

3.- DELICTES DE TRÀFIC IL·LEGAL DE DROGUES TÒXIQUES.-

3.1 .- Introducció

TRACTAMENT LEGAL EN MATÈRIA DE DROGUES EN L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL

Dades sobre el problema de la droga a Espanya.

D'acord amb MIRÓ MIQUEL (2005)¹, el fenomen del problema de la droga a Espanya és relativament nou. La seva aparició a mitjans dels anys 70, però sobretot als anys 80, es va donar per diverses raons, d'entre els quals aquest autor destaca la popularització de l'heroïna. Davant d'aquesta nova realitat, les respostes repressives, van afavorir la relació entre droga i delicte, molt especialment pel fet que aquestes van dificultar que les polítiques sanitàries implementades donessin alternatives terapèutiques al drogodependent per a tractar la seva addicció, cosa que precipitaria en molts casos la necessitat de delinquir per aconseguir mitjans per a satisfer les necessitats derivades de la seva addicció i per pal·liar el síndrome d'abstinència. Així doncs, en aquesta època el problema de la droga va prenent una lenta però progressiva centralitat, a mesura que la premsa contribueix a fer ressò del consum d'aquestes substàncies per part de joves i detencions de petites bandes de traficants, principalment estrangers.

¹ MIRÓ MIQUEL, G. (2005): *La política criminal de problema droga. Etapas del problema y consecuencias de las soluciones*. A RIVERA BEIRAS, I. (coord.) Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas. Anthropos. Barcelona. Pàgs. 303-318

Fins aquell moment, el consum de drogues a Espanya es limitava bàsicament a remeis i plantes tradicionals, receptes facultatives amb compostos que més tard es prohibiran i l'ús del haixís per part dels legionaris i alguns grups de joves de classe mitjana. No obstant, l'any 1971 el legislador franquista va promulgar una reforma penal que prohibia penalment qualsevol venda o comercialització de drogues tòxiques o estupefaents, suposant un canvi dràstic respecte la legislació anterior, que no prohibia la venda de drogues realitzades a les farmàcies. El més rellevant d'aquesta qüestió és que tal canvi va venir motivat per la ratificació de la Convenció Única de Estupefaents de 1961, així com a reacció enfront a una nova cultura juvenil que arribava al nostre país des d'Europa i Estats Units. Per tant, aquest canvi legislatiu no va d'un problema real, el de les drogues, que encara no existia a Espanya, ja que en aquell moment no es pot parlar de l'existència de problemes socials o sanitaris pel consum de drogues, sinó que en tot cas va ser un dels factors que el va precipitar.

Així doncs, el problema es va creant a mesura que els mitjans de comunicació, a partir de les fonts policials, van construir una identificació entre droga i delicte que poc a poc va entrant dins la consciència de la població, de tal forma que, als anys 80, en un context de generalització del comerç internacional de drogues, malgrat les polítiques prohibicionistes, va suposar un element definitiu per a la construcció del binomi droga-delicte.

En aquesta entrada d'aquesta substància derivada de l'opi, per contra, no es van prendre accions preventives derivades de la manca de cultura i experiència sobre aquest tipus de substàncies en el nostre país, de tal

forma que el consum o ús d'aquestes ràpidament va transformar-se en abús, per la manca d'una bona integració i normalització d'aquesta nova droga, cosa que va afavorir el creixement del mercat negre de l'heroïna i l'encariment de les dosi, l'adulteració de substàncies, les condicions d'ocultació i marginalitat que van provocar que els consumidors cada vegada s'allunyessin més de les vies lícites per obtenir recursos econòmics, endinsant-se en el món delictiu en la forma de robatoris o al propi tràfic de substàncies per tal de poder pagar la dosis. Aquesta realitat va propiciar la caiguda en malalties o a l'entrada a la presó d'aquestes persones, amb la qual cosa, i gràcies també a l'amplificació per part dels mitjans de comunicació d'aquests fets creant una alarma pels robatoris amb violència i les morts per sobredosi, que en realitat estaven més vinculades amb el caràcter adulterat de les substàncies adquirides en el mercat il·legal, el problema de la droga es va caracteritzar per un desmesurat alarmisme social i l'etiquetament de l'usuari de les drogues com a un enemic públic. A partir d'aquest moment, qualsevol efecte de l'ús de la droga es va identificar amb els efectes del consum d'heroïna en les circumstàncies descrites, i per tant es va produir la criminalització generalitzada del consum de qualsevol tipus de droga. Aquesta enemistat amb els usuaris de les drogues els va convertir en la malaltia pròpia de delinqüents i marginats, als quals s'havia de combatre amb el repudi social i la privació de llibertat.

Tot i l'intent l'any 1983 amb la reforma urgent i parcial del CP que va suposar una reforma de la política criminal franquista, de reconduir en certa mesura la punibilitat dels delictes contra la salut pública cap a una

menor severitat rebaixant les penes i el ventall de conductes punibles, eliminant la clàusula d'incriminació oberta: “*y los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten*”, així com diferenciat les drogues dures de les toves, la resposta de la ciutadania va demandar tornar a una posició més punitiva en la persecució del tràfic de drogues i dels delictes contra la propietat, culpant al govern, davant la passivitat en enfront aquesta situació, de la generalització del consum de drogues i dels problemes associats a aquesta, forçant així una *contrareforma penal* l'any següent que va suposar un gir rotund a la política criminal de caire novament repressiva amb la reforma de 1988, la qual es va consolidar amb la ratificació de l'ONU de Viena de 1988, amb la LO de Seguretat ciutadana de 1992, coincidint aquest any amb les Olimpíades celebrades a Barcelona i l'Expo de Sevilla, i el CP de 1995.

Així doncs, fins l'actualitat, s'ha consolidat aquesta realitat construïda socialment del problema de la droga, el qual s'intenta combatre amb fortes mesures punitives, i com a resultat d'aquestes, segons dades aportades per Albert Sabatés, president de Proyecto Hombre España, en la presentació del XXII Congrés de la Federació Mundial de Comunitats Terapèutiques celebrat el 13 d'abril de 2004 a Palma de Mallorca, dos tercers parts de la població reclusa a Espanya està a la presó per delictes de tràfic de drogues.

Per altra banda, malgrat la pressió punitiva, en els diferents informes de l'Observatori Espanyol Sobre Drogues que el consum de certes substàncies prohibides no descendeix, si no que per contra va a l'alça. Per exemple en l'Informe de l'any 2004

s'assenyala que en els últims anys han augmentat el consum de la cocaïna, els opiacis diferents a l'heroïna, els hipnosedants sense recepta mèdica i el cànnabis.

Antecedents del règim penal vigent en matèria de drogues

a) ANTECEDENTS INTERNACIONALS.

A partir del S. XX, , i sobretot després de la II Guerra mundial amb el pes d'organismes internacionals com l'ONU, la tendència que s'ha anat imposant a nivell mundial és la de considerar droga com a un element desestabilitzador dels Estats i degeneratiu per a les cultures. La imposició d'aquest punt de vista, el màxim exponent del qual han estat els Estats Units, gràcies al pes que representen en el sí de les organitzacions internacionals com a principals promotors de la necessitat d'eradicar el consum i el tràfic, considerant el narcotràfic com un mal pervers contra la humanitat, l'estabilitat política i econòmica dels Estats, que ha

portat a defensar una severa intervenció penal a nivell internacional com a màxima expressió del control social, de manera que la normativa en matèria de drogues a Espanya i a qualsevol altre país ha estat marcada pel procés d'adequació de les seves legislacions a les exigències de la comunitat internacional.

Així doncs, la normativa d'àmbit internacional que caldrà tenir en compte en matèria de drogues és aquella integrada per les següents normes: el Conveni Únic de 30 de març de 1961, sobre Estupefaents, ratificat per Instrument de 3 de febrer de 1996 i esmenada pel Protocol de 25 de març de 1972; la Recomanació de 8 de juny de 1971, sobre intercanvi d'informació en allò relatiu al tràfic il·lícit d'estupefaents, acceptada per Espanya el 5 de març de 1974; el Conveni de 21 de febrer de 1971, ratificat per Instrument de 2 de febrer de 1973, sobre Estupefaents i Ús de substàncies psicotròpiques, realitzat a Viena el 20 de desembre de 1988, i ratificat per Espanya per Instrument de 30 de juliol de 1990; el Conveni sobre comunicació d'antecedents penals i d'informació sobre condemnes judicials per tràfic il·lícit d'estupefaents de 12 d'octubre de 1984, ratificat per Espanya per instrument de 23 de març de 1988.

En tots aquests Convenis queda plasmada la perspectiva o tendència prohibicionista que empra el Dret Penal com a mitjà preferent en la guerra contra les drogues. No obstant, aquesta estratègia al llarg del seu desenvolupament no ha obtingut els resultats esperats, alhora que, a partir d'un anàlisi més profund, sembla quedar demostrat que ha contribuït ha generar nous problemes o costos socials derivats de la criminalització. Així per exemple, s'observa que com a efectes negatius podem trobar la marginació dels

toxicòmans, que suposa un major risc per a la vida i la salut, entrant amb un enfrontament permanent amb el sistema penal; l'evident elevació dels preus derivada de la seva il·legalitat, que per altra banda, repercuteix en un augment dels beneficis i poder de les organitzacions de traficants, que progressivament són més influents a nivell econòmic i compten amb més possibilitats de penetració i corrupció a tots els sistemes socials i polítics.

Tots aquests costos socials derivats del model criminalitzador prohibicionista comporten la necessitat de fer un nou replantejament, encaminat cap a una perspectiva de caire multidisciplinar capaç de tenir en compte els diferents factors socials i personals que el model inicial prohibicionista no va ser capaç d'assumir. Així doncs, si inicialment es va intentar combatre el problema de les drogues a través del control social incidint en l'oferta de les substàncies, sense tenir en compte la demanda, amb aquest nou punt de vista es veu la necessitat d'actuar en el control social també sobre aquesta demanda a través de la prevenció i conscienciació social i esgotar la demanda existent a partir de la rehabilitació i reinserció social dels consumidors.

Resultat de tot això, s'ha anat imposant una nova política en matèria de drogues, la qual ha estat denominada "*reducció de danys*", però, tot i això, aquesta nova perspectiva ha costat més de consolidar ja que topava amb la resistència i incomprensió tant de les institucions com de la ciutadania, però que un cop posada en marxa ha mostrat una eficàcia d'un abast difícilment imaginable, representant una de les cares més humanes de l'estratègia per a afrontar els problemes de les drogues.

No obstant, aquesta nova estratègia no ha resultat ser substitutiva de la prohibició, sinó complementària. La pròpia ONU va començar a recolzar aquest tipus d'intervencions ja a finals dels anys 80, per exemple en la Conferència Internacional sobre Abús de Drogues i Tràfic Il·lícit de 1987, on els 35 objectius de la lluita contra la droga s'agrupaven en quatre grups referits a:

- 1) La prevenció i reducció de la demanda;
- 2) El control de l'oferta;
- 3) La supressió del tràfic il·lícit;
- 4) El tractament i la rehabilitació.

No obstant, en l'esfera legislativa aquest tipus d'estratègia no ha quedat massa consolidada, ja que, tal i com exposa MORANT VIDAL², mentre que el compromís de la prohibició penal es va anar recollint en Convenis Internacionals amb força vinculant, aquesta segona opció, només s'ha anat recollint en recomanacions, declaracions polítiques i plans d'acció amb nul·la eficàcia jurídica, tot i que amb una transcendent projecció política.

ANTECEDENTS NACIONALS

En el CP 1995 els delictes relatius al tràfic de drogues es regulen al Capítol III del Títol XVII, com a delictes contra la salut pública dins del concepte més ampli de delictes contra la seguretat col·lectiva.

Tal i com exposa MORANT VIDAL³, la tradició del nostre ordenament jurídic de protegir la salut pública a través de la intervenció penal és antiquíssima, fins al punt que podem trobar manifestacions d'aquesta intervenció en disposicions com el *Liber iudiciorum* o *Las Partidas*.

Ara bé, segons MUÑOZ CONDE⁴ per analitzar l'actual regulació penal del tràfic de drogues cal tenir molt present com a antecedent la reforma operada en el Codi Penal anterior per la LO 1/1988, de 24 de març, de reforma del Codi penal en matèria de tràfic il·legal de drogues. Amb aquesta, MORANT VIDAL⁵, assenyala que en realitat es produeix una *contra reforma* respecte del què s'havia aconseguit anteriorment gràcies a la LO 8/1983, de 25 de juny, de Reforma Urgent i Parcial del Codi Penal, respectuosa amb els principis de legalitat i de seguretat jurídica, ja que definia de manera precisa els comportaments punibles, distingia el tractament penal de les drogues dures i toves i reduïa l'arbitri judicial, cosa que amb aquesta *contra reforma* es perd per a respondre a les censure internacionals assumint acríticament els seus models. Així, es tornen a ampliar les definicions de les conductes punibles per a donar cobertura a tot tipus de contacte amb les substàncies il·lícites, introduint noves figures, elevant les penes, entre d'altres.

Aquest caràcter internacionalitzat de les normes penals espanyoles en matèria de tràfic de drogues es veurà plasmat en d'altres ocasions amb noves reformes, per exemple l'any

² MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

³ MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

⁴ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch. València 2002.

⁵ MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

1992, sovint criticades per sectors doctrinals pel caràcter acrític de l'acatament per part de l'ordenament jurídic espanyol de les exigències internacionals, i més tenint en compte que el caràcter repressiu de les quals no havia demostrar ser suficientment eficaç.

Així doncs, la regulació d'aquesta matèria en el CP 1995 vigent, en els articles 368 a 378 recullen de manera quasi literal la regulació en vigor després de la reforma del 1988.

No obstant, tal i com hem vist en l'àmbit internacional, cap a finals dels anys 80 ja es comencen a fer visibles els costos socials d'aquest model criminalitzador, però tot i això, fins el 1993 a Espanya no es comença a equilibrar el control de l'oferta i la demanda, quan el Delegat del Govern pel Plan Nacional sobre Drogas assumeix la competència sobre ambdós aspectes, i caldrà esperar fins el 19 de desembre de 1999, amb l'aprovació de l'Estratègia Nacional sobre drogues pel període 2000-2008, per a què la total integració quedi plasmada en un instrument jurídic, consolidant-se d'aquesta forma el nou model dissenyat a partir del replantejament de l'estratègia purament prohibicionista i criminalitzadora.

