

## **Francisco Javier Bretones Alcaraz**

Abogado del Ilustre. Colegio de Abogados de Almería. Socio FICP.

### **~El objeto material del art. 369bis CP~**

#### **I. CUESTIONES PREVIAS**

La remisión que realiza el art. 369 bis del CP al art. 368 del CP nos pone de manifiesto que al igual que en este último, las drogas tóxicas, los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, constituyen el objeto materia del delitos que estamos analizando..

Esta agravación sólo puede ir referida a las sustancias que sean objeto material del art. 368 y cuando se trate de las sustancias contenidas en el art. 371 -precursores- únicamente podría ser de aplicación el art. 371.2.<sup>1</sup>

Debemos recordar que es con la reforma del art. 344 del CP efectuada por la L.O. 8/1983 de 25 de junio, cuando se introducen por primera vez las sustancias psicotrópicas, pues la regulación anterior únicamente recogía las drogas tóxicas y estupefacientes.<sup>2</sup>

Además, se introduce con esa reforma del año 1983, por primera vez, la distinción entre sustancias que causan grave daño para la salud y el resto, lo que tiene una trascendencia punitiva evidente.<sup>3</sup> Dicha distinción también se recoge en el art. 369 bis del CP, estableciendo penas diferentes para cada tipo de “sustancias y productos”.

---

<sup>1</sup> Gallego Soler, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP. y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, 1999, p. 183. Afirmación realizada en relación a la agravación de primer grado del art. 369, 6 del CP en su redacción de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.

<sup>2</sup> El art. 344,1 del CP tras la reforma de la LO 8/83 de 25 de junio queda redactado así: “*Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.*”

<sup>3</sup> Landrove Díaz, G.: Trafico de drogas y represión en Estudios Penales y Criminológicos nº 17. 1994, quien menciona como novedades de la reforma de la LO 8/83, entre otras: 4.- Se mencionan junto a las drogas y estupefacientes, las sustancias psicotrópicas. 5.- Se distingue en la imposición de la pena, entre sustancias que causen grave daño a la salud y aquellas otras que no lo causen. Se diferencia, por tanto, entre drogas duras y drogas blandas.

REY HUIDOBRO refiere como el término “droga” puede definirse desde distintos puntos de vista (vulgar<sup>4</sup>, médico, farmacológico, etc), que pueden o no coincidir entre sí, pero es el concepto legal el que nos interesa y no prestando atención a las drogas legales tabaco y alcohol a pesar de ser incluso mas peligrosas que otras ilegales, lo que ha motivado críticas de varios autores. Ahora bien, el legislador ha omitido fijar un concepto jurídico-penal de droga, que ha determinado que surjan diferentes teorías sobre que sustancias o productos deben incluirse en el art. 368 del CP como drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.<sup>5</sup>

En cuanto al “estupefaciente” es un término que según MARTÍNEZ BURGOS, hace referencia a drogas que dosis altas producen adormecimiento de las facultades físicas y morales, incluyendo aquellas que tienen la propiedad de apaciguar el dolor físico y moral.<sup>6</sup>

Antes de exponer las distintas posiciones doctrinales existentes en relación a sustancias se debe entender incluidas en el tipo penal del art. 368 CP, si existe acuerdo en la doctrina en aceptarse como concepto general de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas el efectuado por la Organización Mundial de la Salud: «sustancias naturales o sintéticas que provocan, como efectos, un deseo

---

<sup>4</sup> Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C./ESCUDERO MORATALLA J. F./FRIGOLA VALLINA, J.: «Delitos contra la salud pública (II):Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes», Bosch, Barcelona, p. 169. Dentro del concepto de droga vulgar o popular comprenden: el alcohol, el tabaco, la caféina, la cocaína, haschís, LSD etc. Distinguen posteriormente entre drogas legales e ilegales. CÓRDOBA RODA en cuanto al sentido vulgar de droga atiende a la definición del Diccionario de la Real Academia de la lengua como “nombre genérico de ciertas sustancias minerales, vegetales o animales que se emplean en la medicina, en la industria o en las bellas artes.”, pero no parece apropiada esta noción para la determinación del significado del término “droga” del art. 344 CP pues omite toda referencia a los fenómenos de dependencia y no incluye las materias de índole sintética. Vid. CORDOBA RODA, J., El delito de tráfico de drogas, Estudios penales y criminológicos, nº 4, Cursos y Congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pp. 17 y 18.

<sup>5</sup> REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de trafico de drogas. Aspectos penales y procesales. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia , 1999, p.103.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ BURGOS, C.: Las drogas ante la ley, León,1973, p. 111. Asimismo HERNÁNDEZ GIL habla de estupefaciente en sentido farmacológico como cierto tipo de drogas que suministradas en dosis altas, llevan a un estado de reducción de la conciencia y la sensibilidad, produciendo un bienestar artificial merced a sus efectos anestésicos (adormecimiento o somnolencia) o analgésicos. Pero mas bien se vienen considerando estupefacientes otros grupos de drogas que producen resultados distintos e incluso opuestos como aumentar la actividad física y mental (anfetaminas, cocaína) y otras producen hiperactividad de reflejos o alteraciones de percepción sensorial (cannabis indica, acido lisérgico o LSD). Vid. HERNÁNDEZ GIL, F.: “El tráfico de estupefacientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley, 1981.

incontenible o una necesidad de continuar consumiendo la sustancia, tendencia a aumentar la dosis y dependencia física a los efectos de la droga»<sup>7</sup>.

La determinación del objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 344 del Código Penal no ha dejado de plantear problemas, desde la perspectiva del principio de legalidad.

## **II. POSICIONES DOCTRINALES:**

### **1. Teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias.**

La posición doctrinal mayoritaria es la que sostiene que el tipo del art. 368 de CP es una ley penal en blanco que se remite a la normativa extra-penal y, en particular, a las Listas de los Convenios Internacionales ratificados por España.<sup>8</sup>, y/o legislación interna de desarrollo que recoge listas de sustancias de los Convenios internacionales ratificados por España, listas que son modificadas por Órdenes Ministeriales.

Dentro de esta línea doctrinal hay que diferenciar a su vez dos posiciones:

- a) La que sostiene que el Código Penal se remite directamente a las listas anejas a los Convenios internacionales suscritos y ratificados por España que son, la Convención Única de estupefacientes de 1961, el Convenio de sustancias psicotrópicas de Viena de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, los cuales, en virtud del artículo 96- 1 de la Constitución y del artículo 1- 5º del Código Civil, han entrado a formar parte de nuestro ordenamiento interno.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M<sup>a</sup>. J.: “Libro II Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III, de los delitos contra la salud pública” en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004, p. 1561.

<sup>8</sup> Por todos, ARROYO ZAPATERO, L.. “Aspectos penales del tráfico de drogas”, Poder Judicial, 11, 1984, pp.22 y ss. Mas recientemente, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las Convenciones de Naciones Unidas. El sistema de listas, en AAVV, El delito de tráfico de drogas, Álvarez García, F. J. (dir.), Álvarez García, F. J./Manjón-Cabeza Olmeda, A. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 54. Criterio también mantenido por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo número 1/1984, de 4 de junio.

