

ESTUDIOS

ESTUDIO SOBRE LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DE ADULTERACIÓN EN EL TRÁFICO DE DROGAS Y SU RELACIÓN CON LA DE NOTORIA IMPORTANCIA

ENRIQUE PORCELLAR GIMÉNEZ

Abogado del Ilustre Colegio de Alicante

ANTONIO FAJARDO AGUSTÍN

Médico forense titular

SUMARIO: I. Introducción.—II. Análisis de los elementos integrantes del subtipo: 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Estudio de la STS de 6 de febrero de 1991.—III. Su relación con el subtipo agravado de notoria importancia.—IV. Detalle de los adulterantes empleados.—V. Conclusiones.

I. Introducción

Tanto el vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, en su artículo 365, regla 5.^a, como el derogado Código Penal, en su artículo 344.bis.a), regla 5.^a, establecen, con idéntica redacción en lo sustancial, un subtipo agravado cuando las referidas sustancias o productos se adulteren, *manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud*.

Se trata de un subtipo doblemente novedoso en nuestra legislación. Por un lado, puesto que el mismo no existía en la redacción de 1983 y, de otro lado, como consecuencia del escaso eco doctrinal que ha merecido, llegando incluso al «desprecio» y a la ignorancia de la praxis judicial cotidiana. Así, tan sólo tenemos conocimiento de una única resolución, al respecto, del Tribunal Supremo que aplique el referido subtipo agravado; concretamente la Sentencia de la Sala Segunda, de 6 de febrero de 1991, a la que más adelante haremos expresa referencia, y que ha sido permanentemente omitida en la bibliografía jurídica, llegando al extremo de negarse su existencia ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ZARZALEJOS ALTARES, J. A. *Estudio de los subtipos agravados del artículo 344.bis.a) del Código Penal*, En «Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la salud pública», Madrid, 1993, pág. 186.

En contraste con lo anterior, resulta innegable que las consecuencias de las conductas penadas por el precepto estudiado pueden desembocar en consecuencias fatales para el «consumidor final» de tales sustancias. Como afirma Zarzalejos ⁽²⁾, esta realidad ofrece dos variantes; de una parte aquellos sujetos que se hallan habituados a un consumo de drogas con muy limitado porcentaje de pureza, pueden verse gravemente afectados cuando se aplican dosis de una mayor pureza; otras veces el «corte» de la droga se hace con muy variados productos que imitan la apariencia de la droga propiamente dicha y que, en algunos casos, pueden llegar a ser letales, como, por ejemplo, las embolias producidas por talco (silicato alumínico magnésico).

II. Análisis de los elementos integrantes del suptipo

1. TIPO OBJETIVO

La primera cuestión que debe abordar el intérprete es la de determinar cuáles sean las sustancias o productos referidos que, obviamente, vienen contempladas en el artículo 368, es decir, las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sin que pueda extenderse su alcance a los restantes artículos precedentes dado el tenor literal del primer inciso del propio artículo 369 que toma como referente «a las respectivamente señaladas en el artículo anterior».

El Tribunal Supremo, y un sector mayoritario de la doctrina, han venido estimando que el concepto de droga, a los fines de aplicación del actual artículo 368 del Código Penal, ha de deducirse de las listas del Convenio Único de Estupefacientes de 1961, ampliado y reforzado por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única ⁽³⁾; normas de obligado cumplimiento en nuestro país, en su calidad de miembro activo, tras la firma de ambos convenios internacionales.

En segundo lugar, las acciones agravadas son la adulteración, manipulación o mezcla entre sí o con otros. Y llama la atención la imprecisión con la que el legislador describe las conductas objeto de punición, hasta el extremo de pecar de redundante con el inconveniente de crear una confusión innecesaria. Y lo que resulta más grave es que la antedicha redundancia se ha transmitido al vigente Código Penal de 1995 sin apercibirse de su inutilidad práctica.

Así, entendiendo por adulterar el hecho de viciar, falsificar o hacer impura alguna cosa y por mezclar el juntar, unir, incorporar cosas diversas obteniendo cierta homogeneidad, resulta obvio que la acción de manipular (como operar con la mano o cualquier instrumento) se encuentra incluida en las dos anteriores como requisito previo de las mismas. Es decir, resulta inconcebible una adulteración o una mezcla sin una previa manipulación.

