CIRCULAR 2/2005

SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

SUMARIO: I.-INNOVACIONES EN LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CODIGO PENAL: I.-1. Circunstancia primera: cualificación profesional del partícipe; I.-2. Circunstancia segunda: pertenencia a organización; I.-3. Circunstancia tercera: participación en otras actividades; I.-4. Circunstancia cuarta: establecimientos abiertos al público; I.-5. Circunstancia quinta: cualidad personal del destinatario; I.-6. Circunstancia sexta: notoria importancia; I.-7. Circunstancia séptima: adulteración de las sustancias; I.-8. Circunstancia octava: lugar de comisión del delito; I.-9. Circunstancia novena: uso de violencia o de armas; I.-10. Circunstancia décima: contrabando de drogas. II.-LA RESPONSABILIDAD DE ORGANIZACIONES, ASOCIACIONES Y DE LAS PERSONAS TITULARES DEL ESTABLECIMIENTO EN QUE SE HAYA COMETIDO EL DELITO. III.-LOS SUBTIPOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 370 DEL CODIGO PENAL: III.-1. Utilización para la comisión del delito de menores de edad o disminuidos psíquicos; III.-2. Especial agravación en relación con determinadas personas; III.-3. Extrema gravedad. IV.- MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 371 DEL CODIGO PENAL. V.- NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO DE BIENES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 374 DEL CODIGO PENAL: V.-1. Principios generales que lo informan; V.-2. Ámbito objetivo de aplicación; V.-3. Ámbito subjetivo de aplicación; V.-4. El comiso de bienes de valor equivalente; V.-5. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia; V.-6. Criterios generales de actuación en los procesos penales. VI.-CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL ATENUACIÓN: el tipo privilegiado de colaboración y la figura del consumidor-traficante.

La reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, cuyos aspectos relativos a la parte general del mismo han sido objeto de examen en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/2004 y 1/2005, afecta también a la parte especial de dicho texto legal en función de dos parámetros claramente diferenciados. Así, de un lado, ha sido preciso adaptar las sanciones previstas en muchos de los tipos penales a las modificaciones de carácter general que se han llevado a efecto en el sistema de penas, y de otro lado se han producido innovaciones en la descripción de algunos de los comportamientos típicos ya contemplados o se han incorporado otros nuevos al catálogo de delitos de dicha parte especial.

El examen de estas modificaciones en el Libro II, debe realizarse con una sistemática diferente de la empleada para abordar el estudio de la parte general, ya que resulta aconsejable analizar separadamente las distintas materias en función de la trascendencia de las modificaciones operadas en cada caso, y aprovechando la experiencia obtenida por las diferentes Fiscalías en la aplicación práctica de los nuevos preceptos, todo ello con la finalidad de fijar una interpretación uniforme de los mismos que asegure la unidad de actuación que debe regir la intervención del Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

Es obvio que la Circular 1/1984, dictada con motivo de la reforma del anterior Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/83 de 25 de Junio, se ha visto claramente superada por las múltiples modificaciones que la materia referente a los delitos de tráfico ilícito de drogas ha experimentado en las últimas décadas: las Leyes Orgánicas 1/88 de 24 de Marzo, 8/92 de 23 de Diciembre, 10/95 de 23 de Noviembre, que aprueba el Código Penal actualmente en vigor, y 15/2003 de 25 de Noviembre han configurado un panorama normativo singularmente diferente en aspectos esenciales de la tipificación penal y de la respuesta sancionadora.

Las novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 inciden de forma notable en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, en el que se tipifican los delitos contra la salud pública, afectando concretamente a la regulación de los tipos penales relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como a las penas y consecuencias accesorias derivadas de dichos comportamientos ilícitos.

La propia Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica explica específicamente el alcance de las innovaciones que se introducen, en los siguientes términos: *"Los delitos contra la salud pública han sido objeto de una mejora técnica, modificándose su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena, y la ampliación del alcance de la figura del comiso. Se amplía sensiblemente la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas y se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación o en sus proximidades, así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho"*.

I. INNOVACIONES EN LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 15/2003 ha modificado de forma importante las circunstancias enumeradas en el apartado 1º del artículo 369, que en relación con la sanción prevista para las conductas descritas en el artículo 368 determinan la imposición de la pena superior en grado y la de multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito.

I.-1 Circunstancia primera: cualificación profesional del partícipe.

Concurre esta circunstancia cuando *"El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo profesión u oficio"*.

La descripción del subtipo se corresponde con la antigua circunstancia octava, manteniendo prácticamente el mismo contenido que aquella con la salvedad de que sustituye la referencia " con abuso de su profesión oficio o cargo" por la actual que exige obrar "en el ejercicio de su cargo profesión u oficio". Por otra parte esta nueva descripción de la conducta que integra el subtipo, recupera los términos utilizados por el Código Penal TR 1973 en el artículo 344 bis c) en relación con el artículo 344 bis a) 7º, que circunscribía también la aplicación del precepto a que el delito se cometiera en el ejercicio del cargo, profesión u oficio del imputado.

En cualquier caso la innovación no se hace acreedora de una nueva interpretación del precepto, en la medida en que cualquier actividad delictiva relacionada con el tráfico de drogas realizada en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, supone, de hecho, abuso del mismo y lo que en definitiva se sanciona es el aprovechamiento de esa circunstancia para la ejecución del delito.

Este es el criterio asumido por la jurisprudencia y plasmado entre otras en las SSTS 945/1997 de 30 de Junio y 275/1995 de 24 de Febrero, receptoras a su vez la doctrina fijada en la STS 1762/1994 de 11 de Octubre, que, en relación con la regulación legal contenida en el Código Penal TR 1973 indicaba: "La «ratio legis» de la agravación por la condición o profesión del sujeto activo que establece el número 7 del artículo 344 bis. a), no puede ser otra que la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria como son las allí recogidas: autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador. Si no se quiere establecer un trato desigual y discriminatorio por la sola razón del cargo o profesión ni romper con el principio de culpabilidad imperante hoy en el Derecho Penal, la mayor pena impuesta a un hecho en atención a la condición del sujeto pasivo (sic) debe responder a un «plus» en el desvalor del hecho o en el de la conducta, en atención a un mayor contenido de antijuridicidad de la acción, en cuanto se acreciente el potencial dañoso o de riesgo del hecho o a una vulneración de especiales deberes del sujeto y que incremente la reprochabilidad de su comportamiento. Lo que se produce cuando aquél aprovecha o utiliza el cargo, profesión o función típicos que desempeña para una más fácil comisión del delito, una mayor extensión del mismo o una más alta probabilidad de lograr la impunidad. Si tales circunstancias, que refuerzan la gravedad de su acción no se dan no debe agravarse la pena por la sola objetividad de la profesión del culpable, pues tal agravación no respondería a un «substratum» material que la justificase".

I.-2 Circunstancia segunda: pertenencia a organización.

Concurre cuando *"El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional"*.

Esta circunstancia recoge en términos idénticos el subtipo descrito en el apartado sexto de la anterior regulación, sin que se haya producido ninguna innovación en la dición del precepto, salvo dicha reubicación sistemática.

El concepto de organización a los efectos de la aplicación de esta circunstancia, que también se contemplaba en el artículo 344 bis a) 6º Código Penal TR 1973, en su redacción dada por Ley Orgánica 1/1988, ha sido objeto de una abundante doctrina jurisprudencial que ha perfilado los elementos que delimitan dicho concepto diferenciándolo de los supuestos de simple codelincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito: pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado para la difusión de la droga, distribución de funciones o cometidos, una cierta jerarquización, y actividad persistente o duradera (SSTS de 25-9-85, 18-12-86, 5-2-88, 14-1-89, 6-7-90, 8-2-91, 18-4-91, 11-6-91, 12-7-91, 23-12-91, 30-6-92, 8-2-93, 12-3-93, 17-3-93, 5-5-93, 17-7-93, 21-1-94, 3-5-94, 2-6-94, 12-9-94, 10-11-94, 19-1-95, 14-2-95, 24-6-95, 2-4-96, 12-4-96, 4-6-96, 12-11-96, 18-12-96, 21-5-97, 13-10-97, 26-1-98, 4-2-98, 7-3-98, 6-4-98, 5-5-98, 10-7-98, 13-7-98, 28-7-98, 1-10-98, 16-10-98, 17-10-98, 3-12-98, 11-1-99, 20-2-99,

29-5-99, 5-6-99, 10-6-99, 6-9-99, 10-4-00, 28-6-00, 1-3-01, 16-5-01, 8-6-01, 17-10-02, 28-2-03 y 25-6-03).

De acuerdo con dicha doctrina, la STS 1489/2003 de 6 de Noviembre, al definir la agravante específica de pertenencia a organización, refiere que se caracteriza por las siguientes notas: "a) por la concurrencia de dos ó más personas; b) por el acuerdo entre ellas de promover la difusión de drogas a gran escala; c) por la coordinación entre dichas personas y la programación entre ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal cuya meta final estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la asignación de distintas tareas, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que se considere preciso el establecimiento de reglas o estatutos; d) por la fijación de una cierta estructura jerárquica que determine la existencia de unos jefes, administradores o encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación vigente; e) por la concurrencia de una cierta duración, continuidad y permanencia en el tiempo, requisito atenuado en la norma penal actual, que trata de ampliar el ámbito de esta agravante específica, al haber añadido las expresiones "Incluso de carácter transitorio" y "aun de modo ocasional". Como también recuerda la STS 1504/2004 de 25 de Febrero, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de organización, si bien desde una perspectiva criminológica cabe entender como tal "la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas".

En cualquier caso debe destacarse que la propia dicción legal permite la apreciación de este subtipo agravado aun cuando la organización delictiva no se perpetúe en el tiempo ya que como "el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal" (STS 1095/2001 de 16 de Julio, con cita de las de 25-5-97 y 10-3-00 entre otras).

En el mismo sentido la STS de 16-10-98 razona que la transitoriedad que menciona el párrafo 6º del artículo 369 (actual párrafo 2º del art. 369.1) no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma, y que la ocasionalidad, también citada en el precepto se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma.

I.-3 Circunstancia tercera: participación en otras actividades.

Concurre esta circunstancia cuando "*el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*".

