

# LA IMPORTANCIA DE LA CANTIDAD Y COMPOSICIÓN EN LOS DELITOS RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

Análisis sobre la importancia de la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los delitos contra la salud pública, para la aplicación de una condena acorde con el daño producido; y, la diferencia entre el autoconsumo y el tráfico de drogas, sobre la base de convenios internacionales y jurisprudencia.

Lic. María Encarnación Mayán Santos

Dentro de los delitos contra la seguridad colectiva del Título XVIII del Código Penal (LO 10/1995 de 23 de noviembre) se regulan en el Capítulo III los delitos contra la salud pública. Estas figuras delictivas tienen en común el objetivo de proteger la salud pública de los efectos nocivos de ciertas sustancias dañinas englobadas bajo los conceptos de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Todas estas sustancias pueden producir graves alteraciones en el organismo que pueden ir desde una simple adicción hasta provocar la muerte o enfermedades graves que comprometan la salud de los consumidores. A pesar de su potencialidad es evidente que no todas las cantidades producen los mismos efectos, sino que una cantidad menor será menos perjudicial que una dosis mayor, y es por ello que la jurisprudencia tiene en cuenta la cantidad objeto de delito para imponer una mayor o menor pena, a pesar de que estén encuadradas dentro de las mismas conductas.

## **1.- Conductas delictivas que tienen en cuenta la cantidad**

Son diversas las conductas tipificadas relacionadas con dichas sustancias en las que la cantidad es relevante.

- En el artículo 368 se establecen las básicas que son el cultivo, la elaboración, el tráfico, promover, favorecer o facilitar su consumo y poseerlas para dichos fines, distinguiendo a efectos de penas si las sustancias son susceptibles o no de causar un grave daño a la salud pública.
- En el artículo 369.1.6ª se agrava la pena al tratarse de una cantidad de notoria importancia
- En el artículo 379.3 se recoge como agravación por su extrema gravedad que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediese notablemente de la considerada de notoria importancia.
- En el artículo 376 permite bajar la pena en uno o dos grados tratándose de un drogodependiente si la cantidad no fuese de notoria importancia o extrema gravedad
- En el artículo 377 para la determinación de la cuantía de las multas se tendrá en cuenta el precio final del producto o la recompensa o ganancia que pudiese obtener el reo.

## **2.- Sustancias: drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.**

El Código Penal no establece cuales son estas sustancias y hay que acudir a los convenios internacionales suscritos por España.

1. Estupefacientes. Regulados en Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes. (BOE núm. 96/1966, de 22 de abril de 1966) (modificado por [Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972](#), y por [Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975](#)). Los estupefacientes son sustancias destinadas a mitigar el dolor pero que un uso indebido puede dar lugar a una toxicomanía. Algunas definiciones recogidas en dicho convenio: por «cannabis» se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe, por «opio» se entiende el jugo coagulado de la adormidera, por «adormidera» se entiende la planta de la especie

*Papaver somniferum* L, por «arbusto de coca» se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxylon*, etc.. En el ámbito nacional, la Ley 17/1967 de 8 de abril de estupefacientes actualiza la legislación española adaptándola a lo establecido en el Convenio: se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca y tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas anexas al citado Convenio. Ejemplos: Cannabis (hachís, aceite de hachís y marihuana), cocaína, heroína, metadona, opio y morfina.

2. Psicotrópicos. Regulados en el Convenio Internacional sobre sustancias psicotrópicas de Viena de 1971 (BOE núm. 218/1976, de 10 de septiembre de 1976) y por el Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre de adaptación a la legislación española. Por sustancia psicotrópica se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la Lista I, II, III o IV. Son características comunes a estas sustancias las de producir los siguientes efectos: 1) un estado de dependencia y 2) estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo, y además que la sustancia pueda ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia. Ejemplos: LSD, MDMA (éxtasis) y anfetaminas.

En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (BOE núm. 270/1990, de 10 de noviembre de 1990) hace una remisión a lo regulado en esos dos convenios anteriormente vistos:

- Por «estupefacientes» se entiende cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la lista I o la lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en esa Convención

enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

- Por «sustancia psicotrópica» se entiende cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de 1971.

Esta Convención recoge dos cuadros con las sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Tradicionalmente se venía distinguiendo entre drogas duras (cocaína, anfetaminas, heroína, morfina) y blandas (cannabis) según la intensidad de la adicción que pueda crear un riesgo para la salud, pero esta clasificación ha caído en desuso.