Règim Penal vigent en matèria de tràfic de drogues

A nivell estatal, a més del CP i de la normativa internacional ratificada per Espanya, com a normativa penal en matèria de drogues cal tenir en compte d'acord amb MORANT VIDAL⁶ són l'Ordre de 19 d'octubre de 1990 que inclou determinats principis actius en les llistes I i IV annexes a la Convenció Única sobre Estupefaents de 30 de març de 1961; la Llei de 8 d'abril de 1967 d'Estupefaents; l'Ordre de 31 de juliol de 1967 ratificant les llistes annexes a l'Instrument de ratificació del Conveni de 1961, que equipara els productes al·lucinògens, concretament el LSD, la mescalina y la psilocibina als estupefaents de la Llista I, substàncies que posteriorment recollirà com a psicotròpics el RD de 6 d'octubre de 1977; el RD 1677/1985, d'11 de setembre de coordinació interministerial per a l'execució del Pla Nacional sobre Drogues, l'art. 3 del qual ha estat modificat pel RD 2322/1993, de 29 de desembre; la Llei 5/1988, de 24 de març, que crea la Fiscalia Especial per a la Prevenció y Repressió del Tràfic il·legal de Drogues; el RD de 6 d'octubre de 1977

⁶ MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

per el qual es regulen les substàncies i preparats medicinals psicotròpics, i, en relació amb el mateix, les Ordres de 14 de gener de 1981, d'11 de febrer de 1981, de 22 de juliol de 1983, de 30 de maig de 1984 i 12 de juliol de 1985; els arts. 4 i 12 del RD de 26 de setembre de 1984 de recepta mèdica: la O. De 25 d'abril de 1994 per la qual es regulen les receptes i requisits especials de prescripció i dispensació d'estupefaents per a ús humà; la LO 12/1995, de 12 de desembre de Repressió del Contraban; la Llei 6/1996, de 10 de gener, sobre mesures de control de substàncies químiques catalogades com a susceptibles de desviament per a fabricació il·lícita de drogues i el RD 865/1997, de 6 de juny, per el qual s'aprova el Reglament per al seu desenvolupament; la O. De 20 de maig de 1983, que regula els tractaments amb metadona; la O. de 31 d'octubre de 1985, per la qual es regulen els tractaments de deshabitació amb metadona dirigits a toxicòmans dependents d'opiacis; la Llei 19/1993, de 28 de desembre, sobre determinades mesures de prevenció del blanqueig de capitals i el seu Reglament aprovat per RD 925/1995, de 9 de juny; la LO 5/1999, de 13 de gener, de modificació de la Llei d'Enjudiciament Criminal en matèria de perfeccionament de l'acció investigadora relacionada amb el tràfic il·legal de drogues i altres activitats il·lícites greus.

El Codi penal del 1995 regula els delictes relatius a drogues tòxiques en els articles 368 a 378 CP, fins i tot en el capítol, del títol, relatiu als delictes contra la salut pública. El CP comporta pocs canvis en matèria de tràfic de drogues en relació amb el seu predecessor, la qual cosa implica, naturalment, una línia de continuïtat de la política criminal sobre la matèria. En aquest sentit, si es té en compte que els articles 368 a 378 CP es

corresponen bàsicament amb les reformes operades des del 1988 sobre la normativa penal relativa al tràfic de drogues, serà fàcil convenir que aquest continuisme continua advocant per la repressió sense paliatius de l'ambient criminogen estès entorn del narcotràfic; tendència, si més no, ara més accentuada, independentment de les veus crítiques en la doctrina i jurisprudència, no solament per desacords dogmàtics, sinó també valoratius.

Abundant en les deficiències tecnicojurídiques i politicocriminals de la regulació penal del tràfic de drogues, el legislador manté el sistema agreujant de dos nivells respecte a les conductes del tipus bàsic, exorbita les penes privatives de llibertat fins a nivells només parangonables amb l'homicidi i possibilita la imposició de penes de multa. Aquestes, ara, estan assentades al sistema proporcional, l'acomodament del qual al principi de proporcionalitat es fa dependre, com veurem, de variables que escapen del fet propi realitzat pel subjecte. La reforma penal operada per la LO 15/2003 i la LO 05/2010, no obstant això, tempera la possible desproporció d'aquest sistema atenuant la pena del tipus bàsic i permet ara, en els casos més greus, elevar la pena. Tot i que aquesta possibilitat, que suprimeix l'obligatorietat d'incrementar la pena sempre en dos graus davant supòsits d'extrema gravetat, presenta problemes d'harmonització amb l'article 369 CP, almenys ofereix al jutgador elements de mesurament de la pena més sensibles. Igualment, s'opera una extensió de l'objecte del comís que arribarà ara a béns de lícit comerç diferents dels procedents del tràfic de drogues, quan aquests no poguessin ser decomissats. En la darrera modificació del CP a la LO 5/2010 a l'article 369 bis el legislador realitza un

consideració per lo que es pot entendre com extrema gravetat que comporta una pena doblement agreujada. Finalment, la recepció mitjançant els articles 17.3 i 18.2 CP d'un sistema de incriminació específica dels actes Tràfic il·legal de drogues tòxiques preparatoris culmina la tendència repressiva, ja que s'estén expressament la previsió dels mateixos a les conductes descrites als articles 368 a 372 CP.

Aquest fet, en relació amb la tipificació a l'article 371 CP de la tinença de precursors, origina "la punició d'actes preparatoris" anteriorment descartats mitjançant el recurs a l'ocupació de l'instrument dogmàtic. Malgrat situar-se extramurs de la sistemàtica dels delictes de tràfic de drogues, cal desenvolupar-hi tota la problemàtica del blanqueig de capitals, íntimament relacionada amb aquest àmbit de la delinqüència de risc. Tot i tenir en compte, a més, l'exempció de responsabilitat criminal de l'article 20.2 CP (i també la concordant atenuació de la circumstància 2a de l'art. 21 CP) i l'atenuació especificada en l'art. 376, paràgraf segon, CP, i també la regulació de la remissió condicional compresa en l'article 87 CP. Aquí n'hi ha prou d'apuntar, pel que fa a la primera, que la seva projecció sobre conductes d'afavoriment, promoció o facilitació del consum il·legal contribuirà, potser, a pal·liar els efectes negatius de la unificació operada en aquests delictes, en gran manera respecte del traficant consumidor. Respecte a la segona, cal tenir present que la reforma de 2003 permet, en els supòsits de drogodependència, suspendre l'execució de penes privatives de llibertat no superiors a cinc anys. La suspensió "general" (art. 80 CP) difícilment trobarà cobertura en aquest sector, doncs està prevista per a penes no superiors a dos anys.

3.2 .- Cultiu, elaboració i tràfic de drogues.

A l'article 362 es sanciona a qui cultivi, elabori o trafiqui amb drogues...

Article 368 (Cultiu, elaboració o tràfic de drogues) .

Els qui executin actes de cultiu, elaboració o tràfic, o d'una altra manera promoguin, afavoreixin o facilitin el consum il·legal de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques, o les posseeixin amb aquelles finalitats, han de ser castigats amb les penes de presó de tres a sis anys i multa del tant al triple del valor de la droga objecte del delicte si es tracta de substàncies o productes que causin greu dany a la salut, i de presó d'un a tres anys i multa del tant al doble en els altres casos.

No obstant el que disposa el paràgraf anterior, els tribunals poden imposar la pena inferior en grau a les assenyalades en atenció a l'escassa entitat del fet i les circumstàncies personals del culpable. No es podrà fer ús d'aquesta facultat si concorre alguna de les circumstàncies a què es fa referència en els articles 369 bis i 370.

La jurisprudència ha caracteritzat aquest delicte de l'article 368 com un delicte de perill abstracte. Els delictes abstractes han estat definits per la doctrina com aquells quin fonament de punibilitat es la perillositat general, independent del cas concret per lo qual no es requereix que el bé objecte de protecció hagi estat en perill real. En aquest article l'objecte de la protecció del legislador és inconcret però la finalitat es impedir la difusió d'una pràctica social perillosa per la comunitat pel deteriorament que pot causar en la població. La jurisprudència dictamina que tot acte de tràfic amb dosis psicoactives es suficient per configurar el nivell de perill típicament exigit (STS 714/2005 de 15/3).

El codi penal no estableix quines són aquestes substàncies prohibides com: drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques i cal acudir als convenis internacionals subscrits per Espanya.

El bé jurídic protegit

El bé jurídic protegit per aquest precepte, tal i com indica la seva ubicació en el CP, és la salut pública.

Cal tenir en compte que l'art. 43 CE estableix el dret a la protecció de la salut i la competència dels poders públics en aquesta matèria, ja que aquesta es considera com un dels drets fonamentals de l'home que inclou tant la salut física com la psíquica.

D'acord amb les diverses declaracions de la Organització Mundial de la Salut, es pot entendre per droga la substància natural o sintètica, la consumició repetida de al qual, en dosis diverses, provoca en les persones:
1r) el desig abrumador o necessitat de continuar consumint-la (dependència psíquica); 2n) la tendència a augmentar el consum (tolerància);

3r) la dependència física o orgànica dels efectes de la substància que fa vertaderament necessari el seu ús prolongat, per evitar el síndrome d'abstinència.

El mateix concepte és aplicable als estupefaents i substàncies psicotròpiques, establerts en el Conveni de Nova York de 1961 i de Viena de 1971, que només difereixen en la forma en què actuen.

Segons MUÑOZ CONDE⁷, aquest concepte mèdic és indubtablement important per entendre la referència a la droga en l'art. 368 CP, com a delicte contra la salut pública, ja que, en aquest cas són criteris mèdics o sanitaris els que han de decidir l'àmbit de prohibició d'aquest precepte. Segons JOSHI JUBERT⁸, el concepte de salut pública hauria de ser un concepte penal, i per tant, que tingui en compte els principis d'intervenció mínima, subsidiarietat i exclusiva protecció de béns jurídicopenals del Dret Penal, per això, no qualsevol conducta atemptatòria contra la salut pública hauria de ser perseguida per la via penal, sinó només en aquells casos en què no es pugui dur a terme d'altra forma. A més, no s'ha de confondre la salut col·lectiva amb la salut individual concreta de cada un dels ciutadans, ja que tal i com expressa QUINTERO RIPOLLÉS⁹, això podria comportar l'adopció de regles repressives respecte el què poden o no consumir els ciutadans, tot i que és cert, tal i com destaca REY HUIDOBRO¹⁰, que la defensa de la salut col·lectiva intenta repercutir sobre la salut individual.

Determinació de l'objecte material.

L'objecte material del delicte descrit en l'art. 368 CP són “drogas tòxiques, estupefacientes o sustancias psicotròpicas”. Existeixen diferents possibilitats a l'hora de determinar que s'entén per cada un d'aquests conceptes, però, com a concepte penal, en aquest cas, el què cal tenir clar és la relació que aquests tenen amb la tutela del bé jurídic de la salut pública.

En el nostre cas, el TS però, ha mantingut en els seus pronunciaments una uniformitat en la concreció de l'objecte material del delicte mitjançant un criteri d'enumeració concreta, i no d'acord a un concepte abstracte previ, per remissió a les substàncies recollides en els llistats dels Convenis Internacionals, que tal i com assenyala la STS de 31 de gener de 1995, “parten del Convenio Único de Estupefacientes de la Naciones Unidas, de 30 de marzo de 1961, ratificado por España el 3 de febrero de 1966, siguen con el Convenio sobre Sustancias Psicotròpicas de Viena, de 21 de febrero de 1971, ratificado por España el 2 de febrero de 1973, y concluyen con la enmienda del Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, también ratificado el 15 de diciembre de 1976, Tratados todos ellos que para un mejor desenvolvimiento interno dieron lugar, sucesivamente a la Ley de 8 de abril de 1967 sobre estupefacientes y al Real Decreto de 6 de octubre de

⁷ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch. València 2002.

⁸ Citat per MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

⁹ Citat per MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

¹⁰ Citat per MORANT VIDAL, J.; *El delito de tráfico de drogas*. Editorial práctica del derecho. València 2005.

1977 sobre Preparados Psicotrópicos, disposición esta completada posteriormente entre otras, por la Orden de 28 de septiembre de 1989.”

La Convenció de Viena de 20 de desembre de 1988 contra el tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques, disposa en l'art. 1 que per estupefaents s'entén qualsevol de les substàncies naturals o sintètiques que figuren en la llista I o en la llista II de la Convenció de 1961; per substància psicotròpica, qualsevol substància natural o sintètica, o qualsevol material natural que figuri en les llistes I, II, III i IV del Conveni de 1971.

D'aquesta manera l'objecte material queda determinat per les substàncies contingudes en els llistats d'aquests convenis i per les actualitzacions fetes d'acord amb la forma establerta tant en l'àmbit internacional com nacional.

Ara bé, tal i com expressa MUÑOZ CONDE¹¹, l'art. 368 CP i ss. no estan estructurats com a una norma penal en blanc, el contingut prohibitiu del qual es pugui determinar per la remissió a un àmbit extrapenal, sinó com a delictes autònoms en què el seu supòsit de fet ha de determinar-se en funció de criteris merament penals com el del bé jurídic protegit i la seva ubicació sistemàtica dins dels delictes contra la salut pública, i que el contingut dels llistats dels Convenis no tenen caràcter executiu sinó indicatiu, i més tenint en compte que, els criteri d'inclusió de les diferents substàncies en aquests llistats no són criteris exclusivament mèdics o sanitaris, tal i com es pot veure en el fet que, s'hi inclouen substàncies, com el cànnabis i els seus derivats, que des del punt de vista estrictament mèdic no tenen les característiques de dependència psíquica o física, etc... al·ludides en l'apartat anterior conforme a les declaracions de l'OMS sobre el concepte de droga, mentre sí les tenen altres substàncies, com l'alcohol o el tabac, que no les hi trobem incloses, i per tant, no tenen el caràcter il·legal.

Per motius com aquest, sovint es reivindica la necessitat d'elaborar un concepte penal de droga tòxica o estupefaent que eviti l'automatisme amb què es considera reiteradament que algunes substàncies tenen aquest caràcter simplement per la seva inclusió en un dels Convenis internacionals, sense tenir en presents les particularitats del cas concret ni el bé jurídic protegit en aquest capítol del CP, la salut pública.

Ja que, en cas contrari, si només es tenen en compte les substàncies en tant que incloses en aquests Convenis Internacionals, que a l'hora de prohibir o no prohibir una substància utilitzen criteris no exclusivament mèdics, ens trobem amb la contradicció que el dret de la col·lectivitat a la salut (bé jurídic protegit), es veu afectat per la permissió, foment i consum

¹¹ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch. València 2002.

de drogues legals com l'alcohol o el tabac, tal i com posa de manifest PRIETO RODRÍGUEZ¹²; i per tant, en realitat, la raó de ser d'aquest delicte semblaria que es troba més en garantir el control de l'Estat sobre tot el cicle de la droga que no en la protecció de al suposada salut pública, cosa que ens porta a la conclusió que són els interessos fiscals de l'Estat l'autèntic bé jurídic protegit per l'art. 368 CP, tal i com manifesta COBO DEL ROSAL¹³.

També cal afegir que en la regulació penal, a partir de la reforma de 1983, existeix la distinció entre les drogues que causen greu dany a la salut, respecte de les que no, cosa que determinarà la pena del tipus bàsic. Aquesta distinció també hauria d'efectuar-se d'acord amb criteris mèdics segons MUÑOZ CONDE¹⁴, i no en funció de la casuística, tal i com es pot veure amb les diferents resolucions jurisprudencials, ja que, ni tan sols els Convenis Internacionals contenen aquesta distinció (STS de 4 de març de 1988, de 12 de gener de 1996, de 28 de juny de 1999, de 19 de juliol de 1993...). En general, sol considerar-se que totes les substàncies causen greu lesivitat a la salut, excepte els derivats del cànnabis.

Naturalesa jurídica.

El delicte de tràfic de drogues és un delicte de perill en abstracte, és a dir, que no requereix que l'acció creï un perill efectiu, sinó que aquest es pressuposa. Per tant, és alhora un delicte de mera activitat que no exigeix cap resultat en concret, sinó que el delicte es consuma amb la mera realització de les conductes tipificades penalment (STS de 25 de març de 1993; STS de 5 de juny de 1986; STS de 4 de març i de 17 de juny de 1991). Finalment també està considerat com a un delicte de consumació anticipada, cosa que implica que aquest es consumeix abans que es produeixi la lesió del bé jurídic protegit (STS de 25 de març de 1993 o de 15 de març de 2000).

L'acció típica.

Ens trobem davant d'un tipus penal extraordinàriament obert, tal i com es pot veure, per exemple amb l'expressió que utilitza el legislador de: “ ..., o de otro modo promuevan, favorezcan...” .

