



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Consultas

DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta n.º 12/1985, de 13 de diciembre, de nuevo sobre el artículo 344 del Código Penal: posibilidad de que los psicotrópicos se incluyan entre las sustancias que causan grave daño a la salud

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

344 CP (PAG 94 CONSULTAS 1986)

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

NO (ESTA Consulta se refiere a la reforma de 1983, que distingue entre distintos tipos de drogas, pero esta distinción se ha seguido manteniendo)

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

NO

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

NO

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

NO

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Ficha elaborada por la Fiscalía Especial Antidroga.

TEXTO DE LA CONSULTA

Consulta n.º 12/1985, de 13 de diciembre, De nuevo sobre el artículo 344 del Código Penal: posibilidad de que los psicotrópicos se incluyan entre las sustancias que causan grave daño a la salud.

I

En la Consulta se expresa que la inclusión de los psicotrópicos en el tipo delictivo definido en el artículo 344 del Código Penal resolvió el problema que se presentaba, desde el punto de vista de la legalidad, de la extensión del concepto de estupefacientes a productos que siendo psicoactivos no tenían aquellos específicos efectos, pero ha suscitado otras muchas cuestiones no resueltas todavía en la doctrina ni en la jurisprudencia. La que ahora interesa se concreta en si los psicotrópicos deberán incluirse o no entre las sustancias gravemente perjudiciales para la salud; si sobre alguno de ellos, como el ácido lisérgico, no se cuestiona su gravedad, otros psicotrópicos como las anfetaminas, barbitúricos, hipnóticos y sedantes —incluidos en las listas II, III y IV del anexo I del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1871— suelen recibir un tratamiento penal muy diverso en las sentencias de los Tribunales y en los dictámenes del Ministerio Fiscal. Como en la Circular 1/1981, de 4 de junio, no se abordaba directamente este tema, se somete a la consideración de la Fiscalía General del Estado la oportunidad de completar la interpretación del artículo 344, mas ello sin perjuicio de razonar su criterio el Fiscal que consulta y que es el siguiente: en principio parece evidente que todas las sustancias psicotrópicas pueden ser incluidas entre las que causan grave daño a la salud en la medida en que puedan producir importantes trastornos psíquicos y significativas alteraciones en el comportamiento, así como, muchas de ellas, desarrollar fenómenos de tolerancia y de progresiva dependencia; pero, naturalmente, será necesario identificar en cada caso el producto que haya sido objeto de la acción sometida a enjuiciamiento, recurrir a los pertinentes asesoramientos periciales, y a la vista de la riqueza en sustancia psicotrópica que ofrezca la fórmula empleada para su elaboración, decidir si nos encontramos o no ante un producto gravemente nocivo para la salud, o incluso que se trata de un preparado que, por su escasa actividad farmacológica, no está siquiera comprendido en los términos del artículo 344, como ocurre con los relacionados en el anexo 2 del Real Decreto 2829 de 6 de octubre de 1977.

Las precisiones aludidas, indispensables para una adecuada tipicidad de los productos psicotrópicos, han de ser objeto de actividad probatoria, cosa que no siempre sucede, pues en muchas sentencias se advierte que no hay decisión concreta sobre el grado de nocividad de los psicotrópicos porque, estando condicionada al conocimiento del porcentaje de dicha sustancia en el producto aprehendido, esto no se ha verificado en la instrucción sumarial; de ahí el que se proponga que debe cuidarse en los procedimientos que se incoen por tráfico de sustancias psicotrópicas de que quede plenamente identificado el fármaco que haya sido objeto del delito, expresada la fórmula utilizada en su fabricación y así cuantificado. en términos de mayor o menor gravedad, el peligro para la salud que representa su uso.

