

# MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS COMO CONSECUENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 15/2003

**José Peralas Calleja**

Fiscal Especial Contra la Droga del T.S.J. del Principado de Asturias

*SUMARIO:* A) INTRODUCCIÓN.–B) EL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 368 DEL CPEN: 1.º *Objeto material:* a) Las drogas: i) Estupefacientes. ii) Sustancias psicotrópicas. b) Drogas duras y blandas. 2.º *El elemento subjetivo. El error.* 3.º *La conducta típica:* a) Cultivo, elaboración o tráfico. b) Promover, favorecer o facilitar. Tenencia preordenada al tráfico. 4.º *Posibles conductas atípicas:* a) El consumo compartido. b) Cantidad insignificante. 5.º *Delito continuado.* 6.º *Grados de ejecución:* a) Consumación, b) Tentativa y c) Actos preparatorios. 7.º *Participación:* a) Autoría, b) Complicidad y c) Encubrimiento.–8.º *El delito provocado.*–C) LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CPEN: 1.º *Novedades legislativas.* 2.º *Jurisprudencia.*–D) LOS SUBTIPOS ESPECIALMENTE AGRAVADOS DEL ART. 370 DEL CPEN: 1.º *Novedades legislativas.* 2.º *Jurisprudencia.*–E) PENALIDAD.–F) EL COMISO: 1.º *Novedades legislativas.* 2.º *Jurisprudencia.* 3.º *Legislación especial:* a) Novedades de la Ley 17/2003. b) Finalidad de la Ley. c) Destino de los bienes decomisados.–G) CONFESIÓN: 1.º *El arrepentido.* 2.º *La atenuante de confesión.*–H) BREVE REFERENCIA AL BLANQUEO DE CAPITAL: 1.º *Novedades.* 2.º *Elementos del delito:* a) El autor. b) La acción típica. c) Elemento subjetivo del tipo. 3.º *Subtipos agravados.* 4.º *Grados de ejecución.* 5.º *Principio de universalidad.* 6.º *Legislación especial:* a) Principios inspiradores. b) Objeto de la Ley. c) Obligados por la Ley. d) Obligaciones

## A) INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre ha supuesto la última «gran reforma» del Código Penal, entrando en vigor el núcleo de la misma el 1 de octubre de 2004. Dicha reforma, que con carácter general se puede calificar de endurecedora en materia de penas, sin embargo en lo relativo al tráfico de drogas puede considerarse como más benigna, sobre todo para aquellos que en la cadena del tráfico ilícito de estupefacientes

se encuentran en el último lugar, normalmente drogodependientes que aprovechan el pequeño tráfico para satisfacer su propia adicción.

Debe destacarse que la reforma tiene su origen más inmediato en una Propuesta elaborada por una Comisión Técnica constituida al efecto, que la remitió al Ministerio de Justicia, y que sirvió de base para el proyecto de ley que el Gobierno presentó en las Cortes<sup>1</sup>. Ahora bien, no todas las propuestas presentadas por la Comisión fueron aceptadas por el Gobierno, y así entre las ideas descartadas había, en relación con el tráfico de drogas, una modificación del art. 368 Cpen. en el sentido de rebajar la pena mínima, para las sustancias que causan grave daño a la salud a 2 años de prisión y estableciendo un tipo privilegiado para el tráfico de *cannabis* y sus derivados. Sin embargo tal propuesta no ha sido acogida por el legislador, a pesar de que desde el ámbito doctrinal y jurisprudencial se venía pidiendo insistentemente. Es por ello por lo que debemos tener muy en cuenta a la hora de valorar la voluntad del legislador, no solo los debates parlamentarios, sino también los trabajos de esa Comisión Técnica y las propuestas de la misma que fueron descartados, primero por el Gobierno y después por el Poder Legislativo.

Los cambios en los delitos contra la salud pública no se han producido solo en el plano legislativo. También en el ámbito de la jurisprudencia se han producido giros espectaculares, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal. Por ello, sin perder de vista las recientes reformas legislativas, me gustaría extender el presente estudio a un examen práctico con carácter general de las últimas novedades legales y jurisprudenciales en materia de tráfico de drogas.

## B) EL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 368 CPEN

El artículo 368 Cpen. que contiene el tipo básico en los delitos de tráfico de drogas no ha sido modificado por la LO 15/2003 a pesar de los numerosos comentarios en contra que ha sufrido desde que se aprobó en el antiguo art. 344 Cpen. por Ley 44/1971.

<sup>1</sup> Por Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 2000 se constituyó una Comisión Técnica encargada de la elaboración de una propuesta de reforma del sistema de penas del Código Penal. El 4 de junio de 2001 se entregó en el Ministerio de Justicia una «Propuesta articulada de reforma del Libro I del Código Penal» y el 8 de octubre de 2001 una propuesta de reforma de determinados delitos (ver «La Comisión Técnica de reforma del sistema de penas y la reforma penal del año 2003», L. P. VILLAMERIEL PRESENCIO, en *Diario La Ley* núm. 6.010 de 4 de mayo de 2004).

A pesar de su extensión y abarcar prácticamente todas las conductas relacionadas con el tráfico de drogas, su contenido ha sido objeto de precisión por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo tanto en lo relativo al objeto material del delito como en la conducta típica, participación, consumación y penalidad.

## 1.º **Objeto material**

### a) *Las drogas*

El objeto material del delito de tráfico de drogas son las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, habiéndose destacado por la doctrina la inutilidad de la inclusión del término «drogas tóxicas» que más bien constituye el género, distinguiéndose realmente por un lado las sustancias estupefacientes y por otro los psicotrópicos.

#### i) Estupefacientes

Según la **Convención de Viena de 20-12-1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas**<sup>2</sup> serán sustancias estupefacientes «*cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas que figuren en la lista I o en la Lista II de la Convención Única sobre Estupefacientes y en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*»<sup>3</sup>.

La **Ley 17/1967, de 8-4, sobre estupefacientes**<sup>4</sup>, que incorporó el contenido de las Listas de la Convención de 1961 a nuestra legislación, solo consideró como estupefacientes «*las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las Listas I y II de las anexas al Convenio de 1961*» (art. 2.1) y como artículos o géneros prohibidos «*los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas anexas al citado Convenio*» (art. 2.2)<sup>5</sup>. Se excluye, en consecuencia, las sustancias incluidas en la

---

<sup>2</sup> **Convención de 20-12-1988 de las Naciones Unidas** hecha en Viena y aprobada el 19-12-1988 por la Conferencia en su sexta sesión plenaria (ratificada por España y publicada en el *BOE* 10-11-1990).

<sup>3</sup> Se refiere a la **Convención Única de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961 sobre estupefacientes**, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes (el texto completo enmendado se publicó en el *BOE* de 4-11-1981).

<sup>4</sup> *BOE* 11-4-1967.

<sup>5</sup> En realidad en esta Lista IV se encuentran, entre otras, la heroína y los derivados del cannabis, a los efectos de establecer para ellos una mayor fiscalización, pero sin consecuencias penales.

Lista III<sup>6</sup> y este es el criterio seguido por la Jurisprudencia del TS (desde las SSTs 14-2 y 24-9-1974) y la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1984 de 4 de junio.

Entre las sustancias incluidas en la *Lista I* destacan:

– El **cannabis** y su resina y los extractos y las tinturas de las cannabis, en los que cabe distinguir:

- el hachís (*chocolate, mierda*);
- el aceite de hachís;
- la marihuana (*hierba, grifa, costo*);

– La **cocaína**, en la que se distingue:

• el clorhidrato de cocaína (*nieve, perico, speedball o rebujito –con heroína–*);

- la cocaína base (*crack*);

– La **heroína** (caballo),

– La **metadona**,

– La **morfina**.

– El **opio**;

En la *Lista II*, la **codeína**, la **etilmorfina** y la **norcodeína**;

y en la *Lista IV*, nuevamente la *cannabis* y su resina y la heroína.

ii) Sustancias psicotrópicas

Y según la Convención de 20-12-1988 de Viena serán **sustancias psicotrópicas** «*cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971*» [art. 1, r)].

El RD 2829/1977<sup>8</sup> incorporó las Listas I a IV del Convenio a nuestra normativa en un Anexo I, pero incluyó en un Anexo II determinadas sustancias que por sí mismas eran psicotrópicas, pero que se debían tener en cuenta únicamente a efectos de control administrativo (STS 24-12-1992).

<sup>6</sup> En la *Lista III* se incluyen, entre otros, preparados de cocaína que no contengan más del 0,1% y los preparados de opio o de morfina con un contenido no superior al 0,2%, preparados respecto a los cuales las medidas de fiscalización son menores.

<sup>7</sup> Se trata del **Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 21-2-1971** (ratificado por España y publicado en el *BOE* 10-9-1976, con las enmiendas a su anexo publicadas en los *BOE* de 13-10-1976 y 10-3-1978).

<sup>8</sup> **Real Decreto 2829/1977, de 6-10**, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, prescripción y dispensación (*BOE* 16-11-1977), desarrollado por O.M. 14-1-1981 y 20-5-1983.

Sin embargo con el tiempo estas sustancias se han ido incorporando a las Listas del Convenio, en virtud de las decisiones tomadas por la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, a raíz de las cuales y en virtud de las correspondientes Órdenes Ministeriales se han trasladado dichas sustancias del Anexo II al Anexo I (por ejemplo, diversas benzodiacepinas: flunitrazepam, clonazepam, diazepam, lorazepam, tetrazepam). Así pues, solo pueden tener la consideración de sustancias psicotrópicas las incluidas en el Anexo I del RD 2829/1977, esto es, las de las 4 Listas del Convenio de 1971.

Son sustancias psicotrópicas, por tanto, las siguientes:

Entre las incluidas en la Lista I están:

- el **LSD** (*tripi, ácido*);
- el **MDMA** (*éxtasis*);
- la **mescalina**;
- la **Psilocina**;
- el **MDA** (*píldora del amor*);
- el **MDEA** (*eva*);
- el **tetrahidrocannabinol**.

Entre las sustancias incluidas en la Lista II se encuentran:

- la **anfetamina**;
- la **d-metanfetamina** (*speed, tripi -a veces-*);
- el **secobarbital**.

Entre las sustancias incluidas en la Lista III se hallan:

- la **buprenorfina** (*buprex, prefin*);
- el **flunitrazepam** (*rohipnol*);

Entre las sustancias incluidas en la Lista IV están:

- el **alprazolam** (*trankimazin*);
- el **barbital**;
- el **clorazepato dipotásico** (*tranxilium*);
- el **diazepam** (*valium*);
- la **etilanfetamina**;
- la **GHB**<sup>9</sup>;

---

<sup>9</sup> Ácido gamma hidroxibutírico, también conocido como «éxtasis líquido», incluido en la Lista IV del Convenio de Viena de sustancias psicotrópicas de 1971 y por Orden SCO 469/2002 en el Anexo I del RD 2829/1977.

- el **lorazepam** (orfidal);
- el **triazolam** (halción);

Debe señalarse la importancia del hecho de que la sustancia en cuestión se encuentre incluida en alguna de las Listas citadas, pues en caso contrario no tendrá la consideración de estupefaciente o psicotrópico. Se plantea este problema en la actualidad con la ketamina, cuyo principio activo es el clorhidrato de ketamina (conocido en la calle también como «special K», «super K» o simplemente «K»), anestésico de uso clínico o veterinario. Se trata de una sustancia de amplia difusión actualmente entre los ambientes juveniles<sup>10</sup> y sin embargo su persecución penal no es posible actualmente al no estar incluida en las Listas (se está estudiando su inclusión en la Lista III).

Debido al problema de la constante aparición de sustancias nuevas la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), que junto a la Comisión de Estupefacientes, es uno de los órganos de las Naciones Unidas encargados de la fiscalización de los estupefacientes, publica periódicamente tres listas conteniendo las sustancias:

- La lista «amarilla» de sustancias catalogadas como **estupefacientes** (45.<sup>a</sup> edición, diciembre 2003).
- La lista «verde» de sustancias catalogadas como **psicotrópicas** (22.<sup>a</sup> edición, diciembre 2001).
- La lista «roja» de sustancias catalogadas como **precursores** (7.<sup>a</sup> edición, enero 2002)<sup>11</sup>.

#### b) *Drogas «duras y blandas»*

El art. 368 mantiene la diferenciación penológica según que el objeto del delito sean drogas que causen «grave daño» a la salud o no. La diferencia entre ellas radica, según Fernando Sequeros<sup>12</sup>, en que las prime-

---

<sup>10</sup> La presentación farmacológica más habitual es KETOLAR en líquido inyectable y los métodos de obtención de la droga son mediante desecación del fármaco por evaporación (natural o provocada), dando lugar a un polvo; los comprimidos se obtienen mediante un polvo amalgamado y el líquido es la presentación farmacéutica. Entre sus efectos se hallan ilusiones, alucinaciones, alteración espacio-tiempo, delirio y como efectos secundarios angustia y pánico, psicosis, hipertensión, taquicardia, apnea y muerte. Su forma de consumo es esnifada (polvo), tragada (comprimidos, cápsulas), inyectada (líquido), bebida (líquido) y como adulterantes se suele utilizar efedrina (en comprimidos) y manitol (en polvo).

<sup>11</sup> Dichas listas se pueden consultar en la página web de la JIFE ([www.incb.org](http://www.incb.org)).

<sup>12</sup> Fernando SEQUEROS SAZATORNIL: «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico», *La Ley*, 2000.

ras originan en el consumidor una fuerte dependencia física y psíquica y una gran tolerancia, llevando al sujeto a un proceso autodestructivo, mientras que las segundas no generan dependencia física sino psíquica y prácticamente no producen tolerancia, además de no producir su ausencia síndrome de abstinencia<sup>13</sup>. Según la Consulta de la Fiscalía General del Estado de 13 de diciembre de 1985, deberán tenerse en cuenta para determinar si un psicotrópico causa grave daño a la salud la composición del producto, la riqueza de sus principios activos, su nocividad o riesgo para la salud pública en uso extraterapéutico y los efectos que ocasiona en orden a la dependencia.

Con carácter general se puede decir que por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo se ha venido considerando como drogas duras todas, excepto las derivadas de la cannabis sativa y algunos psicotrópicos, en concreto, y como se señala en la STS 215/2002 de 7-5-2002, Pte. Marañón, *«a partir del Pleno de esta Sala de lo Penal de 23 de marzo de 1998, una orientación jurisprudencial, manifestada, entre otras en la sentencias de esta Sala 356/1998 de 27 de abril, 259/1998 de 18 de mayo, 1081/1999 de 28 de junio, 1464/2000 de 27 de septiembre; 2020/2000, de 29 de diciembre, y 191/2001 de 12 de Febrero, que considera que las diazepinas, como son el «Robipnol», el «Tranquimazin» y el «Tranxilium», deben estimarse no gravemente dañinas a la salud.»*

Por el contrario algunos medicamentos a pesar de ser derivados del opio, como el *Codeisán* y el *Codipront*, se han considerado como no gravemente dañinos<sup>14</sup>. Y tampoco causa grave daño la sustancia *Doet*, que la STS 16-3-1998, núm. rec. 524/97, Pte. Conde Pumpido, calificó de psicotrópica<sup>15</sup>. En los últimos tiempos se ha seguido considerando por la Sala 2.<sup>a</sup> del T.S. como sustancias que causan grave daño a la salud: la **heroína** (STS 580/2004, de 7-5-2004, Pte. Maza), la **cocaína** (STS 156/2004, de 9-2-2004, Pte. Colmenero), el **MDMA o «éxtasis»** (STS 360/2004, de 18-3-2004, Pte. Granados), el **MDA o «píldora del amor»** (STS 748/2002, de 23-4-2002, Pte. Ramos), el **MDEA o «eva»** (STS 711/2003, de 16-5-2003,

<sup>13</sup> Aunque según recientes estudios también el hachís causaría síndrome de abstinencia (Diario *El Mundo*, 17-5-2004).

<sup>14</sup> La STS 19-7-1993 (Pte. Puerta) sostuvo tal postura a pesar de que se trataba de compuestos derivados de la morfina y, por tanto, del opio, al aplicar el principio «pro reo», ya que *«al no constar la composición, riqueza de sus principios activos, tolerancia, dependencia y efectos que las mismas producen, no existen suficientes elementos de juicio para pronunciarse sobre la nocividad de su uso»* y señalaba que en estos casos poco claros lo procedente es someter la cuestión a un dictamen pericial (art. 456 LECrim.).

<sup>15</sup> Y la misma STS 16-3-1998 calificó dicha droga como *«sustancia que no causa grave daño a la salud ya que, pese a estar incluida en la Lista 1 del Anexo I del Convenio de Viena de 1971, el desconocimiento de sus concretos efectos, impide acoger la modalidad típica más perjudicial para el reo.»*

Pte. Sánchez Melgar), la **anfetamina** (STS 19/2002, de 18-1-2002, Pte.), el **LSD** (STS 2290/2001, de 4-12-2001, Pte. Delgado), el **GHB** (STS 197/2004, de 16-2, Pte. Puerta)<sup>16</sup>.

En alguna ocasión el T.S. al no quedar suficientemente acreditado que psicotrópico era el objeto del juicio ni cuales eran sus efectos, ha optado por sancionar la conducta como relativa a sustancia que no causa grave daño a la salud (STS 586/2004 de 10-5-2004, Pte. Sánchez Melgar).

También debe destacarse que el peso no tiene importancia en la determinación de si la sustancia es o no gravemente dañina (STS 2290/2001, de 4-12-2001, Pte. Delgado) ni tampoco la pureza o concentración del principio activo (SSTS 399/2004, de 26-3-2004, Pte. Delgado y 459/2004, de 13-4-2004, Pte. Saavedra).

La reforma de la LO 15/2003 no ha modificado este precepto. Aunque la Comisión Técnica encargada de la elaboración de la propuesta de proyecto de ley sí propuso una redacción nueva, pero finalmente no fue asumida por el Gobierno. La propuesta dividía el art. 368 en dos párrafos castigándose en el primero el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con penas de prisión de 2 a 8 años y en el segundo se establecía que: *«Cuando las conductas descritas tengan por objeto el cannabis o sus derivados, o sustancias de similar grado de nocividad, se impondrá la pena de prisión de uno a tres años»*.

## 2.º Elemento subjetivo. El error

Para apreciar la existencia del delito de tráfico de drogas es preciso que concurra el elemento subjetivo del injusto en el sujeto activo. En dicho elemento subjetivo se debe incluir tanto el conocimiento por el sujeto de la nocividad de la sustancia que porta como la finalidad de destinarla al consumo ilícito. Y es difícil apreciar el error, como se pretende por los acusados, ya sea de tipo o de prohibición (p.ej. STS 402/2000, de 6-3-2000, Pte Mórner<sup>17</sup>). De hecho, el error sobre la clase de droga

<sup>16</sup> La Circular de 4 de junio de 1984 de la FGE consideraba como gravemente dañinas la heroína, la cocaína y el LSD.