### **3.- Dosis mínimas psicoactivas de las sustancias tóxicas**

Estos delitos relativos a drogas tóxicas son delitos de peligro con los que se pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido que en este caso es la salud pública, bastando la puesta en peligro para la comisión de un hecho delictivo. Pero la mera presencia de una cantidad de droga no puede implicar la existencia de un delito si no se acompaña de un cierto riesgo, riesgo que debe de ser determinado en primer lugar de manera objetiva estableciendo unos parámetros y en segundo personalizándolo según las circunstancias concretas del caso y del autor. No estando regulado ni en el Código penal ni en legislación posterior, ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que ir marcando las pautas de lo que se considera una cantidad insignificante para crear una situación de riesgo. Así lo expresa el Tribunal Supremo en la sentencia 298/2004 de 12 de marzo: *“el objeto del delito debe de tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de efectos potencialmente dañinos que sirvan de fundamento a la prohibición penal”*.

Conforme al principio de insignificancia la conducta es atípica cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud (sentencia de 11 de diciembre de 2000, 1889/2000). Este principio de insignificancia se ha aplicado de

manera ocasional al tráfico de drogas, aunque la última jurisprudencia dice que no es posible su aplicación porque al tratarse de un delito grave el peligro abstracto ya es suficiente para justificar su intervención (Recurso de Amparo 563/2007). Solo se aplica de manera excepcional y restrictiva cuando la “absoluta nimiedad” de la sustancia ya no constituya una droga tóxica o estupefaciente sino un producto inocuo. Ejemplos de aplicación el principio de insignificancia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- 0,05 grs. heroína (STS 12 septiembre 1994)
- 0,06 grs. heroína (STS 28 octubre 1996)
- 0,02 grs. heroína (STS 22 enero 1997)
- 0,10 grs. cocaína (STS 22 septiembre 2000)
- 0,02 grs. cocaína (STS 11 diciembre 2000)
- compartir dosis de un tratamiento de metadona (STS 18 julio 2001)

Se conoce como dosis inicial psicoactiva aquella cantidad mínima de una sustancia química que tiene efecto en el organismo. El Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo el 24 de enero del 2003 con el objeto de proceder a la unificación de criterios solicita al Instituto Nacional de Toxicología un informe, que es evacuado en diciembre de ese mismo año (Informe del Servicio de Información Toxicológico del Instituto Nacional de Toxicología 12691 de 22 de diciembre del 2003). Dicho Informe fue objeto de un resumen por el gabinete técnico del Tribunal Supremo que lo remitió a todos los magistrados con las dosis mínimas psicoactivas de 6 sustancias. Este resumen del informe fue mantenido por un Acuerdo no jurisdiccional de Sala el 3 de febrero del 2005. Los límites entre tipicidad y atipicidad lo marcan las siguientes cantidades:

- heroína 0,66 mg / 0,00066 gr.
- cocaína 50 mg / 0,05 gr.
- Hachís 10 mg / 0,01 gr.
- LSD 20 mg / 0,000005 gr.
- MDMA (Éxtasis) 20 mg / 0,02 gr.
- Morfina 2 mg / 0,002 gr.

Las cantidades asumidas por el Tribunal Supremo no son exactas a las mencionadas en el informe del Instituto de Toxicología, por ejemplo la cantidad de heroína es sensiblemente inferior en 0,34 mg (exige 1 mg),

no fueron pocas las críticas recibidas que se basaban en que estas cantidades eran demasiado bajas permitiendo la absolución en muchos supuestos bajo el “principio de insignificancia”. Estas cantidades son simples referencias, susceptibles de matizaciones en cada caso concreto, así lo recoge la sentencia de 12 de marzo del 2004 298/2004: *“Ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios, ni tampoco priva obviamente a las Salas sentenciadoras de su facultad de valorar dichos informes conforme a las reglas de la sana crítica, en un proceso penal que se caracteriza por la vigencia del principio contradictorio”*.

El porcentaje de riqueza de la sustancia también es importante a efecto de determinar si existe o no delito, se utiliza para saber si es capaz de causar riesgos para la salud y supone la proporción del principio activo contenido en ella, aunque solo es relevante en aquellos supuestos en que las cantidades son escasas.

#### **4.- Grandes dosis que suponen una cantidad de notoria importancia**

Según el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del 2001, la agravante específica de notoria importancia prevista en el artículo 369.3 del código penal se determina a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario de cada una de las sustancias según el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Para su determinación se tiene en cuenta exclusivamente la sustancia base o toxica, con la salvedad del hachís y sus derivados.

Algunos ejemplos de cantidades de notoria importancia:

- Heroína 300 gr.
- Morfina 1.000 gr.
- Metadona 120 gr.
- cocaína 750 gr.
- Marihuana 10 Kg.
- hachís 2,5 Kg.
- Aceite de hachís 300 gr.
- LSD 300 mg
- MDMA (éxtasis) 240 gr.
- Anfetaminas 90 gr.

En la sentencia 413/2007 de 9 de mayo, el Tribunal establece una interpretación a favor del reo aceptando que en los análisis de las sustancias respecto del pesaje y determinación de la pureza existe un margen de error de un 5%, en este caso la sustancia intervenida era de 303,55 grs. de heroína de la cual apreciando un simple error del 1,2% sale una cantidad de 299,91 grs., con lo cual ya no sería cantidad de notoria importancia.

