sentido FUENTE SEGURA, *“Circunstancias...”*, cit., p. 138; DÍEZ RIPOLLÉS, *“Derecho penal...”*, cit. p. 425.

⁴² Aluden al efecto en las facultades volitivas CORDOBA RODA, *“Comentarios...”*, cit. 163; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, *“Tratamiento...”*, cit., pp. 278, 302; DÍEZ RIPOLLÉS, *“Derecho penal...”*, cit., p. 426.

capacidad volitiva, aceptando una merma profunda e intensa de la capacidad de determinar su voluntad⁴³.

A diferencia del trastorno mental transitorio y de la intoxicación, el legislador no ha previsto para el síndrome de abstinencia *la actio libera in causa*, como venía negando la jurisprudencia a partir de 1995⁴⁴.

En la doctrina se distinguen dos situaciones en las que se plantea la posibilidad de aplicar la *actio libera in causa*. Se suele aceptar su aplicación en aquellos casos de consumo circunstancial, en las que el sujeto ha previsto o podido prever la aparición del síndrome de abstinencia y no obstante se abstiene de acudir a un centro de deshabituación⁴⁵, mientras que cuando se trata de un adicto por un consumo reiterado y de larga duración se discute su apreciación.

Partiendo de que el síndrome de abstinencia es, como hemos indicado anteriormente, un síntoma de la adicción a una sustancia, hemos de descartar la aplicación de la responsabilidad penal en aquellos casos en que un sujeto comienza a consumir droga, sabiendo o pudiendo saber que su consumo reiterado le creará adicción y que en estado carencial puede cometer delitos para procurarse la droga, pues ello supondría retrotraerse al momento del inicio del consumo de la droga, momento muy lejano a la ejecución del hecho delictivo⁴⁶.

Distinto es el supuesto de un drogodependiente que prevé que si no consume droga entrará de forma inminente en un estado de síndrome de abstinencia, donde es posible que para hacer frente al estado carencial cometa delitos para procurarse la droga y, sin embargo, no acuda a un centro de tratamiento. No cabe en estos supuestos argumentar, como en el caso anterior, que el momento en que el sujeto podía actuar conforme a la norma está muy separado en el tiempo del momento de ejecución del hecho delictivo, pues se trata del momento anterior al síndrome de abstinencia que podía haber evitado acudiendo a un centro de tratamiento. Se puede en estos casos fundamentar una *actio libera in omittendo* imprudente e incluso dolosa (con dolo eventual): se le reprocha al sujeto el no haber evitado, pudiendo preverlo, la producción del delito cometido durante el síndrome de abstinencia⁴⁷. Se entiende que concurren todos los elementos del tipo de lo injusto de un delito de

⁴³ PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit., p. 138; PÉREZ-CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit., pp. 272 y 278. DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal...”, cit., p. 427 alude que la verdadera función de esta eximente es posibilitar la apreciación de la eximente incompleta.

⁴⁴ Inicialmente la jurisprudencia admitía la construcción de la *actio libera in causa* a la eximente de síndrome de abstinencia, postura que desaparece a partir de 1995.

⁴⁵ CORDOBA RODA, “Comentarios...”, cit., p. 164 y CASTELLÓ NICÁS, “Exención y...”, cit., p. 311, que niegan la aplicación de la *actio libera in causa* en el drogadicto, la admiten en estos supuestos.

⁴⁶ De esta opinión CASTELLÓ NICÁS, “Exención y...”, cit., p. 311; MORALES PRAT, “Comentarios al art. 20.2”, en QUINTERO OLIVARES, “Comentarios al Código penal español”. T. I, 6ª Ed. Pamplona. 2011, p. 198 afirmando que “los periodos de vitales de comprensión y voluntad libre del sujeto” se encuentra muy lejanos al momento de la ejecución del hecho delictivo; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad...”, cit., pp. 146-147.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, “La estructura...”, cit., p. 916. Admiten esta posibilidad CORDOBA RODA, “Comentarios...”, cit., p.164 y DÍEZ RIPOLLÉS; Derecho penal..., cit. p. 426.

comisión por omisión⁴⁸; imputación que sólo se dará si se trata de un hecho delictivo que sea susceptible su comisión por omisión y admita el dolo eventual⁴⁹.

En mi opinión, es correcta la decisión del legislador de excluir la *actio libera in causa* de la eximente de síndrome de abstinencia. Son dos las razones que no permiten fundamentar una *actio libera in omittendo* en los supuestos indicados.