<sup>17</sup> Según esta STS de 6-3-2000: *«Es indiscutible que el dolo del autor debe abarcar, no solamente el propósito de ejecutar actos de tráfico, sino también el conocimiento de la naturaleza de la sustancia y de su incidencia sobre la salud pública. Al invocarse la inaplicación de un determinado precepto penal de carácter sustantivo, es necesario partir de los exactos términos en los que se expresa el hecho probado. El error de prohibición puede obedecer, tanto al conocimiento erróneo de una determinada norma de carácter prohibitivo, como afectar a una determinada causa de justificación o cualquier otro elemento constitutivo del tipo, como es, en este caso, la especial gravedad que para la salud representaba las drogas que vendía el*

que portaba el acusado debe probarse por la defensa, no bastando las simples manifestaciones de aquél (STS 97/2004, de 27-1, Pte. Monterde), no siendo preciso que se demuestre por la acusación que el imputado conocía exactamente la clase de droga que portaba si sospechaba que cometía una acción antijurídica, ya que para la comisión de este delito basta el dolo eventual (STS 113/02, de 28-1-2002, Pte. Puerta)<sup>18</sup>.

Mayores problemas se presentan en los casos de notoria importancia en los que por las defensas se alega con carácter general un desconocimiento por parte del acusado de la cantidad transportada. Se trataría de un error de tipo al recaer sobre el presupuesto fáctico integrador de la notoria importancia, debiendo probarse sin bastar la mera alegación del mismo, y admitiéndose por el T.S. la aceptación por el sujeto activo, a título de dolo eventual, de traficar o transportar una cantidad importante (SSTS 1477/2001, de 24-7-2001, Pte. De Prego Oliver, 2050/02, de 4-12-2002, Pte. Soriano).

Finalmente se señala en la STS 1313/2002, de 4-7-2002, Pte. Delgado, que no se debe confundir el *«error de prohibición del art. 14.3 del C. Pen. con el desconocimiento de la mayor o menor gravedad de la conducta por parte de quien sabe que se está comportando de un modo prohibido»*. Este conocimiento solo es posible para quien tiene una preparación jurídica.

### 3.º La conducta típica

La conducta típica consiste en ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas o poseerlas con aquellos fines.

#### a) *Cultivo, elaboración o tráfico*

Los actos de cultivo, elaboración o tráfico de drogas no plantean especiales problemas. Quizás únicamente, por un lado, lo relativo al cultivo cada vez más frecuente de plantas de marihuana y sobre la tipicidad o no de la posesión de las semillas y útiles para la siembra y, por otro, sobre los actos de tráfico y qué conceptos se incluyen en el mismo.

---

*acusado. Resulta del conocimiento común, en el mundo de la intercomunicación en el que nos encontramos, la mayor parte de las cuestiones relacionadas con el tráfico de drogas y los diferentes efectos que su consumo produce sobre las personas.»*

<sup>18</sup> La STS 2050/02, de 4-12-2002, Pte. Soriano, también admite el dolo eventual en la comisión del delito (caso del que aceptó transportar una maleta con 23 kg. de droga).

## i) El cultivo

El cultivo de las plantas de *cannabis sativa* cuando tiene por objeto el propio consumo no es típico, según una reiterada jurisprudencia, pero cuando excede de las cantidades señaladas por el Instituto Nacional de Toxicología como propias del consumo normal de una persona, entonces dicha conducta sí es encuadrable en el tipo del art. 368, inciso 1.º (STS 17-3-1999, Pte. Ramos Gancedo<sup>19</sup>).

La marihuana, *grifa* o *hierba* proviene de la planta hembra de la *cannabis sativa*, siendo preparada a partir de las hojas secas, flores y pequeños tallos. Así pues, en el caso de ocupación de plantas a un particular, para determinar si las mismas son o no para el propio consumo habrá que calcular, en primer lugar, el peso de las mismas y descontar aquellas partes no relevantes (tierra, raíces, tronco y ramas) que habitualmente se fija en un 40%. El consumo es de las partes secas por lo que seguidamente hay que descontar entre un 80 y un 85% de agua de la planta. El resultante, sin tratarse de un criterio matemático, ya que debería someterse a prueba pericial en cada caso concreto, será la parte de la planta consumible como marihuana y esa cantidad es la que habrá que tener en cuenta para apreciar si la droga era para el propio consumo o no.

En cuanto a la tenencia y venta de las semillas de la planta también debe considerarse tal conducta como atípica, ya que tales partes de la planta aun no tiene el componente psicoactivo, no hallándose encuadradas en las Listas de los Convenios de Naciones Unidas de 1961 y 1971, siendo también impune la propaganda de la realización de actividades destinadas a plantar las semillas cuando el cultivo es para el autoconsumo<sup>20</sup>.

## ii) El tráfico

El tráfico es solo una de las formas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas y, por tanto, se debe incluir en el mismo la

<sup>19</sup> En esta STS de 17-3-1999 se estimó el recurso de casación del Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia que no había apreciado la notoria importancia en la aprehensión de 28 plantas de marihuana cultivadas por un particular, siendo el peso de las hojas y flores de más de 18 kilos.

<sup>20</sup> Sobre estos extremos ver «La venta de semillas de cannabis, de equipos y materiales para su cultivo, así como su propaganda, como actos con trascendencia penal» de Fernando SEQUEROS SAZATORNIL en Diario *La Ley* núm. 5713 de 6-2-2003, en el que analiza la posibilidad de considerar la venta de semillas de cannabis y de los materiales y útiles para su cultivo como un acto preparatorio del art. 371 o del art. 373, llegando en ambos casos a una solución negativa, así como también respecto a la publicidad de la venta de las semillas y de los materiales y útiles, bien mediante revistas especializadas o a través de internet, concluyendo igualmente que tales actividades no tiene relevancia penal, pero siempre que tales actos se refieran siempre a las semillas y no al producto obtenido, el hachís, ya que éste si es sustancia estupefaciente, y que se trate de cantidades destinadas al propio consumo.

donación (STS 538/2003, de 14-4-2003, Pte. Jiménez Villarejo<sup>21</sup>), aunque con las precisiones que existen respecto a las donaciones a familiares adictos, en las que por cuestiones humanitarias se ha considerado atípica tal conducta (STS 1981/2002 de 20-1-2003, Pte. Conde Pumpido<sup>22</sup>). Dicha doctrina no se aplicó en los siguientes supuestos:

– Al caso de esta STS 20-1-2003 por tratarse de 1 papelina de cocaína de 0,149 grs y 4 papelinas de heroína con peso total de 0,895 grs.

– En la STS 1876/2002, de 15-11, Pte. Jiménez Villarejo, tratándose de 6 grs de heroína con una pureza de 28%.

– En la STS 1704/2002, de 21-10, Pte. Marañón, recurso del Ministerio Fiscal estimado contra sentencia absolutoria de la Audiencia, al introducir la acusada en prisión para su compañero 2 papelinas de heroína de 0,450 y 0,422 grs.

– En la STS 401/2002, de 15-4-2002, Pte. Marañón, que estima también el recurso del Fiscal, ya que considera que la donación de 0,490 grs de heroína excede del posible consumo inmediato.

– En la STS 781/2003, de 27-5-2003, Pte. Ramos, en el que suministró droga al hijo de 13 meses ocasionando su muerte.

Pero sí la aplicó la STS 423/2004, de 5-4, Pte. Andrés Ibáñez, en la entrega por la mujer de una papelina de 1,108 grs de heroína pura y 15,998 grs de hachís.

## b) *Promover, favorecer o facilitar. Tenencia preordenada al tráfico*

Los verbos promover, favorecer y facilitar vienen referidos al consumo ilegal de drogas que es el ajeno, ya que el propio consumo de la sus-

---

<sup>21</sup> En esta STS 14-4-2003 se especifica además que «el hecho de regalar una droga estupefaciente no deja de ser típico cuando el receptor la consume e incluso lo hace con cierta habitualidad». Y la STS 658/2002, de 12-4-2002, Pte. Aparicio, diferencia la donación del consumo compartido.

<sup>22</sup> Como se dice en esta STS 20-1-2003: «Entre los supuestos excepcionales que esta Sala ha considerado reiteradamente carentes de antijuridicidad y atípicos se encuentran aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados adictos que se encuentran en prisión, de cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen. Esta doctrina ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva (sentencias 527/98 de 15-4, 905/98 de 20 Jul., 789/99 de 14-5, 1653/2001 de 16-7), pues ha de conciliarse con la necesidad de evitar la eventual difusión de droga en los centros penitenciarios, por lo que únicamente resulta aplicable en supuestos mínimos, que sin llegar a la insignificancia que determina la atipicidad por falta de objeto, garanticen que la droga, por su cantidad y naturaleza, está destinada al consumo inmediato y exclusivo del destinatario, por lo que no exista riesgo de transmisión a otras personas distintas del familiar al que iba destinada».

tancia no es constitutivo de infracción penal, planteándose el problema de delimitar cuándo una persona posee alguna de las anteriores sustancias para el tráfico o cuándo para el propio consumo. La jurisprudencia, cuando no existan otros actos indicativos del tráfico, ha atendido a la tabla del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Esta tabla establece las dosis medias de consumo de las sustancias, señalando el T.S. que un consumidor se suele proveer de sustancia para unos 5 días, por lo que la posesión que exceda de dicha cantidad se presume que está destinada al tráfico ilícito (STS 281/2003 de 1-10, Pte. Marañón<sup>23</sup>). Las cantidades, según la mencionada tabla, son las siguientes:

<b>Sustancia</b>	<b>Dosis de abuso habitual (media entre paréntesis)</b>	<b>Frecuencia de uso diario</b>	<b>Previsión (3 a 5 días de consumo)</b>
<b>Heroína</b>	50-150 mgrs. (100 mgrs)	3-4 papelinas (600 mgrs)	3 grs máximo
<b>Cocaína</b>	100-260 mgrs. (2-4 rayas)	6 papelinas máx. (1,5 grs)	7,5 grs máximo
<b>Marihuana</b>	1,5 a 2 grs	15-20 grs	100 grs máximo
<b>Hachís</b>	0,3 a 0,5 grs	5 grs.	25 grs máximo
<b>LSD</b>	0,019-0,032 mgrs (0,132 mgr)	2 dosis (0,6 mgr)	3 mgr máximo
<b>Sulfato de anfetamina</b>	30-60 mgr	180 mgr. máximo	900 mgr máximo
<b>d-Metanfetamina</b>	2,5-15 mgr	4 dosis (60 mgr)	300 mgr máximo
<b>MDA, MDMA MDEA</b>	20-150 mgr (80 mgrs)	480 mgrs	1.440 mgrs máximo
<b>Tankimazín</b>	1 mgr	15 mgr	75 mgrs
<b>Rohipnol</b>	1-2 mgrs	10 mgrs	50 mgrs máximo
<b>Tranxilium</b>	25 mgrs	150 mgrs	750 mgrs máximo

<sup>23</sup> Según esta STS de 1-10-2003 : «En las sentencias de esta Sala de 14-5-1990, 15-12-1995 y en la 1778/2000 de 21-11, se ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19 de octubre de 2001.

*Es criterio también del Instituto Nacional de Toxicología que normalmente el consumidor medio cubre el consumo de drogas de cinco días.*

*En relación al hachís, la doctrina jurisprudencial ha considerado destinados a la transmisión a consumidores los importes de la indicada droga que excedan de las 50 g (SS de 4-5- 1990, 8-11-1991, 12-12-1994, 20-1 y 5-11-1995, 10-1 y 12-2-1996).*

La jurisprudencia ha exigido, por otra parte, que tales cantidades han de tenerse en cuenta atendiendo a la sustancia pura (STS 259/2003, de 25-2-2003, Pte. Marañón).

Así pues, la sola posesión sin más de cantidades de droga que no excedan de las previsiones de consumo de hasta 5 días, con carácter general, es atípica. A pesar de ello son numerosas las SSTS que consideran para el **hachís** que la cantidad ha de superar el límite de los 25 grs., por ejemplo:

- Los 50 grs (STS 12-2-1996, núm. de recurso 1442/1995, Pte. Puerta, con cita de otras por considerar que supone un acopio de droga para 10 días, o la citada STS 281/2003 de 1-10, Pte. Marañón).
- Los 100 grs (STS 20-6-1997, núm. de recurso 1302/1996, Pte. Cotta).
- los 150 grs (STS 9-2-1996, núm. de recurso 2357/1995, Pte. García Calvo<sup>24</sup>).

Respecto a la **heroína**, a pesar del límite anteriormente indicado se ha considerado para el autoconsumo:

- La tenencia de 7,242 grs con una pureza del 40% (STS 687/2002, de 13-4-2002, Pte. Martín Canivell, a pesar de que el acusado tenía también 27,108 grs de cocaína y 98.000 ptas.).
- La tenencia de 28,10 grs con una pureza de entre el 61 y el 86,8% (STS 1262/2000, de 14-7-2000, Pte. Bacigalupo, a pesar de la elevada pureza de la droga y de que se hallaron útiles para preparar y vender la misma, como una balanza, y otras drogas, hachís y restos de cocaína).
- La tenencia de 0,29 grs repartidos en 33 bolsitas en el Centro Penitenciario (STS 20-12-1996, núm. de recurso 109/1996, Pte. Conde-Pumpido, con cita de otras<sup>25</sup>).

Por el contrario se consideró acreditada la tenencia preordenada al tráfico ilícito en los siguientes supuestos:

---

*En informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, que sirvió de base al Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala del día 19 siguiente, se fija la dosis media diaria del hachís en cinco gramos.»*

<sup>24</sup> Esta STS 9-2-1996 estima el recurso del Fiscal a pesar de que en los hechos probados se declaraba que no se había acreditado que la droga tenía un destino ilícito, porque la Sala 2.ª estima que la cantidad de droga incautada (1.292 grs de hachís repartidos en tres personas) excedía de los límites del autoconsumo.

<sup>25</sup> Sentencias de 9 de mayo de 1988, 1,50 gramos de heroína; Sentencia de 9 de abril de 1992, 0,525 gramos de heroína, distribuidos en 21 papelinas; Sentencia de 11 de noviembre de 1992, 0,250 gramos de heroína; Sentencia de 30 de marzo de 1993, 188 gramos de heroína, sin constancia de pureza y calidad.

– En caso de posesión de 1,080 grs de heroína al 42% y 0,525 grs de cocaína al 45% en 25 papelinas (STS 41/2004, de 19-1-2004, Pte. Abad).

– 14 grs de heroína con un 87% de riqueza más una balanza y el intento de ocultar la droga durante el registro (STS 162/2004, de 11-2-2004, Pte. Martínez Arrieta).

– 2,203 grs de heroína, 1,59 de cocaína, todo ello en 18 papelinas y 4 frankimazín (STS 134/2004, de 9-2-2004, Pte. Bacigalupo).

Para la **cocaína** se ha establecido en una media de 8 grs el consumo medio de 3 a 5 días (STS 26-3-1999, núm. de recurso 3222/1998, Pte. Vega Ruiz, que absuelve por 26 grs al 70% entre dos personas), estimándose que es para el tráfico 5,6 grs repartidos en 55 papelinas –junto con 0,15 grs de heroína y lidocaína– (STS 2152/2002, de 4-7-2003, Pte. Marañón); ó 4 grs netos junto con 327.000 ptas (STS 506/2002, de 21-3, Pte. Sánchez Melgar).

Para el **MDMA o «éxtasis»** se ha considerado como cantidad excesiva y que supera los límites del autoconsumo, 22 pastillas con una riqueza del 27,6% (STS 1334/2003, de 14-10-2003); ó 50 pastillas sin determinar la pureza (STS 239/2002, de 14-2-2002, Pte. Aparicio).

Por el contrario se ha considerado como cantidad destinada al consumo propio 100 pastillas entre dos personas- 50 cada una- (STS 390/2003, de 18-3-2003, Pte. Conde Pumpido, que desestima el recurso del Ministerio Fiscal interpuesto contra la sentencia absolutoria de la instancia) ó 40 pastillas (STS 184/2003, de 7-2-2003, Pte. Colmenero).

Para la **anfetamina** se ha considerado tenencia preordenada al tráfico ilícito en caso de posesión de 36 grs al 5% (STS 63/2004 de 21-1-2004, Pte. Martínez Arrieta).

#### 4.º Posibles conductas atípicas

##### a) *Consumo compartido.*

Existen casos en los que el Tribunal Supremo, atendiendo a la concurrencia de determinadas circunstancias, que hacen presuponer un consumo único por diversas personas en un mismo marco espacio temporal, considera que en dicha actividad hay una ausencia de antijuricidad material por considerarlo un modo de autoconsumo.

Los requisitos para que se pueda apreciar esta doctrina del consumo compartido (o autoconsumo plural en terminología de la STS 1102/2003

de 23-7-2003, Pte. Abad) al caso concreto son los siguientes (STS 1105/2003, de 24-7-2003, Pte. Sánchez Melgar):

«1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25-6-1993, 3-3, 3-6 y 25-11-1994, 27-1 y 3-3- 1995.

2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así sentencias de 26-11-1994 y 2-11-1995.

3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (ver sentencias de 25-6 y 10-11-1993, 21-11-1994 y 28-11- 1995).

4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes<sup>26</sup> (ver sentencia de 3-3-1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

5.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. Al «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia en las sentencias de 25-6-1993, 25-9 y 2-11-1995.

*Esta doctrina debe ser aplicada, como es obvio, restrictivamente, siempre y cuando concurren estrictamente todos los aludidos requisitos.»* En el mismo sentido STS 436/2003 de 20-3-2003, Pte. Martínez Arrieta.

Así, se ha apreciado el consumo compartido:

– En el caso de 24 grs de cocaína para cuatro (STS 292/2001, de 27-2-2001, Pte. Jiménez Villarejo).

– 100 pastillas de MDMA para 25, para una fiesta, poniendo 2.000 ptas. cada uno (STS 237/2003, de 17-12-2003, Pte. Giménez).

– 2,23 grs de cocaína entre tres en un coche (STS 1102/2003, de 23-7-2003, Pte. Abad).

---

<sup>26</sup> La STS 286/2004, de 8-3-2004, Pte. Soriano considera a estos efectos como drogodependientes a los consumidores habituales de fin de semana.

Y no se ha apreciado:

- 90 grs de cocaína poseída por dos personas en un coche (STS 2372/2001, de 13-12-2001, Pte. García Ancos).
- En el caso de adquisición por encargo colectivo que se trata de una conducta típica y se debe diferenciar del consumo compartido (STS 1408/2002, de 26-7-2002, Pte. Delgado).
- La posesión de 67 grs de anfetamina para todo un grupo durante un fin de semana (STS 1585/2002, de 30-9-2002, Pte. Aparicio).
- En la venta a otra persona que se va a otro lugar a consumir la dosis (STS 1955/2003, de 10-1-2003, Pte. Conde Pumpido).
- En la compra de 15,24 grs de cocaína para consumir en una fiesta en una discoteca (STS 1105/2003, de 24-7-2003, Pte. Sánchez Melgar).

b) *Cantidad insignificante*

En los últimos años se ha ido imponiendo una doctrina en la Sala 2.<sup>a</sup> tendente a absolver a los acusados de actos de tráfico de drogas consistentes en la venta de una «papelina» o dosis individual de sustancia estupefaciente, es decir, los típicos casos de «trapicheo» de venta de drogas o «al menudeo». Esta teoría se ha venido aplicando cuando dichos actos eran mínimos, atendiendo a la cantidad de la droga vendida, basándose para ello en una doctrina de origen alemán, denominada de «insignificancia», aunque otros también la han llamado de «lesividad»<sup>27</sup>.