Sin embargo, no basta por sí sola la realización de tales acciones, sino que las mismas deben llevar aparejadas el incremento del posible daño a la salud, lo que necesariamente implicará la intervención en el proceso de los peritos en la materia que irán desde los pertinentes servicios toxicológicos, encargados de determinar la naturaleza, composición y proporción de las sustancias intervenidas, hasta los propios

⁽²⁾ ZARZALEJOS ALTARES, J. A. *O.P. Cif.*, pág. 186.

⁽³⁾ GIBERT CALABUIG, *Medicina Legal y Toxicología*, Editorial Salvat, Barcelona, 1994.

servicios médico-forenses adscritos a los Juzgados —amén de aquéllos que en cada momento se consideren necesarios para el caso concreto— para determinar si el «producto final» ha visto incrementado su potencial nocivo para la salud respecto del que ofrecía la sustancia inicialmente adulterada u objeto de mezcla. O dicho con palabras de Prieto, no concurrirá la agravante si éste es inocuo o escasamente nocivo ⁽⁴⁾. Igualmente, como señala Muñoz Conde, habrá que excluir de esta agravación aquellas mezclas o manipulaciones necesarias para el consumo, ya que, en algunas ocasiones, por ejemplo en las llamadas «sobredosis», el daño, incluso letal, se produce precisamente por suministrar la heroína pura o con más pureza de lo habitual ⁽⁵⁾.

Es precisamente esta una de las razones por las que, como hemos señalado al principio, se ha producido lo que hemos calificado como el desprecio de la praxis judicial; la necesidad de un detallado análisis de las sustancias intervenidas que arroje como resultado la determinación concreta de cada uno de los componentes así como su exacta proporción. Y en este sentido es bien sabido, por todos los que, de una u otra forma, nos movemos en la práctica judicial cotidiana, que los informes remitidos por los Servicios de Toxicología se limitan a determinar, en la mayoría de los casos, la concreta sustancia estupefaciente y su grado de pureza, dejando olvidados sus restantes componentes. No en vano, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 1988, advierte de la necesidad de que se cuiden al máximo los dictámenes farmacológicos durante la instrucción.

Otro aspecto, en íntima conexión con el anterior, consiste en que ese incremento de daño a la salud no requiere una plasmación efectiva, sino que, como señala el precepto estudiado, debe incrementar el «posible» daño a la salud, por lo que nos encontramos frente a lo que podríamos denominar una agravación por riesgo, en contraposición a una agravación por el resultado. De esta forma, insistimos, serán los peritos quienes deberán ilustrar al Tribunal sobre si se produjo ese incremento sobre el daño a la salud o, en caso de no haberse producido ese plus nocivo por las razones que sea, si la sustancia era apta para producirlo.

2. TIPO SUBJETIVO

Constituye este punto uno de los escasos aspectos que han merecido una cierta atención doctrinal. Así, como señala Boix ⁽⁶⁾, esta agravación sólo podrá aplicarse a quienes realicen la conducta en él prevista o, teniendo conocimiento del contenido de la sustancia ilegal y sus efectos, lleven a cabo alguna de las conductas descritas en el tipo básico.

Si bien es cierto que únicamente será de aplicación a quienes realicen las conductas ya descritas o a quienes tengan conocimiento de la misma, sin embargo, no podemos compartir que el sujeto activo tenga, necesariamente, que conocer los efectos sobre la salud del futuro consumidor. Y entendemos que ello es así puesto que, tratándose de un subtípico de riesgo, como señalábamos anteriormente, no es necesario que el

⁽⁴⁾ PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *el delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico-penal español*, 1993, pág. 360.

⁽⁵⁾ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1998, pág. 458.

⁽⁶⁾ BOIX REIG, J., *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, 1990, pág. 358.

dolo del agente abarque los pretendidos efectos, sino que la conducta penada se agota en el hecho de adulterar o mezclar distintas sustancias, asumiendo el sujeto activo la mayor nocividad de la sustancia final.

3. ESTUDIO DE LA STS DE 6 DE FEBRERO DE 1991

La resolución estudiada trae su origen en el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 21 de noviembre de 1989, por infracción de Ley, y que condenaba al procesado como autor de un delito contra la salud pública a las penas de cinco años de prisión menor y multa de 1.000.000 de pesetas. El motivo fue estimado por el Tribunal Supremo, declarando haber lugar al recurso, dictando segunda sentencia por la que se condenó como autor de un delito contra la salud pública de los artículos 344 y 344.bis.a) número 5.^º del Código Penal a la pena de ocho años y un día de prisión mayor y multa de 1.000.000 de pesetas.