En primer lugar, se olvida que el sujeto que sufre un síndrome de abstinencia es un drogodependiente, que tiene una dependencia física o/y psíquica de la droga, por tanto es, al menos dudoso que encontremos momentos de capacidad intelectual y volitiva del drogodependiente, salvo que nos retrotraigamos a momentos muy separados temporalmente de la ejecución del delito, cuando el sujeto inicia el consumo de la sustancia⁵⁰.

Por otro lado, el mismo argumento nos conduce a negar que en estos casos estemos ante un trastorno mental transitorio, pues si bien es cierto que el estado carencial se puede evitar con un tratamiento de deshabitación, no es menos cierto que aun con el tratamiento el drogodependiente mantiene un déficit volitivo debido a la presión motivacional que crea la necesidad física y psíquica de consumir droga, que refleja la pérdida, o al menos, la disminución, de la libertad del proceso de motivación que conduce a la resolución de la voluntad antijurídica⁵¹.

Por último, se ha planteado si es de aplicación la eximente incompleta de síndrome de abstinencia en aquellos casos de drogodependientes que no sufren el síndrome de abstinencia en el momento de cometer el delito, pero que su comisión viene motivada por el miedo a sufrir el síndrome, que ya ha padecido con anterioridad. La jurisprudencia se ha pronunciado a favor en la STS de 11 de noviembre de 1996⁵². La doctrina se divide en la aplicación en esos casos de la eximente incompleta del síndrome de abstinencia o de la atenuante de grave adicción⁵³. En mi opinión, no se trata del miedo a sufrir un síndrome de abstinencia, sino que nos encontramos con

⁴⁸ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, “La estructura...”, cit., pp. 916-917 dado que “en el momento en que se da tal inminencia nos hallamos ante una auténtica situación de peligro típico a los efectos de un delito de omisión” y “el no acudir a un centro de deshabitación... constituye claramente una no realización de la conducta indicada” y “dado que el sometimiento a un tratamiento de deshabitación habría evitado el resultado... puede hablarse de un delito de omisión”, “fundándose la posición de garante en la asunción de la función de control del propio cuerpo como fuente de peligro”.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 917; CASTELLÓ NICÁS, Exención y..., p. 311.

⁵⁰ En este sentido MORALES PRATS, “Comentarios...”, cit., p. 198.

⁵¹ JOSHI JULBERT, “Actio libera...”, cit., p. 1107 afirma que con el tratamiento desaparece el estado de carencia, pero no la toxicomanía. CASTELLÓ NICÁS, “Exención y...”, cit., p. 314 fundamenta la negación de la *actio libera in omittendo* en la no exigibilidad, en el sentido de que no le es exigible a un drogodependiente el someterse a un tratamiento de deshabitación. No se trata, en mi opinión, de una causa de exculpación, sino de un déficit de la capacidad de actuar conforme a la norma que tiene por causa la adicción del sujeto.

⁵² La STS de 11 de noviembre de 1996 RJ 7418 afirma que “si el autor ya ha sufrido un síndrome de abstinencia el miedo a entrar en esa situación puede ya ser considerado como un fundamento para la aplicación de la atenuante del art. 9.1 del Código penal”

⁵³ PÉREZ-CURIEL CECCHINI, Tratamiento..., cit., p. 280 considera de aplicación la eximente incompleta del síndrome de abstinencia y PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit., p. 143 aplica la atenuante de grave adicción.

una adicción que por su forma y desarrollo implica una alteración psíquica caracterizada por los impulsos prioritarios dirigidos a la obtención de la droga, que conllevan una reducción de la influencia de la voluntad en la conducta y, por tanto, implica una disminución de la capacidad de culpabilidad. El miedo al síndrome de abstinencia no es sino un síntoma del estado de adicción del sujeto a las drogas. Las consecuencias en la responsabilidad penal de la adicción, si se aplica una eximente incompleta de alteración psíquica o de síndrome de abstinencia, o una atenuante de grave adicción, será objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

c. Atenuante de grave adicción

El art. 21.2 del Código penal ha introducido la atenuante de grave adicción a determinadas sustancias. Con esta atenuante el legislador viene a recoger la doctrina jurisprudencial que consideraba que el drogodependiente presenta unas alteraciones psíquicas con deterioro de las facultades volitivas con entidad suficiente para disminuir la capacidad de culpabilidad⁵⁴.