II

Si desde una perspectiva farmacológica se han separado de los estupefacientes las llamadas drogas psicotrópicas o modificativas del normal estado psíquico de las personas, desde un punto de vista jurídico-penal se han unificado en su tratamiento estupefacientes y psicotrópicos tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. Mas como ambos conceptos son ajenos al contexto de la norma penal será necesario

extraerlos de disposiciones extrapenales, ya sean de orden interno o de carácter internacional. Por ello, si para determinar con exactitud la extensión que deba darse a la palabra *estupefacientes* del artículo 344 hay que tener en cuenta, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, las sustancias que figuran en las listas I, II y IV del Convenio de las Naciones Unidas de 1961, también para perfilar las *sustancias psicotrópicas* habrá que acudir al Convenio de Viena de 21-2-1971, que entró en vigor en España el 16 de agosto de 1976. En él se establece que las sustancias psicotrópicas en general son las productoras de un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tienen como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o del estado de ánimo (artículo 2.4). A efectos legales las únicas sustancias o preparados que tienen la consideración de psicotrópicos son las enumeradas en el anexo al citado Convenio de 1971. La lista I del anexo está dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia, siendo algunos naturales o de origen vegetal (mescalina, psilocibina) y otros artificiales o de síntesis (dietilamida del ácido lisérgico); la lista II incluye las que ejercen una acción estimulante sobre el sistema nervioso central, que son los derivados anfetamínicos (dexanfetaminas, metanfetaminas, metilfenidato); a la lista III están incorporados todos los derivados del ácido barbitúrico o productores de una acción depresora o reductora de la conciencia, y en la lista IV se hallan sustancias con las que se puede formar alguna de las anteriores. Estas sustancias —32 en total— que aparecen designadas por su denominación común internacional y por su denominación química en el Convenio, se encuentran también en el anexo I al Real Decreto 2829, de 6 de octubre de 1977, regulador de las sustancias y preparados psicotrópicos que fue desarrollado por la Orden de 14-1-1981. Todas ellas son, pues, los psicotrópicos en sentido legal, pero su número es *appertus* porque en el futuro pueden incorporarse otros productos a los inicialmente establecidos (artículo 1,1 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977), como así ha sucedido, pues a partir de la Orden de 15-1-1981 en que se incluyó la «tilidina» en la lista I, hasta la del 30-5-1984 en que se incorpora a la lista III el «Sosegón» han sido varias las sustancias que han aumentado las listas adjuntas al anexo. No son, sin embargo, a efectos legales psicotrópicos las sustancias naturalmente psicotrópicas relacionadas en el anexo 2 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977.

III

A pesar de que la tipicidad penal directa de los psicotrópicos procede del artículo 344 en su redacción por Ley de 25 de junio de 1983, es lo cierto que ya antes de ella la jurisprudencia del Tribunal Supremo había considerado su tráfico ilícito constitutivo de un delito contra la salud pública, pues si no eran susceptibles de incardinarse los psicotrópicos en el primitivo artículo 344 antes de la ratificación en 1976 del Convenio de Viena, en cambio una vez producida esta y por obra del artículo 96 de la Constitución se convirtió aquel en ley interna desde la entrada en vigor de la norma fundamental (sentencias de 3 de mayo de 1980, 7 de mayo de 1984, 12 de julio de 1984 y 8 de julio de 1985).

Con la nueva normativa estupefacientes y sustancias psicotrópicas se hallan en el artículo 344 en una situación de total paralelismo tanto en el plano de la tipicidad como en el de la agravación de la pena tipo. En el párrafo primero la penalidad varía para el tráfico de estupefacientes y psicotrópicos según causen o no grave daño a la salud; lo mismo acontece con las circunstancias previstas en el párrafo segundo, que siendo determinantes todas ellas de la imposición de las penas respectivamente superiores en grado, abarcan al ilegítimo tráfico de

sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Este tratamiento idéntico en tema de penalidad significa que dentro de la expresión técnica de psicotrópicos es necesario distinguir entre los que supongan un grave perjuicio para la salud de los demás. En el área estricta de los estupefacientes no hay problemas, pues el Tribunal Supremo a través de continuadas resoluciones ha trazado con precisión la línea divisoria entre los productos de aquella naturaleza que causan grave daño a la salud y los que no causan grave daño, para incluir entre estos últimos a los derivados de la *cannabis* en sus variadas modologías, esto es, tanto los preparados a base de sumidades florales y hojas de planta, como los preparados a base de resina pura, aunque estos tengan una mayor proporción de su principio activo, el tetrahidrocannabinol. Lo mismo cabe decir respecto de una sustancia alucinógena, legalmente psicotrópica, el ácido lisérgico o L.S.D., pues siempre ha sido considerada en la jurisprudencia como causante de un grave perjuicio para la salud (sentencias 5-10-1983, 20-12-1983, 8-2-1984, 7-5-1984, 11-5-1984, 29-5-1984, 1-6-1984, 26-6-1984, 8-5-1985, 16-10-1985, 12-11-1985).

Pero si el ácido lisérgico, sustancia psicotrópica de síntesis, causa en todo caso grave daño a la salud según la doctrina jurisprudencial!, no se han planteado todavía ante el Tribunal Supremo supuestos de tráfico de anfetaminas o de barbitúricos comprendidos, por razón del tiempo de comisión del delito, en el actual artículo 344. Directamente, por tanto, esa interpretación nunca ha versado sobre si existen, y cuáles son en caso afirmativo, productos psicotrópicos que causen grave daño a la salud. Sin embargo, son de anotar dos sentencias que ante hechos acaecidos antes de la vigencia de la Ley de 25-6-1983, afrontan el problema.

Una, la de 12 de julio de 1984, es tan contradictoria que no puede esgrimirse en apoyo de que ciertos cualificados productos anfetamínicos produzcan grave daño a la salud. En los hechos acaecidos durante el año 1980 se valoraba la significación penal del tráfico, sin autorización, de sustancias que contenían anfetaminas («Bustaid», «Dexidrina»). La sentencia de instancia había condenado por el anterior artículo 344 a prisión menor y multa. Ante el recurso del condenado el único Considerando de la sentencia de casación dice literalmente «que las anfetaminas que son sustancias psicotrópicas conforme al Convenio de Viena de 21-2-1971, ratificado por España en instrucción de 2-2-1976, son sustancias que, como ya ha declarado esta Sala, pueden causar grave daño a la salud, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código Penal con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de 25-6-1983, la pena a imponer es la de prisión menor y multa, por lo que al haber sido impuestas en el grado mínimo, en la sentencia recurrida, no procede la revisión de la misma por hallarse la pena justificada». Pero a pesar de lo que se dice en la sentencia de casación se da lugar al recurso y ya en la segunda sentencia puede leerse que «los hechos declarados probados constituyen un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 344 del Código Penal, por lo que procede imponer a los procesados la pena de arresto mayor, dado que las sustancias con las que traficaron, en cuya composición entran anfetaminas, que constituyen psicotrópicos que no causan grave perjuicio para la salud». La incongruencia apuntada es patente e irreconciliable, pues de un lado se afirma que los productos anfetamínicos objeto del delito «*pueden causar grave daño a la salud*», y por otro se sostiene que «*constituyen psicotrópicos, que no causan graves perjuicios para la salud*».

Otra sentencia que trata de la materia que aquí nos interesa, es la de 8 de julio de 1985. Los hechos acaecieron en 1978 y se condenó en instancia a prisión menor y multa por tráfico de productos anfetamínicos