<sup>9</sup> Línea a la que se unen BELLOCH JULBE, J. A.: La reforma del artículo 344 del Código penal: una visión judicial, en Comunidad y Drogas, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, Monografía N° 3, Modificaciones penales y atención de personas con drogodependencias, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, Mayo 1988, pp. 71 y s.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: El marco normativo de las drogas en España, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XCV de la segunda época, N° 3,

En concreto, en cuanto a los estupefacientes, el art. 1, apartado j, de la Convención Única de New York de 30 de marzo 1961 sobre estupefacientes, ratificada por España por Instrumento de 3 de febrero de 1966, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, también ratificado por España por Instrumento de 15 de diciembre de 1972, dice que *“por estupefaciente se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas anexas a la misma.”* Asimismo, en el art. 2,5 se dispone que *“Los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización...”*. Las sustancias estupefacientes recogidas en la Convención Única de 1961 son básicamente: el opio y sus alcaloides y derivados, la coca y los suyos, la cannabis y la resina de cannabis.

En lo referente a sustancias psicotrópicas el Convenio sobre uso de sustancias psicotrópicas de 31 de febrero 1971, ratificado por España mediante Instrumento de Adhesión de 2 de febrero de 1971, en su art. 1, apartado e), entiende por sustancia psicotrópica *“cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV.”* Por su parte, la Convención contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 19 de diciembre de 1988, que fue ratificada por España en Instrumento de 30 de julio de 1990, a la hora de definir las mismas, se remite a los anteriores Convenios de 1961 y de 1971. En cuanto a las sustancias psicotrópicas contenidas en dicho Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971, son, a grandes rasgos, los alucinógenos, las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes.

- b) La línea doctrinal que defiende que los Convenios Internacionales son normas internacionales no directamente aplicables en los sistemas penales de los países adheridos, por lo que deben ser desarrollados por otras disposiciones internas, en el caso español por normas de carácter administrativo. En concreto, las sustancias indicadas en la Convención Única de 1961 mas arriba referida se han recogido en

---

Septiembre 1987, pp. 384 y ss y también del mismo autor *“La política criminal en materia de drogas en España, en Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada, Hoy y mañana, Madrid, 1999, p. 90, aunque introduciendo la matización de que no se considerará droga si la sustancia se aparta del concepto médico o farmacológico de droga; BERISTAIN IPIÑA, A.: «Delitos de tráfico ilegal de drogas (art. 344 del CP).», en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*. 1. V, vol. 2, 1985, p. 762; LORENZO SALGADO, J. M.: *De los delitos contra la salud pública*, Documentación Jurídica, 1983, p. 975.*

la Ley de estupefacientes de 8 de abril de 1967<sup>10</sup>. Por otro lado está el RD 2829/1977<sup>11</sup> de 6 de octubre que regula las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación.<sup>12</sup>

ACALE SÁNCHEZ recoge en su estudio de las posiciones doctrinales en relación al objeto material del tipo penal del art.368 CP, la discusión dentro de doctrina en relación a si el delito queda convertido en una ley penal en blanco a rellenar con lo dispuesto a rellenar con lo dispuesto en las mencionadas Listas de los Convenios (BELLOCH JULBE) o si, por el contrario, se trata de una ley penal completa en la que se incluye un elemento normativo singular situado en una ley de carácter no penal -el concepto mismo de droga tóxica- al que ha de recurrirse para dotar de contenido al objeto material del delito (PALMA HERRERA).<sup>13</sup>

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de una manera unánime ha mantenido, en la concreción del objeto material, el criterio de definición rígida o “enumeración concreta”, por remisión a elencos de sustancias recogidas en los listados de los Convenios internacionales anteriormente reseñados. Así debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1989, núm. 4976/1989, que establece en su Fundamento de Derecho Octavo lo siguiente:

---

<sup>10</sup> En el art. 2 de la Ley de estupefacientes de 8 de abril de 1967 se establece:” en su artículo 2 establece: "a los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I Y II de los anexos al Convenio Único sobre estupefacientes, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito nacional, por el procedimiento que reglamentariamente se establezca, y que tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos, los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas anexas al citado Convenio, que no podrán ser objeto de producción, fabricación, tráfico, posesión o uso, con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Dirección General de Sanidad".

<sup>11</sup> El Decreto contiene en sus anexos 1 y 2, varias listas de productos psicotrópicos, que recogen todas las de la Convención de Viena de 1971 y en el artículo 1 de dicho Real Decreto se dice que "quedan asimismo sometidas a lo previsto en dicha disposición las sustancias que en el futuro puedan ser incorporadas a sus listas, así como los preparados que las contengan

<sup>12</sup> Postura mantenida por REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.108; CARBONELL MATEU, J. C., Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales EDERSA, Madrid, 1986, p. 341.

<sup>13</sup> Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 73 y 74. Añadiendo que para los dos la consecuencia es: aquellas drogas tóxicas que a pesar de causar el mismo daño a la salud del consumidor que no se encuentren incluidas en los listados internacionales en el momento en que se lleve a cabo su elaboración o tráfico, no serían castigadas penalmente .

“En nuestro país, como es sabido, al igual que sucede en otros, no se dan un concepto jurídico-penal de drogas. Se sigue, por el contrario, un sistema enumerativo, bien por remisión a los Convenios internacionales, firmados y ratificados por España, y en vigor aquí por haber sido publicados en el Boletín Oficial del Estado, que utilizan el sistema de listas, o, respecto a nuevos productos, por la determinación, por Orden Ministerial -hoy de Sanidad y Consumo- de ser sustancia estupefaciente o psicotrópica.”

Asimismo, la STS 558/1996 de 11 de septiembre, en su Fundamento de Derecho Sexto establece lo siguiente:

“Respecto del objeto material del delito contra la salud pública del art. 344 del Código Penal, y por lo que a los estupefacientes se refiere, en la Circular 1/1984 de la Fiscalía General del Estado, se dice que por tales sustancias, a los fines del citado artículo del Código Penal, hay que entender «sólo las relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado, en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 ( RCL 1966\733; RCL 1967\798 y NDL 12431) y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley 8 abril 1967 ( RCL 1967\706 y NDL 12434) (Sentencias 14 febrero 1974 [ RJ 1974\758], 22 febrero 1974 [ RJ 1974\855], 24 septiembre 1974 [ RJ 1974\3405], 17 marzo 1975 [ RJ 1975\1181], 4 abril 1975 [ RJ 1975\1555], 23 mayo 1975 [ RJ 1975\2289], 4 junio 1975 [ RJ 1975\2784], 6 marzo 1975 [ RJ 1975\864], 1 abril 1977 [ RJ 1977\1534], 28 octubre 1978 [ RJ 1978\3644], 22 noviembre 1978 [ RJ 1978\3746], 22 junio 1981 [ RJ 1981\2784], 30 septiembre 1981 [ RJ 1981\3412], 8 junio 1981 [ RJ 1981\2623] y 22 marzo 1984 [ RJ 1984\1849], entre otras)».