La adicción a sustancias psicoactivas se define como un estado psíquico y físico determinado por el consumo continuado de droga durante un periodo de tiempo, que se caracteriza por la pérdida del control en el uso de la sustancia⁵⁵. Según el DSM IV se identifica si en un periodo continuado de 12 meses el sujeto ha tenido tres o más síntomas de los siguientes:

- tolerancia, necesidad de un consumo creciente de la sustancia para conseguir el efecto deseado,
- el síndrome de abstinencia,
- la sustancia es tomada en cantidades mayores o en un periodo más largo del que inicialmente se pretendía,
- deseo persistente o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo,
- se emplea mucho tiempo en la obtención de la sustancia,
- reducción de las actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo de la sustancia,

⁵⁴ El Tribunal Supremo ha venido aplicando al drogodependiente la causa de exención incompleta o atenuante analógica de enajenación mental o, más comúnmente, la eximente incompleta o atenuante analógica de trastorno mental transitorio, y en otros casos aludía solo a la atenuante de drogadicción. Véase el análisis de la jurisprudencia en CASTELLÓ NICÁS, “La imputabilidad...”, cit., pp. 195-218.

⁵⁵ La doctrina coincide en caracterizar la adicción en la pérdida del control del consumo de la sustancia. Así CORDOBA RODA, “Comentarios...”, cit., p. 231 alude al “aferramiento insuperable al consumo de una sustancia”; CASTELLÓ NICÁS, “La imputabilidad...”, cit. pp. 214-125 lo caracteriza por “la pérdida de libertad en orden a decidir la aptencia o no de consumir la sustancia”; PADILLA ALBA, “Exención...”, cit. p. 188 lo define como un estado de alteraciones del comportamiento que “incitan al consumo crónico o periódico del fármaco”; PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, p. 359 se refiere a una serie de comportamientos “en cuya base está el deseo y la necesidad de ingerir la droga; DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal...”, cit. p. 465 lo define como “un conjunto de síntomas cognitivos, conductuales y fisiológicos expresivos de la pérdida del control en el uso de tales sustancias”.

- uso continuado de la sustancia pese a ser consciente de los problemas sociales o sanitarios causados por el consumo.

El concepto de adicción es sinónimo de drogodependencia, drogadicción o toxicomanía, pero debe diferenciarse de otros conceptos afines:

- i. El abuso de drogas, estado de consumo recurrente de sustancias que da lugar a problemas sociales, laborales o legales o que se da en situaciones en las que el consumo es físicamente peligroso, sin alcanzar el nivel de dependencia⁵⁶.
- ii. Intoxicación, estado que se produce por el consumo reciente de la sustancia, como hemos indicado anteriormente.
- iii. Síndrome de abstinencia, que es uno de los síntomas a computar para determinar la adicción, sin que sea necesario su presencia para la adicción⁵⁷, y hay sustancias que crean dependencia y no producen síndrome de abstinencia.

Para que la adicción tenga efectos atenuantes, el Código penal exige que concurren dos requisitos: que la adicción sea grave y que la adicción sea la causa del delito⁵⁸. El primer requisito delimita el elemento biológico de la atenuante y el segundo hace referencia al elemento psicológico.

La gravedad de la adicción viene determinada por el cuadro clínico que presenta la adicción. Unos autores delimitan la gravedad en función del número de síntomas que presente la adicción⁵⁹, otros acuden a la clases de sustancia que produce la adicción, limitando la adicción grave a la producida por drogas duras⁶⁰, o bien a la adicción a las sustancias que crean dependencia física, que dan lugar al síndrome de abstinencia⁶¹.

La jurisprudencia, por el contrario, acude a un criterio normativo que hace referencia al elemento psicológico, determinando la gravedad de la adicción por la influencia que tenga en la capacidad volitiva del sujeto. Atendiendo a este criterio se considera grave toda adicción que influya de forma relevante en las facultades

⁵⁶ El DSM IV lo define como “un patrón desadaptativo de consumo que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativo expresado por uno o más de los ítems siguiente durante un periodo de 12 meses: 1. Consumo recurrente de sustancias que dan lugar al incumplimiento de obligaciones en el trabajo, la escuela o la casa, 2. Consumo recurrente en situaciones en las que hacerlo es físicamente peligroso, 3. Problemas legales repetidos relacionados con la sustancia, 4. Consumo continuado, a pesar de tener problemas sociales continuos o problemas sociales exacerbados por los efectos de las sustancias”.

⁵⁷ Hay sustancias que crean dependencia, pero que no producen el síndrome de abstinencia: los alucinógenos, cannabis, inhalantes y fenciclidina.