Des del punt de vista subjectiu, es tracta d'un delicte de caràcter dolos. Aquest caràcter tan obert, d'acord amb autors com MUÑOZ CONDE, SOTO NIETO o REY HUIDOBRO¹⁵, atempta frontalment contra els principis constitucionals de legalitat i seguretat jurídica, afavorint la consideració d'accions com a delicte consumat, quan en realitat es tractaria de simples

¹² Citat per MORANT VIDAL. J; *El delito...*; ja citat anteriorment. Pàg. 75.

¹³ Citat per MORANT VIDAL. J; *El delito...*; ja citat anteriorment Pàg. 75.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal...*; ja citat anteriorment.

¹⁵ Citats per MORANT VIDAL.; *El delito...*; ja citat anteriorment. Pàg. 77.

actes preparatoris, i com a autoria aquells que conforme els principis generals serien actes de mera complicitat.

Sovint ha estat la jurisprudència la que ha hagut d'anar delimitant a través de la casuística la distinció entre consumació i formes imperfectes d'execució (STS 4 de febrer de 1985, STS 3 de juny de 1986, STS de 21 de juny de 1987, entre d'altres), i entre autoria i participació, en aquest cas a partir dels principis de proporcionalitat i de necessitat de la pena (STS de 30 de maig de 1991; STS de 30 de juny de 1993, entre d'altres).

Segons MUÑOZ CONDE¹⁶, amb aquesta redacció es confirma la tendència a una intervenció omnicomprensiva del fenomen denominat cicle de la droga que inclou la penalització de tot comportament que suposi una mínima contribució al consum d'aquesta.

Per això, la jurisprudència més recent del TS ha anat expressant la necessitat d'interpretar-lo restrictivament i amb una orientació teleològica d'acord amb les finalitats del Dret Penal, i sobretot a la finalitat del bé jurídic Salut Pública (STS de 28 de desembre de 1996 o de 22 de gener de 1997). En cas contrari, tal i com manifesta MUÑOZ CONDE¹⁷, amb una extensió desmesurada del tipus, els límits entre infracció criminal i comportament penalment irrellevant i atípic quedarien molt difuminats i comportaria córrer el risc de fer intervenir el Dret penal en estadis molt allunyats de la simple posada en perill del bé jurídic protegit.

Per tant, només haurien de ser conductes típiques aquelles que objectivament signifiquin un risc típicament rellevant, i per tant, no insignificant, i que no sigui adequat ni tolerat socialment, així com, subjectivament, hauran d'estar orientades a l'expansió de la substància objecte del delicte (STS 22 de gener de 1997, STS 16 de juny de 2003, STS 31 d'octubre de 2003).

Pel què fa a les conductes que preveu aquest tipus penal, cal distingir tres blocs:

El primer que és el que presenta les característiques generals del tipus: promoure, afavorir o facilitar el consum il·legal de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques; el segon, la concreció d'alguna d'aquestes modalitats a través dels actes de cultiu, elaboració o tràfic i; el tercer, la possessió amb algun d'aquests fins.

En el primer cas, cal dir que permet incloure dins de les accions típiques un gran ventall de possibilitats, sempre que objectivament i subjectivament tinguin capacitat per la promoció, afavoriment o facilitació del consum il·legal. Per això, la doctrina ha criticat aquesta fórmula perquè obre injustificadament el marc típic, convertint-lo en una clàusula oberta que, degut a l'amplitud i inconcreció, representa una clara vulneració dels

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F; *Derecho Penal...*; ja citat anteriorment.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal...*; ja citat anteriorment.

principis de legalitat i seguretat jurídica. No obstant, la jurisprudència del TS ha reconegut els amplis termes en què ha quedat formulat aquest tipus (STS 6 d'abril de 1998, de 4 i 13 de maig de 1998).

També cal tenir en compte l'art. 22 de la Llei de 8 d'abril de 1967 estableix que *“No se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley. Los estupefacientes deberán ser usados o consumidos precisamente para el objeto con que hayan sido suministrados por el Servicio o dispensados por las farmacias, considerándose prohibidos cualquier cambio o consumo, aunque se lleve a cabo por la misma persona o Entidad que haya obtenido legalmente los estupefacientes, a no ser que se obtenga, también reglamentariamente, la autorización o la prescripción necesaria para el nuevo uso o consumo”*

Així doncs, no són típiques aquelles conductes promotores, afavoridores o facilitadores del consum autoritzat, així com aquelles dirigides a facilitar el propi consum i situacions assimilables, com el consum compartit (STS de 2 de novembre i de 18 de desembre de 1992, STS 21 de febrer de 1997 i de 31 de març de 1998, STS 18 d'octubre de 2002, STS 1 d'octubre de 2003, STS 29 d'octubre de 2003, entre d'altres), ni totes aquelles que, tot i no estar autoritzades no tenen capacitat objectiva ni subjectiva per promoure, facilitar o afavorir el consum il·legal.

En el segon cas, pel què fa el cultiu, la Convenció Única d'estupefaents de 1961 disposa en l'art. 1, ap.i) que per cultiu s'entén el cultiu de l'adormidera, de l'arbust de la coca o de la planta del cànnabis.

Segons MORANT VIDAL¹⁸, el concepte de cultiu que importa a efectes penals ha de partir del significat literal del terme, limitat per la finalitat de protecció de la salut pública, bé jurídic protegit. Així doncs, per cultiu ha d'entendre's la sembra, plantació i recol·lecció d'elements a partir dels quals poden obtenir-se les substàncies mencionades, sempre que tal cultiu tingui capacitat objectiva per promoure, facilitar o afavorir el consum il·legal, i cal que el subjecte actiu en tingui coneixement i per tant actuï dolosament.

Pel què fa a l'elaboració, l'art. 1.n) del Conveni de 1961 entén per fabricació tots els procediments, diferents de la producció, que permeten obtenir estupefaents, incloses la refinació i la transformació d'uns estupefaents en altres; mentres en la lletra t) del mateix article es defineix la producció com la separació de l'opi, de les fulles de coca, del cànnabis i de la resina del cànnabis de les plantes que s'obtenen.

¹⁸ MORANT VIDAL, J.; *El delito...*; ja citat anteriorment.

També com a concepte penal, d'acord amb MORANT VIDAL¹⁹ l'elaboració típica hauria de ser aquella limitada per la finalitat de protecció de la salut pública i que tingui capacitat objectiva per promoure, facilitar o afavorir el consum il·legal, i que tingui caràcter dolós. Per tant, no constitueixen formes típiques, l'elaboració autoritzada, ni la dirigida al consum propi, ni les no autoritzades sense capacitat objectiva ni subjectiva per a l'expansió del consum il·legal.

Respecte el tràfic, cal dir que a més de ser una de les formes típiques expressament assenyalades en el precepte, és la conducta per la qual es coneix doctrinal, jurisprudencial i socialment el delictes tipificat en l'art. 368 CP. El concepte de tràfic no està definit ni en la legislació espanyola ni en la internacional, la jurisprudència i la doctrina majoritària entenen per tràfic tota forma d'estendre i expandir la droga, amb independència de la idea purament comercial o mercantil, i per tant, sense que calgui ànim de lucre ni habitualitat dels actes, sinó que és suficient un sol acte de tràfic.

Com a concepte penal, també en aquest cas MORANT VIDAL²⁰ destaca que caldria fer-ne una interpretació restrictiva d'acord amb les necessitats de protecció del bé jurídic protegit, i per tant, no serien penalment típics ni el tràfic autoritzat (conforme els requisits de la Llei 17/1967, de 8 d'abril), ni alguns supòsits de tràfic dirigits al propi consum, o a conductes assimilables a l'autoconsum, ni el tràfic no autoritzat però sense idoneïtat objectiva ni subjectiva per promoure, facilitar o afavorir el consum il·legal. Com a conductes més rellevants que integren el concepte de tràfic cal destacar les de emmagatzament i dipòsit (STS 19 de febrer o STS de 18 d'abril de 1988); les de transport, importació, exportació i trànsit (STS de 18 de juny de 1984, STS de 21 de gener de 1988, de 26 de desembre de 1996 i de 16 de febrer de 1988); l'alienació i correlativa adquisició de la substància estupefaent (STS 11 d'octubre de 1984, de 17 d'octubre de 1996, i de 19 de febrer de 1993); la donació.

Aquest últim cas, el de la donació és una de les conductes que ha donat lloc a més polèmica respecte de si s'ha de considerar una conducta tipificada o no, però degut a la redacció àmplia del tipus penal que ens ocupa, tan si es considera com a acte de tràfic o no, és una conducta típica, ja que en cas negatiu, estaria inclosa dins de la regla genèrica : “ ... o de otro modo, favorezcan o faciliten el consumo il·legal de drogas tóxicas...”, tal i com ha quedat clar amb la interpretació jurisprudencial (STS de 5 de novembre de 1986, STS 19 de febrer de 1992).

¹⁹ MORANT VIDAL, J. ; *El delito...*; ja citat anteriorment.

²⁰ MORANT VIDAL, J. ; *El delito...*; ja citat anteriorment.

Tot i això, de nou aquesta interpretació hauria de tenir en compte, d'acord amb MORANT VIDAL²¹, la rellevància d'aquesta conducta dins de l'àmbit penal quan vagi encaminada a promoure, afavorir o facilitar l'expansió del producte, o si per contra, es tracta d'un acte de consum de la droga o accessori al mateix, per això caldrà valorar els aspectes objectius i subjectius de la conducta.

En el tercer bloc, el de la possessió amb aquests fins de promoure afavorir o facilitar el consum il·legal, per la seva formulació àmplia, presenta la dificultat que s'ha de delimitar què es pot considerar possessió de droga orientada a l'autoconsum (no típica), respecte de l'orientada al tràfic. A més, aquesta delimitació bàsicament depèn de factors subjectius, és a dir, de la intenció del subjecte posseïdor de la droga, i per tant, difícil de provar. Per això, a través de la jurisprudència del TS s'han establert una sèrie d'indicis que intenten rebel·lar el destí que es pretén donar a la droga. La punició de la possessió de la droga es va incloure al nostre ordenament jurídic amb la reforma del CP per la Llei 15 de novembre de 1971 per tal d'adaptar-lo al Conveni de 1961 acollint acríticament la transcripció literal del contingut d'aquest, tot i la dificultat de respectar-se així els principis de legalitat i seguretat jurídica.

També la reforma del 1988 reafirma aquesta tendència expansiva de la repressió penal dificultant la possibilitat d'interpretacions restrictives.

Com en la resta de conductes, MORANT VIDAL²² recalca que s'hauria d'exigir que la possessió objectivament i subjectivament tingui capacitat d'assolir els fins que estableix el CP. Com que en la redacció del precepte s'estableix la fórmula imprecisa "posean con aquellos fines", s'ha discutit de quins fins es tracta, i finalment, sembla ser que, tot i que el TS utilitza amb freqüència l'expressió de posesión o tenencia preordenada al tráfico, per ser la més habitual, deixa clar en la STS de 24 de gener de 1994 que s'acull a una tesi més omnicomprendensiva, considerant també els fins de afavorir, facilitar o promoure, ja sigui a través del cultiu, elaboració o tràfic. Per provar aquesta capacitat subjectiva i objectiva d'assolir aquests fins, es pot veure dins la jurisprudència del TS que no hi ha una unitat de criteris respecte si és suficient un únic indicatiu, com per exemple en molts casos ha estat la quantitat de la droga com a prova de l'element objectiu (STS de 22 de juny de 1998, de 7 d'abril de 1998, d'11 de febrer de 1988, entre moltes d'altres.), o si per contra, cal una pluralitat d'indicis (STS de 26 de febrer de 1997, de 15 de març de 1995, de 22 de desembre de 1994, entre moltes d'altres), com poden ser la varietat, la puresa o la presentació de la substància.

²¹ MORANT VIDAL, J. ; *El delito...*; ja citat anteriorment.

²² MORANT VIDAL, J. ; *El delito...*; ja citat anteriorment.

Pel què fa a la càrrega de la prova, inicialment el TS considerava que la mera tinença de droga comportava la presumpció ex lege de destí al tràfic, que només podia ser destruïda amb la prova en contra del drogoaddicte (STS 11 de febrer de 1982, de 15 d'abril de 1981), tot i que posteriorment va rectificar aquest criteri, de forma que actualment es reconeix que si l'indici és susceptible de diverses interpretacions, es faran d'acord amb el principi in dubio pro reo (STS de 27 d'abril de 1998).

Conductes Típiques

L'assenyalada continuïtat en la línia repressiva del tràfic de drogues desemboca en el manteniment inalterat del tipus bàsic, la desmesurada amplitud del qual, juntament amb la seva desafortunada redacció, provoca una obertura de l'àmbit d'allò prohibit de conseqüències exorbitants.

L'article 368 CP es construeix entorn de la realització d'actes de "conreu, elaboració o tràfic", tot ampliant-se després a qualsevol conducta "que d'una altra manera promogui, afavoreixi o faciliti el consum il·legal", i també a la "possessió amb aquesta finalitat". En aquest sentit, la interpretació dels verbs *promoure*, *afavorir* o *facilitar* s'ha vist entelada per l'expressió "o les posseeixin amb aquesta finalitat", tot dificultant la seva catalogació com a conductes típiques o, per contra, com a elements subjectius del que és injust.

Havent-se defensat pràcticament totes les opcions interpretatives possibles, sembla correcte afirmar que els actes d'elaboració, conreu i tràfic constitueixen únicament els exemples més clars d'un conjunt més ampli de conductes que el legislador pretén sancionar: la promoció, l'afavoriment i facilitació del consum il·legal de drogues. Des d'aquesta perspectiva, la referència a la finalitat que acompanya el terme *possessió* cal que estigui directament enllaçada amb l'afavoriment, facilitació o promoció del consum, i no tant amb els exemples que els precedeixen (elaboració, conreu i tràfic), ja que aquests seran únicament punibles quan, per mitjà de la seva exteriorització, es pugui afirmar objectivament que constitueixen actes d'afavoriment, facilitació o promoció del consum il·legal de drogues.

Malgrat l'obertura que l'expressió "o d'una altra manera" produeix en el tipus tot convertint els actes d'elaboració, conreu o tràfic en exemples de conductes incriminables, cal interpretar-ne l'abast, atès que aquestes constitueixen, especialment el tràfic, l'objecte principal d'anàlisi forense.

a) Conreu

Pel que fa al conreu, la referència interpretativa bàsica acostuma a trobar-se als convenis internacionals, tot i que sempre amb caràcter merament orientatiu.

Actes de conreu són, en definitiva, els propis de preparació de la terra, sembra, conservació i collita de les plantes, independentment del lloc de cultiu o l'extensió del terreny, que s'hauran de posar amb relació a les finalitats de facilitació, afavoriment o promoció del consum il·legal (aliè, naturalment, si no es vol fer coincidir subjecte actiu i víctima del delicte).

Únicament la tinença de llavors planteja algun problema de subsumpció en el tipus bàsic. La jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 12 de desembre Tràfic il·legal de drogues tòxiques de 1990) sembla favorable a la incriminació de la mera possessió, especialment quan aquesta s'adreça a la seva utilització posterior a actes de conreu. Tanmateix, l'amplitud de l'article 368 CP no permet en aquesta ocasió entendre la simple possessió de llavors com un acte de temptativa o consumació per mitjà del terme *conreu*, sinó que el fet es pot qualificar, a tot estirar, com un acte preparatori, que d'acord amb el que disposa l'article 373 CP serà punible.

b) Elaboració

El terme *elaboració* va substituir el terme més específic *fabricació* emprat fins a la reforma de 1988, que per aquest caràcter específic, retallava l'abast del precepte. Una altra vegada, el terme *elaboració* s'ha de connectar amb la resta d'elements típics, la qual cosa dóna com a resultat una interpretació necessàriament àmplia, ja que es tracta de l'execució d'actes d'elaboració.