Esta misma Sentencia de 11 de septiembre de 1996 se pronuncia sobre la posible vulneración del principio de legalidad al condenarse por el tráfico de sustancias únicamente recogidas para el ámbito interno y mediante Órdenes Ministeriales. Así, dicha Sentencia hace referencia a la posibilidad, prevista por el Convenio de Viena de 1971 sobre uso de sustancias psicotrópicas, de ampliación y de modificación de las Listas anexas a dicho convenio (v. art. 2.º del mismo) y que, con independencia de las normas prevenidas en el Real Decreto 2829/1977, de 6 octubre, del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, sobre fabricación, distribución, prescripción, y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, por dicho Ministerio se han dictado, posteriormente, diversas Ordenes Ministeriales, entre ellas la de 30 mayo 1986, por la que se incluye en la lista I del anexo I del Real Decreto anteriormente citado- entre otras sustancias- la “3-4 metilene dioximetanfetamina (MDMA).<sup>14</sup>

Pues bien, dicha STS establece lo siguiente:

“La actualización -por medio de Ordenes Ministeriales- de las listas de las sustancias prohibidas puede plantear dudas sobre su constitucionalidad. No obstante, ha de reconocerse que limitar la actualización de tales listas a las decisiones de los órganos internacionales competentes o a las leyes de los Parlamentos no parece, desde el punto de vista de la realidad de las cosas, el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran

---

<sup>14</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L.: “Objeto material en el art. 368 del CP: Planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del T.S.”, en Delitos contra la salud pública y contrabando. Cuadernos de derecho judicial, 2000, pp.328 y 329.

variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, harían ineficaces, en buena medida, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia, y, en definitiva, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa sociales. En todo caso, es posible interpretar la exigencia constitucional de la reserva de ley (v. arts. 53 y 81 CE), en el sentido de que la misma se cumple adecuadamente por el propio artículo del Código Penal, por cuanto las actualizaciones cuestionadas no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal. A esta conclusión cabe llegar a la vista de la doctrina sentada por esta Sala, que ha venido sancionando las conductas tipificadas en el citado artículo del Código Penal relativas tanto a las sustancias incluidas directamente en las listas anexas de los correspondientes Tratados Internacionales, como las posteriormente incorporadas a ellas en el ámbito interno en virtud de las pertinentes órdenes ministeriales. Así se desprende de la constante doctrina jurisprudencial relativa a este tipo de sustancias, cuyo tráfico ilegal se considera incluido en el ámbito del precepto penal cuya infracción se denuncia (v. SS. 6 marzo, 15 febrero, 18 mayo y 27 septiembre 1995 [RJ 1995\1806, RJ 1995\857, RJ 1995\3903 y RJ 1995\6749], y las en ellas especialmente citadas y más recientemente la de 5 febrero 1996 [RJ 1996\795], entre otras).”

También la Jurisprudencia se ha pronunciado sobre la discusión doctrinal, anteriormente indicada, sobre a si el delito queda convertido en una ley penal en blanco a rellenar con lo dispuesto a rellenar con lo dispuesto en las mencionadas Listas de los Convenios o si, por el contrario, se trata de una ley penal completa en la que se incluye un elemento normativo singular situado en una ley de carácter no penal al que ha de recurrirse para dotar de contenido al objeto material del delito. Concretamente, se ha pronunciado en las STS 849 /1995 de 7 de julio y en la STS de 18 de marzo 1997,<sup>15</sup> viniendo a determinar que el art. 344 del CP no contiene una norma penal en blanco sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo.

No podemos dejar de mencionar la postura de QUERALT JIMÉNEZ, quien argumenta que: “El problema se plantearía -se plantea muy frecuentemente- si

---

<sup>15</sup> STS 849/1995, de 7 de julio establece en su fundamento de Derecho 4º lo siguiente: “*En efecto, un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el artículo 344 CP -a diferencia de lo que sostiene el recurrente- no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el artículo 344 CP se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en «ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico», o de otro modo «promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines», es decir en una conducta que el texto del artículo 344 CP describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma. Ciertamente es frecuente que para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta Sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1961, como lo hace también la sentencia recurrida. Pero de ello no es correcto deducir que el artículo 344 CP constituye una Ley Penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el artículo 344 CP, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo.*”

apareciera una nueva sustancia no clasificada; entiendo que, como la referencia legal de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos más que una norma penal en blanco es un elemento normativo del tipo, puede llenarse de contenido acudiendo a los listados internacionales asumidos por el ordenamiento español -la nocividad está demostrada- y al peritaje de las drogas nuevas y/o no incluidas en aquéllos”<sup>16</sup>.

MONTERO LA RUBIA hace referencia a como las sustancias y productos con las que se trafica cambian constantemente por la inventiva del hombre, y como la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, publica periódicamente tres listas, que se pueden consultar en Internet en la página de dicha Institución, (www.incb.org.), conteniendo las sustancias fiscalizadas conforme al siguiente orden<sup>17</sup>:

- La lista «amarilla» de sustancias catalogadas como estupefacientes.
- La lista «verde» de sustancias catalogadas como psicotrópicas.
- La lista «roja» de sustancias catalogadas como precursores.

## **2. Sistema de definición elástica o del arbitrio judicial**

Parte de la doctrina científica se ha mostrado partidaria de la denominada teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial, según la cual lo que cuenta no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley plasmada en el Texto del artículo 344 del Código Punitivo, del cual no se desprende que haya de acudir a los Convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para entender el sentido y alcance de las expresiones contenidas en dicho precepto penal, por lo que entienden que es en el citado artículo, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática, donde hay que buscar el concepto de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica, sin despreciar, lógicamente, el valor orientador o informativo que para el Juzgador han de tener las listas contenidas en los Convenios internacionales suscritos por España, en estas materias.

---

<sup>16</sup> QUERALT JIMENEZ, J. J.: Derecho Penal español. Parte especial. 6ª edición, edit. Atelier, Barcelona, 2010, p. 1058.

<sup>17</sup> MONTERO LA RUBIA, F. J.: Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la Jurisprudencia del T.S. sobre tráfico de drogas. Edit. Bosch, 2007, p.17.



MUÑOZ CONDE haciendo referencia al concepto de droga dado por la OMS, que ya ha sido indicado en el encabezamiento de este capítulo, afirma este concepto médico es muy importante para entender la referencia a la droga en el art. 368 del CP y que son los criterios médicos o sanitarios los que deben decidir el ámbito de prohibición de dicho precepto. Añade que precisamente que hay sustancias, como el cannabis y sus derivados, que a pesar de recogerse en las listas anejas del Convenio de 1961, no obedece su inclusión a esos criterios médicos o sanitario, o que, no son más nocivas que el alcohol o el tabaco. Sostiene el autor que el tipo penal del art. 368 del CP y demás artículos del mismo capítulo, no están estructurado como una norma penal en blanco, sino como delitos autónomos cuyo supuesto de hecho debe determinarse en función de criterios meramente penales como el del bien jurídico protegido y el de su ubicación sistemática entre los delitos «contra la salud pública».<sup>18</sup>

JOSHI JUBERT que está en la misma línea de MUÑOZ CONDE, pone de manifiesto tres argumentos contrarios a la teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias.<sup>19</sup>

Volviendo a MUÑOZ CONDE, el mismo defiende la necesidad de un concepto penal autónomo de droga tóxica o estupefaciente con base en tres argumentos: a) “Evitar el automatismo con que se considera reiteradamente que algunas sustancias tienen este carácter simplemente por su inclusión en los Convenios internacionales, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto ni el bien jurídico protegido en este delito y en todo el Capítulo: la salud pública”; b) Evitar que la remisión a la normativa extrapenal puede plantear, además, “lagunas de punibilidad en relación con el descubrimiento de nuevas drogas que no se encuentren mencionadas en las listas de