⁵⁸ La STS de 17 de julio de 2013 RJ 6770 exige dos requisitos para la aplicación de la atenuante de grave adicción: “a) la existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser grave, calidad que debe referirse a la intensidad de la misma, b) Que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir, que se trate de la denominada delincuencia funcional, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción”.

⁵⁹ En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho...”, cit., p. 466.

⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Comentarios a la legislación penal”. T. VI, vol. I, p. 141.

⁶¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad...”, cit., p. 216; BORJA JIMÉNEZ, “Las circunstancias...”, cit., p. 135.

volitivas, limitando su capacidad de control de su voluntad⁶². A partir de este criterio la jurisprudencia de forma mayoritaria entiende que cabe la adicción sin influencia en la capacidad volitiva del drogodependiente, de manera que son reiteradas las sentencias que estiman que la mera adicción, sin que quede probada su repercusión en las facultades intelectivas o volitivas, no repercute en la responsabilidad penal⁶³. Al mismo tiempo, considera que el caso de que la adicción sea grave se presume legalmente que producirá este requisito psicológico por la compulsión que le llevará a la comisión de actos delictivos, generalmente aptos para procurarse la sustancia⁶⁴.

En mi opinión, la referencia a la gravedad de la adicción alude al presupuesto biológico de la atenuante. Se exige un nivel de adicción que permita presumir legalmente que el sujeto adicto tiene mermadas sus facultades volitivas. Tal exigencia en el cuadro clínico no tiene razón de ser por varias razones.

En primer lugar, médicamente no se distingue entre adicción grave o leve, se es adicto o no⁶⁵.

En segundo lugar, se parte de un presupuesto equívoco, que no toda adicción afecta a las facultades volitivas del sujeto. Desde un punto de vista clínico la adicción viene caracterizada por una fuerte compulsión a consumir la sustancia, lo que permite afirmar que el sujeto tiene disminuida su capacidad de autocontrol de su voluntad. Otra cosa distinta son las situaciones de consumo y abuso de drogas, que no alcanzan el nivel de dependencia, como ya vimos, y, por tanto, no dan lugar a la aplicación de la atenuante. Situaciones a las que, en mi opinión, alude la jurisprudencia

⁶² Definen la gravedad atendiendo a este criterio CASTELLÓ NICÁS, “Exención...”, cit., p.328 que señala que la corriente jurisprudencial mayoritaria encuentra el fundamento de esta atenuante en “la presunción legal de que toda adicción grave influye necesariamente en la capacidad volitiva del drogodependiente limitando de forma relevante sus facultades de control o inhibición”; PADILLA ALBA, “Exención...”, cit., p. 201 que exige una afección a la capacidad de obrar.

⁶³ La STS de 27 de enero 2009 RJ 661 señala que “para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones”. En el mismo sentido las SSTS de 30 de septiembre de 1996 RJ 6944, 22 de septiembre de 1999 RJ 7170, 16 de octubre de 2000 RJ 9260, 6 febrero 2001 RJ 1663, 19 de junio 2002 RJ 8798, 18 de diciembre de 2004 RJ 1086, 10 de mayo de 2005 RJ 7674, 16 de mayo de 2005 RJ 6752, 25 de junio de 2005 RJ 6811, 27 de enero de 2009 RJ 661, 22 de marzo de 2012 RJ 8380.

⁶⁴ Reconocen que el presupuesto biológico y psicológico convergen en la declaración de grave adicción las SSTS de 6 de octubre de 2000 RJ 9260, 6 febrero de 2001 RJ 1663, 12 de julio de 2002 RJ 8146. La presunción legal de que la grave adicción produce un efecto compulsivo que llevará a la comisión de delitos, lo que determina una disminución de la imputabilidad se reconoce en las sentencias citadas en la nota 43.

⁶⁵ En este sentido CASTELLÓ NICÁS; “Exención...”, cit., p. 333 que alude a que en el ámbito del tratamiento del drogodependiente no se distingue entre adicción grave o leve. Igualmente en el Manual de diagnóstico DSM IV existe la adicción y otros cuadros clínicos como son el abuso de drogas, pero no se califica la adicción de grave o leve.

dencia cuando declara que es una “mera adicción”, sin efectos sobre las facultades intelectivas o volitivas del sujeto⁶⁶.

Por último, tal exigencia es innecesaria si se entiende, como aquí analizaremos, que el segundo requisito exigido legalmente, de que el delito venga determinado por la adicción, se refiere al elemento psicológico de la atenuante.