De manera que n'hi hauria prou amb l'execució de qualsevol baula de la cadena d'elaboració de la substància per a entendre consumada la conducta.

Perquè ja ho va advertir l'STS de 12 de juliol de 1991 impedit la qualificació d'aquest tipus de supòsits com a temptativa de delicte.

c) Tràfic

El veritable banc de proves de la pràctica forense és constituït, sens dubte, pel terme *tràfic*, no solament per l'habitualitat amb què s'acostuma a presentar, sinó també perquè el seu sentit i abast permeten assajar vies de retall de la *vis expansiva* del precepte mitjançant la projecció sobre aquest dels instituts de temptativa i participació.

Primerament, cal tenir present el caràcter normatiu de l'element típic tràfic, de manera que, en la seva interpretació, jutges i tribunals n'hauran de determinar el sentit. En aquesta direcció, no cal identificar aquest concepte amb el propi de l'àmbit mercantil, tant perquè en aquesta disciplina són exigibles determinats requisits com la habitualitat que no seran necessaris en l'àmbit penal, com pel context mateix de l'art. 368 CP, que només exigeix l'execució d'actes que de qualsevol manera seran típics, sempre que serveixin a l'afavoriment, facilitació o promoció del consum il·legal. Aquesta vinculació entre tràfic i els conceptes de promoció, afavoriment i facilitació, fan innecessari forçar el concepte *tràfic* per englobar-hi conductes prototípiques del narcotràfic, com

ara el dipòsit, transport, tràfic, intermediació, etc., ja que, en definitiva, si no són conductes pròpies de tràfic, si més no afavoreixen, faciliten o promocionen el consum il·legal. No obstant això, constitueix un clàssic de la jurisprudència del Tribunal Suprem la remissió al concepte *tràfic* de totes les conductes relacionades directament o indirectament amb aquesta activitat; així, la devolució (STS de 8 de novembre de 1989); transport, dipòsit i emmagatzematge (per totes STS de 4 de febrer de 1987 i de 21 de gener de 1988); o la compravenda (STS d'11 de novembre de 1992). Vegem, però, més detalladament alguns dels actes considerats tradicionalment com a tràfic.

COMPRAVENDA

No es pot establir en la compravenda de drogues una correspondència amb la compravenda civil o mercantil de mercaderies de comerç lícit que permetés el Tràfic il·legal de drogues tòxiques de titllar de temptativa els supòsits en els quals no s'arriba a perfeccionar l'intercanvi, ja que en la mesura que s'exterioritza un principi d'execució, es podrà afirmar la consumació del fet per mitjà de la referència a actes de tràfic. De tota manera, la compravenda de substàncies tòxiques esdevindrà impune per al comprador quan aquestes substàncies estiguin adreçades a l'autoconsum, la qual cosa succeirà igualment amb la possessió d'aquestes en les quals no queda acreditada una operació prèvia de compra. Des d'aquesta perspectiva, són particularment importants els criteris desenvolupats per la jurisprudència del Tribunal Suprem per a la determinació de si la compra o la possessió responen a operacions de tràfic típicament rellevants o, per contra, han de quedar a l'esfera de l'autoconsum impune (on el comprador o el posseïdor de la substància seria simultàniament subjecte actiu i passiu del delicte).

Potser sigui en la compravenda on el Tribunal Suprem ha operat un significatiu canvi de jurisprudència. En relació amb les petites passades (vist, doncs, des de l'òptica del venedor, i no del comprador), el Tribunal Suprem havia vingut mantenint una singular doctrina sobre l'afectació del bé jurídic, la salut pública, que no es veuria compromès per actes de tràfic de quantitats insignificants (per totes, STS del 16 de juny de 2003). El TS dibuixava un nivell de risc permès en el tipus de l'article 368 CP, per sota del qual la conducta mancava de rellevància típica. S'excloïen així de l'àmbit de l'article 368 CP vendes de drogues tòxiques per sota de determinades quantitats o nivells de puresa de la substància, que no obstant estaven sotmeses a variacions interpretatives pel propi Tribunal Suprem.

Amb la finalitat d'homogeneïtzar els criteris, la Sala Segona, mitjançant l'Acord del ple no jurisdiccional del 24 de gener del 2003, va recaptar un informe de l'Institut de Toxicologia, com ho va fer al 2001, per a aquilatar les quantitats que integren la circumstància de notòria importància, en el qual sol·licitava informació sobre quantitats mínimes

psicoactives de cada substància. Sobre la base d'aquest informe, emès el 13 de gener de 2004, el Tribunal Suprem ha modificat el seu criteri en dues direccions. Des d'una perspectiva teòrica, ho ha fet afirmant que el criteri d'insignificança no té cabuda en els delictes de perill abstracte i menys encara en tipus de la gravetat penològica de l'estudiat. D'aquesta manera, fins i tot per mínima que fos l'afectació de la salut, l'execució d'actes de tràfic realitza sempre no només formalment el tipus, sinó també materialment.

Des de la perspectiva pràctica, la conseqüència d'aquesta concepció és la fixació definitiva de les quantitats que, en cada substància, tenen capacitat d'influència psicoactiva en el subjecte, i s'identifica plenament el bé jurídic amb aquest concepte. Així, d'acord amb la STS de 5 de desembre de 2003 (que, tot i ser anterior a la data d'emissió de l'informe de l'Institut de Toxicologia, es remet al mateix), les quantitats a partir de la quals qualsevol acte de tràfic depassaria el llindar de risc descrit en el tipus i seria, en conseqüència, punible, són les següents:

- heroïna: 0,66 mil·ligrams
- cocaïna: 50 mil·ligrams
- haixix: 10 mil·ligrams
- M.D.M.A: 20 mil·ligrams

Aquesta nova línia jurisprudencial ha estat ratificada en relació amb l'heroïna en STS del 19 de gener del 2004. Sens dubte, la tesi ara mantinguda pel tribunal arriba a majors cotes de seguretat jurídica, però segurament a força d'una major fallida del principi de proporcionalitat i d'una deficient fixació del bé jurídic, doncs la plena identificació entre principi psicoactiu i salut pública equivoca la perspectiva. D'entrada, perquè no explica si, per sota de l'efecte purament psicoactiu, la substància administrada té capacitat d'afectació a la salut; en segon lloc, perquè, en aquesta hipòtesi, s'estaria reafirmant el criteri d'insignificança en el si de l'article 368 CP, només que ara establint els límits a la capacitat merament psicoactiva de la substància.

Això no deixaria de ser, des de la pròpia perspectiva del Tribunal, tan rebutible com situar-lo dintre de l'afectació psicoactiva, però limitat a criteris de baixa afectació.

POSSESIÓ

Evidentment, la quantitat de què es tracta exerceix un rol fonamental i, així, doncs, es tenen en compte els límits en què està l'*autoconsum atípic*. En aquest sentit, les quantitats que el Tribunal Suprem entén orientades al tràfic oscil·len depenent de la substància i, fins i tot, en cada una d'aquestes la quantitat pot ser variable. Orientativament, els límits són els següents:

- heroïna, es mou entre els setze i vint grams (STS de 28 de gener de 1993),
- cocaïna, al voltant dels quinze grams (STS 27 de desembre de 1999), i
- haixix, entorn dels quaranta-cinc grams (STS 21 novembre de 1996).

De tota manera, cal jugar el criteri de la quantitat amb d'altres com ara el grau d'addicció, l'habitualitat, la distribució en bosses, la confiscació d'instrumental de precisió (per a tallar i pesar les drogues, per exemple).

Aquests criteris, manejats habitualment per la jurisprudència, no són, però, pacífics, i en més d'una ocasió el Tribunal Suprem s'ha pronunciat en contra de la seva utilització per a la inferència del destí del tràfic, argüint sobre això que l'elevada criminalització entorn de les conductes de tràfic de drogues i afins permetria entendre com a raonable que fins i tot el mer consumidor ocult les drogues, en dosifiqui en petits paquets el consum o, fins i tot, que les hagi obtingut així.

Cal tenir en compte que criteris com ara la tolerància de la substància o el grau d'addicció del subjecte poden modificar a l'alça considerablement els límits de les quantitats fixades pel mateix Tribunal Suprem per a l'*autoconsum atípic*, com va succeir amb el supòsit de fet enjudiciat per l'STS de 4 de febrer de 1991, en què la possessió de quatre-cents grams d'haixix es va mantenir en l'òrbita de la possessió atípica. Finalment, amb relació a la possessió, el Tribunal Suprem s'acostuma a manifestar contrari a la imputació de quantitats entre els diversos subjectes que intervenen, tot i que últimament reconeix capacitat exoneradora al repartiment de rols, i manté fora de l'article 368 els casos en què

un sol individu adquireix la droga per al consum de més gent en una festa (STS d'11 de març de 1999).

DONACIÓ, INVITACIÓ O OFERIMENT

Respecte de la donació, invitació o oferiment de drogues tòxiques, sens dubte des del punt de vista formal, es pot afirmar que constitueixen actes de promoció, afavoriment o promoció del consum il·legal, tot i que tant doctrina com jurisprudència convergeixen en la necessitat d'exigir una afectació material rellevant del bé jurídic per a la incriminació d'aquest tipus de conductes. I així, de nou, davant la inicial jurisprudència que tendia a la punició de qualsevol acte de donació, fins i tot d'una calada d'un cigarret d'haixix (sentències de 8 novembre de 1990, 4 de febrer, 22 d'abril, 3 de maig i 28 de juny de 1991, 25 de gener, 3 de maig, 11 de juny; 28 de setembre, 1 i 7 d'octubre i 2 i 11 de novembre de 1992, 25 de març, 16 de setembre i 11 d'octubre de 1993, 17 de març, 23 de juny, 14 d'octubre i 16 de març de 1994), s'observen punts notables d'inflexió en què es comença a distingir el fet que el donant hagi fet lliurament desinteressat de la substància de la donació per a l'autoconsum posterior i immediat (STS de 16 setembre de 1996).

Drogues tòxiques i substàncies estupefaents:

Quantitats

DOSI MÍNIMA PER PRODUIR EFECTE NOCIU:

Aquests delictes relatius a drogues tòxiques són delictes de perill amb què es pretén evitar una futura lesió del bé jurídic protegit que en aquest cas és la salut pública, bastant la posada en perill per la comissió d'un fet delictiu. Però la mera presència d'una quantitat de droga no pot implicar l'existència d'un delicte si no s'acompanya d'un cert risc, risc que deu ser determinat en primer lloc de manera objectiva establint uns paràmetres i en segon personalitzant segons les circumstàncies concretes del cas i de l'autor.

No estant regulat ni en el Codi penal ni en legislació posterior, ha estat la jurisprudència la que ha hagut d'anar marcant les pautes del que es considera una quantitat insignificant per crear una situació de risc. Així ho expressa el Tribunal Suprem en la sentència 298/2004 de 12 de març: l'objecte del delicte ha de tenir un límit quantitatiu i qualitatiu mínim, ja que l'àmbit del tipus no pot ampliar-se de manera tan desmesurada que arribi a la transmissió de substàncies que, per la seva extrema desnaturalització qualitativa o la

seva extrema nimietat quantitativa, no tinguin efectes potencialment nocius que serveixen de fonament a la prohibició penal ".

Acord amb el principi de insignificança la conducta és atípica quan la quantitat de droga és tan insignificant que és incapaç de produir efecte nociu algun a la salut (sentència de 11 de desembre de 2000, 1889/2000).

Aquest principi d'insignificança s'ha aplicat de manera ocasional al tràfic de drogues, encara que la última jurisprudència diu que no és possible la seva aplicació perquè es tracta d'un delicte greu el perill abstracte ja és suficient per justificar la seva intervenció (Recurs d'Amparo 563/2007). Només s'aplica de manera excepcional i restrictiva quan la "absoluta nimietat" de la substància ja no constitueixi una droga tòxica o estupefaent sinó un producte innocu. Exemples d'aplicació el principi de insignificança per la jurisprudència del Tribunal Suprem:

- 0,05 grs. heroïna (STS de 12 setembre 1994)
- 0,06 grs. heroïna (STS 28 octubre 1996)
- 0,02 grs. heroïna (STS 22 gener 1997)
- 0,10 grs. cocaïna (STS 22 setembre 2000)
- 0,02 grs. cocaïna (STS 11 desembre 2000)
- compartir dosi d'un tractament de metadona (STS 18 juliol 2001)

Es coneix com a dosi inicial psicoactiva aquella quantitat mínima d'una substància química que té efecte en l'organisme. El Ple no jurisdiccional del Tribunal Suprem el 24 de gener del 2003 amb l'objecte de procedir a la unificació de criteris demana a l'Institut Nacional de Toxicologia un informe, que és evacuat al desembre d'aquest mateix any (Informe del Servei d'Informació Toxicològic de l'Institut Nacional de Toxicologia 12.691 de 22 de desembre del 2003). Aquest Informe va ser objecte d'un resum pel gabinet tècnic del Tribunal Suprem que el va remetre a tots els magistrats amb les dosis mínimes psicoactives de 6 substàncies.

Aquest resum de l'informe va ser mantingut per un Acord no jurisdiccional de Sala el 3 de febrer del 2005. Els límits entre tipicitat i atipicitat el marquen les següents quantitats:

- Heroïna 0,00066 gr.
- Cocaïna 0,05 gr.
- Haixix 0,01 gr.
- LSD 0,02 gr.

- MDMA (Èxtasi) 0,02 gr.
- Morfina 0,002 gr.

Les quantitats assumides pel Tribunal Suprem no són exactes a les esmentades en l'informe de l'Institut de Toxicologia, per exemple la quantitat d'heroïna és sensiblement inferior en 3,4 mg (exigeix 10 mg), no van ser poques les crítiques rebudes que es basaven en què aquestes quantitats eren massa baixes permetent l'absolució en molts supòsits sota el "principi d'insignificança". Aquestes quantitats són simples referències, susceptibles de matisacions en cada cas concret, així ho recull la sentència de 12 març 2004 298/2004: "Això no impedeix que la xifra pugui ser qüestionada en cada cas per les parts en judicis futurs, aportant si s'escau dictàmens pericials contradictoris, ni tampoc priva òbviament a les sales sentenciadora de la seva facultat de valorar aquests informes d'acord amb les regles de la sana crítica, en un procés penal que es caracteritza per la vigència del principi contradictori.

El percentatge de riquesa de la substància també és important a efecte de determinar si existeix o no delictes, s'utilitza per saber si és capaç de causar riscos per a la salut i suposa la proporció del principi actiu contingut en ella, encara que només és rellevant en aquells supòsits en què les quantitats són escasses.

QUANTITAT PER PODER SER APRECIAT EL TRÀFIC

La mera possessió de drogues per si sola no és constitutiva de delictes, ja que pot ser obtinguda per a consum propi, modalitat que és atípica, fins i tot quan és adquirida per diverses persones de comú acord per a un consum conjunt immediat, sense ànim de revendre.

El Tribunal Suprem utilitza una taula elaborada per l'Institut Nacional de Toxicologia el 18 d'octubre de 2001 sobre les dosis mitjanes de consum diari, que es manté en la seva jurisprudència, així les sentències de 14 maig 1990, 15 de desembre de 1995, 1778/2000 de 21 de novembre i d'1 de novembre del 2003. L'Institut Nacional de Toxicologia manté que un consumidor habitual sol adquirir per a si mateix la quantitat necessària per a 5 dies, que són les següents:

- Heroïna 3 grs.
- Cocaïna 7,5 grs.
- Marihuana 100 grs.

