UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS
DE GRAN CANARIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

PROGRAMA DE DOCTORADO ÚLTIMAS TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES: LAS REFORMAS DEL CÓDICO PENAL DE 1995

TESIS DOCTORAL

ALCANCE DEL BIEN JURÍDICO-PENAL EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS: UNA ALTERNATIVA POLÍTICO-CRIMINAL DESPENALIZADORA

Autor

Sergio Sayas Simón

Directoras:

Dra. Dª Dulce María Santana Vega

Dra. Dª Silvia Fernández Bautista

Las Palmas de Gran Canaria, Noviembre-2015

A mi madre Salvi Simón, por su lucha y generosidad

A mis hermanos, Javi y Noe

Y en especial, a mi padre el genial Profesor Don Vicente M. Sayas

AGRADECIMIENTOS

Mis primeros agradecimientos van dirigidos, como no podía ser de otro modo, a mis codirectoras de tesis las profesoras Dra. Dulce María Santana Vega y Dra. Silvia Fernández Bautista. Gracias por su esfuerzo, por sus atinadas correcciones y por su paciencia. Ambas han formado un *tándem* perfecto, y sin ellas, no hubiese sido posible que esta tesis doctoral llegara a buen puerto. También quiero dar las gracias a todo el personal de la Biblioteca de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, por su colaboración y generosidad.

En mi estancia en Montevideo, tuve la enorme suerte de poder contar con los recursos ofrecidos por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental de Uruguay, así como asistir a distintas clases, y entrevistarme con distintos agentes jurídico-sociales que vertieran luz sobre el objeto de mi estudio. Todo ello fue gracias al Profesor Doctor D. Germán Aller Maisonnave, sin el cual no hubiese sido posible la gran acogida dispensada en tan hermosa Universidad, por lo que desde aquí quiero agradecer su gran disposición para facilitarme mi labor investigadora en aquellas tierras, agradecimiento que se extiende a todo el personal de la Universidad que tuve la oportunidad de conocer por la ayuda y amabilidad mostrada.

Entre las personas con las que tuve el privilegio de entrevistarme, quiero destacar especialmente a las Juezas, pertenecientes al ámbito penal, Doña Julia Starico y Doña Blanca Riero, que me aportaron una visión realista de cuáles son los problemas, relacionados con el tráfico de drogas,

que preocupan realmente en la República de Uruguay. También especial mención merece mi encuentro con el Catedrático Dr. D. Miguel Langon Cuñarro que, con una dilatada experiencia y un enorme conocimiento del tema, me aportó ideas de gran valor para mi investigación.

Ya para finalizar, quiero agradecer a todas esas personas que han colaborado, de una u otra forma, en que haya sido posible la realización de esta tesis doctoral. Me resulta imposible mencionarlas aquí a todas pero sí quiero destacar a mis compañeras de trabajo más cercanas, al Dr. D. Antonio González Molina, a mi cuñada Julie Gerard, y a toda mi gente.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DEA	*Drug Enforcement Administration* (Administración de Control de Drogas en Estados Unidos)
IRCCA	Instituto de Regulación y Control del Cannabis
JIFE	Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
OM	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TNI	*Transnational Institute* (Instituto Transnacional)
THC	*Tetrahidrocannabinol* (principio activo del cannabos psicoactivo)
TS	Tribunal Supremo

UE Unión Europea

TSJ Tribunal Superior de Justicia

UNGASS *Special Session of the General Assembly* (Sesión Especial de la Asociación de las Naciones Unidas)

UNODC *United Nations Office Drugs and Crime* (Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito)

INDICE

INTRODUCCIÓN……..... 1

PARTE I

Capítulo I
EL BIEN JURÍDICO- PENAL PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

1.- Concepto de bien jurídico-penal……. 9

1.1. Consideraciones generales previas……. 10
1.1.1. Concepción sociológica del bien jurídico-penal…….. 11
1.1.2. Concepción constitucionalista del bien jurídico-penal…… 14
1.1.3. Teorías negadoras del concepto de bien jurídico-penal..... 17
1.2. Posición de la que se parte: concepción personalista del bien jurídico-penal en un Estado de Derecho…….. 18

2.- La salud pública como bien jurídico-penal en los delitos de tráfico de drogas…….. …. 25
2.1. Concepto de salud pública…… 25
2.1.1. El concepto de la salud pública en el ámbito internacional y supranacional…… 26
2.1.2. El concepto de salud pública en la CE……. 30
2.1.3. La protección jurídico-penal de la salud pública y el principio de proporcionalidad penal…… 35

2.1.4. El concepto de salud pública en la regulación penal…… 43
A) CP de 1822…….. 43
B) CP de 1848…….. 44
C) CP de 1870…….. 45
D) CP de 1928…….. 45
E) CP de 1932…….. 47
F) CP de 1944-1973……. 47
G) Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente.. 49
H) Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de reforma al CP…. 50
I) CP de 1995…… 51

J) LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma al CP…… 52
K) LO 5/2010, de 22 de julio, de reforma al CP…….. 53
L) LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma al CP……. 56
2.1.5. Concepto doctrinal de salud pública como bien jurídico-penal… 57
A) La salud pública como bien jurídico-penal colectivo autónomo... 58
B) La salud pública como suma de saludes individuales…… 61
2.1.6. El concepto de bien jurídico-penal salud pública en la Jurisprudencia……..... 66
2.2. ¿Es la salud pública un bien jurídico digno de protección penal?..... 77
2.2.1. Las obligaciones expresas de castigar penalmente en la CE…… 81
2.2.2. Naturaleza colectiva del bien jurídico-penal salud pública *versus* libre ejercicio de derechos individuales…….. 85
2.2.3. Protección jurídico-penal de la salud pública mediante la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto……. 90
2.3. Otros bienes jurídicos protegidos por el delito de tráfico de drogas…… 106
3. Conclusiones y toma de postura…….. 127

Capítulo II

EL CONCEPTO DE DROGA

1. Consideraciones previas……. 135
2. El concepto de droga aportado por la OMS……... 139
2.1 Cuestiones generales…… 139
2.2. La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales……. 143
3. El *"concepto internacional de droga"* en el Derecho penal español……. 148
4. Evolución histórica de la prohibición mundial en materia de tráfico de drogas…… 158
4.1. Papel desempeñado por EE.UU en la política-criminal internacional sobre sustancias psicoactivas……..... 168
4.1.1. La creación y regulación estatal de mercados legales de distribución de marihuana medicinal y/o terapéutica en EE.UU…….. 175
4.2. Las actuaciones de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)……. 183
4.3 Posibilidades para la modificación de los tratados internacionales en materia de drogas……..... 192
5. Concepto jurídico-penal de droga en el Derecho español…… 200
6. La distinción entre drogas que causan grave daño la salud y drogas que no causan grave daño a la salud…… 205
7. Conclusiones y toma de postura……... 214

PARTE II

Capítulo I

LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA COMO BASE DE LOS SUPUESTOS DE ATIPICIDAD EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

1. Criterios jurisprudenciales comunes a los supuestos de atipicidad: especial referencia a la *"jurisprudencial de la excepcionalidad"*…… 223
2. Consumo compartido: especial referencia a las *"asociaciones del cannabis"* como forma de consumo organizado…… 229
2.1. Las *"asociaciones del cannabis"* en España…… 235
2.2. Tratamiento jurisprudencial de la *"asociaciones del cannabis"*…….. 238
3. Donaciones compasivas entre familiares o allegados, fuera del contexto penitenciario…… 247
4. La *"donación compasiva penitenciaria"*..... 252
4.1. Concepto y naturaleza jurídica…… 252
4.2. Tratamiento jurisprudencial de las *"donaciones compasivas penitenciarias"*…… 254
5. Conclusiones y toma de postura……. 261

Capítulo II

LA DOCTRINA DE LA"DOSIS MÍNIMAS PSICOACTIVAS". LA ANTIJURIDICIDAD PENAL

1. La antijuridicidad penal en un Estado social y democrático de Derecho……. 265
1.1. Antijuridicidad formal y material……... 267
1.2. El contenido de la antijuridicidad…….. 272

2. La doctrina de la *"dosis mínima psicoactiva"*…….. 276
2.1. Fundamento…… 276
2.2. Evolución jurisprudencial en el tratamiento de la *"dosis mínima psicoactiva"*…….. 277
3. Conclusiones y toma de postura…… 299

PARTE III

Capítulo I

ESTABLECIMIENTO DE LAS BASES FUNDAMENTALES DE UNA ALTERNATIVA POLÍTICA-CRIMINAL DESPENALIZADORA EN ESPAÑA EN EL TRATAMIENTO DE LAS SUSTANCIAS PSICOACTIVAS

1. Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC) por una alternativa política de despenalización controlada de las sustancias psicoactivas en España…….. 307

1.1. Principios inspiradores de la alternativa de despenalización controlada……..... 314

1.2. Modificaciones legislativas principales que plantea la alternativa…. 317

1.2.1. Propuesta del GEPC de reforma al CP…… 317

1.2.2. Propuesta del GEPC de reforma a la legislación administrativa…….. 320

1.3. Valoración de la alternativa despenalizadora planteada……. 322

A) Propuesta de reforma al CP……..... 322

B) Propuesta d refirma a la legislación administrativa……. 326

2. Desarrollo de algunos aspectos planteados por la alternativa de despenalización controlada…… 329

2.1. De los llamados *"usos extraterapeuticos"* sin necesidad de receta médica. Distinción entre uso, abuso problemático y consumo crónico o adictivo…… 330

2.2. De las llamadas *"dosis únicas"* ……... 334

2.3. Adecuación de algunas sustancias psicoactivas para los usos terapéuticos y extraterapéuticos…….. 335

A) Fármacos de paz…… 338

B) Fármacos estimulantes que otorgan energía…….. 343

C) Fármacos visionarios capaces de alterar la rutina psíquica..... 347

2.4. Las políticas de reducción de riesgos y daños asociados al uso y/o abuso de drogas. Los Tratamientos con Agonistas Opiáceos (TAO) en España…….. 352

3. Propuesta de las bases fundamentales de una alternativa político-criminal despenalizadora de las sustancias psicoactivas…… 357

3.1. Unificación de los ilícitos penales relativos a la protección de la salud: alimentos, sustancias psicoactivas o fármacos, y sustancias nocivas o productos químicos…….. 358
3.2. Concepto de lesión o dañosidad relacionado con la difusión ilegal de sustancias psicoactivas…… 362
3.3. Creación de tipos penales específicos para combatir el narcotráfico a gran escala: delitos contra el orden socio-económico…… 368
3.4. Creación de un tipo penal específico para la protección de la indemnidad de los menores e incapaces frente a la difusión de sustancias psicoactivas…… 370
3.5. Algunos argumentos económicos y de efectividad judicial a favor de la propuesta de alternativa despenalizadora de las sustancias psicoactivas…… 371
4. Los delitos contra salud pública como ilícitos penales más indultados…. 377

Capítulo II
MODELO URUGUAYO EN EL TRATAMIENTO DEL TRÁFICO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS. CONTROL Y REGULACIÓN ESTATAL DEL CANNABIS

1. Situación anterior a la aprobación de la Ley 19172, del 10 de diciembre del 2013, por la que se regula el uso del cannabis y sus derivados…… 385
2. Debate parlamentario y Exposición de Motivos de la Ley 19172…….. 391
2.1. Plan estratégico 2011-2015……. 391
2.2. Argumentos a favor……. 393
2.2. Argumentos en contra……. 397
3. Análisis de la Ley 19.172: generalidades y finalidad……. 399
4. Decreto Legislativo de Control y Regulación del Cannabis y derivados, de 6 de mayo de 2014, por la que se desarrolla la Ley 19172……. 408
5. Necesidad de un nuevo planteamiento político-criminal en torno al consumo de sustancias psicoactivas prohibidas en Uruguay…….. 421
6. Conclusiones sobre el modelo uruguayo…… 433

CONCLUSIONES FINALES…… 439

BIBLIOGRAFÍA…… 457

INTRODUCCIÓN

El delito de tráfico de drogas es uno de los ilícitos penales que suscita más debate y críticas, tanto en el ámbito dogmático como en el ámbito político-criminal. Buena prueba de ello es la abundante doctrina con opiniones dispares, así como la abundante jurisprudencia, también con criterios diferentes sobre idénticas cuestiones. En este delito el criterio político-criminal impuesto supranacionalmente impregna muchos de los aspectos dogmáticos con él relacionados. Desde un punto de vista dogmático, este trabajo se refiere en concreto al alcance que tiene sobre este precepto el bien jurídico-penal[1] que indica proteger. La metodología seguida para ello ha consistido en el análisis de la Doctrina, así como el estudio de la Jurisprudencia.

La primera cuestión que se plantea en este trabajo se refiere al concepto de salud pública, como bien jurídico-penal *institucionalizado* en los delitos de tráfico de drogas. Su consideración como bien jurídico-penal colectivo y su consecuente protección mediante la fórmula de los delitos de peligro abstracto le confieren al concepto salud pública una naturaleza *difusa* que aumenta la dimensión del debate sobre el tema. Como se pondrá de manifiesto, la clave del concepto salud pública radica en su relación con la salud individual, y en virtud de la relación que se establezca entre ambas las consecuencias jurídico-penales serán distintas.

En cuanto al concepto de droga, queda especialmente patente la "*imposición internacional"* que existe en materia de tráfico drogas. En

[1] Nomenclatura en la que seguimos a MIR PUIG, "Bien jurídico y bien jurídico-penal o limites al ius puniendi", en Estudios Penales y Criminológicos, 1989-1990, pp. 207 y ss.

efecto, el concepto de droga aportado por el legislador en el artículo 368 CP se refiere a: *"drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicoactivas"*, terminología importada de los tratados internacionales de fiscalización de drogas y que, sin fundamento farmacológico o toxicológico alguno, distingue entre drogas legales e ilegales en función de intereses económicos y partidistas, dejando de lado los fundamentos o argumentos científicos.

Se pondrá de manifiesto algunas cuestiones relacionadas con el origen del prohibicionismo internacional en materia de drogas. Igualmente constituye objeto de estudio las consecuencias de la adopción del *"concepto internacional de droga"* y la necesidad de un concepto jurídico-penal que, partiendo de criterios basados en las características farmacológicas de las distintas sustancias psicoactivas, pueda servir para completar al actual concepto internacional que es el utilizado por el juzgador en España.

Debido a la excesiva amplitud de los tipos penales relativos al tráfico de drogas se hace necesario el análisis de aquellas conductas que, aunque con distinto fundamento, pueden ser consideradas atípicas. La casuística redacción típica del art. 368 del CP, la concepción de la salud pública como bien jurídico colectivo independiente de la salud individual, y su naturaleza jurídica como delito de peligro abstracto propicia que comportamientos formalmente típicos no alcancen a afectar, de forma penalmente relevante, al bien jurídico-penal salud humana. Se trata de conductas que se encuentran más próximas al contexto del consumo o del abuso de drogas, que al ámbito del tráfico y la difusión.

Ante tal situación, y conscientes de la dureza punitiva de este tipo de ilícitos penales, existe una corriente jurisprudencial, bastante consolidada, que opta por una interpretación teleológica como fundamento para considerar atípicos este tipo de comportamientos, en principio subsumibles en la conducta típica pero carentes de lesividad o dañosidad para el bien jurídico-penal protegido por el delito. Se aludirá, especialmente, al consumo compartido (con especial atención a las "asociaciones del cannabis") y a las donaciones compasivas penitenciarias.

En este sentido se tratará la creación jurisprudencial referida a la "*dosis mínima psicoactiva"*. En esta cuestión, el debate jurisprudencial versa, fundamentalmente, en torno a la antijuridicidad material penal del delito de tráfico de drogas. Se pretende, con esta doctrina, delimitar el ámbito de lo típico o lo atípico en función de la cantidad de principio activo presente en la sustancia prohibida como objeto material del delito. Es decir, se trata de situaciones de transmisiones de drogas en pequeñas cantidades donde resulta complicado verificar la posible afectación al bien jurídico-penal protegido. En este sentido, será también decisiva la relación que se establezca entre la salud pública y la individual, pues conducirán a resoluciones judiciales diversas, como se estudiara en este trabajo.

Abordar un trabajo relacionado con el delito de tráfico de drogas, supone la necesidad, al menos desde mi punto de vista, de tratar de plantear una alternativa político-criminal de carácter despenalizadora en el tratamiento de este ilícito penal. Como se expondrá, un modelo político-criminal como el actual, además de resultar ineficaz, genera graves problemas y desigualdades sociales. Una vez realizado el balance del fracaso del prohibicionismo mundial, es el momento de plantear

alternativas político-criminales que resulten más respetuosas con los derechos individuales y libertades públicas propias de un Estado de Derecho, y que además resulten más eficaces en la protección de la salud humana, ante la irremediable existencia de sustancias psicoactivas con capacidad para crear adicción.

En este sentido merece especial mención en este trabajo la alternativa a la actual política criminal sobre drogas planteada, hace ya varias décadas, por el Grupo de Estudios de Política Criminal. La alternativa despenalizadora que en este trabajo se plantea se basa, fundamentalmente, en los argumentos allí recogidos. Se ha tratado de desarrollar algunos aspectos de los contenidos planteados en la alternativa del GEPC, y de alguna forma, reivindicar su actual vigencia. Hoy en día los *"estragos"* causados por el actual sistema punitivo de fiscalización de drogas, en el ámbito mundial, se han multiplicado y empeorado. Por tanto, la urgencia de un replanteamiento política criminal en esta materia resulta cada vez mayor.

La inclusión en el presente trabajo del Modelo Uruguayo se produce a raíz de la aprobación de la Ley nº 19172, de 10 de diciembre del 2013, de control y regulación del cannabis psicoactivo y sus derivados. Con la aprobación de la citada Ley y su Decreto Legislativo, de 6 de mayo de 2014, que la desarrolla, la República Oriental de Uruguay se ha convertido en el primer Estado soberano del mundo que se decide a regular, legislativamente, un mercado lícito para el cannabis y sus derivados, desafiando de esta forma al prohibicionismo planetario que rige en la actualidad en el tratamiento de las sustancias psicoactivas, incluido el cannabis. Se trata de una decisión político-criminal basada en criterios

científicos, que trata, simplemente, de recoger la opinión mostrada por los expertos en la materia, una decisión libre, por tanto, de criterios moralistas interesados.

Con la intención de investigar sobre el terreno tan relevante como inusual decisión político-criminal, decidí viajar a Montevideo, donde permanecí por espacio de un mes con la finalidad de investigar como se había formado tal voluntad política, así como para el estudio y análisis de la citada Ley, y sobre todo, como encajar el contenido de la citada normativa, en el actual contexto prohibicionista en la materia que se sufre a nivel mundial. Lo más importante de esta Ley, es la valentía de su aprobación pues supone un oasis de coherencia científica en un desierto prohibicionista, represor, acientífico e ineficaz.

Se trata, en definitiva, en el presente trabajo de valorar el alcance del bien jurídico-penal en el delito de tráfico de drogas, así como del planteamiento de algunas propuestas que constituirían las bases fundamentales de la alternativa político-criminal despenalizadora que se defiende en este trabajo.

PARTE I

Capítulo I

EL BIEN JURÍDICO- PENAL EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

1. Concepto de bien jurídico-penal

El concepto de bien jurídico-penal, en un principio y desde una perspectiva político-criminal, estaba destinado a cumplir la función básica de limitar el *"ius puniendi"* estatal, es decir, solo se podrían castigar penalmente aquellas conductas que lesionaran o pusieran en peligro un bien jurídico-penal protegido. El concepto de bien jurídico-penal sirve, en este sentido, para determinar aquello que merece ser protegido por el Derecho penal[2].

También se atribuyen a este concepto funciones de tipo dogmático, como son: en primer lugar, fijar la finalidad teleológica del ordenamiento penal, el bien jurídico debe ser el concepto central del tipo penal dado que se trata de la esencia misma de éste, siendo, por tanto, el indicador del qué y el porqué se protege penalmente. Se trata de legitimar materialmente la norma penal, la cual tendrá que ser justificada racionalmente si nos referimos a un Estado democrático[3]. Una vez establecido el bien jurídico

[2] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 2011, p.161, resalta que, junto a este sentido político-criminal del concepto de bien jurídico, existe un sentido dogmático de objeto efectivamente protegido por la norma penal de que se trate.

[3] HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, 1992, pp. 9-10, considera que estas funciones asignadas al bien jurídico comienzan a perder relevancia en cuanto se percibe por el Estado moderno la trascendencia política del Derecho penal, en el sentido de que éste sea efectivo y funcional a una determinada política criminal. En este momento, la determinación de los bienes jurídicos a proteger se convierte en una cuestión de simple decisión política. A modo de ejemplo, el Estado Prusiano (año 1.871), movido por la necesidad de llevar a cabo su revolución económica, se sirvió del positivismo alemán de la época para justificar su política criminal. El concepto positivista de bien

protegido por un delito, la interpretación teleológica servirá para excluir del tipo penal las conductas que no lo lesionen ni lo pongan en peligro. En segundo lugar, tendrá una función sistemática, pues el CP parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en la determinación de los ilícitos penales para su clasificación. Y en tercer lugar, el concepto de bien jurídico-penal ejerce como criterio en la medición de la pena, cuanto mayor sea la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico-penal mayor tendrá que ser el reproche penal[4].

1.1. Consideraciones generales previas

En sus orígenes, el concepto de bien jurídico-penal se sitúa en un ámbito extrajurídico, es decir, se concibe como una especie de interés social que surge de la organización de la vida en sociedad, y no en una mera decisión política del legislador. En este sentido resultó fundamental, para conformar un adecuado concepto de bien jurídico-penal, la distinción entre la legitimación formal del derecho penal y la legitimación material[5].

---

jurídico venía a consistir en lo que sigue: será bien jurídico, y por tanto digno de protección penal, solo aquello que diga el Estado. *Idem*, pp. 37 y ss.

[4] MIR PUIG, *Derecho Penal*, op. cit. p. 164.

[5] HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien Jurídico*, op. cit. pp. 83 y 141. En ese sentido y tratando el tema de los orígenes del concepto de bien jurídico, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 2006, p. 129, pone de manifiesto que fue Von Lizst el primero en ofrecer un concepto material de bien jurídico, señalando que éste encuentra su origen en un interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales; pero admitiendo que tal interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, que es quien decide que intereses sociales deben convertirse en bienes jurídicos. A partir de los años 20, los llamados neokantianos, trataron de buscar una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales, en lugar de situarla en el terreno de los intereses sociales. En un principio, los penalistas nacionalsocialistas rechazaron el concepto de bien jurídico que lo veían como un límite liberal a superar en un Estado totalitario. Tras un debate sobre el tema fueron disuadidos por neokantianos y defensores del bien jurídico, y finalmente aceptaron que dicho concepto no suponía ningún freno individualista frente al poder del Estado. Resalta este autor que, junto a este sentido político-criminal del concepto de bien jurídico, existe un sentido dogmático de objeto efectivamente protegido por la norma penal de que se trate. En esta línea interpretativa, considera BOTTKE, ¿Adiós a la exigencia de protección de bienes jurídicos?, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, p. 102, que el bien jurídico-penal como concepto normativo se reduce a expresar la *ratio legis* de la correspondiente norma penal, en tal caso, no podría asumir una función rectora para el legislador, en cambio, si se reconoce que el bien jurídico-penal como "determinadas circunstancias

Existen distintas teorías en torno a la concepción del bien jurídico-penal[6], en la siguiente exposición no se recogen todas de forma exhaustiva, pues no es este el objeto principal de estudio, únicamente se alude a algunas de ellas por considerar que se adaptan mejor a la posición respecto a la concepción del bien jurídico-penal desde la que se enfoca el presente trabajo.

1.1.1. Concepciones sociológicas del bien jurídico-penal

Las teorías sociológicas tratan de basar la determinación de los distintos bienes jurídico-penales dignos de protección directamente en realidades sociales, constituyendo exclusivamente una operación cognoscitiva de carácter teórico mediante el acceso a hechos de naturaleza social. Según este punto de vista, resultaría posible extraer conclusiones en torno a qué objetos son merecedores de protección jurídico-penal mediante la mera observación de la realidad social[7].

El método sociológico es independiente de toda filosofía o moral, exigiendo únicamente que el principio de causalidad se aplique a los fenómenos sociales. Desde este punto de vista, consideran que *"los hechos sociales son cosas, y deben ser tratados como tales"*, con el fin de que su tratamiento quede liberado de consideraciones utilitarias, morales o por

previamente dadas de la vida social", es decir, partir de un concepto suprapositivo de bien jurídico-penal, entraría en contradicción con el hecho de que en virtud del ordenamiento constitucional es competencia del legislador establecer los bienes jurídico-penales, estar legitimado democráticamente. Tal potestad no es posible restringirla en base a bienes jurídicos supuestamente reconocidos por instancias diferentes al legislador, sino que su límite se encuentra en la propia Constitución.

[6] Para una completa clasificación de las teorías relativas al concepto de bien jurídico-penal vid. SZCZARANSKI, "Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra", Política Criminal, Vol. 7 Nº 14 (Diciembre 2012), Art. 5, pp. 378-453, y ROXIN, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2013.

[7] PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, 2013, p. 104-105.

razonamientos de ningún tipo. Por tanto, según este criterio *"un hecho social sólo puede ser explicado mediante otro hecho social"*[8].

El aspecto funcional presente en las teorías sociológicas del bien jurídico-penal ha originado que dentro de ellas surgiera una versión más sofisticada de ésta que se denominan *teorías funcionalistas.* Consideran que el análisis funcional es el que mejor se adapta a la *"abstracción del sistema jurídico"* que debe procurar alcanzar una comprensión de las alternativas, produciéndolas de modo sistemático. De esta forma, sería posible vislumbrar una orientación a los problemas estructurales, además de adquirir la capacidad del aprendizaje y la autocrítica[9].

Se fundamentan en la idea que, en las relaciones sociales, los individuos actúan ajustándose a expectativas mutuas que consideran legítimas, compartiendo todos los sujetos que forman la comunidad el mismo código moral, el orden es definido desde que se produce la adhesión a éste. Se trataría de evitar el conflicto entre el individuo y el grupo, manteniendo el equilibrio del sistema y estableciendo mecanismos de

[8] DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, 1987, p. 145-148, argumenta que: *"Entendida de esta manera, la sociología no será ni individualista, ni comunista, ni socialista, en el sentido que se da vulgarmente a estas palabras. En principio, la sociología ignorará estas teorías a las cuales no podrá reconocer ningún valor científico, puesto que tienden directamente no a expresar los hechos, sino a reformarlos."* En ese sentido, LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, 1983, pp. 97-98, pone de manifiesto que las teorías sociológicas del bien jurídico-penal defienden que, en la formulación de los conceptos jurídicos debe existir cierta adecuación a la sociedad, es decir que se consiga la transformación conceptual del problema social al sistema jurídico. Según este punto de vista, existe un plano de relación entre el "*sistema jurídico*", que se refiere a la dogmática como mecanismo de dirección más abstracto y, por otro lado, el "*sistema social*", con exigencias muy generales por parte de la sociedad. Se trataría de aplicar el método sociológico para poder llegar a una concretización de tales abstracciones.