Sin embargo, la base o finalidad perseguida con la citada doctrina no estaba muy clara para los magistrados de la Sala 2.<sup>a</sup> que dependiendo del Ponente o de las circunstancias del caso absolvía o condenaba, produciéndose una dispersión de la respuesta jurídica y una clara vulneración del principio de seguridad jurídica, que fue puesta de manifiesto por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo en un estudio de fecha 13 de marzo de 2001<sup>28</sup>. Debido a ello y con motivo de la existencia de dos recursos sobre los que procedía deliberar, la Sala constituida por cinco Magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo solicitó

---

<sup>27</sup> No debe confundirse con la doctrina referida a la donación de cantidades insignificantes a familiares o entre adictos.

<sup>28</sup> El tema fue tratado por Eduardo DE URBANO CASTRILLO, Magistrado del Gabinete Técnico, en «¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas en cantidad insignificante?», en *Diario La Ley* núm. 5403 de 24-10-2001, o por Fermín Javier ECHARRI CASI, Letrado del Tribunal Supremo, en «Notas acerca de la polémica despenalización del tráfico de drogas en cantidad insignificante», en *Revista Práctica Penal de SEPIN*, núm. 1, de enero-febrero de 2004.

la convocatoria de Pleno para debatir la cuestión, reuniéndose la misma el 24 de enero de 2003. Tras exponerse la citada dispersión jurídica, la peligrosidad generada por la venta al menudeo o trapicheo y la problemática generada, ya que los actos de pequeño tráfico tienen su importancia, pues potencian la iniciación al abuso de drogas, se concluyó que lo decisivo era atender al bien jurídico atacado, la salud pública, que era vulnerable a pesar de encontrarnos ante un delito de peligro abstracto. Y se propusieron tres soluciones para resolver la cuestión: una, que el Ministerio Fiscal pidiera la prueba pericial caso por caso para determinar que la sustancia era o no inocua; en segundo lugar, hacer igual que en el Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> de 19 de octubre de 2001, es decir, hacer una operación matemática, siendo la propia Sala la que determinara la cuantía mínima a considerar como dosis psicoactiva, bien una décima parte o una vigésima parte, la que fijara la Sala 2.<sup>a</sup>, a partir de la cual, en todo caso nos encontraríamos ante un delito; y finalmente, en tercer lugar, que se solicitara del Instituto Nacional de Toxicología un informe sobre la dosis mínima psicoactiva de cada sustancia. Esta fue la solución que se acordó por el citado Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> y así se hizo solicitándose tal informe al Instituto de Toxicología.

El Instituto Nacional de Toxicología remitió su informe de fecha 22 de diciembre de 2003 con los cuadros de las sustancias y dosis mínimas psicoactivas, que a su vez fue remitido al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo para que realizara las oportunas operaciones matemáticas para determinar los mínimos de cada sustancia, emitiéndose finalmente un informe de fecha 13 de enero de 2004 en el que se establecían como dosis mínimas psicoactivas las siguientes:

<b>Sustancia estupefaciente</b>	Dosis mínima psicoactiva
Heroína	0,66 mgrs (0,00066 grs)
Cocaína	50 mgrs (0,05 grs)
Morfina	2 mgrs (0,002 grs)
MDMA (éxtasis)	20 mgrs (0,02 grs)
LSD	20 microgramos
Hachís	10 mgrs (aunque con precisiones posteriores)

Tras dichos informes, por el Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> se planteó la necesidad o no de celebrar nuevo Pleno, resultando 12 votos en contra de su celebración y 6 a favor, por lo que comenzaron a partir de entonces a dictarse todas las sentencias. De la primera, STS 1023/2002 de 19-1-2004 (Pte. Sánchez Melgar), se hizo eco la prensa escrita (diarios *El País* y

*El Mundo*) y a raíz de ello el Instituto Nacional de Toxicología emitió otro informe de 4 de marzo de 2004 rectificando sobre la *cannabis sativa*, en el sentido de indicar que es difícil determinar la dosis mínima psicoactiva del THC (principio activo de dicha sustancia). En realidad, se decía, la dosis mínima psicoactiva se deducía de la molécula «dronabinol», similar al THC (tetra hidro cannabino), y que era de entre 5 y 10 mgrs. por vía oral, deduciendo a partir de ahí que las dosis mínimas psicoactivas de las sustancias derivadas de la *cannabis sativa* eran las siguientes: para la marihuana, con una riqueza media de Delta 9 THC entre un 2,9 y 7 %, la dosis mínima sería de 344,82 mgrs.; para el hachís, con una riqueza media de Delta 9 THC entre un 10 y 14,5%, será de 100 mgrs.; y para el aceite de hachís, con una riqueza variable que depende de la concentración, sería de 6,67 mgrs. Este segundo informe, sin embargo no se ha tenido en cuenta por las resoluciones de la Sala 2.<sup>a</sup> que han incluido la referencia a la primera cantidad, 10 mgrs., para determinar la dosis mínima psicoactiva del hachís.

Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas a partir de entonces son numerosas:

– 1023/2002, de 19-1-2004 (Pte. Sánchez Melgar), con remisión a la STS 901/2003 de 21-6: condena en un supuesto de venta de 0,060 grs de heroína al 27,7%.

– 1982/2002, de 28-1-2004 (Pte. Sánchez Melgar), idéntica a la anterior, condena en un «pase» de 0,08 grs de heroína al 31,4%<sup>29</sup>.

– 1621/2003, de 10-2-2004 (Pte. Bacigalupo), que ya realiza una primera matización: si no se puede determinar la riqueza no es posible indicar la dosis mínima psicoactiva y si supera o no los umbrales del informe del Instituto Nacional de Toxicología, por lo que absuelve (se trataba de 0,053 grs de heroína).

– 152/2004, de 11-2-2004 (Pte. Aparicio Calvo-Rubio), condena en un «pase» de 0,20 grs de heroína más cocaína. No cabe apreciar una despenalización del tráfico de drogas, ni siquiera de *lege ferenda*, citando la STS 28-1-2004.

– 184/2004, de 13-2-2004 (Pte. Maza), en igual sentido que la de 10-2-2004, absuelve por indeterminación de la pureza.

---

<sup>29</sup> Estas dos son las sentencias que motivaron la solicitud del informe del Instituto Nacional de Toxicología y cuyo fallo estuvo pendiente del mismo, así como del Pleno que no llegó a celebrarse.

– 195/2004, de 16-2-2004 (Pte. Colmenero), en igual sentido que las de 10 y 13-2-2004, absolviendo al no constar el peso y composición de la pastilla de MDMA.

– 199/2004, de 18-2-2004 (Pte. Martínez Arrieta), en la que se hace constar la necesidad de un tipo atenuado para el tráfico de drogas<sup>30</sup>.

– 221/2004, de 20-2-2004 (Pte. Giménez), estima el recurso del Fiscal, condenando por el pase de una papelina de 0,213 grs de heroína al 22,9 % de pureza. Esta sentencia enumera las absolutorias de los años anteriores con indicación de las cantidades mínimas que en las mismas se apreciaron, pero termina aplicando el criterio de dosis mínima psicoactiva, señalado por el INT, de 0,66 mgrs. para la heroína.

– 259/2004, de 20-2-2004 (Pte. Monterde), lo mismo que la anterior, condena en el caso del pase de una papelina de 0,132 grs de heroína al 24,6 % de pureza.

– 254/2004, de 26-2-2004 (Pte. Soriano) que ofrece las tablas de las dosis mínimas psicoactivas en la misma sentencia y condena igual que las anteriores, el pase de una papelina de 0,122 grs de cocaína al 17 % de pureza.

– 238/2004, de 27-2-2004 (Pte. Aparicio), lo mismo que las anteriores y reitera la imposibilidad de apreciar una exclusión de la tipicidad<sup>31</sup>.

– 1450/2003, de 27-2-2004 (Pte. Bacigalupo), lo mismo que las anteriores.

– 268/2004, de 27-2-2004 (Pte. Granados), lo mismo que las anteriores.

---

<sup>30</sup> Este tipo de sentencias es quizás las que más claramente acreditan que la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo vive en determinados asuntos a espaldas del Legislador. Es difícil de creer que siga pidiendo un tipo atenuado para el tráfico de drogas cuando la última reforma del Código Penal publicada el 26 de noviembre de 2003, dos meses antes de la sentencia, vuelve a determinar como límite punitivo mínimo para este tipo de delitos el de los tres años de prisión, haciéndose por el Legislativo caso omiso a la Propuesta elaborada por la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia que incluía como pena para el delito de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud la de prisión de 2 a 8 años.

<sup>31</sup> Dice con cita de otras «(en) los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera “de lege ferenda”, «un principio de insignificancia” que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa supralegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad».

– 272/2004, de 5-3-2004 (Pte. Martín Pallín), que hace precisiones, no es igual toxicidad que psicoactividad, separándose de la doctrina de la Sala. Se trataba de la venta de una papelina con 0,016 mgrs. de heroína pura (además el acusado portaba en la cartera otras tres papelinas) y desestima el recurso del Ministerio Fiscal y mantiene la absolución, citando las SSTS en que la acción típica carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido.

– 287/2004, de 8-3-2004 (Pte. Delgado), que estima el recurso del Ministerio Fiscal.

– 294/2004, de 10-3-2004 (Pte. Bacigalupo), mantiene el criterio de la Sala.

– 353/2004, de 11-3-2004 (Pte. Maza), que absuelve al no constar la pureza de la metadona (según el Instituto Nacional de Toxicología la dosis mínima psicoactiva es de 5 mgrs.).

– 298/2004, de 12-3-2004 (Pte. Conde Pumpido), que hace diversas precisiones entre la que destaca que el informe de Toxicología para la heroína se movía en una horquilla de entre 0,66 y 1 mgrs. por lo que escoge esta última como la cantidad a tener en cuenta para determinar la dosis mínima psicoactiva.

– 381/2004, de 15-3-2004 (Pte. Granados), mantiene la jurisprudencia de la Sala, de 0,66 mgrs. de dosis mínima psicoactiva para la heroína.

– 424/2004 de 30-3-2004 (Pte. Aparicio), que condena en un «pase» de 0,164 gramos de heroína, con una riqueza del 8,5 %, que representaba 0,013 gramos de dicha sustancia pura, en la que hay que destacar un voto particular de Andrés Ibáñez contra la doctrina de la Sala.

– 569/2004, de 3-5-2004 (Pte. Colmenero), que condena en el caso de 0,788 grs de heroína.

– 588/2004, de 6-5-2004 (Pte. Andrés Ibáñez), que absuelve por no constar la pureza.

– 602/2004, de 6-5-2004 (Pte. Ramos Gancedo) que establece que *«conviene advertir que la invocación del principio de insignificancia por sí mismo resulta inoperativo mientras no se determine científicamente la dosis mínima psicoactiva de un determinado estupefaciente, es decir, la cantidad mínima que afecta a las funciones de los organismos vivos que, según los conocimientos científicos más recientes se sitúa, tratándose de heroína, entre 0,75 y 1,25 miligramos de sustancia pura, susceptible por sí misma de producir la inhibición del dolor, la modificación de estado anímico o la alteración de las percepciones sensoriales, constituyendo*

*esa dosis mínima psicoactiva la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad de la sustancia».*

– 580/2004, de 7-5-2004 (Pte. Maza), que estima el recurso del Ministerio Fiscal y condena un «pase» de 2,6 mgrs. de heroína pura.

– 622/2004, de 10-5-2004 (Pte. Granados) que también estima el recurso del Ministerio Fiscal y condena un «pase» de 389 mgrs. de heroína pura.

## 5.º Delito continuado

Por la jurisprudencia se ha reiterado que la pluralidad de acciones homogéneas del art. 368 Cpen. integran un delito único, no admitiéndose el delito continuado (SSTS 467/1999, de 18-3, Pte. Delgado y 429/2004, de 2-4-2004, Pte. Soriano). Se basa para ello en el argumento literal de que el precepto emplea el término «actos» de cultivo, elaboración o tráfico, o como dice la STS 748/2002, de 23-4-2002, Pte. Ramos Gancedo (con cita de la STS 30-9-1999):

*«Dada la naturaleza de peligro abstracto de la conducta sancionada y la singular estructura típica del art. 368 («actos --en plural-- de cultivo, elaboración o tráfico», comportamientos que «de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten» el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o bien posesión de dichas sustancias con aquellos fines), ha de entenderse que la pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto no configura una pluralidad de delitos, sino que se integra en una conducta única, favorecedora, en mayor o menor medida, del consumo ilegal, adquiriendo relevancia solamente como factor de individualización punitiva»<sup>32</sup>.*

## 6.º Grados de ejecución

### a) Consumación

Por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo se ha venido considerando que los delitos de tráfico de drogas son de los llamados tendenciales, de resultado cortado, en los que no caben las formas imperfectas de ejecución, salvo en supuestos muy excepcionales, siendo suficiente para entender

---

<sup>32</sup> También la STS 2184/2002, de 19-12-2002, Pte. Andrés Ibáñez.

consumado el delito la mera tenencia o posesión, incluso mediata, de la droga, con una finalidad de destinarla al consumo ilegal. O como se dice en la STS 351/2004, de 17-3, Pte. Martínez Arrieta, se trata de delitos de peligro abstracto, de consumación anticipada que difícilmente admiten la tentativa (también en SSTS 1065/2003, de 11-7-2003, Pte. Granados y 1234/2003, de 1-10-2003, Pte. Conde Pumpido).

Y también se rechazan las formas imperfectas en los casos de acuerdo previo sobre la transmisión de la droga, aunque el adquirente de la sustancia aun no tenga la posesión material (SSTS 208/2004, de 12-2-2004, Pte. Monterde Ferrer<sup>33</sup>, 545/2004, de 30-4-2004, Pte. Sánchez Melgar y 870/2003, de 11-6-2003, Pte. Román Puerta). Y en el caso de transportes internacionales igualmente se mantiene esta tesis cuando hay un acuerdo previo (SSTS 43/2001, de 19-1-2001, Pte. Aparicio, 28/2001, de 20-1-2001, Pte. Jiménez Villarejo, 835/2001 de 12-5, –que también excluye la posibilidad de que se aprecie el delito imposible–). En todos estos casos se entiende consumado el delito desde el momento en que se pone en marcha el mecanismo de transporte previamente convenido.

## b) *Tentativa*

En los casos de transporte internacional existe la tentativa cuando el autor sin participación previa en el envío ha intentado hacerse con la

---

<sup>33</sup> La STS 12-2-2004 no puede ser más clara: «... no es óbice para la consumación del delito previsto en el art. 368 del CP que el procesado no tuviera la posesión material de la droga, pues el acuerdo previo de transmisión, seguido del encuentro personal para verificar la entrega, produce la consumación, tanto para el transmitente, como para el adquirente, aunque este no hubiere alcanzado la posesión física de la droga.

*La STS núm. 1592/2003, de 25 de noviembre, recuerda que la doctrina de esta Sala (sentencias de 26 de marzo de 1997 y 21 de junio de 1999, núm. 1000/1999, entre otras), señala la dificultad de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, dada la amplitud de la descripción legal de la acción típica, al tratarse de un delito de peligro abstracto cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor (STS núm. 2354/2001, de 12 diciembre).*

*Por su parte, la STS núm. 1553/2002, de 18 de septiembre, en relación con la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, ha señalado que la jurisprudencia de esta Sala ha adoptado en tal materia un criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el derogado art. 344 del CP de 1973 y ahora en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar las sustancias estupefacientes al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos nucleares de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detención material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SS. de 17 y 30-6-1982, 21-1, 19-4*

droga sin llegar a tener la disponibilidad de la misma (SSTS 1697/2001 de 3-12, Pte. Conde Pumpido y 309/2002, de 25-2-2002, Pte. Conde Pumpido<sup>34</sup>), supuesto que se hace extensivo a los casos de entrega controlada o vigilada, en los que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega (SSTS 767/2002, de 25-4, Pte. Móner, 416/2003 de 20-3-2003, Pte. Colmenero, esta última con cita de otras), supuestos, claro está, referidos siempre a aquellos casos en los que el autor es ajeno al plan rector de la operación de transporte<sup>35</sup>.

En definitiva, como se dice en la STS 2354/2001, de 12-12-2001 (Pte. Conde Pumpido), *«cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Es decir, que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (arts. 3 CP 1973 y 16.1 CP) cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor»*.

### c) Actos preparatorios

En cuanto a la conspiración *«existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, desapareciendo, cuando el proyecto delictivo se lleva a efecto insertándose en la*

---

*y 30-9-1988, 15 y 21-3, 27-10 y 14-11-1989, 4-3-1992, 2, 13 y 16-7-1983, 30-5 y 8-8-1994, 3-4-1997 y 1567/1998 de 7-12, entre otras muchas»*.

<sup>34</sup> En esta STS 25-2-2002 se explican los requisitos para apreciar la tentativa: *«Como señala nuestra doctrina más reciente en los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase con un supuesto país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1.º sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º sin ser el destinatario de la mercancía; 3.º sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (ver TS SS 26 mar. 1997, 3 mar. y 21 jun. 1999 o 12 may. 2001, núm. 835/2001, entre otras)»*. Y en el caso de la sentencia *«nos encontramos con un supuesto típico de tentativa, pues el acusado era, en principio, ajeno al plan rector de la operación y tampoco había proporcionado su nombre y dirección para figurar como destinatario, sino que se prestó de modo puramente accesorio a hacerse cargo del envío para hacérselo llegar al destinatario final. Algo que únicamente pudo intentar, sin posibilidades reales de éxito, dada la inmediata detención por los agentes policiales ya aprestados para ello, que impidieron que llegara a tener en momento alguno disponibilidad efectiva sobre la droga»*.

<sup>35</sup> En supuestos extremos el TS ha absuelto a aquel que había realizado la operación de droga en todas sus fases bajo control policial, ya que no puso en riesgo el bien jurídico (STS 1114/2002, de 12-6-2002, Pte. Colmenero).

*fase de ejecución»* (STS 1393/2000, de 19-9, Pte. Martín Pallín). Para los delitos de tráfico de drogas se ha admitido expresamente, como en la STS 1129/2002, de 18-6, Pte. García Ancos, que la considera como un verdadero delito, aunque con características híbridas<sup>36</sup>. El art. 373 del Cpen. no ha sido modificado por la LO 15/2003, castigándose la provocación, la conspiración y la proposición de los delitos de los arts. 368 a 372 con la pena inferior en uno o dos grados.

