

---

---

# La heroína en el derecho penal español

SERGIO HERRERO ÁLVAREZ

Abogado

Enviar correspondencia a: Herrero Abogados. Calle Mariano Moré 22, 3º A. 33206 Gijón, sh@herreroabogados.com

---

---

## RESUMEN

Se examina la regulación de las drogas en el Código Penal español y las sentencias sobre esta materia del Tribunal Supremo. La legislación penal española no contiene una regulación precisa de algunas cuestiones relativas a las drogas. Por ello, la jurisprudencia reviste gran importancia, al haberse encargado de rellenar esos vacíos legales. España considera como drogas ilícitas las sustancias catalogadas en los tratados internacionales existentes, entre ellas la heroína. El consumo de drogas ilegales es sancionable administrativamente con multas, pero no constituye delito. Tampoco es delito la tenencia de cantidades moderadas de drogas para el consumo propio. El tráfico de drogas es delito penado con prisión, cuya duración depende, en parte, de la nocividad de la sustancia y, en parte, de la gravedad de la conducta delictiva. Además, en todo caso la pena de prisión va acompañada de otra pena de multa, cuya cuantía depende, fundamentalmente, del valor de la droga incautada. El Código Penal distingue entre drogas "duras" y "blandas", en función del peligro de la sustancia para la salud de sus consumidores, incluyendo la heroína en la primera categoría. El tráfico de heroína se sanciona ordinariamente con pena comprendida entre tres y nueve años de prisión. Cuando se trata de tráfico con cantidades elevadas, la pena mínima es de nueve años y un día de prisión, y la pena máxima de trece años y seis meses de prisión. Se consideran cantidades elevadas o de "notoria importancia" las superiores a 300 gramos de heroína pura. En los casos más graves de tráfico la pena máxima puede llegar a veinte años y tres meses de prisión.

**Palabras clave:** Código Penal español, jurisprudencia, penas, tráfico de drogas, heroína.

---

## ABSTRACT

A review of the regulations on drug use and trafficking in the Spanish Penal Code is made. Sentences given by the Supreme Court are also examined. The Spanish laws have not an specific regulation on some questions related with drugs. Due to this, jurisprudence is extraordinarily useful to resolve open legal questions in this field. In Spain, illicit drugs are considered those which are so catalogued in international treaties, as heroin. Drug consumption is not considered as an offence, but it is punished with a fine. In the same way, it is permitted drug possession for self-use. Drug trafficking is punished with imprisonment, which duration depends on the risk for the health of the substance and on the severity of the criminal behaviour. Moreover, it is always linked to a fine, and its amount depends on the worth of the drug seized. The Spanish Penal Code distinguishes between "soft" and "hard" drugs, based on the risk for health. Heroin is considered as "hard", and its trafficking is punished with imprisonment between three and nine years. If the quantity seized is over 300 grs. of pure heroin, incarceration punishment is between nine years and one day and thirteen years and six months. In some extreme cases, imprisonment reaches a maximum of twenty years and three months.

**Key words:** Spanish Penal Code, jurisprudence, punishment, drug trafficking, heroine.

## INTRODUCCIÓN

**E**ste trabajo analiza la regulación de la heroína y otros opiáceos en el derecho penal español, así como el desarrollo interpretativo que de esa normativa ha venido realizando el Tribunal Supremo desde la década de 1970 hasta el momento de escribir estas líneas, en octubre de 2004.

El punto de partida obligado, en cualquier ordenamiento jurídico, para establecer su regulación sobre “drogas”, es la definición precisa de las sustancias que considere como tales. Lo siguiente, en el orden lógico, es la decisión del poder estatal sobre la legalidad o ilegalidad del consumo y de la distribución de esas sustancias y, en su caso, la asignación de sanciones penales o meramente administrativas a las conductas prohibidas, así como la determinación concreta y detallada de las características y duración de tales sanciones.

La solución de las cuestiones expuestas en el derecho español, especialmente en lo referido a la heroína, constituye el objeto del presente capítulo, en el cual examinaremos que sustancias se consideran como drogas, la definición legal de tráfico de drogas, las penas con que se castiga y los criterios de graduación de la gravedad de las mismas, así como los principales problemas interpretativos y probatorios surgidos en la praxis de los tribunales.

Como veremos, España, en cumplimiento de los tratados internacionales que ha suscrito, considera la heroína y otros opiáceos como drogas ilegales y sanciona su tráfico con penas de prisión que pueden llegar a alcanzar muchos años de duración.

La regulación concreta de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas se encuentra, en la legislación española, en los artículos 368 y siguientes del Código Penal de 1995, vigentes desde el día 25 de mayo de 1996 y sometidos recientemente a una reforma parcial, operada por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y modificó el texto de varios de esos preceptos.

El artículo 368 del Código, eje de toda la regulación examinada, sanciona a quienes “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”. La pena correspondiente a los responsables de esos delitos oscilará entre tres y nueve años de prisión, cuando la droga objeto de tráfico sea una sustancia o producto “que causen grave daño a la salud”, y se mantendrá entre uno y tres años de prisión en los demás casos, es decir, cuando la droga de que se trate no sea gravemente dañina. Además, en todos los supuestos, la pena privativa de libertad irá acompañada de otra pena de multa, cuya cuantía dependerá del valor de la droga, suponiendo entre el tanto y el triplo de dicho valor, si se trata de sustancias gravemente dañinas, y entre el tanto y el duplo cuando se trafique con otras sustancias.

Por otra parte, el artículo 369 del Código Penal tipifica diez supuestos distintos en los que las penas de prisión que han de imponerse serán las superiores en un grado a las establecidas en el artículo 368. Finalmente, el artículo 370 crea tres tipos delictivos superagravados, en los que pueden llegar a imponerse penas de prisión superiores en dos grados a las penas básicas del primer artículo citado. A todo ello ha de añadirse la existencia, junto con las penas de prisión indicadas y las multas correspondientes en cada caso, de diversas penas de inhabilitación detalladas en el artículo 372.

Del conjunto de preceptos mencionados, y de los demás relativos al tráfico ilícito de drogas, nacen las cuestiones que a continuación tratamos. Dada la indefinición de los textos legales sobre bastantes puntos relevantes, se hace obligado el examen detallado de la jurisprudencia al respecto, para conocer cómo han sido interpretados y llenados esos vacíos legales. Por ello, la cita abundante de sentencias del Tribunal Supremo español será imprescindible.

## ¿QUÉ SUSTANCIAS SON DROGAS ILEGALES?

El texto del artículo 368 del Código Penal no ofrece un concepto genérico de droga, ni define las características que haya de poseer una sustancia para ser considerada, a efectos jurídico-penales, como tal. Tampoco lo hacía el anterior Código de 1973, que estuvo vigente hasta el año 1996. El actual artículo 368, al igual que el artículo 344 del Código derogado, se refieren a las conductas delictivas relacionadas con "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", pero sin determinar qué se entiende por las mismas ni contener una enumeración de dichas sustancias.

Esa indefinición legal del objeto material del delito ha sido objeto de críticas fundadas por la doctrina penal, proponiendo los diversos autores, ante las consiguientes dificultades interpretativas, un conjunto de soluciones que pueden resumirse en dos posturas fundamentales.