[9] LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, 1987, pp. 157-158. En este sentido, critica PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, op. cit. p. 105, que es indiscutible que cualquier descripción de la realidad social constituye una observación acerca de ésta. Sin embargo, se trataría de aquella observación de la realidad más ajustada a las necesidades y posibilidades del progreso social, en un momento y lugar concreto. Por ello, se entenderá que *"esta versión en nada mejora la realidad a las teorías sociologistas más clásicas, pues se limita a sustituir el naturalismo de éstas por una teleología harto discutible: ¿por qué habría que dar por bueno que la descripción funcional de la sociedad como –un determinado- sistema social permite un acceso privilegiado a su realidad? ¿No está demostrado que es habitual la existencia de grandes distorsiones cognitivas a este respecto, en todas las sociedades?"*.

socialización necesarios para que los componentes del proceso social actúen conforme a un determinado sistema de valores, resultando útiles para el sistema. Por tanto, dentro de la teoría funcionalista, el individuo está subordinado al sistema, se trata de un ser absolutamente dependiente del sistema social establecido[10].

En el Derecho penal de inspiración funcionalista sistémica prevalecen los fines político-criminales del Estado frente al individuo, que deja de ser el eje fundamental del sistema penal. Con ello se difuminan los presupuestos defendidos por el Derecho penal clásico de naturaleza garantista que partían de la antinomia del hombre y el poder, del ciudadano y del Estado, y además, se abre la posibilidad de castigar penalmente comportamientos que vulnerando la "*moralidad dominante*" no lesionen bien jurídico alguno[11].

Se critica que estas teorías parecen dar por supuesto que el carácter de esencial o no de un determinado estado de cosas es algo evidente, cuando parece claro que depende obligatoriamente del modo de describir la realidad, y de cómo valoremos tal descripción en atención a unos fines determinados. Además, la deducción que realizan, en virtud de la cual un determinado bien jurídico-penal merece protección a partir de que simplemente se constate su importancia para la consecución de un fin determinado, sólo sería posible si se lleva a cabo una discusión de naturaleza moral relativa a la justificación de las restricciones a la libertad individual que comporta la protección de los bienes jurídico-penales[12].

[10] HORMAZÁBAL MALAREE, *Bien Jurídico*, op. cit. pp. 96-100.
[11] *Idem*, pp. 105-106.
[12] PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, op. cit. p. 106, considera que las teorías sociológicas son incapaces de resolver de forma satisfactoria los problemas de justificación moral de las prohibiciones jurídicas, sirviendo tan sólo para intentar ocultarlos. En este sentido, han sido consideradas de ser teorías

En definitiva, tales teorías consideran que es la dimensión social la que interesa al Derecho, en la medida que constituye una necesidad social la protección de realidades concretas y condiciona las posibilidades de participación del individuo. Este aspecto funcional del concepto de bien jurídico-penal debe ser entendido no como forma de exclusión de los objetos existenciales concretos del concepto de bien jurídico-penal, sino como el análisis del sentido funcional en que tales objetos merecen protección por su consideración como bienes jurídico-penales. Sólo de esta forma podrá cumplir la función política liberal de ofrecer una concreción material de los distintos estados valiosos que por su relevancia necesiten la tutela ofrecida por el Derecho penal[13].

1.1.2. Concepción constitucionalista del bien jurídico-penal

La teoría del bien jurídico ha pretendido, en esencia, valorar si el objeto de protección de una norma penal, con independencia de los fines del legislador, es ilegitimo a tenor de la configuración normativa de una sociedad determinada. No obstante, ésta no puede ofrecer respuesta alguna sino se vincula con el sistema normativo de la comunidad, es decir, se han de relacionar con los principios básicos plasmados en la Constitución. Según este criterio, sin tener en cuenta estos valores elementales y principios básicos, la teoría del bien jurídico no puede deslindar lo legítimo de lo ilegitimo[14].

---

político-criminalmente escasamente críticas, resultando, por tanto, "*muy cómodas para los poderes sociales hegemónicos, en la medida en que tienden a dar por buena la descripción hegemónica de la realidad social, y a convertirla en fuente de justificación moral.*

[13] MIR PUIG, *Derecho Penal*, op. cit. p. 163.

[14]FEIJOO SÁNCHEZ, *Constitución y algunos principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 225-226. En ese sentido, BOTTKE, ¿Adiós a la?, op. cit. p. 103, considera que el concepto de protección de bienes jurídicos no proporciona ningún criterio de contenido que se deba asumir por la Constitución de forma obligatoria, cuya función consiste en establecer los límites máximos al legislador penal. Según este criterio, la protección de bienes jurídico-penales debe ser reformulada,

Dentro de estas teorías constitucionalistas del bien jurídico-penal se pueden apreciar influencias del funcionalismo[15], se trata de fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídico-penales desde la Constitución[16]. Según su criterio que un interés legítimo sea valioso depende de las concepciones valorativas de cada individuo que conforma la sociedad. En un Estado de Derecho, se debería partir de una norma que sirviera de base para una organización social como es la Constitución, en la que se consagran los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía[17].

El carácter de *bien de jurídico* de determinadas realidades está decidido jurídicamente con anterioridad al Derecho penal. Es decir, el Derecho penal viene definido previamente en ordenamientos jurídicos primarios (Constitución de derechos y libertades, Declaración Universal de los Derechos Humanos), con lo que el reconocimiento de determinadas realidades como bienes jurídico-penales no se produce de forma primaria por el legislador penal. Además, estas normas originarias y primarias

---

para ello el requisito de la lesión del bien jurídico debe ser sustituido por el *"requisito de la administración antijurídica de un bien constitucional criminal"*, es decir, se trata de reformular el mandato de protección de bienes jurídico-penales conforme al Derecho constitucional criminal, sometiendo a revisión crítica las normas penales.

[15] En el sentido que tanto las teorías sociológicas como las constitucionalistas pretenden basar el establecimiento de los distintos objetos de protección del Derecho penal directamente de la existencia de hechos preexistentes a partir de los cuales deciden los objetos que merecen protección, las primeras en realidades sociales, y las segundas en normas de rango constitucional. No obstante, ambas coinciden en considerar de incontrovertibles la existencia tales hechos, y también ambas teorías rechazan la naturaleza moral de la discusión acerca de la justificación última de las prohibiciones jurídicas. PAREDES CASTAÑON, *La justificación*, op. cit. pp. 104-105.

[16] HORMAZABAL MALARÉE, *Bien jurídico*, op. cit. p. 122. Desde una concepción funcionalista del bien jurídico-penal, LUHMANN, *Teoría política*, op. cit. p. 159, realiza una crítica a la concepción constitucionalista al sostener que: *"Buscar en la Constitución una respuesta a esta cuestión es una empresa vana. El problema aquí indicado se sitúa de modo transversal a los valores que se erigían sobre la crítica y la mejora de las condiciones, transversalmente también a ideologías burguesas o socialistas del siglo XIX, que estaban sintonizadas en un tono favorable al mejoramiento…Valores fundamentales como la dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad, justicia, no ofrecen ya, en tal situación, una suficiente orientación a la acción política. Siguen ofreciendo un indudable fundamento para el consenso, siguen representando el referente de sentido de la política para la sociedad"*.

[17] FRISCH, *La teoría*, op. cit. pp. 311-312, indica que no hay que olvidar que la cualidad de bien jurídico atribuida a determinados bienes jurídicos se fundamenta en las convicciones morales básicas interiorizadas y compartidas por la colectividad, lo que proporciona al concepto de bien jurídico una mayor amplitud, relatividad y vaguedad.

previas al Derecho penal, únicamente le atribuyen a éste la función de un Derecho sancionatorio estabilizador de los sectores más importantes de los ordenamientos jurídicos primarios[18].

Estas teorías sostienen que la justificación del establecimiento de los distintos bienes jurídico-penales a proteger se apoya en las normas de rango constitucional, donde se configuran la escala de valores a proteger por los poderes públicos. El problema es que en la mayoría de los mandatos constitucionales de incriminación la norma constitucional se limita a establecer los contenidos básicos que deberían estar incluidos en la protección penal, pero no los establece de forma exhaustiva. En consecuencia, no resulta posible establecer una conexión directa entre todos los bienes jurídico-penales protegidos y las normas constitucionales. Por tanto, tendrá que ser el legislador el que, en el contexto de actuación que le corresponde y que viene delimitado por la Constitución, efectúe una lectura moral política de las normas constitucionales, así como de las lagunas de regulación que presenten[19].

Las teorías constitucionales del bien jurídico-penal, aunque resultan útiles como valor orientativo en la determinación del merecimiento o no de la protección penal, no constituyen propiamente *"teorías del bien jurídico-penal"* porque no expresan lo que debemos entender por éste, sino

[18] FRISCH, *Idem*, pp. 312-324. Señala este autor que hay que tener en cuenta que calificar una realidad como bien jurídico constituye tan sólo un primer paso en el proceso de legitimación de prohibiciones o mandatos con respaldo penal. Además se plantea la cuestión de si la lesión de aquellos mandatos o prohibiciones debe ser castigada con pena, lo que convierte en imprescindible efectuar ciertas consideraciones sobre la necesidad de la pena desde el punto de vista de las teorías de la pena, restándole así protagonismo a la teoría del bien jurídico. Según FRISCH, en la legitimación de normas garantizadas jurídico-penalmente no lo conforma el vago concepto de bien jurídico, el concepto clave reside en, si determinadas normas que limitan la libertad son legitimables porque lo que regulan satisface los criterios del Derecho coactivo de una comunidad de individuos iguales que han decidido que rijan como queridas recíprocamente.

[19] PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, op. cit. pp. 110-111.

que se limitan a buscar en la Constitución el referente para fundamentar la aplicación de una determinada política-criminal que resulte coherente con el modelo de Estado y los derechos y libertades fundamentales establecidos en ésta[20].

El bien jurídico-penal debe ser analizado como un concepto de raíz sociológica, pero a su vez, la teoría del bien jurídico no puede obviar la escala de valores que ha sido recogida en la Constitución, porque la norma fundamental constituye una premisa político-criminal de gran trascendencia para modelar el sistema penal[21].

1.1.3. Teorías negadoras del concepto de bien jurídico-penal

Entre los defensores de esta concepción minoritaria, que niega la validez dogmático-penal del concepto del bien jurídico-penal, destaca JAKOBS. Según su criterio, la tesis de la protección de bienes jurídicos, parte del error inicial de tomar como punto de referencia un *bien*, pues el Derecho es una relación entre personas, y sólo mediante éstas pueden entrar en acción los bienes. Las personas deben concebirse no como titulares de bienes jurídicos, sino como titulares de derechos y deberes. Se considera que la teoría de la protección de bienes jurídico-penales carece de valor porque no se establecen las reglas de determinación del

[20] HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico*, op. cit. pp. 139-140.
[21] MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*. 2005, p. 274, señala este autor que: "*La Constitución aparece así como un instrumento teórico al servicio de los objetivos de la reforma penal y, en consecuencia, de la Política criminal"*. En este sentido, y como señala ROXIN, *Dogmática penal y política criminal*.1998, p.25, estructurar las categorías que sustentan el Derecho penal bajo aspectos político-criminales permite hacer postulados socio-políticos que resultan fructíferos para la dogmática penal, así como descubrimientos empíricos y datos criminológicos especiales. Si se actúa de esta forma, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo de conocimientos ordenado conceptualmente con validez general, y se abre al desarrollo, en el cual también colabora la Criminología al explicar y controlar la delincuencia

comportamiento permitido y no permitido, y además, no se realiza diferenciación entre deberes positivos y negativos[22].

Según esta interpretación, la sanción penal equilibra el daño producido por el autor del delito en la base cognitiva de la expectativa normativa que ha lesionado, por tanto, la ejecución de la pena supondrá hacer efectivo un derecho. Es decir, el hecho delictivo supone una contradicción a la norma, y la pena castiga tal afrenta. Al mismo tiempo, mediante la coerción que aquella supone para el autor se elimina el riesgo de un desgaste general de la vigencia de la norma, lo que se denomina *"prevención general positiva"*. En consecuencia, la protección de la vigencia de la norma será lo decisivo. Se distingue entre un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido, y en base a tal distinción, los bienes pasan a un segundo plano situándose por detrás de las relaciones entre personas[23]. La postura de JAKOBS supone una ruptura con la que ha sido la institución esencial para el Derecho penal clásico garantista como es la protección de bienes jurídico-penales, al menos conceptualmente.

1.2. Posición de la que se parte: concepción personalista del bien jurídico-penal en el contexto de un Estado de Derecho

Partiendo de una visión antropocéntrica del mundo, sólo es posible concebir el concepto de bien jurídico-penal desde los intereses de la persona singular. La persona y su libre desarrollo se convierten en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Con este enfoque, los bienes jurídicos

[22] JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 70-71.
[23] JAKOBS, *Sobre la*, op. cit. pp. 71-72.

supraindividuales poseen un papel de medio para el desarrollo personal del individuo, y el Estado se concibe igualmente como instrumento al servicio de las personas[24].

Desde esta concepción personalista del bien jurídico-penal, se considera que los bienes jurídicos colectivos sólo son legítimos cuando sirven al desarrollo personal del individuo, en consecuencia, serán bienes jurídico-penales aquellos presupuestos existenciales mínimos que necesita el individuo para lograr el desarrollo de su personalidad en la vida social. Junto a los bienes jurídico-penales estrictamente individuales (como por ejemplo: la vida, la libertad, la salud, el honor) se encuentran los bienes jurídicos colectivos que afectan a la sociedad en su conjunto como sistema social (por ejemplo: seguridad colectiva, medio ambiente). Los bienes jurídicos colectivos al tratar de asegurar una convivencia pacífica en la que el individuo logre su autorrealización, se convierte también en un bien jurídico-penal del individuo[25].

Para que un concepto de bien jurídico-penal resulte vinculante, desde una perspectiva político criminal, deberá derivarse de los fines y

[24] MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, p.12. En este sentido, considera HEFENDEHL, *"¿Debe ocuparse?"*, op. cit. p. 152, que los autores que parten de una teoría personalista del bien jurídico parten de un presupuesto correcto: no se puede sin más inventar un bien jurídico colectivo cuando se considere necesario crear un nuevo tipo delictivo. En ese sentido vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte General*, 2010, p. 61.

[25] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit. pp. 59-61, considera que frente a la concepción personalista del bien jurídico se encuentra la concepción monista del bien jurídico de carácter universal o colectivo, que considera los bienes jurídicos individuales como atribuciones derivadas del sistema social en su conjunto. Es decir, según este criterio, la función del Derecho penal se reconduce a la protección del sistema social en su conjunto. Según esta concepción personalista del bien jurídico, los bienes jurídicos colectivos deben venir siempre referidos, en última instancia, al individuo. Es necesario no olvidar, que en el proceso de producción del bien jurídico-penal, en ocasiones, se dan situaciones que tienden a ignorar el interés del individuo que debe existir en todo bien jurídico-penal, deshumanizando el concepto de bien jurídico-penal por intereses puramente estatalistas. En este sentido, señalan QUINTANAR DÍEZ y ORTIZ NAVARRO, *Elementos de Derecho penal. Parte general*. 2014, p. 77, que: *"El bien jurídico protegido es el alma y el corazón del delito, siendo un valor (bien) de la vida humana protegido por el Derecho (jurídico), integrando toda clase de derechos e intereses, individuales o colectivos, a los que el Derecho considera susceptibles, dignos y necesitados de la amenaza de una pena."*

objetivos plasmados en la Constitución, pues en ésta se fundamenta el Estado de Derecho basado en la libertad individual. Según este criterio, sería posible definir los bienes jurídico-penales como aquellas finalidades que son de utilidad para el individuo y su libre desarrollo de la personalidad. Este concepto de bien jurídico le viene previamente dado al legislador penal, aunque no es previo a la Constitución, y proporciona un criterio de enjuiciamiento que el legislador y el juzgador tienen que consultar en la creación y aplicación de cada precepto concreto de la Parte especial del Derecho penal[26].

En el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, la relación entre el concepto personalista de bien jurídico-penal y la política criminal se encuentra claramente vinculada. En consecuencia se exponen a continuación algunos aspectos en los que se traduce tan estrecha relación. En este sentido, se establecen tres criterios que debería satisfacer un concepto solvente de bien jurídico-penal en al ámbito de un Estado de democrático de Derecho:

- En primer lugar, el concepto de bien jurídico-penal debe adecuarse a los *"verdaderos"* bienes de las personas hoy en día, lo que exige una integración inteligente de las condiciones de vida actuales en el sistema de bienes jurídicos, tratando de establecer intereses universales.

- En segundo lugar, este concepto de bien jurídico debe ser selectivo y nítido, al tratarse de establecer límites a la intervención en la libertad individual de las personas, es decir ha de ser un concepto que proteja la libertad humana.

[26] ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, 1997, pp. 55-58.

- Y en tercer lugar, el concepto de bien jurídico-penal debería ser comprensible generalmente, debería facilitar el control democrático del legislador, esto es, no se deben utilizar generalizaciones nebulosas, que impidan a todos hacerse una idea clara acerca de qué bien jurídico-penal se protege[27].

Un Derecho penal propio de un Estado de Derecho debe estar regido por el principio del Derecho penal mínimo o *"ultima ratio"*. La conducta descrita por el legislador penal debe ser de tal gravedad y necesidad, que se vea obligado a verificar que no existen otros medios menos gravosos de amparar el bien jurídico que trata de proteger penalmente. El Derecho penal actual se ha convertido en un mecanismo político en manos de gobernantes que tratan de calmar y engañar a la opinión pública dando soluciones de carácter penal que, por supuesto, no solucionan el problema social concreto. Con este comportamiento se convierte en delito comportamientos que pueden ser perjudiciales para los ciudadanos, pero que no merecen tal calificativo, produciendo la necesaria

[27] HASSEMER, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico*. 2007, pp.104-105, considera, que *"una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho fin es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido. El bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso"*. En la misma línea interpretativa, HORMAZÁBAL *Bien Jurídico*, op. cit. p. 155, afirma que en un Estado democrático la determinación de los bienes jurídico-penales no debería quedar al exclusivo arbitrio del legislador. Tendría que ser la propia sociedad, para la cual se establece el sistema de normas penales, la que determinara los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal, comunicando su decisión a las instancias políticas a través de cauces funcionales. Consecuentemente, el concepto de bien jurídico-penal debería constituir la base fundamental sobre la que se establece la teoría del delito. No bastará ya con la realización antijurídica de una conducta típica dolosa o culposa, sino que será necesario además que esa conducta sea socialmente significativa y solo lo será, en cuanto tenga capacidad y afecte efectivamente al bien jurídico-penal protegido por el delito.

inflación legislativa improductiva, innecesaria, inapropiada y desestabilizadora[28].

Aunque la política criminal se configure en términos más amplios, todo el Derecho penal se integra en la política criminal. Por tanto, para el penalista existe una identificación entre los fines del Derecho penal y los principios de la política criminal. El Derecho penal es expresión de una política criminal, así la discusión sobre los fines del Derecho penal y sobre los medios precisos para alcanzar tales fines no puede ser más que una discusión político-criminal[29].

En un Estado democrático, que el Derecho penal sólo deba proteger *"bienes jurídicos"* no significa que todo *"bien jurídico"* haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a bienes jurídico-penales protegidos deba determinar la intervención del Derecho penal. En caso contrario, supondría la oposición a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal. Partiendo de la distinción entre Derecho y Moral, el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales, es decir exclusivamente de carácter moral, lo que no

[28] CANCINO MORENO, *Dogmática y Ley Penal*, 2004, pp. 40-44, sostiene que toda regulación o reforma penal debería estar precedida de un debido examen de todo el orden jurídico con la finalidad de utilizar el Derecho penal únicamente para proteger bienes jurídicos y asegurar metas de las prestaciones vitalmente necesarias. El principio de intervención mínima implica que las leyes penales de un Estado democrático de Derecho solo se justifican porque prestan tutela a un valor que, por su esencial respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Universalmente, se han presentado zonas grises en las que por factores políticos, religiosos y muchos otros, ciertas conductas son tratadas como casi irrelevantes para el Derecho, y a veces como demasiado graves de los que se consideran bienes jurídicos intocables, señalando como ejemplo la eutanasia, el aborto, el consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, etc.

[29] SILVA SANCHEZ, *Política Criminal y Persona*, 2000, pp. 22-23. En ese sentido sostiene ROXIN, ¿Es la protección, en HEFENDELH, *La teoría*, op. cit. p.446, que a la pregunta ¿hay conductas que de ningún modo pueden ser prohibidas bajo pena?, ROXIN nos ofrece algunas ideas interesantes, así considera que los límites de las facultades de intervención penal se deben extraerse la misma función social del Derecho penal, todo lo que va más allá de ésta no puede ser objeto del Derecho penal, siendo su finalidad el tratar de procurar una existencia pacífica, libre y socialmente segura a los ciudadanos.

impide que los bienes jurídico-penales puedan ser también bienes morales, pero se exige que tengan algo más que los haga merecedores de protección jurídico penal[30].

Seleccionar con criterios especialmente estrictos los objetos que merecen amparo jurídico penal y no solo jurídico *"in genere"* resulta exigible en una Política criminal restrictiva de la intervención penal. El hecho de concebir el Derecho penal como apéndice sancionador del ordenamiento jurídico puede conducir a la tendencia a buscar continuamente el apoyo sancionador del Derecho penal[31].

Para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal, es necesario que reúna dos requisitos: que tenga suficiente importancia social y que exista una verdadera necesidad de protección por el Derecho penal. En cuanto al primero de los requisitos, ésta importancia social debe estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal, es decir, el uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Sólo aquellos bienes que puedan considerarse fundamentales para la vida social deben ser considerados bienes jurídico-penales. La valoración de la importancia de un interés colectivo debe exigir la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración, pues puede suceder que un

[30] MIR PUIG, *Parte General*, op. cit. p.129.
[31]MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. pp. 207-208. En sentido similar, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, 2007, pp. 58-59, pone de manifiesto que la diferencia fundamental entre la norma penal y las demás normas jurídicas estriba en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para el cumplimiento de sus objetivos, por lo que sólo debería intervenir en los ataques más graves a la comunidad.

interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que de forma leve[32].

El bien jurídico-penal debe consistir en un objeto perteneciente al mundo real, sometido a las leyes de la física, es decir, no sirven las definiciones abstractas que se refieren al bien jurídico-penal como algo ideal o intangible, pues al tratarse de una mera construcción de conceptos resultan inútiles al referirlas a la estructura del delito, para un ente intangible o ideal resulta indiferente que el peligro que se le vincula sea concreto o abstracto[33].

La selección de los distintos objetos a ser protegidos por el Derecho penal debe hacerse superando formulaciones de naturaleza meramente ideológica que pueden desembocar en la protección de algo que encubre otra realidad, o simplemente de algo cuya protección resulta incompatible con un Estado democrático. La ideología puede encubrir ciertos privilegios que son el origen de las desigualdades, haciéndolas parecer como una necesidad lo que no son más que creencias. Por tanto, la selección de aquellos ámbitos necesitados de protección penal debe hacerse libremente en la base social, superando de esta forma el discurso ideológico para tratar de vislumbrar si el bien jurídico-penal a ser protegido es capaz

[32] MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. p. 212. En relación con la aludida ineficacia del Derecho penal en la defensa de bienes jurídicos colectivos, señala CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 370-371, que es más una cuestión de falta de voluntad política de que intervenga el Derecho penal y de la falta de los medios necesarios para su aplicación, que de una incapacidad de los instrumentos propios del Derecho penal para proteger a la sociedad frente a estos nuevos riesgos, justificándose la necesidad de intervención punitiva por la insuficiencia de los otros controles jurídicos y sociales. En ese sentido, plantea LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho*, op. cit. p. 177, la formulación de un concepto amplio de bien jurídico-penal como *"condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad. Tales condiciones pueden consistir en objeto, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección penal"*.

[33] HEFENDEHL, *"¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto"*, 2001, Anales de Derecho, nº 19, p. 153.

de satisfacer una necesidad humana, y sobre todo, su compatibilidad en el Estado social y democrático de Derecho[34].

2. La salud pública como bien jurídico-penal protegido en el delito de tráfico de drogas

Una vez determinada la concepción personalista del bien jurídico-penal como teoría que mejor se ajusta para afrontar la protección jurídico-penal de la salud pública. Conviene tratar a continuación el concepto de salud pública como bien jurídico-penal *"insitucionalizado"* en el delito de tráfico de drogas.

2.1. Concepto de salud pública

Las bases fundamentales para la elaboración de un concepto jurídico-penal de salud pública han de partir de consideraciones jurídicas, sociales y médicas. Las consideraciones médico-farmacológicas deberán ser el punto de partida para la elaboración de un concepto jurídico-penal de salud pública, desde la perspectiva de utilidad social e individual parece acertado exigir unos mínimos de salud de la sociedad en su globalidad. Desde una perspectiva jurídico-penal atentar contra la salud pública significaría destruir los presupuestos para que cada uno de los miembros de la sociedad pueda disfrutar del nivel óptimo de salud, de esta forma la peligrosidad y

[34] HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico*, op. cit. pp. 155-161, considera que es posible sostener que la CE reconoce la relación inversamente proporcional entre la libertad del capital y la libertad del individuo, esto es, a mayor libertad del capital menor libertad del individuo, y viceversa. Incluso, la CE, de manera explícita, privilegia claramente la libertad del individuo, al establecer en el artículo 9.2 CE que los poderes públicos tienen la obligación de *"promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas"*. Por tanto, se reduce la libertad empresarial que se ve afectada por el deber de los poderes públicos de hacer efectivos los derechos socioeconómicos de los ciudadanos.

gravedad de dichas conductas debe verse en el hecho de poder afectar a la salud de un número indeterminado de personas[35].