El Código exige, además de que la adicción sea grave, que ésta sea la causa del delito. Esta exigencia alude a la necesaria conexión de la resolución antijurídica y la adicción. Es preciso que la adicción influya en la capacidad de conocer el carácter ilícito de su conducta o en la capacidad de actuar conforme a ese conocimiento. Como hemos indicado, la necesidad imperiosa de consumir droga influye en el aspecto volitivo de la resolución antijurídica, de manera que el sujeto tiene mermada su capacidad para determinar su voluntad, dado que el proceso de motivación que conduce a la resolución antijurídica viene fuertemente influenciado por esa necesidad de consumir droga⁶⁷. Esto significa que el delito se haya cometido para procurarse la droga o para poder consumirla⁶⁸. En el primer caso existe una vinculación directa del delito y la droga, se trata de supuestos donde el adicto realiza el delito para conseguir dinero con el que adquirir la droga o trafica con droga para procurarse sus propias dosis. También es de aplicación cuando la vinculación causal del delito con la droga es indirecta, se elude la prisión o detención para poder seguir consumiendo o se mata a una persona para tener acceso a la droga. No basta para la aplicación de la atenuante con que el sujeto sea adicto, sino que se exige que el delito cometido venga determinado por la adicción. Lo que no ocurre cuando el drogodependiente comete un delito de violación.

La doctrina científica y la jurisprudencia discrepan sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de esta atenuación.

Para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia la atenuante del art. 21.2 es el

⁶⁶ Así la STS de 30 de septiembre de 2010 RJ 7650 afirma que “no se puede, pues, solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple habito de consumo de drogas, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto”, la STS de 11 de mayo de 2010 RJ 8839 alude “al mero abuso de la sustancia”, y las SSTS de 17 noviembre de 2011 RJ 7321 y 22 de marzo de 2012 aluden al “consumo habitual”. PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit., p. 438 considera grave todas las adicciones a las sustancias previstas en el art. 20.2. En el mismo sentido CASTELLÓ NICÁS, “Exención...”, cit., p. 333 propone la supresión del adjetivo “grave” del art. 21.2 en coherencia con los términos empleados en el ámbito del tratamiento.

⁶⁷ Entienden que esta exigencia es una referencia a la elemento psicológico de la atenuante CORDOBA RODA; “Comentarios...”, cit., p. 232; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Comentarios...”, cit., p. 141; PÉREZ- CURIEL CECCHINI, “Tratamiento...”, cit., p. 278; SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, “La imputabilidad...”, cit. p. 216; Díez RIPOLLÉS, “Derecho penal...”, cit., p. 466.

⁶⁸ Así PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit., p. 361 alude a que la relación causal entre el delito y la droga puede ser directa o indirecta. En el mismo sentido CORDOBA RODA, Comentarios...”, cit., p. 233; Díez RIPOLLÉS, “Derecho penal...”, cit., p. 467. La jurisprudencia rechaza la aplicación de la atenuante de drogadicción si falta la relación de la adicción con el delito cometido: STSS de 2 octubre de 2007 RJ 7423, 2 de octubre de 2007 RJ 7423.

tercer nivel de graduación de la imputabilidad en materia de drogas, que se aplica cuando la intensidad de la afectación de la capacidad cognoscitiva y/o volitiva provocada por el consumo de drogas no alcanza el grado de la eximente incompleta. Se incluyen tanto los casos de intoxicación o síndrome de abstinencia con efectos insuficientes para excluir la imputabilidad o dar lugar a la eximente incompleta, siempre que vengan determinados por una grave adicción, como los supuestos en que no existiendo intoxicación ni síndrome de abstinencia el delito se comete por causa de la adicción⁶⁹.

Otros autores y la corriente jurisprudencial mayoritaria encuentran el fundamento de la atenuación no en el déficit intelectual o volitivo producido por el consumo de drogas, sino en la incidencia de la adicción en el proceso de motivación del agente. La atenuante no toma en consideración las posibles alteraciones que la grave adicción haya podido producir en la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, sino la incidencia que tal adicción tuvo sobre la motivación que llevó a la resolución de voluntad antijurídica. Se trata de la respuesta penal a la llamada delincuencia funcional. Lo que determina su configuración como una atenuante independiente de la eximente de intoxicación y del síndrome de abstinencia⁷⁰. Ello no impide que la grave adicción pueda concurrir con una intoxicación o un síndrome de abstinencia, lo que determinará la aplicación de la eximente completa o incompleta si concurren sus requisitos.