(concretamente «Bustaid»). Se expresa en ella que el recurso carece de practicidad porque en la sentencia, dictada antes de la reforma de 25 de junio de 1983, se hizo uso de la facultad concedida en el párrafo tercero del artículo 344 condenando a prisión menor y multa, «y como el contenido de los frascos que el recurrente recibe para vender o traficar es la sustancia denominada «Bustaid», en cantidad notable —419 frascos— compuesta por anfetaminas, es evidente, que el producto psicotrópico causa grave daño a la salud, según ha declarado reiteradamente esta Sala (sentencias de 30-9-1981, 4-2-1983 y 4-2-1984), como comprendido en las listas II y III del Convenio de Viena de 1971, sobre sustancias psicotrópicas, ratificado por España en 1976, al contener anfetaminas y barbitúricos, lo que determinaría al menos aplicar el párrafo primero del artículo 344 del Código Penal reformado y nos llevaría a la pena de prisión menor y multa que es la impuesta en la instancia, sin olvidar que en razón a la cantidad intervenida de 100 frascos, podría apreciarse como de notoria importancia, extremo vedado en casación en perjuicio del recurrente, pero que es suficiente para reforzar la desestimación del recurso». En esta sentencia se admite expresamente que existen psicotrópicos que causan grave daño a la salud; no se concreta la proporción a intensidad del principio activo en el producto intervenido objeto del tráfico, indicándose tan solo que está compuesto por anfetaminas. Por lo demás, la afirmación de que la tesis que se mantiene «ha sido declarada reiteradamente por esta Sala», no es del todo exacta, dado que las sentencias que se citan no se refieren a la cuestión discutida, pues la de 30-9-1981 absuelve por tratarse de una sustancia que no estaba incluida en los Convenios de 1961 y 1971; la de 4-2-1983 trata de productos estupefacientes, y la de 4-2-1984 absuelve por tráfico de productos psicotrópicos al no estar las sustancias de que se trataba en el Convenio de estupefacientes de 1961 y porque no eran productos de efectos nocivos para la salud.

IV

En estricta interpretación del artículo 344, debe aceptarse que existen sustancias psicotrópicas —aparte las incluidas en la lista I del Convenio de Viena— susceptibles de causar grave daño a la salud. Unas tendrán en su composición derivados cíclicos de la anfetamina. Otras, barbitúricos. Productos farmacéuticos comercializados en cuya composición intervengan anfetaminas o barbitúricos podrían contarse por centenares, no estando una gran mayoría sujetos a control, por lo que pueden expendirse sin necesidad de receta médica. Para la concreción de los psicotrópicos sometidos a limitaciones de fabricación, comercio y consumo forzosamente habrá que acudir a las listas II, III y IV del Convenio de Viena de 1971, reproducidas en el Real Decreto de 6-10-1977.

1. Las sustancias estimulantes o anfetamínicas de la lista II son las siguientes: Anfetamina, Dexanfetamina, Metanfetamina, Metilfenidato, Fenciclidina y Fennetracina.

Un jurista no está en condiciones —ni tampoco es esta ocasión para ello— de señalar los preparados comerciales en cuya composición entran las sustancias citadas, y menos aún de expresar cuál es la proporción en cada una de ellas del principio activo anfetamínico, pero sí puede decirse que todos los productos que las contengan —y no estén insertos en el anexo 2 del Real Decreto de 6-10-1977— no solo son psicotrópicos capaces de constituir el tipo que define el artículo 344, sino que según la proporción que contengan podrá ser, en un orden jurídico, gravemente perjudicial para la salud. Nos referimos, por supuesto, solo al tráfico ilegítimo de estos productos, el único capaz de generar con la falta de control la directa nocividad de su abuso para la salud

pública desde el punto de vista de su peligrosidad humana; no al riesgo terapéutico que pueda suponer la utilización controlada de estos productos para la salud del enfermo. Precisamente el uso terapéutico y las frecuentes indicaciones médicas han contribuido a la proliferación de preparados comerciales anfetamínicos.

Entre las especialidades más caracterizadas que suelen ser objeto de tráfico ilegítimo deben mencionarse: Centramina (la sustancia psicotrópica que interviene en su composición es el sulfato de anfetamina), Dexidrina (sulfato de dexanfetamina), Maxitón (tartrato de dexanfetamina), Minilip (resinato de anfetamina) y Bustaid (Clorhidrato de metanfetamina). El uso terapéutico está autorizado para indicaciones muy precisas, pero están sometidos al máximo control dada la importancia de su acción estimulante sobre el sistema nervioso central y el sistema cardiovascular y la gravedad de sus efectos secundarios (trastornos nerviosos, confusión mental, alucinaciones) pudiendo dar lugar a una dependencia por drogadicción.