Tratándose en este tipo de ilícitos penales de proteger la salud de los riesgos que conllevan la difusión de sustancias psicoactivas, son necesarios algunos criterios de tipo médico-farmacológicos que nos sirvan para determinar el distinto modo en que las diferentes sustancias psicoactivas prohibidas puedan afectar al organismo, así como el grado de dependencia que puedan producir. Este será el punto de partida para poder elaborar un concepto jurídico-penal de salud pública[36].

2.1.1. El concepto de salud pública en el ámbito internacional y supranacional

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Carta Constitucional de 1.946, la define como *"el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedades y dolencias"*. Se trata de establecer el concepto de *"salud"* en términos positivos. El problema fundamental de esta definición estriba en que, al identificar el concepto *salud* con el concepto de *bienestar* se difumina aún más aquélla al tratarse de una expresión con límites poco precisos[37].

[35]JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I: un estudio analítico del artículo 368 CP*. 1999, pp. 39-42. En un sentido similar, MOLINA MANSILLA, *El delito de narcotráfico*, 2008, p.29, afirma que el concepto de *"salud pública"* que, como interés que el Estado, pretende proteger cuando tipifica los ilícitos relacionados con la difusión de sustancias psicoactivas prohibidas, es un término no definido aún penalmente, lo que se traduce en distintas interpretaciones del mismo. Siendo consecuentes con la complejidad y transcendencia del fenómeno, y dada la diversidad de elementos que se ven comprometidos en los denominados delitos contra la salud pública, sería necesario que este concepto fuera definido de forma multidisciplinar, utilizando criterios médicos, asistenciales y sociales, además de criterios jurídicos.

[36] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. p.39.

[37] Pone de manifiesto DOVAL PAIS. *Delitos*, op. cit. p. 195, que en el contexto de un concepto como es el de *"salud"*, que ya de por sí resulta complicado definirlo con exactitud, no conviene introducir la expresión *"bienestar"* al tener unos límites poco precisos. Sin embargo, considera este autor que ello no supone negar toda virtualidad a la permeabilidad conceptual entre la salud y el bienestar, pues desde su

Se trata de un concepto amplio que requiere la existencia de bienestar tanto físico como psíquico y social, es decir, importa no sólo la salud del individuo considerada de forma aislada, sino también la salud de éste en cuanto miembro de una sociedad, y no sólo en el aspecto negativo de ausencia de enfermedades, sino también en su aspecto positivo de existencia de una serie de condiciones favorables a la salud de la colectividad[38].

En el ámbito de la Unión Europea (UE), los gobiernos nacionales son los responsables de organizar la asistencia sanitaria y garantizar su prestación en sus respectivos territorios. Los distintos órganos de la UE se ocupan de complementar las distintas políticas nacionales en la materia, mediante su ayuda para alcanzar objetivos comunes y abordar retos compartidos, generando economías de escala al poner en común los recursos. La política de la UE en materia de salud, aplicada mediante su Estrategia Sanitaria, se centra, fundamentalmente, en: la prevención, fomentando estilos de vida más saludables; la igualdad de oportunidades para todos en relación a la asistencia sanitaria de calidad; la lucha contra las amenazas graves para la salud que afectan a los países de la UE; y el apoyo a los sistemas de salud dinámicos y a las nuevas tecnologías. Para la consecución de tales fines, la UE realiza una actuación específica dirigida a la elaboración de normas para los productos y servicios sanitarios, proporcionando herramientas que faciliten la cooperación y el

integración con los fundamentos constitucionales de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 C.E.) es la senda correcta hacia la que hay que orientar la interpretación del concepto salud en la actualidad.

[38] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. p.40. En este sentido RODRIGUEZ NUÑEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 2008, p. 485, resalta que el principal bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública como salud humana en su conjunto, como bien social, por afectar a toda la colectividad.

establecimiento de actividades de promoción de la salud, determinación de factores de riesgo, y gestión de sistemas sanitarios[39].

La base jurídica fundamental para el desarrollo de políticas en materia de salud pública se encuentra recogida en el capítulo V, sección primera, artículo III-278 de la Constitución Europea[40]. Se establecen como objetivos de la Comunidad Europea *"elevación del nivel y de la calidad de la vida"*, incluyendo como una de sus acciones *"una contribución al logro de un alto nivel de protección a la salud"*[41]. El artículo 152 del TCE establece *"que las acciones de la Comunidad irán dirigidas a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud humana"*, resaltar que desaparece la explícita mención de la "toxicomanía" si bien cabe subsumirla bajo el término más amplio *"peligro para la salud humana"*, donde también es posible incluir el consumo de tabaco[42].

Resaltar especialmente la expresión *"salud humana"*, pues supone que, además de la protección de la salud pública, en el sentido de proteger el bienestar colectivo, comprende también la protección del individuo. Además, la frase *"prevenir las enfermedades humanas"* implica un concepto individualizado de salud, pues se demuestra una preocupación de la Comunidad Europea por el bienestar individual de cada uno de los ciudadanos. El término *"salud humana"* se define como salud física y psíquica de cada uno de los individuos que forman la comunidad, y la

[39] Unión Europea (UE), disponible en: http://ec. *Europa.eu/heath/indexes.htm*
[40] KÜHN, *"El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública"*, Volumen 14, Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud, 2006, p. 37, indica el autor que los órganos de la Unión Europea no tuvieron competencia en el ámbito de la salud pública, al menos de forma explícita, hasta la entrada en vigor del Tratado de Maastricht.
[41] Artículos 2 y 3, apartado 1, letra p) del Tratado de Constitución Europea (TCE).
[42] KÜHN, *"El modelo social"*, op. cit. p. 37

Unión Europea reconoce el derecho de todas las personas a acceder a la prevención y atención sanitaria, lo que puede interpretarse como un derecho fundamental del individuo a la protección de su salud por parte de la Unión Europea y sus Estados miembros[43].

La configuración jurídica y la composición de las estructuras de la Unión Europea han afectado notablemente a la regulación del sector farmacéutico en España. De esta manera en la normativa interna vigente en esta materia[44] se han integrado diversas Directivas[45] que tratan de crear un marco adecuado para asegurar la disponibilidad de medicamentos y productos sanitarios para cubrir las necesidades de sus usuarios, tratando de consagrar la prestación farmacéutica como una prestación universal[46].

En el ámbito de la Unión Europea la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, se ocupa del establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas. En dicho texto, en vigor desde el 12 de noviembre de 2004, se recogen medidas mínimas dentro del Plan de acción de la unión Europea en materia de lucha contra la droga. La

[43] *Idem*, pp. 38-45, indica este autor que: *"El modelo social que este Tratado incorpora en el sistema de integración europeo reconoce que para lograr el bienestar del individuo es necesario combatir la exclusión social y la discriminación, así como fomentar la justicia y la protección social"*.
[44] Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto Farmacéutico.
[45] Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modificó la Directiva 2001/83/CE, y la Directiva 2004/28/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva Reglamento (CE) nº 726/2004, por las que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, facilitando de esta forma la libre y segura circulación de medicamentos por la UE.
[46] Exposición de Motivos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto Farmacéutico. Se alude, igualmente, a la descentralización sanitaria prevista en la Ley General de Sanidad de 1986, que ha supuesto que todas las Comunidades Autónomas hayan asumido funciones que antes desarrollaban los servicios del Instituto Nacional de Salud, produciéndose una descentralización completa de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, incluida la prestación farmacéutica.

Decisión Marco contiene disposiciones sobre las conductas a prohibir, la forma de participación y las penas[47].

Esta Decisión Marco de la UE supuso la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del CP, introduciendo un nuevo subtipo atenuado en el artículo 368.2 del CP. El considerando primero de la citada Decisión Marco establece que en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, y ante la preocupación manifestada por el incremento del uso y/o abuso de tales sustancias, se establece*: "El tráfico ilícito de droga representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de vida de los ciudadanos de la Unión Europea, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros"*. Este tema será objeto de mayor desarrollo en el epígrafe correspondiente a la regulación de la salud pública en el CP.

2.1.2. El concepto de salud pública en la CE

El artículo 43 de la CE reconoce el *"derecho a la protección de la salud"* y establece que *"compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios"*. En relación a la expresión del término *salud pública* plasmada en el citado precepto constitucional, cabe realizar varias interpretaciones:

[47] Como afirma MONGE FERNANDEZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2010, p. 374, mediante esta Decisión Marco se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación existente entre el tipo básico y los tipos agravados de este delito. Además, precisa SUAREZ-MIRA, *Manual de Derecho. Parte Especial*, 2008, p. 434, que la Decisión Marco 2004/757/JAI, de 25 de octubre, contiene una definición de droga remitiéndose a la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes y al Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971, así como a la Acción Común 97/396/JAI, de 16 de junio de 1997.

1) Se reconoce, por parte del Estado, el derecho de todos los componentes de la colectividad a la protección de su salud, coincidiendo la *salud pública* con la *salud comunitaria*.

2) El Estado, en su versión social e intervencionista, decide conjugar una serie de acciones públicas destinadas a preservar un nivel adecuado de salud en sus ciudadanos mediante acciones multidisciplinares de carácter preventivo y educacional, además de prestar un servicio público de carácter asistencial a sus ciudadanos.

El gobierno a través del Plan Nacional sobre Drogas trata de implantar en las distintas Administraciones Públicas políticas públicas en materia de uso y/o abuso de sustancias psicoactivas tanto prohibidas como aceptadas socialmente. Además en el citado precepto constitucional se reconoce la obligación del Estado de mantener una sanidad pública para todos al señalar*: "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública"* [48].

Por tanto, la CE se refiere a la *salud pública* y ve en ella un interés colectivo de carácter difuso que se ha definido como el conjunto de condiciones de salubridad necesarios para el desarrollo de los derechos y libertades públicas. Es decir, si tales condiciones de salubridad se encuentran por debajo de los niveles socialmente normales, se habrán de llevar a cabo las acciones positivas necesarias de promoción y no sólo de

[48] En este sentido, señala BORRAJO DACRUZ, C*omentarios*, op. cit. p.181, que el enunciado del artículo 43 resulta impreciso, si bien tal indeterminación es posible que haya sido buscada por el propio constituyente con el fin de abrir el tema a soluciones flexibles en las que los intereses del Estado y de la sociedad se resuelvan en términos de oportunidad o conveniencia.

defensa, de ahí la explícita alusión a *"las prestaciones y servicios necesarios"*[49].

En definitiva, el citado precepto constitucional pone de manifiesto la necesidad de desarrollar acciones preventivas de carácter educativo, y en ningún momento se alude a que la salud pública deba ser protegida mediante el recurso al Derecho penal. Por tanto, a diferencia de otros bienes jurídicos de naturaleza colectiva que también gozan de protección constitucional, y en los cuales, el propio texto constitucional ordena su protección mediante normas penales, en el caso de la protección de la salud pública no existe tal obligación, al menos expresa.

Al conllevar el Derecho penal la restricción más grave de derechos al individuo, debe quedar éste reservado para los comportamientos más graves para la convivencia. En un Estado de Derecho, resulta necesario acudir a la Constitución, y en concreto a su parte declarativa de Derechos fundamentales, para determinar qué bienes jurídicos resultan imprescindibles para la convivencia, y por tanto, susceptibles de protección por el poder punitivo del Estado[50].

Por tanto, la referencia a la Constitución es una forma de determinar qué valores resultan esenciales para la vida social de una colectividad en concreto, y que, en consecuencia, deben protegerse penalmente. En este punto, cabe preguntarse qué conductas son realmente

[49] BORRAJO DACRUZ, C*omentarios*, op. cit p. 191.
[50] CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2011, pp. 31-32, establecen que: *"existe una tendencia social un tanto irracional a introducir en el Código penal todo aquello que represente un conflicto social, sea cual sea su importancia, sin tener en cuenta que a lo mejor basta para resolverlo con otros instrumentos menos drásticos que la pena, como la sanción administrativa"*.

lesivas, limitando la intervención penal en ese sentido, y no en atención a lo que se pretende evitar[51].

El Derecho penal, en su cometido de protección de bienes jurídico-penales, no debe olvidar que, tan importante es la determinación del bien jurídico-penal a proteger, como la forma y extensión en que debe protegerse, es decir, utilizar la formulación más precisa posible en los tipos penales de las conductas que puedan lesionar o poner en peligro esos bienes jurídicos, así como respetar el principio de intervención mínima[52].

El precepto constitucional que se refiere a la protección de la salud (artículo 43 CE) se sitúa en el Capítulo III del Título I, relativo a "*los principios rectores de la política social y económica*", y en virtud de lo establecido en el artículo 53.3 de la CE: "*…informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*". Se

[51] CORCOY BIDASOLO y otros, *Constitución y Derecho penal*, 2012, p. 160, indica, en relación a la STC 235/2007que declaró inconstitucional el artículo 607.2 CP, que. *" ..en ocasiones el problema, como sucede en la STC 235/2007, no es tanto la existencia o no de un bien jurídico merecedor de protección penal sino de un adelantamiento inaceptable de los límites de protección o/y una técnica legislativa casuística que, en aras de una pretendida y mal entendida taxatividad, introduce una serie de conductas típicas repetitivas o inaceptables por su inconcreción (facilitar, promover…y finalmente o de cualquier otro modo)"*. Si se observa es la misma técnica legislativa empleada en el artículo 368 del CP que trata de proteger la salud pública, cuando señala: *"Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas…"*.

[52] MUÑOZ CONDE, "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal". *El nuevo Derecho penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor Valle Muñiz*, 2001, pp. 568-573, hace notar que el Derecho penal moderno se concibe más como un instrumento político de dirección social que como un mecanismo de protección jurídica subsidiario de las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que produce cierto debilitamiento de algunos de los principios básicos y garantías del Derecho penal clásico, resultando frecuente la utilización de leyes en las que se utilizan conceptos vagos y clausulas generales de difícil interpretación, dejando en manos del juzgador la solución final. En este mismo sentido sostiene MORALES PRATS, *Parte General, op.* cit. p. 270, que el legislador a la hora de determinar cuáles van a ser las conductas punibles en una determinada sociedad, y por tanto, determinar qué bienes jurídicos van a ser los que sean dignos de protección penal, debe decidir, en primer lugar, acerca de éstos para posteriormente y en base a ésta decisión, describir las acciones típicas., existe una cierta inconsciencia o irreflexión cuando en los debates parlamentarios se decide incorporar o modificar un tipo penal sin antes meditar sobre el bien jurídico que esa figura se dice va a servir. Igualmente, señala que *"cuando se está ante una norma ya promulgada la tentación del intérprete es acudir a la interpretación teleológica buscando la finalidad perseguida por aquella norma. Pero en buena técnica,…, el interprete ha de colocarse en la posición teórica en que estuvo el legislador antes de crear la ley…"*.

trata, por tanto, de una serie de derechos económico-sociales de naturaleza programática que resultan más difíciles de hacerlos efectivos que los derechos y libertades reconocidos por el Capítulo II, Sección primera (junto al artículo 14 CE) porque requieren de unas prestaciones socioeconómicas por parte de los poderes públicos que no siempre se llevan a cabo por falta de medios económicos, por lo que se considera que carecen de alcance efectivo[53].

No obstante, los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra la protección del derecho a la salud, sí que tienen la capacidad de vincular al legislador, aunque su efectividad no sea inmediata[54]. En efecto, los principios rectores establecen condiciones de bienestar entre los individuos y grupos que componen la sociedad, aplicando a la realidad socioeconómica los postulados de la libertad, de la justicia, de la igualdad, del pluralismo político y de la dignidad humana sin la cual la realidad socioeconómica carecería de sentido. Por tanto, son postulados inderogables y vinculantes, que se

[53] LUCAS VERDU, *Estimativa y política constitucionales*, 1984, pp. 149-157, sostiene que esto no significa que los principios rectores de la política social y económica sean letra muerta, pues su operatividad depende de la interpretación que debe hacerse del artículo 53.3 de la CE. Además, una vez reconocida la dignidad de la persona como fundamento del orden político (artículo 10 CE) resulta necesario establecer el cuadro normativo-institucional que la salvaguarde y dinamice a ésta como valor constitucional supremo. En el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, *Comentarios*, op. cit. p. 195, argumenta que el ciudadano no tiene un derecho subjetivo a la protección de la salud en términos concretos, pero de ahí no se puede concluir sobre la inefectividad de tal derecho constitucional, pues, al igual que el resto de principios rectores de la política social y económica tienen los efectos siguientes: postulan una determinada política legislativa y elevan la protección a la salud como un fin del Estado, posibilitan la atribución de competencias legislativas y ejecutivas, posibilitan el control del TC de las leyes de desarrollo, y poseen carácter informador del ordenamiento jurídico. Además, en su aspecto negativo, el derecho a la salud significa que el individuo tiene derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud de dicha persona.

[54] LUCAS VERDU, *Estimativa*, op. cit. p. 163, critica la redacción del artículo 53.3 del CE, señalando que resulta defectuosa porque comienza diciendo: *"El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán…"* Como se observa, además de la redundancia *"reconocimiento"*, *"reconocidos"*, el término "*informarán"* parece subalterno respecto a "*reconocimiento, el respeto y protección"* antecedentes, pero además contrasta con el contenido y alcance de un auténtico Estado social y democrático de Derecho.

inspiran en los valores constitucionales que tienden a optimizar el bienestar general de la sociedad[55].

2.1.3. La protección jurídico-penal de la salud pública y el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad supone una exigencia ineludible en cualquier tipo de intervención estatal de carácter penal, y por consiguiente restrictiva de derechos individuales. La formulación constitucional del principio de proporcionalidad penal, en nuestro país, (sobre todo a partir de la SSTC 55/1996 y 161/1997), establece que toda actuación pública proporcionada ha de tener en cuenta todos los rasgos del Derecho penal garantista, es decir un Derecho penal de corte preventivo, mínimo, fragmentario y subsidiario, capaz y necesario para ofrecer una tutela eficaz a aquellos intereses que la merezcan, que obligan a un replanteamiento de lo que supone la idea de proporción[56].

El TC, en sus primeras sentencias, consideró el principio de proporcionalidad implícito en la formulación del artículo 1.1 de la Constitución, donde se establece la formación de un *Estado social y democrático de derecho* que propugna a la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico. En su nacimiento, el principio de proporcionalidad era utilizado como criterio de interpretación que permitía valorar las vulneraciones posibles de normas concretas constitucionales. Por tanto, el TC pareció reservar al legislador la posibilidad de decidir acerca de si una norma penal es o no proporcionada, así, en la STC 65/1986, de 22 de mayo, se establecía: *"En principio, el juicio sobre*

[55] LUCAS VERDU, *Estimativa*, op. cit. p. 164.
[56] DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, p.13.

proporcionalidad de la pena prevista por la ley con carácter general en relación a un hecho punible es de competencia del legislador".

Ya en los años 90 se abrió la posibilidad de revisión por el propio TC en casos de graves faltas de proporcionalidad que vulneren los principios fundamentales del Estado de Derecho. En definitiva y como señala MIR PUIG, que el TC considere de forma excepcional su propia capacidad de supervisar la constitucionalidad de la decisión del legislador, no supone negar que éste deba someterse al principio de proporcionalidad en sentido amplio. En cambio, se puede considerar consolidado que el TC reconoce que la ley penal debe respetar el principio de proporcionalidad con sus tres exigencias de que resulte idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto a su finalidad de protección frente al delito[57].

Si bien no existe una norma constitucional que contenga el principio de proporcionalidad, como vemos, éste se desprende de la dignidad de la persona humana, del Estado social y democrático de Derecho, y de la aplicación al ordenamiento jurídico penal de los valores de justicia, libertad e igualdad. El Código Penal vigente sólo recoge la *"prohibición de exceso"*, pero no del principio de proporcionalidad, que es mucho más amplio en propuestas y consecuencias[58].

El valor fundamental *"dignidad de la persona humana"*, en su función limitadora del poder punitivo estatal obliga a una aplicación limitada y absolutamente necesaria de su arsenal punitivo. La actividad coactiva del Estado debe buscar límites concretos que no se conviertan en

[57] MIR PUIG, *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 97-98.
[58] URQUIZO OLAECHEA, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2003, p.209.

violatorios de la dignidad de la persona humana, ambas necesidades pueden compatibilizarse, pues no debemos olvidar que el Derecho penal se encuentra sometido a la Constitución[59].

Si bien el principio de culpabilidad impide imponer pena alguna por ausencia de toda culpabilidad, esta falta de culpabilidad no es posible compensarla, en ningún caso, por necesidades de prevención, y en opinión de MIR PUIG, deben operar al margen del principio de proporcionalidad. Como señala este autor, la gravedad del delito deriva de la gravedad del injusto típico, la culpabilidad es la posibilidad de imputar al sujeto dicho injusto. La culpabilidad no aumenta la gravedad del hecho a imputar, sino que condiciona la posibilidad de imputar tal hecho, ya sea completamente o en forma disminuida[60].

La doctrina emplea el principio de proporcionalidad en el sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita la imposición de penas. No obstante, el principio de proporcionalidad no sólo es necesario para limitar medidas de seguridad, sino también para graduar las penas, por lo que se le ha de considerar como un principio general de todo el Derecho penal[61].

Atendiendo a este principio, sólo será admisible una pena cuando sea adecuada, necesaria y razonable para obtener la finalidad perseguida por el legislador, la que sea estrictamente necesaria en términos de

[59] URQUIZO OLAECHEA, *La ciencia*, op. cit. p. 196.
[60] MIR PUIG, *Constitución*, op. cit. pp.102-104. Por tanto, no es que el principio de culpabilidad obligue a renunciar a la finalidad de protección de bienes jurídico-penales aunque resulte proporcionada, sino que prohíbe únicamente su persecución mediante una pena, ya que ésta implica un reproche ético-jurídico que solo es justo dirigir a quien es culpable y en la medida de su culpabilidad, siendo este tipo de reproche el que en ningún caso se puede imponer al que no lo merece, por muy necesaria y proporcionada al fin de prevención que pueda ser la aplicación de una pena con la privación de derechos que esta conlleva.
[61] MIR PUIG, *Parte General*, op. cit. p. 136.

necesidad, utilidad y coerción para alcanzar los fines preventivos que le son propios, la que trate de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad[62].

Sería contrario al principio de proporcionalidad, que aunque la CE reconociera la necesidad de proceder a la protección penal de un bien jurídico determinado, tal protección sea frente a cualquier ataque por ínfimo que sea, sin que se requiera un mínimo de afectación del bien[63].

El control constitucional de la proporcionalidad de la norma penal debe limitarse a verificar la ausencia de un derroche inútil de coacción, de un sacrificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe o limita, de un atentado contra el valor fundamental de la justicia propia de un Estado de Derecho, de una actividad pública no arbitraria y respetuosa de la dignidad de la persona. Y en ese control, el *test de proporcionalidad* obliga, en primer lugar, a constatar que el bien jurídico-penal protegido es suficientemente relevante como para motivar el recurso al *ius puniendi*; en

[62] DE LA MATA BARRANCO, *El principio*, op. cit. p. 97.

[63]MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. pp. 210-212, considera que el principio constitucional de proporcionalidad exige que toda limitación de derechos fundamentales tenga una finalidad beneficiosa para intereses públicos y privados. La limitación de derechos que implica toda intervención penal debe justificarse por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos. MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal*, 2011, p. 111. En este sentido ALONSO ALAMO, "Bien jurídico-penal: más allá del constitucionalismo de los derechos" Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XXIX, 2009, p. 87, sostiene que el principio de proporcionalidad exige la idoneidad de la norma para proteger el bien jurídico pues solo entonces estaría justificada la restricción de la libertad social de acción. El principio de idoneidad presenta diversos niveles, un nivel fáctico que versa sobre la idoneidad de la norma para cumplir su fin atendiendo a la realidad social en la que va ser aplicada, y un nivel jurídico, la adecuación entre lo que la norma pretende, la protección de bienes jurídicos, y la previsión legislativa. Razones de oportunidad pueden aconsejar una intervención enérgica, pero, por exigencias del principio de idoneidad, sólo deberían incorporarse al tipo penal las acciones con potencialidad lesiva para el bien jurídico. En este sentido expone ROXIN, *¿Es la protección*, en HEFENDEHL, *La teoría*, op. cit. p. 447, que lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos se lleven a un equilibrio que le garantice al individuo la protección necesaria pero también tanta libertad individual como sea posible. En opinión de este autor, estas metas de la tradición liberal-ilustrada de ningún modo han quedado obsoletas, sino que tienen que ser protegidas continuamente frente a las tendencias limitadoras de la libertad que surgen de los más diversos orígenes. De esto se deduce que en un Estado democrático de Derecho las normas penales únicamente deben perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando, al mismo tiempo, el respeto de los derechos humanos en su totalidad.

segundo lugar, se tendrá que comprobar que la medida adoptada sea idónea para alcanzar tales fines; y, en tercer lugar, constatar que la sanción penal sea proporcionada, en sentido estricto, comparando beneficios y perjuicios, con el delito para el que se aplica[64].

El principio de proporcionalidad ha de suponer un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado en cuanto que cualquier incompatibilidad debe resolverse a favor del mantenimiento del principio de proporcionalidad en virtud de lo que representa en el Derecho penal como es la idea de justicia, libertad e igualdad. Además concurre otro límite esencial como es el principio de intervención mínima, entendido en el sentido que la intervención del Derecho penal sólo debe darse cuando otros medios han resultado insuficientes para combatir los fenómenos de perturbación social[65].

En un sentido amplio, el principio de proporcionalidad surge de la necesidad de atender al coste que para un derecho fundamental tiene el hecho de dar preferencia a otro bien jurídico-penal relevante. Se trata en definitiva de evitar que el coste que supone la limitación de un derecho sea superior al beneficio que representa para otro bien jurídico-penal. La exigencia de proporcionalidad ofrece un criterio de interpretación de las limitaciones que cada derecho fundamental admite en aras de la satisfacción de otros bienes jurídicos-penales relevantes[66].

A la hora de valorar la gravedad del hecho (o de la simple acción, si estamos ante un delito de peligro abstracto como es el delito del art. 368

[64] DE LA MATA BARRANCO, *El principio*, op. cit. pp. 285-286
[65] URQUIZO OLAECHEA, *La ciencia*, op. cit. p. 209.
[66] MIR PUIG, *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 86-87.

del Código Penal) que motiva la intervención penal, el primer referente al que hay que acudir es el del bien jurídico-penal protegido por el precepto. Las penas han de ser proporcionadas a la trascendencia social que verdaderamente tiene la afección al bien jurídico-penal cuya tutela interesa prever, y ello debido a la necesidad de atender lo que implica el concepto de bien jurídico desde una perspectiva material y funcional que atienda su idoneidad para satisfacer necesidades personales. El establecimiento de los tipos penales no puede hacerse únicamente teniendo en cuenta la distinta importancia de los bienes jurídico-penales, será necesario tener también en cuenta la afectación del bien por la conducta que se tipifica. Es decir, no puede castigarse de igual manera una lesión efectiva de los mismos que una conducta de peligro[67].