Tal fundamento ha llevado a algunos autores a considerar que se trata de una

⁶⁹ En este sentido MIR PUIG, “Derecho...”, cit., p. 620; MORALES PRATS, “Comentarios...”, cit., p. 193; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, “Derecho penal...”, cit., p. 373; PADILLA ALBA, “Exención...”, cit., p. 201 y en la jurisprudencia, así la STS de 3 de abril de 2009 RJ 2941 afirma “que con arreglo al Código Penal de 1995, la intoxicación por drogas, junto con la producida por bebidas alcohólicas integraría la eximente del núm. 2º del art. 20, cuando determine una disminución de las facultades psíquicas tan importante, que impida al autor del hecho delictivo comprender la ilicitud del mismo o actuar conforme a esa comprensión, siempre que no hubiese sido buscada de propósito para cometer la infracción penal, y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión. Cuando la pérdida de las facultades intelectivas o volitivas del acusado se produce, sin privarle de la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de actuar conforme a tal comprensión, disminuya de forma importante tal capacidad de comprensión y de decisión, deberá apreciarse la eximente incompleta, al amparo del núm. 1º del art. 21 del Código Penal de 1995, en relación con el núm. 2º del art. 20 del mismo Cuerpo legal, o la simple atenuante del art. 21.2ª, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción al consumo de bebidas alcohólicas, o bien la analógica del art. 21.6ª, cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de querer sea leve, cualquiera que sean las circunstancias que la motivan, que deberá traducirse igualmente en una disminución de su capacidad cognoscitiva y volitiva, apreciada judicialmente. En el mismo sentido las SSTS 17 de febrero de 1997 RJ 8769, 31 de marzo de 1997 RJ 1995, 5 de marzo de 1998 RJ 1768 de 30 de mayo de 2008 RJ 3625, 3 de abril de 2002 RJ 6713.

⁷⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, “Comentarios...”, cit., p. 112; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Imputabilidad y...”, cit. p. 320; ZUGALDÍA ESPINAR, “Fundamentos del Derecho Penal. Parte General”, 4ª ed. Valencia 2010, p. 355; LÓPEZ- BARJA DE QUIROGA, “Comentarios al art. 21.2” en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Código penal comentado”, 3ª ed. Barcelona, 2012, p. 142. En la jurisprudencia las SSTS de 22 de mayo de 1998 RJ 2944, 28 de mayo de 2000 RJ 6097, 4 de diciembre de 2000 RJ 10878, 30 de octubre de 2002 RJ 9662, 29 de mayo de 2003 RJ 5514, 23 de junio de 2004 RJ 5446, 29 enero de 2008 RJ 2692, 30 de abril de 2008 RJ 3578, 19 de mayo de 2011 RJ 4013, 17 de julio de 2011 RJ 6770, 15 de abril de 2013 RJ 3969, 28 de junio de 2013 RJ 6433 y 17 de julio de 2013 RJ 6770.

atenuante que disminuye la imputabilidad del sujeto, en el sentido de que la necesidad imperiosa de consumir droga es un factor que, si bien no disminuye la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su conducta, sí disminuye la capacidad de actuar conforme a esa comprensión, pues la compulsión a consumir droga disminuye la capacidad del sujeto para determinar su voluntad, en otras palabras, la posibilidad de ajustarse a la norma está disminuida⁷¹. Otro sector doctrinal sostiene que se trata de una atenuante vinculada a una menor exigibilidad de la conducta, dado que la adicción es un factor que determina la anormalidad del proceso de motivación⁷².

La naturaleza independiente de esta atenuante en relación con la exigente de intoxicación o síndrome de abstinencia permite que se pueda aplicar como muy cualificada en los casos en que la adicción afecte de modo muy intenso la capacidad de sujeto para determinar su voluntad, es decir, cuando el deseo o la compulsión a consumir la sustancia es especialmente intenso, sin llegar a excluir tal capacidad volitiva⁷³.

Por el contrario, los que sostienen que la atenuante se configura como el tercer nivel de graduación de la imputabilidad por el consumo de drogas niegan la apreciación de ésta como muy cualificada argumentando que no hay espacio entre la atenuante de grave adicción y la exigente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia⁷⁴.

Antes de la entrada en vigor del Código penal, el Tribunal Supremo venía aplicando la atenuante analógica de enajenación mental o de trastorno mental transitorio a los supuestos en que el sujeto activo del delito presentaba una adicción a las drogas.

⁷¹ Así DÍEZ RIPOLLÉS, "Derecho penal...", cit., p. 467; MORALES PRATS, "Comentarios...", cit. p. 193

⁷² Expresamente SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, "La imputabilidad...", cit. pp. 212-213. Así también ZUGALDÍA ESPINAR, "Fundamentos...", cit. p. 355.