---

<sup>18</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Ediciones, 19ª, 2013, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 619 y 620. Con el mismo criterio ACALE SÁNCHEZ afirma que “desde el art. 368 del Código se puede deducir un concepto penal de drogas tóxicas, para lo cual, las Listas sirven de criterio orientativo”. Lo definitivo es el concepto de la Organización Mundial de la Salud. ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, 2002, p. 74

<sup>19</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, U.: Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 del CP. Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales., Bosch, Barcelona, 1999, p. 55 y ss, expone dichos argumentos: “a) Por lo menos en lo que a la legislación estatal se refiere, la definición del objeto del delito y, en definitiva, la decisión de si existe o no delito, puede llegar a depender de disposiciones administrativas, incluso de Órdenes Ministeriales; b) si bien el Tribunal Constitucional ha considerado constitucional el recurso a las denominadas leyes penales en blanco, los principios y requisitos que deben observar a tenor de la doctrina constitucional dudosamente se cumplen en el art. 368 del texto punitivo, y c) los cambios legislativos no penales afectarán no sólo al propio alcance del objeto del delito, sino a otros puntos, como al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable y al error sobre el objeto.”

los Convenios Internacionales”; c) Facilitar la interpretación de cuáles son las sustancias o productos que causan grave daño a la salud y cuáles no, ya que la pena del tipo básico se distingue en función de este criterio, que, sin embargo, es desconocido en los Convenios Internacionales.

### **3. Teoría de la diversificación de drogas y estupefacientes de RODRÍGUEZ DEVESA.**

El mismo afirma que “el primer problema consiste en determinar el concepto de *drogas tóxicas* o *estupefacientes*. Por *tóxicos* hay que entender los venenos. Habrá que estimar como *estupefacientes* las sustancias comprendidas en las Listas I, II y IV que figuran a continuación el Convenio único de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional con arreglo a dicho Convenio, además de las que se declaren expresamente tales dentro de España.”<sup>20</sup>

### **4. Teoría de la susceptibilidad de perturbación de la salud (CÓRDOBA RODA).**

Entiende que para que estemos ante estupefacientes es necesario que la sustancia en cuestión sea de aquellas a las que se refiere el art. 2 de la Ley 17/67 de 8 de abril que incluye las sustancias comprendidas en las listas I, II y IV que figuran anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca. Pero, añade “que la sustancia esté contenida en preceptos de naturaleza no penal resulta necesario pero no suficiente para calificar aquella como droga tóxica o estupefaciente a los efectos del artículo 344 del CP. Y ello es así pues CÓRDOBA RODA exige que además la sustancia sea idónea para producir una significativa perturbación de la salud.”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Dykinson, Madrid, 1989, p.1070.

<sup>21</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, J. , El delito de tráfico de drogas, Estudios penales y criminológicos, nº 4, 1979-1980, p. 22.

## **5. Criterio mixto normativo-descriptivo de SÁNCHEZ TOMÁS.**

El mismo sostiene señala que mientras el concepto de droga tóxica tiene carácter descriptivo, los estupefacientes y los psicotrópicos son conceptos normativos utilizados tanto en los textos internacionales como en la ordenación administrativa en la materia. Para saber qué sustancias tienen la consideración de estupefacientes o psicotrópicos habrá que acudir a los convenios internacionales suscritos por España (Convenios de 1961 y 1971) o a las así consideradas en la normativa interna española... Sin embargo, el hecho de que la sustancia no esté incluida entre las consideradas estupefacientes o psicotrópicos, no excluye su aptitud para ser objeto material de este delito, al poder incluirse en el concepto de droga tóxica. Descriptivamente debe entenderse por droga tóxica toda aquella sustancia que sea adictiva, generando dependencia física y/o psíquica en el consumidor y tolerancia... Ciertamente, esta formulación mixta normativa-descriptiva puede provocar mayores cotas de inseguridad jurídica que la sola remisión a los listados internacionales de sustancias o la inclusión de las mismas en un Anexo al CP, pero ello —a su juicio— no permitiría la suficiente flexibilidad a la norma...”<sup>22</sup>

## **6. Criterio mixto de MAGALDI PATERNOSTRO. Toma de postura sobre la cuestión**

MAGALDI PATERNOSTRO mantiene que

“la normativa internacional contenida en los Convenios es, tras su ratificación y publicación, Derecho interno a tenor de lo dispuesto en el arto 96.1 de la Constitución Española, por lo que los conceptos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas deberán ser interpretados de acuerdo con el contenido de los mismos, que obliga a los Estados a sancionar penalmente las conductas relacionadas en los mismos y que coinciden con las contempladas en nuestro ordenamiento punitivo; no sucede lo mismo con la normativa estatal de naturaleza administrativa, que operaría como una mera pauta interpretativa, debiendo el intérprete ponderar el cumplimiento de las exigencias de grave potencial lesivo de las sustancias , derivadas del bien jurídico protegido.”<sup>23</sup>

Es con esta última postura con la que estamos mas conformes dado que entendemos que la modificación constante a través de disposiciones administrativas de las listas de sustancias que se estiman drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos genera problemas como los indicados por JOSHI JUBERT, que han sido debidamente

---

<sup>22</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. Derecho de las drogas y las drogodependencias. Fundación de ayuda contra la drogadicción, Madrid, 2002, p. 120.

<sup>23</sup> Cfr. MAGALDI PATERNOSTRO, M<sup>a</sup>. J.: “los delitos contra la salud pública” en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004, p. 1563.

expuestos con anterioridad,<sup>24</sup> generando inseguridad jurídica. Si efectivamente el Juzgador se encuentra ante una sustancia que no está recogida en las listas anexas de los Convenios Internacionales ya mencionados, entiendo que tendrá que acordar informe pericial sobre la nocividad de la sustancia y con el informe a su vista y conforme al concepto general de la Organización Mundial de la Salud resolver si es aplicable el tipo del art. 368 y siguientes del CP. Entiendo que las listas de sustancias contenidas en las Órdenes Ministeriales solo pueden ser utilizadas por los Tribunales de Justicia como mero criterio orientador interpretativo. El informe pericial del especialista deberá determinar la nocividad de la sustancia para la salud de las personas. Debe determinar en relación a la sustancia además de los efectos perjudiciales para el organismo, el nivel de dependencia física y psíquica que produce sobre la persona en general.

### **III. SUSTANCIAS Y PRODUCTOS QUE CAUSEN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y LAS QUE CAUSAN DAÑO NO GRAVE A LA SALUD**

#### **1. Estudio general**

El nuevo art. 369 bis del CP introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio como el art. 368 del CP fijan unas penas diferentes según el objeto de la conducta sea una sustancia o producto que cause grave daño a la salud o que el daño que cause a la salud no sea grave (“en los demás casos”).

Como ya se expuso con anterioridad esta distinción fue introducida por primera vez con la reforma del CP de la LO 8/83, de 25 de junio de reforma parcial y urgente del CP que modificaba el art. 344 del CP de 1973, siendo mantenida esa distinción en el CP de 1995.<sup>25</sup>

Como hemos expuesto como las listas contenidas en los Convenios Internacionales ratificados por España, indicados mas arriba, enumeran las sustancias que según la Jurisprudencia y la mayoría de la doctrina deben ser consideradas como drogas tóxicas, ya sea como estupefacientes, ya sea como sustancias psicotrópicas , pero no indican cuales son las que causan grave daño a la salud y cuales son las que causan daño pero no considerado como grave.