DELICTES CONTRA LA SALUT PÚBLICA

- Haixix 25 grs.
- LSD 3 mg
- Amfetamina 900 mg.
- MDMA 1440 mg

- Les quantitats que el Tribunal Suprem entén orientades al tràfic oscil·len depenent de la substància i, fins i tot, en cada una d'aquestes la quantitat pot ser variable. Orientativament, els límits són els següents:

- heroïna, es mou entre els setze i vint grams (STS de 28 de gener de 1993),
- cocaïna, al voltant dels quinze grams (STS 27 de desembre de 1999), i
- haixix, entorn dels quaranta-cinc grams (STS 21 novembre de 1996).

Segons l'Acord del Ple de la Sala 2a del Tribunal Suprem de 19 de novembre del 2001, l'agreujant específica de notòria importància que preveu l'article 369.3 del codi penal es determina a partir de les 500 dosis referides al consum diari de cadascuna de les substàncies segons el informa l'Institut Nacional de Toxicologia de 18 d'octubre de 2001. Per a la seva determinació es té en compte exclusivament la substància base o tòxica, amb l'excepció de l'haixix i els seus derivats.

Alguns exemples de quantitats de notòria importància:

- Heroïna 300 gr.
- Morfina 1.000 gr.
- Metadona 120 gr.
- Cocaïna 750 gr.
- Marihuana 10 Kg
- Haixix 2,5 Kg
- Oli d'haixix 300 gr.
- LSD 300 mg
- MDMA (èxtasi) 240 gr.
- Amfetamines 90 gr.

Alguns exemples de quantitats de consum diari estimat:

- Heroïna 0,6 gr.
- Morfina 2 gr.
- Metadona 0,24 gr.
- Cocaïna 1,5 gr.
- Marihuana 15-20 gr
- Haixix 5 gr
- Oli d'haixix 0,6 gr.
- LSD 0,6 mg
- MDMA (èxtasi) 0,48 gr.
- Amfetamines 0,18 gr.

Droques que causen un greu dany a la salut:

- la cocaïna (TS 2ª, Ss. 23 feb y 29 jun 1990, 24 jul 1991, 16 jun 1993),
- la morfina
- la heroïna
- la metadona
- les amfetamines, metaanfetamines, dexedrina, speed, Bustaid (TS 2ª, Ss. 24 jul y 23 oct1991),
- la centramina o "speed ball", que és una barreja de cocaïna i heroïna (TS 2ª, S.24 jul 1991),
- el sulfat d'anfetamina, perquè es crea una dependència o complexió a la seva ingesta continuada o periòdica (TS 2ª, Ss. 23 oct 1991, 14 abr 1992, 21 maig 1993),
- les anomenades drogues de síntesis o de disseny: èxtasi (MDMA), droga de l'amor (MDA), eva (MDEA).....

Drogues que no causen un greu dany a la salut:

- el haxís y tots els seus derivats del cànem índic (Cannabis sativa) (TS 2ª, Ss. 4 feb y 7 may 1988, 24 jul 1991).
- La marihuana
- les benzodiazepines en general (Flunitrapezan /Rophinol ; Clorazepato/Tranxilium ; Triazolam/Halcion ; Alprazolam/Trankimacin ; Lorecepan.

Iter criminis

Com a regla general, la jurisprudència entén difícilment aplicables les formes d'execució imperfecta en el delicte de tràfic de drogues, si bé manté que es poden arribar a donar casos en què la seva apreciació és necessària. En tot cas, existeix una línia jurisprudencial que no comparteix els criteris d'apreciació de temptativa sostinguts per la mateixa sala. Això és així sobre la base de dos arguments principals:

- 1) D'una banda, perquè l'expressió *actes* de tràfic comporta una anticipació de la consumació, sense que sigui necessari que aquests es desenvolupin en la seva totalitat, i així, l'ATS de 14-12-90 (RJ 9520) entén que "la mera execució d'un acte exterior corresponent a qualsevol de les accions típiques contingudes en el paràgraf 1r de l'article 344 del Codi penal (ACP, lògicament), pressuposa la consumació delictiva"; criteri també sostingut per l'STS de 5-11-90 (RJ 8659) segons la qual, "el fet que l'operació de tràfic es desaprofiti o fracassi per unes circumstàncies o d'altres no priva de la consideració de delicte consumat a aquesta, per exemple, perquè no hi hagi acord final en el preu o perquè es discuteixi la seva naturalesa o qualitat".
- 2) D'altra banda, perquè les conductes recollides en el tipus bàsic no són merament de tràfic, de manera que aquest pot faltar, però, d'una altra manera, es pot afavorir, facilitar o promocionar el consum il·legal, per la qual cosa l'STS d'11-11-92 (RJ 8268) entén que, en ser el tipus bàsic una figura de risc o de perill abstracte "es consuma per l'execució de qualsevol de les conductes especificades en el precepte, sense necessitat de producció de resultats lesius i concrets com ho determinen els verbs nuclears recollits en aquest article i sense que calgui la transmissió del

producte tòxic per a aconseguir la plena consumació, delictes de resultat tallat en què n'hi ha prou amb un tràfic 'potencial', ja que el tràfic 'real' se situa més enllà de l'àrea de la consumació" (en aquesta sentència es conté una ingent quantitat de sentències en el mateix sentit). No obstant això, hi ha un clar corrent jurisprudencial que, tot i advertir les dificultats d'apreciació de les formes imperfectes d'execució, atesa la configuració típica, entén possible la seva concurrència, amb relació a supòsits de compra, emparant-se en criteris d'índole civil. Així, les STS de 19-10-91 (RJ 7278) i 19-2-93 (RJ 1370), sobre la base de la distinció civil entre perfecció i consumació de la compravenda, afirmen la presència del delicte en grau de temptativa sempre que, un cop produïda la perfecció civil, no es consumi, tanmateix, el procés translatiu. La darrera sentència esmentada, però, matisa l'argumentació, tot aproximant-se a les tesis partidàries de la consumació que amplien el concepte de possessió, indicant que "no tindria sentit que s'arribés a estimar perfeccionada la compravenda des del punt de vista del dret privat, eminentment consensual (acord sobre la cosa i el preu, tot i que ni l'una ni l'altre s'hagin lliurat, article 1450 del Codi civil) i, en canvi, no es considerés la consumació delictiva perquè la droga venuda no es traspassi realment i efectivament". No està mancada de sentit, a parer nostre, la limitació de l'obertura típica admetent tècnicament i empíricament la possibilitat d'apreciar delicte intentat sempre que la conducta del comprador no es pugui incardinar en l'execució externa d'actes concrets, ja que fins i tot l'objectivització dels diversos estadis que componen el terme global *tràfic* i que comporten *ex lege* la consumació típica requereixen un cert grau d'exteriorització .

Actes preparatoris punibles

S'ha d'advertir el risc d'extensió de la responsabilitat que la previsió dels actes preparatoris comporta, ja que si generalment actes que hagin de ser penats com a temptativa són qualificats com a consumació en vista de l'estructura oberta del tipus bàsic, llavors els actes preparatoris són conductes extremadament llunyanes de la lesió o posada en perill del bé jurídic. Així, fins i tot els actes preparatoris referits a la tinença de precursors, la distància dels quals respecte al bé tutelat és evident, es podran subsumir a l'empara de l'article 373 CP .

En definitiva per diferenciar entre possessió per autoconsum i tràfic de drogues la jurisprudència en la majoria dels casos ha d'acudir a la prova indirecta o indiciària, que segons la resolució de 24 abril 2007 exigeix com a requisits:

- 1) pluralitat de fets-base o indicis,
- 2) precisió que aquests fets-base estiguin acreditats per prova de caràcter directe,
- 3) necessitat que siguin perifèrics o concomitants, respecte a la dada fàctic a provar,
- 4) interrelació entre aquests indicis,
- 5) racionalitat en la inferència, enllaç precís i directe segons les regles del criteri humà
- 6) expressió de la motivació de com es va arribar a la inferència, perquè pugui conèixer públicament el discurs del tribunal.

La interlocutòria 1139/2007 de 7 de juny, estableix dos requisits per considerar una conducta com a constitutiva de tràfic de drogues:

- 1) que l'acusat tingui substàncies prohibides, és una dada objectiva que ha de ser acreditat amb fets externs,
- 2) que hi hagi un ànim de traficar amb elles, el que es coneix com preordenació al trànsit, element subjectiu que es determina per dades i indicis.

Com a exemple dels indicis a tenir en compte, el Tribunal Suprem ha considerat com a supòsits de tràfic de drogues:

La quantitat i varietat de drogues ocupades l'acusat que excedeixen, amb molt, la previsió normal d'un consumidor, que es tracta d'una gran varietat de substàncies i l'arribada a Espanya amb les substàncies sense diners, treball ni lloc on viure ni cap contacte per obtenir un mitjà de vida. Auto 358/2007 de 24 d'abril del 2007.

Exercir tasques de vigilància de forma alternativa en el lloc de compra i venda. Auto 1118/2007 de 31 de maig.

La manca d'acreditació de la condició de consumidor drogodependent, sent un simple consumidor esporàdic que supera la possessió per més de 5 mesos de consum propi.

Auto 1092/2007 de 7 de juny.

La quantitat de diners intervingut. La quantitat confiscada supera àmpliament la dosi diària (22 dosis). Sentència 15 desembre 2004 i del 31 de març del 2006.

Màximes d'experiència segons les quals quan es produeixen nombroses visites al domicili d'un sospitós, realitzades per diferents persones, d'escassa durada temporal i sense raó aparent, sent el sospitós reincident per tràfic de drogues. Resolució de Juliol del 2007.

Persona que viu de la mendicitat que posseeix substàncies per valor de 198 euros (33.000 ptes). Auto d'1 d'abril del 2002:

Tirar alguna cosa davant l'arribada dels policies i veure perfectament on caigudes i en aquest lloc es troba l'efecte confiscat sense que hi hagi confusió. Auto 1129/2007.

La venda de droga amb l'obligació de consumir al mateix local per evitar ser vistos els consumidors a l'entrada. Sentència 512/2007 de 7 de juny.

Queden exclosos dels actes de trànsit les donacions dels familiars o persones properes als consumidors habituals, així com les transmissions realitzades a una persona interna en un centre penitenciari realitzada també per familiars o persones properes a persones dependents d'aquestes substàncies, sempre que siguin realitzades de manera gratuïta (STS 13 juliol 2003).

3.3.- Circumstàncies agreujants.

A l'article 369 indica les circumstàncies agreujants.

Article 369 (Circumstàncies agreujants).

1. S'imposaran les penes superiors en grau a les assenyalades en l'article anterior i multa del tant al quàdruple quan concorrin alguna de les circumstàncies:

1.- El culpable sigui autoritat, funcionari públic, facultatiu, treballador social, docent o educador i actuï en l'exercici del seu càrrec, professió o ofici.

2.- El culpable participi en altres activitats organitzades o l'execució es vegi facilitada per la comissió del delictes.

3.- Els fets tinguin lloc en establiments oberts al públic pels responsables o empleats d'aquests.

4.- Les substàncies a què es refereix l'article anterior es facilitin a menors de 18 anys, a disminuïts psíquics o a persones sotmeses a tractament de deshabitació o rehabilitació.

5.- Sigui de notòria importància la quantitat de les esmentades substàncies objecte de les conductes a què es refereix l'article anterior.

6.- Les referides substàncies s'adulterin, manipulin o barregin entre si o amb altres, incrementant el possible dany a la salut.

7.- Les conductes descrites en l'article anterior tinguin lloc en centres docents, en centres, establiments o unitats militars, en establiments penitenciaris

o en centres de deshabitació o rehabilitació, o en les seves proximitats.
 8.- *El culpable utilitzi violència o exhibeixi o fes ús d'armes per cometre el fet.*

En línia amb l'augment de la repressió penal se situa aquest article 369 del Codi penal. En aquest precepte s'ha operat una reordenació sistemàtica en la modificació segons *Llei Orgànica 5 / 2010, de 22 de juny*. l'article 369 CP passa a tenir un número.

Aquest article estableix una sèrie de conductes que, un cop subsumit el fet en l'art. 368 CP, les penes privatives de llibertat previstes en el mateix seran elevades a la superior en grau i s'imposarà la multa del tant al quàdruple. Aquestes conductes qualificades es poden classificar en funció de diferents criteris: Primer, per raó del subjecte passiu o perjudicat (ex: menors d'edat, disminuïts psíquics o persones en tractament de deshabitació); Segon, per raó del subjecte actiu (activitats delictives organitzades...; autoritat, facultatiu...; docent, educador...); Tercer, per raó del lloc (centres docents, centres militars, assistencials, presons, establiments oberts al públic...); Quart, per raó de l'objecte material (adulteració de la droga, notòria importància de la droga²³)

Segons el càrrec (article 369.1 CP) autoritat, facultatiu, funcionari públic, treballador social, docent o educador exigeix que el delicte es realitzi en el exercici del càrrec professional o ofici. Suposa de fet l'abús del mateix i en el que es pena més greument es l'aprofitament d'aquesta circumstància per la execució del delicte.

Segons realitzi activitats organitzades (article 369.2 CP) per se subjecte actiu d'aquesta circumstància agreujada el subjecte ha de pertànyer a dos organitzacions , una dedicada al tràfic de drogues i altra a diferents activitats delictives organitzades i el culpable participi en altres activitats delictives quina execució es vegi facilitada per la comissió del delicte. Té el seu origen en la Convenció de les Nacions Unides contra el tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques , aprovada a Viena el 20/12/88 en la que es va adquirir el compromís de tenir en compta com agreujant del delicte la participació del delinqüent en altre activitats delictives internacionals organitzades o en altres activitats il·lícites quina execució es vegi facilitada per la comissió del delicte.

²³ Aquest concepte ha comportat dificultats interpretatives en la praxis jurisprudencial. D'acord amb MUÑOZ CONDE, el criteri d'interpretació ha de ser el bé jurídic protegit i no la quantitat. La Circular de la Fiscalia General de 4 de juny de 1984 combina els criteris de nocivitat amb els de quantitat de la droga tal i com fa el TS (STS 10 d'abril de 1987), però tot i això, les Sentències varien bastant en relació amb un mateix producte. Per acabar amb aquesta inseguretat jurídica, en un Acord del Ple de 19 d'octubre de 2001, la Sala Segona del TS va redactar un llistat per determinar aquesta agravant.

Segons el lloc obert al públic realitzat pels responsables o empleats (article 369.3 CP). Com establiment obert al públic segons la jurisprudència és tota dependència en la que es desenvolupa una activitat empresarial, mercantil, financera o de qualsevol ordre, actuant de cara al públic, entenen que l'obertura de l'establiment o local suposa que els seus titulars concedeixen una ampla habilitació a tots els interessats a accedir lliurement per realitzar gestions i activitats relacionades amb la seva dedicació.

Els requisits exigits són:

- a.- Que existeixi un acte de promoció o tràfic.
- b.- Que l'acte tingui lloc en un establiment obert al públic.
- c.- Que es verifiqui pels responsables o empleats dels mateixos.
- d.- Que existeixi un ànim o dol tendent a difondre drogues a tercers.

Segons es lliuri a menors, disminuïts, persones en tractament de deshabitació o rehabilitació (article 369.4 CP). No s'exigeix el coneixement absolut però amb el dol eventual bastaria encara que els Tribunals sempre fan una aplicació cautelosa i restrictiva. La raó de l'agreujament radica en intentar protegir als possibles adquirents i sancionar adequadament als venedors que introdueixen en el consum amb una part de la població més feble.