Por una parte, la línea mayoritaria entiende que el artículo 368, constituye lo que se denomina técnicamente una "ley penal en blanco", es decir, un precepto penal, con el exigible rango legal, que describe una figura delictiva y determina sus condiciones de sancionabilidad, los rasgos básicos de la conducta castigable y la pena a imponer, pero que no define completamente algún extremo del "supuesto de hecho" delictivo sino por referencia a otras normas extrapenales (generalmente de naturaleza administrativa), con cuyo contenido ha de "integrarse" el tipo o figura penal. Al respecto viene proclamando el Tribunal Supremo la admisibilidad constitucional de ese tipo de normas (sentencia de 25 de noviembre de 1996) afirmando que "son leyes penales en blanco aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima" (sentencia de 20 de setiembre de 1990).

Según esta doctrina mayoritaria, el artículo 368 del Código, considerado como ley penal en blanco, deberá ser completado con los listados de sustancias contenidos en los

Convenios internacionales de los que España es parte. Será, por lo tanto, la inclusión o no de una sustancia determinada en esos listados internacionales, periódicamente actualizados, lo que determine su consideración legal como droga a efectos penales en nuestro ordenamiento jurídico, y la consecuente persecución de su posible tráfico. Esta postura doctrinal ha venido contando, en general, con el refrendo jurisprudencial del Tribunal Supremo español, expresado, entre muchas otras, en sus sentencias (STS, en adelante) de 11 de octubre de 1974, 22 de junio de 1981, 25 de octubre de 1982, 4 de febrero de 1984, 7 de mayo de 1984, 15 de noviembre de 1984, 19 de enero de 1985, 15 de julio de 1985, 4 de marzo de 1988, 12 de julio de 1990, 24 de diciembre de 1992, 28 de abril de 1994, 25 de mayo 1994, 27 de setiembre de 1995, 5 de febrero de 1996, 18 de marzo de 1996 y 11 de setiembre de 1996).

Cabe decir que con esta remisión a un "elenco rígido" de sustancias, previamente establecido, parece satisfacerse, mejor que con la segunda postura que a continuación analizaremos, el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25-1º de la Constitución Española.

El otro sector doctrinal aludido entiende, por el contrario, que la falta de determinación de las sustancias "prohibidas" permite la creación de un concepto de droga propio de nuestro ordenamiento jurídico, buscado a partir de una adecuada interpretación sistemática y teleológica de los preceptos en juego, y configurado con independencia o, al menos, cierta autonomía, de los listados contenidos en los tratados internacionales sobre la materia. Según esta teoría, denominada de la definición elástica, del Código Penal no se desprende que haya de acudir a los Convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para entender el sentido y alcance de las expresiones contenidas en el citado artículo 368. Al contrario, sería en el texto del precepto legal, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática, donde habría de buscarse el concepto de droga, sin desprestigiar el posible valor orien-

tador de las listas de los Convenios internacionales, pero sin que el actuar judicial deba vincularse estrictamente a ellas. Acaso estas posiciones pequen de pretender la consagración, en este ámbito, de un excesivo arbitrio judicial, dado que su acogimiento supondría dejar absolutamente en manos de los tribunales la determinación de qué concretas sustancias hayan de considerarse drogas ilícitas y cuales otras no, con la inevitable merma de la seguridad jurídica que exige el mencionado principio de legalidad. En todo caso, se trata de posiciones doctrinales minoritarias y rechazadas por la jurisprudencia.

El artículo 368 del Código, considerado pues como ley penal en blanco, deberá ser completado con la legislación administrativa relativa a las drogas ilegales, fundamentalmente la Ley de 8 de abril de 1967 sobre estupefacientes, cuyo artículo 2.1 dispone que "a los efectos de la presente Ley se consideran estupefacientes las sustancias naturales y sintéticas incluidas en las Listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establece".

### **Artículo 368 del Código Penal:**

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 triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

Ese Convenio Único sobre estupefacientes, de 30 de setiembre de 1961, ratificado por España el 3 de setiembre de 1966, es, por tanto, el primero de los tratados internacionales que complementan y concretan la ley española. Incorpora a su texto, como anexos, cuatro listas de sustancias.

La lista I del Convenio comprende, entre otros productos, el opio, la heroína, la morfina, la metadona, el fentanilo. También se encuentran en ella la cocaína y el cánnabis. La lista II incluye la codeína y el dextropropoxifeno. La lista III se refiere a preparados que no se prestan a uso indebido y, finalmente, la lista IV se dedica a las mezclas o preparados, sólidos o líquidos, que contengan las sustancias de las dos primeras listas.

Conviene advertir que, aunque la codeína y el dextropropoxifeno se encuentran incluidos en la lista II, la lista III comprende determinados compuestos a base de esas sustancias que no se consideran ilícitos: los preparados de codeína que estén mezclados con uno o

varios ingredientes más y no contengan más de 100 miligramos del estupefaciente por unidad de dosificación, y, cuando los preparados no se encuentren divididos, aquellos en los que la concentración de codeína no supere el 2,5% del producto total; y los preparados para uso oral que no contengan más de 135 miligramos de base de dextropropoxifeno por unidad de dosificación, o que no excedan del 2,5% de concentración en productos no divididos, siempre que tales preparados no contengan ninguna sustancia que sea objeto de fiscalización sujeta al Convenio de Psicotrópicos de 1971, al que a continuación vamos a referirnos también.

A efectos penales se consideran pues estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV (mezclas de las dos primeras) del Convenio Único, así como también las que luego han ido añadiéndose, en el ámbito nacional español, por el procedimiento reglamentario que se establece, que se ha ido ejecutando posteriormente y hasta

el momento a través de diversas órdenes ministeriales. Así lo ha venido interpretando la jurisprudencia de manera uniforme desde antiguo (STS de 14 de febrero de 1974, 24 de setiembre de 1974, 17 de marzo de 1975, 4 de abril de 1975, 1 de abril de 1977, 28 de octubre de 1978 y 22 de junio de 1981).

El otro texto internacional importante relativo a estas materias es el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971, que cuenta con dos anexos, el primero con cuatro listas de sustancias psicotrópicas, referidas respectivamente a alucinógenos (LSD, THC, DMT, STP, DOM y otros), anfetaminas, barbitúricos y otras sustancias (tales como la anfepramona, el meprobamato y la metacualona). Por su parte el segundo anexo del Convenio comprende y relaciona sustancias que, no siendo propiamente psicotrópicas, se consideran asimilables a ellas: entre otras sustancias, las benzodiazepinas, el fenproporex y la etilamfetamina.

Al igual que ocurre con el Convenio sobre estupefacientes, también éste sobre psicotrópicos contiene un mecanismo de actualización periódica de las sustancias incluidas en sus listas anexas, que, en el derecho español, se ha reflejado en sucesivas órdenes ministeriales a través de las cuales se han incorporado sucesivamente a dichas lista nuevas sustancias.

### **Categorías legales: drogas “duras” y “blandas”**

El Código Penal divide las drogas ilegales en dos categorías, atendiendo a la mayor o menor nocividad de sus efectos. El texto legal alude a “sustancias que causan grave daño a la salud”, cuyo tráfico se sanciona más severamente, mientras que los delitos cometidos con otras drogas “blandas” no tan nocivas son castigados con penas inferiores. Sin embargo, el Código no determina qué sustancias concretas deban ser consideradas legalmente como especialmente dañinas. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que

clasificara de una u otra forma cada una de las drogas ilegales contenidas en los tratados internacionales ya mencionados.

La heroína ha sido siempre calificada como droga que causa grave daño a la salud (STS de 17 de febrero de 1984, 23 de febrero de 1984, 12 de diciembre de 1984, 10 de julio de 1987, 18 de enero de 1991 y 23 de enero de 1992).