Equivale a la antigua circunstancia séptima, si bien la actual regulación adolece de mayor imprecisión que la precedente, ya que vincula la agravación a la participación del

culpable en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito, sin exigir ningún otro requisito, en tanto que anteriormente el precepto derogado exigía para la aplicación del subtipo que estas actividades organizadas fueran de carácter delictivo. Esta omisión determina que la interpretación literal del subtipo resulte desproporcionada, y hasta absurda, en relación con la finalidad pretendida por el legislador ya que implicaría apreciar esta circunstancia de agravación específica en supuestos que no revisten una mayor gravedad ni denotan una especial peligrosidad, siendo suficiente para ello con que el imputado participe en actividades organizadas del tipo que sean, que bien pueden ser de carácter lícito.

La Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, celebrada en los días 18 y 19 de Noviembre del pasado año, tras examinar este precepto, llegó a la conclusión de que la interpretación del mismo no puede hacerse desconociendo lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada en Viena el 20-12-1988, en la medida en que la agravación trae causa precisamente de los preceptos incorporados al citado instrumento internacional.

Efectivamente, en el Preámbulo de la mencionada Convención, que entró en vigor en España el 11-11-1990, se reconoce específicamente la vinculación existente entre el tráfico ilícito de drogas y otras actividades delictivas organizadas y la amenaza que ello supone para la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados, al tiempo que se constatan los indeseables efectos que pueden tener para las economías lícitas. Por esta razón, con la finalidad de crear un marco jurídico completo, eficaz y operativo en la lucha contra el tráfico de drogas, se adoptaron determinados acuerdos entre ellos el recogido en el artículo 3.5 de la citada Convención, según el cual las Partes se comprometen a disponer lo necesario para que sus Tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta como agravaciones del delito determinadas circunstancias entre las que se incluyen en sus apartados b) y c) las siguientes:

b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas.

c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Esta agravación fue recogida en términos muy similares en la redacción del artículo 369-7º del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, agrupando los dos apartados en una sola circunstancia y utilizando para ambos casos el calificativo “delictivas”, circunstancia que se ha mantenido inalterable hasta la actual modificación.

En consecuencia, la interpretación correcta de este precepto obliga necesariamente a integrar la omisión legislativa, en el sentido que le fue dado por la referida Convención de Viena, por lo que los Sres. Fiscales aplicarán únicamente esta agravante cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas o en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

I.-4. Circunstancia cuarta: establecimientos abiertos al público.

Contempla este subtipo los supuestos en que *“los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”*.

También en este caso la circunstancia agravante transcribe exactamente el contenido de la contemplada en el ordinal segundo del precepto anterior a la reforma, por lo que sigue siendo aplicable la doctrina elaborada al respecto por nuestros Tribunales, de la que es fiel exponente la STS 987/2004 de 13 de Septiembre que recogiendo otras anteriores entre ellas las SSTS 1075/2002 de 11 de Junio, 329/2003 de 10 de Marzo, 542/2000 de 12 de Abril, resume los criterios de aplicación de este subtipo en los siguientes términos:

“a) su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la ratio legis de la agravación (STS 15/12/99), lo que es continuación de lo sentado por las [SS de 19/7/91, 20/2/97 y 19/12/97](#) expresivas de que el subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y que cuando no conste la finalidad de tráfico en el local queda solo a efectos penales la simple tenencia ilícita con tendencial y genérico ánimo de favorecer el consumo;

b) que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (SSTS 15/2/95 y 15/12/99); y

c) como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída ([STS 1/3/99](#)), es decir, como señala la sentencia citada más arriba de 15/12/99 la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local ([STS 10/02/00](#))”.

I.-5 Circunstancia quinta: cualidad personal del destinatario.

Contempla el supuesto en el que: *“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”*.

Estas circunstancias de agravación se incluían también en la regulación anterior a la reforma llevada a efecto por la Ley Orgánica 15/2003, si bien en el actual subtipo se aglutinan la primera parte de la antigua circunstancia primera y la anterior circunstancia cuarta.

Al respecto se mantienen también en este caso todos los criterios jurisprudenciales sobre la interpretación de las indicadas agravaciones, que en relación con la difusión de drogas entre menores de edad y aplicable igualmente a los restantes sujetos pasivos específicamente protegidos, puede resumirse al tenor de la STS 1119/2002 de 28 de Junio,

en los siguientes términos: “La doctrina de esta Sala (SSTS 811/1994 de 21 de abril y 15 de Noviembre de 1997 entre otras) ha tratado el tema del error sobre un hecho que determine la aplicación de un subtipo agravado señalando que los elementos objetivos (hechos) que integran la especialidad de un subtipo agravado -como es el núm. 1º del art. 369 CP/1995- determinando una mayor penalidad del mismo respecto al tipo base, han de estar, conforme al principio de culpabilidad, abarcados por el dolo del autor para que puedan ser reprochados a éste castigándolo como responsable del subtipo más grave. En la técnica de nuestro CP, tanto desde el punto de vista del párrafo segundo del artículo 14, como desde la perspectiva de la regla del párrafo segundo del actual artículo 65, tal conocimiento es exigible en su integridad cuando de hechos o elementos objetivos agravatorios se trate -y objetivo es el dato de la edad del sujeto pasivo, al que se refiere el supuesto enjuiciado en la sentencia impugnada- que sólo pueden agravar la pena de quienes tengan conocimiento de su concurrencia en el hecho por ellos realizado”.

En relación con ello debe recordarse que la aplicación del subtipo procede igualmente en los supuestos de dolo eventual en cuanto al conocimiento de la minoría de edad de quien adquiere o recibe la sustancia estupefaciente o psicotrópica. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones: SSTS de 2-2-89, 26-5-91, 5-11-96, y más recientemente la de 29-12-03, en los siguientes términos “El conocimiento de dicha circunstancia forma parte naturalmente del tipo subjetivo de la figura agravada en cuestión, puesto que se trata de un tipo doloso en que el sujeto activo debe abarcar con su conocimiento todos los elementos del tipo objetivo. Otra cosa es que sea suficiente que el aspecto externo del adquirente de la droga revele claramente la minoría de edad del adquirente de la misma. En tal caso podrá ser afirmado el dolo del autor, que será directo o eventual según sea cierto o meramente probable el conocimiento de la edad que proporciona el aspecto externo del adquirente”

Con el mismo criterio restrictivo la STS 935/1999, de 12 de Junio con estimación del recurso interpuesto, consideró no aplicable el subtipo agravado del artículo 344 bis a) 4º, Código Penal TR 1973, por no existir prueba suficiente de que el acusado conociera que la mujer, adquirente de la sustancia, estuviera siguiendo un tratamiento de deshabitación, temporalmente interrumpido, aunque le constara que la joven era estrechamente vigilada por sus padres para evitar el consumo de drogas.

I.-6 Circunstancia sexta: notoria importancia.

Se refiere al supuesto en el que *"fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior"*.

También en este caso la única modificación destacable es la relativa a la ubicación sistemática del precepto que pasa al sexto lugar desde la anterior posición tercera en el artículo 369 CP, al carecer absolutamente de trascendencia la sustitución de la definición descriptiva de las sustancias objeto del delito por la referencia genérica a las contempladas en el artículo 368.

Al examinar este precepto resulta obligada la mención del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19-10-2001, que con apoyo en un informe previo del Instituto Nacional de Toxicología, concreta la aplicación de la agravante específica de notoria importancia, en las distintas sustancias, a partir de las quinientas dosis calculadas sobre la cantidad correspondiente al consumo diario estimado

de un adicto medio, debiendo tenerse en cuenta exclusivamente, a estos efectos, el resultado obtenido en cada caso de sustancia o base tóxica, es decir una vez reducida a pureza, con la salvedad del haschis y sus derivados respecto de los cuales no es necesario tener en cuenta el porcentaje de principio activo (1).

Este mismo criterio ha sido recogido en la STS 2027/2001 de 6 de Noviembre y posteriormente en múltiples resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras las Sentencias 217/2003 de 18 de Febrero, 617/2003 de 24 de Abril y 487/2004 de 16 de Abril.

I.-7 Circunstancia séptima: adulteración de las sustancias.

Esta circunstancia es de aplicación cuando *"las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre si o con otras incrementando el posible daño a la salud"*.

Equivale a la antigua circunstancia quinta del mismo artículo 369, si bien en la regulación actual se suprime la referencia a "productos", contenida en la dicción anterior, concretándose el comportamiento agravado únicamente en la adulteración, manipulación o mezcla de sustancias. En realidad la modificación de carácter meramente terminológico, carece de incidencia ya que la agravación se remite, por expresa dicción del precepto a todos los elementos cuyo tráfico se sanciona en el artículo 368, bien sean sustancias naturales o productos obtenidos artificialmente tras los correspondientes tratamientos o procesos químicos.

La apreciación de este subtipo exige que la mezcla aumente el riesgo de daño a la salud, por lo que no será de aplicación cuando, por el contrario, la adulteración disminuya o atenúe los potenciales efectos nocivos sobre el organismo de la sustancia resultante.

I.-8 Circunstancia octava: lugar de comisión del delito.

Se refiere al supuesto en el que *"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"*.

Este subtipo recoge parcialmente la antigua circunstancia primera si bien modifica su contenido en diversos sentidos:

- En primer término restringe los lugares a los que es de aplicación el precepto en la medida en que, al enumerar los establecimientos que son objeto de protección específica frente a la actividad ilícita de tráfico de drogas, se sustituye la referencia a los centros asistenciales en general, por la más limitada de centros de deshabitación o rehabilitación.

- Por el contrario y respecto de la totalidad de los centros o establecimientos que se relacionan, se amplía el marco espacial de protección al incluir en todos ellos la alocución " en sus proximidades".

- Finalmente se modifica la definición del comportamiento típico concretada en la redacción original del Código Penal de 1995 en la realización de actos de introducción o difusión en dichos centros o establecimientos, por la más amplia de realización de "las conductas descritas en el artículo anterior", es decir todas las incluidas en el artículo 368, cuando se lleven a efecto en dichos lugares o en sus proximidades.