## 7.º Participación

Respecto a las formas de participación en los delitos de tráfico de drogas dada la redacción del art. 368 Cpen., por parte de la jurisprudencia se ha admitido un concepto extensivo de autor, excluyéndose en principio las formas accesorias de participación.

### a) Autoría.

Se ha declarado por el T.S. la existencia de autoría plena en los siguientes casos:

– Para el titular de la vivienda por tener una posición de garante (STS 1881/2000, de 7-12-2000, Pte. Bacigalupo).

– Para el que convive en el mismo domicilio (STS 220/2003, de 14-2-2003, Pte. Andrés Ibáñez).

– El que realiza el transporte con la droga (SSTS 591/2003, de 15-4-2003, Pte. Sánchez Melgar, 370/2004, de 17-3-2004, Pte. Martínez Arrieta).

– El que cotransporta la droga (STS 330/04, de 12-3, Pte. Soriano).

– El depositario (STS 373/2001, de 7-3-2001, Pte. Martínez Arrieta).

– El que lo transporta y recibe el precio (SSTS 2138/2001, de 16-11-2001, Pte. Sánchez Melgar).

– La adquisición de un barco para transportar la droga y embarcar con él (STS 1579/2000, de 10-3-2000, Pte. Prego De Oliver).

– Intermediario que recoge las papelinas y se las entrega a los drogo-dependientes (SSTS 51/2002, de 26-1-2002, Pte. Sánchez Melgar) o el que

---

<sup>36</sup> En este caso, los coacusados habían estado en contacto con antelación para adquirir una cantidad de droga, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial.

realiza actos de contacto previo con los adquirentes (SSTS 1739/2002, de 21-10-2002, Pte. Sánchez Melgar).

– Entrega de sustancias a cambio de dinero (STS 106/2004, de 29-1-2004, Pte. Ramos).

– Y no es necesario tener la posesión material de la droga para ser considerado autor del delito (STS 825/2003, de 9-6-2003, Pte. Bacigalupo).

#### b) *Complicidad*

Sin embargo, en supuestos excepcionales cabe apreciar la complicidad, en los casos de no favorecimiento directo del tráfico de drogas, sino en los de favorecimiento del favorecedor o en aquellos supuestos de una participación muy ocasional y poco importante o con carácter accesorio y de escasa entidad. Como se dice en la STS 259/2003, de 25-2-2003, Pte. Maraón, *«habrá que apreciar autoría en las actividades nucleares y de primer grado a que se refiere el tipo del artículo 368 del CP. de creación de droga, mediante el cultivo o la elaboración, de aproximación de la droga al consumidor, mediante el transporte, el traslado y la entrega del estupefaciente, y de posesión de la droga con finalidad de tráfico. Se han considerado las acciones relacionadas con la droga integrantes de autoría, si el partícipe es tenedor de la sustancia. La complicidad quedar reservada a las actuaciones periféricas y de segundo grado en las que ni se crea, ni se traslada, ni se entrega, ni se posee la droga. Para distinguir la complicidad, prevista en el art. 29 del CP., de la cooperación necesaria, a que se refiere el apartado b) del pár. 1º del art. 28 del mismo Cuerpo Legal, habrá que ponderar si la actividad auxiliar es indispensable o prescindible, siendo de aplicación las teorías sobre la «condición sine qua non» sobre los bienes escasos y sobre el dominio de la acción, con arreglo a las cuales habrá cooperación necesaria cuando la actuación auxiliar sea decisoria y suponga una aportación difícil de conseguir, y el partícipe pueda determinar el cese de la actividad delictiva, al retirar su apoyo». Y se enumera a continuación supuestos concretos resueltos por la jurisprudencia, admitiendo la complicidad:*

*«La mera indicación al consumidor que quiere comprar droga del lugar donde se vende e incluso el acompañamiento hasta dicho lugar (Sentencia de 9 de julio, de 1987 y 1338/2000, de 24 de julio).*

*La ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga (Sentencias de 10 de julio de 1995, 30 de marzo de 1991 y 155/2002, de 19 de junio).*

*El transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro, con fines de ocultación (Sentencia 1993/2001 de 18 de octubre).*

*La recepción de llamadas telefónicas hechas por el porteador de la droga, desde distintos puntos del viaje de regreso a España, y el traslado de los mensajes a los implicados con el transportista (Sentencia 1047, de 7 de julio).*

*La vigilancia del lugar donde esté la droga (Sentencia 2459/2001, de 21 de diciembre)»<sup>37</sup>.*

### c) *Encubrimiento*

El encubrimiento no se admite tampoco por la jurisprudencia de una manera reiterada (SSTS 1448/2003, de 30-10-2003, Pte. Granados, 1896/2002, de 13-11-2002, Pte. Abad, 1892/2002, de 8-11-2002, Pte. Granados). Por su parte la STS 1234/2002, de 28-6-2002, Pte. Jiménez, señala que no se vulnera el principio acusatorio en el caso de aquel que siendo acusado por tráfico de drogas como autor, finalmente es condenado por encubrimiento (supuesto de quien en una entrada y registro se deshace de la droga, arrojándola por la ventana – la solución no es del T.S. sino de la Audiencia Provincial no habiéndose recurrido por el Ministerio Fiscal).

## 8.º **Delito provocado**

Respecto al «agente provocador» la jurisprudencia ha distinguido entre el delito provocado, impune y aquellos casos de provocación policial en los que en realidad se trata de descubrir el delito ya iniciado o que se esté cometiendo, admitiéndose también la posibilidad de descubrimiento del delito mediante «confidentes» (STS 476/2003, de 4-4-2003, Pte. Jiménez Villarejo). Y debe distinguirse el delito provocado de la entrega y circulación vigilada regulada en el artículo 263 bis de la LECrim. (STS 329/2004, de 16-3-2004, Pte. Andrés Ibáñez).

---

<sup>37</sup> En el caso de la STS examinada de 25-2-2003, el acusado facilitaba al comprador el teléfono y el precio de la droga del vendedor. Y ello, a pesar de que SSTS 20-3 y 20-7-2000 consideran los actos de intermediación como integrantes de la autoría. Y que según la STS 2-3-2000 no cabe complicidad cuando hay un previo acuerdo seguido de actos que facilitan la venta de drogas (citada por la STS 1739/2002, de 21-10, Pte. Sánchez Melgar).

C) LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ART. 369 CPEN.

El art. 369 Cpen. ha sido objeto de reforma por la LO 15/2003, habiéndose introducido nuevos subtipos y modificado otros. Examinamos a continuación las novedades y posteriormente la jurisprudencia que respecto a estos subtipos se puede entender que sigue vigente.

1.º **Novedades legislativas**

El art. 369 Cpen. en la nueva redacción dada por la LO 15/2003 se divide en dos apartados, recogiendo el primero los subtipos agravados y el segundo una serie de penas y medidas específicas para el caso de delitos cometidos por organización, asociación o en establecimiento público.

En cuanto a los subtipos que se regulan en el nuevo apartado 1 del art. 369 Cpen., además de alterar el orden de los mismos, mediante la LO 15/2003 se han añadido dos conductas nuevas que hasta ahora no se encontraban agravadas y se han producido tres modificaciones de sendos apartados con ampliaciones de los supuestos de hecho. La pena sigue siendo la misma, la superior en grado a la del art. 368 y multa del tanto al cuádruplo.

a) Los dos *apartados nuevos* son:

i) En el *apartado 9.º* se castiga al que «*empleare violencia o exhibiere o biciese uso de armas para cometer el hecho*» (el tráfico de drogas)<sup>38</sup>.

– En cuanto al *uso de armas*, mientras no se consolide otro criterio, podría entenderse aplicable la jurisprudencia existente respecto a la agravación del robo violento del art. 242 Cpen., apreciándose el subtipo no solo en los casos de empleo directo del arma, mediante el disparo o pinchazo, sino también en los supuestos de exhibición o utilización intimidatoria, debido al riesgo que comporta y dado que la redacción legal se refiere a la mera exhibición y a la utilización.

Y se apreciará un concurso real de este delito con el de tenencia ilícita de armas de los arts. 563 y 564 del Cpen.

---

<sup>38</sup> El Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de 26 de marzo de 2003 consideraba innecesario este precepto, primero por lo improbable del empleo de esos medios para cometer un delito contra la salud pública y, en segundo lugar, porque aquí no se produce una intensificación del injusto como en el robo, sino que lo que ocurrirá será la aparición de otros delitos y el oportuno concurso de delitos.

– Respecto a *la violencia*, y en el caso de que el empleo de la misma produjera resultados lesivos para las personas, tales conductas se calificarían en concurso ideal con el delito contra la salud pública.

La agravación debería apreciarse sólo cuando se utilice la violencia o se exhiba o se use el arma para cometer el hecho y no cuando sea para proteger la huida, ya que en tal caso el precepto debería haberlo establecido claramente, como sucede en el artículo 242.2 Cpen. En estos casos, la conducta se castigaría, por un lado, como el correspondiente delito de atentado o resistencia (si la violencia se ejerciera sobre agentes de la autoridad) en concurso ideal con el delito contra las personas y, por otro lado, como un delito contra la salud pública del artículo 368 del Cpen.

ii) En el *apartado 10.º* se agrava también la pena cuando «*el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos* (aquellos a los que se refiere el art. 368 Cpen.) *del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas*». El motivo de esta modificación legislativa se encuentra en que desde la STS 1088/1997, de 1-12-1997, Pte. Bacigalupo<sup>39</sup> se ha venido considerando que entre el delito contra la salud pública y el de contrabando se da un concurso de normas a resolver mediante el principio de absorción, y no un concurso ideal entre ambos delitos, como anteriormente se venía manteniendo. Debe interpretarse la reforma ahora operada como un medio para corregir el favorecimiento penológico que ello suponía para los que introducían droga en España. Así mismo se agrava la pena para los que saquen las sustancias de territorio nacional y dado que España no es un país productor de tales sustancias la razón de tal agravación hay que buscarla precisamente en el dato de que España es un «país puente» entre los productores y los destinatarios finales de la droga (principalmente del hachís y la cocaína, por razones geográficas y culturales, respectivamente) y por ello se pretende perseguir e impedir tal realidad. Así mismo se castiga el favorecimiento de tales conductas en el último inciso del precepto por lo que las formas de participación como la complicidad serán difíciles de apreciar, al igual que sucede en el tipo básico.

b) Y *las modificaciones* realizadas en los subtipos existentes son:

i) En el *apartado 1.º* se ha sustituido la expresión obrar «*con abuso*» de la profesión, oficio o cargo por la de obrar «*en el ejercicio*» del cargo, profesión u oficio, referido a las conductas de tráfico de drogas realizadas por autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador. Hay que señalar, respecto a esta modificación, que lo único que hace el legislador es acoger la interpretación jurisprudencial

<sup>39</sup> Primera dictada tras el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS de 24-11-1997.

del precepto (SSTS 24-2-1995 ó 30-6-1997) que venía exigiendo que las conductas fueran realizadas por tales profesionales en el ejercicio de sus cargos o profesiones, por lo que en realidad no se amplía el ámbito de aplicación del precepto.

ii) En el *apartado 3.º* se ha producido la supresión del término «*delictivas*», por lo que la agravación se producirá siempre que el sujeto activo participe en otras actividades organizadas. Estas actividades podrán ser perfectamente lícitas, pero evidentemente deberán guardar una estrecha relación con el tráfico de drogas a los efectos de no exasperar punitivamente la conducta de una manera ilógica. Hay que señalar, que la redacción del precepto no supuso un olvido por parte del legislador o un error material en la elaboración de la reforma, ya que el proyecto de ley (BOCG de 5-5-2003, núm. 145-1) recogía el precepto tal y como se aprobó, presentándose una enmienda al mismo, la número 133 del Grupo Parlamentario socialista en el Congreso (reiterándose con la número 170 por el mismo Grupo en el Senado) en el sentido precisamente de que se añadiera el término «*delictivas*». La justificación de la enmienda era que «*sería inaudito que la pertenencia a cualquier organización, aunque ésta fuera legal, constituya una agravante en el supuesto de la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes*». Evidentemente la enmienda del Partido socialista no fue acogida y la redacción que hoy tenemos es la que se pretendía aprobar.

iii) En el *apartado 8.º* se castigan las conductas de tráfico de drogas que se realicen «*en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades*» (el subrayado es nuestro y constituye la novedad).

En el antiguo apartado 1.º se castigaban tales conductas sólo cuando se realizaban en centros asistenciales. Así pues, la reforma legislativa precisa que se debe entender por centros asistenciales.

Pero además extiende la conducta no sólo a las actividades de tráfico que se realizan en el interior, sino también en sus proximidades. Debe destacarse que esta extensión del tipo a las conductas que se realizan en el exterior del centro es aplicable también a los centros docentes, a los centros, establecimientos o unidades militares y a los establecimientos penitenciarios a los que también se refiere el precepto. Hasta ahora las conductas de tráfico solo se castigaban como agravadas cuando se realizaban en el interior de tales centros. A partir de ahora también cuando se realicen en las proximidades, debiendo entenderse por tales los «*lugares cercanos, que distan poco*» (Diccionario de la Real Academia Española). En general deberá aplicarse para aquellos casos en que el bien jurídico

protegido se vea en peligro por realizarse el tráfico de drogas ante la posible presencia de estudiantes, militares, presos o preventivos o toxicómanos, al tratarse de colectivos que merecen una mayor protección ante la venta de sustancias estupefacientes.

Finalmente hay que destacar que ya no se utiliza el término «difundan» que había planteado problemas interpretativos<sup>40</sup>.

## 2.º **Jurisprudencia**

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo ha examinado las diversas circunstancias del art. 369, sentando los siguientes criterios que, en general, no tienen porque variar con la reforma de la LO 15/2003, destacando que el legislador se ha hecho eco de la jurisprudencia, bien para aceptarla, bien para corregirla.

1.ª ***El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio*** (antiguo 8.º).

La finalidad de la agravación estriba en «*la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria*» (STS 1762/1994, de 11-10, Pte. Conde-Pumpido).

Se exige, lo que se corrobora con la modificación de la LO 15/2003, que el delito guarde relación con el cargo público ejercido (STS 275/1995, de 24-2, Pte. Moyna).

Y debe tenerse en cuenta el art. 372 Cpen., inalterado tras la reforma de la LO 15/2003, que por un lado establece penas accesorias de inhabilitación especial o absoluta, según los sujetos, y por otro define en el segundo párrafo a los facultativos.

2.ª ***El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional*** (antiguo 6.º).

Para la apreciación de esta circunstancia se exige una cierta planificación entre varias personas con reparto de papeles y una cierta jerarquía, es decir, una estructura organizativa, aunque sea simple, así como una cierta nota de permanencia, aunque este requisito jurisprudencial se ha visto muy limitado dado el tenor literal del precepto que habla de

---

<sup>40</sup> Ver Consulta 5/1985 de la FGE.

organizaciones incluso de carácter transitorio y que difunden las sustancias aun de modo ocasional<sup>41</sup>. Y no es necesario que se mueva en un amplio marco geográfico. Las SSTs 108/2003, de 5-5-2003, Pte. Marañón y 351/2004, de 17-3-2004, Pte. Martínez Arrieta, con cita de otras, siguen manteniendo estos criterios.

**3.<sup>a</sup> *El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (antiguo 7.º).***

La supresión del término «delictivas» al referirse a otras actividades organizadas con toda seguridad que planteará problemas interpretativos, que deberán resolverse, como viene haciendo la Sala 2.<sup>a</sup> respecto a todos los subtipos agravados del artículo 369 del Cpen. con carácter restrictivo. Deberá entenderse como participación, tanto en otras actividades organizadas delictivas como en actividades organizadas lícitas, pero en este caso han de tener como principal finalidad encubrir u ocultar la actividad principal de tráfico de drogas, ya que en este supuesto la mayor peligrosidad y antijuricidad de la conducta viene determinada precisamente por la capacidad de elaboración de una estructura organizada que sirva para la realización de la actividad delictiva.

**4.<sup>a</sup> *Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos (antiguo 2.º).***

Ha de tratarse de cualquier dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial o mercantil dirigida a una clientela, que pueda

---

<sup>41</sup> La STS 1177/2003, de 12-9-2003, Pte. Delgado, explica la razón de ser de la exigencia de la permanencia diciendo: «Según doctrina de esta sala basta al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupa a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de papeles entre ellas, y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien porque hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque sólo se haya acreditado un hecho, en éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad. As las cosas, todas las participes en el delito integrados en tal estructura («perteneciera») incurrir en este subtipo agravado.

*Entendemos que, pese a los términos «incluso de carácter transitorio» y «aun de modo ocasional», utilizados en este artículo 369.6.º, es imprescindible para su aplicación el mencionado requisito de carácter temporal. As lo deducimos de los propios términos «organización o asociación» que no cabe concebir si no es con una duración más o menos prolongada.*

*Tiene que haber algo más que una mera reunión de personas para delinquir. Es algo más que la simple codelinquencia. Su razón de ser radica en la mayor facilidad comisiva y mayor peligrosidad que existen cuando hay esa estructura más o menos ordenada al fin de delinquir en esta clase concreta de delitos tan graves para la salud y la convivencia de los ciudadanos.*

*Véanse, en este sentido, las sentencias de esta sala de 8 feb. 1993, 10 nov. 1994, 19 ene. 1995, 1 abr. 1996, 13 oct. 1997, 6 abr. 1998, 29 feb. 2000, 3 nov. 2000, 26 mar. 2001, 16 jul. 2001, 20 y 29 nov. 2001, y 3 dic. 2002, entre otras muchas».*

acceder libremente (STS 1908/2001, de 23-10-2001, Pte. Andrés Ibáñez). Es necesario que el autor se valga y confunda la ilícita actividad desarrollada en el local con el negocio de hostelería. Un hecho puntual y esporádico (una o dos ocasiones) no permite apreciar el subtipo (SSTS 501/2003, de 8-4, Pte. Soriano, y 111/2004, de 29-1-2004, Pte. Abad). No basta con la simple posesión de la droga en el local, sino que es necesario la realización de actos de tráfico (SSTS 1897/2002, de 12-11-2002, Pte. Abad, y 329/2003, de 10-3-2003, Pte. Saavedra) y se debe realizar en horas de apertura (STS 1912/2000, de 7-12-2000, Pte. Aparicio)<sup>42</sup>.

**5.<sup>a</sup> Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación (antiguos 1.º y 4.º).**

Respecto a la facilitación a menores de edad la acción antijurídica consiste en la administración al niño de la sustancia tóxica, exigiéndose por la jurisprudencia el dolo del conocimiento de que el receptor de la droga es un menor, siendo reticente la moderna doctrina a la admisión del dolo eventual cuando el autor tiene duda de la edad de la persona a quien se suministraba la droga (STS 781/2003, de 27-5, Pte. Ramos).