En un Estado social y democrático de derecho se debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se establezca sin tener en cuenta la efectiva trascendencia social de dichas normas. En un Derecho penal democrático, como el nuestro, se debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de *"nocividad social"* del ataque al bien jurídico[68].

En definitiva, las características del principio de proporcionalidad en su aplicación serán:

1. El medio utilizado por el legislador ha de ser adecuado y necesario para alcanzar el fin propuesto.

[67] DE LA MATA BARRANCO, *El principio*, op. cit. p. 211.
[68] MIR PUIG, *Parte General*, op. cit. p.137.

2. Será medio adecuado aquel que pueda lograr el resultado deseado, es necesario cuando el legislador habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz que no limitara un derecho fundamental.

3. Debe compararse la relación: gravedad del ataque y la impertinencia de los motivos que lo justifican ha de aparecer como razonable para el afectado, es decir, la medida no debe ser gravosa para el afectado.

4. La pena con que se amenaza la conducta antijurídica debe encontrase en relación con el hecho y con la culpabilidad del autor. La pena no debe ser desproporcionada en relación al caso que se resuelve y el principio de proporcionalidad exige al juzgador que limite al máximo la aplicación de la pena.

La fundamentación utilitarista del Derecho penal como finalidad última de protección de los intereses de los ciudadanos mediante la prevención de delitos, obliga a tener muy presentes los requisitos de idoneidad y necesidad. Esto debería suponer que toda intervención penal sea capaz de conseguir el fin de protección pretendida, es decir, no sería legítimo, en un Estado de Derecho, la limitación de derechos individuales de los ciudadanos que no se justificara adecuadamente en función de efectiva protección de otros bienes jurídicos-penales más relevantes[69].

Además si se exige que la actuación penal resulte necesaria, el fin de protección perseguido no puede ser conseguido con un menor coste en afectación de derechos, esto es, no pueden existir alternativas menos

[69] MIR PUIG, *Constitución*, op. cit. p. 76

gravosas que ésta. Una vez comprobada la idoneidad y la necesidad de la intervención penal, aún falta comprobar que el coste de la actuación penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio que con ella se pretende conseguir. Cabe aquí exigir que el interés que se espera proteger sea proporcionado a la gravedad de la actuación penal, de modo que ésta no sea más grave que el mal que se trata de evitar. En la medida en que la intervención penal afecte a derechos fundamentales, sólo resultará proporcionada si trata de evitar lesiones de derechos igualmente fundamentales. A medida que aumente la gravedad de la intervención penal mayor habrá de ser la importancia del bien jurídico-penal que se espera proteger con ella[70].

En definitiva, el hecho de incluir el derecho a la protección de la salud en la tabla de los derechos sociales cumple la función fundamental de legitimación del Estado, elevando a función pública la satisfacción de una necesidad colectiva e individual, este objetivo sería razón suficiente del artículo 43 de la CE, todo ello en base al artículo 9.2 de la CE que obliga a los poderes públicos a una acción compensatoria de desigualdades existentes. El Estado debe garantizar que el derecho a la protección de la salud resulta accesible a todos los que puedan beneficiarse de su acción, sin discriminaciones por razón de la distinta capacidad económica de los ciudadanos[71].

La severa penalidad prevista para las conductas descritas en los artículos 368 y siguientes del Código Penal, y su configuración jurídica como delito de peligro abstracto hace tambalear el principio de proporcionalidad penal, entendido éste, en sentido amplio como la

[70] MIR PUIG, *Constitución*, op. cit. pp.76-78.
[71] BORRAJO DACRUZ, *Comentarios*, op. cit. p. 170.

necesidad de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del ataque o la puesta en peligro del bien jurídico-penal protegido.

2.1.4. El concepto de salud pública en la regulación penal

El concepto de salud pública, como objeto de protección autónomo con respecto a la salud individual, no siempre ha tenido igual conceptualización y configuración normativa en la legislación penal. Por ello, en este apartado se trata de recoger, brevemente, algunos de los aspectos más significativos de los diferentes Códigos Penales españoles, así como de las reformas más importantes operadas en éstos en esta materia.

A) CP de 1822 fue el primer CP español, y ya aparecía el concepto de salud pública, como bien jurídico-penal independiente a la salud individual, concretamente en el Título IV, bajo la rúbrica: *"Delitos contra la salud pública"* (artículos 363 y siguientes). En general, cabe destacar que ya entonces se consagraba el principio de legalidad penal, mostrando una especial preocupación por la eficacia preventivo-general de las penas. No obstante tuvo este primer CP una vigencia muy breve[72].

En esta época los ilícitos penales en la materia venían a castigar, principalmente, la comercialización de sustancias peligrosas para la salud sin respetar los requisitos administrativos impuestos. De esta manera, la intervención penal quedaba legitimada mediante la aspiración a la protección de la salud de las personas, a través del aseguramiento de las

[72] Como pone de manifiesto LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 2012, pp. 45-46, la razón que motivó el brevísimo periodo de vigencia de este primer CP español fue que en abril de 1823 se produce la entrada en España de las tropas de los "Cien mil hijos de San Luis" con el fin de restablecer la Monarquía absoluta y volver a la legislación del nuevo régimen.

condiciones que posibilitan el bienestar de éstas, y por otro lado, de forma secundaria y con fines prácticos, se trataba de asegurar un adecuado equilibrio de intereses económicos en un sector del mercado en continuo crecimiento, como era el de los medicamentos, mediante la introducción de tipos penales que perseguían el intrusismo. Con esta finalidad menos explícita, de cara a la opinión pública, se pretendía controlar este mercado, reforzando la legislación administrativa en la ordenación de este tipo de actividades económicas[73].

B) CP de 1848 que con carácter general era de orientación liberal conservadora, pues quedaba enmarcado en la Constitución de 1845. Su carácter conservador se percibía en las severas penas impuestas para delitos políticos o religiosos. No obstante, daba muestras de orientaciones liberales que se plasmaban, por ejemplo, en la consagración del principio de legalidad de delitos y penas, y en el principio de proporcionalidad[74]

El CP de 1848 sitúa el bien jurídico-penal protegido en los delitos de comercialización ilegal de sustancias nocivas en la salud colectiva, concibiendo las conductas típicas como delito de peligro abstracto, es decir al margen de la existencia de un resultado lesivo. Además se remite directamente a la normativa administrativa, estableciendo, en los artículos

[73] CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, 2013, pp. 25-26. Este fenómeno que se inicia en esta época se pondrá de manifiesto, posteriormente, quedando patente de que forma la utilización del Derecho penal en aspectos que hasta entonces no formaban parte de su ámbito responde al fenómeno de la llamada *"expansión del derecho penal"*, siendo una de las posturas más representativas en nuestro país, la mantenida por SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 1999, pp. 124 y ss, se propone un Derecho penal de dos velocidades para solucionar el conflicto entre un Derecho penal amplio/flexible y un Derecho penal mínimo/rígido. El primero, correspondería al modelo clásico de imputación y de principios, y se aplicaría para el núcleo duro de los delitos que llevan aparejada pena privativa de libertad. En el segundo, sería posible una flexibilización controlada de las reglas de imputación y de los principios del derecho penal clásico, y se aplicaría a delitos que no llevan aparejada pena privativa de libertad, como por ejemplo algunos tipos del Derecho penal económico donde la pena prevista es privativa de derechos o pecuniaria.

[74] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de*, op. cit. p. 46.

253 y 254, que la elaboración, despacho, venta, o comercio de *"sustancias nocivas a la salud, o productos químicos capaces de causar grandes estragos"*, sólo se pueden llevar a cabo por persona autorizada; y han de ejercerse tales actividades con observancia de lo dispuesto *"en los reglamentos respectivos"*[75].

C) CP de 1870 al aprobarse en España, el 18 de abril de 1860, un Real Decreto relativo a la elaboración y venta de medicamentos que ordena el ejercicio de la profesión de farmacia, esta normativa que se verá reflejada en el CP de 1870 - en el Capítulo II: *"De los delitos contra la salud pública"* en concreto en los arts.351 a 357 - aún no distingue entre el daño causado con sustancias psicoactivas del ocasionado por otras sustancias químicas, lo que permanecerá sin modificación alguna, en esa materia, hasta 1928. El comercio de drogas es aún libre aunque reglado. En esta época, el comercio con medicamentos por parte de personal ajeno a la profesión de farmacia se castigaba, en los casos más graves, con arresto de 1 a 15 días. No existe, aún, un *"problema de drogas"* a juzgar por las memorias anuales que presenta la Fiscalía del Tribunal Supremo[76].

D) CP de 1928 que dedicó su Título VIII, del Libro II a los *"Delitos contra la salud pública"*. En la Exposición de Motivos de éste aparecen razonadas algunas de las novedades que introduce, al señalar que se han surgido nuevos delitos de *"excepcional gravedad"* que pueden poner en peligro ***"la salud de las personas"*** por *"la propagación maliciosa de epidemias,…, mediante la propagación de epizootias que pueden causar*

[75] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, 1993, pp. 129-130.
[76] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general de las drogas*, 2005, p. 706, expone este autor que hacia 1910 un folleto publicitario de la empresa farmacéutica Bayer en España recomienda heroína para combatir *"la tos, la bronquitis, y el catarro pulmonar"*, así como sus virtudes contra *"los estados de confusión, depresión y neurastenia"*.

gravísimos daños a la ganadería o mediante la difusión de gérmenes peligrosos para los bosques o los campos, difusión que puede causar la destrucción de la riqueza forestal y agrícola"[77].

En general, la orientación política de este CP era claramente autoritaria, pues se corresponde con la Dictadura del General Primo de Rivera. Muestra de ello es la consideración de la peligrosidad del delincuente en la determinación de la pena concreta, regulándose por primera vez las medidas de seguridad. Se eleva a 16 años la mayoría de edad penal. Destacaba este CP por su excesiva extensión y su desmedida casuística[78].

Incorpora, por primera vez, la distinción entre *"drogas tóxicas o estupefacientes"* y *"sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos"*. Las penas previstas para la producción y el tráfico ilícito de drogas aún son bajas en comparación con las actuales, pues la pena máxima prevista para los casos más graves es de hasta tres años de prisión. En los años posteriores, se observa como la normativa en la materia, progresivamente más severa, provoca una enorme subida del precio de los *"medicamentos"*, lo que desemboca en un mercado negro floreciente, la aparición de la adulteración en las drogas y el progresivo aumento de su precio. Además, se comienza a constatar que la represión penal no consigue reducir el consumo de drogas ilegales, aunque

[77] Como pone de manifiesto PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. p. 132, durante esta época, en los delitos de elaboración y comercio ilegales de productos químicos, la pena se imponía en grado superior cuando se tratara de drogas tóxicas o estupefacientes.
[78] LUZÓN PEÑA, *Lecciones* de, op. cit. p. 48.

sí ha logrado cambiar el perfil de los usuarios, así como las condiciones de acceso a tales sustancias[79].

E) CP de 1932 que surge como consecuencia de la proclamación de la Segunda República restableciéndose la vigencia del CP de 1870, aunque se adecua a la Constitución de 1931. Conforme a la nueva orientación republicana cabe destacar que se suprime la pena de muerte y se establece la división entre delitos y faltas[80]. En cuanto a los delitos contra la salud pública se vuelve al sistema del CP de 1870, reproduciendo de forma íntegra su contenido en los artículos 346 al 352. El sistema establecido en éste será también recogido y reproducido por el CP de 1944, en concreto en sus artículos 341 y siguientes.

F) CP de 1944-1973 perteneciente a la época franquista dio lugar a una legislación penal especial, autoritaria y acorde a las nuevas condiciones. La reforma del Código de 1932 se retrasó, a causa de la guerra civil, hasta 1944, promulgándose un nuevo código propio de un Derecho penal de corte autoritario y represor, restableciéndose la pena de muerte, con penas más severas. Sin embargo se mantiene el principio de legalidad y prohibición de la analogía. El Código Penal de 1944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, entre las que cabe destacar las

[79] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 709-712, pone este autor como ejemplo de la situación de España en 1925 en relación con el tráfico de drogas, que un droguero al que se le intervinieron 4.820 gramos de cocaína fue condenado por el gobierno civil de San Sebastián a una multa de 500 pesetas. Es decir, el clima en la magistratura aún no es favorable a una criminalización de las conductas relacionadas con las sustancias psicoactivas, y así se refleja en la Memoria que la Fiscalía del TS eleva al gobierno en 1921, en la que no se hace alusión alguna al consumo de cocaína, opio o morfina; en cambio sí se destaca al "*alcoholismo*" como una de las principales causas en "*los delitos de sangre*".
[80] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de*, op. cit. p. 47.

Leyes de 24 de abril de 1958 en las cuales se añaden los artículos 344 bis, 348 y 348 bis del CP[81].

En el ámbito internacional, la firma de la Convención Única de 1.961, sobre estupefacientes, supuso un antes y un después en la regulación del concepto jurídico-penal salud pública por el CP. A partir de ese momento se puede afirmar que la política-criminal a seguir en materia de protección de la salud pública en relación a la difusión y tráfico de sustancias psicoactivas prohibidas queda vinculada a lo dispuesto en los convenios internacionales en la materia[82].

En consecuencia, la firma y ratificación de la citada Convención implicó que en España, obediente a la legalidad internacional, al igual que sucedió con la gran mayoría de los países del planeta, se pusieran en funcionamiento mecanismos internos de producción legislativa, a fin de adaptar la normativa interna a los nuevos compromisos internacionales[83]. Como consecuencia de ello, se promulgó la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre normas reguladoras de los estupefacientes, en la cual se comenzaba a dotar de cierto contenido al concepto *"salud pública"*, al resaltar en su Exposición de Motivos, en primer lugar, que si bien el problema de las drogas no había alcanzado aún en España la gravedad que ya tenía en otros países, por *"la peligrosidad"* que puede acarrear el abuso de ciertas sustancias psicoactivas, debían prohibirse. Por tanto, la prohibición penal

[81] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. p. 132.
[82] A lo largo del presente trabajo se utilizará la expresión sustancia psicoactiva como sinónimo de la expresión droga.
[83] Indica, en este sentido, MORANT VIDAL, *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*, 2005, p. 54, que la historia normativa en materia de drogas en España, y cualquier país del mundo, ha estado marcada por el proceso de adecuación de sus legislaciones, proceso que ha estado supervisado, y sometido a riguroso análisis por la comunidad internacional, especialmente a través de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

de ciertas sustancias se justifica en virtud de la protección de *"la salud física y mental de la población"*, es decir, por motivos sanitarios.

En segundo lugar, se articula la doble vertiente en que se debe basar la protección de la salud pública: por un lado:*"un sistema legislativo integrado y completo en la materia"*, mediante la *"administración por el sector público, minuciosa y total, de los estupefacientes, complementada con un sistema sancionador, suficiente y eficaz"* y por otro: *"una política humana y progresiva de curación y rehabilitación social de toxicómanos"*[84].

Como se observa, se comienza a definir la salud pública como la *salud física y mental de la población*, y se alude a la *peligrosidad* que el uso y/o abuso de tales sustancias psicoactivas pueden acarrear a la sociedad, es decir, se comienza a articular la protección penal de la salud pública bajo la idea de la peligrosidad de la extensión de su consumo, lo que dará lugar a la utilización de tipos penales de peligro como estrategia legislativa en la protección de la salud.

G) LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma al CP, en ella la normativa penal en materia de protección del bien jurídico-penal salud pública ya viene marcada por los convenios internacionales en la materia suscritos por España. Además ya con la CE de 1978 se instaura un Estado social y democrático de Derecho que exigirá que todos los preceptos penales pasen por el filtro impuesto por los derechos y libertades fundamentales establecidas en el texto constitucional, como norma suprema e informadora de todo el ordenamiento jurídico. No obstante, y como se

[84] Exposición de Motivos, Ley 17/1967, Ley de Estupefacientes, aplicada por Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto.

pondrá de manifiesto a lo largo de este trabajo, en el contexto del delito de tráfico de drogas algunos de los principios constitucionales se diluyen en contraposición a una política-criminal de corte represivo en la materia "impuesta" en el ámbito internacional.

La Ley 8/1983, de 25 de junio, aunque mantiene prácticamente la misma sistemática que el CP de 1944, sigue la senda, ya señalada, por el Proyecto de CP de 1980, en el sentido de ampliar el contenido de la Sección 2ª, del Capítulo II del Título V del CP, regulando en la misma a los *"delitos contra el medio ambiente"* junto a los *"delitos contra la salud pública"*. Ambos aparecen en el Capítulo II bajo la rúbrica: *"De los delitos de riesgo en general"*. La reforma de 1983 trató de racionalizar en cierta medida la perspectiva jurídico-penal del problema, de esta forma, junto a la represión penal se dan también entrada a políticas de carácter preventivo y asistencial, creándose en 1985 el llamado Plan Nacional contra las Drogas que estableció una estructura organizativa en las Administraciones Central y Autonómica[85].

Una de las modificaciones más relevantes de esta reforma en relación al tráfico de drogas consistía en la distinción a efectos penológicos entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no lo causan, así como la exigencia para la punibilidad de la tenencia la finalidad de traficar, de esta forma se despenalizaba la tenencia para autoconsumo[86].

H) LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del CP, añade la sección 4ª con el título *"De otros delitos de riesgo"* donde el objeto material son explosivos y sustancias corrosivas o inflamables. La reforma

[85] BOIX REIG y JAREÑO REAL, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, p. 1683-1684.
[86] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de*, op. cit. p. 49.

mantendría las mismas rúbricas e idéntica sistemática, si bien sustituyó la referencia a la posesión para el tráfico que la reforma de 1983 había introducido, por la más genérica e incorrecta de *"para aquellos fines"* ampliando, de esta manera, el ámbito de condiciones en que la posesión deviene punible[87]. Esta reforma pone especial énfasis en la represión, rompiendo con los planteamientos más enfocados a la prevención de la reforma de 1983, y prueba de ello es la creación de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, que surge mediante la L.O. 5/1988, de 24 de marzo[88]. Ya posteriormente hubo un Anteproyecto al CP en 1992, que ya consagraba en su Título XIV los cuatro capítulos respectivamente a los *"delitos de riesgo catastrófico"*, *"incendios y otros estragos"*, *"delitos contra la salud pública" y "delitos contra la seguridad del tráfico"*[89].

I) CP de 1995 que fue aprobado mediante LO 10/1995, de 23 de noviembre. En relación al concepto jurídico-penal *salud pública*, la citada expresión se recoge en el Capítulo III, del Título XVII, del Libro II de éste, pues el legislador utiliza la rúbrica:*"De los delitos contra la salud pública"*. Estos ilícitos penales recogidos en este Capítulo Tercero se podrían dividir en tres grupos, en atención al objeto material del delito.

El primero se correspondería con la elaboración de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan producir estragos. En el segundo grupo se tipificaban, conjuntamente, comportamientos relacionados con el despacho o expedición de medicamentos y adulteración de los productos alimentarios, en la protección de la salud de los

[87] VALLE MUÑIZ y MORALES GARCIA, *Comentarios al Nuevo Código penal*, 2005, pp. 1900-1901.
[88] BOIX REIG y JAREÑO REAL, *Comentarios al*, op. cit. p. 1684.
[89] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. pp. 132-133.

consumidores. Finalmente, los delitos de tráfico de drogas se recogen en los arts. 368 a 378, con un significativo aumento punitivo en comparación con el resto de ilícitos también relacionados con la protección de la salud pública. Teniendo todas las conductas en común el hecho de afectar a la salud pública, concepto que se conecta con la sociedad en su conjunto, y no con la salud individual de cada unos de sus miembros[90].

J) LO 15/2003, de 25 de noviembre*, *de reforma al CP que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Siguiendo las pautas marcadas por la normativa internacional en la materia, el objeto de todas las reformas han ido siempre en el mismo sentido, es decir, la ampliación del abanico de comportamientos típicos, el aumento de las penas y el establecimiento de nuevas circunstancias que agravan la responsabilidad penal en las conductas relacionadas con este tipo de ilícitos. De esta forma, destacar que la LO 15/2003 introdujo modificaciones en el artículo 369 del CP relativo al establecimiento de circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en los delitos de tráfico de drogas[91]. Cabe indicar como principales modificaciones operadas en virtud de ésta, las siguientes:

- La inclusión expresa de las circunstancias agravantes novena (relativa a que *"el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas"*) y la décima (que *"el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas"*) del artículo 369 del CP.

[90] SANCHEZ MELGAR, *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*. 2007, p. 27.
[91] SANCHEZ MELGAR, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2010, p. 2396.

- La concesión de autonomía a la circunstancia octava del 369 CP relativa a que la conducta típica se desarrolle en *"centros docentes, en establecimientos o unidades militares, o en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades"*, pues antes de esta reforma se configuraba como un elemento de la primera. Como se observa se produjo la ampliación de la operatividad de la circunstancia octava al introducir como criterio incriminatorio la proximidad. Asimismo, se produce un desplazamiento al artículo 370 del CP de la utilización de éstos para la comisión de este tipo de delitos contra la salud pública[92].

K) LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma al CP, tiene una mayor importancia la reforma operada por ésta, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de conformidad con la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas en relación a los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el delito de tráfico de drogas.

La primera reforma reseñable en el tipo básico del delito de tráfico de drogas recogido en el artículo 368 del CP, consiste en la reducción de nueve a seis años del límite máximo de la pena en el caso de sustancias psicoactivas ilícitas que causen grave daño a la salud. Consecuentemente, esta rebaja punitiva tiene también su incidencia en las agravantes específicas de los arts. 369 (pena superior en grado) y 370 (pena superior en uno o dos grados, así como en aquellos supuestos en que sea preciso tomar como referencia el marco penal ofrecido por el tipo básico de este

[92] MORILLAS FERNANDEZ, *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, 2008, p. 315.

delito. Esta reforma venía siendo demandada[93] por la doctrina y la jurisprudencia que se resistía a tal exceso punitivo; por tanto, supone una mejora en la regulación desde el punto de vista del principio de proporcionalidad penal[94].

También destaca la reforma por el establecimiento de un nuevo subtipo atenuado del artículo 368.2 del CP. Esta atenuación de carácter facultativo, se deja en manos del juzgador la posibilidad de adaptar con mayor facilidad la pena a los casos concretos, por lo que se intenta reforzar el principio de proporcionalidad penal[95].

El subtipo atenuado recogido en el artículo 368.2 *in fine* establece*: "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370",*

[93] Como se pondrá de manifiesto en el epígrafe 2, del Capítulo II, de la Parte II.

[94] PEDREIRA GONZALEZ, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 420, pone de manifiesto que la citada rebaja penal en el tipo básico del art. 368 CP supone la limitación de la "llamativa amplitud del marco penal,…, pues no puede dejarse de advertir la distorsión valorativa que supone castigar estos delitos con penas próximas al homicidio o, incluso, al asesinato.

[95] Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, argumentándose que: "*Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme. Asimismo se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurran ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes*". No obstante, como pone de manifiesto DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, 2013, pp. 11 y 19, la falta de determinación típica del delito descrito en el artículo 368 del CP relativo al tráfico y difusión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sigue provocando que los tribunales no se pongan de acuerdo en la aplicación de este precepto. Esta indeterminación típica sigue suponiendo una enorme inseguridad jurídico-penal, pues siguen coexistiendo sentencias del Supremo que son totalmente contradictorias en la materia, especialmente cuando se trata de transmisiones de pequeñas cantidades de drogas a título gratuito que tienen mejor cabida en el ámbito del consumo que en el ámbito de la oferta difusora y criminalizada. Sólo las conductas que tiene lugar en sede oferta y difusión pueden ser típicas, y en cambio, las conductas organizadas que tiene lugar en sede de los consumidores no lo son. Los delitos de tráfico de drogas para que una conducta lesione la salud pública debe contemplar un aspecto de lesividad supraindividual que sea socialmente relevante.

determinando, por tanto, un aspecto objetivo en atención a la menor gravedad de los hechos y otro aspecto subjetivo en consideración a las particularidades del vendedor. Se establece una excepción para su aplicación: *"no se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370"*.

La Circular número 3/2010, de 11 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, realiza consideraciones sobre la aplicabilidad de la reforma a hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor, instando la no aplicación retroactiva del subtipo atenuado y la no revisión de las condenas superiores a seis años[96].

En relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores, se establece en la citada Circular que los Señores Fiscales únicamente iniciarán la apreciación del subtipo atenuado del artículo 368.2 del CP cuando resulte acreditada, en el procedimiento concreto, la concurrencia conjunta de los dos requisitos legales: escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. Si bien, la apreciación conjunta de ambas circunstancias puede ponderarse en aquellos casos en los que concurriendo claramente una de ellas, la otra, sin ser negativa, resulte simplemente neutra[97].

Se establece, igualmente, que los Fiscales deberán estudiar de forma pormenorizada cada una de las posibilidades y actuar con suma prudencia

[96] MARTINEZ PARDO, *Los delitos*, op. cit. p. 153.
[97] Circular núm. 3/2011 sobre la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio. Fiscalía General del Estado.

en la aplicación de la atenuación de la pena, tratando de evitar que la apreciación de la atenuación se convierta en un mecanismo para realizar calificaciones sin el suficiente soporte fáctico, pues, si bien, el precepto establece una amplia discrecionalidad judicial, no hay que olvidar que está sometida a revisión vía recurso de apelación o casación y, por tanto, los Fiscales deberán vigilar que la apreciación de tal atenuación por los Tribunales y la consiguiente minoración la pena, se encuentre fundamentada en hechos acreditados respecto de la concurrencia de los presupuestos relativos a una menor antijuridicidad[98].

La reforma operada en 2010 suprime la agravante 2ª, de artículo 369.1, es decir, que el "*culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos…*". Tal supresión resulta congruente con la introducción del artículo 369 bis, que recoge una serie de agravaciones específicas por pertenecer o liderar una organización delictiva, así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este contexto. En caso de tratarse de los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrá las penas superiores en grado. También se ha suprimido la agravante 10ª de contrabando del 369.1, eliminación que también era reclamada por la jurisprudencia[99].