En esa misma categoría de nocividad la jurisprudencia ha incluido la cocaína (STS de 25 de octubre de 1983, 8 de febrero de 1984, 29 de abril de 1985, 18 de noviembre de 1987 y 12 de julio de 1990, entre muchas otras), la mezcla de cocaína con heroína o speed ball (STS de 21 de mayo de 1993), el LSD (STS de 5 de octubre de 1983, 8 de febrero de 1984, 11 de mayo de 1984, 1 de junio de 1984, 15 de febrero de 1988, 31 de marzo de 1990 y 28 de setiembre de 1992), las anfetaminas (STS de 20 de abril de 1996, 19 de octubre de 1996, 16 de abril de 1997, 1 de julio de 1997 y 3 de febrero de 1998), la MDMA (STS de 11 de octubre de 1993, 24 de enero de 1994, 31 de enero de 1994, 1 de junio de 1994, 25 de junio de 1994, 15 de noviembre de 1994, 12 de diciembre de 1994, 10 de enero de 1995, 15 de febrero de 1995, 3 de marzo de 1995, 6 de marzo de 1995, 17 de abril de 1995, 18 de mayo de 1995, 27 de setiembre de 1995, 14 de febrero de 1996, 11 de setiembre de 1996 y 10 de julio de 2000), la MDA (STS de 5 de febrero de 1996 y 25 de abril de 1996) y la MDEA (STS de 27 de setiembre de 1994, 1 de abril de 1996 y 1 de julio de 2000).

En la categoría de drogas menos dañinas se encuentran solamente el cánnabis y sus derivados (STS de 4 de setiembre de 1983, 20 de febrero de 1984, 3 de diciembre de 1984, 24 de julio de 1991, 15 de octubre de 1991, 24 de setiembre de 1993, 8 de noviembre de 1995 y 17 de octubre de 1996), la metacualona (STS de 28 de abril de 1994), el dextropropoxifeno (STS de 11 de febrero de 1991 y 29 de noviembre de 1993) y las benzodiazepinas (STS de 21 de diciembre de 1995, 5 de julio de 1997, 18 de mayo de 1998, 20 de julio de 1998 y 1 de febrero de 1999).

En suma, el tráfico de heroína, al ser considerada como sustancia gravemente dañosa para la salud, se castiga con una pena básica de prisión con duración comprendida entre tres y nueve años. Constituye pues un delito grave, a tenor de lo dispuesto al respecto en los artículos 13.1 y 33.2.a del Código Penal.

## **CONDUCTAS DELICTIVAS: EL TRÁFICO DE DROGAS**

El artículo 368 considera autores del tipo penal a quienes "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".

Como puede observarse, la redacción del precepto configura con extraordinaria amplitud el ámbito de conductas típicas, constitutivas del delito de tráfico de drogas. La promoción, el favorecimiento o la facilitación, de cualquier modo, del consumo ilegal de drogas por otra persona, resulta, en principio, suficiente para subsumir la conducta del sujeto "activo" en el marco de esta figura delictiva, considerada, desde el punto de vista técnico-jurídico, como una infracción criminal de peligro abstracto, tracto permanente y consumación anticipada.

Quedan pues incluidos dentro del tipo penal, inicialmente, todos los actos que supongan cultivo, fabricación, venta, transmisión o donación de alguna sustancia considerada como droga, así como el transporte y la mera tenencia de esa droga si se realizan con finalidad ulterior de tráfico.

Las únicas actividades que no se penan respecto al uso de drogas son, precisamente, su compra, la tenencia por el tiempo necesario hasta el momento de consumirlas y el propio acto de consumo (STS 22 de junio de 1983, 11 de febrero de 1984, 2 de diciembre de 1984, 20 de febrero de 1985, 21 de mayo de 1985, 21 de noviembre de 1986, 18 de noviembre de 1987, 4 de octubre de 1988,

26 de junio de 1990, 8 de noviembre de 1991, 15 de octubre de 1992, 28 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994, entre cientos más de ellas).

Al concepto de tráfico se refiere la STS de 16 de junio de 1987, afirmando que "tráfico equivale a transmisión de una cosa a otra u otras personas, es decir, a traslación de la propiedad o posesión de las mismas, gratuita u onerosamente, total o parcialmente, directa o indirectamente, siempre y cuando, claro está, la transferencia implique promoción o favorecimiento del consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas".

El mero transporte de la droga, incluso sin interés económico por el transportista, constituye también acto típico penalmente, dado que contribuye a propiciar el consumo ilegal de la droga transportada por sus destinatarios finales. En tal sentido, la STS de 30 de setiembre de 1997 señala que "asumir el encargo de transportar una cantidad de droga hasta una discoteca es poner una condición necesaria para cerrar el círculo de distribución de tal mercancía, y en su acto de tráfico del que se responde como autor". En igual dirección se pronuncian las STS de 21 de enero de 1998 y 21 de febrero de 1998.

Así pues, el texto legal configura con gran amplitud la conducta típica delictiva, hasta el punto de hacer que se difumine o, al menos, revista enorme dificultad, la distinción técnico-jurídica entre actos directos de ejecución delictiva (autoría en sentido propio), actos de colaboración imprescindible para el delito (coautoría por cooperación necesaria) y actos de ayuda meramente útil, pero no estrictamente necesaria, para la comisión del delito (complicidad).

Por ello, la jurisprudencia viene declarando que la figura de la complicidad en los delitos contra la salud pública es de difícil apreciación, dada la amplia tipicidad establecida en el artículo 368 del Código (STS de 3 de marzo de 1987, 19 de setiembre de 1987, 10 de octubre de 1995, 10 de octubre de 1997 y 4 de octubre de 2000), siendo tan sólo posible su aplicación en supuestos de mínima colaboración mediante conductas auxiliares en

beneficio del verdadero traficante (STS de 15 de enero de 1991 y 24 de julio de 2002).

Como afirma la STS de 25 de febrero de 2003 "la complicidad quedará 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".

En concreto, se han calificado de complicidad hechos como el mero acompañamiento a los compradores para indicarles el domicilio de quien vendía la droga (STS de 9 de julio de 1987 y de 24 de julio de 2000), la ocultación ocasional y de brevísima duración de una pequeña parte de la droga poseída por otro (STS de 30 de mayo de 1991, 30 de mayo de 1997, 15 de octubre de 1998 y 19 de junio de 2002), la vigilancia del lugar donde estaba la droga (STS de 21 de diciembre de 2001), la ayuda prestada por quien no era dueño de la droga a otra persona poseedora de la misma para que intentase hacerla desaparecer ante la intervención policial inmediata (STS de 16 de junio de 1995) e, incluso, la conducta consistente en proporcionar a quien pretendía adquirir droga el teléfono del vendedor e informarle del precio de la misma (STS de 25 de febrero de 2003). Fuera de esos excepcionales casos, cualquier intervención en el tráfico se considera autoría del delito.

La jurisprudencia se ha planteado también, a partir de la década de 1990, la posible existencia de otros comportamientos formalmente subsumibles en el tipo penal pero que, por lo exiguo de la cantidad de droga objeto del tráfico, no deban considerarse delictivos. Se trata de casos extremos en que el tráfico se desarrolla con cantidades tan ínfimas que no pueden afectar al bien jurídico protegido, la salud pública, por carecer prácticamente de posibles efectos psicoactivos. En tal sentido, y entre otras resoluciones, la STS de 12 de setiembre de 1994 absolvió por el tráfico de 50 miligramos de heroína, la STS de 28 de octubre de 1996 hizo igual respecto a una cantidad de 60 miligramos y la STS de 22 de enero de 1997 consideró también no punible la transmisión de 20 miligramos de heroína.