---

<sup>24</sup> Vid. Nota número 17 referente a las críticas de JOSHI JUBERT a la teoría de definición rígida o por elencos de sustancias.

<sup>25</sup> El art. 344 del CP tras la reforma de la Ley 8/83 de 25 de junio quedó así: “*Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.*”

Dentro de la doctrina española JOSHI JUBERT expone los requisitos que deben probarse para que pueda afirmarse que una sustancia causa grave daño a la salud: 1º

“Dado que este precepto de forma mediata protege la salud individual de las personas, deberá tratarse de una sustancia que en abstracto tenga capacidad de dañar de forma penalmente grave la salud individual, esto es, de lesionar de forma, sino irreversible, sí de difícil curación la salud de personas concretas... 2º Deberá comprobarse, a continuación, la idoneidad concreta para afectar gravemente la salud individual... De ahí que sea necesario comprobar en cada caso el grado de pureza y la cantidad de sustancia aprehendida, pues de tratarse de sustancia con un contenido muy bajo en principio activo o de una cantidad ínfima tendrá que rechazarse la posibilidad de poner en peligro la salud pública... 3º Pero puesto que en este precepto no se exige la lesión de la salud individual, sino de la pública, concepto este último más general y abstracto... no bastará para confirmar el daño a la salud pública la concurrencia de los dos requisitos anteriores, sino que la cantidad aprehendida lo deberá ser en cantidad apropiada para ser difundida entre una masa de población importante, o por lo menos entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada”.<sup>26</sup>

Ante el silencio de la ley y de los Convenios Internacionales sobre esta clasificación es la Jurisprudencia la que debe delimitar los criterios interpretativos de diferenciación entre unas y otras sustancias, para una adecuada aplicación del tipo penal.

Sobre la circunstancia de que es la Jurisprudencia la que debe a través de la labor de interpretación fijar cuales son las sustancias que causan grave daño a la salud se pronuncia la Sentencia del T.S. de fecha 25 de noviembre de 1996. Además la Sentencia aclara además que la norma penal del art. 368 del CP, en cuanto hace referencia a la mayor gravedad para salud de las personas, es conceptualizada como norma “abierta” pues que ha de ser completada con la labor hermenéutica de los Tribunales, no conculca el principio de legalidad.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, U.: Los delitos de tráfico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 del CP. Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales., Bosch, Barcelona, 1999, pp. 95 y 96.

<sup>27</sup> Fundamento de Derecho 1º de la STS de 25 de noviembre de 1996 dice: “... no cabe duda que no sólo el subtipo agravado de la notoria importancia, sino también el que hace referencia a la mayor gravedad para la salud de las personas, son normas «*abiertas*» que han de ser completadas por la interpretación jurisprudencial... No podemos entender que con esas normas se conculque el principio de legalidad, y, en definitiva, el de seguridad jurídica, ni mucho menos que los Tribunales, en su labor hermenéutica y de completar la norma, actúen fuera de su competencia (según se dice) y se conviertan en legisladores, ya que: a) El legislador, al dejar esas normas incompletas, fue perfectamente consciente de que era totalmente imposible señalar con una descripción de «*numerus clausus*», tanto las drogas que habían de entenderse como especialmente gravosas para la salud, como la medición de su cuantía en orden a la mayor o menor gravedad de su tráfico, y ello teniendo en cuenta la fluctuación que, en períodos no muy largos, sufre el mercado de esos productos, el consumo de los mismos, que muchas veces se debe a la moda de cada momento, y también a la proliferación o extensión de nuevas drogas, cuyos efectos nocivos son totalmente imprevisibles cuando se dicta la norma y se crea el tipo delictivo esencial, que es el tráfico, el cultivo, etc., de tales sustancias. Tan imposible es esa previsión, que de haberse redactado esa norma de manera que podríamos llamar «*encorsetada*», definiendo o fijando numeradamente los tipos agravados, en estos momentos estaría impune (o casi impune) el tráfico de la mayor parte de las llamadas drogas de diseño o laboratorio, surgidas y puestas de moda en los últimos años, cuya peligrosidad, no sólo ha

Los criterios jurisprudenciales tenidos en consideración para determinar si una droga causa mayor o menor daño a la salud vienen recogidos -entre otras muchas- en la STS de 12 de diciembre de 1994 (RJ 1994/679 ): «la mayor nocividad de las llamadas "drogas duras", se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o adición física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis».

CONDE-PUMPIDO, pone de manifiesto como el criterio seguido por la doctrina jurisprudencial al distinguir cuales son las drogas que dañan gravemente la salud de los "demás casos" (denominadas también de manera más común "drogas duras" y "drogas blandas", respectivamente) es de carácter casuístico, y las sustancias se clasifican inicialmente a través de la valoración de los correspondientes dictámenes periciales, hasta que se establece un criterio jurisprudencial constante, respecto de cada una de las sustancias.<sup>28</sup>

Así se recoge en la Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado que expresa lo siguiente: “a la hora de distinguir lo que en el lenguaje común son drogas “duras” o “blandas”, es conceptualización que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos , experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectadas por su consumo y de las listas anexas a los Convenios.”

ARROYO ZAPATERO<sup>29</sup> hace referencia al cambio de criterio jurisprudencial en relación a la distinción entre drogas duras y drogas blandas mencionando en primer lugar la STS 10 /1996 de 12 de enero Fundamento de derecho 5º en la que se afirma que “*La consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano...*” Ahora bien, en la misma Sentencia se plantea el problema de si una sustancia puede transmutarse en sustancia que causa grave daño a la salud

---

sido resaltada por los científicos, sino que se ha demostrado en la práctica diaria con su consumo, dados sus efectos siempre nocivos, y muchas veces letales.

<sup>28</sup>Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN. C.: *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, 1998, p. 3.409.

<sup>29</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L.: “Objeto material en el art. 368 del CP”. Cuadernos de derecho judicial, 2000, p. 335.

cuando su efecto gravemente perjudicial deriva de un uso incontrolado del producto. Pues bien en relación al Rohipnol y el Buprex finalmente mantiene lo siguiente: “Con respecto al Rohipnol y al Búprex ya la Sentencia de 17 mayo 1994 ( RJ 1994\3926) establece su composición gravemente perjudicial para la salud, pues aunque se trate de fármacos de disposición médica ordinaria, constituyen drogas de abuso cuando se dispone de ellas al margen del control dicho y producen una toxicidad neuropsicológica que se traduce en alteraciones de conductas (también las Sentencias de 14 julio y 27 mayo 1993 [ RJ 1993\6082 y RJ 1993\4264]).”

Posteriormente, mediante Acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de fecha 23 de marzo de 1998 , se establece un cambio de criterio precisamente en relación al Rohipnol que pasa a considerarse como sustancia que no causa grave daño a la salud.

Precisamente tras este Acuerdo de Sala el TS, cuando se dicta la STS núm. 1081/1999 en la que en relación al rohipnol se introduce un cambio de criterio afirmando lo siguiente:

“El uso ordinario de estos productos (refiriéndose al Rohipnol y al Transilium), como en casi todos los farmacológicos, no tiene otro efecto que el de crear hábito en dicho consumo, de ahí que la gravedad para la salud, deba deducirse de los efectos que necesariamente produce la sustancia, no de la manera o modo en que el receptor de ella decida consumirla . El comportamiento del usuario, o víctima potencial, no puede ni debe ser imputable al autor del tráfico ilegal cuando es aquél el que propicia, con su conducta, la mayor gravedad de su consumo, o la mayor gravedad de los efectos derivados de ese consumo .”