L) LO 1/2015, de 30 de marzo, de Reforma al CP. La reciente modificación operada al CP no aporta nada nuevo en relación al bien

[98] Circular núm. 3/2011 sobre la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio. Fiscalía General del Estado.
[99] PEDREIRA GONZALEZ, *Comentarios*, op. cit. pp. 422-423, argumenta que con la supresión del 369. 1, lo se vuelve a lo acordado en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997, que consideró que la duplicidad de sanciones infringía el principio *non bis in idem*, por lo que la conducta de contrabando queda consumida en la más amplia del tráfico de drogas.

jurídico-penal salud pública. No obstante cabe, al menos, aludir a la nueva regulación de la figura jurídica del decomiso, pues se introducen modificaciones dirigidas a facilitar instrumentos legales que puedan resultar más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito y en la gestión económica de los mismos. Se extiende a supuestos en los que se produzca una actividad delictiva organizada y sostenida en el tiempo de la que se obtienen importantes beneficios económicos, como ocurre en el delito de tráfico de drogas a gran escala.

2.1.5 Concepto en la Doctrina de salud pública como bien jurídico-penal

La protección, mediante el Derecho penal, de la salud pública colectiva, diferenciada de la propia e individual de cada sujeto, surge a partir del desarrollo de una especie de *"conciencia social"* de la necesidad de disfrutar de unas *condiciones mínimas de salubridad e higiene* que permitan garantizar, de forma básica, la salud individual de cada persona. Al tiempo que aumenta el grado de bienestar en el colectivo humano, según esta definición, los delitos contra la salud pública serían ilícitos contra esas condiciones que tratan de garantizar la salud de los miembros de la colectividad[100].

[100] RUÍZ RODRIGUEZ, Los delitos contra la salud pública, en TERRADILLOS BASOCO (dir.), *Lecciones Derecho Penal. Parte Especial*, 2011, p.45. En este sentido la STS 986/03, de 2 de julio, de 2003, establece que *"la salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse afectados directamente por el hecho, que ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate"*. En un sentido similar PASTOR MUÑOZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2009, p. 258, afirma que *"se trata de un bien jurídico supraindividual que no debe identificarse con la suma de las saludes concretas de los miembros de la colectividad, sino que consiste en el conjunto de condiciones que posibilitan la salud de las personas individuales"*. En ese sentido, ORTS BERENGUER, *Derecho penal parte especial*, 2008, pp.563-564, al poner de manifiesto que: *"la meta perseguida por el legislador es la de dispensar protección a la salud del conjunto de los ciudadanos, a través de la represión de hechos que pueden empeorar la salud o causar la muerte"*. En un sentido similar, ANDRÉS DOMINGUEZ, *Los delitos*

En el delito de tráfico de drogas la referencia a un bien jurídico de carácter colectivo aparece de forma inmediata al estar inserto en el apartado de los *"Delitos contra la seguridad colectiva"*. Sin embargo, los matices son muy diversos, como veremos, se plantea la protección de la salud en estos delitos tanto en el ámbito colectivo como individual, si bien en los últimos años estamos asistiendo a un replanteamiento del bien jurídico-penal protegido en estos delitos y que, se va dirigiendo más hacia la protección de valores individuales que se pretenden combinar, de manera forzada, con la tutela de un bien jurídico de carácter colectivo[101].

En la actualidad, la doctrina penal mayoritaria considera que es la salud pública el bien jurídico-penal protegido en el delito de tráfico de drogas. Resultando necesario distinguir entre dos posturas diversas.

A) La salud pública como bien jurídico-penal colectivo y autónomo

Un sector de la doctrina considera que la salud pública hay que situarla en relación a la comunidad, otorgándole la categoría de bien jurídico-penal autónomo, desvinculada de la salud individual. Según este criterio, una conducta podría poner en peligro la salud pública sin

contra la salud pública. 2002, pp. 16-17, argumenta que la razón de la incriminación de este tipo de conductas responde a la afección que las mismas puedan suponer para el conjunto de condiciones a través de las cuales la colectividad puede considerarse segura frente a determinadas situaciones de riesgo. Por tanto, la salud pública constituye un presupuesto fundamental para el desarrollo de una vida digna, así como para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, en la medida que va referida a un presupuesto aún más elemental y básico: la salud individual.

[101] FERNÁNDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, 2008, pp. 283-286. En relación con este tema, afirma QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 2008, p. 979, que se trata de un bien jurídico difuso, y que elementos como la toxicidad de la sustancia y la falta de libertad de decisión deben ser las bases sobre las que se establezcan las estrategias político-criminales que han de mover al legislador a la punición, siempre como última ratio y con respeto de las garantías propias del Derecho penal. En un sentido similar SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte Especial*, 2008, p. 433, considera que estamos ante un bien jurídico difuso que da lugar a tipos de peligro abstracto que no necesitan que se vea afectado algún bien particular de forma concreta.

necesidad de que exista lesión o riesgo alguno para la salud individual de un sujeto. De esta manera, se asume por el Estado el aseguramiento de la salud de los ciudadanos, reprimiendo aquellas conductas que se consideran incompatibles con la protección de la salud colectiva. Sin embargo, no parece existir acuerdo a la hora de definir conceptualmente aquella salud que se vincula a la colectividad, como atributo de ésta. El hecho de aceptar la salud pública como *"algo diferente"* a la salud individual supone, en primer lugar que no será necesario que se produzca una afectación en la salud de una persona concreta para que la acción resulte típica. En segundo lugar, supone que si la acción típica lesiona tanto la salud individual como la pública o colectiva se podría plantear la aplicación de los tipos que protegen la salud individual, es decir, el delito de lesiones. Y por último, si la acción vulnera y/o pone en peligro únicamente la salud individual y no la colectiva, no cabría hablar de delito de tráfico de drogas[102].

[102]MOLINA MANSILLA. *El delito*, op. cit. p.32. En ese sentido JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 34-35, pone de manifiesto, con mayor detalle, las consecuencias prácticas de aceptar la desvinculación de la salud pública con respecto a la salud individual: 1º) La salud pública al no ser distinta a la suma de las saludes individuales se verá afectada sólo en el caso de que realmente concurra peligro para terceros, no obstante, al tratarse de un delito de peligro abstracto no será necesario identificar a los terceros afectados. 2º) La salud pública es un bien jurídico que merece protección penal, por tanto los delitos de tráfico de drogas no son infracciones meramente formales, sino que contienen antijuridicidad material. 3º) La salud pública resulta típicamente afectada cuando se realiza algunas de las conductas previstas en el Código Penal, con lo que nos encontramos ante una extensión desmesurada del tipo. 4º) Por tanto, para la realización material del tipo, no se exige la efectiva lesión de la salud de una persona en concreto. 5º) Si la conducta afectara sólo a la salud individual, habiendo excluido cualquier peligro para la salud pública, no debería entrar en juego el delito de tráfico de drogas, debiendo aplicarse, a lo sumo, los tipos relativos a la protección de la salud individual. En contra ACALE SANCHEZ. *Salud pública y drogas tóxicas*. 2002, p. 29, resalta que, si bien la salud individual constituye la base sobre la que se construye en concepto del bien jurídico colectivo salud pública, éste supera el concepto de salud individual, pues el delito se va a consumar desde el momento en que se cultiven, se elaboren, se trafique o se posean las drogas con los fines de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal, con independencia de que la droga tóxica llegue a ser consumida por individuo alguno. En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal Parte Especial*, 2013, p. 594, expone que frente al concepto de salud individual, la noción de salud pública subraya la dimensión social del bien jurídico protegido, que va más allá de la mera suma de las saludes individuales y se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de los miembros de la comunidad. En la misma línea vid. BUENESTADO BARROSO, *Derecho penal: parte especial y las consecuencias jurídicas del delito en España*, 2011, p. 309. GONZALEZ CUSSAC, *Esquemas de Derecho penal parte especial*, 2009, p. 239, comenta que la meta perseguida por el legislador es la de dispensar protección a la salud del conjunto de los ciudadanos, a través de la represión de hechos que puedan empeorarla, o causar la muerte. PASTOR MUÑOZ, *Lecciones de Derecho penal*. 2006, p. 256, señala que hay cierto consenso doctrinal en que se trata de un bien jurídico supraindividual que no debe identificarse con la suma de saludes concretas de los miembros

Lo determinante será dilucidar si el concepto *"salud"* es o no posible referirlo a la colectividad, o sí, por el contrario, sólo puede venir referido al individuo[103]. Se puede apreciar que las definiciones que tratan de caracterizar la salud pública como algo diferente y ajeno a la salud individual se fijan en el carácter público de la salud, pero sin explicar con suficiencia el significado de ésta, cuando se supone que el concepto de salud es idéntico tanto con referencia al individuo, como a la colectividad[104].

El hecho de entender la salud pública como algo ajeno e independiente de la salud individual supondrá también que la acción se consumará con la simple ejecución de alguna de las acciones descritas en el tipo básico. Consecuentemente, resultará indiferente, a los efectos de calificación jurídico-penal, la posible lesión o alteración física o psíquica del consumidor final de las sustancias psicoactivas prohibidas, dado que el bien jurídico-penal protegido por el delito es el bienestar físico y psíquico de la colectividad ante la amenaza del consumo de tales sustancias, y no la persona concreta receptora y consumidora de éstas[105].

---

de la colectividad, sino que consiste en un conjunto de condiciones que posibilitan la salud de las personas individuales.

[103] En contra de esta línea interpretativa DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario: Análisis de sus elementos esenciales*, 1996, p. 191 y 239, al señalar que la doctrina se esfuerza por establecer las diferencias entre la salud pública y la salud individual, cuando se supone que el concepto de salud es idéntico tanto con referencia al individuo como a la colectividad; la nota diferencial reside en su distinto ámbito de referencia singular o plural.

[104]DOVAL PAIS, *Delitos de fraude*, op. cit. p. 191, acierta al poner de manifiesto que*:* "*…no puede realizarse automáticamente la proyección de cualquier concepto de salud sobre una colectividad de personas, porque no siempre es posible predicar de la colectividad lo mismo que se predica del individuo*".

[105] Como pone de manifiesto SANCHEZ MELGAR, *Código Penal: Comentarios y Jurisprudencia*, 2010, p. 2397, que los resultados dañosos que el consumo de las sustancias psicoactivas prohibidas puedan producir o produzcan quedan al margen del marco del tipo penal de difusión de sustancias psicoactivas prohibidas.

En definitiva, los riesgos de declarar la autonomía del concepto de salud pública residen en que, dada la abstracción de tal concepto, no le permitan desempeñar la función propia del bien jurídico-penal, es decir, la delimitación de los contornos de la tipicidad, excluyendo de su campo de acción los supuestos en los que no exista un riesgo potencial de menoscabar las condiciones de salud de los individuos concretos que puedan verse afectados por la conducta del autor[106].

B) El concepto de salud pública como suma de saludes individuales

Otra corriente doctrinal, la más numerosa y predominante, estima que la salud pública es el resultado de la suma de la salud individual de cada unos las personas que componen la colectividad, sostienen como necesaria la referencia a la salud individual, cuando hablamos de delitos contra la salud pública, a la que sirve de complemento. De forma que en la protección de la salud colectiva está incluida la protección de la salud individual de cada persona en particular. Si bien, será necesario que la conducta, para ser considerada como punible, conlleve la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal salud pública[107].

[106]TAMARIT SUMALLA, "Drogas y Derecho penal". *Drogodependencia y Derecho*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2003, pp. 193-194.

[107] BOIX REIG, *Derecho penal: parte especial*, 2012, p.305. En este mismo sentido CARMONA SALGADO, *Compendio de Derecho penal*, 2000, p. 685, sostiene que el bien jurídico salud pública, como interés de naturaleza colectiva, y aunque en el mismo CP se aluda a la concreta salud de las personas, no significa que el legislador proteja éstas directamente, al quedar incluidas en el concepto salud pública de naturaleza colectiva. En la misma línea vid, entre otros: CARDONA TORRES. *Derecho penal: parte especial*, 2010, pp. 436-437, establece como bien jurídico en estos delitos la protección de la salud pública frente al peligro grave para la salud de la colectividad que supone el consumo de tales sustancias, con los efectos de adicción y dependencia que se derivan, constituyendo un grave peligro para la salud pública; SERRANO GOMEZ, *Curso de Derecho penal: parte especial*, 2012, p. 532, indica que el bien jurídico protegido es tanto la salud individual como la salud pública; ACALE SANCHEZ. *Comentarios al Código penal*, 2007, p.788, argumenta que el bien jurídico es la salud pública, entendida como indisponible, aunque el referente a la salud individual de las personas resulte indispensable para dar cierto contenido a la concepción colectiva de la salud.

Concebir la salud pública como un conjunto de condiciones objetivas que posibilitan la salud supone elevar a la categoría de bien jurídico-penal los medios que se consideran adecuados para la protección y conservación de la salud. Con ello se formaliza en exceso al bien jurídico-penal, pues la garantía de que se cumplan tales condiciones sólo tendrá entidad suficiente en la medida que se le otorgue su referente material: la salud individual. Lo que diferencia a los delitos contra la salud pública de los delitos contra la salud individual es el adelantamiento de las barreras de protección penal frente a conductas que puedan poner en peligro la salud de un número indeterminado de personas[108].

El hecho de que la salud pública y la salud individual sean bienes jurídico-penales que encuentran distinta protección en el CP no supone que haya que prescindir de la salud individual cuando se alude a la pública o colectiva pues, en caso contrario, ésta quedaría totalmente desvinculada de la realidad que la justifica, siendo, por tanto, la salud individual la razón de que exista una protección sobre la salud pública[109].

[108] SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, pp.200-201. En el mismo sentido y de forma más detallada vid. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude*, op. cit. pp. 246 y ss. También en un sentido similar, es decir, negando la autonomía de la salud pública como bien jurídico protegido vid, entre otros, BOIX REIG, *Derecho penal. Parte Especial*, 1999, pp. 665-666; RODRIGUEZ MONTAÑEZ/ PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos.* 1995, p. 197. Pone de manifiesto, al respecto, QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español*, 2010, p. 1011, que con el bien jurídico salud pública se trata de evitar la creación de riesgos que minoren el nivel de salud general de la población, y que permitan mantener los niveles de salubridad necesaria. Se protege este nivel de salud de ataques que no tienen por objeto a una persona o personas determinadas, de ahí el peligro potencial.

[109] MANJÓN-CABEZA, "*Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces*". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2003, hace notar que la salud individual es el substrato sobre el cual construimos la salud pública. En este sentido, GANZENMÜLLER, *Delitos contra la salud pública II: drogas sustancias psicoactivas y estupefacientes*, 1997, pp. 70-71, sostiene que uno de los objetivos que persigue el Legislador al tipificar los comportamientos del artículo 368 y ss del CP es también la protección del bien jurídico salud individual, sobre todo en aquellos casos en que el sujeto sea adicto a ciertas sustancias y siente una necesidad imperiosa de consumirlas, aún a sabiendas de que su salud individual se verá gravemente afectada, sin olvidar que el bien jurídico protegido es la salud colectiva y no la individual. Asimismo, DOVAL PAIS, *Delitos de fraude*, op. cit. p. 197, mantiene que no es posible decir que el colectivo de los ciudadanos de un Estado tenga una salud propia, distinta de la de sus miembros individualmente considerados, la idea de que la comunidad es una entidad independiente debe ser rechazada por ilusoria.

Será muy difícil dotar de contenido al concepto salud pública sin tener en cuenta el concepto salud individual, al que entendemos que obligatoriamente tiene que venir referido[110]. Se podría decir que en los delitos contra la salud pública se protege de forma inmediata el bien jurídico que les da nombre, pero de forma mediata se protege la salud individual que se manifiesta como referencia de la pública o colectiva[111].

Para que una determinada acción pueda poner en peligro la salud pública será necesario que ésta tenga capacidad para dañar la salud individual, es decir, no se puede prescindir en los delitos contra la salud pública de la potencialidad del daño a la salud individual y su correspondiente prueba, lo que supone que no existe posibilidad de afectación al bien jurídico salud pública en aquellos casos en que no exista un daño valorable o posible en la salud individual[112].

La salud individual es la base sobre la que se ha construido la salud pública. Por tanto, en la aplicación del delito de tráfico de drogas, la referencia a la salud individual juega un importante papel dada la necesidad

---

En un sentido similar, señala MIR PUIG. *"Bien jurídico"*, op. cit. pp. 212-213, que: *"la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración…Puede suceder que un interés muy difundido en la Sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo*".

[110]En este sentido, ACALE SANCHEZ. *Comentarios al Código Penal*, 2007, pp. 788-812, afirma que el referente a la salud individual de las personas es indispensable para poder dar contenido a la concepción colectiva de la salud, se trata de dotar de autonomía a la serie de condiciones que garantizan la salud del conjunto de ciudadanos mediante el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto, pues para la consumación es suficiente con la mera puesta en circulación de dichas sustancias, con independencia de que cualquier consumidor de éstas vea menoscabada su propia salud individual.

[111] Vid MANJÓN-CABEZA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. p. 44.

[112] *Idem*, p. 42-44, sostiene que cuando se habla de la salud individual y de su protección se plantea la relevancia del consentimiento y se concluye con la afirmación de que no puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular resultando impunes las autolesiones. Esa misma idea nos sirve para sostener la atipicidad del autoconsumo de sustancias psicoactivas prohibidas, ese autoconsumo aunque perjudique la salud individual, no afecta a la salud pública por no suponer riesgo de difusión entre personas indeterminadas. En el mismo sentido, entiende MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. p.213, que no se puede negar que la salud pública es un interés colectivo que afecta a cada individuo, pero además es necesario exigir un grado determinado de lesividad individual para que importe al Derecho penal.

de probar el daño potencial a la salud individual cuando se trate de un comportamiento contra el bien jurídico salud pública. Además, dada la distinción que realiza el legislador penal en el artículo 368 del CP entre sustancias que causen grave daño a la salud, y las que no, para dilucidar tal cuestión habrá que prestar la atención a la salud individual, es decir, observar la afectación que unas y otras sustancias ejercen sobre la salud individual[113].

La salud pública es, simplemente, la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien jurídico-penal colectivo sino de la suma de bienes jurídicos-penales individuales. Puesto que sobre un bien jurídico-penal de carácter individual puede el propio titular decidir y disponer sobre el mismo, la decisión de un individuo de consumir drogas no debería justificar la intervención del Derecho penal[114].

Cuando el CP alude a la salud pública se refiere a toda alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales, y no exclusivamente las verdaderas enfermedades que afectan a la población. Desde este punto de vista, se considera que la defensa de la salud colectiva conlleva la individual de cada persona en particular, puesto que no puede pretenderse que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual, ya que ello supondría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen[115].

---

[113] MANJÓN-CABEZA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. p.44.

[114] HEFENDEHL, *¿Debe ocuparse?*, op. cit. pp. 150 y 154, pone de manifiesto que ante la pretensión de proteger un bien jurídico-penal debemos antes aclarar cuál es la conducta peligrosa que el sujeto debe realizar frente al bien jurídico protegido para que pueda ser sancionado mediante el Derecho penal.

[115] REY HUIDROBO, *El delito de tráfico de drogas tóxicas*, 1999, pp. 62 y 63. En este mismo sentido CARBONELL MATEU, *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas. La problemática de la drogas en España*, 1986, p. 340, apunta que frente a la afirmación de que la salud de la colectividad se refiere al *"todo"*, y no viene referida a la salud de sus integrantes individuales podría objetarse que la colectividad no parece susceptible de enfermar. También en ese sentido DOVAL PAIS,

En este sentido, y como argumenta DOVAL PAIS, en los llamados *"delitos contra la salud pública"* no se protege otra cosa que la salud, si bien esta salud es una salud calificada, es decir, es una salud que se refiere a todas las personas que integran la colectividad. Por ello, sería suficiente que la rúbrica legal se expresara simplemente como:*"delitos contra la salud"*, lo *"público"* de la salud no aporta ninguna peculiaridad al objeto *"salud pública"* si lo comparamos con la salud individual: en ambos casos se protege la salud de cualquier persona. Por tanto la pretendida diferencia de la salud pública frente a la salud individual no existe, únicamente existe la salud individual que, por necesitar ser protegida contra determinadas acciones, precisa de recursos defensivos frente a su puesta en peligro[116].

Por ello gran parte de la confusión producida, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, con respecto al concepto *"salud pública"* y las dificultades para aportar un concepto adecuado de ésta, provienen de tratar de introducir en el ámbito del bien jurídico protegido aspectos que no le son propios, sino que se refieren más bien, a la inevitable estructura de los delitos correspondientes. Es decir, la pretendida *"salud pública"* no es más

---

Delitos de fraude, op. cit. p.197, matiza que no se puede decir que el colectivo de ciudadanos de un Estado tenga una salud propia, distinta de la de sus miembros considerados individualmente. La idea de que la comunidad es una entidad independiente, con necesidades e intereses propios, debe ser rechazada como ilusoria.

[116] Argumenta DOVAL PAIS, *Delitos de fraude*, op. cit. pp. 242-244, que no quedaba más remedio que abrir una nueva vía para castigar penalmente la indiscriminada puesta en peligro de la salud y por la ausencia de dolo en el autor, siendo esta la construcción de un concepto conectado con la indeterminación de sujetos pasivos *"la salud pública"*, a partir del cual se han diseñado tipos penales cuyas conductas suponen la creación de un peligro para la salud de indeterminados sujetos. En contra de esta posición vid. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al nuevo Código penal*, 2005, p. 1855, sostiene que: *"el paradigma de tutela articulado sobre la salud individual no permite solventar los innumerables problemas de causalidad que pueden plantear la determinación de la relevancia penal típica de conductas cuya incidencia en la salud individual sólo puede ser evaluable a largo plazo y como consecuencia de la repetida ingesta de productos. La salud pública no es por ello solamente una fórmula para designar en realidad la naturaleza del peligro común o general que sobre la salud individual proyectan determinadas conductas, sino un bien jurídico suficientemente decantado históricamente que, por mucho que complemente la salud individual, asume perfiles propios"*.

que una estrategia legislativa para la protección de un mismo objeto: la salud individual, tratando de ofrecer una protección adelantada a éste bien jurídico-penal individual[117].

2.1.6. El concepto de bien jurídico-penal salud pública en la Jurisprudencia

Al igual que sucede en la doctrina, coexisten, también en el Tribunal Supremo, dos líneas interpretativas que mantienen dos concepciones distintas respecto del bien jurídico-penal salud pública, las consecuencias jurídicas serán también diferentes según se mantenga una u otra posición:

A) Una corriente concibe al bien jurídico-penal salud colectiva como la suma de bienestar físico y psíquico de cada uno de los individuos que integran la colectividad, pero sin desvincular la salud individual de la

[117] DOVAL PAIS, *Delitos de fraude*, op. cit. pp. 244-252, pone de manifiesto, con acierto, que la salud pública entendida como un conjunto de condiciones que posibilitan la salud, es un bien jurídico complementario de la salud individual, es decir, es un bien jurídico que completa al bien jurídico: salud individual para integrar el sistema de protección de la salud en el Código penal. La particularidad que aporta la protección del bien jurídico colectivo a la tutela del individual consiste en el adelantamiento de la reacción penal ante conductas consistentes en la puesta en peligro de ésta. En este sentido, señala MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de titpificación*, 1993, p. 34, que sólo si aceptamos que los bienes jurídicos colectivos poseen sustantividad propia podemos afirmar que la titularidad de los mismos es colectiva, sino no son más que nuevas formas de defensa de los bienes jurídicos individuales, si se están refiriendo directamente al individuo, no podemos afirmar su titularidad colectiva, sino individual. En un sentido similar, MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 30-32, argumenta que bienes como la salud pertenecen, por un lado a la esfera comunitaria, y, por otra, al ámbito personal, pero además son de carácter homogéneo, al vincular de forma simultánea la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos de naturaleza homogénea consiguen ampliar la trayectoria de un comportamiento que va a resultar abarcado por el Derecho penal, es decir, la lesión o puesta en peligro del bien colectivo (intermedio) es paso previo necesario para la lesión o puesta en peligro del bien individual. Realizando una crítica a la tesis de los delitos con bien jurídico intermedio, SOTO NAVARRO, *La protección penal*, op. cit. pp. 183-183, mantiene que: *"…si las exigencias del tipo no van referidas al bien jurídico colectivo que mediatamente se protege, éste no sería propiamente bien jurídico en sentido técnico,…, pues la antijuridicidad material de todo delito se construye en base al bien jurídico protegido, que siempre ha de resultar lesionado o puesto en peligro…En realidad, esta construcción lo que pone al descubierto es la difícil concreción de los bienes jurídicos colectivos, pero no creo que la solución resida en introducir un segundo bien jurídico en los respectivos tipos de peligro, convirtiéndolos formalmente en delitos de lesión"*.

colectiva, al coincidir ambas. De este modo, la afectación a la salud individual conforma la de la colectividad[118].

Esta línea interpretativa sostiene que la sustancia prohibida objeto de tráfico ha de tener la aptitud necesaria para afectar a la salud individual[119]. Si una sustancia es incapaz de menoscabar la salud individual de un sujeto determinado, difícilmente podrá poner en peligro la salud colectiva de un número indeterminado de sujetos, por lo que parece que con este concepto de salud pública y su incriminación en el texto penal, se intenta por el legislador prevenir la nocividad y peligrosidad potencial de las drogas, sustancias estupefacientes y psicotrópicos, pues su uso y consumo genera procesos patológicos y desequilibradores de una mayor morbilidad y de perturbaciones mentales de difícil vencimiento, precipitándose la degradación física y psíquica del individuo, pudiendo incluso sobrevenir la muerte del usuario[120].

---

[118] STS 890/2014, de 23 de diciembre, en su Fundamento de Derecho Primero, establece que*: "Es doctrina de esta Sala que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario a adquiriente, como sucede en los delitos de lesiones,…, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación de su propia salud , conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones para afectarla."*. En el mismo sentido, ya la STS 622/2004, de 10 de mayo, venía a matizar que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas era la salud pública, concretando que no se protegía la salud del destinatario final, en exclusiva, sino que también se protege la salud pública de la colectividad que está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de tal modo que la afectación a su propia salud, conforma también la de la colectividad. En un sentido similar, la SAP Barcelona (Sección 21ª) 263/2009, de 4 de diciembre, sostiene, en su Fundamento de Derecho Primero, que: *"Los hechos probados son legalmente constitutivos de un delito contra la salud pública,.., dentro del mismo en el apartado que sanciona más gravemente dicha conducta cuando la droga objeto de tráfico causa grave daño a la salud, tanto individual como colectiva de las personas, lo que sucede con la heroína, dado que la naturaleza de ésta es sobradamente conocida como estupefaciente susceptible de ocasionar graves deterioros físicos y psíquicos en el organismo humano."*

[119] MARTÍNEZ PARDO, *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial,* 2013, p. 18, indica la gran trascendencia que da el legislador al bien jurídico salud pública como demuestran las acciones tipificadas y las penas previstas en los artículos 368 y ss, acogiéndose conductas de dispar potencialidad lesiva para el bien jurídico salud pública, admitiendo formas adelantadas de protección o simples formas de participación con menor desvalor que la autoría, haciendo así muy excepcional que puedan apreciarse supuestos de tentativa o de complicidad, dado que todas ellas se recogen dentro del mismo precepto.