El *factum* de la sentencia señala:

... los individuos presentes habían fumado con anterioridad cocaína previamente tratada con amoníaco, la cual les había sido suministrada por el acusado, que efectuó, asimismo, la preparación de la droga con el amoníaco que el mismo poseía [...] El tratamiento de cocaína con amoníaco antes aludido, permite la separación de la cocaína libre o «crack», que puede ser fumada, lo que favorece la absorción y rápido paso a la sangre y al sistema nervioso ejerciendo una acción más energética aunque más corta que la forma común de cocaína, y originando mayor dependencia.

Lo primero que llama la atención es que en ningún momento a lo largo del relato de hechos probados se consigna que el acusado tuviera conocimiento de los efectos que sobre la salud producía la mezcla que él mismo preparaba, sin que ello haya sido óbice para la aplicación de la figura agravada, lo que, sin duda, corrobora, la tesis que acabamos de exponer en el sentido de que no es exigible que el sujeto activo conozca los posibles efectos nocivos, sino que basta con la realización de las conductas descritas legalmente.

La segunda cuestión a destacar, coincidente igualmente con los postulados propuestos en este trabajo, consiste en su consideración como un subtipo de riesgo. Así, el fundamento primero señala:

La representación del procesado ha impugnado el motivo alegando, en síntesis, que «... tal agravante precisa una probanza de que las manipulaciones efectuadas causasen un daño efectivo y no un simple riesgo de resultado aleatorio».

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala consideran que el delito contra la salud pública, por tráfico de drogas, definido en el artículo 344 del Código Penal constituye un típico delito de peligro o de riesgo abstracto y común -vid., ad exemplum, la sentencia de 11 de julio de 1986-, en atención al carácter privilegiado que dentro de la jerarquía de valores debe reconocerse al bien jurídico protegido por dicha figura penal —la salud pública—; lo cual ha de tenerse en cuenta especialmente, a la vista de los argumentos impugnativos de la defensa del procesado.

Y, a mayor abundamiento al respecto, el fundamento segundo señala que:

Quiere ello decir, en definitiva, que la mezcla efectuada por el procesado era más energética y originaba una mayor dependencia que la forma común de cocaína; consiguientemente la referida mezcla implica un incremento del POSIBLE DAÑO A LA SALUD. El motivo, en suma, debe ser estimado.

Casada, pues, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, el Tribunal Supremo pronuncia una segunda sentencia en la que despeja cualquier duda posible al respecto al señalar, de forma tajante, en su fundamento segundo:

La mezcla de amoníaco con cocaína, al producir una acción más energética que la forma común de cocaína y originar una mayor dependencia que ésta, incrementa el POSIBLE DAÑO A LA SALUD. De ahí que la conducta enjuiciada deba ser calificada como un delito de tráfico de drogas del artículo 344, en relación con la figura agravada del artículo 344.bis.a).5º del Código Penal, al no requerirse, además, ninguna especial finalidad lucrativa.

III. Su relación con el subtípico agravado de notoria importancia

Toda adulteración o mezcla conlleva, necesariamente, la adición de otras sustancias lo que tiene como consecuencia que la cantidad de producto final obtenido resulta mayor que la cantidad de sustancia base originaria, lo que podría plantear la duda de si, como consecuencia de dicha adición, la cantidad finalmente obtenida pudiera rebasar la línea divisoria de la notoria importancia.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, inicialmente, utilizó, indistintamente, el criterio cuantitativo y el criterio cualitativo para la apreciación de la notoria importancia, si bien finalmente se decantó por el criterio cualitativo, es decir, atendiendo al principio activo presente en la sustancia.