La STS 1199/2002, de 28-6-2002, Pte. Conde Pumpido, señala que el fundamento de la agravación *«consiste en la menor capacidad de los menores de edad para autodeterminarse, y en consecuencia, en la disminución de sus defensas autónomas frente a los riesgos para su salud derivados del autoconsumo de drogas. Disminución que incrementa el riesgo y exige un proporcionado reforzamiento de la prohibición de facilitación de dichas sustancias, es decir un reforzamiento de la tutela penal.»* El argumento se aducía como refutación del recurso formulado que pretendía la indebida aplicación de la agravación porque el menor ya era consumidor de drogas.

*«Por ello –se concluía– esta tutela reforzada ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo como a quien ya lo ha hecho, pues en ambos casos la conducta típica, facilitarles droga, constituye un riesgo relevante para su salud.»*

<sup>42</sup> En la Consulta 11/1997, de 29-10, de la Fiscalía General del Estado se define el local abierto al público desde la perspectiva del delito de robo, pero plenamente aplicable al presente tipo: *«lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona –sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura–».*

**6.<sup>a</sup> Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior (antiguo 3.<sup>o</sup>).**

Este subtipo agravado ha sido criticado por su falta de concreción y por la necesidad de que la notoria importancia fuera precisada por el legislador de una manera clara<sup>43</sup>. Sin embargo la LO 15/2003 ha mantenido inalterado el precepto, a pesar de que la Comisión Técnica en su Propuesta dirigida al Ministerio de Justicia incluía en el apartado 6.<sup>o</sup> la definición de notoria importancia de sustancias estupefacientes como «la cantidad de dichas sustancias equivalente a doscientas veces la dosis media diaria de un consumidor habitual».

A partir del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> de 19-10-2001, y basándose en un informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18-10-2001, se han fijado los límites de tales cantidades a partir de la consideración de que el exceso de 500 dosis supone notoria importancia. El cuadro para las sustancias más comunes es el siguiente:

SUSTANCIA	CONSUMO DIARIO (Frecuencia de uso diario)	NOTORIA IMPORTANCIA (actualmente)	NOTORIA IMPORTANCIA (antes del Pleno de 19-10-01)
<b>Marihuana</b>	15-20 grs	10 kgrs	5 kgrs
<b>Hachís</b>	5 grs	2,5 kgrs	1 kgr
<b>Cocaína</b>	6 papelines máx. (1,5 grs)	750 grs	120 grs
<b>Heroína</b>	3-4 papelines (600 mgrs)	300 grs	80 grs
<b>Anfetamina (sulfato de anfetamina)</b>	180 mgr. máximo	90 grs	200 dosis (100 mgrs/dosis)
<b>Speed (d-metanfetamina)</b>	4 dosis (60 mgr)	30 grs	12 gr
<b>Extasis (MDMA), MDA, MDEA</b>	480 mgrs	240 grs	96 gr
<b>LSD</b>	0,6 mgr	300 mgr	120 mgr

<sup>43</sup> Fernando SEQUEROS: «Sobre la necesidad dogmática de revisar la dimensión del subtipo agravado de notoria importancia», Diario *La Ley* de 24 de enero de 2002.

Hay que destacar que las citadas cantidades se estima por el Tribunal Supremo que han de ser puras, excepto para el hachís respecto al cual la Sala 2.<sup>a</sup> reiteradamente indica que no es necesario tener en cuenta el porcentaje del principio activo (tetra hidrocannabinol), bastando el peso bruto (STS 657/2003, de 9-5-2003, Pte. Aparicio<sup>44</sup>).

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que cuando en el hachís el principio de concentración del THC es muy bajo, «inferior al 2%», entonces dicha sustancia tiene más similitud a la marihuana, debiendo estarse entonces al límite cuantitativo de ésta para la notoria importancia, es decir, 10 kilogramos y no los 2,5 kilogramos (STS 1153/2002, de 22-6-2002, Pte. Conde-Pumpido<sup>45</sup>). En definitiva, cuando la sustancia incautada se sitúe entre 2,5 y 10 kilogramos de hachís sí habrá que atender al grado de concentración del THC y si la sustancia no supera el 2%, a pesar de que sea hachís, tendrá la consideración de marihuana y no se apreciará el subtipo agravado.

Y, por otro lado, a pesar del cambio jurisprudencial operado tras el Acuerdo del Pleno de 19-10-2001, el Tribunal Supremo ha reconocido cierto valor a las cifras de notoria importancia anteriores al mismo a la

---

<sup>44</sup> Según esta STS de 9-5-2003 «*La tesis del Tribunal sentenciador de que la determinación de la cantidad de sustancia prohibida depende del porcentaje de pureza del hachís, no puede ser asumida por esta Sala. En efecto, dicho criterio como recordaba la S 1757/2001, de 1 de octubre, es el procedente cuando se trata de productos como la cocaína y la heroína, que deben ser sometidas a procedimientos químicos la sustancia básica de la que se obtiene el producto final y que, según el tratamiento que se le aplique resultara con diferente grado de pureza por la mayor o menor concentración del principio activo. En cambio, los derivados del cáñamo indico, son productos vegetales que se obtienen de la planta sin proceso químico alguno, por lo que la concentración de tetrahidrocannabinol (THC), que es la sustancia activa de esta droga, no depende de manipulaciones o adulteraciones debida a la obra humana (véanse, entre otras, SSTS de 13 de febrero y 1 de marzo de 1996, 17 de marzo de 1999 y 6 de noviembre de 2000), razón por la cual es doctrina pacífica y reiterada de esta Sala que para establecer la cantidad de droga en el caso del cannabis, es irrelevante el grado de pureza y debe atenderse al peso total del alucinógeno incautado. (Entre otras posteriores, en el mismo sentido, S. 2055/2001 de 8 de noviembre)*».

<sup>45</sup> A pesar de ello, esta STS 22-6-2002 se refiere reiteradamente a 12,5 kg. como el límite de la notoria importancia para la marihuana, a pesar de que serían 10 kgrs según la tabla del INT (dosis diaria de 20 grs por 500 dosis es igual a 10.000 grs), incurriendo también en el mismo «error» para el aceite de hachís al indicar que el límite esta en 500 grs cuando en realidad deberá ser de 300 grs El «error» quizás radica en que la jurisprudencia venía considerando el límite de 1 kgr como la notoria importancia para el hachís, 5 veces más para la marihuana, es decir 5 kg. que ahora serán los 12,5 kgrs (2,5 multiplicado por cinco) y 5 veces menos para el aceite de hachís, es decir, 120 grs., que ahora serían 300 grs (2.500 grs dividido por 5). Hay que señalar que el criterio de las 500 dosis es aplicable «a todas las drogas» (STS 617/2003, de 24-4-2003, Pte. Conde-Pumpido) por lo que la mera referencia a esas cantidades de 12,5 kg. y 500 grs debe interpretarse como un error aritmético.

Indica además esta STS 22-6-2002 que el criterio jurisprudencial no es aplicable en sentido inverso, es decir, en caso de que el hachís tenga un porcentaje muy alto de THC, citando la STS 1972/2000, de 22-12-2000.

hora de individualizar la pena, señalando que «*cuando la importancia de la droga objeto del delito enjuiciado sea relevante, superior a la cifra con la que la doctrina anterior integraba el subtipo de notoria importancia, la pena a imponer no debería ser inferior a cinco años*» (SSTS 631/2002, de 11-4, Pte. Colmenero, 643/2002, de 17-4-2002, Pte. Colmenero, 1705/2003, de 12-12-2003, Pte. Monterde).

Lógicamente, en caso de ocupación de sustancias en diversos lugares cabe sumar dichas sustancias para apreciar el subtipo (STS 288/1993, de 1-2-1993, Pte. Martínez Pereda).

Por otra parte, en caso de posesión de droga que causa grave daño en cantidad normal (art. 368 inciso 1.º del Cpen.) y droga que no causa grave daño en cantidad de notoria importancia (arts. 368 inciso 2.º y 369.2.6.º del Cpen.), estaremos en presencia de un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.4 del Cpen., aplicando la norma que sanciona con la pena más grave, el art. 368 inciso 1.º, de 3 a 9 años de prisión, si bien a la hora de individualizar la pena habrá de tenerse en cuenta la cantidad de hachís o marihuana poseída (STS 1313/2002, de 4-7-2002, Pte. Delgado).

Y, en el caso de encontrarnos con sustancias de diferente naturaleza el cálculo se realiza haciendo las correspondientes reducciones al número de dosis de consumo diario respecto de cada clase de estupefaciente (STS 1986/2002, de 29-11, Pte. Delgado)<sup>46</sup>.

**7.<sup>a</sup> Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud (antiguo 5.º).**

Para apreciar este subtipo se exige que la mezcla incremente el daño a la salud por lo que los supuestos de adulteración con otras sustancias que hacen perder fuerza activa a la droga serán atípicas, siempre que las mismas no sean más perjudiciales para la salud (cafeína, benzocaína o lidocaína con la cocaína; piracetam, metacualona o paracetamol con la heroína; cafeína con las anfetaminas).

Y tampoco cabrá apreciarla en aquellos supuestos en los que, debido a la mayor pureza de la droga, se provocara a los consumidores una

---

<sup>46</sup> Según esta STS 29-11-2002, a modo de ejemplo: «*nos hallamos ante diversas cantidades de cocaína y heroína que, reducidas a estado de pureza alcanzan: 308,61 gramos de cocaína que, divididos por 1,5 gramos nos dan un resultado de 205'74 dosis diarias; y 16,386 gramos de heroína que, a razón de 0,60 gramos de consumo por da, se quedan en 27,31 dosis. Si sumamos ambas cantidades de dosis (205'74 y 27'31) nos encontramos con un total de 233,05, número inferior al de 500 antes indicado, por lo que no cabe aplicar al caso esta agravación específica del art. 369.3.º CP.*»

«sobredosis» ya que en este caso el fallecimiento o lesiones ocasionadas se deben no a una adulteración sino precisamente a la pureza de la droga y a la tolerancia que el drogodependiente tiene a la sustancia con un determinado índice de adulteración. Ello sin perjuicio de que a los traficantes de droga se les pudiera perseguir en estos casos como responsables, como mínimo, de un delito de homicidio o lesiones imprudentes, además del tipo básico del art. 368 del Cpen.

En este punto cobra especial relevancia la necesidad de mantener muestras de la droga durante la sustanciación del procedimiento, prevista en el artículo 338 LECrim. y ahora, tras la LO 15/2003, también en el art. 374 del Cpen., para el caso de que durante la instrucción surgiera algún dato que diera lugar a la apreciación de este subtipo<sup>47</sup>.

**8.<sup>a</sup> *Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades (antiguo 1.º).***

La agravación por el lugar en que se realiza el delito viene justificada por la mayor peligrosidad que supone la difusión de drogas en los mismos. Hay que destacar la novedad de que el subtipo se extiende a las proximidades de dichos lugares, debiendo interpretarse en el sentido de que dicha peligrosidad se mantiene precisamente por la concurrencia de personas más vulnerables al tráfico de drogas (estudiantes, militares, toxicómanos, etc.).

Respecto a la introducción en centro penitenciario, el subtipo agravado no se aprecia por la jurisprudencia en los casos en los que el sujeto es sorprendido en el control de entrada de la prisión cuando lleva consigo la sustancia (SSTS 1292/1995, de 23-12, Pte. Montero, 72/1996, de 29-1, Pte. Martínez Pereda), interpretación que debería mantenerse, ya que aunque el inicio del precepto haya cambiado (ya no se exige que las drogas se «*introduzcan o difundan*» en los centros, sino que las conductas del artículo 368 del Cpen. se realicen «*en*» dichos centros), el sentido de la redacción sigue siendo el mismo, exigiéndose esa difusión aunque sea potencial en el Centro Penitenciario, cosa que no ocurre cuando aun no ha traspasado los controles de entrada.

---

<sup>47</sup> La Instrucción 9/1991 de la FGE recuerda la necesidad de que en la audiencia que se da al Ministerio Fiscal se informe en tal sentido (recordando las Instrucciones de la FGE de 28-11-1984 y 10-12-1985 y la Consulta 2/1986).

Finalmente, la doctrina que considera impune la entrega a familiares adictos por causas humanitarias ha de interpretarse restrictivamente, apreciando el T.S. el subtipo:

– En el caso de entrega de 3 dosis a un pariente (STS 1453/2001, de 16-7-2001, Pte. Puerta).

– en la entrega de 5 papelinas a un pariente, aunque apreciando la atenuante muy cualificada de parentesco (STS 1981/2002, de 20-1-2003, Pte. Conde Pumpido).

– En la entrega de 1 gr de heroína al 23,82% a compañero, apreciando la atenuante de parentesco (STS 1704/2002, de 21-10-2002, Pte. Marañón).

– Entrega de 3,93 grs de heroína al esposo (STS 1911/2002, de 18-11-2002, Pte. Aparicio).

9.<sup>a</sup> ***El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho.***

10.<sup>a</sup> ***El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciere la realización de tales conductas.***

#### D) LOS SUBTIPOS ESPECIALMENTE AGRAVADOS DEL ART. 370 CPEN

En el artículo 370 del Cpen. se regulan los tipos más graves en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, es la denominada «hiperagravación», en los que se han producido novedades, planteándose problemas sobre la aplicación de la jurisprudencia existente respecto a este precepto.

#### 1.º **Novedades legislativas**

a) *La pena ya no es la superior en grado a la del artículo anterior, el 369, sino la superior en uno (de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses de prisión) o dos grados (de 13 años, 6 meses y 1 día a 20 años y 3 meses de prisión) a la del art. 368. La posibilidad de elevar en uno o dos grados ser potestativa del Tribunal y en el caso de hacerlo en dos grados deberá motivarse suficientemente.*

Y también debe tenerse en cuenta que se establece una segunda multa del tanto al triplo del valor de la droga en los supuestos 2.º (jefes, administradores y encargados) y 3.º (extrema gravedad) que debería

entenderse complementaria a la resultante de aplicar la superior en uno o dos grados a la del art. 368 Cpen.

b) Se castiga ahora en este precepto (art. 370.1.º Cpen.) la *utilización de «menores de 18 años»* en el delito de tráfico de drogas (en el antiguo art. 369.9.º era a menores de 16 años) y se extiende a los «*disminuidos psíquicos*».

La modificación obedece a la entrada en vigor el 13 de enero de 2001 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores que ha supuesto que la mayoría de edad penal se sitúe en los 18 años. Ya la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño<sup>48</sup> establece en su art. 33 que los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para «*impedir que se utilice niños en la producción y tráfico ilícito*» de las sustancias estupefacientes, entendiéndose por niño «*todo ser humano menor de dieciocho años*» (art. 1). E igualmente la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas en su art. 3.5.f) aconseja a las Partes que den una mayor gravedad a los delitos que supongan «*la victimización o utilización de menores de edad*». Asimismo con esta ampliación se evita una práctica que comenzaba a ser usual, esto es, la utilización de menores de 18 años y mayores de 16 por parte de las mafias de narcotraficantes, que gozaban de una práctica impunidad.

En cuanto a la novedad de introducir a los disminuidos psíquicos junto a los menores de edad, la razón obedece al doble criterio ya seguido respecto a los menores; por un lado, se pretende incrementar la protección de estas personas que se encuentran más desamparadas frente a este tipo de delincuencia y, por otro lado, se quiere evitar que las organizaciones de narcotraficantes aprovechen cualquier resquicio legal para aprovecharse en la realización de sus negocios delictivos de dichas personas.

c) Se castiga no solo a los *jefes, administradores o encargados* de las organizaciones que tuvieran por finalidad difundir las drogas (las del art. 369.1.2.º del Cpen.), sino también a los de las actividades organizadas o aquellas cuya ejecución se viera facilitada por la comisión del delito (las del art. 369.1.3.º del Cpen.).

En cuanto a los jefes, administradores y encargados, su definición vendrá determinada por exclusión, respecto a los meros integrantes de la organización, que ya se encuentran penados en el artículo 369.1, apartados 2.º

<sup>48</sup> Ratificada por España y publicada en el *BOE* de 31 de diciembre de 1990.

y 3.º, por lo que éste sería un supuesto en el que sí debería apreciarse la elevación penológica en dos grados. Así, la mera pertenencia supondría la elevación en un grado y la realización de tareas claves en la organización la elevación en dos grados respecto a la pena del artículo 368 del Cpen.

Por jefe habrá que entender el superior o cabeza de la organización; por administrador aquel que ejerciendo un cargo relevante en la organización se encarga más bien de ordenar o disponer respecto a los bienes y patrimonio; y por encargado el que actúa con mando dentro de la organización como apoderado del jefe.

d) Se define en una lista cerrada (art. 370, párr. 2.º Cpen.) qué se entiende por *extrema gravedad* a la hora de apreciar este precepto. En este punto hay que destacar que los supuestos descriptivos que enumera son disyuntivos, produciéndose uno solo de ellos para poder apreciar este subtipo:

1. Cantidad de droga notablemente superior a la de notoria importancia.
2. Utilización específica de buques o aeronaves.
3. Simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas.
4. Existencia de redes internacionales dedicadas a estos delitos.
5. Concurrencia de tres o más de las circunstancias del artículo 369.1 del Cpen.

## 2.º **Jurisprudencia**

De las anteriores novedades la que plantear más problemas interpretativos, dentro del subtipo de extrema gravedad, es la relativa a la cantidad notablemente superior a la notoria importancia. Hasta la aprobación de la LO 15/2003 la Sala 2.ª del TS tenía una doctrina consolidada respecto al subtipo de extrema gravedad, que se plasmó en un Acuerdo del Pleno de la Sala de 27 de abril de 1995, y recogido en las SS.T.S. de 19 de Junio y 11 de Diciembre de 1995 y 29 enero de 1996, en el siguiente sentido:

«a) *No es suficiente por sí solo el dato de la cantidad (SS TS 17 de julio de 1993, 21 de abril de 1994, 1889/1994 de 31 de octubre); aunque sí sea un primer y necesario punto de partida en aquellos casos en que, como señala la reciente S TS 358/1995 de 14 de marzo, las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho superen lo que, según la experiencia,*

*permita deducir un especial merecimiento de pena superior a la imponible por la simple aplicación de la «notoria importancia».*

*En este sentido será preciso comparar el umbral fijado como mínimo por la jurisprudencia para la droga de que se trate y la ocupada en el caso concreto. De existir una enorme desproporción entre ambos términos será de aplicar, sin incurrir en vulneración del non bis in idem, la segunda agravación específica.*

b) *No cabe distinguir a estos efectos entre drogas «duras» y las que no afectan gravemente a la salud, aunque naturalmente las cifras diverjan según la naturaleza de cada sustancia.*

c) *Otro criterio puede ser, como señala la citada STS791/1995, el uso de elementos especialmente preparados para este tráfico ilícito, en cuanto muestren una especial destreza para la ocultación» (STS 30-5-1997, Pte. García Calvo<sup>49</sup>).*

Así pues, en la actualidad ya no habrá que ponderar todas esas circunstancias de un modo conjunto, sino que únicamente habrá de atenderse al criterio de cantidad que *«excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia».*

La jurisprudencia existente hasta la fecha y relativa al derogado artículo 370 Cpen. no podrá aplicarse al presente precepto, pero sí hay que examinarla para poder encontrar unos criterios orientativos a la hora de integrar esa expresión indeterminada. La jurisprudencia, sin embargo, ha sido vacilante. Así, a título de ejemplo:

– La STS 1617/2000, de 24-10-2000, Pte. Conde Pumpido, si bien no aprecia el subtipo por no concurrir otras circunstancias sí señala que 118 kg. de cocaína, por sí solos se pueden considerar como una cantidad de droga muy elevada e importante. Aunque también precisa que en la STS 1830/99, de 16 de febrero, se aplicó la agravación de extrema gravedad en un supuesto de transporte de 1.754 Kgs. de cocaína, por lo que el supuesto que enjuicia no está próximo al límite máximo, mientras que en la STS de 16 de diciembre de 1999 no se aplica esta hiperagravación en un supuesto de transporte en un pesquero de más de 800 kg de cocaína, aunque aquí fue por no apreciar la concurrencia de otros factores objetivos y subjetivos de agravación de la conducta.