El fundamento de esas resoluciones se resume, entre otras, en la STS de 11 de

diciembre de 2000, señalando que la jurisprudencia "viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo".

Respecto a la cifra límite, expresada en heroína pura, por debajo de la cual haya de aplicarse ese "principio de insignificancia" y considerarse impune su tráfico, no han existido pronunciamientos claros de carácter general por parte del Tribunal Supremo, si bien, a partir de diciembre de 2003 se inicia una línea de resoluciones que sitúan ese tope mínimo en 0,66 miligramos de heroína pura (STS de 5 de diciembre de 2003 y 19 de enero de 2004). Por su parte la STS de 3 de marzo de 2004 opta por elevar esa cifra hasta 1 miligramo de heroína pura, cuidándose además de advertir que "ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios.

Es importante destacar que los delitos de tráfico de drogas no requieren, en ningún supuesto, el ánimo de lucro en su autor. Por ello, la donación de droga ha sido considerada siempre como delictiva por la jurisprudencia (STS de 6 de abril de 1989, 19 de mayo de 1989, 22 de octubre de 1990, 4 de febrero de 1991, 3 de mayo de 1991, 25 de enero de 1992, 14 de octubre de 1993, 26 de noviembre de 1994 y 6 de junio de 1997). Sin embargo, hay casos especiales de entrega de drogas que el Tribunal Supremo ha considerado no sancionables penalmente. En general, se trata de la transmisión de dosis mínimas y gratuitamente a una persona que ya es previamente adicta a la sustancia, por parte de un familiar o persona allegada a dicho consumidor y con la intención de evitarle los sufrimientos del síndrome de abstinencia o de ayudarle a intentar una paulatina desintoxicación mediante el consumo de dosis decrecientes (STS 2 de noviembre de 1992, 18 de diciembre de 1992, 29 de mayo

de 1993, 15 de julio de 1993, 16 de setiembre de 1993, 6 de octubre de 1993, 16 de marzo de 1994, 8 de abril de 1994, 27 de mayo de 1994, 11 de junio de 1997, 14 de julio de 1997, 22 de enero de 1998, 22 de setiembre de 2000 y 29 de junio de 2002).

El consumo compartido de una droga entre usuarios habituales de la misma viene siendo también considerado no delictivo (STS de 12 julio de 1984, 6 de abril de 1989, 23 de marzo de 1991, 2 de noviembre de 1992, 25 de marzo de 1993, 27 de setiembre de 1993, 7 de febrero de 1994, 18 de setiembre de 1997, 3 de noviembre de 1997, 27 de octubre de 1999 y 24 de julio de 2002).

El Tribunal Supremo reputa igualmente atípicos los actos de compra colectiva de droga destinada al consumo de los que la adquieren (STS 25 de mayo de 1981, 11 de noviembre de 1992 y 27 de enero de 1995), e incluso, la compra por encargo de un grupo, del cual forma parte el encargado adquirente de la droga y destinando ésta al consumo de ese propio grupo (STS 18 de diciembre de 1992, 4 de febrero de 1993, 18 de octubre de 1993, 3 de junio de 1994 y 26 de julio de 2002). En tales casos, la jurisprudencia exige, para considerar el hecho como no punible, que los que se agrupan para la compra conjunta de la droga estén perfectamente identificados y formen un círculo reducido y cerrado de adictos a la sustancia, que proyecten consumirla en un lugar cerrado y de una sola vez, y que la cantidad adquirida sea escasa (STS de 24 de julio de 2002, 26 de julio de 2002, 30 de setiembre de 2002 y 8 de marzo de 2004).

Un problema probatorio peculiar que en ocasiones se plantea es la valoración penal de la actuación de otras personas que conviven en el mismo domicilio con el autor directo de los actos de tráfico de drogas. La jurisprudencia es, en este punto, especialmente clara: la mera convivencia domiciliaria ni es, en si misma, un acto de cooperación con el traficante ni sirve de prueba de participación en los actos de tráfico.

Al respecto, la STS de 26 de julio de 1993 ya proclamaba que "el hecho de la unión matrimonial y el dato de viajar juntos no

pueden ser, por sí solos determinantes de la inferencia de la participación de la esposa" en el tráfico ilícito llevado a cabo por el varón, sorprendido con la droga en el automóvil donde se hallaban ambos.

La STS de 30 de diciembre de 1993 afirma que "bajo la fuerza de los principios constitucionales, no puede admitirse ningún tipo de presunciones de participación. No es correcto ni ortodoxo en forma alguna atribuir al hombre el tráfico por el hecho de llevarlo a cabo la mujer o viceversa, por la circunstancia de la convivencia de ambos en el mismo piso o vivienda y el mayor o menor conocimiento que uno de ellos tenga del tráfico que realiza el otro. No se puede, por ello, atribuir la posesión de la droga para su venta o el tráfico de la misma indiscriminadamente a los dos. Hay que probar, fehacientemente y por medios plenos de aptitud inculpativa o de cargo, que uno y otro llevaron a cabo actos que el legislador incorpora al núcleo de cada uno de los tipos en alguna de las modalidades de participación".

En el mismo sentido se ha pronunciado en bastantes más ocasiones la jurisprudencia. Incluso conociendo uno de los convivientes el tráfico desarrollado por otro en el domicilio, ello no le convierte en partícipe si no se demuestra una contribución concreta al hecho delictivo (STS de 13 de octubre de 1994, 14 de octubre de 1994, 20 de setiembre de 1995, 28 de noviembre de 1997, 6 de octubre de 1998, 12 de mayo de 1999, 4 de abril de 2000 y 29 de mayo de 2000).

Importa, por último, señalar que la naturaleza típica del delito de tráfico de drogas impide apreciar la figura del delito continuado, prevista con carácter general en el artículo 74.1 del Código Penal, cuyo tenor "el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior".

La STS de 20 de febrero de 1993 puso de relieve el carácter de delito permanente de este tipo penal, contraponiéndolo a otros casos de delito continuado. Por su parte la STS de 18 de diciembre de 1993 consideró existente un delito único de tráfico de drogas, rechazando la aplicación de la continuidad delictiva, en un supuesto de venta a una pluralidad de compradores. También negaron la posible apreciación del delito continuado las STS de 18 de marzo de 1999 y 30 de setiembre de 1999, y la STS de 3 de julio de 2000 reiteró que “la singular estructura del delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas, permite entender que una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un solo delito aunque esté integrado por varias acciones”.

En la misma línea, la STS de 23 de octubre de 2000 destaca que “la naturaleza del delito de tráfico de droga, de mera actividad, permanente y de peligro abstracto, hace difícil su consideración como delito continuado. En su amplia expresión tipificadora se integran tanto la posesión y tenencia para el tráfico, como los actos aislados de este tráfico y la reiteración de esta clase de actos, pues estos actos de disposición y entrega fragmentaria a otras personas de las drogas en razonable cercanía temporal se realizan ya sobre un delito consumado por la mera tenencia y detentación de esas sustancias con ánimo de entregarlas a cualquier otra persona con finalidad de ilícito tráfico”.

Igualmente rechazan la aplicación del delito continuado las STS de 23 de abril de 2002, de 19 de diciembre de 2002 y 2 de abril de 2004.

## **CONSUMO DE DROGAS Y TENENCIA PARA EL AUTOCONSUMO**

El consumo de droga no ha sido nunca objeto de sanción penal en España, ni lo

es actualmente, y lo mismo sucede con la tenencia previa al consumo.