⁷³ Admiten la aplicación de la atenuante como muy cualificada SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, "La imputabilidad...", cit., p. 218, DÍEZ RIPOLLÉS, "Derecho penal...", cit. p. 469 y en la jurisprudencia las SSTs de 24 de febrero de 2005 RJ 1857 y la de 2 de marzo de 2006 RJ 7476, 27 de junio de 2006 RJ 4945, 6 de noviembre de 2009 RJ 116, 17 de julio de 2013 RJ 6770.

⁷⁴ CASTELLÓ NICÁS, "La imputabilidad...", cit., p.p. 286-288, DEL MISMO, "Exención...", cit. p. 321; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA; "Comentarios...", cit., p. 141. PADILLA ALBA, "Exención...", cit., p.p. 204-207, que solo aplica la atenuante analógica para los supuestos de intoxicación aguda que no dé lugar a la aplicación de la exigente completa ni incompleta ni tampoco a la atenuante de grave adicción por no ser adicto o bien porque siendo adicto el delito no se ha cometido a causa de esa adicción; PUENTE SEGURA, "Circunstancias...", cit., pp. 361 y 431 solo la aprecia cuando exista una grave adicción a otras sustancias distintas de las previstas en el número 2 del art. 20 y niega también que se pueda aplicar la exigente incompleta de síndrome de abstinencia por no concebir una situación intermedia entre el síndrome de abstinencia y la grave adicción. En el mismo sentido la STS de 11 de mayo de 2010 RJ 8839 afirma "sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la exigente incompleta, con idénticos efectos penológicos. Así también las SSTs de 28 de septiembre de 1998 RJ 7369, 31 de marzo de 1999 RJ 2692, 12 de julio de 1999 RJ 6211, 14 de julio de 1999 RJ 6177, 18 de diciembre de 2004 RJ 1086, 26 de julio de 2006 RJ 6299.

Con la inclusión en el Código de la atenuante de grave adicción la aplicación de la atenuante analógica de la eximente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia y de la propia atenuante del 21. 2 se presenta más problemática.

Para un sector doctrinal la introducción de la atenuante de grave adicción impide la aplicación de la atenuante analógica en relación con el consumo de drogas, en la medida que concibe la atenuante de grave adicción como el tercer nivel de graduación de la imputabilidad, nivel que con anterioridad al Código penal de 1995 daba lugar a la apreciación de la atenuante analógica⁷⁵.

Otros autores y la mayoría de la jurisprudencia admiten la aplicación de la atenuante analógica en relación con la eximente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia cuando la incidencia en las facultades intelectivas o volitivas es de menor intensidad que la exigida a la eximente incompleta, y en relación con la atenuante del art. 21.2 para supuestos de adicción de menor intensidad a las sustancias previstas en el art. 20.2, por tratarse de adicción a sustancias que no son susceptibles de causar grave daño a la salud, por falta de la relación de la adicción con el delito, o por tratarse no de una adicción, sino de un abuso del drogas que afecta a la capacidad volitiva del sujeto⁷⁶.

En mi opinión, si se parte de la consideración de la atenuante de grave adicción como el tercer nivel de graduación de la imputabilidad, no cabe apreciar la atenuante analógica de la eximente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia, al menos cuando el intoxicado o el que sufre el síndrome de abstinencia sea adicto a las sustancias, pues en estos casos sería de aplicación la eximente completa o incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia, o bien la atenuante de grave adicción.

Por el contrario, su consideración como una atenuante independiente basada en la incidencia de la adicción en el proceso de motivación de la resolución de voluntad antijurídica permite la aplicación de la atenuante analógica tanto de la eximente

⁷⁵ SÁNCHEZ ILLERA, “Comentarios al art. 21.2” en VIVES ANTÓN, “Comentarios al Código penal de 1995” Vol. I, Valencia. 1996, p. 204; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Comentarios..., cit., p. 141 y una línea jurisprudencial minoritaria: SSTS 27 de febrero de 1998 RJ 659, de 31 de marzo de 1999 RJ 2692. La STS 23 de junio de 2010 RJ 3726 no admite la aplicación de la atenuante analógica cuando la adicción no es grave.