Todo ello supone una extraordinaria ampliación del ámbito de aplicación de esta agravación. En primer termino porque obliga a considerar definitivamente superado el debate sobre la interpretación del subtipo, que la jurisprudencia reciente apreciaba si se constataba efectiva introducción o difusión o si la acción había generado un riesgo real de propagación entre los internos del centro o establecimiento (SSTS 68/2001 de 29 de Enero y 1553/2003 de 21 de Noviembre), ya que en la actual regulación, la conducta típica se define con mucha más amplitud incluyendo cualquiera de los comportamientos previstos en el tipo básico y en segundo lugar, porque se amplía el marco espacial de protección al referir la aplicación de la circunstancia agravatoria no al centro o establecimiento mismo sino también a sus proximidades.

El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en si mismas objeto de una especial protección como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación.

En cualquier caso llama la atención la imprecisión del concepto "proximidades", que en sus contornos habrá de ser debidamente matizado a través de las resoluciones que se dicten por los órganos judiciales en los supuestos concretos que se sometan a su conocimiento. Precisamente la dificultad que plantea la interpretación de este termino, determinó que la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Trafico Ilegal de Drogas en su sesión plenaria celebrada los días 18 y 19 de Noviembre del pasado año, se pronunciara en favor de conjugar la delimitación de la "proximidad" desde una perspectiva de carácter geográfico, con el elemento finalístico o tendencial consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos.

Ahondando en la misma línea interpretativa, se debe, no obstante, concebir con mayor amplitud la finalidad pretendida por el precepto, que como se ha indicado está orientado no solamente a evitar el tráfico y consumo de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas dentro de los establecimientos o locales especialmente protegidos sino también los actos de promoción favorecimiento o difusión entre quienes por su cualidad personal acuden a dichos lugares y, en consecuencia frecuentan los alrededores de los mismos.

Por todas estas razones, los Sres. Fiscales en orden a la aplicación de este subtipo deberán hacer una interpretación en la que se valoren elementos objetivos tales como la proximidad espacial en sentido estricto o la ubicación de los lugares especialmente protegidos en relación con otros edificios o núcleos de población cercanos, criterio éste de carácter relativo que puede ser diferente en cada caso y la incidencia que en los efectos del delito pueda tener dicha situación geográfica. Así, en ese sentido, la cualificación de

proximidad en relación con cada uno de estos lugares será aplicable a aquel espacio en el que se proyecte la razón de la agravación y no el que meramente esté cercano en sentido puramente geográfico.

Todo ello sin perjuicio de que, además, se constate efectivamente la concurrencia del elemento subjetivo del subtipo agravado, es decir el conocimiento por parte del sujeto activo de la situación de cercanía territorial y su aprovechamiento para potenciar el consumo en los lugares especialmente protegidos o por las personas que acuden a los mismos.

I.-9 Circunstancia novena: uso de violencia o de armas.

Esta circunstancia agravatoria, completamente novedosa, está prevista para los supuestos en los que: *“el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciera uso de armas para cometer el hecho”*.

También en este supuesto la reforma ha seguido los criterios establecidos en la Convención de Viena de 20 de Diciembre de 1988, que en su apartado 3.5 contempla la necesidad de que las Partes atribuyan particular gravedad, en sus respectivas legislaciones, a la comisión de los delitos de tráfico de drogas cuando concurra:

d) el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente.

Sin perjuicio de dicho antecedente, la introducción de esta circunstancia ha sido criticada por el Consejo General del Poder Judicial en el informe al anteproyecto de la Ley Orgánica para la reforma del Código Penal, al entender innecesaria una construcción compleja, en la que se incorpora al tipo agravado de delito de tráfico de drogas, el empleo de la violencia o la exhibición o uso de armas para cometer el hecho, sin que ello suponga una lesión más grave del bien jurídico protegido que es la salud pública, sino más bien la afectación de otro bien jurídico diferente cual es la libertad o la integridad física o moral, que en su caso daría lugar al oportuno concurso de delitos.

Este subtipo agravado será previsiblemente de escasa aplicación, pues contempla una situación de hecho poco frecuente en la realidad práctica como es la utilización de violencia o armas para la comisión de estos ilícitos. En relación con ello, debe indicarse que del tenor gramatical del precepto se colige que el empleo de violencia o armas debe estar orientado directamente a la comisión del delito, es decir al aseguramiento o protección de actos de cultivo, elaboración, tráfico o de cualesquiera otros destinados a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, no siendo aplicable por tanto esta circunstancia agravatoria si dichos medios se utilizan en un momento posterior, culminada que sea la acción delictiva, por ejemplo para dificultar el descubrimiento del delito o la detención de sus autores, sin perjuicio, en cualquier caso, de la calificación jurídico-penal que, en si mismos, merecieran dichos hechos.

La utilización de armas se encuentra definida en sentido amplio, abarcando tanto el uso como la mera exhibición, si bien debe hacerse notar que el arma jurídicamente relevante a los efectos de la aplicación de este subtipo agravado, al no incorporarse en el mismo alternativamente otros instrumentos peligrosos, como ocurre en otros tipos delictivos como el robo, ha de operar necesariamente en un ámbito más reducido.

No existiendo un concepto legal de “arma” en el Código Penal, deben perfilarse sus contornos, en orden a la aplicación de este subtipo, conforme a las pautas exegéticas propias del ordenamiento penal. A estos efectos resulta obligada la referencia al Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de Enero, que si bien no facilita un concepto de lo que debe entenderse por armas, si establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada, en los términos fijados por la STC 24/2004 de 24 de Febrero, en el sentido de no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos, que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida.

I.-10 Circunstancia décima: contrabando de drogas

Se trata también en este caso de un novedoso subtipo que sanciona más gravemente los supuestos en que: *"El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas"*, siendo susceptible de aplicación tanto a los que materialmente realizan dichos actos como a los que los promueven o favorecen, es decir a aquellos que se conciertan para la introducción o salida ilegal de España de estas sustancias.

La decisión de incorporar este subtipo agravado en el artículo 369 CP no es ajena a la consolidada doctrina jurisprudencial, iniciada con la STS de 1-12-97, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24-11-1997, que superando el anterior tratamiento del concurso ideal entre el delito contra la salud pública y el delito de contrabando, estimó la existencia de un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8-3º CP, entendiendo que el delito tipificado en los artículos 368 y 369 absorbía todo el desvalor de la conducta, es decir, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso se hubiera satisfecho pago alguno al Estado dada la naturaleza de la sustancia objeto de introducción y que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya había sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el artículo 368 CP.

Esta doctrina, plenamente asumida por los Tribunales de Justicia, ha determinado que el legislador opte por contemplar en el artículo 369.1-10ª, el subtipo que examinamos merced al cual se sancionan más gravemente las conductas típicas cuando las sustancias objeto del delito se hayan introducido o sacado ilegalmente del territorio nacional.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes mencionada, elaborada en relación con la antigua circunstancia primera del artículo 369 CP en orden a interpretar el concepto de "introducción" en determinados centros o establecimientos, así como la que se tuvo en cuenta para la consumación del delito de contrabando exigiendo la efectiva entrada en territorio español (SSTS de fechas 23-1-98; 1-10-96 y 19-5-97 entre otras muchas) hay que entender que la consumación del subtipo que nos ocupa solo es posible si realmente se ha producido la entrada o salida de la droga del territorio nacional.

A dichos efectos, el concepto de territorio fue objeto de diversas interpretaciones, si bien, la publicación de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de Diciembre de Represión del Contrabando, dio lugar a la consolidación de un criterio uniforme en la doctrina jurisprudencial, que se recoge en la STS de 18-7-96 en los siguientes términos: "Conforme a dicha definición legal, procede reafirmar, de entre los varios criterios expuestos, el recogido por esta Sala en Sentencias como las de 27 de Junio 1991 ó 15 enero 1992, conforme a las

cuales en la figura de importación de estupefacientes el delito queda consumado cuando se ha pasado el control aduanero o cuando, inexistente este, se ha colocado la mercancía en territorio protegido por las barreras aduaneras españolas, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución cuando se han iniciado las actividades inmediatamente dirigidas al paso de la frontera en la forma antes expuesta, y, sin embargo no se ha producido la introducción en territorio español", debiendo citarse en igual sentido otras muchas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre ellas las de 2-3-97, 26-6-97 13-10-97 y 20-10-97.

Así lo entendió también la Junta General de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, celebrada los días 18 y 19 de Noviembre del año 2004, que en sus conclusiones se refiere a esta circunstancia en los siguientes términos: *"La aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.10ª solo podrá fundamentarse en la introducción o salida efectivas de tales sustancias del territorio nacional, al objeto de evitar respuestas punitivas manifiestamente desproporcionadas al grado real de antijuridicidad material de las mismas, de manera que cuando tales conductas tengan lugar en los recintos aduaneros únicamente la superación de tales controles permitirá considerar consumada tal agravación específica"*.

Por tanto, si no se produce dicha circunstancia no será de aplicación el subtipo que examinamos al no haberse ejecutado efectivamente el comportamiento agravatorio consistente en la introducción o salida ilegal del territorio nacional de las sustancias sometidas a restricción, subsistiendo no obstante plenamente consumada la acción integradora del delito básico previsto en el artículo 368 CP, respecto de la cual habría, en su caso, de haberse construido la agravación si se hubiera perfeccionado el comportamiento especialmente sancionado. Abundan en ello razones penológicas porque la posibilidad que ofrece la tentativa de rebajar en dos grados la pena prevista para el subtipo determinan que de estimarse la existencia de un concurso de normas resulte en abstracto más grave la pena correspondiente al tipo básico en grado de consumación que la que pudiera imponerse por el subtipo intentado del artículo 369.1-10ª.

Una interpretación similar, pero en relación a la circunstancia agravatoria consistente en la introducción de la droga en centros penitenciarios, ha sido asumida por la doctrina jurisprudencial recogida entre otras en las SSTs de 6-10-93, 9-10-96 y 15-4-98, con algunas vacilaciones como la reciente STS de 21-11-03, manteniendo la improcedencia de construir un delito de tráfico de drogas consumado y una tentativa de la modalidad agravada.

En consecuencia, los Sres. Fiscales, en estos supuestos en los que por las razones expuestas no se pueda entender perfeccionado el comportamiento que integra el subtipo agravado que nos ocupa, calificarán los hechos, únicamente, como delito consumado contra la salud pública del artículo 368 CP.