– La STS 108/2001, de 29-1-2001, Pte. Martínez Arrieta, sí aprecia el subtipo en un caso de 1.036 kg. de hachís, señalando que *«el criterio cuantitativo se ha fundamentado en la desproporción que se produciría*

---

<sup>49</sup> En el caso de esta STS de 30-5-1997 se trataba de 4.000 kgrs de hachís en una embarcación, estimándose el recurso del Ministerio Fiscal y apreciando el subtipo.

*en la penalidad al comparar la pena correspondiente a quien realiza una conducta de tráfico de drogas sobre una cantidad notoriamente importante, por ejemplo 1 kg de hachís, con otra persona que realiza la misma conducta con un objeto, como el presente supuesto, mil veces superior (Cfr. STS 679/98, de 28 jul., 860/2000 de 10 may.)».*

– La STS 889/2001, de 8-6-2001, Pte. Jiménez Villarejo, no apreció el subtipo en un caso de 1.328 kg. de hachís, indicando que “*el hecho se sitúa «en un punto más o menos próximo a aquél en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en este tipo de conductas»—S. de 19-12-95—*».

– La STS 655/2002, de 17-4-02, Pte. Saavedra, que aprecia la hipergavación en un caso de 3.000 kg. de hachís.

– La STS 902/2002, de 14-5-2002, Pte. Granados, que estima el subtipo en un caso de 4.229 kg. de hachís.

– La STS 204/2003 de 15-2-2003, Pte. Martín Canivell, que la aprecia en un caso de 2.840 kg. de hachís.

– La STS 1179/2003, de 22-9-2003, Pte. Andrés Ibáñez, la aprecia en un caso de 835 kgrs de cocaína, señalando que *«la cantidad de droga fue realmente extraordinaria (835 kg) no admite discusión»*.

– La STS 1489/2003, de 6-11-2003, Pte. Martínez Arrieta, que la aprecia en un caso de aproximadamente 6.000 kilogramos de hachís.

– La STS 72/2004, de 29-1-2004, Pte. Sánchez Melgar, que recoge la apreciación en un supuesto de 4.000 kg. de cocaína.

– La STS 343/2004 de 12-3-2004, Pte. Giménez, sí la apreció porque el hachís aprehendido, 13.533 kilos, superaba, las cantidades que el T.S. venía apreciando como casos de extrema gravedad. Y citaba la STS 1954/00 que la aplicó en un alijo de 3.641 kilos, o la STS 665/2002 que lo hizo en un alijo de 2.915 kilos y la STS 903/2003 de 16 de mayo que lo hizo con un alijo de 4.813 kilos.

– La STS 351/2004, de 17-3-2004, Pte. Martínez Arrieta, que considera que una cantidad de una tonelada de hachís no es ciertamente excepcional, señalando que se ha de tratar de *«una cantidad de droga enormemente elevada, ciertamente extrema o absolutamente excepcional»*.

En definitiva, habrá que esperar a que la jurisprudencia profile la cuantía de exceso notable, es decir, *«grande y sobresaliente»* (DRAE), y podría fijarse atendiendo a la cantidad de dosis que se pudieran distribuir y al beneficio económico que para los responsables supondría. En cualquier caso, partiendo de las cifras señaladas en las sentencias anteriores, no es aventurado adelantar que una cifra quinientas veces superior a la

establecida como notoria importancia se podría considerar que excede *notablemente* de la misma (1.250 kg. de hachís, 375 kg. de cocaína 150 kg. de heroína).

#### E) PENALIDAD

Con carácter general se puede decir que la nueva regulación en materia de tráfico de drogas es más dura, a nivel punitivo, para los grandes narcotraficantes, jefes y administradores o para aquellos que cometen el delito de una manera subrepticia o demostrativa de cierta astucia o con un especial desprecio hacia el bien jurídico protegido y, por otra parte, es más beneficiosa para los eslabones inferiores del tráfico de drogas, que generalmente son asimismo víctimas de las sustancias estupefacientes, es decir, traficantes que a la vez son drogodependientes.

Las penas del tipo básico del artículo 368 Cpen. son las mismas, pero en los preceptos siguientes hay novedades:

a) En el *artículo 369.2 del Cpen.* se establece que en los subtipos agravados de organización (369.1.2.º), actividades organizadas (369.1.3.º) o establecimiento público (369.1.4.º), se impondrá, con carácter imperativo, a la organización o titular del establecimiento las siguientes penas:

- a) Multa del tanto al triplo del valor de la droga.
- b) Comiso de los bienes objeto del delito y de los beneficios obtenidos.

Y potestativamente:

a) Pérdida de subvenciones y beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante la pena privativa de libertad, y.

b) Las medidas del artículo 129 Cpen., que no son modificadas por la LO 15/2003, consistiendo en:

- clausura temporal o definitiva,
- disolución de la asociación,
- suspensión de actividades,
- prohibición de realizar en el futuro actividades similares e
- intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

b) En los subtipos agravados del *artículo 370 del Cpen.*, al contrario que en la legislación derogada, la pena a imponer será la superior *en*

*uno o dos grados* a la del artículo 368. As pues, ya no es la superior en dos grados a la del tipo básico. Debe entenderse que la agravación en dos grados habrá de motivarse expresamente por los tribunales y que se reservar para los supuestos de mayor gravedad.

c) Y en el mismo *artículo 370 último párrafo del Cpen* se establece una segunda multa del tanto al triplo para los «*culpables*» cuando se trata de jefes, encargados o administradores de las organizaciones o fueran conductas de extrema gravedad.

d) En el *artículo 376* se introduce un *segundo párrafo nuevo* que permite a los jueces y tribunales rebajar la pena en uno o dos grados si concurren tres requisitos:

a) Que el imputado por tráfico de drogas fuera «*drogodependiente en el momento de comisión de los hechos*». No se exige que cometiera el hecho como consecuencia de esa adicción por lo que en el caso de que este extremo quedara acreditado también se podrá apreciar la atenuante el artículo 21.2.º Cpen. o la analógica a esta última en virtud del artículo 21.6.º Cpen.

b) Que el imputado haya «*finalizado con éxito un tratamiento de deshabitación*», por lo que no se podrá efectuar la rebaja en el caso de que aún está sometido al tratamiento.

c) Y el tercer requisito, de carácter negativo, que la cantidad de droga incautada «*no fuere de notoria importancia o extrema gravedad*». Así pues, el tipo privilegiado se puede aplicar a todas las conductas de los arts. 368 a 372, excepto a las de los arts. 369.1.6.º (notoria importancia) y 370.3.º (extrema gravedad).

Este precepto del nuevo artículo 376 párrafo 2.º Cpen. puede plantear problemas de carácter transitorio, en concreto, si se puede o no aplicar retroactivamente el nuevo precepto a los hechos en los que exista ya sentencia firme no totalmente ejecutada<sup>50</sup>.

La respuesta ha de ser afirmativa, siempre que se cumplan las condiciones expuestas y exigidas en el precepto, en base al artículo 2.2 del Cpen., según el cual «*tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*». Indudablemente la disposición del artículo 376 párrafo 2.º Cpen. es una ley penal (produce consecuencias penales) y es más beneficiosa, objetivamente considerada, pues permite en determinados casos la rebaja de la pena en uno o dos grados. Ahora

---

<sup>50</sup> El tema ha sido objeto de una encuesta por la Revista Práctica Penal de SEPIN núm. 11, septiembre-octubre 2004, reproduciendo también aquí mi opinión sobre este punto.

bien, el problema radica en determinar en qué condiciones se produce la revisión de la sentencia firme y la aplicación de la rebaja de la pena.

La DT 2.<sup>a</sup> de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, que reproduce la D.T. 5.<sup>a</sup> de la LO 10/1995, es la que se refiere a las revisiones de sentencias firmes que estén siendo ejecutadas, *«en las que el penado esté efectivamente cumpliendo la pena»*, en cuyo caso se revisarán *«aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial»*. Y conforme a la DT 1.<sup>a</sup> *«Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que corresponderá al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código»* (no cabe hacer una aplicación «troceada», como decía la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado y las SS TS 22-7-1997 y 4-1-2001).

Además, la comparación ha de hacerse caso por caso, es decir, habrá que apreciar si concurren los tres requisitos del artículo 376 párr. 2.º Cpen. En el caso de que hubieran concurrido estos requisitos en el momento en que se celebró el juicio, quedando los mismos suficientemente acreditados en la propia sentencia o del examen de la causa, se podrá pedir la revisión de la sentencia, no siendo posible realizar una valoración mediante prueba nueva sobre la drogodependencia o rehabilitación del condenado en el momento en que se pide la revisión, ya que nos encontramos ante una sentencia firme. Y el tribunal, potestativamente (el precepto dice *«podrán»*), apreciar o no la rebaja en 1 ó 2 grados, debiendo tenerse en cuenta que el mismo, a la hora de apreciar o no la revisión, deberá valorar los dos textos legales en su conjunto y comprobar si en el caso concreto concurren otros supuestos que hubieran implicado una elevación de la pena conforme al nuevo texto, por ejemplo, si el culpable fue condenado por introducir la droga en territorio nacional, que supondrá el nuevo subtipo del artículo 369.1.10.º o si cometió el delito mediante la utilización de menores de 18 años y mayores de 16 (nuevo art. 370.1.º), supuestos que antes del 1 de octubre de 2004 eran castigados por el tipo básico, pero que a partir de esta fecha implican una elevación de la pena en al menos un grado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la DT 5.<sup>a</sup> del Cpen. establece que no proceder la revisión de aquellas sentencias en las que la ejecución de la pena privativa de libertad esté suspendida, sin perjuicio de practicar dicha revisión si se revocara la suspensión.

e) Además del privilegio anterior del artículo 376 párrafo 2.º del Cpen., que se refiere exclusivamente a los delitos de tráfico de drogas, el *artículo 87 del Cpen.*, tras la reforma de la LO 15/2003, prevé una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a 5 años para los toxicómanos que satén en tratamiento o que ya se hayan deshabituado. La normativa derogada establecía el límite en los tres años,

por lo que con la nueva redacción se podrán acoger a este beneficio un mayor número de penados, debiendo tenerse en cuenta que cuando la reforma entre en vigor podrá solicitarse tal beneficio para aquellos que en su momento se negó por no cumplir el requisito de la duración de la pena (DT 1.<sup>a</sup> de la LO 15/2003 y art. 2.2 Cpen.).

También se suprime en el nuevo artículo 87.1 la exigencia de que el penado no sea reo habitual, aunque mantiene en el apartado 2 la obligación para el tribunal de motivar específicamente la concesión del beneficio cuando el condenado sea reincidente.

Por el contrario debe tenerse en cuenta, como novedad, que para resolver sobre el beneficio, el tribunal «solicitar, en todo caso, informe del Médico forense» sobre el tratamiento o la deshabituación, al cual hay que entender que deberá atenderse el tribunal dada la imparcialidad de tal perito. Y en el artículo 87.4 se prevé que los informes de seguimiento del tratamiento realizados por los centros o servicios responsables y que se remitirán al tribunal no podrán tener una periodicidad superior al año.

f) En cuanto a *la pena de multa* asociada a los delitos de tráfico de drogas se mantiene la regulación anterior a la reforma, tratándose de una pena proporcional (art. 52 del Cpen.), atendiendo al valor de la droga objeto del delito, entendiendo por tal, según el artículo 377 del Cpen., el precio final o la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener. Para ello deberá estarse a las tablas o valoraciones realizadas periódicamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en base a su percepción directa en la investigación de tales delitos. El T.S. considera que el valor de la droga es un dato esencial (STS 211/2001 de 14-11-2001, Pte. Andrés Ibáñez) y en caso de no constar tal valor procede la absolución (SSTS 694/2002, de 15-4-2002, Pte. Aparicio, 428/2004, 6-4-2004, Pte. Saavedra).

Así, por ejemplo en el primer semestre del año 2004 los precios de las principales sustancias eran:

SUSTANCIA	PRECIO DE 1 gr EN €	Precio de 1 kgr en €
Marihuana	2,76	1.084
Hachís	4,14	1.377
Cocaína	61,85	33.923
Heroína	65,64	40.971
Anfetamina (sulfato de anfetamina)	4,53 €/unidad	
Speed (d-metanfetamina)	8,88 €/dosis de 300 mgrs.	
Éxtasis (MDMA)	10,70 €/ dosis de 300 mgrs.	

g) Por último, el *artículo 375 del Cpen.* mantiene el principio de reincidencia internacional en materia de tráfico de drogas, no habiendo sido objeto de modificación por la LO 15/2003.

#### F) EL COMISO

El Tribunal Supremo ha definido el comiso como *«la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y traslado directo e inmediato de los mismos a favor del Estado»* (STS 5-5-1992, Pte. Hernández) y tiene una finalidad, como dice el T.S. en esa misma sentencia, *«reprimir las ventajas económicas ligadas a la drogodelincuencia»*.

#### 1.º **Novedades legislativas**

El comiso ha sido objeto de una profunda reforma por la Ley Orgánica 15/2003, pero manteniéndose como «consecuencia accesoria» y su regulación, en relación con el tráfico de drogas, se encuentra:

– en primer lugar, en el *artículo 127 del Cpen.*, en la Parte General, pero que resulta plenamente aplicable por remisión expresa del nuevo artículo 374 del Cpen.

– en segundo lugar, ya en la Parte Especial, se halla en el *artículo 301.5 del Cpen.*, respecto al blanqueo de capitales, que se remite igualmente al artículo 127;

– en el *artículo 369. 2 del Cpen.* para imponer *«el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo»* a la organización, asociación o persona titular del establecimiento en los supuestos de los subtipos agravados del artículo 369.1 apartados 2.º (organización), 3.º (participación en actividades organizadas) y 4.º (establecimiento público);

– y, finalmente, en el *artículo 374 del Cpen.*, que establece unas peculiaridades para el delito de tráfico de drogas respecto al artículo 127 del Cpen.

– Igualmente debe tenerse en cuenta la **Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados**<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Publicada en BOE de 30-5-2003, está desarrollada por el RD 864/1997, de 6 de junio (BOE 10-6-1997) que era el aprobado en desarrollo de la anterior Ley. La vigente Ley 17/2003 ha venido a sustituir a la Ley 36/1995 de 11 de febrero, modificada por la Ley 61/1997, con la finalidad de corregir algunas deficiencias y omisiones de la misma (Exposición de Motivos de la Ley 17/2003).

y la **Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas**<sup>52</sup>.

– Finalmente, debe tenerse en cuenta el artículo 37 de la Convención Única de Naciones Unidas de 1961<sup>53</sup>, el artículo 5 de la Convención de 20-12-1988 de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que regula el comiso de una manera detallada y los arts. 12 a 14 de la Convención de Nueva York de 15-11-2000 de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional<sup>54</sup> que regulan el comiso desde el punto de vista de la cooperación internacional.

El artículo del Código Penal dedicado al comiso, el 374, es quizás el que más se ha visto afectado por la reforma de la LO 15/2003 en materia de tráfico de drogas, produciéndose, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley, una ampliación de tal figura *«con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, as como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero»*.

Las novedades del nuevo artículo 374 son, con carácter general, las siguientes:

1.º Extiende el comiso, además de a los efectos provenientes de los delitos de los arts. 368 a 372, a los del delito de *blanqueo de capitales* procedentes del tráfico de drogas del artículo 301.1 párrafo 2.º del Cpen.<sup>55</sup> (art. 374.1 Cpen.).

2.º Respecto a la *destrucción de la droga*, introduce en el Código Penal lo dispuesto en el artículo 338 LECrim. sobre la destrucción de la droga, pero sin derogar ni modificar este precepto (art. 374.1.1.º del Cpen.). Y así, se prevé la destrucción de la sustancia estupefaciente

---

<sup>52</sup> La DA 17.<sup>a</sup> de esta Ley (BOE 4-11-2003) establece que: *«Los bienes decomisados y adjudicados al Estado en virtud de sentencia judicial firme, de acuerdo con lo establecido en el artículo 374 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se registrarán, en primer término, por la normativa específica reguladora del fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados y, de forma supletoria, por esta ley y sus normas de desarrollo»*.

<sup>53</sup> Establece el art. 37 de la Convención de 1961: *«Todo estupefaciente, sustancia y utensilio empleados en la comisión de delitos mencionados en el artículo 36 o destinados a tal fin podrán ser objeto de aprehensión y decomiso»*.

<sup>54</sup> Instrumento de ratificación por España de 15-11-2000 (BOE de 29-9-2003).

<sup>55</sup> Según este art. 301.1, párr. 2.º: *«La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefaciente o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código»*.

por la autoridad administrativa una vez que la haya analizado, dejando muestras, salvo que el juez decreta la conservación íntegra. Por lo tanto, parece que cambia la dinámica hasta ahora vigente en virtud del artículo 338 LECrim., según el cual era la autoridad judicial la que primero debía autorizar la destrucción, normalmente debido a la solicitud de la autoridad administrativa. Por ello, las defensas que deseen un segundo análisis de la droga deberán solicitarlo cuanto antes al juez, desde el primer momento de la instrucción, para que la autoridad judicial si estima que existen motivos, notifique a la autoridad administrativa que no proceda a destruir la droga una vez realice la analítica.

3.º En cuanto al *objeto del comiso*, evidentemente lo seguirán siendo las drogas, los equipos, materiales y sustancias del artículo 371 del Cpen. (precursores) y además los bienes, medios, instrumentos y ganancias procedentes de los delitos, extendiendo as el ámbito del comiso (art. 374.1 del Cpen.).

4.º Prevé el comiso de otros bienes por un valor equivalente (art. 374.1.4.<sup>a</sup> del Cpen.). Incluso de bienes de origen lícito si han desaparecido los de otro carácter de los responsables (art. 374.1.5.<sup>a</sup> del Cpen.).