La extrema gravedad prevista en el artículo 369 no se ha interpretado aún por el Pleno. La Sentencia 352/2007 de 23 de abril considera como extrema gravedad el exceso notable en comparación con la tenida en cuenta en la notoria importancia, *“se trata de una agravación objetivada que comporta una mayor antijuridicidad de la acción, por el mayor peligro de difusión a terceros, en función de la mayor cantidad de droga que la misma comprende”*, apreciando en esta sentencia dicha agravación ante 3,64 grs. de hachís.

#### **5.- Cantidad destinada al consumo propio o compartido**

La mera posesión de drogas por sí sola no es constitutiva de delito, puesto que puede ser obtenida para consumo propio, modalidad que es atípica, incluso cuando es adquirida por varias personas de común acuerdo para un consumo conjunto e inmediato, sin ánimo de revender.

El Tribunal Supremo utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología el 18 de octubre de 2001 sobre las dosis medias de consumo diario, que se mantiene en su jurisprudencia, así las sentencias de 14 mayo 1990, 15 de diciembre de 1995, 1778/2000 de 21 de noviembre y de 1 de noviembre del 2003. El Instituto Nacional de Toxicología mantiene que un consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para 5 días, que son las siguientes:

- Heroína 3 grs.
- Cocaína 7,5 grs.
- Marihuana 100 grs.
- Hachís 25 grs.
- LSD 3 mgrs
- Anfetamina 900 mgrs
- MDMA 1.440 mgrs

## **6.- Tráfico de drogas**

Para diferenciar entre posesión para autoconsumo y tráfico de drogas la jurisprudencia en la mayoría de los casos tiene que acudir a la prueba indirecta o induciaria, que según la resolución de 24 de abril del 2007 exige como requisitos: 1) pluralidad de hechos-base o indicios, 2) precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo, 3) necesidad de que sean periféricos o concomitantes, respecto al dato fáctico a probar, 4) interrelación entre dichos indicios, 5) racionalidad en la inferencia, enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano y 6) expresión de la motivación de cómo se llegó a la inferencia, para que pueda conocerse públicamente el discurso del tribunal.

El Auto 1139/2007 de 7 de junio, establece dos requisitos para considerar una conducta como constitutiva de tráfico de drogas: 1) que el acusado posea sustancias prohibidas, es un dato objetivo que debe ser acreditado con hechos externos, y 2) que exista un ánimo de traficar con ellas, lo que se conoce como preordenación al tráfico, elemento subjetivo que se determina por datos e indicios.

A modo de ejemplo de los indicios a tener en cuenta, el Tribunal Supremo ha considerado como supuestos de tráfico de drogas:

- La cantidad y variedad de drogas ocupadas al acusado que exceden, con mucho, la previsión normal de un consumidor, que se trata de una gran variedad de sustancias y la llegada a España con las sustancias sin dinero, trabajo ni lugar donde vivir ni contacto alguno para obtener un medio de vida . Auto 358/2007 de 24 de abril del 2007.
- Ejercer labores de vigilancia de forma alternativa en el lugar de compra y venta. Auto 1118/2007 de 31 de mayo.
- La falta de acreditación de la condición de consumidor drogodependiente, siendo un simple consumidor esporádico que supera la posesión para más de 5 meses de consumo propio. Auto 1092/2007 de 7 de junio.
- La cantidad de dinero intervenido.



#### LA IMPORTANCIA DE LA CANTIDAD Y COMPOSICIÓN EN LOS DELITOS RELATIVOS...

- La cantidad aprehendida supera ampliamente la dosis diaria (22 dosis). Sentencia 15 de diciembre del 2004 y del 31 de marzo del 2006.
- Máximas de experiencia según las cuales cuando se producen numerosas visitas al domicilio de un sospechoso, realizadas por distintas personas, de escasa duración temporal y sin razón aparente alguna, siendo el sospechoso reincidente por tráfico de drogas. Resolución de Julio del 2007.
- Persona que vive de la mendicidad que posee sustancias por valor de 33.000 Ptas. Auto de 1 de abril del 2002.
- Arrojar algo ante la llegada de los policías y ver perfectamente donde caías y en ese lugar se encuentra el efecto incautado sin que exista confusión. Auto 1129/2007.
- La venta de droga con la obligación de consumirla en el mismo local para evitar ser vistos los consumidores en la entrada. Sentencia 512/2007 de 7 de junio.

Quedan excluidos de los actos de tráfico las donaciones de los familiares o allegados a los consumidores habituales, así como las transmisiones realizadas a una persona interna en un centro penitenciario realizada también por familiares o allegados a personas dependientes de dichas sustancias, siempre que sean realizadas de manera gratuita (STS 13 de julio del 2003).