[120] JOSHI JUBERT, *Los delitos,* op. cit. p. 28.

Este sector jurisprudencial del TS considera que, dada la amplitud del tipo penal del artículo 368 del CP y la aplicación de penas tan graves, la interpretación de los términos empleados por el legislador para definir las conductas típicas ha de adecuarse a las exigencias de la protección del bien jurídico-penal salud pública, buscando para ello interpretaciones restrictivas del tipo. Esta posición, de carácter teleológico, ha permitido amparar supuestos de inexistencia de antijuridicidad material por la escasa o nula dañosidad social de la conducta, por la aplicación del principio de insignificancia. En la actualidad esta corriente es mayoritaria, y su posición es seguida también por la mayoría de la doctrina científica.

Esta línea jurisprudencial sostiene que el presupuesto ineludible de la salud pública es la individual. Por tanto, si una sustancia no es idónea para dañar potencialmente la salud individual, no podrá haber peligro para la salud pública[121]. En este sentido cabe destacar la Sentencia 358/2003, de 16 de junio[122], cuando señala: *"El peligro para la salud que encierra el delito de tráfico de drogas se halla en función de la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de consumidores, y también en función de que tal sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud. Se entiende que esta potencialidad dañina desaparece*

[121] MANJÓN-CABEZA, "*Venta de cantidades*", op. cit. p. 48, argumenta que cuando la cantidad de droga es mínima, lo que determina la impunidad no es la existencia de determinados móviles, ni la ausencia de ánimo de lucro, ni el destino a un sujeto consumidor, sino el hecho de que al ser tan mínima la cantidad y aún estando dentro de los parámetros de la dosis mínima psicoactiva, resulte imposible el riesgo de difusión entre sujetos inconcretos por resultar materialmente indivisible, puede también ocurrir que sea inocua para la salud individual, considerando en ese caso ausencia de objeto material del delito.

[122] En el mismo sentido: STS 557/2002, de 15 de marzo; STS 1716/2003, de 27 de octubre; STS 1281/2003, de 8 de noviembre; STS 1640/2003, de 28 de noviembre, señala esta última que: *"…no podemos de dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes de modo que la afectación de su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque ese ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo en todo caso tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla…" y si la sustancia es "… de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario… no existirá agresión a la salud pública."*

en los supuestos de cantidad insignificante, por lo que en tales casos la sustancia transmitida no debe considerarse droga tóxica o psicotrópica, ni cabe apreciar riesgo para la salud, sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y debe estimarse que no concurre el tipo delictivo, y ello con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio"[123].

Esta resolución judicial permite esclarecer la controvertida cuestión de la difusión de cantidades mínimas de una sustancia psicoactiva prohibida. En estos casos pueden darse dos situaciones. A saber:

a) Que siendo tan mínima resulte inocua sin que represente peligro alguno para la salud individual, y por tanto, no supone un peligro para la salud pública, pues si una sustancia no es válida para poner en peligro la salud individual, difícilmente tendrá aptitud para poner en peligro la salud pública. Se trataría de un supuesto de ausencia de objeto material del delito.

b) Que la sustancia, aún siendo mínima su cantidad, sí que tenga capacidad psicoactiva, pero dada su escasa cuantía sea imposible la difusión de la misma por resultar materialmente indivisible, y por tanto, no puede afectar a un número indeterminado de sujetos, con lo que se considera que el bien jurídico-penal (salud pública) no resulta puesto en peligro.

Por tanto, lo que determina la impunidad en estos casos de escasa o nula afectación al bien jurídico por acciones consistentes en transmisiones de pequeñas cantidades de sustancias psicoactivas prohibidas, no es la

[123] STS 358/2003, de 16 de junio de 2003 (Fundamento de Derecho Único).

existencia de determinados móviles, tampoco es la ausencia de ánimo de lucro, ni el destino a un sujeto consumidor, sino la falta de peligro alguno para el bien jurídico-penal salud pública, bien por inidoneidad de la sustancia prohibida, bien por imposibilidad de difusión[124].

Por otra parte, el ánimo de lucro no forma parte de los elementos del tipo básico del artículo 368 CP. Además de no tener influencia alguna en la finalidad última perseguida por la norma: proteger la salud pública. El legislador no renuncia a la punición de las donaciones de drogas, a tenor de los verbos utilizados en la descripción típica: *"promuevan, favorezcan o faciliten"*. Por tanto, la existencia de contraprestación no debería ser utilizada como argumento para justificar una posible puesta en peligro del bien jurídico-penal protegido salud pública[125].

B) En cambio, coexiste en el TS otra corriente interpretativa, radicalmente opuesta a la que se acaba de exponer, que considera la salud pública como algo desvinculado y ajeno a la salud individual. Partiendo de la importancia del bien jurídico-penal protegido por este delito, entiende que los comportamientos que lo ponen en peligro se consideran graves, con independencia del daño que en la salud individual de una persona en concreto pudieran ocasionar el consumo de la sustancia psicoactiva ilegal que se configura como objeto material del delito. Desde este punto de vista

[124] MANJÓN-CABEZA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. p. 54.
[125] En este sentido, indica ALVAREZ GARCIA, *El delito de tráfico de drogas*, 2009, p. 114, que aunque para la mayoría de la Jurisprudencia, con alguna excepción, la ausencia de precio es un requisito para la atipicidad, pero tal interpretación no se deriva del tipo pues el artículo 368 CP que no incluye ni el precio, ni el ánimo de lucro como requisitos típicos, además al tipificarse expresamente los actos que *"de otro modo favorezcan, faciliten o promuevan el consumo"* se considera que la donación es una acción típica en este delito. En este mismo sentido, la STS 276/2007, de 30 de marzo, señala que *"el tipo penal no exige la venta de droga, pues también es penalmente típica la donación de este tipo de sustancias, y, en definitiva, la transmisión de este tipo de sustancias por cualquier otro título, en cuanto tales modos supongan un favorecimiento del consumo de las drogas."*

el daño que puede causarse a la salud pública se reputa, de forma abstracta, siempre grave por su posible afectación a una multiplicidad de sujetos[126].

Esta línea interpretativa opta por considerar que la salud pública, como bien jurídico protegido, no coincide con la salud individual de quienes pueden verse afectados por el hecho, de forma que la salud individual no es el objeto de protección del delito de tráfico de drogas. Se considera que el consumo ilegal de determinadas sustancias psicoactivas es negativo para la indemnidad de la salud pública, acordando, sin más, su prohibición, con independencia de que se ponga en peligro la salud individual de una persona en concreto[127].

---

[126] STS 791/1995, de 19 de junio, sigue argumentando esta sentencia que: *"El legislador quiere evitar la generalización de un hábito contrario a la salud, acudiendo a la aplicación de unas penas a quienes trafican al respecto, que se agravan cuando el mal puede extenderse por la importante cantidad a la que tal conducta se refiere."*

[127] SAP de las Palmas (Sección 1ª) 38/2013, de 15 de marzo, en su Fundamento de Derecho Quinto establece*: "…si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública"*. En el mismo sentido SAP de Zaragoza (Sección 3ª) 1/2015, de 20 de enero, al establecer*: "La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse afectados directamente por el hecho."*(Fundamento de Derecho Segundo). Igualmente en STS 294/2004, de 10 de marzo de 2004, se señala, en su Fundamento de Derecho Primero, que *"…en la medida en la que este delito no es un delito contra la salud individual,…, carece de trascendencia respecto de la tipicidad de la conducta si la dosis individual hubiera podido ser típica. El delito del artículo 368 del CP se refiere a la difusión de drogas en cantidades globales que tengan aptitud psicoactiva. Se trata de un delito que reprime el tráfico de drogas y estupefacientes como tal, sin atender al posible efecto individual de los sucesivos fraccionamientos que hubiera podido realizar el autor."* En la misma línea interpretativa la STS 1346/2004, de 16 de noviembre, establece en su Fundamento de Derecho Segundo que*: "En efecto, el bien jurídico protegido por el delito contra la salud pública del artículo 368 del CP no es concretamente la salud individual de las personas sino la "salud pública", que representa un interés de naturaleza global integrado en el concepto más amplio de la "seguridad colectiva"…"es manifiesto que el legislador considera este tipo de conductas especialmente graves „…, hasta el punto de haber adelantado las barreras de intervención y protección penal frente a este tipo de conductas, configurándolo como un delito de pura actividad, de riesgo abstracto y de consumación anticipada."* Con similar argumento, relativo a la desvinculación de la salud individual de la propia salud pública se pronuncian las STS 1345/2004, de 15 de noviembre, STS 280/2007, de 12 de abril, STS 870/2008, de 16 de diciembre. En el mismo sentido, la SAP de Melilla (Sección 7ª) 16/2012, de 13 de abril, cuando establece que: *"La salud pública como bien jurídico no coincide con la salud individual de quienes pueden verse afectados directamente por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero, aun cuando resulte dificultoso conceptualmente, la consideración de ese bien jurídico ha de referirse a una valoración relativa a la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita científicamente que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que tal clase de consumo afecta a la salud pública. Y es, finalmente el legislador a través de la norma penal quien precisa qué conductas de las que puedan afectar a la salud pública son constitutivas de delito."*

Pone de manifiesto esta vertiente interpretativa del TS que la conducta que prohíbe el tipo penal del artículo 368 del CP consiste en la difusión de sustancias psicoactivas ilegales, y que el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del consumidor final sino en relación al mismo acto de difusión. Por tanto, esta corriente jurisprudencial sostiene que el bien jurídico-penal *"salud pública"* no se forma con la suma de las saludes individuales, pues lo que el legislador ha querido impedir no son los daños individuales, para lo cual ya existe el delito de lesiones, sino la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave[128].

Para este sector jurisprudencial del TS se ha de atender fundamentalmente a literalidad del precepto aplicable, considerando que prácticamente cualquier acto de favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas tiene cabida en el artículo 368 del CP. Desde este punto de vista, se mantiene que en caso de conflicto entre la antijuridicidad formal y la material, debe prevalecer la primera con base en la división de poderes del Estado. Por tanto, el juzgador debe aplicar la ley formal vulnerada por el hecho, dado que dotar de carácter excluyente a la antijuridicidad material supondría una reforma de la Ley, que únicamente corresponde al Legislador[129].

Desde este punto de vista, en el caso de los delitos graves, como lo son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar un "*principio de*

[128] STS nº 444/2005, de 11 de abril, en su Fundamento de Derecho Segundo. Sigue argumentando esta sentencia que: *"La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse afectados por el hecho…El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición."*
[129] STS nº 397/2011, de 24 de mayo, en su Fundamento de Derecho Cuarto.

insignificancia" que puede excluir la tipicidad, al considerar que la necesidad preventiva de constatación de la norma no desaparece en los delitos graves sólo porque el alcance de la acción sea reducido. Consideran, por tanto, que el legislador no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social movido por la gravedad del delito de que se trata[130]. Según este criterio, la gravedad del delito se convierte en un elemento fundamentador de la tipicidad de la conducta, en lugar de actuar como elemento modulador de la pena.

En definitiva, es necesario poner de manifiesto que el TS ha insistido en resaltar las diferencias existentes entre los delitos contra la salud pública y los delitos contra la salud individual (lesiones). En cambio, no se ha pronunciado sobre la posibilidad de dar un concepto jurídico-penal de salud pública y de las relaciones de ésta con la salud personal. Tuvo que ser el Tribunal Constitucional, quien se pronunciara acerca del bien jurídico-penal *"salud pública"* en la STC 62/1983, de 11 de julio, declarando que: *"el bien jurídico protegido en los delitos de riesgo en*

[130] STS Nº 397/2011, de 24 de mayo, Fundamento de Derecho Cuarto. En ese mismo sentido la STS 913/2007, de 6 de noviembre, establece que*: "…una asociación mecánica, acrítica y sin matices entre la escasa cuantía de la droga y la falta de antijuridicidad, podría chocar frontalmente, no ya con la expresa voluntad del legislador, sino con el necesario cumplimiento de compromisos y convenios internacionales que expresan la compartida voluntad de todos los Estados suscriptores de definir un marco jurídico de persecución del tráfico ilegal de drogas tóxicas. Todo ello sin olvidar que, de aceptarse, sin más la tesis del principio de insignificancia, se estaría indirectamente alentando una estrategia delictiva basada en el artificial fraccionamiento de grandes cantidades que serían, de esta forma, presentadas como dosis no psicoactivas."* En el mismo sentido de rechazar la aplicación del principio de insignificancia, se expresan, entre muchas otras, la STS 901/2003, de 21 de junio, con base en los siguientes argumentos: el bien jurídico, como finalidad perseguida por la norma se lesiona con la difusión de la droga, sin exigirse que la lesión del bien jurídico sea importante. Por tanto, en caso de conflicto entre la antijuridicidad formal y material debe prevalecer la primera. La STS 1699/2003, de 2 de enero de 2004, que confirma la condena por un acto de venta de 0.07 g. de cocaína argumentando que: *"… el bien jurídico protegido se vio suficientemente afectado si tenemos en cuenta que existió droga…y además se hizo venta de la misma con contraprestación de un precio…si se dejase impune esta clase de actividades de venta al menudeo, sería como dejar el grifo abierto a través del cual se decanta la mayor parte del tráfico de estupefacientes."* En un sentido similar, al entender que pone en peligro el bien jurídico, y por tanto condenan, cuando la cantidad aun siendo mínima supera la dosis mínima psicoactiva se expresan las siguientes sentencias: STS 250/2003, de 21 de julio; STS 1935/2002, de 13 de octubre; STS 1515/2003, de 17 de noviembre; STS 1743/2003 de 22 de diciembre; STS 1324/2003, de 27 de noviembre y STS 1663/2003, de 5 de diciembre.

general contra la salud pública es el bien común en que la misma consiste, que se refleja en definitiva en la salud personal de los ciudadanos, por lo que estamos en un supuesto en el que la defensa de este interés se hace sosteniendo el interés común"[131].

Por tanto, la salud pública, se entiende por el Tribunal Constitucional, como un mecanismo de protección indirecta de la salud individual o personal de cada ciudadano, es decir, el interés común que supone la protección de la salud pública se considera una vía adecuada y necesaria para posibilitar la protección del interés personal que supone la salud individual[132], situándose más cerca de la parte de la doctrina que define la salud pública como suma de saludes individuales y necesariamente vinculada a la salud individual.

Antes de finalizar este apartado se aludirá, brevemente, a una serie de ***criterios jurisprudenciales del TS en relación a la aplicación del subtipo atenuado del artículo 368.2 del CP, redactado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio***, que establece: *"No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable."* A continuación se hace mención de los requisitos fundamentales para su adecuada aplicación por el juzgador.

Para que el subtipo atenuado pueda ser aplicado por los Tribunales, se exigirá, en todo caso, una adecuada motivación jurisprudencial del uso

[131] Fundamento de Derecho nº 2, B) de la STC 62/1983, de 11 de julio.
[132] DOVAL PAÍS, *Delitos de fraude*, op. cit. pp. 237-238, comenta que la originalidad de esta sentencia del TC radica en que *"consigue una armónica coordinación de los bienes jurídicos colectivo e individual. Esta fórmula permite la adecuada comprensión de los delitos contra la salud pública como delitos de riesgo, en los que el peligro cabe referirlo sin dificultad a los bienes jurídicos individuales (salud individual y la vida)"*.

del mismo, debiéndose concretar qué se entiende por entidad del hecho y por circunstancias del culpable. En este sentido, la STS 1110/2011, de 21 de octubre, establece que: *"Se refiere a los supuestos en que se trata de cantidades muy próximas a las dosis mínimas psicoactivas o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa o cualitativa…"*. También se establece en la misma resolución que: *"Otras veces hemos atendido a la ubicación del acto en la cadena de los que integran el total procedimiento, desde la elaboración a la entrega final al consumidor. Así, en los supuestos de vendedores de papelinas, que constituyen el último eslabón en la venta al menudeo, cuando posean escasa cantidad de sustancias estupefacientes"*[133].

Pero además de poner la atención en la cantidad o calidad de la sustancia ilícita para saber si estamos ante un hecho de *"escasa entidad"*, es también necesario atender a otro tipo de criterios, así la STS de 879/2011, de 25 de julio, señala. *"…situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social"*[134].

En cuanto a lo que entiende la jurisprudencia del TS por *"circunstancias del culpable"*, se establece que entre las circunstancias que

[133] STS 1110/2011, de 21 de octubre. En el mismo sentido vid. STS 241/2011, de 11 de abril; STS 312/2011, de 29 de abril; STS 327/2011, de 30 de marzo; STS 413/2011, de 11 de mayo; STS 397/2011, de 24 de mayo; STS 347/2011, 30 de marzo; STS 32/2011, de 25 de enero; STS 218/2011, de 31 de marzo, STS 129/2012, de 6 de marzo; STS 191/2012, de 20 de marzo; STS 566/2012, de 13 de junio; STS 368/2012, de 10 de mayo; STS 244/2012, de 20 de marzo; y STS 165/2012, de 14 de marzo.

[134] STS 879/2011, de 25 de julio. En ese mismo sentido vid. STS 551/2011, de 15 de junio; STS 746/2011, de 11 de julio; STS 716/2011, de 7 de julio; STS 354/2011, de 6 de mayo; STS 193/2012, de 22 de marzo; 244/2012, de 20 de marzo; STS 441/2012, de 5 de junio, entre otras.

favorecerían la aplicación del subtipo atenuado cabe señalar las siguientes: la ausencia de reincidencia, habitualidad o profesionalidad, la situación de vulnerabilidad frente a las redes de narcotraficantes o la pobreza, enfermedad o necesidad que sitúan al culpable en una situación análoga a la del estado de necesidad[135]. La STS 1230/2011, de 16 de noviembre, señala que: *"Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización punitiva"*.

Se plantea la cuestión de si la reincidencia del acusado puede suponer, por sí misma, la no apreciación del subtipo atenuado, al tratarse de una "*circunstancia personal"* de éste que desaconseje la atenuación de la pena. En alguna STS se ha desestimado la aplicación del subtipo atenuado del 368.2 del CP por ser reincidente el acusado argumentando para ello que: *"… si bien la cantidad objeto de la venta es exigua, 0, 302 de cocaína, …, no puede obviarse la concurrencia de la agravante de reincidencia,…, que no está limitada a un hecho anterior aislado y lejano en el tiempo, sino a nada menos que tres condenas, por el mismo delito, y alguna de ellas con penas verdaderamente importantes. Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado"*[136].

[135] MARTINEZ PARDO, *Los delitos,* op. cit. p.170.

[136] STS 238/2012, de 28 de marzo. En cambio, y con un criterio diferente, la STS 103/2011, de 17 de febrero, establece que la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, en todo caso, la no aplicación del subtipo atenuado que estamos analizando, utilizando para ello el siguiente argumento que, entiendo más acertado: *"El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del art. 368 párrafo segundo. Antes al contrario, el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior"*. En ese sentido vid. STS 924/2011, de 20 de julio, STS 731/2011, de 13 de julio; STS 612/2012, de 17 de julio; STS 238/2012, de 28 de marzo; STS 653/2012, de 27 de julio.
En ese sentido la STS 1359/2011, de 15 de diciembre, establece que: *"La agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuante"*. En esa

2.2. ¿Es la salud pública un bien jurídico digno de protección penal?

Para responder a la pregunta de si un determinado bien o interés, de carácter colectivo, ha de protegerse mediante el recurso al Derecho penal, o la pregunta de si debe despenalizarse un bien o interés social colectivo hasta ahora penal, puede resultar útil partir de la comparación de éstos con los bienes jurídico-penales individuales que sobreviven al paso del tiempo por ser los más indiscutidos[137].

En un Estado de Derecho, los poderes públicos deberían organizar, tutelar y proteger la salud pública con el debido respeto a otros bienes jurídico-penales de carácter individual como son la salud individual, la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad[138]. Uno de los fundamentos básicos para la protección de todo bien jurídico-penal ha de ser la de garantizar al individuo una plena autonomía en su libertad de

misma línea vid. STS 242/2011, de 6 de abril; STS 660/2012, de 19 de julio; STS 653/2012, de 27 de julio; STS 600/2011, de 9 de junio.

[137] MIR PUIG, *"Bien jurídico"*, op. cit. pp. 211-212, hace notar que*:" En el Estado social actual vuelve a plantearse la cuestión de si el conjunto social merece tanta o mayor protección jurídica que los individuos"*. En opinión de CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, op. cit. p. 367, un Derecho penal en cumplimiento del principio de intervención mínima no puede buscarse limitando la intervención penal a la protección de los bienes jurídico-penales fundamentales –vida, salud, libertad y propiedad-, porque con ello se olvida que en la sociedad actual existen otros intereses que el ciudadano valora como indispensables para poder ejercer sus derechos fundamentales. En la sociedad actual el ciudadano se encuentra en situación de desamparo ante las nuevas tecnologías y frente a la complejidad tanto de los productos de consumo como de las organizaciones e instituciones de todo tipo, ello provoca que el control por parte del Derecho penal de estos ámbitos de actividad sea legítimo y necesario. En este punto, argumenta SILVA SANCHEZ, *La expansión*, op. cit. pp. 28-30, que resulta necesario hacerse dos preguntas: ¿hay conductas que necesariamente deben ser prohibidas bajo pena? Y, viceversa, ¿hay conductas que de ningún modo pueden ser prohibidas bajo pena? Si pudiéramos dar respuesta afirmativa a estas preguntas estaríamos reconociendo la existencia de un ámbito indisponible de la política-criminal. Se trata de salvar un mínimo, frente al cual no cabría esgrimir ni el consenso coyuntural de una sociedad ni el relativismo cultural. Se trata de enmarcar la política criminal en el concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales. Sólo desde estas premisas, que son compatibles con el reconocimiento de la dificultad de acceder de modo inequívoco al objeto de conocimiento, será posible reconstruir un modelo satisfactorio de política criminal.

[138] ROXIN, El concepto de, en ROLAND HEFENDEHL, *La teoría*, op. cit. p.236, es partidario de una concepción personal del bien jurídico, y afirma, que los bienes jurídicos son "*realidades o fines útiles para el individuo y para el libre desarrollo de su personalidad en el marco de un sistema orientado hacia tal objetivo o para el funcionamiento del propio sistema"*.

organización, posibilitando, al mismo tiempo, la convivencia en sociedad, interés cuya protección será encomendada al Derecho penal cuando hayan ya fracasado todos los demás medios, en base a los principios de fragmentariedad, última ratio, proporcionalidad, insignificancia y adecuación social, como se indicará más adelante. Por tanto, la intervención penal sólo se encontrará legitimada frente aquellas conductas que afecten de forma relevante al bien jurídico-penal protegido[139].

No todos los bienes jurídicos necesitan ser protegidos en exclusiva por el Derecho penal, pues existe la posibilidad de ser protegidos por otras ramas del Derecho. Por tanto, estar ante un bien jurídico no supone sin más que ya pueda recurrirse al Derecho penal para protegerlo; si así se hace, se puede infringir el principio de intervención mínima[140].

Es decir, a la hora de plantearnos si debemos castigar penalmente conductas que pongan en peligro la salud pública hemos de tener en cuenta que tal punición no comprometa otros bienes jurídicos de carácter individual especialmente la libertad de la persona, su dignidad, y el libre desarrollo de su personalidad, y en el caso concreto de la salud pública,

[139] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. p.41. En este sentido, MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. pp. 213-214, pone de relieve que no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que resulta exigible una importancia del concreto grado de afectación de dicho bien. No es suficiente que la salud sea, de forma abstracta, un bien social fundamental para proteger penalmente sino que será necesario atender a las diferentes manifestaciones cuantitativas, pues de poco puede servir para la delimitación de lo penalmente protegible la simple alusión a términos tan amplios como la salud. Habría de concretar más, en función de los distintos grados de afectación del interés. En buena parte de los casos los problemas de decisión de si procede o no la intervención penal dependen de que se considere suficiente o no la concreta entidad del bien afectado.

[140] MORALES PRATS, *Parte General*, op. cit. p. 271, afirma que: *"No todo bien jurídico necesita protección penal. Esta solo puede prestarse cuando se comprenda la ineficacia de otros instrumentos jurídicos no penales ultima ratio."* En ese sentido, DIEZ RIPOLLÉS, "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", Jueces para la Democracia nº 30. 1997, p. 19, va un poco más lejos al señalar, refiriéndose a los bienes jurídicos-penales colectivos, como la salud pública, que*: "al ordenamiento jurídico-penal no le competería la función valorativa de determinar que conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores del ordenamiento jurídico."*

deberíamos plantearnos si al proteger penalmente la salud pública estamos perjudicando la salud individual de los ciudadanos[141].

Como señala MIR PUIG, el Estado social no debe prescindir de la exigencia de una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo para así evitar la peligrosa tendencia a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su ámbito de protección que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista colectivo[142].

La salud pública es un interés colectivo que afecta a cada individuo, siendo necesario exigir un determinado grado de dañosidad individual para que importe al Derecho penal. El legislador, hasta ahora, no ha creído que el tabaco o el alcohol afecten suficientemente a la salud como para criminalizar su venta o consumo[143]. La extensión social del problema

[141] Señala, en este sentido QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, op. cit. pp. 979-982, que la prohibición sobre algunas sustancias psicoactivas no hace más que empeorar las cosas, y el prohibicionismo es contrario a la salud pública y a la individual. Nos encontramos, por tanto, esperando que se inicie el proceso inverso del hasta ahora seguido que no ha hecho sino aumentar el tráfico y la delincuencia por él generada, es decir, a la espera de que se inicie el camino de una paulatina y razonable despenalización de éste delito para irlo acomodando a una normalización, que supondrá, a medio plazo, restarle el morbo de lo prohibido, la enorme rentabilidad que lo prohibido ejerce cuando es masivamente consumido, y pueda recuperarse, en cierta medida, el costo de las secuelas del consumo y tráfico de drogas. En un sentido similar vid. DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal*, op. cit. p. 819.