La redacción del artículo 344 CP dada por la Ley 44/1971 de 15 de noviembre, que estuvo vigente hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, incluía en la descripción de las acciones típicas delictivas la ejecución “ilegítimamente” de actos de tenencia de drogas. Sin embargo, tal expresión siempre fue interpretada por el Tribunal Supremo en el sentido de restringirla a la tenencia preordenada a la distribución posterior de la sustancia ilícita (STS de 6 de abril de 1973, 16 de octubre de 1973, 31 de octubre de 1973, 7 de diciembre de 1973, 21 de marzo de 1974, 20 de enero de 1975, 5 de mayo de 1975 y 24 de noviembre de 1975, entre otras).

A modo de resumen, señalaba la STS de 20 de marzo de 1980 que “como el consumo de drogas o estupefacientes es atípico, para que la mera tenencia se reputa delictiva, es menester que quede acreditado que la poseída no se hallaba destinada al propio consumo”. A partir de la reforma del Código de 1983, desapareció cualquier posible duda interpretativa, al eliminarse del texto del artículo la referencia a la “tenencia” de droga.

Especialmente clara es la STS de 11 de junio de 1993, la cual afirma que “los actos de autoconsumo de drogas tóxicas o estupefacientes no se hallan sancionados en el artículo 344 del Código Penal y, por tanto, son atípicos e impunes, sucediendo lo mismo con los actos de producción (cultivo, elaboración y fabricación) y con los preparatorios (tenencia y transporte), siempre y cuando, claro está, el destino de lo producido, poseído o transportado, sea el propio consumo del productor, tenedor o porteador”.

La atipicidad penal del autoconsumo y de la tenencia de droga para ello, no impide que esas conductas resulten castigadas en el ámbito administrativo, con multas y otras posibles sanciones no privativas de libertad.

La Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, califica como infracciones administrativas,

sin rango delictivo, las conductas que describe su artículo 25-1º, consistentes en “el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo”. Esas conductas se reputan infracciones graves a la seguridad ciudadana y se sancionan administrativamente con multa de importe comprendido entre cincuenta mil una pesetas y cinco millones de pesetas, a lo que debe añadirse que sus autores “podrán ser sancionados, además, con la suspensión del permiso de conducir vehículos de motor hasta tres meses y con la retirada del permiso o licencia de armas, procediéndose desde luego a la incautación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas;” según establece el artículo 28 de la Ley.

### **CUESTIONES PROBATORIAS: ¿TRÁFICO O AUTOCONSUMO?**

La tenencia de droga destinada únicamente al consumo propio no es sancionable penalmente. En cambio, la tenencia es delictiva cuando, al contrario, tiene por finalidad la distribución de la droga a otras personas. Así pues, determinar cual de esas dos intenciones animaba en cada caso al poseedor de la droga va a resultar crucial en múltiples procesos penales, en los que se encuentra probada la tenencia de la sustancia pero sin acreditación directa de ningún acto de tráfico de la misma.

Cabe evidentemente, la confesión por parte del sujeto de su intención de traficar con lo incautado, así como la posible declaración testifical de quienes habían concertado la compra de la droga a su poseedor (STS 19 de febrero de 1990). En estos casos se contará con prueba directa del ánimo tendencial de traficar con la sustancia. Ahora bien, cuando esas pruebas no existen, hay que acudir a la prueba indirecta o indiciaria. Ante el hecho,

pues, de la posesión de droga y la alegación de su autor de dedicarla a su propio consumo, será preciso valorar judicialmente el conjunto de indicios disponibles para inferir el destino final de la sustancia, y para esa apreciación el Tribunal Supremo viene señalando como esenciales los siguientes hechos:

- a) acreditación o no de la condición de consumidor del portador de la droga, y de cantidad habitualmente consumida por el mismo
- b) cantidad de droga poseída
- c) distribución de la droga en dosis ya preparadas para su posible distribución y presentadas en la forma habitual en el mercado ilegal
- d) tenencia de productos utilizados habitualmente para adulterar la droga
- e) ocupación de instrumentos utilizados habitualmente para dividir la sustancia en dosis, tales como dinamómetros, balanzas de precisión, cuchillos con señales de haber sido calentados para cortar mejor hachís, pajitas de plástico para contener cocaína, pequeños recortes de plástico para confeccionar bolsitas termoselladas con heroína, speed o cocaína, etcétera
- f) circunstancias del hallazgo policial de la sustancia, lugar de aprehensión y razones esgrimidas por el poseedor de la droga para encontrarse allí
- g) incautación de cantidades notables de dinero sin procedencia lícita justificable
- h) existencia en poder del poseedor de la droga o en su domicilio de notas o contabilidades manuscritas indicativas de ventas de drogas
- i) grabaciones, con autorización judicial, de conversaciones telefónicas de esa persona relativas a operaciones de compra-venta de drogas
- j) trasiego continuo de consumidores de drogas en el domicilio de la persona a la que se le ocupa la sustancia, con visitas muy breves, como indicio de posibles operaciones de venta al menudeo

- k) actitud adoptada al producirse la ocupación policial de la droga, intentando deshacerse de ella, ocultarla o darse a la fuga

Del examen detenido de todo el material probatorio existente en cada caso ha de surgir, motivadamente, la convicción y decisión judicial sobre el destino o no al tráfico ilegal de la droga poseída.

No obstante, algunos de los posibles indicios mencionados poseen escasa fuerza persuasoria a la hora de alcanzar conclusiones racionales e indubitadas al respecto, abundando las críticas doctrinales en esta materia. Así, por ejemplo, el último de los hechos relacionados como posibles indicios, el comportamiento de quien intenta que no le sea hallada policialmente la droga que lleva consigo, no permite inferir una intención de tráfico ilegal. Como la propia jurisprudencia ha admitido "parece lógico ocultar la droga que se transporta, se destine al tráfico o al propio consumo, pues el que la posee bien sabe que, en cualquiera de los dos casos, se le descubren, se la han de intervenir" (STS de 12 de diciembre de 1992).

Lo que sí resulta claro es que la alegación por la persona en posesión de la misma sobre su destino exclusivo al consumo propio habrá de ir acompañada de la demostración de su condición de consumidor de esa sustancia (STS de 2 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1996 y 3 de julio de 2002), mediante las oportunas pruebas documentales (historia clínica, enfermedades o padecimientos concomitantes o derivados de la drogodependencia, atención recibida en unidades o centros especializados de deshabituación, etc.) y periciales (informe del médico forense u otros especialistas). A ser posible, convendrá también la acreditación, al menos de forma aproximada, de la cantidad habitualmente consumida por el sujeto.

## **CANTIDADES MÁXIMAS PARA EL AUTOCONSUMO**

Para mostrar el destino de una droga al autoconsumo, penalmente no sancionable,

ha de empezarse por acreditar la condición de consumidor del poseedor de la droga. Sin embargo, varía enormemente, caso a caso, la cantidad que cada persona pueda tener almacenada con esa finalidad. Se plantea entonces el posible límite cuantitativo, a partir del cual, como criterio general, pueda considerarse que la cantidad de la droga indica ya su destino al tráfico, por exceder de lo que un consumidor medio puede razonablemente tener en su poder en previsión de futuros consumos por su parte. La respuesta jurisprudencial no es excesivamente clara, como vamos a ver a continuación, examinando las principales resoluciones dictadas sobre esta materia.