Estos cambios de criterio en la Jurisprudencia nos pone de manifiesto la clara inseguridad jurídica que genera una redacción tan abierta del tipo penal del art. 368 del CP remitiendo a los Tribunales la determinación de ciertos elementos normativos contenidos en su descripción típica. Prueba de la falta de uniformidad de los criterios jurisprudenciales sobre la calificación dentro de las diferentes drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas como sustancias que causan grave daño a la salud, se ha producido especialmente en relación a las anfetaminas y todos sus derivados (speed, retard y las drogas de diseño, como MDA –o píldora del amor-, MDMA –o éxtasis- o MDEA –EVA-). La anfetamina ha sido considerada dentro de las drogas que no causan grave daño a la salud hasta la STS de 1 de junio de 1994 (RJ 1994/4509), a partir de la cual se cambió el criterio y pasó a formar parte de las drogas que sí causan grave daño a la salud.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 73 y ss.

Además, REY HUIDOBRO pone de manifiesto que, “nunca la escasez de pureza puede convertir una droga considerada objetivamente como dura, en blanda. Basta, como dice la jurisprudencia, con constatar (a través del correspondiente dictamen pericial) la presencia del principio activo de la sustancia, para que se considere cometido el tipo base del artículo 368 del Código penal, sin necesidad de conocer el grado de pureza, que sí sería preciso por el contrario, para llegar a considerar la notoria importancia como subtipo agravado (SSTS de 8 de julio de 1994 (RJA 6649), 18 de octubre de 1995 (RJA 7556) y 11 de marzo de 1998 (RJA 2581)).”<sup>31</sup>

## **2. Dosis mínima psicoactiva**

Ahora bien, la pureza de la sustancia si podrá tener relevancia a efectos de la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual si la cantidad de principio activo de la sustancia en cuestión, determinada en el informe pericial correspondiente, está por debajo de la dosis mínima psicoactiva fijada en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, la misma no se estimará como objeto de la acción típica. Dicho informe fue solicitado a dicho organismo por acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala del TS de fecha 24 de enero de 2003.

Por dosis mínima psicoactiva se entiende conforme a la STS núm. 270/2011 de 20 de abril:

“... la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano, con independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades del consumidor y diferente, por tanto de las dosis de abuso habitual que es la utilizada en cada toma por los consumidores de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con "aptitud para satisfacer sus necesidades inmediatas". En otras Sentencias del TS, como la núm. de 28 de enero de 2004 se define como: “los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión.”

Sobre el principio de insignificancia traemos aquí la Sentencia del TS núm. 324/2014 de 15 abril en su Fundamento Único establece lo siguiente:

“...el objeto del delito contra la salud pública se determina con un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 de octubre de 1996 (RJ 1996, 8569) "el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de

---

<sup>31</sup> Cfr. REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de tráfico de drogas. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia , 1999, pp. 126 y 127.



los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal" es decir, cuando por dicha absoluta nimiedad la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo ( SSTS. 4.7.2003 (RJ 2003, 5914) , 18.7.2001 (RJ 2001, 6501) , 20.7.98 (RJ 1998, 5998) , 15.4.98 (RJ 1998, 3806) )

En definitiva ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CP ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y ha elaborado el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CP , aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios. Por tal razón ha tomado como referencia los cálculos del principio activo de cada droga respaldados por el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2.003, de tal manera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, aplicando los mínimos psicoactivos que resulta de las periciales ( SSTS. 4/2004 de 14.1 (RJ 2004, 2133) ; 152/2004 de 11.2 ; 221/2004 de 20.2 (RJ 2004, 1110) ; 259/2004 de 20.2 (RJ 2004, 1073) ; 366/2004 de 22.3 ; 1215/2004 de 28.10 ; 1.7.2005 (RJ 2005, 5332) , doctrina que ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 3 de febrero de 2.005 (JUR 2005, 73174) , en el sentido siguiente" continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa".

Dosis mínimas psicoactivas de las sustancias más habituales son: heroína: 0,66 miligramos; cocaína: 50 miligramos; hachís: 10 miligramos; MDMA: 20 miligramos; morfina: 0,002 gramos; y 20 microgramos (0,000002 gramos), para el LSD.

Y decíamos que la pureza de la sustancia podrá tener relevancia porque en ocasiones su determinación pericial será inocua. Así es, no siempre será imprescindible conforme a la doctrina del Tribunal Supremo determinar el porcentaje de principio activo de las drogas objeto de tráfico mediante la prueba pericial, pues el Tribunal sentenciador podrá a través de la prueba indiciaria llegar a la conclusión de que el porcentaje de principio activo es superior a la dosis mínima psicoactiva. Como ocurre en los casos en los que la cantidad de droga es bastante para inferir que la cantidad de principio activo está por encima de la dosis mínima psicoactiva establecida.

Esta doctrina es recogida en varias Sentencias del Tribunal Supremo, como la STS 380/2009 de 16 de abril, en la que se señala que la ausencia de analítica sobre el porcentaje activo de la droga ocupada no impide que a la vista de la cantidad de droga ocupada y otros datos se puede inferior razonadamente que se sobrepasó los límites del principio de insignificancia.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Otras SSTS que mantienen el mismo criterio: STS 910/2008 de 23 de diciembre: "Resultado innegable que a la vista de la ocupación de las 63 papelinas --hecho no cuestionado-- y a la vista del peso total, también no cuestionado, aún desconociendo el peso neto, está fuera de toda duda que se está por encima del umbral de los cincuenta miligramos de cocaína en relación a la totalidad del

### 3. Relación de sustancias que causan grave daño a la salud (referencia jurisprudencial)

Los criterios jurisprudenciales tenidos en consideración para determinar si una droga causa mayor o menor daño a la salud vienen recogidos -entre otras muchas- en la STS de 12 de diciembre de 1994 ( RJ 1995, 679) : «la mayor nocividad de las llamadas "drogas duras", se caracteriza por los siguientes efectos: produce tolerancia, es decir, mayor dosificación, en su uso continuado para conseguir similares efectos; ocasionan dependencia o adicción física y psíquica; la letalidad del producto con bajas dosis, de modo que el uso inadecuado o abusivo pueda producir, incluso por accidente, la muerte por sobredosis».

El Tribunal Supremo viene considerando como sustancias mas relevantes que causan grave daño a la salud las siguientes:

- 1) La heroína y la cocaína de una manera uniforme se han considerado drogas que causa grave daño a la salud y así se pone de manifiesto en la STS de 19 de junio de 1993 y también en este sentido, señala la núm. 10/1996 de 12 de enero :

«así nadie discute el efecto desintegrador de la personalidad que producen por ejemplo sustancias como la cocaína y la heroína, pero deben valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancias psicotrópicas que en ocasiones ha sido dicho se encuentran incorporadas a los productos farmacéuticos. Hacen referencia a la cocaína, como sustancia que causa grave daño a la salud las SSTS núm. 1014/1999 de 15 de junio y la núm. 1328/2000 de 24 de julio.