[142] MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. pp.212-213. En un sentido similar, DIEZ RIPOLLÉS, "El bien jurídico", op. cit., p. 13, advierte que *"resultan preocupantes los intentos de servirse de la intervención penal con el fin de modificar comportamientos socialmente integrados, aunque sentidos como socialmente poco deseados por los poderes públicos. La utilización del Derecho penal para tales fines conduce a soluciones autoritarias"*. En este sentido, argumenta SILVA SÁNCHEZ *Política Criminal*. op. cit. p. 25, que al acometer el estudio de la política criminal nos debemos preguntar si existen criterios materiales de corrección a los que se halla vinculado el legislador a la hora de tomar una decisión político-criminal concreta o, por el contrario, la política criminal se configura en términos relativistas, es decir que pertenece al ámbito de lo disponible. Al respecto, se ha tratado de buscar una legitimación con cierto rasgo de permanencia en los principios de necesidad y proporcionalidad. Es decir, las decisiones político-criminales suponen un mal para alguien, mal que sólo cabe infligir de modo subsidiario y además de forma proporcionada.

[143] En relación al tabaco y al alcohol señala ACALE SANCHEZ, *Salud pública*, op. cit. pp. 22-23, que la protección de la salud pública en los delitos relativos a las drogas tóxicas se caracteriza porque es una protección parcelada, pues hay drogas legales que causan igual o mayor daño a la salud pública que otras que se consideran legales, poniendo así en entredicho que efectivamente éste sea el bien jurídico protegido.

no debe constituir un argumento válido para legitimar la intervención del Derecho penal. Es necesario insistir en la diferenciación de las drogas según su distinto efecto lesivo para el individuo, y tener en cuenta que la lesividad individual viene en este caso acompañada del consentimiento de la víctima[144].

Sería preciso distinguir dos cuestiones, en primer lugar, la legitimidad del bien jurídico-penal protegido, y en segundo lugar, si en el concreto tipo penal se protege, de forma efectiva, el bien jurídico protegido que se dice proteger. En el caso concreto de los delitos de tráfico de drogas, la legitimación material que debe otorgar el bien jurídico protegido a la intervención penal ha sido sustituida por la necesidad de *"adecuar nuestro Ordenamiento Jurídico a compromisos internacionales"*, argumento que responde a un modelo de Derecho Penal *"globalizado"* dirigido a la regulación e intervención en relaciones económicas y mercados[145].

[144] MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. p. 213. En este mismo sentido indica SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea. *El nuevo Derecho penal español. Estudio penales en memoria del Profesor Valle Muñiz,* 2001. p. 706 que: "*…el fenómeno del reconocimiento de bienes jurídicos supraindividuales tiene mucho que ver con la tendencia político-criminal inclinada a la protección decididamente preventiva de bienes jurídicos individuales- como la vida o la salud- mediante tipos de peligro abstracto. Los reparos que desde la perspectiva del Derecho penal clásico presentan estas figuras han llevado en ocasiones a salvar este obstáculo mediante un rodeo artificioso: la creación de un bien jurídico supraindividual en el ámbito previo del bien jurídico individual. Por ejemplo, la salud pública, o el medio ambiente, o la seguridad del tráfico, todos ellos en el ámbito previo de la integridad física y salud individual.*". En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, *Constitución y algunos principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 225-226, se trataría de aportar criterios sobre cómo intervenir racionalmente con un instrumento tan gravoso como la pena, por ello, la cuestión fundamental para el desarrollo de una teoría de la Política Criminal para el siglo XXI ha de ser cómo se protegen y cómo se delimitan la permisión de conductas, es decir, la forma en la que el Derecho penal puede prestar protección. Lo realmente transcendente será determinar cuándo puede castigarse penalmente una conducta con la consiguiente brutal intromisión por parte del Estado en los derechos individuales más elementales del sujeto. Será necesario poner la atención en el desvalor de acción, es decir, cuáles son los criterios por los que una conducta es catalogada tan negativa para la persistencia social que debe ser penada.

[145] CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico*, op, cit. pp. 61-62.

2.2.1. Las obligaciones expresas de castigar penalmente en la CE

El hecho de que existan en la CE obligaciones expresas de castigar penalmente[146] la puesta en peligro de algunos bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente[147] o el patrimonio artístico y cultural[148], plantea la cuestión de si para otros bienes jurídicos de carácter colectivo, como la salud pública, existe una imposición constitucional tácita de recurrir al Derecho penal como instrumento para su protección.

Con las obligaciones constitucionales de penar expresadas en los artículos 45.3 y 46 de la CE, lo facultativo se convierte en una obligación para el legislador. En estos casos, es el propio constituyente el que parece que ya ha realizado las valoraciones político-criminales oportunas para decantarse por la necesidad y utilidad de la intervención penal en estos ámbitos, función que habitualmente corresponde al legislador ordinario[149].

---

[146]En relación a éstas obligaciones expresas o tácitas contenidas en la CE, vid. SANTANA VEGA, Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudio Penales en Memoria del profesor Valle Muñiz*, 2001, pp. 865 y ss. En este sentido ALONSO ALAMO, "Bien Jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos". Estudios Penales y Criminológicos. 2009, vol. XXIX, p. 70, comenta que se plantea la cuestión de si los bienes jurídico-penales se encuentran expresados de forma directa en la CE, o se derivan de los principios y valores en ella reconocidos, y la CE contiene mandatos expresos o tácitos de incriminación. O si, por el contrario, la CE cumple una función meramente negativa trazando un marco más allá del cual el legislador no debe intervenir penalmente, implicando en tal caso la intervención una intromisión ilegítima en la libertad del individuo.

[147] El artículo 45.3 de la CE regula la protección el medio ambiente e impone la obligación de castigar penalmente en este ámbito al indicar: *"1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo … 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije* ***se establecerán sanciones penales*** *o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado"*.

[148] El artículo 46 de la CE con respecto a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural señala*:"Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que la integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.* ***La ley penal sancionará*** *los atentados contra este patrimonio"*.

[149] SANTANA VEGA, Las obligaciones, op. cit. pp. 866-867, hace notar que, en estos casos, el legislador ordinario se limita a eliminar *"un vacío punitivo"* con el establecimiento de los correspondientes tipos penales.

En cambio, no existe tal mandato del constituyente al legislador de utilización del derecho penal para la protección de la salud pública, así en el art. 43.1 y 2 de la CE se establece: *"43.1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud*[150]*. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*[151]*. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"*. Por tanto, no cabe aludir a la existencia de un mandato expreso en la CE que legitime el recurso al Derecho penal para tratar de proteger la salud de la colectividad.

En cuanto a las obligaciones tácitas de castigar, a diferencia de las expresas, es necesario determinar los rasgos necesarios que debe reunir un bien jurídico para convertirse en digno de protección penal, es decir, para ser considerado bien jurídico-penal, hasta el punto de convertirse su inclusión en la CE como un mandato tácito del constituyente al legislador, al no recogerse expresamente la obligación de castigar penalmente. Parece claro que los bienes jurídicos considerados como imprescindibles para el individuo por su carácter personalísimo como la vida, la salud y la libertad, y que constituyen el núcleo clásico del derecho penal constituyen obligaciones constitucionales implícitas de castigar penalmente[152].

[150] Sostiene BORRAJO DACRUZ, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, 1996, p. 183, que el constituyente acertó en la formulación del punto 1del artículo 43 de la CE, al indicar que se reconoce el derecho a la *protección* de la salud, y no el derecho a la salud. Pues el disponer de buena salud no depende de ostentar un derecho al respecto sino de innumerables aspectos que no tienen relación con el Derecho.

[151] Entre los *"servicios necesarios"* cabe incluir servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud, lo que incluye la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias, los servicios de información y documentación sanitaria, y la prestación farmacéutica. En cuanto a esta última, señalar que cabe la posibilidad de controles por parte de los poderes públicos sobre la titularidad de las farmacias o de caducidad de las autorizaciones. SANTIAGO REDONDO, *Comentarios a la Constitución Española*, 2009, p. 1071.

[152] SANTANA VEGA, Las obligaciones, op. cit. p. 877-879.

En un Estado democrático de Derecho, la salud pública cabría situarla en un grupo de bienes jurídicos de carácter secundario con respecto a los bienes individuales fundamentales señalados anteriormente, y para recurrir a la protección penal de este tipo de bienes jurídico-penales de carácter colectivo se debería exigir la existencia de una desaprobación general. Además, debería quedar limitado el recurso al Derecho penal una vez se verificara la no infracción del principio de proporcionalidad penal y al principio del carácter fragmentario del Derecho penal, así como del resto de principios fundamentadores del Derecho penal[153].

En relación a las obligaciones constitucionales expresas o tácitas de castigar penalmente, el TC considera que corresponde al legislador la potestad exclusiva de establecer los bienes jurídico-penales, así como el tipo y la cuantía de las sanciones penales. Si bien, este margen de maniobra se encuentra sujeto a *"los límites establecidos por la Constitución"*[154]. Por tanto, y como señala con acierto SANTANA VEGA, existe una contradicción en la línea jurisprudencial del TC en este sentido, dado que, por un lado, se establece la plena libertad del legislador en la determinación de los bienes jurídico-penales, y por otro, se le marcan una serie de pautas establecidas en la propia CE y de obligado cumplimiento. Es decir, no puede ser plena la libertad de quien ha de obedecer las directrices establecidas por las obligaciones constitucionales de penar, así como, los límites ofrecidos por los principios fundamentadores de Derecho penal[155].

[153] SANTANA VEGA, Las obligaciones, op. cit. pp. 879-881, afirma que la obligación de tutela no equivale a la obligación de tutela penal pues tal deducción iría en contra del principio de intervención mínima y supondría una consideración retribucionista del Derecho penal, incompatible con un Estado democrático de Derecho.

[154] Auto 319/1996, de 29 de octubre de 1996, reproduciendo el fundamento 6 de la STC 55/1996, de 28 de marzo.

[155] SANTANA VEGA, Las obligaciones, op. cit. p. 883, argumenta que las reticencias ante el control de las omisiones totales constitucionales es una prueba contundente de que en el trasfondo de esta

Los poderes públicos tienen la obligación constitucional de velar por la salud de la colectividad. Pero, ello no significa que el recurso a la legislación penal represiva en el tratamiento del tráfico de drogas, sea la única forma de impedir que sustancias consideradas peligrosas puedan llegar a ser consumidas por la sociedad. Para el control del mercado de las sustancias psicoactivas se pueden adoptar modelos distintos al modelo de prohibición penal, como sería el modelo de regulación y control administrativo, en el cual, la intervención penal queda en mayor medida vinculada a la normativa administrativa, de forma que el Derecho penal sólo intervendría como refuerzo de aquella, y en los casos más graves.

Basándose en el principio de intervención mínima[156], si mediante acciones preventivas, formativas o educacionales fuera posible una adecuada sensibilización acerca de los graves peligros que pueden acarrear en la sociedad y en los individuos que la forman el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas. Es decir, sí a través de otras ramas del Derecho diferentes al Derecho penal, fuera posible proteger la salud pública sería deseable limitar el recurso a éste solamente para los ataques más graves, en los que sea absolutamente necesario el recurso al poder punitivo del Estado[157].

En este sentido afirma LASCURAIN SÁNCHEZ que: *"solo podrán ser penalmente protegibles en un sistema democrático aquellos objetos que*

concepción late la tendencia a ponderar en el diseño de los tipos penales más la discrecionalidad legislativa, inspirada por una u otra Política criminal, que la idea de sumisión a principios.

[156] Pone de manifiesto MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit. pp. 117-118, que el Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios menos lesivos para los derechos individuales. El Estado social debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. Entra así en juego del principio de intervención mínima que está integrado por el *"principio de subsidiariedad"*, en virtud del cual el Derecho penal ha de ser el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos, y el llamado *"carácter fragmentario del Derecho penal"*, que supone una exigencia relacionada con la anterior.

[157] MOLINA MANSILLA, *El delito*, op. cit. pp. 30-31.

constituyen condiciones fundamentales de libertad del mismo y que, siendo amparables eficazmente por el Derecho penal con respeto a los elementales principios informadores de dicho sistema, no lo son por medios de menor intensidad coactiva"[158].

En definitiva, parece que no es suficiente que un bien posea importancia social para que deba protegerse penalmente, es necesario que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos. Si basta la intervención administrativa, no habrá que elevar el bien jurídico al rango de bien jurídico-penal[159].

Por tanto, el recurso al Derecho penal en la pretendida protección de la salud pública no tiene su origen en la CE, sino más bien en la adhesión de España a las tres grandes Convenciones Internacionales en materia de tráfico de drogas, recogiendo nuestro derecho interno los postulados prohibicionistas que han marcado la pauta en la problemática del tráfico ilegal de sustancias psicoactivas en todo el mundo.

2.2.2 Naturaleza colectiva del bien jurídico-penal salud pública *versus* libre ejercicio de derechos individuales

[158] LASCURAIN SÁNCHEZ, "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal". Revista Chilena de Derecho, Vol. 22, Nº 2, 1995, p. 262.

[159] MIR PUIG, "Bien jurídico", op. cit. pp. 214-215. Considera este autor que sólo se deberán amparar como bienes jurídico-penales en un Estado Social y democrático de Derecho condiciones de la vida social, en la medida que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Siendo necesario que tales bienes jurídico-penales tengan una importancia fundamental para que merezcan ser protegidos penalmente. El Derecho penal de un Estado social no puede establecer mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social. Se debe exigir, igualmente, que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen los requisitos necesarios para constituir bienes jurídico-penales. En definitiva el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales tiene un fundamento plural que procede de los tres aspectos de la fórmula *"Estado social y democrático de Derecho"*. MIR PUIG, *Parte General*, op. cit. p. 130.

El conflicto existente entre los nuevos bienes jurídico-penales colectivos y los bienes jurídico-penales individuales tradicionales se hace patente en los delitos de tráfico de drogas, pues el legislador al tratar de proteger un bien jurídico-penal de naturaleza colectiva como es la salud pública, puede producir un menoscabo en el libre ejercicio de derechos individuales, como se analizará en este epígrafe.

Los bienes jurídicos individuales tienen un carácter microsocial y a partir de ellos se puede construir toda la estructura social. Entre ellos se incluye la vida, la salud individual, la libertad, el honor, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Los bienes jurídicos colectivos como la salud pública tiene un carácter macrosocial, se trata de proteger con ellos los procesos o funciones que ha de cumplir el sistema para que puedan tener lugar las relaciones microsociales[160]. Por tanto el recurso al Derecho penal en una sociedad democrática nunca debe perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el objeto protegido por la norma penal se corresponda con la satisfacción de una necesidad humana[161].

En los delitos contra la salud pública, el legislador da cabida a una protección simultánea de bienes jurídicos de orientación individual (salud individual) y colectiva (salud de la colectividad). A pesar de la rígida separación tradicional entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídico-penales supraindividuales, cuando se trata de proteger, de manera simultánea, bienes jurídico-penales individuales y colectivos de naturaleza homogénea, la conducta será punible en un radio mayor, pues el ámbito de

[160] HORMAZÁBAL, *Bien Jurídico*, op. cit. p. 172
[161] *Idem*, p. 161.

aplicación del delito cubrirá el espacio situado más allá de la exclusiva puesta en peligro del bien jurídico-penal individual[162].

En este sentido, el concepto de bien jurídico-penal intermedio permite la coexistencia de bienes individuales y colectivos, debiendo examinarse las consecuencias que para la técnica de los delitos de peligro, produce la mencionada pluralidad de bienes protegidos, por lo que habrá de realizarse el examen de su adecuación a las líneas de política criminal que reclama el mantenimiento de los principios garantistas del Derecho penal[163].

En la actualidad se acepta, de forma general, la legitimidad de la intervención penal en protección de bienes jurídicos de naturaleza colectiva por suponer una protección frente a nuevos riesgos para las sociedades modernas[164]. La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y, sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses dominantes de la sociedad actual. La autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales no excluye que, al tratarse de intereses predominantes en la sociedad, sólo podrán ser calificados como tales, y en consecuencia, legitimada la intervención penal para su protección, aquellos que sirvan al

[162] MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 25- 32, argumenta que el tráfico de drogas ataca la salud pública, en cuanto que la difusión de estas sustancias en la sociedad puede poner en peligro la salud de un número indeterminado de personas, introduciendo unas condiciones favorecedoras de una posible lesión a la salud de la colectividad. Así, lo importante es el posible menoscabo de la salud colectiva, en cuanto bien social y por tanto de carácter colectivo, y no la posible lesión de la salud personal.

[163] MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos*, op. cit. p. 8.

[164] PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación*, op. cit. pp. 232-233, sostiene que en el caso de los bienes jurídico-penales supraindividuales también será necesario recurrir al concepto de daño con el fin de limitar el ámbito moralmente justificado de las prohibiciones jurídicas. Considera, con acierto, este autor que generalmente esto no se reconoce, y que *"contribuye de un modo importante a una expansión moralmente injustificada de las prohibiciones jurídicas, bajo la excusa de proteger bienes jurídicos supraindividuales"*.

mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que conforman la sociedad[165].

La legitimidad de la protección penal de bienes jurídico-penales de naturaleza colectiva debe tener como presupuesto indispensable la existencia de un referente individual, en el sentido de que la protección del bien jurídico-penal supraindividual sirva para el libre desarrollo de la persona como ser social. Se trataría de eludir las críticas sobre la indeterminación y naturaleza formal de estos delitos mediante la exigencia de un referente individual de la concreción de la conducta típica, concurriendo todos los elementos típicos. El hecho de que el legislador penal no se encuentre obligado a legislar siguiendo las limitaciones marcadas por la dogmática penal provoca que, en ocasiones, nos encontremos con tipos penales sin bien jurídico protegido, lo que trasciende de la mera dogmática para llegar a violar bases constitucionales del sistema penal[166].

Desde una perspectiva político-criminal, democrática y garantista, la Doctrina no debería utilizar sus construcciones jurídicas para justificar las anomalías dogmáticas del legislador, sino que debería declarar, cuando

[165] CORCOY BIDASOLO, *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos*, en Libro homenaje a Cerezo Mir, 2002, p. 39. En este sentido indica SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, 2000, pp.39-40, que conviene recordar que a lo largo de la historia los bienes jurídicos han acompañado los cambios de la realidad social. A modo de ejemplo, el patrimonio, las relaciones sexuales, la vida han traducido en el ámbito del Derecho penal los diferentes conflictos, concepciones e intereses existentes en cada momento histórico sobre los mismos. El legislador de los Estados sociales en las dos últimas décadas, con resultados poco convincentes, han optado por prescindir de los principios fundamentadores del Derecho penal a la hora de proteger los bienes jurídicos colectivos hasta el punto de cuestionarse la categoría misma del bien jurídico o pretender sustituirla por otras, optando así por un Derecho penal eficaz, en detrimento de un Derecho penal garantista. Abandonar los principios fundamentales del Derecho penal en aras de la consecución del progreso social, cultural o económico mediante el incremento de los bienes jurídico-penales es una falacia. El papel del derecho penal debe ser secundario y modesto, el camino a seguir para la consecución de ese "*algo mejor que el Derecho penal"* no es el abuso de los bienes jurídicos colectivos.
[166] CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, op. cit. pp. 372-373.

así procediera, que algunos tipos infringen claramente los principios limitadores construidos dogmáticamente como esenciales para un Derecho penal democrático y garantista. La función de la Doctrina penal no es disfrazar tras categorías dogmáticas tipos penales que son contrarios a los principios de nuestro sistema penal, sino, más bien, explicar y fundamentar el por qué esos tipos penales son contrarios al sistema penal, autoritarios e inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico[167].

El Estado, en su dimensión social-intervencionista, trata de garantizar el disfrute de determinados bienes jurídicos a todos sus ciudadanos. Por un lado, se encuentran los que se identifican con la propia naturaleza humana, es decir, los que pertenecen a toda persona de forma individual[168], y por otro, aquellos que son el resultado del desarrollo social y de la asociación civil, es decir, aquellos que surgen del hecho de vivir en sociedad. Por tanto, podemos distinguir entre delitos que atentan contra los individuos y delitos contra *el bienestar común*[169]. En este segundo bloque es donde se debería ubicar la salud pública, como objeto de protección por el delito de tráfico de drogas[170].

[167] CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico*, op. cit. p. 97.
[168] La visión personalista del bien jurídico estaba más acentuada en sus orígenes, así ya en el *Second Treatise of Government* de LOCKE, del año 1.690, ya se establece que el Estado no tiene otra función que servir al bienestar del individuo, siendo el objetivo principal por el cual los seres humanos se agrupan en un Estado para procurar la protección reciproca de su vida, sus libertades y su patrimonio. Como señala STRATENWERTH, La criminalización en los delitos contra bienes colectivos, en HEFENDEHL, *La teoría*, op. cit. p. 366, en el momento de su origen, esas eran las intenciones de aquéllos que las crearon, incluso con la aparición de los bienes jurídicos colectivos como consecuencia del nacimiento de las sociedades modernas se mantiene esta visión personalista del bien jurídico, en el sentido que los bienes jurídicos colectivos se presentan como presupuestos para la satisfacción de necesidades individuales, es decir, se ha de tratar de que los bienes jurídicos colectivos puedan ser funcionales siempre a partir del individuo.
[169] BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, 2010, p.58.
[170] En este sentido, indica ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, 1.976, op. cit. p. 133, que: "*la referencia del peligro a los bienes jurídicos ha de tener en cuenta si los objetos de esa referencia son homogéneos. No puede entenderse igual el peligro referido a un bien jurídico que requiere una base material que el referido a bienes jurídicos institucionales o sin base material.*"

Si bien existe la necesidad de que el Estado trate de proteger ciertos bienes jurídicos de naturaleza colectiva, la dificultad para precisar la lesión o puesta en peligro de éstos resulta un grave problema dogmático-penal. Debería ser un postulado irrenunciable de política criminal la necesidad de establecer descripciones firmes y concretas del bien lesionado y el modo en que resulta típicamente menoscabado. De esta forma se evitarían abstracciones y vaguedades, lo que parece complicado cuando se trata de proteger bienes jurídico-penales colectivos caracterizados por su naturaleza inmaterial. A medida que el bien pierde vinculación a un soporte empírico, resulta más complejo precisar y fijar la producción de la lesión[171].

2.2.3. Protección jurídico-penal de la salud pública a través de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto

El legislador penal recurre a la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo, como la salud pública. Con ello, pone en evidencia los postulados garantistas que deben presidir la legislación penal en países democráticos. A la pregunta de si los delitos de peligro abstracto son legítimos o no, ROXIN señala que no puede afirmarse o negarse de forma global, sino solamente investigando, analizando y valorando político-criminalmente las puestas en peligro para un concreto bien jurídico que parten de una conducta determinada[172].

---

[171] MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos*, op. cit. p. 36. En este sentido señala DOVAL PAIS, *Los delitos*, op. cit. pp. 260-263, que es posible hablar de lesión de bienes jurídicos inmateriales (como el honor) y de otros bienes jurídicos que, aunque puedan ser vistos como materiales, carecen de una representación corpórea (como, por ejemplo, la salud pública entendida como *"un conjunto de condiciones que posibilitan la salud individual").* No parece que sea posible encontrar conductas que supongan solamente un peligro y no una lesión del bien jurídico así definido. Y, sin embargo, se habla de ellos como delitos de peligro. ¿Qué clase de peligro representan, entonces, sus conductas? En opinión de este autor esta paradoja proviene de cómo se configura el bien jurídico protegido más que del modo que se entienda la lesión o el peligro.

[172] ROXIN, *Dogmática penal*, op. cit. p.28. En este sentido MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2002, p. 487, refiriéndose a los delitos de peligro

El creciente recurso a la incriminación de ataques a bienes jurídicos colectivos recurriendo a la técnica de los delitos de peligro abstracto ha provocado muchos reparos en la doctrina penal, referidos tanto a la legitimidad de esta clase de delitos de peligro, como a concretos problemas dogmáticos como son los principios de atribución tradicionales en el Derecho penal en campos como la autoría, participación, causalidad, dolo e imprudencia[173]. Con esta tendencia el Derecho penal se convierte en un instrumento en manos del legislador con el que pretende resolver los grandes problemas sociales o estatales, sin reparar en que el Derecho penal existente en un Estado democrático debe ser, en todo caso, de naturaleza garantista[174].

La utilización de los delitos de peligro abstracto también supone una cierta disolución del concepto de bien jurídico-penal, pues ya no se trata de proteger intereses humanos concretos, sino más bien de proteger

abstracto consistentes en acciones en masa y delitos basados en estándares de conducta, argumenta que*:"… la infracción constituirá un injusto en principio punible, sólo si en el momento de la acción se da un riesgo objetivo ex ante para el bien jurídico protegido; en cambio no bastará la mera infracción,…, sino que habrán de entrar en consideración otros elementos, además de éste, para determinar que en caso individual, efectivamente, se superó el nivel de riesgo tolerable."*

[173] MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos*, op. cit. p. 3.

[174] En este sentido MENDOZA BUERGO, *Los límites*, op. cit. p. 493, apunta que, partiendo de los presupuestos básicos de imputación de responsabilidad penal, resulta preferible hacer excepciones a las reglas y permitir la intervención penal y la atribución de responsabilidad en estos casos, pero con ellos corremos el riesgo de menoscabar los caracteres esenciales de un derecho penal garantista propio de un Estado de Derecho. En esa misma línea interpretativa, SANCHEZ GARCIA DE PAZ, La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea, en *El nuevo Derecho penal Español. Estudio penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 693-694, considera que los delitos de peligro abstracto representan el instrumento principal para realizar una tutela penal anticipada, siendo utilizados para cumplir funciones preventivas relacionadas con bienes jurídico-penales de naturaleza colectiva como la salud pública. Precisamente, en ocasiones, se recurre a ellos con el fin de facilitar la imputación del delito, evitando, de esta manera, los problemas de prueba de la lesión del bien jurídico. En contra, resulta especialmente significativa la argumentación de TERRADILLOS BASOCO, Peligro abstracto y garantías penales, en *El nuevo Derecho penal español. Estudio penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 814-815, cuando afirma que de nada sirve la *"tenaz oposición"* a la admisión de delitos de peligro abstracto si se termina por preconizar la construcción de tipos de lesión a bienes genéricos sin contenido material. Por ello parece procedente el recurso a los tipos de peligro abstracto siempre que no sea posible la protección del bien jurídico-penal último mediante un tipo de lesión. Ahora bien, lo anterior no quiere decir que deba imponerse una interpretación de las normas penales que sea capaz de otorgar la máxima relevancia a las garantías propias del Derecho penal democrático mediante la enfatización de la necesidad de un juicio de desvalor sobre el resultado, e intensificando las consecuencias de la proclamación del principio de lesividad.

intereses sociales como lo sería, por ejemplo, la salud pública. De ello derivan problemas para el principio de lesividad, dado que el castigar una conducta como peligrosa puede implicar la punición de supuestos en los que no esté presente de modo efectivo el peligro. Por ello, en ocasiones, se denomina a estos delitos de *peligro presunto*. Si prescindimos de verificar el peligro, estableciendo una simple presunción de Derecho, se está incurriendo en el riesgo de incriminar únicamente la desobediencia[175].