Con carácter general, indica el Tribunal Supremo que "hay ánimo de traficar si se trata de una cantidad que excede de la que razonablemente está destinada al propio consumo, y que está objetivamente preordenada al tráfico, por exceder de las previsiones de consumo de un drogadicto" (STS de 2 de enero de 1998), y una corriente jurisprudencial viene manteniendo que ha de atenderse a la cantidad que pueda consumirse en cinco días como máxima admisible para el autoconsumo atípico, aplicando para cada día la dosis media ordinaria, según la droga concreta de que se trate en cada caso (STS de 28 de enero de 1993, 5 de junio de 1997 y 16 de setiembre de 1997).

Refiriéndose a la heroína, el Tribunal Supremo consideró preordenadas al tráfico ilegal las cantidades de 15 gramos (STS de 14 de octubre de 1982), 18,93 gramos (STS de 28 de enero de 1983), 8,75 gramos (STS de 19 de setiembre de 1983), 4,18 gramos (STS de 10 de febrero de 1985), 3,3 gramos (STS de 7 de febrero de 1986) y 4 gramos (STS de 3 de febrero de 1989).

En sentido contrario, la STS de 20 de octubre de 1987 admitió el destino al autoconsumo penalmente impune de hasta 3 gramos de heroína.

Por su parte, la STS de 11 de marzo de 1991 no consideró prueba indiciaria suficiente para deducir la intención de traficar la mera posesión de 2,27 gramos de esa droga.

En igual dirección, la STS de 7 de octubre de 1991 rechazó que la tenencia de 2,5 gramos de heroína por una persona consumidora bastase para demostrar su destino al tráfico.

La STS de 20 de setiembre de 1993 absuelve a una consumidora de heroína que poseía algo menos de 3 gramos, señalando que tal cantidad "hubiera servido para algo menos de cinco dosis de heroína y ello no parece suficiente para establecer el propósito de tráfico de un consumidor".

La STS de 9 de marzo de 1995 confirmó también la absolución de una consumidora, afirmando que "al aparecer de la sentencia recurrida que la acusada padecía una toxicomanía padecida producida por su adicción al consumo de heroína, la cantidad de 3,34 gramos, en sí, no parece suficiente para inferir que parte de la droga ocupada pensaba dedicarla al tráfico y que aun cuando no conste la dosis diaria que tenía por costumbre consumir, la cantidad no es desproporcionada con la que un toxicómano puede tener asegurado el autoconsumo durante un tiempo relativamente corto, como puede ser verbigracia tres días".

Por su parte, la STS de 19 de octubre de 1995 condenó como destinada al tráfico la posesión de 9,481 gramos de heroína, deduciendo ese destino ilegal de la propia cantidad de droga y de "la circunstancia de que no consta acreditado en autos la alegada condición de drogodependiente del acusado".

La STS de 9 de mayo de 1998 admitió el destino al autoconsumo en cantidades hasta los 3 gramos de heroína.

Especial interés reviste la STS de 20 de setiembre de 1999, que terminó absolviendo a quien poseía 8,07 gramos de heroína intervenida policialmente. Afirma esta resolución que "el acusado fue sorprendido en posesión de dos bolsas en que se contenían, respectivamente, 7,02 gramos de heroína con una riqueza del 25,70% y 1,05 gramos de la misma sustancia con una pureza del 51%. No constando que realizase, antes de su detención, acto alguno orientado a la venta

o donación del citado producto, es legítimo, no obstante, en una primera aproximación a la realidad investigada, deducir de la cantidad de droga poseída el ánimo de traficar con ella. Ahora bien, si se tiene en cuenta que el acusado es consumidor habitual y dependiente de la heroína desde hace años, no se puede descartar la posibilidad de que destinase al propio consumo toda la que tenía en su poder en la noche de autos. A esta conclusión puede conducir, además, el hecho de que la droga no estuviese distribuida en dosis para la venta y que el acusado estuviese fumándola, al parecer, dentro de su vehículo, lo que permitiría también hacer pensar que pudo comprarla poco antes y que se habían escondido para satisfacer su adicción".

Resulta pues complicado establecer, a la vista de las resoluciones del Tribunal Supremo, un límite cuantitativo de heroína en principio destinada al autoconsumo. Para intentar encontrarlo, puede tenerse en cuenta la postura jurisprudencial, que más adelante estudiaremos, respecto a la denominada cantidad de notoria importancia, la cual parte de considerar como dosis media de consumo diario de heroína la de 600 miligramos de sustancia pura. Ello supondría que la provisión de droga para cinco días consistiría en 3 gramos de sustancia pura, aproximadamente equivalente, según las circunstancias temporales concretas del mercado ilegal, a un peso total de heroína comprendido entre 6 y 12 gramos (supuesta una pureza de la sustancia entre el 25 y el 50%).

En suma, podemos concluir, con reservas, que el examen jurisprudencial permite situar en torno a los 3 gramos de heroína pura el límite cuantitativo máximo de droga que pueda considerarse, en principio, destinada al autoconsumo de su propietario.

Lo anterior no supone, obviamente, que la tenencia de cantidades inferiores de droga no se sancione como destinada al tráfico, si tal posesión va acompañada de otros elementos indiciarios que acrediten suficientemente ese destino (por ejemplo, mediante la declaración testifical de la persona que se disponía a adquirir droga a su poseedor). Nuevamente

ha de insistirse en que cada caso real, es, obviamente, diferente y objeto del correspondiente debate probatorio al celebrarse su juicio oral.

A modo de ejemplo, la STS de 14 de abril de 2003 confirmó la condena por tráfico a quien tenía en una chabola 31 papelinas de heroína con un peso total de 2,91 gramos y recibía continuadamente visitas de personas toxicómanas que entraban y salían de la vivienda.

## **PENAS APLICABLES A LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS**

El delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, entre ellas la heroína, se castiga en el artículo 368 CP con pena de prisión de duración comprendida entre tres y nueve años y, además, con pena de multa, cuyo importe dependerá del valor de la droga objeto del delito: una vez calculado, se impondrá una multa de cuantía comprendida entre esa cifra y el triple de la misma. El artículo 377 CP establece que a estos efectos ese valor de la droga "será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener".

En la práctica judicial son tenidos en cuenta, como medio probatorio fundamental, los informes que elabora periódicamente la Oficina Central Nacional de Estupefacientes (OCNE), dependiente del Ministerio del Interior, relativos al precio medio de las drogas en el mercado ilícito.

En el segundo semestre de 2004, el precio estimado por la OCNE para la heroína adquirida por kilogramos era de 36.927 euros, con una pureza media del 49%. El precio de la misma sustancia comprada por gramos supone 63,32 euros/gramo, con una pureza media, en esta forma de presentación, del 29%. Por último, el informe cuantifica la dosis de heroína habitual en el mercado en 102 miligramos, con una pureza del 22% y un precio de 9,59 euros cada dosis.

A las penas de prisión y multa que se impongan en cada caso, ha de añadirse otra pena cuando el delito haya sido cometido por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de sus respectivos cargos o profesiones. En estos casos, el artículo 372 CP, ordena imponer, además de las penas correspondientes ordinariamente al delito, la de "inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años". A los efectos de este precepto, se consideran facultativos a los médicos, psicólogos, personas en posesión de título sanitario, veterinarios, farmacéuticos y sus dependientes.

Como supuesto todavía más grave, se impondrá, junto con la pena de prisión y la de multa, la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando el delito fuere realizado por una autoridad, o un agente de la autoridad, en el ejercicio de su cargo.