II.- LA RESPONSABILIDAD DE ORGANIZACIONES, ASOCIACIONES Y DE LAS PERSONAS TITULARES DEL ESTABLECIMIENTO EN QUE SE HAYA COMETIDO EL DELITO

La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, ha incorporado un nuevo apartado en el artículo 369 en el que se sanciona específicamente a determinadas personas jurídicas, por su vinculación con la actividad delictiva, en los siguientes términos:

“En los supuestos previstos en las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:

1ª La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas.

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

La novedad de este precepto es contemplar nítidamente un supuesto de responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas que se concreta en las organizaciones o asociaciones que tuvieran como objeto de su actividad el tráfico de drogas en cualquiera de sus formas o aquellas de carácter delictivo en las que participare la persona física responsable del comportamiento típico o cuya actividad se vea favorecida por el delito o finalmente las personas jurídicas que ostenten la titularidad del establecimiento abierto al público en el que se lleve a efecto el hecho ilícito, cuando se constate en unos y otros casos, su intervención en la acción criminal.

Pese a los términos genéricos con los que el artículo 369.2 se refiere a las organizaciones o asociaciones para las que se han previsto estas sanciones, su aplicación exige que las mismas tengan una existencia propia independiente de la simple suma de las personas físicas que la integran, es decir que no se trate de meras organizaciones o asociaciones "de facto" sino que como tales tengan capacidad de actuación en el tráfico jurídico.

Para estas personas jurídicas el legislador ha previsto la imposición preceptiva de una pena de multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, es decir una sanción penal específica y autónoma respecto de la que se imponga a la persona o personas físicas responsables de la actividad criminal, lo que supone una diferencia esencial con la responsabilidad que para los delitos especiales propios contempla el artículo 31.2 CP, ya que en este último caso la sanción no se impone separadamente a la persona jurídica sino que ésta responde solidariamente junto con la persona física, administrador de hecho o de derecho de la sociedad, del pago de la multa a la que aquel es condenado.

Además el precepto que comentamos impone igualmente en relación con estas personas jurídicas y en los mismos casos, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios derivados de la acción ilícita, que pertenezcan a la organización y/o asociación, así como facultativamente la posibilidad de adoptar cualesquiera otras de las medidas que se contemplan.

El comiso, en este caso, se justifica con facilidad dada la naturaleza y origen de los bienes y efectos en que se concreta y la implicación en la actividad criminal de la organización, asociación o persona jurídica titular de dichos bienes, por lo que el precepto no es sino la aplicación en estos supuestos específicos de las normas que con carácter general se fijan en el artículo 127 CP. En cuanto a las restantes medidas que el órgano judicial puede adoptar, que necesariamente exigen, al igual que el comiso la solicitud previa del Ministerio Fiscal o de alguna de las acusaciones personadas, se incluyen en dos

apartados, el primero de ellos referido a la pérdida de la posibilidad de que la persona jurídica de que se trate obtenga subvenciones, ayudas o beneficios de carácter público durante el tiempo de duración de la mayor de las penas privativas de libertad, impuestas, obviamente, a las personas físicas que resulten condenadas por el mismo hecho ilícito. El segundo de los apartados no es sino una remisión genérica al contenido del artículo 129 CP, tanto en lo que se refiere a las medidas que pueden adoptarse como en cuanto al procedimiento previsto para ello.

Es evidente que la posibilidad de imposición de una sanción pecuniaria y de las consecuencias penales antes referidas exige la presencia e intervención en el proceso de la persona jurídica, como parte pasiva, en una posición similar a la del imputado sin más diferencias que las derivadas de su distinta naturaleza, siendo de aplicación por tanto lo que se indicó en la Circular 1/2004, al comentar la responsabilidad derivada del artículo 31.2. CP. En consecuencia los Sres. Fiscales cuidarán que sean traídas al proceso en tal condición a través de su representante legal y que puedan intervenir en las distintas fases del procedimiento, proponiendo las pruebas que estimen oportunas y ejerciendo en plenitud su derecho a defenderse.

III.- MODIFICACIONES DE LOS SUBTIPOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL

Después de la modificación operada en este artículo por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, su redacción actual es del siguiente tenor:

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

1º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior.

3º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

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

Esta regulación presenta una primera novedad respecto de la redacción anterior en cuanto a la pena que corresponde imponer. En el texto reformado, la referencia penológica para fijar la pena superior en grado era la pena privativa de libertad establecida en el artículo 369, que a su vez imponía una pena de prisión superior en grado a la prevista en el artículo 368, por lo que cuando concurrían los supuestos contemplados en el artículo 370

resultaba imperativa la imposición de pena privativa de libertad superior en dos grados a la fijada para el tipo básico sancionado en el artículo 368.

No sucede lo mismo en la actual regulación, pues la referencia penológica se efectúa directamente al artículo 368 y, dado que el incremento punitivo puede ser en uno o dos grados, habrá que concluir que en los supuestos a que se refiere el artículo examinado solo resulta imperativa la imposición de la pena superior en un grado, siendo de carácter facultativo la fijación de pena superior en dos grados a la del artículo 368. En consecuencia la modificación implica un aumento del arbitrio judicial en la determinación de la sanción imponible en cada caso.

Por otra parte, al establecer el legislador, en el párrafo primero de la actual regulación, la sanción correspondiente a estos supuestos, no hace referencia alguna a la pena de multa, rompiendo de esta forma la sistemática empleada en el artículo 369.1, en el que la fijación específica de una multa proporcional del tanto al cuádruplo limita el incremento en grado de la sanción en relación con el artículo 368 a la pena privativa de libertad. También en la anterior dicción del artículo 370, el legislador empleaba idéntica sistemática y, al margen de la agravación de la pena de prisión, establecía independientemente los límites de la multa proporcional imponible en estos supuestos.

Sin embargo esta omisión no puede interpretarse de otra forma que entendiendo que la referencia a la pena superior en uno o dos grados ha de considerarse aplicable tanto a la pena privativa de libertad como a la multa que prevé el artículo 368, ya que ambas constituyen la pena "señalada" en el citado precepto, debiendo utilizarse para la delimitación de la cuantía de la pena pecuniaria, al igual que para la prisión, los criterios generales de elevación de penas establecidos en el artículo 70 CP.

III.-1 Utilización para la comisión del delito de menores de edad o disminuidos psíquicos

Como novedad se incluye en este artículo, junto con las circunstancias contempladas en la anterior redacción del artículo 370, la utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito.

Esta circunstancia, en relación únicamente con los menores de 16 años estaba regulada antes de la reforma en el artículo 369-9º. Su reubicación sistemática refleja la voluntad del legislador de reforzar sus efectos agravatorios ya que el efecto punitivo de su apreciación es la posibilidad de imponer la pena superior, hasta en dos grados, respecto de la prevista en el tipo básico del artículo 368, en tanto que la normativa anterior únicamente permitía la elevación en un grado en atención al mismo referente.

La modificación en cuanto a la edad de los menores objeto de protección específica debemos relacionarla con la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2003 de responsabilidad penal de los menores. En la misma línea hemos de recordar que, en la Convención de Viena de 20 de Diciembre de 1988 de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, las partes contratantes se comprometieron a sancionar más gravemente los

comportamientos que se cometieran con utilización de menores de edad y a dichos efectos según el art. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado anteriormente la mayoría de edad".

El fundamento de la agravación se ha definido jurisprudencialmente en la menor capacidad que tienen estas personas menores de edad para autodeterminarse (STS de 28-6-02) y la mayor facilidad para la comisión del delito, eludiendo responsabilidades penales y dificultando la actuación de la Administración de Justicia (STS de 15-9-00), siendo merecedores de tutela todos los menores pues los riesgos y peligros derivados de su instrumentalización no se cifran únicamente en la corrupción derivada del narcotráfico, pudiendo incluso verse afectada la propia vida y la integridad física y/o psíquica del menor. (STS de 15-I-97).

Interpretando el sentido del verbo nuclear "utilizar" la STS de 8-11-02 y más recientemente la de fecha 27-9-04, señalan que se comprende en dicha acción "cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor, en quien recae la responsabilidad criminal".

Como se ha indicado *ut supra*, el nuevo precepto equipara los disminuidos psíquicos a los menores de edad, por estimar aplicable a los mismos idénticas razones de vulnerabilidad que las que justifican la agravación respecto de los menores de edad. Sin embargo el concepto "disminuido psíquico" es excesivamente genérico y precisa de una mayor concreción, que en tanto no se vaya perfilando jurisprudencialmente, los Sres. Fiscales interpretarán, en atención al fundamento de la agravación, como situaciones personales en las que por razón de padecimientos de carácter permanente, el afectado se encuentra limitado en sus facultades de discernimiento y en su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos.

En la aplicación de esta figura agravada, se ha venido exigiendo que el autor tenga conocimiento de la concurrencia de la situación de minoría de edad, pues como reiteradamente ha indicado la doctrina jurisprudencial "se trata de un tipo doloso en el que el sujeto activo del delito debe abarcar con su conocimiento todos los elementos del tipo objetivo" (STS de 29-12-03), si bien puede tratarse de dolo directo o eventual según que el conocimiento de dicha situación se obtenga con certeza absoluta o como mera probabilidad. Esta misma doctrina es aplicable a los supuestos de disminuidos psíquicos, especialmente en los casos en que esta carencia no sea perceptible a simple vista o a través de un mero contacto superficial.

III.-2 Especial agravación en relación con determinadas personas.

El segundo de los supuestos de especial agravación relativo a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones vinculadas al tráfico de drogas ya estaba contemplado en el antiguo artículo 370, pero la nueva regulación la ha extendido no solamente a los que lo sean de las organizaciones del nº 2 del artículo 369.1 (antigua circunstancia sexta) sino también a los de las actividades organizadas del nº 3 del citado precepto.

La peculiaridad de esta circunstancia es que su propia dicción exige la concurrencia de los subtipos agravados 2º ó 3º del artículo 369.1, ya que difícilmente podría hablarse de jefes, administradores o encargados si previamente no existe la organización dedicada a la ilícita actividad. Ello supone que por disposición legal, la pena ha tenido que ser incrementada en un grado a consecuencia de dicha circunstancia, por lo que en estos supuestos, los Sres. Fiscales, al individualizar la sanción que se considera adecuada para cada uno de los partícipes, valoraran las circunstancias concurrentes y la capacidad de decisión y las funciones asumidas personalmente dentro del grupo por quienes ejercen puestos de responsabilidad para decidir, en función de ello, la procedencia de solicitar la pena superior en dos grados a la prevista por el tipo básico.