---

alijo»; STS núm. 854/2005 de 30 de junio: “Ciertamente, el informe analítico oficial no determina el porcentaje del principio activo que contenían los 14,33 gramos de pastillas de éxtasis (MDMA) intervenido al acusado, pero debemos significar que si la determinación objetiva del dato en cuestión resulta necesaria cuando la droga objeto del delito es de una mínima o exigua cantidad, no lo es en aquellos casos en los que dicha cantidad es considerable, como aquí sucede, pues tratándose de 14.330 miligramos de MDMA resulta sencillamente inasumible que no contuvieran al menos 20 miligramos de riqueza básica.” STS núm. 687/2007 de 17 de julio: “En el presente caso nos hallamos ante la incautación de 25'22 grs. de MDMA y 8'72 grs. de cocaína, lo que supone que para que la pureza arrastrase a dichas drogas por debajo de los límites de psicoactividad, haciéndolas inocuas, que es lo que requiere la doctrina expuesta en los términos aplicados por esta Sala, tendríamos que estar hablando de un MDMA del 0'0008 % de riqueza o de una cocaína del 0'0057 %, lo que evidentemente es impensable pues, entre otras razones, el laboratorio oficial, con esos porcentajes tan ínfimos, no hubiera afirmado la naturaleza de las sustancias como tales MDMA y cocaína o, en todo caso, hubiera puesto de relieve, por lo excepcional, semejante circunstancia.”

- 2) MDMA o “éxtasis”, MDA o “droga del amor” y MDE o “EVA”. La STS de 21 de febrero (RJ 1997/1618) expone que: “este tipo de droga conocidas como de “diseño” son , en general, productos sintetizados químicamente de forma clandestina y cuyas acciones farmacológicas son semejantes a las de drogas mas antiguas contralas...”

También hay que destacar la STS núm. 327/2004 de 1 de julio, que dice expresamente:

“En cuanto al MDMA, también es considerado por la jurisprudencia, tras unas vacilaciones iniciales, como sustancia que causa grave daño a la salud, y así, por ejemplo, la sentencia de 25 de Octubre de 1.999 recuerda que concurren en dicha sustancia los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: por ser en sí lesiva para la salud, por el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia, añadiendo que ,en concreto y por lo que se refiere al MDMA y a todas las llamadas "drogas de síntesis", se trata de sustancias semejantes que son variaciones de las anfetaminas, que producen parecidos efectos alucinógenos con un potencial tóxico añadido derivado de la ausencia de controles terapéuticos pudiendo ser fabricada con facilidad dada la escasa complicación que exigen los laboratorios. Desde un punto de vista jurídico penal, el MDMA ha sido considerado por la jurisprudencia de esta Sala -tras unas iniciales vacilaciones-, como droga que causa grave daño a la salud”.

- 3) Dentro de los alucinógenos hay que destacar el ácido Lisérgico, llamado también LSD, la mescalina y la psilobicina.

En relación al LSD podemos recordar la STS núm. 897/2008 de 17 de diciembre que dice expresamente:

“En segundo lugar tratándose de sustancias tales como LSD, anfetaminas, y MDMA, obviamente son por su misma naturaleza drogas que están clasificadas en la categoría de gravemente dañosas para la salud, cualquiera que sea su cantidad y su pureza, datos éstos relevantes solo para la apreciación de la notoria importancia que no es el caso presente, o para entender en supuestos extraordinarios de ínfima cantidad y bajísima pureza que carece de la toxicidad imprescindible para merecer la condición de droga o estupefaciente lesivo para la salud, lo que tampoco sucede en el presente supuesto”.

- 4) La morfina.

En cuanto a la cualificación de la morfina como sustancia que causa grave daño a la salud, así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en las sentencias 17-9-1992 ( RJ 1992\7171) y 12-1-1996 ( RJ 1996\73), argumentando en esta última:

“que se trata del componente más importante entre los alcaloides naturales del opio; actúa sobre la corteza cerebral con la originación de una euforia pasajera, viniendo considerado como uno de los estupefacientes más violentos, que en los casos de abstinencia puede convertir al drogadicto en una persona peligrosísima, de ahí su definición de gravemente nociva para la salud; una vez inyectada en el cuerpo humano pasa directamente a la sangre y a los tejidos para finalmente actuar sobre el sistema nervioso central”.

- 5) Anfetaminas

En relación a las mismas es especialmente destacable la STS 875/1994 de 28 de abril que dispone en su Fundamento de Derecho Segundo:

“Respecto al tema admitido del motivo cuarto de igual recurso, en el que se censura la sentencia reclamada por aplicación indebida del tipo agravado del delito contra la salud pública definido en el artículo 344 del Código Penal al no ser las anfetaminas sustancias que causan grave daño a la salud, que tal aspecto del relatado motivo debe rechazarse de plano por su total falta de consistencia suasoria, ya que una doctrina jurisprudencial repetida y constante, de la que son ejemplos entre otras las Sentencias de 4 febrero y 7 mayo 1984 ( RJ 1984\722 y RJ 1984\2477), 24 julio y 23 octubre 1991 ( RJ 1991\6016 y RJ 1991\7354) y 14 abril y 18 diciembre 1992 ( RJ 1992\3056 y RJ 1992\10436), ha declarado que las anfetaminas son productos que causan grave daño a la salud al desarrollar, en quien las consume, dependencia psíquica y compulsión a tomar la droga de forma continuada o periódica, crean tolerancia o necesidad de incrementar la dosis para lograr iguales efectos, y causan, por su acción estimulante del sistema nervioso central, labilidad intelectual, irritabilidad con inclinación a comportamientos violentos, ansiedad e insomnio, pudiendo terminar en la llamada psicosis anfetaminical, que es un cuadro semejante al de la esquizofrenia paranoide, por lo que siendo ello igual a lo resuelto por la Sala de instancia sobre este particular, es claro que no se quebrantó en él la Ley y por lo tanto que este aspecto del motivo que se analiza debe desestimarse de plano.”

- Dentro de las anfetaminas hay que destacar la centramina, conocida por “speed”, estableciendo la STS num. 111/2000 de 3 de mayo lo siguiente:

“En primer lugar, y con respecto únicamente a Joaquín E. H. los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de delito contra la salud pública, en la modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud, prevista y penada en el artículo 368 del Código Penal.”

El mismo criterio se sigue en otras Sentencias del Tribunal Supremo como la de 1 de julio de 1997.<sup>33</sup> Otra STS reciente que la cataloga como de grave daño a la salud es la núm. 788/2014 de 17 de septiembre.

No se debe confundir el “speed” con el “speed-ball”, que es una sustancia que resulta de la mezcla de cocaína y heroína , que igualmente causa grave daño a la salud.

- Otras anfetaminas que debe recordarse es la dexedrina (STS num. 1915/1993 de 22 de julio)

6) Ketamina, a la que hace referencia la STS 208/2014 de 10 de marzo:

“Ambas peritos, además de ratificar su informe pericial, explicaron en la vista oral del juicio que la ketamina es una sustancia psicotrópica que produce un efecto alucinógeno que en algunos aspectos puede asimilarse a los que genera el LSD. Precisaron que su inhalación produce una disociación o separación del individuo con respecto al mundo exterior, de modo que - ejemplificaron- puede creerse capaz de detener un tren o de volar como Superman, perdiendo así el sujeto el contacto con la realidad externa y con el mundo de su entorno.

---

<sup>33</sup> Esa Sentencia de 1 de julio de 1997 establece en relación al speed que es una sustancia gravemente perjudicial para la salud “ por la producción de dependencia y afectar al sistema nervioso central , originando trastornos de la función motora y alteraciones del juicio, del comportamiento y del estado de ánimo del sujeto que las ingiere.”