La notòria importància (article 369.5 CP) Segons l'Acord del Ple de la Sala 2a del Tribunal Suprem de 19 de novembre del 2001, l'agreujant específica de notòria importància que preveu l'article 369.3 del codi penal es determina a partir de les 500 dosis referides al consum diari de cadascuna de les substàncies segons el informa l'Institut Nacional de Toxicologia de 18 d'octubre de 2001. Per a la seva determinació es té en compte exclusivament la substància base o tòxica, amb l'excepció de l'haixix i els seus derivats.

Alguns exemples de quantitats de notòria importància:

- Heroïna 300 gr.
- Morfina 1.000 gr.
- Metadona 120 gr.
- Cocaïna 750 gr.
- Marihuana 10 Kg

- Haixix 2,5 Kg
- Oli d'haixix 300 gr.
- LSD 300 mg
- MDMA (èxtasi) 240 gr.
- Amfetamines 90 gr.

En la sentència 413/2007 de 9 de maig, el Tribunal estableix una interpretació a favor del reu acceptant que en les anàlisis de les substàncies respecte de la pesada i determinació de la puresa hi ha un marge d'error d'un 5%, la substància intervinguda era de 303,55 grs. d'heroïna de la qual apreciant un simple error del 1,2% surt una quantitat de 299,91 grs., amb la qual cosa ja no seria quantitat de notòria importància.

L'extrema gravetat que preveu l'article 369 no s'ha interpretat encara pel Ple. La Sentència 352/2007 de 23 d'abril considera com extrema gravetat l'excés notable en comparació amb la tinguda en compte en la notòria importància, "es tracta d'un agreujament objectivada que comporta una major antijuridicitat de l'acció, pel

major perill de difusió a tercers, en funció de la major quantitat de droga que aquesta comprèn apreciant en aquesta sentència aquesta agreujament davant 3,64 grs. d'haixix.

La adulteració (article 369.6 CP) Si el risc sobre la salut pública és més gran quan la quantitat de substància s'incrementa, es pot predicar el mateix de quantitats més petites el principi actiu de les quals presenta, no obstant això, un elevat grau de nocivitat. Cal distingir-hi els casos en què la barreja de substàncies determina el naixement d'una nova droga (per tant, amb un principi actiu divers al de les drogues barrejades) d'aquells en què la barreja de drogues o productes no significa el naixement d'un nou principi actiu, sinó que resta com a tal l'original, però amb un potencial lesiu més gran.

Només en aquest cas serà d'aplicació la circumstància

agreujant, ja que en el primer d'aquests casos estariem simplement davant d'una substància tòxica de les que causen greu mal a la salut, subsumible únicament en el tipus bàsic.

Segons el lloc (article 369.7 CP) Per raó del lloc de realització del tipus o seus voltants

a) Centres docents, militars o penitenciaris i les seves proximitats (article 369.7CP). El legislador introdueix en aquesta circumstància d'agreujament una modificació que, no per discreta, tracta d'arribar a un calat més gran: ara, l'agreujament entra en joc no només si la conducta es desenvolupa en els llocs descrits en l'article 369.7 CP, sinó també en les seves proximitats.

En primer lloc, no es tracta ja d'agreujar la pena quan el fet consisteix en *la introducció* de substàncies tòxiques en els centres descrits. Per contra, totes les conductes possibles incardinades en el tenor literal del tipus bàsic es veuran agreujades si es desenvolupen en tals centres. I, en conseqüència, no es projectarà únicament sobre qui tracta d'introduir-lo en el lloc sinó sobre qui, trobant-se ja en el mateix, desenvolupa en ell qualsevol conducta de tràfic (és difícil imaginar supòsits d'elaboració o cultiu, aquest últim una mica menys). La mesura, d'altra banda, ve tenyida de fracàs en la política penitenciària, i es recorre al Codi penal per a evitar amb l'amenaça no ja de la pena, sinó d'una pena molt severa, allò que l'Administració pública, en l'ús dels seus particulars poders de control en aquest àmbit, hauria d'estar en condicions de garantir. És difícil comprendre l'extensió d'aquest agreujament a les pràctiques de tràfic que entre interns puguin desenvolupar-se, ja que l'administració pública gaudeix de mitjans insuficients per a poder detectar la presència de drogues tòxiques en l'interior de la presó i, especialment, d'operacions de tràfic entre els interns. No detectar-les és un fracàs en l'ús de les prerrogatives que l'Administració té a la seva disposició en el control de l'ordre en l'interior de la presó. I recórrer a un augment (gegantesc) dels marcs penals per als interns que trafiquen a petita

escala en l'interior del centre amb les drogues introduïdes és reconèixer expressament una realitat que hauria de donar lloc a responsabilitats administratives, per falta de controls idonis o suficients.

L'agreujament introduït arriba al zenit del despropòsit amb l'assimilació del tràfic en l'interior dels centres assenyalats en la circumstància amb el seu desenvolupament en *les proximitats*. Clarament, la reforma tracta de posar fre a la interpretació dominant en la jurisprudència que, durant els últims anys, havia patrocinat una retallada del seu abast i havia establert que la introducció de drogues en els establiments militars, assistencials o penitenciaris (especialment en aquests últims) no quedava perfeccionada sinó quan es traspassava la barrera d'accés a l'interior del centre. D'aquesta manera, la detecció de les drogues en possibles intervencions corporals prèvies, realitzades en l'avantsala de l'establiment, no donaria lloc a l'agreujament de la conducta. En tals casos, s'entenia que la introducció quedava en grau de frustració (ara temptativa acabada), "i en aquest cas la norma de frustració del subtipus anul·laria la d'agreujament, i la penalitat quedaria en la mateixa del tipus bàsic" (en aquest sentit, vegeu la STS 4 desembre 1991, RJ 1991, 8979). Tanmateix, quan es reformi íntegrament el precepte, no només s'arribarà a aquests supòsits. Ara, l'elaboració, cultiu o tràfic de drogues tòxiques en les proximitats d'un centre assistencial, penitenciar, etc., no serà castigat amb els marcs penals del tipus bàsic, sinó amb els previstos en l'article 369 CP, és a dir, superior en grau i en funció de la substància. Una passada de cocaïna realitzada en el si d'un concepte indeterminat com "les proximitats" dels centres i establiments veurà agreujada la pena exponencialment, independentment de la quantitat, puresa, destinatari, etc.; i, el que és encara més greu, podria dir-se que l'agreujament podria entrar en joc tot i que la conducta desenvolupada ho fos al marge de la seva relació amb el lloc en què es desenvolupi, i s'objectivaria en gran mesura la responsabilitat penal.

b) Establiments o locals oberts al públic (article 369.4a CP). La STS del 30 d'octubre de 1992, clarament tautològica, estableix tres requisits mínims per a l'aplicació de l'agreujant:

- a) realitzar alguna de les conductes del tipus bàsic;
- b) que això tingui lloc en establiment obert al públic;
- c) que, a més, la conducta sigui realitzada per un empleat o encarregat del mateix.

No manca de sentit en els supòsits de possessió redreçada a l'afavoriment, facilitació o promoció del consum il·legal de drogues tòxiques, més encara a la vista del sistema d'inferència dels elements subjectius de l'injust emprat per la Sala Segona del Tribunal

Suprem, l'exigència de projecció de l'ànim sobre l'àmbit del local en què es desenvolupa la conducta. És a dir, l'aplicació de l'agreujant, quan es tracta de conductes possessòries, exigeix l'acreditació de què la finalitat requerida en el tipus bàsic planejava ser desenvolupada en aquest establiment, i s'exclouen amb això els supòsits en què el local és mer lloc de dipòsit transitori.

Segons la utilització de violència o exhibició d'armes l'article 369.8 CP. El marc penal començarà en tres o nou anys quan, per a la realització de les conductes descrites en el tipus bàsic, s'empra violència o s'exhibeixin o emprin armes. L'estructura del subtipus pivota, doncs, entorn d'una orientació final: la violència, ocupació o exhibició d'armes han d'anar orientades a la comissió del fet. Són dos les qüestions bàsiques que suscita el nou ordinal. Per una banda, sorprèn l'atenció que el legislador presta a l'ús d'armes en la realització del fet.

En general, aquesta circumstància es produeix en el marc de grans operacions de transport o tràfic de drogues, així com en la custòdia dels processos d'elaboració. El primer grup de casos sol veure incrementat el marc penal exponencialment mitjançant l'agreujant d'extrema gravetat, per la qual cosa un agreujament específic aquí no aporta gens en termes preventiu generals; el segon grup de casos sol tenir lloc en l'estranger, en concret en els països de cultiu, de manera que l'eficàcia del precepte en termes pràctics serà més aviat escassa.

Tanmateix, d'altra banda, l'orientació final impresa al precepte arruïnarà de segur l'expectativa d'èxit que el legislador hagués disposat en l'increment punitiu. Com ja s'ha dit, seran poques les hipòtesis en què concorri no ja la tinença, sinó l'ocupació o exhibició d'armes o la violència. Un repàs per la jurisprudència de la Sala Segona confirma que, al marge de les grans operacions, no és inusual trobar armes prohibides en el curs dels registres domiciliaris practicats en ocasió de la investigació de delictes de narcotràfic. En tals ocasions, les dues figures delictives concuren realment, i en conseqüència es sancionen per separat (entre altres, STS del 29 de gener, el 12 de maig, el 18 de setembre, i el 27 i 28 d'octubre de 2003). No obstant això, són inexistents els casos en què la tinença d'armes s'instrumentalitza directament per a la comissió del delictes i, tot i que idealment així fos, és a dir, tot i que el subjecte actiu, tenint en compte la perillositat de la conducta que té per objecte desenvolupar (tràfic de drogues, *lato sensu*), porti armes per a protegir-se de qualsevol eventualitat, tampoc en aquests casos concorreran els pressupostos de l'agreujament, que queda vinculat al seu ús o exhibició *per a cometre el fet*.

L'expressió típica pressuposa que l'exhibició o ús d'armes és un *prius* del delicte sobre el qual es projecta, de manera que el subjecte s'arma per a la realització del fet, i forma part del pla de l'autor l'exhibició o ús de les armes, així com l'ocupació de violència.

Si la pretensió del legislador radicava a sancionar més greument el delicte de tràfic de drogues, bé quan en el seu desenvolupament s'empren armes de foc, bé quan simplement en la seva comissió concorre, a més, una tinença d'armes prohibides, va haver de recórrer a l'expressió *en la comissió del fet*. D'aquesta manera, no s'haurien duplicat les exigències subjectives i hauria bastat el mer coneixement i voluntat de portar-les o exhibir-les en qualsevol moment.

A l'article 369 bis indica agreujants i penes per Organització delictiva.

Article 369 bis (Organització delictiva).

Quan els fets descrits en l'article 368 s'hagin realitzat pels que pertanyin a una organització delictiva, s'han d'imposar les penes de presó de nou a dotze anys i multa del tant al quàdruple del valor de la droga si es tractés de substàncies i productes que causin greu dany a la salut i de presó de quatre anys i sis mesos a deu anys i la mateixa multa en els altres casos.

Als caps, encarregats o administradors de l'organització se'ls han d'imposar les penes superiors en grau a les assenyalades en el paràgraf primer.

Quan d'acord amb el que estableix l'article 31 bis una persona jurídica sigui responsable dels delictes recollits en els dos articles anteriors, li han d'imposar les següents penes:

a.- Multa de dos a cinc anys, o del triple al quíntuple del valor de la droga quan la quantitat resultant fos més elevada, si el delicte comès per la persona física té prevista una pena de presó de més de cinc anys.

b.- Multa d'un a tres anys, o del doble al quàdruple del valor de la droga quan la quantitat resultant fos més elevada, si el delicte comès per la persona física té prevista una pena de presó de més de dos anys no inclosa en l'anterior incís.

Ateses les regles que estableix l'article 66 bis, els jutges i tribunals podran així mateix imposar les penes que recullen les lletres b) a g) de l'apartat 7 de l'article 33.

S'introdueixen mesures que afecten no ja les persones físiques, sinó les entitats intervinents en la comissió del fet, ja siguin organitzacions, activitats o establiments. Mesures que, com veurem, estan en la línia de la responsabilitat directa de les persones jurídiques.

L'agreujant radica en el fet de pertànyer l'autor a una organització delictiva, organització o grup criminal, segons la nova designació que ha introduït la reforma de 2010 i en aquest cas s'oblida.

S'estableixen dues escales segons la droga pugui causar greu dany a la salut i una segona escala en els demés casos.

Una nova escala pels caps, encarregats o administradors de la organització criminal, que eleva l'escala a la superior en grau de la establerta al paràgraf primer d'aquest article.

Tractant-se d'una persona jurídica que deu ser reprimida penalment, es tindrà en compte la pena que correspon aplicar a les persones físiques que en el seu nom i representació hagin actuat en benefici d'aquella. Per aquest mode de determinar la multa que correspon a l'entitat. També pot el jutge o Tribunal aplicar lo disposat pels articles 33 i 66 del CP.

A l'article 370 Indica agreujants i mesures de seguretat

Article 370 (Agreujants i mesures de seguretat).

S'ha d'imposar la pena superior en un o dos graus a la que assenyala l'article 368 quan:

1.- S'utilitzin menors de 18 anys o disminuïts psíquics per cometre aquests delictes.

2.- Es tracti dels caps, administradors o encarregats de les organitzacions a què es refereix la circumstància 2a de l'apartat 1 de l'article 369.

3.- Les conductes descrites en l'article 368 fossin d'extrema gravetat. Es consideren d'extrema gravetat els casos en què la quantitat de les substàncies a què es refereix l'article 368 excedeixi notablement de la considerada com de notòria importància, o s'hagin utilitzat vaixells,

embarcacions o aereaus com a mitjà de transport específic, o s'hagin dut a terme les conductes indicades simulant operacions de comerç internacional entre empreses, o es tracti de xarxes internacionals dedicades a aquest tipus d'activitats, o quan concorrin tres o més de les circumstàncies que preveu l'article 369.1.

En els supòsits dels anteriors números 2 i 3 s'ha d'imposar als culpables, a més, una multa del tant al triple del valor de la droga objecte del delictes.

Amb aquest precepte s'intenta prevenir conductes considerades d'extrema gravetat, especialment perseguint la sanció exemplar dels autèntics motors o cervells de les organitzacions dedicades al tràfic de drogues, tot i que segons aquest autor és tracta més d'un precepte de caire intimidatori que efectiu, ja que aquest precepte pateix de la manca de rigor tècnic, ja que el propi concepte d'organització que serveix de base a la qualificació és molt imprecís.²⁴

Amb aquesta qualificació especial s'eleva les penes de l'art. 369 a la superior en grau, a més de la possibilitat en determinats casos de decretar les mesures que es preveuen en aquest mateix precepte.

Conté tres formes d'agreujament de la pena :

- 1.- Utilització de menors o disminuïts psíquics
- 2.- Caps, administradors o encarregats d'una organització segon l'article 369.1.2^a.
- 3.- Les conductes de l'article 368 siguin d'extrema gravetat.

S'introdueix la qualificació d'extrema gravetat i es descriu que s'entén per extrema gravetat amb totes les condicions necessàries.

3.4.- Precursors

A l'article 371 es sanciona els anomenats precursors (equips, materials o substàncies per a l'elaboració).