III.-3 Extrema gravedad.

En cuanto al tercer apartado del precepto que examinamos se refiere a los supuestos de extrema gravedad, incluidos también en la regulación precedente, si bien la reforma incorpora una definición autentica del concepto jurídico " extrema gravedad" de acuerdo con cinco parámetros:

a) En atención a la sustancia intervenida, si esta excede notablemente de la considerada como de notoria importancia.

Al respecto, la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas celebrada los días 18 y 19 de Noviembre del año 2004, siguiendo los criterios interpretativos adoptados por el Pleno de la Sala Segunda del T.S. de 19-10-2001, se pronunció en el sentido de considerar aplicable esta circunstancia de extrema gravedad cuando la cantidad de sustancia estupefaciente o psicotrópica objeto del delito sea 500 veces superior al límite mínimo acordado en dicho Pleno para fijar la de notoria importancia.

Sin perjuicio de ello y como la aplicación del artículo 370 permite que la pena sea exacerbada en uno o dos grados sobre la prevista en el tipo básico, y la mera apreciación de la "notoria importancia" (art. 369.1-6º) obliga al incremento punitivo en un grado, deberá en cada caso valorarse la cantidad de droga objeto de la actividad ilícita para solicitar la imposición de la pena que se considere conveniente en función de dicho extremo, debiendo solicitar los Sres. Fiscales la superior en dos grados cuando se rebase claramente el límite cuantitativo antes indicado.

b) Cuando se utilizan buques o aeronaves como medio de transporte específico.

Los términos en que se encuentra redactado este supuesto de aplicación de la circunstancia de "extrema gravedad" y la consecuencia penológica que de ello se deriva, obligan a considerar que lo que el legislador quiere sancionar más gravemente es la utilización de dichos medios de transporte con la finalidad concreta de realizar con mayores facilidades el traslado de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, es decir el empleo de buques o aeronaves para transportar cantidades importantes de droga con las ventajas que proporciona la utilización privada de estos medios de locomoción, quedando al margen de la agravación los casos en los que el imputado para realizar el viaje, llevando la sustancia consigo, se sirva de alguno de estos sistemas como forma, obligada en muchos supuestos, de transporte colectivo.

c) Cuando se simulan operaciones de comercio internacional entre empresas.

La razón de ser de esta circunstancia, calificada como de extrema gravedad, está en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional cuya persecución y descubrimiento resulta más dificultosa al llevarse a efecto la actividad delictiva en el territorio de más de un Estado, amparada no obstante en la normativa supranacional reguladora de esta materia.

d) Cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Este supuesto asigna la cualidad de extrema gravedad cuando en la comisión del delito intervienen grupos organizados, específicamente orientados a la comisión de estos ilícitos y dotados de proyección internacional, es decir con una estructura ocasional o permanente enraizada en ámbitos geográficos supranacionales apta para planificar y desarrollar las distintas fases del proyecto criminal en el territorio de más de un Estado.

La forma en que se encuentra redactado el subtipo permite incluir no solamente los supuestos en que el imputado está integrado en la red delictiva internacional sino también aquellos otros en los que sin participar directamente en la organización criminal se aprovecha su entramado para facilitar la comisión del delito. Lo que en definitiva se trata de sancionar con mayor rigor es la actuación ilícita a través de grupos estructurados de carácter transnacional que por su naturaleza entrañan una mayor peligrosidad e incrementan las dificultades para su persecución.

Ciertamente esta circunstancia puede concurrir con los subtipos segundo o tercero del artículo 369.1, en todos aquellos casos en los que el delincuente participa en organizaciones o asociaciones delictivas de dicha naturaleza, que además tienen carácter internacional. En estos supuestos, la aplicación del artículo 369.1 determina necesariamente la imposición de la pena superior en un grado respecto de la establecida en el artículo 368, además de la multa correspondiente, debiéndose valorar la posibilidad de incrementar la pena en un grado más cuando la naturaleza del grupo criminal y su proyección y capacidad de actuación en más de un Estado determinen, por su mayor peligrosidad, dicho incremento punitivo.

e) Cuando concurren tres o más circunstancias de las previstas en el apartado primero del artículo 369.1 CP.

En este caso el legislador ha querido sancionar más gravemente aquellos supuestos en los que se aprecian conjuntamente, tres o más de los subtipos previstos en el artículo 369, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial que valoraba esta circunstancia como uno de los presupuestos para delimitar el concepto de "extrema gravedad" (SSTS de 12 y 17-3-04). Cada uno de los subtipos atrae por sí solo la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, por lo que, en principio, la conducta en la que concurren, al menos, tres de ellos, se haría acreedora de la máxima exacerbación punitiva, incrementándose la petición de pena hasta los dos grados respecto de la del artículo 368. No obstante este criterio no debe seguirse rígidamente, sino que los Sres. Fiscales, valorarán en cada caso, las agravaciones que concurren y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

El concepto jurídico de “extrema gravedad”, hasta ahora, se encontraba definido jurisprudencialmente en sentido restrictivo para salvaguardar debidamente las garantías del ciudadano ante el carácter indeterminado del concepto legal. Su apreciación, por tanto, se sustentaba no solamente en la cantidad de droga a que se refería la operación sino en la concurrencia de diversos factores que la STS 919/2004 de 12 de Julio, recogiendo diversos precedentes, entre ellos la STS de 19-6-95 y la de 12-3-04, concreta en siguientes términos: “a) el criterio de la cantidad, que, aunque no único, ha de considerarse imprescindible en estos casos; b) la concurrencia simultánea en el supuesto de varias de las agravaciones recogidas en el artículo 369; c) el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para este tráfico ilícito; d) el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos”.

El legislador al establecer un concepto autentico de la “extrema gravedad” ha recogido dichos precedentes, pero considerando que cada uno de los elementos o requisitos antes citados, tomado individualizadamente es suficiente por si mismo para estimar la agravación que examinamos, por lo que ha ampliado de forma importante su ámbito de aplicación. No obstante también debe indicarse que la mayor discrecionalidad en la imposición de la pena compensa dicha consecuencia, al permitir su adecuación a la reprochabilidad que merezca el supuesto examinado en cada caso.

En la práctica, será frecuente la concurrencia en una misma operación de varias de las circunstancias determinantes de la cualificación de extrema gravedad. Así, un transporte llevado a efecto en buque o aeronave específicamente destinado a ese fin, previsiblemente tendrá por objeto una cantidad de droga que por si sola merezca dicha consideración de especial agravación, y en su preparación y ejecución intervendrá un grupo de personas integrados en una estructura mas o menos compleja que actúa simultáneamente en mas de un Estado. En estos supuestos los Sres. Fiscales aplicarán con todo rigor el artículo 370, haciendo uso de la posibilidad que permite dicho precepto de solicitar la pena superior en dos grados a la prevista para el tipo básico.

Finalmente y en relación con la pena imponible, el párrafo último del artículo 370 , establece, además de la prevista en el párrafo primero del mismo, la de multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, en los supuestos 2º y 3º del mencionado precepto, es decir respecto de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere el artículo 2º y 3º del artículo 369.1 y en los supuestos de extrema gravedad. Por tanto en estos casos, de acuerdo con la interpretación efectuada *ut supra*, deberán imponerse además de la pena privativa de libertad, dos penas pecuniarias, una la resultante de agravar en uno o dos grados la multa proporcional señalada en el artículo 368 y la segunda, fijada también con carácter proporcional, de tanto al triplo, en el párrafo último del precepto que estamos examinando.

IV.-MODIFICACIONES EN LA REGULACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES DEL ART. 371 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 371 sanciona el llamado por la doctrina “tráfico de precursores”, entendiéndose como tales los equipos, materiales o sustancias citadas en los Cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988 y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios ratificados por España a sabiendas

de que van a ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre ha dado nueva redacción al apartado 2º de este artículo que queda redactado en la siguiente forma:

"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 369.2º.

La modificación en el primer párrafo refiere la agravación de la sanción imponible en los supuestos de pertenencia a una organización a todas las penas previstas en el apartado primero, es decir tanto a la prisión como a la multa, a diferencia de la regulación anterior que limitaba la imposición de la pena en su mitad superior a la privativa de libertad.

En cuanto al párrafo segundo la única innovación es de carácter técnico al sustituir respecto a las medidas imponibles, la cita al artículo 370, por la correspondiente al artículo 369-2º, en su actual contenido, como consecuencia de la modificación operada en ambos preceptos y que ha sido comentada anteriormente.

V.- NUEVA REGULACIÓN DEL COMISO DE BIENES PREVISTO EN EL ART. 374 DEL CÓDIGO PENAL

La regulación del comiso en los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales de aquella procedencia se encuentra, dentro de la parte especial del Código Penal, en el capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, concretamente en el artículo 374 que también ha sido modificado por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, siendo igualmente aplicable, con excepción de las singularidades que se contienen en aquel precepto específico, la norma general del artículo 127 cuyo actual contenido ha sido objeto de análisis en la Circular 1/2005

El actual artículo 374 presenta la siguiente redacción:

"1. En los delitos previstos en los arts. 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:

1ª. Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que

se hubieren apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

2ª. A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

3ª. La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

4ª. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.

5ª. Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.

2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar al pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

a) cuando el propietario haga expreso abandono de ellos

b) cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.

4. 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”.

A su vez, el actual artículo 127 regula el comiso en la parte general del Código Penal en los siguientes términos:

“1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren

podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisen se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no los son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

V.1. Principios generales que lo informan.

Las notas más destacables de esta nueva y específica regulación del comiso en la que es necesario aunar las normas generales y especiales- son las siguientes:

1ª.- El objeto del comiso alcanza a las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371 y a tres categorías de bienes: el producto directo del delito, es decir, los efectos que de él provengan; las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar; y los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción (arts. 374.1 y 127.1).

2ª.- Respecto a las drogas, estupefacientes y psicotrópicos se establece como regla general la destrucción de las mismas por la Autoridad administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la autoridad judicial haya ordenado su conservación íntegra (art. 374.1.1ª), lo que deberán tener en cuenta los Sres. Fiscales, a los efectos de instar de la autoridad judicial su conservación en aquellos supuestos excepcionales en que las circunstancias de la investigación lo hagan necesario. La razón de ser de esta previsión no es otra que evitar los graves problemas de custodia que se han producido en algunas provincias como consecuencia del almacenamiento y de la conservación indefinida de elevadas cantidades de drogas.