Por consiguiente, las conclusiones sobre los graves daños a la salud que genera tal sustancia son muy similares entre ambas pericias, quedando así solventada cualquier insuficiencia en la contradicción del primer informe comentado”.

- 7) GHB, abreviatura de gammahidroxitirato y ácido gamma-hidroxitirico y GBL, abreviatura de gamma butirrolactona, sustancias a las que se refieren las SSTS 1224/2004 de 15 de diciembre, la núm. 386/2008 de 27 de junio y la num. 870/2008, considerándolas que causan grave daño a la salud.
- 8) Por último destacamos la sustancia 2CB ó Bromo 2,5 dimethoxyphenyl ethylamine, también conocida en el mercado ilícito con los nombres de "a-desmetil-DOB", "Venus", "BDMPEA", "MFT", "Erox", "Nexus", "Tucibi" -por la fonética de sus siglas en inglés- o "Performax", sustancia que fue sintetizada en 1974 por el Profesor Alexander T. Shulgin, en California en el curso de investigaciones sobre fármacos psicodélicos y su posible uso terapéutico como inductor previo en las sesiones de psicoanálisis. Tal uso terapéutico resultó muy controvertido y finalmente, fue desestimado por la comunidad científica, siendo en definitiva recomendada por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, en su 44º período de sesiones, la inclusión de dicha sustancia, entre otras, en las listas anexas al Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas de las Naciones Unidas.

Pues bien, dicha sustancia es recogida en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 277/2014 de 28 de mayo como sustancia que causa grave daño a la salud.<sup>34</sup>

#### **4. Sustancias que no causan grave daño a la salud (referencia jurisprudencial)**

- a) Derivados del cáñamo índico o Cannabis Sativa.

Según la STS 89/2002 de 25 enero,

“en relación a los derivados del cáñamo indico o Cannabis Sativa, la sustancia activa, el tetrahidrocannabinol —THC— se obtiene de la planta sin proceso químico alguno en esto se diferencia de la heroína y cocaína—, por lo que la mayor o menor concentración de THC depende exclusivamente de la forma de presentación de la planta, ya sea ésta en estado natural y por tanto con una menor concentración como ocurre en la marihuana, mayor en la presentación bajo la forma de hachís, y superior en el aceite de hachís; en general, se ha estimado que el grado de concentración de THC en el hachís, se sitúa entre el 4% y el 12%, para la marihuana y no equivalentes, el Kiffi, marroquí o la griffa, el principio activo se sitúa entre el 0,5 y el 4% y para el aceite de hachís la concentración está por encima del 12%.

---

<sup>34</sup> Se han dictado otras Sentencias por distintas Audiencias Provinciales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 19/2012 de 17 de febrero y la de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 235/2012 de 28 de mayo.

También se considera que son drogas que no causan grave daño a la salud el flunitracepán, que constituye la base del «rohipnol», y ciertos fármacos como el «rivotril», el «tranxilium» y el «tranquimacín» (Alprazolán).

Podemos traer a este trabajo la STS núm. 1174/2002 de 22 de junio que establece:

“La jurisprudencia, no obstante, a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 23 de marzo de 1998, en que se decidió excluir al flunitracepán, que constituye la base del «rohipnol», de las sustancias gravemente perjudiciales para la salud –lo que ha sido declarado en SS. de 18-5-1998 ( RJ 1998, 4879) , 17-11-1998 ( RJ 1998, 7766) , 1-2-1999 ( RJ 1999, 211) y 12-2-2001 ( RJ 2001, 363) , entre otras– ha venido manteniendo el mismo criterio en relación con los fármacos conocidos por «tranxilium» – SS. de 29-6-1999 ( RJ 1999, 6120) y la ya citada 12-2-2001– y «trankimazín» – SS. de 11-10-1999 ( RJ 1999, 7078) y 10-7-2001 ( RJ 2001, 6373) – por entender que, aun estando incluidas en las listas anexas al Convenio de 26-6-1971 los psicotrópicos contenidos en dichos fármacos, la composición no tóxica de los mismos, inseparable de su finalidad terapéutica, impide que se les tenga por sustancias intrínseca y gravemente perjudiciales, criterio que puede ser extendido a la metadona en tanto se trata de un producto de consumo autorizado –aunque naturalmente bajo control médico– para los programas de deshabituación de la heroína.”

En el mismo sentido, mencionar la STS núm. 2020/2000 de 209 de diciembre en relación al Trankimacín, Tranxilium y Rohipnol.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.: Salud pública y drogas tóxicas, Tirant lo Blanch, 2002

ARROYO ZAPATERO, L.. Aspectos penales del tráfico de drogas, Poder Judicial, 11, 1984.

BELLOCH JULBE, J. A.: La reforma del artículo 344 del Código penal: una visión judicial, en Comunidad y Drogas, Cuadernos técnicos de estudios y documentación, Monografía N° 3, Modificaciones penales y atención de personas con drogodependencias, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, Mayo 1988

BERISTAIN IPIÑA, A.: Delitos de tráfico ilegal de drogas (art. 344 del CP), en Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983. 1. V, vol. 2, 1985, p. 762;

CARBONELL MATEU, J. C., Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas, en La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales EDERSA, Madrid, 1986.

CÓRDOBA RODA, J., El delito de tráfico de drogas, Estudios penales y criminológicos, nº 4, 1979-1980.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN. C.: Código penal. Doctrina y jurisprudencia, Trivium, 1998.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: El marco normativo de las drogas en España, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo XCV de la segunda época, núm. 3, septiembre 1987.

GALLEGO SOLER, J. I.: Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP. y tratamientos jurisprudenciales, Barcelona, 1999.

GANZENMÜLLER ROIG, C./ESCUADERO MORATALLA J. F./FRIGOLA VALLINA, J.: Delitos contra la salud pública (II):Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Bosch, Barcelona, 1997.

JOSHI JUBERT, U.: Los delitos de trafico de drogas I: Un estudio analítico del art. 368 del CP. Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales., Bosch, Barcelona, 1999

LANDROVE DÍAZ, G.: Trafico de drogas y represión en Estudios Penales y Criminológicos nº 17, 1994.

LORENZO SALGADO, J. M.: De los delitos contra la salud pública, Documentación Jurídica, 1983.

MAGALDI PATERNOSTRO, M<sup>a</sup>. J.: Libro II Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III, de los delitos contra la salud pública, en VV. AA., CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial, tomo II, Madrid, edit. Marcial Pons, 2004.

MONTERO LA RUBIA, F. J.: Delitos contra la salud pública. Estudio práctico de la Jurisprudencia del T.S. sobre tráfico de drogas. Edit. Bosch, 2007.

MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Ediciones, 19<sup>a</sup>, 2013, Tirant Lo Blanch, Valencia.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las Convenciones de Naciones Unidas. El sistema de listas, en AAVV, El delito de tráfico de drogas,Álvarez García, F. J. (dir.), Álvarez García, F. J./Manjón-Cabeza Olmeda, A. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: Derecho Penal español. Parte especial. 6<sup>a</sup> edición, edit. Atelier, Barcelona, 2010.

REY HUIDOBRO, L.F.: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Dykinson, Madrid, 1989, p.1070.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: Derecho de las drogas y las drogodependencias. Fundación de ayuda contra la drogadicción, Madrid, 2002