Así puede citarse como paradigma de la tesis cualitativa la Sentencia de 6 de octubre de 1988 cuando afirma que:

La doctrina de esta Sala ha tenido que precisar los criterios para medir el alcance de dicha agravante específica, de modo que la «notoria importancia» de la droga puede concretarse no sólo con pautas de cantidad, sino también dentro del tipo de droga que se trate, atendiendo a la mayor pureza o concentración de la sustancia tóxica que produce la nocividad del producto; este criterio de atender a la naturaleza de la droga y a la riqueza del principio activo ha sido aconsejado por razones de seguridad jurídica, sin prescindir de los aditivos o adulterantes, si se prueba o demuestra el carácter nocivo o peligroso para la salud de los mismos, para lo cual sería conveniente que se cuidara en el período de instrucción que los dictámenes farmacológicos precisaran la naturaleza nociva o inocua de los mismos.

Por su parte, es la Sentencia de 18 de marzo de 1986 la que establece, más descriptivamente, el criterio cuantitativo para la apreciación de dicha agravante:

...debiendo quedar sentado para el futuro, en la línea que señaló la Sentencia de 15 de noviembre de 1984, que la cantidad de droga que ha de tomarse en consideración a los efectos de determinar la notoria

importancia es la que arroje su peso total, con independencia de la pureza que ostente, pues conocido que su adulteración con otros productos para «cortarla», como se dice, suele multiplicar sus efectos nocivos haciéndola más dañina para la salud que la propia sustancia en grado de absoluta pureza, y de otra parte, al ser mayor el volumen de la droga que se trate, al hallarse adicionada con otras sustancias con aumento innegable de personas afectadas en su salud.

Completada con la de 7 de mayo de 1987 que señala:

... al ser mayor el volumen de la droga de que trate, al hallarse adicionada con otras sustancias mezcladas, a mayor número de consumidores alcanza su distribución...

Expuestos ambos criterios, en líneas generales, la doctrina jurisprudencial se decantó, finalmente, en exclusiva, por el primero de ellos por más que se pretenda aparentar, como hace la Sentencia de 18 de septiembre de 1992, la adopción de un criterio mixto, cuando señala:

La solución al tema concreto de la notoria importancia depende del criterio que se utilice, bien sea el cualitativo ligado a la pureza de la droga (Sentencias de 15 de mayo, 5 de abril, 11 de mayo, 10 de octubre de 1990 y 1 de enero de 1991), bien el de la cantidad si se entiende que la adulteración de la misma no disminuye su gravedad al permitir, sin duda, una mayor difusión por el número posible de dosis, sin evitar el grave daño a la salud ya que los aditivos también son perjudiciales (sentencia de 8 de enero de 1990)... En general hay que decir que debe atenderse, no sólo al factor cuantitativo de la droga, sino también al cualitativo.

Sin embargo, como ya hemos señalado anteriormente, el criterio que definitivamente se impuso, y que sigue plenamente vigente, como reitera la reciente sentencia de 11 de septiembre de 1996, al exigir la concreta determinación del grado de pureza para aplicar la notoriedad, es el cualitativo, es decir, atendiendo a la cantidad real de sustancia activa lo que, en definitiva, implica una grave interferencia en la aplicación de la llamada agravante específica de adulteración.

Baste señalar en este lugar que los límites aproximativos que ha fijado la jurisprudencia para la apreciación de la notoria importancia han tomado como punto de referencia el kilogramo de hachís (S 22 de octubre de 1987), y 140 gramos para el aceite de dicho producto (S 5 de febrero de 1988); de 60 a 80 gramos para la heroína (S 29 de enero de 1988); 200 gramos para la cocaína (SS 6 de marzo de 1987 y 16 de febrero de 1988); y las 200 dosis para el LSD (SS 22 de diciembre de 1987 y 15 de febrero de 1988).

Y es precisamente aquí donde se producen unos márgenes de relativa impunidad que el nuevo Código Penal no ha sabido corregir al limitarse a transcribir el antiguo artículo 344.bis.a) sin el menor espíritu crítico. Baste pensar, por ejemplo, en un alijo de 300 gramos de heroína con una riqueza del 15 por 100 de clorhidrato de heroína referido a la totalidad de la mezcla. En este caso el principio activo no rebasaría los 45 gramos por lo que resultaría inaplicable la notoria importancia al no alcanzar el límite de 60 gramos exigidos a los efectos de la aplicación de la agravante específica.

Sin embargo, esos mismos 300 gramos totales se transformarían en unas 1500 dosis, fuere cual fuere su pureza, alcanzando su potencial nocivo a un gran número de personas.