El Minilip y el Bustaid —denominado por algunos el caviar de los anfetaminómanos— son especialidades farmacéuticas que se anularon el 1 de octubre de 1983.

El Tribunal Supremo ha considerado al Bustaid, por su contenido de metanfetamina, no solo como psicotrópico idóneo para formar el tipo normal del artículo 344 (sentencias de 4-2-1984, 7-5-1984, 12-7-1984) sino también para originar la especialidad de sustancia que causa grave daño a la salud (sentencia de 8-7-1985). También el Minilip (sentencia de 12-7-1984), el Maximabato (sentencia de 7-5-1984) y la Dexidrina (sentencias de 7-5-1984 y 12-7-1984) son psicotrópicos cuyo tráfico es sancionable conforme al artículo 344.

2. Las sustancias tranquilizantes, sedantes o hipnógenos (barbitúricos) contenidas en la lista III, son: Amobardital, Ciclobardital, Glutetimida, Pentobarbital y Secobarnital. Todas ellas derivan del ácido barbitúrico y su principal derivado activo es el ácido dietilbarbitúrico. Su uso terapéutico se hace en calidad de tranquilizantes o sedantes; en general los barbitúricos son drogas adictivas y causan dependencia. Aparte las intoxicaciones graves por sobredosis (intoxicaciones agudas) o por su consumo continuado (crónicas) son productores de perturbaciones psíquicas.

Tan solo aludimos aquí al preparado llamado «Sosegón», en cuya composición interviene la pentazocina, que fue incluida por orden de 30-5-1984 en la lista III del Convenio de Viena sobre psicotrópicos. Antes de estas fechas, en sentencia de 4-2-1984, el Tribunal Supremo había excluido del artículo 344 al «Sosegón» porque «este medicamento no contiene más que el producto llamado pentazocina cuyo uso como analgésico permitido ya fue reconocido en la sentencia de 30-9-1981 al no producir efectos nocivos para la salud, ni dependencias ni habituación».

3. En la lista IV se hallan sustancias con las que puede formarse alguna de las comprendidas en las listas II y III. Son las siguientes: Antepramona, Barbita, Etinamato, Meproamato, Metacualona, Metilfenobarbital, Metiprilon, Fenobarbital, Pipradol.

Recientemente, por Orden de 30-5-1984 se han incluido en esta lista especialidades farmacéuticas muy conocidas (Rohipnol, Valium, Tranxilium, Rivotril y Delgamer) porque en su composición intervienen sustancias del grupo de las Benzodiacepinas. A pesar de la data de la incorporación a la lista IV, la sentencia del Tribunal

Supremo de 15-7-1985 consideró hecho tipificado en el artículo 344 el tráfico de Rohipnol por hechos acaecidos en 1982, «porque tal especialidad farmacéutica se encuentra sometida al control de los psicotrópicos desde el Anexo II del Convenio de Viena de 1971, ratificado por España ya en la fecha en que se desarrollaron los hechos examinados», cuando es lo cierto que el Anexo II citado se destina a relacionar las sustancias psicotrópicas *no incluidas* en las listas I, II, III y IV del Convenio, y allí figuraba el Flunitracepán, sustancia psicotrópica que interviene en la composición del Rohipnol

En conclusión, si abstractamente todas las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas del Convenio de Viena de 1971 son nocivas para la salud, ante un hecho concreto de tráfico, y en trances de precisar si son productores además de un grave daño, se considera indispensable que, dado un preparado farmacéutico, a través de la actividad probatoria adecuada queden aclaradas las siguientes circunstancias: identificación exacta del producto, naturaleza de la sustancia psicotrópica que interviene en su composición, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud pública de uso extraterapéutico y acción farmacológica y efectos (dependencia física y potencial dependencia psicológica).