La condena por delito de tráfico de drogas conllevará, a tenor de lo dispuesto en el artículo 374 CP, además de las penas señaladas, el comiso de las sustancias ilícitas, que serán posteriormente destruidas en su totalidad, una vez exista sentencia firme en el correspondiente proceso penal. También serán objeto de comiso los equipos y materiales utilizados para la elaboración de la droga y, en general, los vehículos, buques, aeronaves y otros posibles bienes y efectos de cualquier naturaleza que hayan servido de instrumento para la comisión del delito. Por último, serán igualmente decomisados todos los bienes provenientes del tráfico y las ganancias obtenidas con ellos, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

Se exceptúan del comiso los bienes e instrumentos de lícita posesión que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, por ejemplo, el titular del vehículo que lo cede o alquila al autor del tráfico sin conocer que va a ser utilizado para la comisión del mismo.

Dispone también el Código Penal la posibilidad de que los bienes, efectos e instrumentos objeto del comiso puedan ser aprehendidos y puestos en depósito desde el primer momento del proceso penal por la autoridad judicial, con el fin de garantizar la efectividad del comiso. Incluso puede acordar el juez que durante la tramitación del procedimiento esos bienes puedan ser utilizados provisionalmente por la policía, con las debidas garantías para su conservación. Una vez sea definitivo el comiso, alcanzada la firmeza de la sentencia condenatoria en que se haya acordado, los bienes quedan adjudicados al Estado.

## **TIPOS AGRAVADOS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Además de la distinción que efectúa el artículo 368 CP entre drogas “duras” y “blandas”, el artículo 369 CP establece otra importante diferencia entre conductas básicas de tráfico de drogas y actuaciones más graves. Al tipo básico de tráfico le corresponden las penas ya examinadas. En los supuestos de tráfico grave las penas a imponer serán la de prisión con duración de nueve años y un día a trece años y seis meses, y además la de multa de cuantía entre el valor de la droga y el cuádruplo del mismo.

Existen en el Código Penal diez supuestos distintos de tráfico agravado, recogidos en el artículo 369, cuya redacción actual entró en vigor el 1 de octubre de 2004. De ellos, el que mayor problema interpretativo suscita es el de su apartado 6º, relativo a los casos en que “fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”. Nos detendremos en su análisis.

El texto legal no se pronuncia sobre la cantidad de droga a partir de la cual se pueda considerar de notoria importancia, dejando pues su concreción a la labor jurisprudencial. Existen abundantes críticas doctrinales

contra la utilización de un concepto jurídico tan sumamente indeterminado, que puede suponer atribuir al juez la facultad libérrima de determinar los supuestos de hecho en que se va a aplicar una pena notablemente dura. Ello resulta difícilmente respetuoso con la necesidad de taxatividad de los tipos penales y con el propio principio de legalidad. No obstante, la constitucionalidad del uso de este tipo de conceptos relativos, precisados de concreción judicial, ha sido reiteradamente admitida por el Tribunal Supremo (STS de 16 de diciembre de 1986, 11 de noviembre de 1989, 12 de febrero de 1993, 17 de junio de 1993 y 25 de noviembre de 1996) y por el Tribunal Constitucional (sentencias 62/82 y 133/87).

En líneas generales, la jurisprudencia ha venido estableciendo como razón de la agravación el mayor peligro potencial que supone para la salud pública una cantidad elevada de droga, al poder alcanzar su difusión a un número considerable de personas (STS de 12 de febrero de 1993 y 28 de abril de 1995).

El límite concreto de la notoria importancia se venía estableciendo por el Tribunal Supremo, desde 1984, en la cantidad que supondrían 200 dosis medias de cada tipo de droga (STS de 9 de octubre de 1987). Sin embargo, un importante cambio jurisprudencial se inició con un Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, que decidió elevar dicha cantidad a la suficiente para proporcionar 500 dosis diarias de consumo medio, calculado este último a tenor de lo indicado en un informe del Instituto Nacional de Toxicología, de 18 de octubre de 2001, recabado al efecto por el propio Tribunal Supremo.

Con el nuevo criterio, la cantidad de notoria importancia comienza a partir de 300 gramos de heroína pura, que supondría tanto como 500 dosis de 600 miligramos.

Al respecto, la STS de 6 de noviembre de 2001 anuncia que “es claro que la seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación de la ley imponen establecer unos criterios precisos, que puedan aplicarse generalizadamente a toda clase de drogas y que

### **Artículo 369 Código Penal:**

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- 1ª El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
- 2ª El culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.
- 3ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- 4ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
- 5ª 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.
- 6ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.
- 7ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.
- 8ª 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.
- 9ª El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.
- 10ª El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.

2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga 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:

- 1ª 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.
- 2ª La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

concreten aquello que es considerado como notoriamente importante a estos efectos”.

Continúa la misma resolución afirmando que “tratándose de tráfico de estupefacien-

tes, parece razonable partir de las cifras que cuantifican el consumo diario estimado de un consumidor medio, y a partir de ahí fijar la notoria importancia en atención a la cantidad

de droga que permita abastecer un mercado importante (cincuenta consumidores) durante un periodo relevante de tiempo (diez días). Se obtiene así la cifra de quinientas dosis de consumo diario, aplicable a todas las drogas, que ha merecido la aprobación del Pleno de esta Sala. Para garantizar la uniformidad en la aplicación del subtipo se toma como pauta de referencia para determinar el consumo de cada una de las drogas el informe de 18 de octubre de 2001 emitido a solicitud de esta Sala por el Instituto Nacional de Toxicología. En lo que se refiere a los supuestos más frecuentes, las quinientas dosis equivalen a 750 gramos para la cocaína, 300 para la heroína y 2.500 gramos para el hachís.”

Por su parte, la STS de 18 de febrero de 2002 reconoce que “es claro que en esta determinación se efectúa una valoración ponderadamente discrecional. En la doctrina se ha cuestionado que por qué se parte de la cifra de cincuenta consumidores y o de la de cuarenta o sesenta. Como sucede con otras determinaciones similares, por ejemplo, la cuantía de lo que este Tribunal considera especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, en el delito de estafa, es claro que finalmente siempre deberá señalarse un parámetro concreto, que es el fruto de una valoración ponderada y que puede ser cuestionado, como podría serlo otro similar. Como sucedía con el parámetro anterior, de doscientas dosis, el actual, de quinientas, es discutible, pero es el que la mayoría de esta Sala ha estimado más adecuado a las finalidades perseguidas por la aplicación del subtipo. Cuando el legislador utiliza este tipo de conceptos, delega necesariamente en los Tribunales, y en última instancia en el Tribunal Supremo, su necesaria concreción.”

Expresan los mismos criterios las STS de 12 de noviembre de 2001, 14 de noviembre de 2001, 12 de diciembre de 2001, 11 de abril de 2002, 17 de abril de 2002, 30 de abril de 2002, 8 de mayo de 2002, 27 de junio de 2002, 9 de setiembre de 2002 y 25 de setiembre de 2002.

En todo caso, la jurisprudencia resalta que lo que se tiene en cuenta para compro-

bar si se ha superado el tope de la notoria importancia no es el peso total de la sustancia incautada, sino la parte de ese peso correspondiente a droga pura, descontando la parte que corresponda a adulterantes o excipientes. De esa forma, de un alijo, por ejemplo, de 500 gramos de heroína, con una pureza del 40%, se computarán sólo los 200 gramos de sustancia pura, con lo que no se aplicará el tipo agravado.