Article 371 (Equips, materials o substàncies per a l'elaboració "precursors")

1. Qui fabriqui, transporti, distribueixi, comerciï o tingui en poder equips, materials o substàncies enumerades en el quadre I al quadre II de la Convenció

²⁴ D'acord amb la STS 24 de setembre de 1985, el concepte d'organització requereix un mínim d'estabilitat, distribució de papers i jerarquització que difícilment es poden provar en el cas concret.

de Nacions Unides, feta a Viena el 20 de desembre de 1988, sobre el tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques, i qualssevol altres productes addicionats al mateix Conveni o que s'incloguin en altres futurs Convenis de la mateixa naturalesa, ratificats per Espanya, sabent que s'utilitzaran en el cultiu, la producció o la fabricació il·lícites de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques, o per a aquests fins, serà castigat amb la pena de presó de tres a sis anys i multa del tant al triple del valor dels gèneres o efectes.

2. S'ha d'imposar la pena assenyalada en la meitat superior quan les persones que realitzin els fets descrits en l'apartat anterior pertanyin a una organització dedicada als fins que s'hi assenyalen, i la pena superior en grau quan es tracti dels caps, administradors o encarregats de les referides organitzacions o associacions

En aquests casos, els jutges o tribunals han d'imposar, a més de les penes corresponents, la d'inhabilitació especial del reu per a l'exercici de la seva professió o indústria per temps de tres a sis anys, i les altres mesures que preveu l'article 369.2.

D'acord amb les exigències dels Tractats Internacionals, aquest precepte introdueix la tipificació autònoma dels tràfic de determinades substàncies²⁵ que s'utilitzaran per a la fabricació posterior de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques.²⁶ La política criminal de màxims en matèria de narcotràfic s'evidencia una vegada més en la tipificació per mitjà de l'article 371 CP del que tradicionalment es coneix com a *tràfic de precursors*; és a dir, la fabricació, transport, distribució, comerç o tinença d'equips, materials o substàncies "enumerades en el quadre 1 i quadre 2 de la Convenció de les Nacions Unides feta a Viena el 20 de desembre de 1988 sobre el tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques i qualsevol altre producte addicionat al mateix Conveni o que s'incloguin en altres futurs convenis de la mateixa naturalesa, ratificats per Espanya, tot i saber que es faran servir al conreu, la producció o la fabricació il·lícites de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies

²⁵ L'art. 1.10 de la Llei de Contraban defineix com precursors, les substàncies i productes susceptibles de ser utilitzades en el cultiu, la producció o la fabricació de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques enumerades en els quadres I i II de la Convenció de les Nacions Unides de 1988, i qualsevol altre addicional al mateix Conveni o en altres futurs Convenis ratificats per Espanya.

²⁶ La dificultat rau en demostrar que es volen utilitzar per fabricar drogues i no amb altres fins.

psicotròpiques".

En aquest cas, es tracta d'actes preparatoris elevats a categoria de consumació, i també d'actes de participació tractats ara com a conductes d'autor, en què la llunyania respecte del bé jurídic salut pública és més que evident, atès que entre les conductes recollides en el precepte i el consum il·legal no hi ha sinó una mera vinculació mediata. A la prognosi, sens dubte racional i objectiva, que les substàncies elaborades mitjançant els productes recollits en els convenis continguts en el tipus seran destinades al consum il·legal, s'hi podria haver arribat d'una manera igualment satisfactòria per mitjà dels instituts de la teoria de la participació i de l'*iter criminis*.

Especialment, si es té en compte que, d'acord amb el que disposa l'article 373 CP, també la provocació, la conspiració i la proposició per cometre els fets descrits en l'article 371 CP seran punibles, i això consegüentment ens situa davant d'*actes preparatoris d'actes preparatoris*.

El primer que cal tenir en compte en la interpretació de l'article 371 CP és la Llei 3/1996, de 10 de gener, sobre mesures de control de substàncies químiques catalogades susceptibles de desviació per a la fabricació il·lícita de drogues, en la qual hi ha les disposicions bàsiques en matèria de transport, facturació, importació, etc. de precursors i un sever règim d'infraccions i sancions en cas d'incompliment. Aquesta norma s'ha de posar amb relació a la referència típica al coneixement que els precursors seran utilitzats en el conreu, producció o fabricació de drogues tòxiques. De manera que conductes que formalment podrien estar fent el tipus de l'article 371 CP (per exemple, la caducitat de llicències o la manca de controls), no tinguin, però, rellevància penal quan no estiguin acompanyades de les finalitats esmentades.

De acuerdo con la normativa de la UE, la Ley 3/1996 divide las 23 sustancias catalogadas susceptibles de control establecidas por Naciones Unidas, en tres categorías que se corresponden con diferentes niveles de control para los que se ha tenido en cuenta la naturaleza de la sustancia y el respeto a las necesidades lícitas de los operadores que manejan estas sustancias.

Categoría 1:

Efedrina
Ergotamina
Fenil-1-propanona-2
Ácido acetilantranílico

Isosafrol (cis+trans) Safrol Ergometrina Àcid lisèrgic Pseudoefedrina 3,4 metilendioxifenilpropano-2-ona Piperonal Norefedrina
Categoria 2:
Anhídrido Acètic Àcid fenilacètic Àcid antranilic Permanganato de potasio Piperidina
Categoria 3:
Acetona Metiletilcetona Àcid clorhídric Èter etílic Toluè Àcid sulfúric

Se incluyen las sales de las sustancias enumeradas excepto la del ácido sulfúrico y del ácido clorhídrico, cuando la existencia de dichas sales sea posible.

3.5.- Altres circumstàncies i sancions especials relacionades

A l'article 372 Indica quan s'imposarà la pena d'inhabilitació especial.

Article 372 (Inhabilitació especial).

Si els fets previstos en aquest capítol els realitza un empresari, intermediari en el sector financer, facultatiu, funcionari públic, treballador social, docent o educador, en l'exercici del seu càrrec, professió o ofici, se li imposarà, a més de la pena corresponent, la d'inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic, professió o ofici, indústria o comerç, de tres a deu anys. S'ha d'imposar la pena d'inhabilitació absoluta de deu a vint anys quan els fets esmentats els realitzi una autoritat o un agent d'aquesta, en l'exercici del seu càrrec.

A aquest efecte, s'entén que són facultatius els metges, psicòlegs, les persones en possessió de títol sanitari, els veterinaris, els farmacèutics i els seus dependents.

En aquest precepte s'afegeixen a les penes corresponents d'acord amb els preceptes anteriors, les d'inhabilitació especial o absoluta, segons si el subjecte actiu és un dels previstos en el mateix article i actua en l'exercici del seu càrrec, professió o ofici, en el primer cas amb pena més atenuada com inhabilitació especial, o com a autoritat o agents d'aquesta, en el segon amb una pena més gran com inhabilitació absoluta.

A més, en l'apartat segon es defineixen els conceptes de facultatiu com el metges, els psicòlegs i les persones amb possessió de títol sanitari, veterinaris, farmacèutics i els dependents.

A l'article 373 es sanciona els actes preparatoris.

Article 373 (Actes preparatoris).

La provocació, la conspiració i la proposició per cometre els delictes previstos en els articles 368 al 372, s'han de castigar amb la pena inferior en un a dos graus a la que correspon, respectivament, als fets que preveuen els preceptes anteriors.

En aquests casos de participació de formes imperfectes en els delictes del 368 a 372 es preveu la pena inferior en un a dos graus encara que està assumit doctrinalment i jurisprudencialment la dificultat d'estimació però no existeixen obstacles per apreciar la conspiració que ha ser interpretada de forma restrictiva.

A l'article 374 es regula els decomisos

Article 374. (decomisos)

En els delictes que preveu el paràgraf segon de l'apartat 1 de l'article 301 i en els articles 368 a 372, a més de les penes que correspongui imposar pel delicte comès, són objecte de decomís les drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques, els equips, materials i substàncies a què es refereix l'article 371, així com els béns, mitjans, instruments i guanys amb

subjecció al que disposen els articles 127-128 i a les següents normes especials:

1a Una vegada ferma la sentència, es procedirà a la destrucció de les mostres que s'hagin apartat, o la destrucció de la totalitat del que confiscat, en el cas que l'òrgan judicial competent n'hagi ordenat la conservació.

2a Els béns, mitjans, instruments i guanys definitivament decomissats per sentència, que no podran ser aplicats a la satisfacció de les responsabilitats civils derivades del delictes ni de les costes processals, seran adjudicats íntegrament a l'Estat.

L'art. 374 CP, que regula el decomís en el delictes de tràfic de drogues i en el de blanqueig de capitals, després de la nova redacció donada al mateix per la LO 1/2015 de 30 de març, pràcticament remet tota la seva regulació a la part general, i més en concret, als arts. 127-128 del CP, contenint ara l'art. 374 CP tan sols dues normes especials .

La nova regulació del decomís té el seu origen en la Directiva 2014/42 / UE, de 3 abril, sobre l'embargament i el decomís dels instruments i del producte del delictes en la Unió Europea, que modifica i amplia les disposicions de la Decisió Marc 2001/500 / JAI de 26 de juny de 2001, relativa al blanqueig de capitals, la identificació, seguiment, embargament, confiscació i decomís dels instruments i productes del delictes i les de la Decisió Marc 2005/212 / JAI de 24 de febrer relativa al decomís dels productes, instruments i béns relacionats amb el delictes.

És important destacar com la Directiva 2014/42 / UE mostra com a motivació principal del seu contingut, la lluita contra la criminalitat organitzada. Això diu expressament:

"La motivació principal de la delinqüència organitzada transfronterera, inclosa la de caràcter mafiós, és l'obtenció de beneficis financers. Per tant, cal dotar les autoritats competents dels mitjans per localitzar, embargar, administrar i decomissar el producte del delictes. No obstant això, la prevenció i la lluita eficaços contra la delinqüència organitzada han d'aconseguir i neutralitzar el producte del delictes, i ampliar-se, en certs casos, a qualsevol bé que procedeixi d'activitats de caràcter delictiu ".

Si analitzem les dues normes especials contingudes en l'art 374 CP, en el següent sentit:

a) Quant a la primera norma especial, que fa referència a la destrucció de les mostres que s'hagin apartat o, si escau, de la totalitat del que confiscat en el supòsit que l'òrgan judicial competent n'hagi ordenat la conservació, podem afirmar que no té sentit que s'inclouï una norma processal en el Codi Penal. Així, aquesta regla 1a de l'art. 374 CP podria haver-se inclòs en l'art. 367 ter apartat 1 in fine de la LECrim, on es contempla actualment la regulació de la destrucció de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques.

b) Quant a la segona regla especial continguda en l'art. 374 CP referida a la destinació del que decomissat, podem afirmar que és supèrflua perquè ja l'art. 127 6, apartat 3 del CP, actualment art. 127 octies, apartat 3 CP, després de l'aprovació de la LO 1/2015, es regula el destí del que decomissat, el que determina que no sigui necessària la norma continguda en l'art. 374 CP.

Així l'art. 127 octies del CP, disposa:

"Els béns, instruments i guanys decomissats per resolució ferma, llevat que hagin de ser destinats al pagament d'indemnitzacions a les víctimes, seran adjudicats a l'Estat, que els donarà la destinació que es disposi legal o reglamentàriament."

A més podem afirmar que, existint ja la Llei 17/2003, de 29 de maig, per la qual es regula el Fons de béns decomissats per tràfic de drogues i altres delictes relacionats, un cop adjudicats a l'Estat, la norma especial de l'art. 374. 2ª CP no és necessària .

D'altra banda, l'exposició de motius de la LO 1/2015, de 30 de març, fa referència a l'esmentada Directiva 2014/42 / UE , indicant que les novetats en relació a la figura del decomís afecten, especialment, a tres qüestions: el decomís sense sentència, el decomís ampliat i el decomís de béns de tercers.

És important destacar igualment el principi de proporcionalitat que ha d'informar el decomís, contemplant l'art. 128 CP, l'anomenada clàusula de rigor o de prohibició de

comís, segons la qual, quan els efectes i instruments del delictes siguin de lícit comerç i el seu valor no guardi proporció amb la naturalesa o gravetat de la infracció penal, o s'hagin satisfet completament les responsabilitats civils, el jutge o tribunal pot no disposar el decomís o decretar-lo parcialment.

En relació a qualsevol de les modalitats de decomís esmentades, l'art. 127 octies, del CP preveu: "A fi de garantir l'efectivitat del decomís, els béns, mitjans, instruments i guanys poden ser confiscats o embargats i posats en dipòsit per l'autoritat judicial des del moment de les primeres diligències". Aquest precepte es contenia en l'art. 374.1,2ª CP, vigent fins a la nova reforma de la LO 1/2015, passant a integrar-se en la part general del nostre cos legal.

A més, es preveu en el mateix art. 127 octies, però en el seu apartat 2, que l'autoritat judicial pot, de conformitat amb el que disposa la Llei d'enjudiciament criminal, acordar la realització anticipada o utilització provisional dels béns i efectes intervinguts. Pel que fa a la realització anticipada hem de recordar com l'art. 374.2 CP establia quan els béns decomissats podria ser alienats, sense esperar el pronunciament de fermesa de la sentència, remetent ara a la LECrim, que conté la seva regulació en l'art. 367 quater.. Però la LO 1/2015 també ha introduït una modificació de l'art. 367 quater de la LECrim. pel que fa als apartats 2 i 3, en fer referència a l'Oficina de Recuperació i Gestió d'Actius i nous supòsits pels quals podrà l'autoritat judicial no acordar la realització d'efectes judicials.

Pel que fa a la utilització provisional de l'objecte del decomís també es preveia amb anterioritat a la reforma de la LO 1/2015 en relació al delictes de tràfic de drogues en l'art. 374.1,3ª del CP i ara es remet en primer lloc a l'art. 127-128 del CP i l'art. 127 octies del CP a la LECrim., El que es regula en concret en l'art. 367 sexies de la LECrim. modificat per aquesta LO.

A l'article 375 es regula la reincidència internacional

Article 375 (Reincidència Internacional)

Les condemnes de jutges o tribunals estrangers per delictes de la mateixa naturalesa que els que preveuen els articles 361 al 372 d'aquest capítol

produeixen els efectes de reincidència, llevat que l'antecedent penal hagi estat cancel·lat o pugui ser-ho d'acord amb el dret espanyol.

Amb aquest article s'aconsegueix que les sentències dels Tribunals estrangers per delictes de la mateixa naturalesa produeixin efectes a l'hora d'apreciar l'agreujant de reincidència, a no ser que l'antecedent penal hagi estat cancel·lat o pugui estar-ho d'acord amb el Dret espanyol.

L'anomenada *reincidència internacional* participa de totes les crítiques que es poden efectuar sobre la reincidència com a circumstància agreujant genèrica; d'una banda, amb relació a l'excessiu automatisme amb què l'agreujament s'aplica; i, de l'altra, la possible vulneració del principi de culpabilitat, una vegada el grau de culpabilitat del subjecte ja ha estat plenament depurat en el procés.

En tot cas, la referència a delictes de la mateixa naturalesa en el redactat del precepte permet, sens dubte, de valorar la reincidència des d'un punt de vista qualitatiu i no merament quantitatiu.

D'acord amb les previsions de l'article 375 CP, el referent per a la verificació de la vigència de l'antecedent penal serà la legislació espanyola. D'aquesta manera, a més dels tipus d'injust concurrent, quan el precepte fa referència a infraccions de la mateixa naturalesa, s'haurà de confrontar el *quantum* de pena imposat i la seva naturalesa. Així, en els casos en què la pena imposada a l'estranger superi el marc penal abstracte de la pena a imposar al nostre país, i també al supòsit en què la pena sigui qualitativament diversa, no s'hi podrà apreciar la reincidència internacional, en no tractar-se de fets de la mateixa naturalesa.