⁷⁶ CORDOBA RODA, “Comentarios..., cit., p. 233 admite que la atenuante analógica puede darse tanto respecto a la atenuante del número 1 como del número 2 del art. 21 cuando la intoxicación o el síndrome o la adicción produce una influencia escasa en el conocimiento o la voluntad; DIEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal..., cit., p. 467 la aprecia para casos de intoxicación o síndrome de abstinencia que acompañe a la dependencia grave; ZUGALDÍA ESPINAR, “Fundamentos..., cit., p. 355 para los supuestos de mero abuso, sin llegar a la dependencia. En la jurisprudencia se ha aceptado la atenuante analógica respecto a la eximente incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia, (SSTS de 12 de marzo de 1998 RJ 2351, 16 de noviembre de 1999 RJ 8942, 14 de abril de 2005 RJ 5134, 27 de junio de 2006 RJ 9445, 24 de octubre de 2007 RJ 7305, 29 de enero de 2009 RJ 440, 8 de marzo de 2010 RJ 1471, 18 de noviembre de 2012 RJ 1648, 1 de abril de 2013 RJ 3184), como la atenuante analógica en relación con la atenuante de grave adicción bien por tratarse de una “adicción a sustancias de efectos menos devastadores o menor antigüedad o intensidad de la adicción” (SSTS 12 de marzo de 1998 RJ 2351, 26 de julio de 2006 RJ 6299, 12 de febrero de 2007 RJ 1487, 11 de mayo de 2010 RJ 8839) o bien por “falta de relación de la adición con el delito” (SSTS de 17 de mayo de 2002 RJ 6731, 8 de abril de 2009 RJ 2945, 27 de julio de 2009 RJ 4616), o por tratarse de un consumidor habitual, que no adicto (SSTS 16 de mayo de 2003 RJ 6752, 18 de diciembre de 2004 RJ 5946, 25 de junio de 2007 RJ 6974, 2 de octubre de 2013 RJ 6892).

incompleta de intoxicación o síndrome de abstinencia cuando la intoxicación o el síndrome afecte de forma ligera la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, como de la atenuante del art. 21.2 a aquellos supuestos distintos a los previstos en esta atenuante, pero que respondan al mismo fundamento, esto es, situaciones de grave adicción a otras sustancias distintas a las previstas en el art. 20.2 que determinan una disminución de la capacidad de actuar conforme a la norma⁷⁷.

No comparto su aplicación a aquellos casos de “adicción” a las mismas sustancias que no alcanzan la intensidad suficiente para afectar a la capacidad de actuar conforme a la norma, pues ello supondría aplicar una atenuante incompleta. Me refiero a los casos en que existe un abuso de drogas, pero no una adicción a esa sustancia⁷⁸.

Por otro lado, en la medida que considero que toda adicción a las sustancias previstas en el art. 20.2 ha de considerarse grave, pues si el sujeto padece una adicción presenta una merma significativa de sus facultades volitivas, hasta el punto de aun siendo consciente del perjuicio que el consumo de estas sustancias provoca no puede vencer aquella compulsión, resulta aplicable la propia atenuante de grave adicción aun cuando la adicción se refiera a una sustancia no susceptibles de causar un grave daño a la salud, no siendo necesario acudir al recurso de la atenuante analógica.

La introducción de la atenuante de grave adicción supone cerrar el círculo de la influencia del consumo de drogas en la capacidad de culpabilidad, reconociendo que, con independencia de la situación de intoxicación o síndrome de abstinencia en el momento del hecho delictivo, el consumo de drogas reiterado puede ocasionar una adicción a las sustancias, que según la experiencia y los conocimientos científicos, influye en la capacidad volitiva del sujeto limitando de forma relevante su capacidad de actuar conforme a la norma dado la compulsión al consumo de esa sustancia. No está justificado, como ya indicamos, la exigencia de que la adicción sea grave, pues la mera adicción se caracteriza por una fuerte compulsión a consumir la sustancia, lo que permite afirmar que el sujeto tiene disminuida su capacidad de autocontrol de su voluntad.

Desde esta concepción de la grave adicción lo coherente hubiera sido reconocer a la grave adicción como un supuesto de semiimputabilidad y no como una mera atenuante de la culpabilidad. Lo que permitiría, sin necesidad de acudir a la analogía *in bonam partem*, aplicar al adicto la medida de seguridad de tratamiento de deshabituación.

⁷⁷ En este sentido se manifiesta PUENTE SEGURA, “Circunstancias...”, cit., p. 438.

⁷⁸ La STS de 8 de mayo de 2013 RJ 7318 alude, en el mismo sentido, a que “la atenuante analógica no puede convertirse en una puerta falsa por la que “colar” los casos en los que no se dan los requisitos de la atenuante de grave adicción. Se convertiría en una especie de atenuante incompleta”.