Igualmente hay que advertir que la jurisprudencia viene descontando también, para comprobar la superación de la barrera de la notoria importancia, la parte de la droga poseída que se encuentre destinada al autoconsumo. Así pues, en los casos en que se considere probado, por una parte, la posesión de cierta cantidad de droga destinada al tráfico y, por otro lado, la adicción del sujeto a esa sustancia y el consiguiente destino de una parte de lo poseído al consumo del mismo, habrá que deducir esta última parte del total del alijo para determinar si el resto, objeto del tráfico ilícito, supera o no el límite de la notoria importancia (STS de 15 de octubre de 1991, 30 de abril de 1993, 9 de diciembre de 1994, 19 de setiembre de 1995 y 19 de julio de 2000).

## **TIPOS ULTRAAGRAVADOS DE TRÁFICO DE DROGAS**

Además de las conductas básicas de tráfico de drogas, y de los tipos agravados, el Código Penal contempla también figuras ultra agravadas de delito, tipificadas en su artículo 370 y castigadas con pena de prisión de duración mínima de nueve años y un día, y máxima de veinte años y tres meses.

La redacción actual de este precepto entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y plantea dudas interpretativas sobre la cuantía de la multa aplicable en estos casos especialmente graves.

Por una parte, parecería que tal cuantía de la multa no debería ser inferior en ningún caso a la correspondiente a los tipos agrava-

<b>Penas aplicables en el delito de tráfico de heroína</b>			
<b>PENAS</b>	<b>TIPO BASICO Art. 368 CP</b>	<b>TIPOS AGRAVADOS Art. 369 CP</b>	<b>TIPOS ULTRAGRAVES Art. 370 CP</b>
PRISIÓN	mínimo: 3 años máximo: 9 años	mín.: 9 años y 1 día máx.: 13 años 6 meses	mín.: 9 años y 1 día máx.: 20 años 3 meses
MULTA	tanto al triplo valor droga	tanto al cuádruplo valor droga	¿tanto al triplo? valor droga
INHABILITACION ESPECIAL	(para empleo o cargo público, profesión, industria o comercio) 3 a 10 años		
INHABILITACION ABSOLUTA	(si el hecho lo comete la autoridad en ejercicio de su cargo) 10 a 20 años		

dos del artículo 369, es decir, la comprendida entre el valor de la droga y su cuádruplo. Sin embargo, la dicción literal del artículo 370 menciona como imponible a dos de los tres supuestos del precepto la pena de multa de cuantía entre el valor de la droga y el triplo. Una tercera interpretación posible nos lleva a considerar aplicable una multa de cuantía comprendida entre 3 veces el valor de la droga y 6,75 veces dicho valor (que sería la pena superior en uno o dos grados a la pena de multa del tanto al triplo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 70.1 del Código Penal). La cuestión no ha sido aún tratada por la jurisprudencia.

Este tipo especialmente grave de tráfico de drogas se aplica en tres supuestos:

1) Cuando se haga uso de menores de edad o de disminuido psíquicos para cometer cualquier delito de tráfico de drogas, sin que sea preciso que el hecho delictivo encaje en ninguno de los diez casos graves del artículo 369 del Código.

2) Cuando se trate de la actuación de los jefes de bandas organizadas dedicadas, aun transitoriamente, al tráfico de drogas o a otras actividades delictivas conexas.

3) Cuando se trate de conductas de tráfico de drogas que revistan extrema gravedad.

La nota de extrema gravedad del delito se da, a su vez, en cinco supuestos distintos

En primer lugar, el Código califica como casos de extrema gravedad aquellos en los que se trafique con una cantidad de droga que exceda notablemente de la considerada como de notoria importancia. Nuevamente estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser objeto de precisión jurisprudencial. Como la actual redacción del precepto entró en vigor el 1 de octubre de 2004 no existen aun pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto. Sin embargo, a propósito del texto del mismo artículo anterior a la última reforma, que también contenía los términos "extrema gravedad"; la jurisprudencia venía señalando como elemento cuantitativo preciso para aplicar este tipo ultragrave la existencia de una cantidad de droga que multiplicase por 1.000 el límite mínimo de la notoria importancia (STS de 10 de julio de 2001, 3 de diciembre de 2002, 15 de febrero de 2003 y 12 de setiembre de 2003). En aplicación de tal doctrina jurisprudencial, podemos pues considerar como tráfico de extrema gravedad el que se refiera a una cantidad de al menos 300 kilos de heroína pura.

En segundo lugar, el Código considera de extrema gravedad los delitos de tráfico de

### **Artículo 370 Código Penal:**

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

- 1º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior.
- 3º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad. 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 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 internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

drogas en que se usen buques o aeronaves para transportarla.

En tercer lugar, se califica igualmente como tráfico de extrema gravedad los casos en que el propio delito se haya efectuado simulando operaciones de comercio internacional entre empresas.

En cuarto lugar, se castigan también como de extrema gravedad los delitos de tráfico de drogas cometidos por redes internacionales dedicadas a ellos.

En quinto y último lugar, se sancionan como delitos de extrema gravedad los casos de tráfico de drogas no comprendidos en ninguna de las cuatro categorías anteriores, pero en los que concurren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 del Código Penal.

Examinado ya el texto legal, resulta obligado llamar la atención sobre la desproporción punitiva con otros delitos que se encuentran entre los más graves del Código Penal. No parece razonable y equitativo que una conducta de tráfico de drogas, por más grave que sea, pueda ser castigada con una pena máxima (veinte años y tres meses de prisión,

a tenor del artículo 370 del Código) superior incluso a la pena propia de un delito de asesinato (entre quince y veinte años de prisión, a tenor del artículo 139 del Código).

### **CONCLUSIONES**

El examen efectuado de la regulación en el derecho penal español y de la producción jurisprudencial sobre la heroína nos conduce a las siguientes conclusiones:

a) La legislación española considera la heroína como droga ilícita y sanciona su tráfico como delito grave.

b) En España, el consumo de sustancias calificadas como drogas ilícitas puede ser sancionado administrativamente con multas, pero no constituye delito. Tampoco es delito la tenencia de dichas sustancias destinada al autoconsumo de su poseedor y sin ánimo de transmisión a otras personas. Sin embargo, la intención delictiva de tráfico de la sustancia se presume cuando lo poseído supera claramente el acopio previsible para un consumo

de pocos días. En muchas ocasiones se plantean dificultades probatorias a la hora de dilucidar el destino o no al tráfico ilegal de la droga incautada a personas que afirman ser consumidoras de ella.

c) Se considera legalmente tráfico de drogas cualquier acción de difusión, distribución o entrega de la sustancia a otras personas, o de favorecimiento del consumo ilegal por ellas. El tráfico de drogas se califica como delito y se castiga con penas de prisión y multas, cuya severidad depende, en parte, de la nocividad de la sustancia y, en parte, de la gravedad de la conducta delictiva. El Código Penal distingue entre drogas "duras" gravemente dañosas para la salud y drogas "blandas" que no causan ese grave daño. Por otro lado, el Código diferencia las conductas básicas de tráfico de drogas de otras actuaciones más graves.

d) La heroína se incluye en la categoría penal de sustancias que causan grave daño

a la salud, y su tráfico se sanciona con penas de prisión de duración comprendida, en principio, entre tres y nueve años, además de multa y otras posibles penas accesorias de menor entidad.

e) El tráfico de heroína se sanciona más gravemente cuando la cantidad de droga excede de 300 gramos puros, aplicándose entonces penas que oscilan entre nueve años y un día y trece años y seis meses de prisión.

f) En casos de tráfico de cantidades de heroína superiores a 300 kilos, o desarrollados a gran escala por bandas organizadas, la pena máxima aplicable puede llegar a veinte años y tres meses de prisión. También pueden llegar a castigarse con esa pena los delitos de tráfico en los que se utilice para su comisión a menores de 18 años o disminuidos psíquicos.