Finalment, la ratificació del Conveni efectuat a Lisboa el 12 d'octubre de 1984 sobre comunicació d'antecedents penals i informació sobre condemnes per tràfic il·lícit de drogues tòxiques, substàncies psicotròpiques i estupefaents entre els països hispanolusitanoamericans (Instrument de 13 de juliol de 1989), i de l'RD 1176/1992, de 2 d'octubre, pel qual es regula el registrament de condemnes per tràfic il·lícit d'estupefaents i substàncies psicotròpiques, dictades pels tribunals dels països esmentats anteriorment, millora significativament les possibilitats de conèixer l'existència de fets de naturalesa semblant comesos a l'estranger .

A l'article 376 es regula l'atenuació de la pena.

Article 376. (Atenuació de la pena).

En els casos que preveuen els articles 361 a 372, els jutges o tribunals, raonant-ho en la sentència, poden imposar la pena inferior en un o dos graus a la que assenyala la llei per al delictes de què es tracti, sempre que el subjecte hagi abandonat voluntàriament les seves activitats delictives i hagi col·laborat activament amb les autoritats o els seus agents bé per impedir la producció del delictes, bé per obtenir proves decisives per a la identificació o captura d'altres responsables o per impedir l'actuació o el desenvolupament de les organitzacions o associacions a les que hagi pertangut o amb les que hagi col·laborat.

Igualment, en els casos que preveuen els articles 368 a 372, els jutges o tribunals poden imposar la pena inferior en un o dos graus al reu que, sent drogodependent en el moment de comissió dels fets, acrediti suficientment que ha finalitzat amb èxit un tractament de deshabitació, sempre que la quantitat de drogues tòxiques, estupefaents o substàncies psicotròpiques no fos de notòria importància o d'extrema gravetat.

En aquests casos la pena es pot rebaixar en un o dos graus.

L'article 376 CP, en la redacció donada per la LO 01/2015, contempla la possibilitat d'imposar la pena inferior en un o dos graus, en els casos previstos en els articles 361 a 372, quan "el subjecte hagi abandonat voluntàriament les seves activitats delictives i hagi col·laborat activament amb les autoritats o els seus agents, bé per a impedir la producció del delictes, bé per a obtenir proves decisives per a la identificació o captura d'altres responsables, o per a impedir l'actuació o el desenvolupament de les organitzacions o associacions a les quals hagi pertangut o amb les quals hagi col·laborat".

La reforma operada per la LO 15/ 2003 manté essencialment el sistema instaurat pel Codi penal de 1995, si bé suprimeix dos de les conductes que s'exigirien com a fonament de l'atenuació: la presentació a les autoritats i la confessió dels fets en què s'hagués participat ("i s'hagi presentat a les autoritats confessant els fets en què s'hagués participat", deia l'anterior redacció de 1995).

La vigent regulació, per tant, premia ara de manera privilegiada no tant el propi penediment o confessió, sinó la possible eficàcia pràctica de la col·laboració que pugui significar algun avantatge.

S'emfatitzen els mitjans de col·laboració *externs* al subjecte –col·laboració activa– (repareu en què, lògicament, el benefici no podria de cap manera tenir cabuda sense el necessari abandó per part del subjecte de les seves activitats delictives), enfront d'aquells que poguessin significar algun desavantatge per al propi col·laborador si es prescindís de la pròpia confessió; això, en l'àmbit processal, permetrà, en principi, no excepcionar la vigència dels principis i garanties fonamentals a aquests efectes, i possibilitarà la salvaguarda del dret a declarar sense autoinculpar-se, incompatible amb la conducta de pròpia confessió inclosa en l'anterior article 376 CP 1995.

Atenuació específica per al drogodependent rehabilitat

(art. 376, paràgraf segon, CP) La LO 15/2003, de 26 de novembre, ha afegit a l'article que es comenta un nou paràgraf, que recull una circumstància atenuatòria específica i privilegiada per al *drogodependent* que realitzi alguna de les infraccions recollides en els articles 361 a 372 CP. La nova circumstància es reserva al grup de subjectes que en el moment de la comissió delictiva patien addicció a drogues, estupefaents o substàncies psicotròpiques, i possibilita una atenuació qualificada, ja que permet que la pena pugui rebaixar-se un o dos graus, sempre que *s'hagi finalitzat amb èxit un tractament de deshabitació*.

No hi ha dubte de la naturalesa utilitària del precepte, orientada cap a finalitats preventives especials. En efecte, sota el precepte subjeu la idea que una de les raons de l'alarmant incidència pràctica d'aquest tipus de delinqüència, en el seu vessant de quanties no notòries, és precisament la condició de drogodependents dels seus autors, que de manera freqüent realitzen aquesta activitat amb l'objectiu de proveir-se de les dosis de consum necessàries.

La present circumstància d'atenuació se suma a la cascada de mesures legals previstes per al tractament de la drogodependència (des de l'eximent incompleta de l'article 20.2 CP, seguint per la semieximent de l'article 21.1, en relació amb la segona de l'article, i passant per la circumstància ordinària de greu addicció, recollida en l'article 21.2a CP, per a finalitzar en l'atenuant per analogia a aquella). No obstant això, no constitueix –a la vista del seu fonament, naturalesa i estructura– una última baula en la cadena, sinó una mesura autònoma amb elements aplicatius en part diferenciats qualitativament i no només des del punt de vista de la seva més gran o més petita intensitat.

Elements

- *Situació de drogodependència en el moment de comissió dels fets .*

L'autor o partícip en el delictes deu patir dependència al consum de drogues o substàncies estupefaents perquè la present circumstància pugui resultar estimada. Certament, no s'afegeix l'adjectiu de greu –a la manera de l'atenuant genèric de l'article 21.2a CP–, però el terme legal emprat, drogodependència, permet excloure, en una primera aproximació, les situacions en les quals la ingesta de les esmentades substàncies constitueixi un mer hàbit i no una addicció. La falta d'esment a la gravetat no constitueix una mera negligència, sinó una omisió aparentment cercada perquè la circumstància posseeixi un major potencial aplicatiu en situacions de drogodependència rellevants, però potser, cabria aventurar, amb una menor antiguitat o quantitat de dosi diària de la qual sembla reclamar la circumstància ordinària –fet que no deixa de ressaltar a la vista del caràcter qualificat de l'atenuant que es comenta.

La situació de drogoaddicció ha d'estar temporalment present en el moment de la comissió delictiva –fet que sens dubte podrà suscitar problemes probatoris–, i no resultarà apreciable per a supòsits en els quals el subjecte es trobés deshabituat en el moment dels fets.

L'apreciació d'aquesta circumstància, finalment, no constitueix el fonament aplicatiu de mesura de seguretat alguna, perquè es parteix ja de la necessitat que el destinatari es trobi *deshabituat* com a requisit per a la seva aplicació.

- *Quantia de la droga.*

El legislador ha cenyit l'aplicació de l'atenuant als supòsits que la quantia de les drogues tòxiques, substàncies psicotròpiques o estupefaents objecte del delicte no resultin de *notòria importància o extrema gravetat* (art. 376, paràgraf segon, *in fini* CP). L'esmentada restricció, d'un costat, reconeix la freqüència de la relació entre el petit tràfic de drogues i el fenomen de la drogoaddicció i, per un altre, sembla descartar que en el cas de quantitats notòries la causa principal del delicte pugui residir en l'addicció del subjecte, sinó en la més probable d'obtenció d'un benefici econòmic. Si podria apreciar-se en relació amb la resta de tipus agreujats, també en el cas que concorregués pertinença a una organització.

- *Finalització amb èxit d'un tractament deshabitador*

El nucli central de l'atenuació, i el que la distingeix de manera més evident d'altres beneficis ordinaris, és l'exigència de realització d'un tractament de deshabitació, que a més es finalitzi de manera reeixida, això és, aparentment amb l'abandó del subjecte de la seva drogodependència. El precepte exigeix la finalització amb èxit d'un tractament de deshabitació, sense fer esment a la necessitat que, en el moment d'enjudiciament, el subjecte es trobés efectivament deshabituat (no en va, són lamentablement freqüents les recaigudes després del seguiment d'un d'aquests programes). En tot cas, sembla que en l'esperit de l'atenuació –a la vista del seu fonament i orientació politicriminal– subjeu la idea que l'afectat es trobi efectivament deshabituat en el moment d'enjudiciament (també l'expressió *finalitzat amb èxit* avala aquesta interpretació: permanència en el temps de l'objectiu deshabitador i, per tant, de l'èxit del programa).

S'han d'esmentar, per a finalitzar, les dificultats que poden suscitar-se en la pràctica per a compatibilitzar el present requisit amb els anomenats judicis ràpids (vegeu l'article 795.2a LECrim), així com els problemes de prova que del mateix puguin derivar-se.

A l'article 377 es regula la quantia de les multes

Article 377. (Quantia de les multes)

Per determinar la quantia de les multes que s'imposin en aplicació dels articles 368 al 372, el valor de la droga objecte del delicte o dels gèneres o efectes

intervinguts serà el preu final del producte o, si s'escau, la recompensa o guany obtingut pel reu, o que hagués pogut obtenir.

Amb aquest precepte s'estableix una regla per a la determinació de la multa dins dels marges que corresponguin en el grau corresponent a la gravetat del delicte.

L'article 377 CP determina la manera de concretar el *quantum* econòmic de la pena de multa proporcional que es preveu en els delictes dels articles 368 a 372 CP. I ho fa, d'una banda, suprimint la rigidesa del sistema del vell Codi, en què la xifra oscil·lava entre el mínim de cinc-centes mil pessetes o un milió segons si eren drogues que no causen greu mal a la salut o que sí que en causen, respectivament, i el màxim de dos-cents vint-i-cinc milions per als casos més greus. Aquests marges, evidentment desproporcionats per a les petites passades de drogues i especialment irrisoris en els casos d'extrema gravetat, se substitueixen ara pel preu final de la droga o dels gèneres o efectes intervinguts o, si escau, de la recompensa o guany obtingut pel reu o que hauria pogut obtenir.

Tanmateix, la solució d'un problema genera l'aparició d'uns altres de semblants. De la mateixa manera que succeïa amb el comís, en el cas de la determinació de la pena de multa, tant els delictes bàsics i agreujats de tràfic de drogues, com el mateix article 377 CP en què hi ha les regles de determinació de la quantia de la multa, s'han de posar en immediata relació amb el que disposa l'article 52 CP per a la determinació, en general, de la pena de multa. D'això es desprèn que en l'article 377 CP no hi ha una clàusula de proporcionalitat semblant a la continguda en l'article 52 CP, que limita la fixació del *quantum*, principalment a la capacitat econòmica del subjecte actiu del delicte.

Doncs bé, com sigui que les conseqüències jurídiques de la part especial s'han de trobar descrites prèviament en la part general i, per tant, s'han d'acomodar als límits descrits allà, s'han d'entendre les normes de l'article 377 CP per a la determinació de la pena de multa sempre tenint en compte la capacitat econòmica del culpable, la qual cosa s'haurà de concretar una vegada feta excussió dels béns procedents del delicte, que seran objecte de comís.

A l'article 378 es regula l'ordre de pagament.

Article 378 (Ordre de pagament).

Els pagaments que s'efectuïn pel penat per un o diversos dels delictes a què es refereixen els articles 361 a 372 s'han d'imputar per l'ordre següent:

- 1.- A la reparació del dany causat i indemnització de perjudicis.*
- 2.- A la indemnització de l'Estat per l'import de les despeses que s'hagin fet pel seu compte en la causa.*
- 3.- A la multa.*
- 4.- A les costes de l'acusador particular o privat quan s'imposi en la sentència el pagament.*
- 5.- A les altres costes processals, fins i tot les de la defensa del processat, sense preferència entre els interessats*

Aquest precepte disposa una distribució expressa dels pagaments que han de fer-se pel condemnat per afrontar les diferents responsabilitats pecuniàries derivades de la comissió d'aquests delictes.

S'ha de tenir en compte que l'alteració de l'ordenament de pagaments a què fa referència l'article 378 CP amb relació a la norma general de l'article 126 CP, en què la pena de multa queda desplaçada al darrer lloc, respon a la necessitat de pal·liar una constant actitud d'impagament fonamentada habitualment en la desmesura de les costes de defensa.

CAPÍTULO III

De los delitos contra la salud pública

Artículo 359.

El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.

Artículo 360.

El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años.

Artículo 361.

El que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a tres años.

Artículo 361 bis. (Suprimido)

Artículo 362.

1. Será castigado con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años, el que elabore o produzca,

a) un medicamento, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación; o una sustancia activa o un excipiente de dicho medicamento;

b) un producto sanitario, así como los accesorios, elementos o materiales que sean esenciales para su integridad;

de modo que se presente engañosamente: su identidad, incluidos, en su caso, el envase y etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes, o, en su caso, la dosificación de los mismos; su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización o de los documentos de conformidad; datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones; o su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados, siempre que estuvieran destinados al consumo público o al uso por terceras personas, y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas.

2. Las mismas penas se impondrán a quien altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de cualquiera de los medicamentos, sustancias, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior, de un modo que reduzca su seguridad, eficacia o calidad, generando un riesgo para la vida o la salud de las personas.

Artículo 362 bis.

Será castigado con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años, el que, con conocimiento de su falsificación o alteración, importe, exporte, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite, expendá, despache, envase, suministre, incluyendo la intermediación, trafique, distribuya o ponga en el mercado, cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el artículo anterior, y con ello genere un riesgo para la vida o la salud de las personas.

Las mismas penas se impondrán a quien los adquiera o tenga en depósito con la finalidad de destinarlos al consumo público, al uso por terceras personas o a cualquier otro uso que pueda afectar a la salud pública.

Artículo 362 ter.

El que elabore cualquier documento falso o de contenido mendaz referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años.

Artículo 362 quater.

Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos 361, 362, 362 bis o 362 ter, cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Que el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, profesional sanitario, docente, educador, entrenador físico o deportivo, y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.*
- 2.ª Que los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales referidos en el artículo 362:*
 - a) se hubieran ofrecido a través de medios de difusión a gran escala; o*
 - b) se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado.*
- 3.ª Que el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos.*
- 4.ª Que los hechos fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.*

Artículo 362 quinquies.

1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Que la víctima sea menor de edad.*
- 2.ª Que se haya empleado engaño o intimidación.*
- 3.ª Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.*

Artículo 362 sexies.

En los delitos previstos en los artículos anteriores de este Capítulo serán objeto de decomiso las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128.

Artículo 363.

Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

- 1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.*
- 2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.*
- 3. Traficando con géneros corrompidos.*
- 4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.*
- 5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.*

Artículo 364.

1. El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario, será castigado con las penas del artículo anterior. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena al que realice cualquiera de las siguientes conductas:

- 1.º Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.*
- 2.º Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior.*
- 3.º Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1.º*
- 4.º Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos.*

Artículo 365.

Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Artículo 366.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quintuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 367.

Si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado.

Artículo 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 seis años y multa del tanto al triplo 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.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

Artículo 369.

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:

- 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.*
- 2.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*
- 3.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.*
- 4.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.*
- 5.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.*
- 6.ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.*
- 7.ª 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.*
- 8.ª El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.*

Artículo 369 bis.

Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.*
- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruplo del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 370.

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

- 1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.
- 3.º 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, embarcaciones 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 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

Artículo 371.

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.

2. Se impondrá la pena señalada 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.

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 369.2.

Artículo 372.

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.

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.

Artículo 373.

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.

Artículo 374.

En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 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 los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:

- 1.ª Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*
- 2.ª Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.*

Artículo 375.

Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 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.

Artículo 376.

En los casos previstos en los artículos 361 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.

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 drogodependiente 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.

Artículo 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.

Artículo 378.

Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 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.

FORMACIOPOLICIAL.CAT