Y decimos que se producen márgenes de relativa impunidad puesto que, en el hipotético caso que acabamos de ver, la respuesta judicial sería, con toda probabilidad, la inaplicación de la agravante específica de notoria importancia por las razones antes expuestas. Y, a mayor abundamiento, también supondría la inaplicación de la agravante específica de adulteración por las siguientes razones:

a) Casi imposibilidad de un detallado estudio de todos sus componentes (vid. *supra*).

b) Imposibilidad práctica de probar que el sujeto activo tenía conocimiento de la adulteración o mezcla a no ser que él mismo fuera el propio manipulador.

c) Que las sustancias componentes de la totalidad de la mezcla incrementen el potencial nocivo de la sustancia final fuera de aquellas mezclas o manipulaciones necesarias para el consumo ⁽⁷⁾.

IV. Detalle de los adulterantes empleados

Respecto de los aditivos más frecuentemente utilizados, un estudio sobre adulterantes, en 263 muestras de heroína, llevado a cabo en el Instituto Nacional de Toxicología ⁽⁸⁾ en 1987 indica que se encontró cafeína en el 68,4 por 100 de las muestras, fenobarbital en el 19,7 por 100, procaína en el 13,4 por 100, paracetamol en el 5,4 por 100 y menos frecuentemente anfetamina, metadona, cocaína, etc. Solamente en un caso se detectó talco (silicato alumínico magnésico).

Asimismo, una alta concentración de plomo se ha encontrado en algunas muestras, siendo, al parecer, el causante de la muerte del sujeto.

Los profesores Luna, Marcos y Villanueva también encuentran, como adulterante más frecuente, la cafeína, llegando a detectar en algunas muestras hasta 15 sustancias diferentes, incluido el talco como excipiente.

Por su parte, en un estudio realizado por el Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Facultad de Medicina de Granada ⁽⁹⁾, tomando como referencia 40 alijos intervenidos por la Policía de Granada durante los años 1988 y 1989, dio como resultado que la concentración del principio activo de la heroína oscilaba del 1 al 39 por 100, mientras que el de la cocaína oscilaba del 12 al 85 por 100. Y respecto de los adulterantes más frecuentemente detectados fueron en la heroína la cafeína en un 50 por 100 de las muestras, procaína en el 47 por 100, fenobarbital en el 13 por 100 y paracetamol en el 7 por 100, mientras que en las muestras de cocaína el adulterante más común fue la benzocaína en un 40 por 100 de las muestras analizadas, seguido por la lidocaína en un 20 por 100.

⁽⁷⁾ MUÑOZ CONDE, F., *Op. cit.*

⁽⁸⁾ Instituto Nacional de Toxicología, *Muertes por heroína*, Madrid, 1987.

⁽⁹⁾ HERNÁNDEZ, PLA, MOLÍZ, GIL, GONZALVO Y VILLANUEVA, *Adulterants in illicit heroin samples by TLC, HPLD-DIODE array and GC-MS: a comparative study*, en «Acta Medicinae legalis et socialis», Zaragoza, 1991, págs. 388-389.

Junto a estos contaminantes hay que mencionar, siquiera sea de pasada, los biológicos, representados principalmente por los hongos y levaduras, cuya nocividad puede llegar a ser letal por la posibilidad de provocar accidentes alérgicos.

En definitiva, son muy numerosas las sustancias adulterantes posibles e, igualmente, numerosos los casos de muertes relacionadas con el consumo de drogas que, en la práctica, se traducen en un diagnóstico de reacción adversa o *shock* anafiláctico ante la dificultad de establecer la relación de la muerte con un adulterante o contaminante.

V. Conclusiones

A la vista de cuanto antecede entendemos que debió haberse aprovechado la redacción del nuevo Código Penal para superar tan graves inconvenientes prácticos —con sus enormes repercusiones sociales— en la difícil tarea de la lucha contra el tráfico de drogas.

En este sentido, entendemos que la solución hubiera debido pasar —sin perjuicio de mantener el subtipo de adulteración para aquellos escasísimos supuestos en que fuera viable su aplicación— por la modificación de la redacción de la referida regla 3.^a del artículo 369, proponiéndose la siguiente redacción: «Fuere de notoria importancia la cantidad total de sustancia con independencia del porcentaje de principio activo que presenten de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior».

De esta forma quedarían agravadas aquellas conductas del tráfico que afectan a un gran número de personas y que, de igual manera, contribuyen al lucro de sus autores.