5.º Permite la enajenación de los bienes decomisados antes de la sentencia cuando concurren determinados requisitos. Esta enajenación podrá acordarse por el Juez de oficio o a instancias del ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o representación procesal de otras Administraciones. El importe de la enajenación quedar depositado a resultas del fin del proceso, evitándose de esta forma la devaluación de los bienes decomisados que quedaban depositados durante largo tiempo hasta la sentencia firme (art. 374.2 del Cpen.).

6.º Se puede decretar la nulidad de los negocios realizados para hacer desaparecer los beneficios de la droga (art. 374.3 del Cpen.).

7.º Y los bienes decomisados no se podrá aplicar a las responsabilidades civiles ni a las costas, siendo adjudicados íntegramente al Estado (art. 374.4 del Cpen.).

Debe destacarse también, en relación con la persecución de los bienes procedentes del tráfico de drogas, que la *Disposición Final 3.<sup>a</sup> de la LO 15/2003* ha añadido un tercer párrafo al artículo 20 de la Ley Hipotecaria para poder anotar preventivamente el embargo o prohibición de disponer como medida cautelar cuando existan sospechas de que el verdadero titular de un bien es el imputado.

## 2.º Jurisprudencia

Con carácter general, la jurisprudencia del TS relativa al comiso no ha de cambiar con la nueva regulación y viene exigiendo:

a) De conformidad con el principio acusatorio, que *el comiso ha de ser solicitado en el juicio* por el Ministerio Fiscal o por alguna de las partes acusadoras (SSTS 328/2001, de 6-3-2001, Pte. Saavedra; 1260/2002, de 1-7-2002, Pte. Abad<sup>56</sup>).

La STS 1030/2003, de 15-7-2003, Pte. Saavedra, establece esta necesidad en base a que el comiso ya no es una pena accesoria, sino una medida accesoria que ha de ser solicitada expresamente. Y en el mismo sentido una jurisprudencia reiterada (STS 423/2003, de 17-3-2003, Pte. Abad, con cita de las sentencias 1736/2000, de 15-11, 418/2001, de 12-3, y 1528, 1260 y 1349 de 2002, de 20-9, 1-7 y 19-7).

b) *Ha de ser probada* la relación de causalidad entre la comisión del delito y la ganancia o los efectos incautados, aunque éstos provengan de hechos delictivos anteriores al enjuiciado. As lo reconoce la STS 1528/2002, de 20-9-2002, Pte. Abad, aplicando el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª de 5 de octubre de 1998. Según la STS 1030/2003, de 15-7-2003, Pte Saavedra<sup>57</sup> «*también es posible el decomiso cuando los bienes objeto del mismo han sido adquiridos en un tiempo anterior al acto de tráfico de drogas que se enjuicia siempre que los medios utilizados para su adquisición tengan su origen en actividades de narcotráfico anteriores (...). Esta cuestión fue expresamente así decidida por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 que acordó que «el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio»*». Y también en este sentido la STS 429/2004, de 2-4-2004, Pte. Soriano.

c) Y, finalmente, *han de describirse* pormenorizadamente en la sentencia firme, que se decreta el comiso de los efectos, instrumentos o

---

<sup>56</sup> En esta STS 1-7-2002 el comiso era solicitado por el Fiscal «como medida cautelar» de conformidad con el art. 374 por medio de un OTROS, pero a pesar de ello no se estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y se absuelve respecto al comiso.

<sup>57</sup> En el supuesto de hecho de esta STS de 15-7-2003, la compañera del condenado por tráfico de drogas, resultó absuelta, pero numerosos bienes figuraban a su nombre por lo que no se la consideró como tercero de buena fe y se procedió al comiso de tales bienes por proceder del narcotráfico.

ganancias (STS 694/2002, de 15-4-2002, Pte. Aparicio<sup>58</sup>), permitiéndose el comiso de los efectos hallados en poder del traficante y que racionalmente se infiera que proceden del tráfico de drogas (STS 343/2003, de 7-3-2003, Pte. Sánchez Melgar<sup>59</sup>) o que se han utilizado para la comisión del delito (así sucede habitualmente respecto a los vehículos en los que se transporta la droga cuando es un medio necesario para trasladarla de un lugar a otro<sup>60</sup>). Se debe igualmente *motivar* el comiso (STS 360/2003, de 12-3-2003, Pte. Andrés Ibáñez, que devuelve la causa al tribunal de instancia para que motive el comiso).

Hay que destacar en este último punto la posibilidad reciente de que el comiso de bienes indivisibles, en los que parcialmente se ha invertido el dinero procedente de la droga, sea parcial. Así en la STS 198/2003, de 10-2-2003, Pte. Ramos Gancedo, en la que se estima el recurso del Ministerio Fiscal<sup>61</sup>.

### 3.º Legislación especial

En materia de comiso debe destacarse con carácter especial la **Ley 17/2003 de 29 de mayo por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.**

<sup>58</sup> En esta STS 15-4-2002 se absuelve en lo relativo al comiso porque la sentencia de instancia no se pronuncia respecto al mismo, aunque la cantidad queda afectada a otras responsabilidades económicas del condenado.

<sup>59</sup> Según esta STS 7-3-2003: «Como dice la Sentencia de esta Sala 511/1998, de 13 de abril, los arts. 127 y 374 del Código Penal de 1995, determinan que es procedente el decomiso, no solamente del dinero que provenga del tráfico de drogas, sino también del que sea instrumento del mismo ("instrumenta sceleris"), añadiendo que la ocupación de grandes cantidades de dinero en metálico en la persona o en el domicilio de quienes se dedican de modo habitual al tráfico de sustancias estupefacientes en gran escala, como está acreditado suceda con el recurrente, permite inferir racionalmente su procedencia del tráfico, mientras no se desvirtúe dicha conclusión lógica mediante elementos probatorios en contrario».

<sup>60</sup> STS 1410/2001, de 16-7-2001, Pte. Martín Canivell, respecto al coche utilizado por el traficante aunque estaba a nombre de su hijo; o STS 945/2002, de 17-5-2002, Pte. Delgado, respecto a un ciclomotor que no es decomisado sino que únicamente se considera como el medio de transporte del traficante, pero que queda afectado a las responsabilidades pecuniarias; o STS 475/2004, de 7-4-2004, Pte. Aparicio, respecto al coche utilizado por el acusado para transportar la droga, que estaba a nombre de su mujer y sí es objeto del comiso.

<sup>61</sup> Se dice en esta STS 10-2-2003: «el comiso de las ganancias procedentes del delito habrá de decretarse parcialmente en los casos de titularidad compartida con persona ajena al hecho delictivo (véase STS de 16 de junio de 1993), por lo que tampoco aparece obstáculo legal alguno para que se disponga tal medida cuando las ilícitas ganancias se invierten en un bien indivisible, parte del cual se ha generado con fondos lícitos y otra parte con dinero procedente del tráfico de drogas, de suerte que, conociéndose el importe de esta segunda aportación, habrá de disponerse el comiso de dicho bien en la parte que en ejecución de sentencia se determine».

a) *Novedades de la Ley 17/2003*

Entre las novedades de la presente Ley con respecto a la anterior regulación está el hecho de que *«se establece la obligación, con carácter general, de enajenar todos aquellos bienes del fondo que no consistan en dinero u otros instrumentos de pago al portador y, con carácter excepcional y de forma motivada, se admite la posibilidad de ceder el uso, de forma gratuita, a los beneficiarios de los bienes citados. Con ello, se trata de impedir, fundamentalmente, que la acumulación de dichos bienes provoque, por un lado, un aumento de los gastos de gestión y administración del fondo, por la existencia de un vasto volumen patrimonial en éste y, por otro lado, evitar la mayor dificultad, en detrimento de la eficacia y agilidad, que conllevaría esa administración y gestión. Además, y frente a la previsión anterior, referida exclusivamente a los bienes inmuebles, la nueva redacción del precepto permite de forma general la referida cesión gratuita no sólo cuando los bienes cedidos sean de naturaleza inmueble, sino también mueble»* (EM de la Ley). Y as, ante la posibilidad prevista en el artículo 374.1.3.<sup>a</sup> del Cpen. de que el objeto del decomiso sea entregado provisionalmente por la autoridad judicial a la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (punto no modificado por la LO 15/2003), la Ley 17/2003 que regula el Fondo, establece en su artículo 3.2, que estos bienes al ser adjudicados al Estado en la sentencia podrán quedar definitivamente adscritos a dichas policías. Hay que destacar que según el artículo 5.1 de la Ley 17/2003, declarada la firmeza de la sentencia, el tribunal deberá notificarla al Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones en un plazo no superior a tres días.

Y, procesalmente hay que destacar que la DA 5.<sup>a</sup>5 de la Ley 17/2003 establece que el Juez de instrucción solicitar de los registros la anotación preventiva de embargo, haciéndolo conforme al artículo 13 de la LECrim., a los efectos de asegurar los bienes del fondo.

b) *Finalidad de la Ley.*

En el artículo 1 de la Ley 17/2003 establece que la finalidad de la Ley es regular el destino de:

1.º Los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de comiso en aplicación de los artículos 374 del Cpen. y 5 de la Ley Orgánica 12/1995,

---

*proporcional a los 50.000.000 de pesetas invertidas en la construcción del inmueble en cuestión». Se trataba de la inversión de 51 millones de ptas. procedentes del tráfico de drogas en la construcción de un restaurante de lujo por la mujer de un traficante.*

de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando en este último caso dichos bienes, efectos e instrumentos se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de sustancias catalogadas como precursores,

2.º Los bienes, efectos e instrumentos decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el artículo 301.1, párrafo segundo, del Cpen.

Y se exige que los bienes, efectos e instrumentos decomisados se adjudiquen definitivamente al Estado por sentencia firme, regulándose igualmente el destino del producto obtenido por la aplicación de las sanciones y del comiso previsto en la **Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas**<sup>62</sup> o en cualesquiera otras disposiciones normativas relacionadas con la represión del narcotráfico.

c) *Destino de los bienes decomisados*

Para regular el destino de todos los bienes decomisados y las rentas que generan o el producto de su enajenación se crea un fondo de titularidad estatal. Los fines a los que se destinar este fondo serán los siguientes:

1. Programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogo-dependientes e inserción social y laboral de éstos.

2. Intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta ley, incluyendo:

a) Los gastos necesarios para la obtención de pruebas en la investigación de los delitos citados en el artículo 1.

b) Adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos.

c) El reembolso de los gastos en que lícitamente hayan podido incurrir los particulares o los servicios de las Administraciones públicas que hubiesen colaborado con los órganos competentes en la investigación de estos delitos.

3. La cooperación internacional en la materia.

---

<sup>62</sup> BOE de 12-1-1996.

## G) CONFESIÓN

Entre las figuras previstas en el Código Penal para aminorar las penas cuando los sujetos activos del delito se arrepienten del mismo y deciden colaborar con la Administración de Justicia se mantiene la figura del «arrepentido», facilitando su aplicación y subsistiendo as mismo la atenuante, ordinaria o analógica, de confesión.

### 1.º **El arrepentido**

La figura del «arrepentido» se mantiene en el artículo 376, pero se ha suprimido el segundo requisito de que el sujeto «*se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado*». Este requisito era el que en muchos casos impedía la apreciación de la atenuación (p.ej. STS 1803/2002 de 4-11, Pte. Sánchez Melgar), ya que se venía exigiendo para la apreciación de la misma que los tres requisitos debían producirse conjuntamente.

Con la nueva regulación los dos requisitos que ahora se mantienen son:

1. que el sujeto abandone voluntariamente sus actividades delictivas, y
2. que colabore activamente con las autoridades o sus agentes. Y el sujeto tendrá que colaborar activamente de alguna de estas formas definidas en el mismo artículo:

- para impedir la producción del delito;
- para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables;
- para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Se debería entender, por tanto, que la colaboración ha de ser con respecto al procedimiento en el que el colaborador se halla incurso, no pudiendo admitirse los supuestos en los que el imputado, una vez que se ve sorprendido, detenido e imputado o procesado por el delito de tráfico de drogas decide colaborar y facilitar datos respecto a otros delitos o delincuentes, salvo que pertenecieran a la organización del arrepentido o con la que hubiera colaborado. La razón de existencia del precepto del artículo 376, párrafo 1.º, es «*de política criminal, orientado a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados mediante una especie de arrepentimiento activo que comenzando por el abandono voluntario de la actividad delictiva*

(requisito suprimido por la LO 15/2003), *continúe con la confesión de los hechos y finalice en colaboración eficaz*» (STS 459/2004 de 13-4-2004, Pte. Saavedra).

As pues, en el caso de que concurran los dos supuestos de abandono voluntario de la actividad delictiva y colaboración activa con las autoridades, los tribunales *podrán*, con carácter potestativo, y motivándolo en la sentencia cuando lo aprecien, rebajar la pena de los delitos de los artículos 368 a 372 en uno o dos grados.

## 2.º La atenuante de confesión

Pero además de la figura del arrepentido la otra vía de conseguir una minoración de la pena debido a la colaboración del imputado es la apreciación de la atenuante de confesión, ya sea directamente por el artículo 21.4.º del Cpen. o analógicamente por vía del artículo 21.6.º del Cpen.

a) La confesión como *atenuante simple* se aprecia en aquellos casos de colaboración con la justicia, en los que se cumplan las finalidades de política criminal perseguidas con el precepto. As la STS 30/2004, de 23-1-2004, Pte. Bacigalupo incluso la ha apreciado en un caso en el que por el detenido se proporcionó datos sobre los proveedores de la droga, aunque la Policía no lo investigara. Y, por otra parte, se exige que la confesión se realice al principio de la detención para que produzca efectos policiales (STS 330/2004, de 12-3-2004, Pte. Soriano).

b) En cuanto a la *atenuante analógica*, se ha apreciado reiteradamente por la jurisprudencia en el caso de que los actos de colaboración con la Justicia se produzcan cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos en relación con el acusado (STS 284/2004, de 10-3-2004, Pte. Conde Pumpido <sup>65</sup>). La STS 167/2004, de 13-2-2004, Pte. Sánchez Melgar dice que su denominación correcta es atenuante analógica de colaboración al faltar el requisito de temporalidad, pues la confesión propiamente dicha se tiene que producir antes de la iniciación del procedimiento.

---

<sup>65</sup> Esta STS de 10-3-2004 cita las SSTs 20-10-1997, 16 y 30-11-1996 y 1258/1999, de 17-9-1999. Según la misma: «la aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma «ratio» atenuatoria. En las atenuantes «ex post facto» el fundamento de la atenuación se encuentra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la Justicia en el concreto supuesto del art. 21.4.º».

Y no cabe apreciar la atenuante analógica en los siguientes casos:

- de confesión autoincriminatoria posterior al auto de procesamiento (STS 183/2002, de 6-2-2002, Pte. Martínez Arrieta);
- ni en el caso de confesión en el juicio oral (STS 839/2002, de 8-5-2002, Pte. Martínez Arrieta);
- ni en el caso de mostrar en un registro el lugar donde está la droga (STS 1986/2002, de 29-11-2002, Pte. Delgado);
- ni cuando la investigación esté ya avanzada, ni siquiera como analógica (STS 1737/2002, de 20-12, Pte. Martín Pallín);
- ni tampoco cuando toda la trama esté descubierta por la policía, indicando el imputado únicamente quien le entregó la droga (STS 241/2004, de 27-2-2004, Pte. Soriano).

c) También se aprecia la *atenuante analógica de confesión como muy cualificada* aunque sólo excepcionalmente, no admitiéndose en casos en los que el imputado ya ha sido detenido y la droga ocupada, limitándose a confesar, pero sin aportar datos de otros autores. E incluso en los casos de incriminación de otros autores tampoco proceder la cualificación de la atenuante si su aportación no es relevante por existir otras pruebas (caso de la STS 202/2004, de 20-2-2004, Pte. Maza<sup>64</sup>). Lo que se viene exigiendo es una aportación o colaboración «relevante» para que pueda producirse la degradación penológica (STS 167/2004, de 13-2-2004, Pte. Sánchez Melgar), ya que de otra forma se estarán burlando las exigencias del artículo 376 del CPen que impone una serie de condicionantes muy estrictos para que la penalidad pueda ser rebajada en uno o dos grados. En definitiva es precisa una similitud con lo previsto en el artículo 376 Cpen.

#### H) BREVE REFERENCIA AL BLANQUEO DE CAPITALS

El blanqueo de capitales o lavado de dinero es una de las actividades a través de las cuales los narcotraficantes consiguen que sus beneficios se introduzcan en el sistema monetario, haciendo desaparecer el rastro

---

<sup>64</sup> Esta STS 20-2-2004 tuvo su origen en el recurso del Ministerio Fiscal, interpuesto como consecuencia de la indebida aplicación de la atenuante analógica como muy cualificada (en este caso el acusado cooperó reforzando la convicción del Tribunal de instancia respecto de la participación en los hechos del otro coimputado, pero encontrándose ya éste incurso en el procedimiento y con elementos incriminatorios que hubieran bastado para alcanzar su condena).

de su actividad delictiva y es por ello por lo que la persecución de tal actividad es una prioridad a nivel internacional.

La LO 15/2003 ha introducido algunas novedades en el delito de blanqueo de capitales referido al tráfico de drogas, debiendo destacarse igualmente la **Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales.**

### 1.º **Novedades**

El delito de blanqueo de capitales procedentes de tráfico de drogas se encuentra castigado en el artículo 301.1, párrafo 2.º, del C.pen. con la pena del tipo básico en su mitad superior, es decir, de 3 años, 3 meses y 1 día a 6 años y multa. El precepto ha sido objeto de reforma por la LO 15/2003 en los siguientes aspectos:

1.º Se ha suprimido en el tipo básico del artículo 301.1, párrafo 1.º, la anterior referencia a que los delitos de los que procedieran los bienes fueran graves. Ahora se castiga al *«que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito»*.

2.º Se ha añadido un inciso en el primer párrafo relativo al tipo básico, estableciendo una nueva pena que también es aplicable al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas: inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria de 1 a 3 años y la clausura temporal (no superior a 5 años) o definitiva del local o establecimiento.

3.º En el párrafo 2.º del artículo 301.1 se ha añadido un último inciso para que se apliquen a este delito las disposiciones sobre el comiso del artículo 374 C.pen.

4.º Y se añade un apartado 5 al artículo 301, estableciendo el decomiso de las ganancias conforme al artículo 127 C.pen.

### 2.º **Elementos del delito**

a) El *autor* del delito lo serán aquellas personas que no han participado en el delito precedente. Excepcionalmente se ha admitido como autor del blanqueo al autor del delito de tráfico de drogas, cuando hay una independencia clara entre ambas infracciones. Por ejemplo, en el caso Nécora los delitos contra la salud pública se cometieron entre los años 1989 a 1998, mientras que las operaciones de blanqueo comenza-

ron en 1992, siendo condenados los responsables también por este delito (STS 1504/2003, de 25-2-2004, Pte. Martín Pallín).