3ª.- El comiso se impone como consecuencia de una situación patrimonial de ilicitud de los bienes, sustentada en su utilización con fines delictivos o en su procedencia delictiva, estableciéndose como límite de su aplicación la pertenencia a tercero de buena fe no responsable del delito que lo haya adquirido legalmente (art. 127.1 y 3)

4ª.- Se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente cuando no fuera posible el decomiso de los bienes establecido por el artículo 127.1 (arts. 127.2 y 374.1.4ª y 5ª)

5ª.- Se podrá acordar aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta o declararse extinguida la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita (art.127.3)

6ª.- Los bienes, efectos e instrumentos de lícito comercio que sean objeto de incautación provisional por la autoridad judicial podrán ser utilizados provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374.1.3ª); regla ésta que, además de reproducir idéntica previsión del anterior precepto, también fue incorporada en su día a la Ley Orgánica 12/95 de 12 de Diciembre sobre represión del contrabando, que en su art. 6.3 establece que la autoridad judicial podrá autorizar la utilización provisional de los bienes, efectos e instrumentos referidos en el artículo anterior por los servicios encargados de la represión del contrabando.

7ª.- La posibilidad de enajenación anticipada de bienes sujetos a medidas cautelares antes de la firmeza de la sentencia toma carta de naturaleza en los procedimientos por delitos de tráfico de drogas o blanqueo de capitales de dicha procedencia (art. 374.2).

8ª.- Se reconoce expresamente a los órganos de la jurisdicción penal la facultad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores del referido precepto (art. 374.3).

9ª.- Los bienes decomisados se adjudicarán íntegramente al Estado, por lo que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 127.4, y en consecuencia se excluye expresamente su afectación a las responsabilidades civiles y a las costas procesales (art. 374.4). La adjudicación al Estado estaba prevista igualmente, y en idénticos términos, en la anterior redacción del artículo 374 y en el artículo 5.3 de la vigente Ley Orgánica 12/95 de represión del contrabando.

10ª.- La adjudicación al Estado en los procesos penales por delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales procedentes de aquellos conlleva por expresa disposición legal que los bienes cuyo decomiso haya sido acordado se destinen al Fondo de Bienes Decomisados, administrativamente situado en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y actualmente regulado por la Ley 17/2003 de 29 de Mayo, que ha derogado la primitiva Ley 36/95 de 11 de Diciembre. Así resulta del artículo 1º de la citada disposición legal que define su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

“Esta Ley tiene por objeto:

1º. Regular el destino de los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de comiso en aplicación de los artículos 374 del Código Penal y 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de Diciembre, de Represión del Contrabando, cuando en este último caso dichos bienes, efectos e instrumentos se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de sustancias catalogadas como precursoras, así como de los decomisados como consecuencia accesoria del delito tipificado en el artículo 301.1, párrafo segundo, del Código Penal, y que por sentencia firme se adjudiquen definitivamente al Estado y del producto obtenido por la aplicación de las sanciones y del comiso previsto en la Ley 3/1996, de 10 de Enero o en cualquiera otras disposiciones normativas relacionadas con la represión del narcotráfico.

2º. La creación de un fondo, de titularidad estatal, que se nutrirá con los bienes, efectos e instrumentos contemplados en el párrafo anterior, con las rentas e intereses de dichos bienes y con el producto que se obtenga de éstos cuando no sean líquidos y se enajenen y liquiden según las previsiones de esta Ley y de sus normas reglamentarias de desarrollo.

Los recursos obtenidos se aplicarán al presupuesto de ingresos del Estado para su ulterior distribución en los términos previstos en esta Ley y en sus normas reglamentarias de desarrollo.

3º. Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo previsto sobre el destino de los bienes decomisados en los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Reino de España”.

V.2. Ámbito objetivo de aplicación.

Como decíamos anteriormente son objeto de comiso: las drogas, estupefacientes y psicotrópicos; los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371; y los bienes, medios, instrumentos y ganancias en los términos previstos por el artículo 127. Ahora bien, las dudas interpretativas se concentran fundamentalmente en las tres categorías de bienes que se incluyen como objeto de comiso al amparo de la norma general, contenida en el citado artículo 127: los efectos que provengan del delito, es decir, el producto directo de la infracción; los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado; y las ganancias provenientes del delito.

Por efectos se entiende, en una interpretación restrictiva, los objetos producidos por el delito, es decir, aquellos que son creados, transformados o adulterados a través de la infracción penal (por ejemplo, los documentos falsos). Sin embargo, una acepción más amplia y conforme con el espíritu de la institución determina que se consideren como *efectos* todo objeto o bien que se encuentre en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, incluso aquellos que sean el objeto mismo de la acción típica (dinero, armas, drogas, etc.). Quizás para evitar los problemas que doctrinalmente generaba la consideración de las drogas como efecto del delito, puesto que la sustancia estupefaciente era más propiamente el objeto del delito, ya el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, y el artículo 374 del Código de 1995 incluyeron la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como objeto expreso del comiso.

Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados en la ejecución del delito (SSTS de 21-6-94, 22-3-95 y 18-7-96). El vigente artículo 374 ha suprimido la referencia a vehículos, buques y aeronaves, pero no existe ningún obstáculo interpretativo para considerarlos incluidos entre los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

Se mantiene, sin embargo, la cita expresa como objeto de comiso de los equipos, materiales o sustancias utilizables en el cultivo, producción o fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Tales equipos, materiales y sustancias pueden ser tanto *efectos* como *instrumentos* del delito ya que si el cultivo o producción se ha llevado a cabo, tales equipos, materiales o sustancias habrán sido instrumento del delito previsto en el artículo 368 o en sus tipos agravados; sin embargo, si los actos de cultivo o producción no se han llegado a realizar, tales bienes serán el objeto (efecto en el sentido amplio más arriba indicado) del delito del artículo 371 del CP.

Tanto la nueva regulación del artículo 127 como el artículo 374 incluyen dentro del objeto del comiso *las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente con el delito. Los

primeros precedentes normativos de esta fórmula los encontramos en el artículo 344 bis e) del Código Penal de 1973, incorporado por la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de Marzo, redacción que se ha mantenido en el Código Penal vigente, primero en la norma especial del artículo 374 (texto aprobado por la Ley Orgánica 10/95), y posteriormente en la norma general del artículo 127 actualmente en vigor.

Sin embargo, con frecuencia los casos de tráfico de drogas que llegan a los tribunales y que merecen sentencia condenatoria, han supuesto el descubrimiento, incautación y destrucción de la sustancia que se pretendía comercializar, sin que se haya producido beneficio o ganancia alguna como consecuencia del concreto hecho juzgado. Si partimos de una interpretación restringida, el término ganancias se identificaría con los beneficios obtenidos por el hecho concreto que ha sido objeto de condena; ahora bien, esta interpretación debe ser desechada al conducirnos directamente a la inaplicación de la norma en la generalidad de los casos.

Consciente del problema, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, reunida en Pleno de fecha 5 de octubre de 1998, asumió una interpretación más amplia que permitiera el comiso de bienes de origen ilícito generados con anterioridad al hecho delictivo enjuiciado adoptando el siguiente acuerdo:

“Único: Interpretación de los artículos 48 y 344 bis e) del Código Penal de 1973 (hoy 127 y 374 del Código Penal vigente), adoptando la Sala la siguiente decisión:

El comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del Código Penal debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio.”

Con arreglo a esta interpretación el patrimonio del narcotraficante ya no será inmune al comiso, cuando haya sido condenado por una operación frustrada en sus expectativas económicas, ya que el comiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado con dos condiciones:

- 1.- Que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de drogas.
- 2.- Que se respete el principio acusatorio.

La concurrencia de la primera circunstancia, es decir del origen ilícito, obliga a los Sres. Fiscales a interesar del órgano judicial competente el comiso de cuantos bienes, efectos, y ganancias se encuentren en esta situación, pues el comiso en tanto que consecuencia accesoria está sujeto al principio acusatorio. En relación con ello, hay que tener en cuenta que la procedencia ilícita puede quedar acreditada mediante prueba indirecta o indiciaria, y que la demostración del origen criminal –presupuesto imprescindible para decretar el comiso- no requiere la identificación de las concretas operaciones de tráfico ilegal de drogas de las que traen su procedencia los bienes, bastando a tales efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva. Así lo ha entendido la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el delito de blanqueo de capitales respecto a la prueba del delito antecedente (SSTS de 10-1-00, 28-7-01, 5-2-03, 10-2-03, 14-4-03 y 29-11-03 entre otras)

V.-3. Ámbito subjetivo de aplicación.

El límite a su aplicación viene determinado por su pertenencia a terceros de buena fe no responsables del delito que los hayan adquirido legalmente.

La salvaguarda de los derechos de “terceros de buena fe” está expresamente contemplada en el artículo 5.8 de la Convención de Viena de 1988 y en todos los convenios internacionales posteriores. Esta expresión “terceros de buena fe” no es extraña en nuestro lenguaje jurídico, pues el artículo 7.1 del Código Civil proclama como principio general del derecho que *“los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”*. A tales efectos debe entenderse por buena fe el hecho de comportarse con sujeción a las normas de la ética, y así en el ámbito del derecho civil, la circunstancia de haber obrado de buena o mala fe produce efectos jurídicos diversos en la posesión, en la accesión, en la compra-venta, en el mandato, en el depósito, e incluso en la rescisión de los contratos.

En similares términos, el artículo 5 de la Ley de Contrabando 12/95 de 12 de Diciembre establece que no se procederá al comiso de los géneros o efectos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

De la propia dicción del precepto se infiere que cuando los efectos, instrumentos, productos y ganancias susceptibles de ser decomisados pertenezcan a terceros no responsables del delito que no hayan actuado de buena fe en su adquisición o transmisión, e incluso que habiendo obrado de buena fe no los hayan adquirido legalmente -ésta es la principal novedad que incorpora la reforma-, el órgano jurisdiccional penal deberá acordar el comiso de los mismos, aunque para ello será preciso que el afectado por tal medida haya sido previamente oído en el proceso penal a modo de responsable civil, y se le haya permitido ejercitar la defensa de sus intereses, pudiendo utilizarse a dichos efectos los trámites previstos en los artículos 615 y ss L.E.Crim., salvaguardando, de esta forma, los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva que consagra la norma constitucional.