Así pues, el delito de tráfico de drogas precedente ha de ser independiente del blanqueo (STS 1637/2000, de 10-1-2000, Pte. Giménez<sup>65</sup>), pero no se exige la condena previa por el delito del que proceden los bienes (SSTS 1704/2001, de 29-9-2001, Pte. Jiménez Villarejo; 198/2003, de 10-2-2003 Pte. Ramos Gancedo).

b) La *acción típica* descrita en el artículo 301 del Cpen. consiste en cuatro supuestos:

1.º Adquirir, convertir o transmitir bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito. Ya no se exige que éste sea grave y el concepto de bien debe entenderse en un sentido totalmente amplio (art. 301.1 Cpen.).

2.º Realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito (art. 301.1 Cpen.).

3.º Realizar cualquier otro acto para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos (art. 301.1 Cpen.).

4.º La ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de que proceden de los delitos anteriores o de un acto de participación en ellos (art. 301.2 Cpen.). Se trata del denominado «blanqueo sucesivo» y hay que señalar que estas conductas pueden solaparse con las del artículo 301.1, indicando la STS 1070/2003, de 22-7-2003, Pte. Saavedra, que *«la distinción entre ambos no esté tanto en la clase de operación realizada como en la fase sucesiva en que se produce el blanqueo de bienes, pues de lo que se trata es de hacer posible la intervención del derecho penal cualquiera que haya sido el destino ulterior de dichos bienes, de forma que en supuestos de sucesivas operaciones de*

---

<sup>65</sup> Esta STS de 10-1-2000 confirmó la condena por blanqueo de capitales a varios de los condenados previamente en la operación Nécora, señalando que *«el delito de blanqueo de dinero descansa sobre un delito anterior de venta y distribución de droga. Para que la tesis de la identidad que postula el recurrente pudiese prosperar tendría que existir una completa identidad entre la autoría del delito principal –la venta de droga– con el de blanqueo procedente de la venta de la misma. En tales casos pudiera afirmarse que no es posible la penalización autónoma de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, y en este sentido se pronuncia el artículo 6 ap. 1, epígrafe b) del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 18 nov. 1990-BOE 21 nov. 1998»*. Sin embargo en el caso enjuiciado exista una diferencia temporal notable entre ambos delitos y además en el delito de tráfico de drogas habían sido incautadas las sustancias por lo que no se había penalizado el blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas por el simple hecho de que aún no se habían obtenido beneficios.

*blanqueo es aplicable el número segundo. Siendo ello as cabe una autora independiente de este delito de la que corresponde a la primera operación si fuesen personas distintas las que interviniesen en las distintas fases».*

c) *Elemento subjetivo del tipo.* El sujeto activo ha de conocer el origen ilícito de los bienes, siendo precisa la certeza sobre el mismo, no bastando meras sospechas. Como se dice en la STS 198/2003, de 10-2-2003 Pte. Ramos Gancedo, «*a la interpretación de este elemento del delito previsto en el artículo 301 CP 1995 le es plenamente aplicable la doctrina tradicionalmente mantenida por esta Sala –SS de 12 de febrero de 1991, 15 de abril de 1991, 22 de febrero de 1992, 21 de septiembre de 1992, 2 de abril de 1993 y 9 de julio de 1993, entre otras muchas– sobre la índole del conocimiento del origen ilícito que el receptor debe tener en relación con los bienes que le son entregados. No es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado anímico de certeza, aunque el mismo no tiene que abarcar todos los detalles y pormenores de la infracción precedente, pues el conocimiento del autor no exige, y por ende no se precisa prueba al respecto, el completo y cumplido de las anteriores operaciones delictivas de tráfico de drogas generadoras de tal ganancia, ya que, ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución (STS de 10 de enero de 2000)»<sup>66</sup>.*

Se plantean en el elemento subjetivo del tipo los problemas de prueba, que se resuelven acudiendo a las pruebas de indicios:

- El incremento inusual del patrimonio o manejo de cantidades inusuales.
- La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias,
- La constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de drogas.

La prueba indirecta ser la más usual (STS 1637/2000, de 10-1-2000, Pte. Giménez), admitiendo el Convenio de las Naciones Unidas de 20-12-1988 (art. 3.3) la legalidad de tal prueba indiciaria y reconociéndola tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo (STS 1501/2003 de 19-12-2003, Pte. Sánchez Melgar <sup>67</sup>; STS 308/2004, de 12-3-2004, Pte. Maza, que condena en base a prueba indiciaria).

<sup>66</sup> En el caso de esta STS de 10-2-2003 la acusada construyó un restaurante de lujo, invirtiendo 51 millones de pesetas, abonando a los distintos gremios en metálico, habiendo sido condenado su marido en dos ocasiones por tráfico de drogas y no teniendo ingresos lícitos que justificaran esos desembolsos.

<sup>67</sup> Según esta STS de 19-12-2003: «*La problemática en estos delitos suele radicar en la acreditación de la procedencia, y la conexión del sujeto activo con el delito antecedente de donde*

Sin embargo, la simple tenencia de dinero en una cantidad desorbitada y sin justificar no implica sin más que ello conlleve una condena por blanqueo de capitales. El TS destaca la importancia de probar la conexión entre la tenencia del dinero y el origen del tráfico de drogas (STS 2410/2001, de 18-12-2001: ocupación de 18 millones de ptas. en una mochila sin ningún otro indicio lo que motivó la absolución<sup>68</sup>).

Finalmente, según la STS 1504/2003, de 25-2-2004, Pte. Martín Pallín, la falta de explicación de las operaciones y declarar, como consecuencia de ello, la existencia de blanqueo de capitales no supone invertir la carga de la prueba ni obligar al implicado a declarar contra sí mismo.

Por otra parte, el artículo 301.3 Cpen. castiga al que comete este delito por *imprudencia grave*, es decir, la que excede de la diligencia debida a una persona media, pudiendo ser sujeto activo cualquier persona y no solamente los operadores financieros o profesionales designados específicamente en la Ley sobre prevención del blanqueos de capitales. El tipo básico del artículo 301.1 utiliza el término «sabiendo», es decir, con conocimiento del origen delictivo de los bienes. En palabras de la STS 2545/2001, de 4-1-2002, Pte. Andrés Ibáñez «saber (en sentido fuerte), como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a qué atenerse respecto de alguien»<sup>69</sup>.

La aplicación de este precepto debería entenderse posible en aquellos casos en los que no se demuestra el dolo, pero sí cabría la imprudencia.

---

*proceden las ganancias o ilícitos beneficios. A falta de prueba directa la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que tanto el Tribunal Constitucional, como esta propia Sala, consideran bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación, y d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial».*

<sup>68</sup> Sin embargo, la STS 1822/2001, de 10-10-2001, Pte. Granados, condena al que se le ocupan 6 millones de ptas. cuando iba a entrar en una casa en la que se ocupó un alijo de droga, aunque la condena fue por tráfico de drogas y no por blanqueo de capitales.

<sup>69</sup> En el caso de esta STS de 4-1-2002 se consideró dolosa la actuación de quien convertía el dinero que le entregaba una persona de nacionalidad colombiana –que después fue detenida con 40 kg. de cocaína– en cheques-dólar, realizando la operación en, al menos, 30 ocasiones y moviendo un montante de 320 millones de las antiguas pesetas en 6 meses.

### 3.º **Subtipos agravados**

Se agravan especialmente las penas si estos delitos se cometen:

– *Por una organización* (art. 302), siendo las penas para el tráfico de drogas de 4 años, 7 meses y 16 días a 6 años de prisión para los integrantes de la organización (pena en su mitad superior) y de 6 años y 1 día a 9 años para los jefes, administradores o encargados (pena superior en grado). Además se impondrá la pena de inhabilitación especial, el comiso y potestativamente la aplicación de las medidas del artículo 129 del Cpen. y la pérdida de obtener subvenciones y beneficios o incentivos fiscales (art. 302.2 Cpen.).

– *O por determinadas personas mencionadas en el artículo 303* (empresarios, intermediarios del sector financiero, facultativos –médicos, psiquiatras, personas en posesión de títulos sanitarios, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes– funcionarios públicos, trabajadores sociales y docentes o educadores) cuando lo realicen en el ejercicio de sus cargos, profesión u oficio.

### 4.º **Grados de ejecución**

Los actos preparatorios, conspiración, provocación y proposición para cometer los delitos anteriores se castigan específicamente en el artículo 304 Cpen. con la pena inferior en grado.

### 5.º **Principio de universalidad**

El artículo 301.4 del Cpen. establece el principio de universalidad o de justicia mundial, estableciendo la competencia de los Tribunales españoles aunque el delito del que procedan los bienes o incluso los propios actos de blanqueo se hubieran realizado total o parcialmente en país extranjero.

### 6.º **Legislación especial**

En materia de blanqueo de capitales hay que destacar la **Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales** <sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> BOE de 5-7-2003.

a) *Principios inspiradores*

La Ley 19/2003 proclama, en virtud de la normativa comunitaria, fundamentalmente del artículo 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, la libertad de movimientos de capitales; pero, teniendo en cuenta el riesgo que dicha libertad entraña a la hora de controlar el blanqueo de capitales, fundamentalmente el derivado de la lucha contra la droga, la citada ley, en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> modifica la **Ley 19/1993, de 28 de diciembre sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales**. Esta Ley tuvo su origen en la Directiva 91/308/CEE, de 17 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, siendo desarrollada por el R.D. 925/1995 de 9 de junio.

Con posterioridad la Directiva 2001/97/CE de 4-12-2001 (*DOCE* 28-12-2001) modifica la Directiva 91/308/CEE. E igualmente debe tenerse en cuenta el **Convenio del Consejo de Europa de 8-11-1990, hecho en Estrasburgo, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito**<sup>71</sup>. Toda esta normativa internacional ha motivado la reforma operada por la Ley 19/2003.

Por último, con posterioridad a esta Ley 19/2003 ha tenido lugar la publicación en el *BOE* de la ratificación por España de la **Convención de Nueva York de 15-11-2000 de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional**<sup>72</sup> que establece en su artículo 6 como una de sus finalidades la penalización del blanqueo de capitales y en el artículo 7 medidas para combatirlo.

b) *Objeto de la Ley*

Según el artículo 1 de la Ley de 1993 en la redacción dada por la Ley de 2003, «*Esta ley regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, as como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años*». Y en el apartado 2 del mismo artículo se define lo que se entiende por blanqueo de capitales, definición que es la que se ha llevado al Código Penal.

---

<sup>71</sup> Ratificado por España por Instrumento de 22 de julio de 1998 (*BOE* 21-10-1998).

<sup>72</sup> Instrumento de ratificación por España de 15-11-2000 (*BOE* de 29-9-2003).

c) *Obligados por la Ley.*

Mediante esta Ley se establecen toda una serie de obligaciones dirigidas principalmente a los operadores financieros, destinadas a descubrir cualquier actividad de blanqueo de capitales. Pero también se añade, por la Ley de 2003, entre dichos operadores financieros, junto a los casinos de juego y a las empresas de promoción inmobiliaria, a los auditores de cuentas, asesores fiscales, notarios, abogados y procuradores, éstos tres últimos cuando:

«1.º *Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones por cuenta de clientes relativas a.*

- a) *la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales;*
- b) *la gestión de fondos, valores u otros activos;*
- c) *la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores;*
- d) *la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fiducias (“trust”), sociedades o estructuras análogas, o.*

2.º *Actúen en nombre y por cuenta de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria.»*

d) *Obligaciones*

Y en el artículo 3 se establecen toda una serie de obligaciones de dichas personas. En realidad muchas no son más que buenas intenciones. Sin embargo, hay una serie de obligaciones, ya de carácter concreto, que sí son más efectivas. Por ejemplo, el deber de conservar la documentación de las operaciones durante un período mínimo de 5 años o el deber de colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (el SEPBLAC), órgano dependiente de la Secretaría de Estado de Economía en el que están representado la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, el Ministerio Fiscal y otros organismos públicos con competencia en la materia y cuya finalidad primordial es coordinar la ejecución de la ley de prevención del blanqueo de capitales.

Así pues, en aquellos casos en que la Comisión quiera averiguar determinados extremos sobre unas u otras operaciones financieras se establece a las personas anteriormente citadas una obligación de cola-

borar con la misma y en caso contrario cometerían una infracción muy grave prevista en la misma Ley con una multa mínima de 15 millones de pesetas.

También impone la obligación de no revelar al cliente el hecho de que se ha efectuado la oportuna comunicación a la Comisión.

Finalmente, con carácter general, establece la obligación de declarar el origen, destino y tenencia de fondos superiores a 6.000 euros cuando se saquen o introduzcan en territorio nacional en moneda, o dentro de España por importe superior a 80.500 euros. La sanción en caso de incumplimiento ser de multa desde 600 euros hasta el doble del contenido económico de los medios de pago.

Esta Ley ha sido duramente criticada fundamentalmente desde el ámbito de la abogacía por entender, en esencia, que la misma ataca el secreto profesional de los letrados. Ahora bien, esta idea no es original del legislador español ni tiene una finalidad persecutoria para tales profesionales. La Unión Europea en su Plan de Acción relativo a la criminalidad organizada (DO CCEE 5-8-97) ya señalaba el riesgo de que la criminalidad organizada se sirviera de notarios, abogados, auditores para sus objetivos, calificándolos de profesionales vulnerables. Cómo se decía en la Directiva 2001/97 CE que ha motivado la ley 19/2003 de 4-7-2003, *el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación del secreto profesional, salvo en el caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, de que la finalidad del asesoramiento sea el blanqueo de capitales o de que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento para el blanqueo de capitales.*

La comparativa entre el antiguo y el nuevo texto (marcándose en negrita las novedades) es la siguiente:

CUADRO COMPARATIVO DE NOVEDADES DE LEY  
ORGÁNICA 15/2003, EN ARTÍCULOS 368 A 378 DEL CÓDIGO PENAL

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 368	Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.	
Art. 369	Se impondrán las penas <i>privativas de libertad</i> superiores en grado a las <i>respectivamente</i> señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando:	1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando <b>concurran alguna de las siguientes circunstancias:</b>
	1.º Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, o <i>se introduzcan o difundan</i> en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros <i>asistenciales</i> ( <i>pasa a apartado 5.º y 8.º</i> ).	1.ª El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase <b>en el ejercicio</b> de su cargo, profesión u oficio ( <i>antiguo 8.º</i> ).
	2.º Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos ( <i>pasa a apartado 4.º</i> ).	2.ª El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional ( <i>antiguo 6.º</i> ).
	3.º Fuere de notoria importancia la cantidad de <i>drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas</i> objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior. ( <i>pasa a apartado 6.º</i> ).	3.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito ( <i>antiguo 7.º</i> ).
	4.º Las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación ( <i>pasa a apartado 5.º</i> ).	4.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos ( <i>antiguo 2.º</i> ).

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 369	5.º Las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud ( <i>pasa a apdo. 7.º</i> ).	5.ª Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación ( <i>antiguos 1.º y 4.º</i> ).
	6.º El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional ( <i>pasa a apartado 2.º</i> ).	6.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de <b>las citadas sustancias</b> objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior ( <i>antiguo 3.º</i> ).
	7.º El culpable participare en otras actividades <i>delictivas</i> organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito ( <i>pasa a apartado 3.º</i> ).	7.ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud ( <i>antiguo 5.º</i> ).
	8.º El culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase <i>con abuso</i> de su profesión, oficio o cargo ( <i>pasa a apartado 1.º</i> ).	8.ª <b>Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar</b> en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de <b>deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades</b> ( <i>antiguo 1.º</i> ).
	9.º Se utilice a menores de dieciséis años para cometer estos delitos ( <i>se traslada al artículo 370 y para menores de 18 años</i> )	9.ª <b>El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.</b>
		10.ª <b>El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.</b>
		<b>2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.ª, 3.ª y 4.ª del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triple del valor de la droga</b>

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 369		<p><b>objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:</b></p> <p><b>1.ª La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.</b></p> <p><b>2.ª La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.</b></p>
Art. 370	<p>Los Jueces o Tribunales impondrán las penas privativas de libertad <i>superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al séxtuplo.</i></p> <p>– cuando las conductas en él definidas sean de extrema gravedad;</p> <p>– o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones <i>o asociaciones</i> mencionadas en su número 6.º En este último caso, así como cuando concurra el supuesto previsto en el número 2.º del mencionado artículo, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:</p> <p><i>a) Disolución de la organización o asociación o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público.</i></p>	<p><b>Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:</b></p> <p>1.º Se utilice a menores de <b>18 años o a disminuidos psíquicos</b> para cometer estos delitos.</p> <p>2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.</p> <p>3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.</p> <p><b>Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves</b></p>

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 370	<p>b) Suspensión de las actividades de la organización o asociación, o clausura de los establecimientos abiertos al pblico por tiempo no superior a cinco años.</p> <p>c) Prohibicin a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años.</p>	<p><b>como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internaciones dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.</b></p> <p>En los supuestos de los anteriores números <b>2.º y 3.º</b> se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al <b>triplo</b> del valor de la droga objeto del delito.</p>
Art. 371	<p>1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.</p> <p>2. Se impondrán las penas <i>privativas de libertad</i> en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.</p> <p>En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 370.</p>	<p>2. Se impondrá la pena <b>señalada</b> en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.</p> <p>En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo <b>369.2</b></p>

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 372	<p>Si los hechos previstos en este Capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.</p> <p>A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.</p>	
Art. 373	<p>La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los Artículos 368 al 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.</p>	
Art. 374	<p>A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.</p> <p>2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garan-</p>	<p><b>1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:</b></p> <p><b>1.ª Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la tota-</b></p>

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 374	<p>tías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.</p> <p>3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.</p>	<p><b>lidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.</b></p> <p>2.<sup>a</sup> A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos <b>o embargados</b> y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.</p> <p>3.<sup>a</sup> La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.</p> <p>4.<sup>a</sup> <b>Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.</b></p> <p>5.<sup>a</sup> <b>Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.</b></p> <p>2. <b>Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:</b></p> <p>a) <b>Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.</b></p>

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 374		<p>b) <b>Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.</b></p> <p><b>Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.</b></p> <p><b>El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.</b></p> <p><b>3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.</b></p> <p><b>4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satis-</b></p>

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 374		<b>facción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.</b>
Art. 375	Las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los Artículos 368 al 372 de este capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.	
Art. 376	En los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, <i>y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado</i> y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.	En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.  <b>Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogado dependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.</b>

MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS COMO...

	Redacción antes de la LO 15/2003 (en <i>cursiva</i> las modificaciones)	Redacción por LO 15/2003 (en <b>negrita</b> las modificaciones)
Art. 377	Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los Artículos 368 al 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.	
Art. 378	Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los Artículos 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente:  1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.  2.º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.  3.º A la multa.  4.º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.  5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.	