En resumen, cabe decir que únicamente la concurrencia de dos parámetros podrá impedir que los bienes enumerados en el artículo 127 sean objeto de comiso: a) que sean de lícito comercio y b) que hayan sido adquiridos legalmente por terceros de buena fe no responsables del delito.

A pesar de su naturaleza de consecuencia accesoria, la nueva regulación de los artículos 127 y 374 quiebra la vinculación de esta institución con los principios de personalidad y accesoriadad al no exigir la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el comiso, de modo y manera que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita la medida podrá ser adoptada aun cuando concorra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal. Parece obvio que la medida definitiva de comiso deberá ser acordada en la decisión que resuelva el fondo del proceso: la sentencia cuando haya habido enjuiciamiento de todos o algunos de los responsables criminales o mediante auto cuando se declare la extinción o exención de la responsabilidad criminal sin celebración de juicio oral.

En cuanto a las facultades de la jurisdicción penal en orden a delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente o, dicho en otros términos, a la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo”, una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial ha venido sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico dispone de suficientes mecanismos normativos para hacer

frente a estas situaciones: así, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2-10-91 y 16-6-93 reconocen que cuando estos actos o negocios afecten a terceros que no hayan obrado de buena fe, los mismos podrán ser declarados nulos de acuerdo con los artículos 6.3 y 1.305 y concordantes del Código Civil, pronunciamiento éste que entraría dentro de las competencias propias del Tribunal penal, como si de una restitución se tratase, para su posterior adjudicación al Estado.

No obstante el artículo 374.3 atribuye expresamente a los jueces y tribunales que conozcan de la causa, la potestad de declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en apartados anteriores. Con esta medida se refuerzan indudablemente las facultades de la jurisdicción penal para hacer frente a la ingeniería financiera que habitualmente es utilizada para ocultar patrimonios ilícitos y eludir las responsabilidades pecuniarias en los procesos penales.

Y como complemento de esta facultad, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, modificado por la Disposición Final 3ª de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre, atribuye a las autoridades judiciales, en estos casos, la potestad para efectuar anotaciones registrales en relación con bienes inscritos a nombre de terceras personas. A tales fines se ha incorporado un nuevo párrafo final a dicho precepto en los siguientes términos:

"No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento".

V.-4. El comiso de bienes de valor equivalente.

Esta figura es una especie de comiso sustitutivo que recae sobre bienes diferentes – incluso de origen lícito, como expresamente afirma el artículo 374.1.5ª- de aquellos que en principio deben ser decomisados al amparo del artículo 127.1, para los supuestos en los que no haya sido posible el comiso de éstos por cualquier circunstancia.

Su incorporación al ordenamiento penal español era una exigencia inaplazable, ya que tanto la Convención de Viena de 20-12-88, en su artículo 5.1.a), como la Convención de Nueva York de 15-11-00, en su artículo 12.1.a), obligaban a adoptar las medidas necesarias para acordar el decomiso *"del producto de los delitos... o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto"*. En el mismo sentido se pronunciaba la Decisión Marco de 26-6-01 sobre blanqueo de capitales, identificación, embargo, seguimiento, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y así se ha recogido en el Código Penal alemán, en el artículo 74 c) y el Código de Aduanas francés en su artículo 415.

En consecuencia, la aplicación del comiso del valor equivalente, a tenor de la redacción contemplada en los artículos 127 y 374, se extenderá tanto a los supuestos en los que resulte imposible decomisar el producto del delito -término que en el lenguaje convencional abarca el producto directo e indirecto, es decir, efectos y ganancias-, como a los casos en los que no sea posible el decomiso de los bienes, medios e instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado la infracción criminal.

V.-5. Conservación y/o enajenación de los bienes, efectos e instrumentos procedentes de estos delitos antes de la firmeza de la sentencia.

La enorme variedad de los bienes, efectos, objetos e instrumentos de lícito comercio sometidos a medidas cautelares mientras se sustancia el proceso (buques, aeronaves, vehículos, ordenadores, teléfonos móviles, bienes inmuebles, joyas, empresas, explotaciones agrícolas o marítimas, activos financieros, dinero, etc.), y el hecho de que en ocasiones la instrucción penal se dilate excesivamente en el tiempo en asuntos especialmente complejos o con un elevado número de partes acusadoras y/o acusadas, plantea importantes problemas, a veces difíciles de resolver, en relación con la gestión, administración, conservación y enajenación de los bienes cautelarmente sujetos al proceso.

Puede suceder, por ejemplo, que los bienes sufran por el transcurso del tiempo un grave deterioro o una considerable depreciación, o que su depósito y administración en manos de los acusados o terceros referidos en el artículo 374 genere un elevado riesgo de ocultación y desaparición de los activos patrimoniales.

La normativa básica sobre conservación y enajenación de bienes y efectos estaba constituida por el Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, el artículo 338 de la L.E.Crim. y las disposiciones concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil en cuanto supletorias de la legislación penal y procesal penal.

El artículo 374.2 del Código, reformado por la Ley Orgánica 15/2003, incorpora algunas disposiciones para resolver estas cuestiones:

a) autoriza la enajenación anticipada, sin esperar a que se haya dictado sentencia firme, en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; cuando su conservación pueda dar lugar a una disminución importante de su valor, por deterioro material o por el transcurso del tiempo y cuando su conservación pueda afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales.

b) el importe de la enajenación se depositará a resultas del proceso una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

c) la enajenación podrá acordarse por la autoridad judicial de oficio o a instancia de parte: Ministerio Fiscal, Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entes locales u otras entidades públicas, con audiencia del interesado.

Parece evidente que la regla general debe ser la conservación de los bienes a lo largo del proceso, entre otras razones porque no existiendo una resolución definitiva sobre la culpabilidad penal y, en consecuencia, tampoco sobre la ilicitud de los mismos, debe garantizarse a su titular la devolución y restitución para el caso de que no se apreciara responsabilidad alguna. La excepción será, por tanto, la enajenación en los casos previstos por el artículo 374.2 CP, precepto éste que deberá ser complementado con otras disposiciones ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico: el artículo 5 del Real Decreto 2783/76 autoriza la enajenación si los objetos o artículos ocupados o intervenidos fuesen

percederos o sufrieren notable depreciación por el transcurso del tiempo, y el artículo 338 de la L.E.Crim. también la autoriza cuando los objetos fueren percederos; en el mismo sentido, el art. 7.1.b) de la Ley Orgánica 12/95 de 12 de Diciembre de Represión del Contrabando regula la enajenación anticipada de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos *“cuando la autoridad judicial estime que su conservación puede resultar peligrosa para la salud o seguridad pública, o dar lugar a una disminución importante de su valor”*.

V.-6. Criterios generales de actuación en los procesos penales.

De conformidad con las conclusiones aprobadas por la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, en reunión mantenida los días 18 y 19 de Noviembre del pasado año, el nuevo régimen del comiso previsto por los artículos 127 y 374 del Código Penal para los delitos de tráfico ilegal de drogas y blanqueo de capitales que tengan tal origen deberá ser aplicado conforme a las siguientes pautas de actuación:

1ª. La destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos por la Autoridad administrativa, una vez realizadas por ésta los informes periciales pertinentes y guardadas muestras bastantes, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra, conforme a lo dispuesto por el artículo 374.1.1ª, en atención a su naturaleza de norma procesal, se aplicará a todos los procesos penales en curso, sea cual sea su estado de tramitación.

2ª. El comiso de bienes de valor equivalente establecido por los artículos 127.2 y 374.1.4ª y 5º podrá incluir aquéllos que tengan un origen lícito, siendo necesario a tales efectos que se cuantifique en el procedimiento penal el valor de los medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado el delito, así como el del producto y ganancias derivadas de la actividad criminal, cuando no haya sido posible el comiso de aquellos y estos por pérdida, desaparición o irreivindicabilidad.

3ª. En aquellos casos en los que el proceso penal termine sin sentencia y se acredite la situación patrimonial ilícita, la autoridad judicial competente en cada caso, según el trámite procesal en que se encuentre, acordará mediante auto motivado el comiso de los bienes, medios, instrumentos, producto y ganancias procedentes del delito o que hayan sido utilizados en su preparación o ejecución, previo trámite de audiencia a quienes ostenten intereses legítimos para que puedan ejercer la defensa de los mismos en el proceso conforme al artículo 24 CE.

4ª. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 374.2 del Código Penal, artículo 7 de la Ley Orgánica 12/95 de Contrabando, artículo 338 de la LECrim y Real Decreto 2783/76 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de las piezas de convicción, podrá procederse a la enajenación anticipada de los bienes provisionalmente incautados y susceptibles de ser decomisados en los siguientes casos: cuando el propietario haga expreso abandono de ellos; cuando su conservación afecte gravemente a su uso y funcionamiento habituales; cuando su conservación pueda dar lugar a una depreciación notable o a una disminución importante de su valor por deterioro material o por el transcurso del tiempo; cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas; y cuando exista riesgo de deterioro por tratarse de objetos percederos.

5ª. La imposición del comiso de bienes en el proceso penal sólo es posible desde el respeto al principio acusatorio y previo sometimiento al principio de contradicción (STC 123/95 y SSTs de 12-11-92, 18-5-93, 15-9-93, 28-10-93 y 29-11-95 entre otras), por lo que los Sres. Fiscales deberán tener en consideración las siguientes reglas:

- únicamente puede ser acordado por el Juez o Tribunal si así lo pide el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras, a excepción de los géneros prohibidos o de ilícito comercio, a cuyo decomiso se procederá en todo caso dada su naturaleza.

- es imprescindible la individualización por la acusación de los concretos bienes cuyo comiso se solicita, no siendo suficiente a tales efectos la petición genérica de imposición sin precisar los objetos respecto de los cuales se pide.

- es indispensable para que se pueda acordar el comiso que se demuestre su ilícita procedencia o su relación con el delito, y que el Tribunal lo haga constar así en la resolución en la que así se acuerde, por lo que deberá instarse de la Autoridad judicial la práctica de las diligencias necesarias y proponer en los escritos de acusación las pruebas que permitan acreditar tales extremos.

- la solicitud de adjudicación íntegra al Estado en los escritos de acusación de los bienes cuyo decomiso se interesa deberá ser complementada con la expresa mención de su destino al Fondo de Bienes Decomisados al amparo de la Ley 17/2003 de 29 de Mayo, y una vez adquiera firmeza la resolución en la que se acuerde deberá instarse del Tribunal sentenciador la remisión de la resolución judicial al citado órgano administrativo.

6ª. La importancia de las investigaciones patrimoniales y de las sanciones económicas en los procesos penales por narcotráfico y blanqueo exige del Ministerio Fiscal una actuación más firme y eficaz para el adecuado cumplimiento de una de las funciones esenciales de la investigación penal, cual es la incautación y el decomiso de los bienes que tengan un origen delictivo, debiendo instar a tales efectos de la autoridad judicial el ejercicio de las facultades previstas por el artículo 374.3 del CP y el artículo 20 párrafo final de la Ley Hipotecaria.

VI.- CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL ATENUACIÓN: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN Y LA FIGURA DEL CONSUMIDOR-TRAFICANTE

Se encuentran previstas en el artículo 376 en los siguientes términos:

"En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

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 fuere de notoria importancia o de extrema gravedad."

El precepto en cuestión, limitado en su aplicación a las conductas descritas en los artículos 368 a 372, regula dos situaciones diferentes:

a) En cuanto al tipo privilegiado de colaboración se exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- Abandono voluntario de las actividades delictivas.

2º.- Colaboración activa con las autoridades con la finalidad de impedir la producción del delito, de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o de impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

La Ley Orgánica 15/2003, buscando sin duda una aplicación más flexible de este tipo privilegiado, ha suprimido los requisitos de la presentación ante las Autoridades y de la confesión de los hechos en los que hubiere participado el colaborador, que inicialmente exigía el precepto en su originaria redacción conforme a la Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre. Se trata en definitiva de una medida de política criminal tendente a favorecer la investigación en estos delitos contra la salud pública, en muchas ocasiones vinculados a la delincuencia organizada.

Por otra parte, el tipo privilegiado del artículo 376 no está supeditado a ninguna condición temporal, de lo que se desprende que la colaboración con las Autoridades puede producirse también durante la tramitación de la causa criminal, comprendiendo igualmente aquellas situaciones que hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal eran incluidas, en la praxis judicial, con efectos cualificados, en la circunstancia de análoga significación al arrepentimiento.

Los beneficios punitivos que se anudan a estos supuestos de colaboración consisten en la reducción de la pena con carácter discrecional en uno o dos grados, lo que también es posible por aplicación de la circunstancia atenuante de arrepentimiento prevista en el artículo 21.4º, o incluso de la analógica del artículo 21.6º en relación con aquella, siempre que se consideren como muy cualificadas (art. 66.2ª CP).

Al objeto de delimitar los ámbitos de aplicación y la posible compatibilidad de este tipo privilegiado de colaboración y de la atenuante genérica prevista en el artículo 21.4º del CP, es imprescindible resaltar sus diferencias: mientras que la atenuante de arrepentimiento del artículo 21.4º requiere como presupuesto material la confesión del acusado y como elemento cronológico que se produzca antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, la atenuación específica de colaboración no está condicionada por ningún límite temporal y no precisa que la colaboración se materialice a modo de confesión pudiendo revestir otras modalidades diferentes.

En principio, pues, puede parecer que ambas figuras tienen campos de aplicación diferentes, y que en un plano puramente teórico podría sustentarse la compatibilidad de ambas en un proceso penal. No obstante, debemos convenir que la confesión de un acusado, en atención a su contenido y circunstancias, puede resultar un importante y decisivo instrumento de colaboración para el impulso y el éxito de una investigación penal,

y que si la misma es relevante para la identificación de otros partícipes o para la obtención de otros medios de prueba, ningún obstáculo legal existirá para considerarla una forma de colaboración activa.

En consecuencia, las dos instituciones obedecen a un mismo fundamento y no pueden apreciarse simultáneamente ya que el tipo privilegiado del artículo 376, con un ámbito de aplicación más amplio abarca los supuestos hasta ahora incardinables en la circunstancia genérica de arrepentimiento del artículo 21-4º.

b) El párrafo segundo de este precepto permite la reducción en uno o dos grados de la pena imponible si acredita el carácter de drogodependiente del imputado en el momento de la comisión de los hechos y la deshabitación posterior, si bien no será aplicable esta atenuación en los supuestos en que la cantidad de droga objeto del delito fuera de notoria importancia o de extrema gravedad.

Las circunstancias en que se plantea en este párrafo la facultad de rebajar la sanción penal revela que la pretensión del legislador es otorgar un trato beneficioso a aquellos que se hayan visto determinados para la comisión del delito por la situación de drogodependencia previa, es decir, a quienes intervienen en el comercio de estas sustancias como medio de subvencionarse su propio consumo, lo que explica que no sea aplicable la atenuación cuando el objeto del delito merece en atención a la cantidad de sustancia intervenida una especial consideración, al concurrir en el delincuente otras motivaciones diferentes que influyen en la ejecución del hecho criminal.

Debe resaltarse que el legislador utiliza el termino " podrá", por lo que la reducción de la pena en uno dos grados es en cualquier caso de carácter facultativo y obviamente deberá ser motivada. Por ello, aun cuando el precepto no exige la vinculación antes mencionada entre la drogodependencia y la actividad delictiva, los Sres. Fiscales, valoraran especialmente la concurrencia de dicha circunstancia a los efectos de solicitar la aplicación de este precepto en aquellos casos en los que la adicción a las drogas tóxicas sustancias estupefacientes o psicotrópicas y la necesidad de obtener recursos económicos para afrontarla hayan influido en la decisión criminal del autor del hecho, sin perjuicio de su apreciación en cualquier otro supuesto en que se considere oportuno.

Madrid, 31 de marzo de 2005
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.

ANEXO

ACUERDO DEL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DE FECHA 19-10-2001

1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del Código Penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.
2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.
3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.
4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro –sobre la base del remitido pro el Instituto Nacional de Toxicología- en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto.

SUSTANCIA	NOMBRES ALTERNATIVOS O COMERCIALES	FISCALIZACIÓN	CANTIDAD DE NOTORIA IMPORTANCIA
1. OPIÁCEOS Y SUSTANCIAS FARMACOLÓGICAMENTE RELACIONADAS:			
HEROÍNA	Caballo	Lista I y IV C.U. 1961	300 grs.
MORFINA	Cloruro mórfico Andrómaco, Cloruro Mórfico Braun, Morfina Braun, Morfina Serra, MST Continus, Sevedrol, Skenan	Lista I C.U. 1961	1.000 grs.
METADONA	Metasedín	Lista I C.U. 1961	120 grs.
BUPRENORFINA	Búprex, Prefin	Lista III C. Viena 1971	1,2 grs.
DEXTROPROPOXIFENO	Darvon, Deprancol	Lista II C.U. 1961	300 grs.
PENTAZOCINA	Pentazocina Fides, Sosegón	Lista III C. Viena 1971	180 grs.
FENTANILO	Durogesic, Fentanest	Lista I C..U. 1961	50 mg.
DIHIDROCODEÍNA	Contugesic	Lista II C.U. 1961	180 grs.
LEVOACETIL-METADOL	Laam, Orlan	Lista I C.U. 1961	90 grs.
PETIDINA	Meperidina, Volantina	Lista I C.U. 1961	150 grs.
TRAMADOL	Adolonta, Tioner, Tradonal, Tralgiol, Tramadol, Asta Médica		200 grs.
2. DERIVADOS DE LA COCAÍNA:			
CLORHIDRATO DE COCAÍNA	Nieve, Perico, Spedball	Lista I C.U. 1961	750 grs.

	(junto con heroína)		
<u>3. DERIVADOS DEL CANNABIS:</u>			
MARIHUANA	Hierba, Grifa, Costo, María	Lista I y IV C.U. 1961. Lista II C. Viena 1971	10 Kg.
HACHÍS	Chocolate	Lista I y IV C.U. 1961. Lista II C. Viena 1971	2,5 Kg.
ACEITE DE HACHÍS		Lista I y IV C.U. 1961. Lista II C. Viena 1971	300 grs.
<u>4. L.S.D.(DIETILAMINA DEL ÁCIDO LISÉRGICO)</u>	Tripi, Ácido	Lista I C. Viena 1971	300 mg.
<u>5. DERIVADOS DE LA FENILETILAMINA:</u>			
SULFATO DE ANFETAMINA	Anfetas, Spedd, Centramina (no comercializado ya)	Lista II C. Viena 1971	90 grs.
ANFEPRAMONA	Delgamer	Lista IV C. Viena 1971	75 grs.
CLOBENZOREX	Finedal	Anexo II R.D. 2829/77	45 grs.
FENPROPOREX	Antiobes, Retard, Grasmin, Tegisec	Lista IV C. Viena 1971	1,5 grs.
D. METANFETAMINA	Speed, Tripa (en ocasiones)	Lista II C. Viena 1971	30 grs.
<u>6. HIPNÓTICOS Y SEDANTES:</u>			
ALPRAZOLAM	Alprazolam Efarmes, Alprazolam Géminis, Alprazolam Merck, Trankimazín	Lista IV C. Viena 1971	5 grs.
TRIAZOLAM	Halción	Lista IV C. Viena 1971	1,5 grs.
FLUNITRAZEPAM	Rohipnol	Lista III C. Viena 1971	5 grs.
LORAZEPAM	Donix, Idalprem, Lorazepam Medical, Orfidal Wyeth, Placinoral, Sedizepan	Lista IV C. Viena 1971	7,5 grs.
CLORAZEPATO DI POTÁSICO	Nansius, Tranxilium	Lista IV. C Viena 1971	75 grs.

<u>7. FENETILAMINAS DE ANILLO</u> <u>SUSTITUIDO (DROGAS DE SÍNTESIS):</u>			
MDA	Píldora del amor	Lista I C. Viena 1971	240 grs.
MDMA	Éxtasis	Lista I C. Viena 1971	240 grs.
MDEA	Eva	Lista I C. Viena 1971	240 grs.