Resulta importante deslindar los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro presunto, en este sentido, ya la STS 1236/1993, de 29 de mayo, sostenía que no hay que confundir el peligro abstracto con el peligro presunto, pues ello vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia. El peligro debe tener cierta potencialidad de daño, consecuentemente el peligro abstracto supone que no están concretados o determinados los sujetos cuya salud puede verse afectada por el comportamiento típico. No obstante, en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no puede faltar la posibilidad remota de daño[176].

En consecuencia, si en el caso concreto puede excluirse que no existe peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el

[175] MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos*, op. cit. p. 7. En la misma línea también ESCRIVA GREGORI, *La puesta en*, op. cit. p. 131, sostiene que se trata de casos en los que no se especifica la exigencia de peligro en el tipo ni se recurre a la fórmula de la aptitud para la producción del daño, sino que simplemente se castigan ciertas conductas en base al riesgo que en sí comportan, contentándose el tipo con la mera descripción del obrar prohibido. En el mismo sentido la STS 342/1993, de 22 de febrero, argumenta que la simple desobediencia formal a la norma no es suficiente, dado que el tal caso se debería considerar como un delito de mera actividad; pero el delito no sólo contiene la desobediencia a la Ley, sino el ataque a un bien jurídico mediante una acción que ponga en peligro a personas, bienes o instituciones. En un sentido similar, vid. STS 445/2006, de 24 de abril, y STS 444/2005, de 11 abril.

[176] Esta resolución judicial señalaba que para la contemplación del peligro abstracto y distinguirlo así del peligro presunto se deberá exigir que tal peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico-penal salud pública se encuentre realmente presente en la acción para que ésta incluya en sí el contenido de antijuridicidad penal y la adecuación al tipo necesario para su ilicitud penal.

componente de antijuridicidad del acto. Si no fuera así, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia, y por tanto, sin contenido material de antijuridicidad, lo que resultaría incompatible con un Derecho penal sometido las reglas establecidas en la CE[177].

No tiene sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad resulta inexistente desde el primer momento. En los delitos de peligro abstracto no se exige un resultado de proximidad de una lesión de un bien jurídico en concreto, sino que basta la simple peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano[178].

[177] STS 662/1993, de 25 de marzo. También la STS 335/1993, de 22 de febrero, argumenta que la simple desobediencia formal a la norma no es suficiente, dado que el tal caso se debería considerar como un delito de mera actividad; pero el delito no sólo contiene la desobediencia a la Ley, sino el ataque a un bien jurídico mediante una acción que ponga en peligro a personas, bienes o instituciones. Siguiendo la misma línea interpretativa vid. STS 442/2005, de 11 abril, y STS 456/2006, de 24 de abril.

[178] MIR PUIG, *Parte General,* op. cit. p. 234. En este sentido, afirma ALONSO ALAMO, *¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico-penal*. Principio de precaución y derecho punitivo del Estado, pp. 131-132, que con la incriminación de conductas de peligro abstracto se trata de prevenir males mayores y proteger bienes jurídicos, pero la incertidumbre que concurre en estos supuestos introduce un nuevo elemento de naturaleza subjetiva que confiere al peligro incierto su especificidad. Este componente subjetivo es el miedo que hace ver en el peligro incierto la posibilidad de daños catastróficos. La incertidumbre, el riesgo y el miedo a ello asociado deberían ser abordados en el ámbito del Derecho administrativo con medidas preventivas. El miedo ante la inseguridad no fundamenta la intervención del Derecho penal, pues éste se extiende de forma injustificada cuando se antepone la seguridad a la libertad. Con argumentos parecidos, SEQUEROS SAZATORNIL, *Comentarios al Código Penal*, 2011, p. 1399, sostiene que dentro de los delitos de peligro abstracto se incluyen claramente los delitos contra la salud pública, y en concreto el delito de tráfico de drogas. En este delito se produce un adelantamiento de las barreras de contención, pues es suficiente que se realice la conducta prevista como peligrosa por el tipo, sin necesidad que surja una situación de riesgo concreto para el bien jurídico-penal. Por tanto, en este delito *"el tipo penal se cumplimenta con la sola existencia de una amenaza indeterminada de futura lesión, sin necesidad que se derive de ella un resultado lesivo concreto; por lo que basta con que el acto realizado sea susceptible de generar aquella situación conflictiva de trance para la salud colectiva"*. Así también en el sentido de conferir naturaleza de delito de peligro abstracto al delito de tráfico de droga, FERNANDEZ PANTOJA, *Comentarios al Código Penal*, 2008, pp. 299-300, hace notar que, al tratarse de un delito de peligro abstracto y de mera actividad, *"la consumación del mismo se producirá sin que sea necesario que la droga llegue a entrar en el mercado ni que llegue al contacto directo con las personas"*. También en la misma línea argumentativa SANCHEZ MELGAR, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 2010, p. 2397, señala que el delito de tráfico de drogas es un ilícito de peligro de abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, en consecuencia la infracción se consumará con la mera ejecución de alguna de las

Puede resultar erróneo justificar el recurso a las estructuras típicas de peligro abstracto sobre la base de que no es determinable la lesión de los bienes jurídicos colectivos, por tratarse de objetos ideales. Se parte de que el peligro es el estadio previo a la lesión y que el adelantamiento de la tutela a través de esta técnica sólo tiene sentido para evitar la posible lesión del bien jurídico. En consecuencia, si la lesión no resulta determinable, difícilmente lo será la efectiva puesta en peligro del bien jurídico (peligro concreto) o la peligrosidad general de una acción (peligro abstracto[179]).

La razón de la incriminación de las conductas relacionadas con las sustancias psicoactivas ilegales podría estar en que, si bien cada una de ellas, consideradas individualmente, resulta intranscendente para el Derecho penal, de la suma de todas ellas sí podría resultar cierto menoscabo para los bienes jurídicos colectivos como la salud pública[180]. Es decir, en esta clase de delitos se prohíben acciones, las cuales contribuyen en una pequeña proporción a la lesión del bien jurídico. Las *"contribuciones cumulativas"* ponen de manifiesto que los bienes jurídicos colectivos deberían ser objeto de otra protección, o que sería más razonable

acciones contenidas en el tipo penal, resultando indiferente, a efectos de calificación, la eventual lesión o perturbación física o psíquica del usuario final de la sustancia. Sigue la misma postura ACALE SANCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, 2007, p. 812, indica que los delitos de tráfico de drogas tienden a proteger la salud pública mediante el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto, pues bastará la puesta en circulación de las sustancia psicoactivas ilegales para consumar el delito, con independencia de que cualquier usuario vea afectada su salud individual.

[179] SOTO NAVARRO, *La protección penal*, op. cit. p. 178. En cuanto a las formas de aparición del delito de tráfico de drogas, argumentan BOIX REIG y JAREÑO LEAL, *Comentarios al Código Penal* de 1995, 1996, p. 1692, que, al tratarse de un delito de peligro abstracto y mera actividad, se va a dificultar la aparición en la práctica de actos preparatorios debido al adelantamiento de las barreras punitivas, no obstante, teóricamente cabría la posibilidad de articular la tentativa, es decir, habrá supuestos en los que serán posibles las formas imperfectas de ejecución.

[180] SANTANA VEGA, *La protección penal* op. cit. p. 168. En relación a estos delitos por acumulación señala MENDOZA BUERGO, *Los límites*, op. cit. pp. 491-492, que si al autor concreto se le imputa ese injusto sólo en la medida en que se tienen en cuenta las conductas de otros que, aisladamente consideradas, también son inofensivas, el injusto no se está atribuyendo por la propia conducta, sino por la de terceros. Considerar, por tanto, que en estos casos se pueda fundamentar la existencia de un injusto relevante penalmente es absolutamente rechazable desde los parámetros que se consideran necesarios y deseables para la construcción del injusto.

renunciar completamente a la misma. La transformación del Derecho penal en un Derecho penal del peligro[181] supone que:

1º) El Derecho penal no espera ya la producción de resultados socialmente lesivos, sino que se orienta al desvalor de la acción y busca con la amenaza de la sanción penal contener comportamientos que considera socialmente peligrosos. Es los que sucede en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, en lo que el legislador ha entendido necesario reprimir penalmente la difusión de sustancias psicoactivas prohibidas por el peligro que se puede derivar de su uso y/o abuso para la salud de la colectividad.

2º) Al haber cada vez más riesgos en la sociedad, se asume por el Derecho penal una gran demanda de regulación penal la cual, en el seno de una actividad política agitada, se traduce en una conformación jurídica cada vez más defectuosa de las decisiones políticas, desembocando en la desintegración del Derecho penal[182].

[181] SANTANA VEGA, *La protección penal*, op. cit. pp. 170 y ss. En relación también a los delitos acumulativos, y desde la perspectiva del principio de culpabilidad, sostiene MENDOZA BUERGO, *Los límites*, op. cit. pp. 493-494, que sólo podemos hacer responsable al sujeto por su propia conducta antijurídica, es decir, esta construcción resulta ajena a los presupuestos básicos de imputación de responsabilidad penal. Lo importante es reconocer que se está abriendo ese portillo de las excepciones y ser consciente a donde nos puede conducir, en su opinión, tales excepciones no pueden admitirse con carácter general y resulta preferible acudir en estos casos a intervenciones no estrictamente penales, no sólo porque resulta fundamental garantizar las propias reglas del sistema, sino también porque el Derecho penal no puede ser el que aporte las soluciones verdaderamente efectivas , aun distorsionando y deformando sus principios y estructuras de imputación. A este respecto, considera CORCOY BIDASOLO, *Límites objetivos*, op. cit. pp. 41-42, que es discutible considerar que la falta de lesividad de estas modalidades delictivas proviene de que son *"delitos de acumulación"*, porque sólo representan un peligro relevante cuando se repiten. En opinión de esta autora, excepto en el homicidio, podemos afirmar que para la destrucción del bien jurídico-penal también es necesaria la repetición de conductas de esta clase, ¿es que siempre que se lesiona a una persona pierde esta su salud?, lo que sucede es que la lesión del bien jurídico, tanto en delitos que protegen bienes jurídicos individuales como supraindividuales, no implica la destrucción del bien jurídico-penal sino su afectación.

[182] En este sentido, afirma ALONSO ÁLAMO, *¿Gestión del riesgo?*, op. cit. p. 147, que resultaría necesario buscar un equilibrio adecuado entre *"la correcta atención a los miedos públicos y la evitación de miedos irracionales"*, si bien tal búsqueda no puede situarse en el ámbito del Derecho penal, sino más bien en el Derecho administrativo sancionador.

3º) Sería improcedente que el Derecho penal se utilizara por la política como un instrumento de su realización, dando lugar a un proceso de politización interna del Derecho penal. La supresión del peligro social es una oferta lucrativa en el mercado político y una oferta de este tipo depende tanto de la demanda social como de la aceptación de esta oferta, porque hace surgir más demanda. La inseguridad y las necesidades de seguridad de la sociedad ponen en peligro al Derecho penal si continua avanzando en el adelantamiento de la protección de bienes jurídicos[183].

4º) Un Derecho penal del peligro acaba liberándose de sus fronteras y se dirige al proyecto de un Estado asegurador del bienestar por medio del Derecho penal, el cual se pone al servicio de la Política social interna por medio de la violencia. Pero el riesgo es algo histórico-social, por lo que no puede ser adoptado fácilmente como categoría de conocimiento por el Derecho penal. Efectivamente, en el delito de tráfico de drogas, ese *"peligro"* que se considera por el legislador que supone la circulación de ciertas sustancias psicoactivas tiene su origen en una política-criminal concreta que se da en un momento histórico determinado.

En definitiva, el Derecho penal del riesgo, traducido en un Derecho penal de peligro abstracto, supone que cada vez se confunde con mayor

[183] En este sentido, argumenta ALONSO ÁLAMO, *¿Gestión del riesgo?*, op. cit. p. 148, que el miedo público, en situaciones de incertidumbre, no debería interferir en la decisión del legislador relativa a criminalizar o no un determinado comportamiento. Por mucho que este se perciba como peligroso o incluso como muy peligroso, un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos no debe prohibir acciones cuya peligrosidad sólo se sospecha o se teme y debe abstenerse de proteger el miedo y de dar entrada, de forma espuria, a bienes jurídicos aparentes como el sentimiento de seguridad. En ese sentido, y concretamente en cuanto a la posible incompatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad, BARBERO SANTOS, *"Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto"*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, Volumen 26, 1973, p. 493, sostiene que tal incongruencia de los delitos de peligro abstracto con el principio de legalidad puede llegar a producirse si se niega la posibilidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la norma pretende evitar. Consecuentemente, si la acción típica resulta inidónea, en este sentido, o el peligro no subsiste, no cabe hablar de conducta peligrosa.

frecuencia la legislación penal con la política interna. Para tal cometido no hay fórmula más efectiva que los delitos de peligro abstracto, ya que otorgan una mayor flexibilidad para así permitir la cómoda punición de bienes jurídicos configurados vagamente[184].

La técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto ha ido evolucionando en los últimos años como una especie de *"cajón desastre"* donde se guardan todos aquellos casos que no es posible determinar claramente cuando un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta, lo cual no supone una construcción dogmática atinada. La aplicación de los delitos de peligro abstracto debería quedar reservada para tipificar las conductas que supongan riesgos latentes contra bienes jurídicos de primer orden, como por ejemplo, riesgos para la integridad corporal y la vida[185].

Este tipo de ampliaciones del ámbito de lo punible para la protección de bienes jurídicos colectivos frente al peligro abstracto pueden dejar sin contenido la pretensión de ver en el bien jurídico-penal un límite al legislador. Si además se trata de bienes jurídicos colectivos-penales aparentes, como es el caso de la salud pública, que se protege frente a comportamientos considerados como peligrosos de forma abstracta, se

[184] SANTANA VEGA, *La protección*, op. cit. p. 173. En este sentido, sostiene MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 33, que: *"Aparte de la dificultad de aprehensión de un concepto de bien jurídico (cuya principal virtualidad debería de ser la constitución de un criterio de delimitación garantista respecto al poder legislativo) que se está refiriendo a intereses o relaciones sociales tan amplias, es cierto que la formulación actual de bienes jurídicos colectivos a través de formulas generales, vagas y enormemente confusas, no deja ninguna posibilidad de realizar un análisis crítico y permite la inclusión y justificación de casi cualquier tipo de conducta y su calificación como delictiva"*.

[185] HEFENDEHL, *¿Debe ocuparse?*, op. cit. pp. 152-153.

produce una vulneración de los principios rectores de la intervención penal[186].

En el delito de tráfico de drogas confluyen dos circunstancias que determinan su naturaleza jurídica: por un lado, en apariencia, se protege un bien jurídico de naturaleza colectiva y de carácter difuso, como es la llamada *"salud pública"*. Por otro, si atendemos a la formulación del artículo 368 del CP, se observa que en la descripción de la conducta típica no se exige la lesión de dicho bien jurídico-penal, ni tan siquiera se exige una concreta puesta en peligro de éste. En consecuencia, estamos ante un delito de peligro abstracto, en el que no resulta exigible la causación de un efectivo y concreto peligro para el bien jurídico-penal protegido[187].

No obstante, para ser relevante jurídico-penalmente, se exige que el peligro tenga cierta potencialidad de producir un daño, por lo que con la expresión *"peligro abstracto"*[188] se quiere decir que en el momento de la consumación del delito, la cual, por su propia configuración típica se realizará de forma anticipada, no están determinadas las personas que se

[186] ALONSO ALAMO, *¿Gestión del riesgo,* op. cit. pp. 125-126.
[187] Como explica MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos*, op. cit. pp. 19-20, en los delitos de peligro abstracto se determina la peligrosidad de la conducta típica mediante una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente peligrosos para el bien jurídico. Además, al considerarse que la peligrosidad no es un elemento del tipo, se concluye que no sólo no es necesario probar si se ha producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino que ni siquiera confirmar el peligro de la conducta en el caso individual, ya que la peligrosidad de la conducta viene preestablecida por el legislador.
[188] En relación a la terminología utilizada en la expresión *"peligro abstracto"*, *Idem*, pp. 34-35, afirma que la puesta en peligro sólo puede ser concreta, dado que, si hay puesta en peligro, ésta no puede ser abstracta, pues tal expresión hace referencia a una situación o estado concreto en la que algo entra en el radio de eficacia de una fuente de peligro. Así, la denominación peligro abstracto no resulta adecuada para hacer referencia a una categoría de delitos que engloba distintos subgrupos de delitos que presentan diferencias significativas que no facilitan una denominación unitaria. Esta autora propone designar esta categoría, en la que no se requiere la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido, como *delitos de peligrosidad.* También en cuanto a la terminología ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro*, op. cit. p.133, prefiere distinguir entre peligro explícito y peligro implícito en el tipo, de modo que los llamados delitos de peligro abstracto o presunto se convertirían en delitos pertenecientes al ámbito de su concepto antónimo (concreto o efectivo) al tener que inferir el peligro de la conducta misma.

van a ver afectadas en su salud. Pero lo que no puede faltar, en todo caso, es la existencia de cierta posibilidad de daño, aunque sea remota, pues en caso contrario, faltaría la antijuridicidad material del acto, y lo que está configurado por el legislador como un delito de peligro abstracto se trasformaría en un delito de mera desobediencia[189].

Los delitos contra la salud pública se caracterizan por la ausencia de resultado y la falta de intención de ocasionarlo. La tipificación de estos delitos surge de la necesidad de proteger el bien jurídico salud de las personas frente a los riesgos derivados de conductas que suponen tan sólo un peligro, de esta forma se adelanta la utilización del Derecho penal sin esperar a la lesión. Se trata de aplicar una técnica de protección diferente de aquella que se utiliza cuando lo que se persigue es la protección del mismo bien jurídico (salud de las personas) frente a otra clase de agresiones[190].

La configuración del delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto tiene en la práctica importantes consecuencias[191]:

[189] ACALE SANCHEZ, *Salud pública*, op. cit. p. 28. En este punto, sostiene CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, op. cit. pp. 230-231, refriéndose al delito de tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes, que se trata de un delito de peligro abstracto, siendo un requisito indispensable que exista una conducta peligrosa, *ex ante y ex post*, lo que supone, que no es válido un concepto formal de droga, es decir su inclusión en las listas internacionales, dado que para que cualquiera de los bienes jurídicos resulte lesionado es imprescindible que la sustancia sea nociva, efectivamente, para la salud.

[190] DOVAL PAIS, *Los delitos*, op. cit. p. 267, señala que la puesta en peligro de la salud es tratada desde una perspectiva valorativa porque se toma en consideración únicamente en su aspecto de afección al bien jurídico-penal protegido salud pública, sin atender al modo en que se concreta en los tipos correspondientes.

[191] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 44-45, sostiene que en el delito de tráfico de drogas se protegen dos bienes jurídicos que mantienen una relación de progresividad: inmediatamente la salud pública y mediatamente la salud individual. En cuanto a la distinción entre peligro abstracto y concreto. Por su parte, ESCRIVA GREGORI, *La puesta en*, op. cit. p. 69, argumenta que, en el concreto la exigencia del peligro suele venir determinada en el propio tipo, como elemento del mismo, mientras que en el abstracto el peligro constituye el motivo mismo de su introducción por el legislador, pero en el tipo no aparece la exigencia de un peligro como elemento típico. Una de las consecuencias prácticas de tal distinción, será que en los delitos de peligro abstracto no se exigirá una comprobación del peligro por parte del juez, mientras que tal comprobación se hace necesaria en los delitos de peligro concreto.

a) El delito se consumará de forma anticipada sin necesidad que existan por el autor actuaciones dirigidas a la difusión o al tráfico, siendo suficiente la posesión de la sustancia psicoactiva ilegal.

b) Los actos preparatorios y las formas imperfectas de ejecución resultarán de difícil admisión.

c) Será necesaria la exigencia de un verdadero peligro, es decir, cuando pueda excluirse ex-ante el peligro efectivo para la salud de la colectividad, ausente el componente de antijuridicidad material del hecho no existirá adecuación al tipo, pues de otro modo, pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia.

La distinción fundamental entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto, radica en el diferente grado de intensidad de la amenaza de lesión que sufre el bien jurídico por la conducta típica, y tiene especial trascendencia en los delitos de tráfico de drogas. En los delitos de peligro concreto la intervención penal sólo tendrá lugar cuando la conducta suponga un riesgo próximo de lesión del bien jurídico protegido. En los delitos de peligro abstracto se pone de manifiesto la peligrosidad general de determinadas conductas para el bien jurídico, siendo suficiente realizar la acción típica descrita por el legislador para consumar el delito. Aunque se exige que el comportamiento delictivo sea peligroso de forma indiciaria, no se exigirá que tal comportamiento provoque un auténtico y concreto peligro. De ahí que se diga que en estos delitos el peligro no constituye un elemento del tipo, sino el motivo que ha llevado al legislador a tipificar esta clase de conductas, tratándose, por tanto, de delitos de mera

actividad en los que el peligro se declara con anterioridad, teniendo por peligrosas todas las acciones descritas en el tipo penal[192].

La utilización de tipos penales de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos-penales colectivos de naturaleza amplia y difusa, como es la salud pública, en los que resulta complicado concebir la posibilidad de lesión, compromete seriamente el principio de ofensividad, pues únicamente se cumple éste si el bien jurídico-penal protegido puede resultar afectado. Es decir, si la lesión a un determinado bien jurídico-penal no es determinable, mucho menos lo será el peligro, pues si el peligro es el estado previo de la lesión, únicamente podrá crearse un peligro si la lesión es posible y determinada, de otro modo, el concepto de peligro carece de sentido[193].

[192] DOVAL PAIS, *Los delitos*, op. cit. pp. 330-341, resalta que, sobre todo en la jurisprudencia, se ha venido imponiendo la exigencia de cierta idoneidad de las conductas para dar lugar a la puesta en peligro del bien jurídico-penal protegido salud pública, lo que es tanto como volver a recordar los postulados más elementales de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Para no caer en el error de castigar penalmente situaciones de peligro presunto será deseable la exigencia de la existencia de una autentica aptitud lesiva de la acción en estos delitos, es decir, que exista la posibilidad de que la conducta lesione el bien jurídico protegido. En ese mismo sentido, señala JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 45-46, que la jurisprudencia relativa al delito de tráfico de drogas entiende que al ser un delito de peligro abstracto es forzosamente un delito de mera actividad, dado que el tipo queda realizado con la mera realización de la conducta típica sin la exigencia de resultado lesivo para su consumación, resultando, por tanto, delitos de mera actividad peligrosa. Si el tipo, en cambio, no se agota en la realización de una conducta, sino que exige la producción de un resultado material posterior separado espacio-temporalmente de la conducta, estaremos frente un delito de resultado. También en cuanto a la distinción entre peligro abstracto y presunto en relación al delito de tráfico de drogas, hace notar ACALE SANCHEZ *Salud pública*, op. cit. p. 27, que la diferencia no está en el propio concepto de peligro sino en la técnica de formulación del tipo: se estará ante un delito de peligro concreto cuando sea el propio bien jurídico-penal el que se ponga en situación de proximidad de lesión. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, lo que cambia es el referente que ya no es el bien jurídico en sí mismo considerado sino su propia seguridad.

[193] MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos*, op. cit. p. 43, sostiene que es erróneo considerar que lo más eficaz es la creación de delitos de peligro abstracto porque la lesión no es determinable llevando a sus extremos el principio de eficacia. Siendo, por tanto, conveniente afinar la técnica legislativa creando tipos de lesión también en relación a bienes jurídicos colectivos o bien crear tipos de peligro concreto en el caso que se considere necesario adelantar la tutela penal. *Idem*, pp. 160-161. En un sentido parecido, argumenta MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, op. cit. pp. 85-86, que ante la presencia de un bien personal la conducta resulta mucho más visible y precisa. Sin embargo, ante los bienes jurídicos colectivos de naturaleza inmaterial el comportamiento relevante para el Derecho penal se encuentra en estadios anteriores a la lesión del bien jurídico supraindividual, donde sólo cabe hablar de peligro para dicho bien. Por tanto, el momento de intervención del Derecho penal se adelanta viéndose perjudicado el principio de intervención mínima pues la relevancia penal del comportamiento comienza en estadios muy alejados de la real perturbación del bien jurídico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo, desde hace décadas, que el precepto regulado en el art. 368 del CP es un delito de peligro abstracto. Así, ya la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, ya establecía:

"Es un delito de peligro abstracto, para cuya tipicidad no es necesario poner en concreto peligro ni lesionar el bien jurídico protegido. Basta con una abstracta adecuación de la conducta al peligro, sin necesidad de que se concrete. La salud pública es sólo el motivo legislativo, pero no un presupuesto de la tipicidad"[194].

En la actualidad se sigue considerando por la jurisprudencia al delito de tráfico de drogas, como un delito de peligro abstracto, cuyo fundamento de punibilidad es la peligrosidad general, independiente del caso concreto, sin exigir que el bien objeto de protección sufra un peligro real. Ello permite que estos delitos sean formulados de forma tal que la acción tenga una determinada aptitud generadora de peligro[195].

[194] STS 1377/1997, de 17 de noviembre de 1997. Especialmente significativa resulta, en este sentido, la STS 1442/2002, de 14 de septiembre, al indicar que: *"Cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no solo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino incluso la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración."*

[195] STS 409/2013, de 21 de mayo. Fundamento de Derecho Segundo. En el mismo sentido STS 822/2012, de 31 de octubre, establece que*: "se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere evitar atacando, precisamente, toda manifestación individual de comportamiento que acumulativamente llegarían a poner en peligro real la salud de muchas personas. Es por tal que conductas cuya peligrosidad individual solo tienen carácter marginal, son también peligrosas para la vigencia de la norma, cuando se permite su generalización y acumulación."* En la misma línea, considerando al delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto se expresan, en otras muchas, las siguientes sentencias: STS 312/2005, de 7 de noviembre; STS 714/2005, de 15 de marzo; STS 1081/2003, de 21 de julio; STS 977/2003, de 4 de julio; SAP Barcelona (Sección 10ª) 126/2008, de 26 de febrero; SAP Madrid (Sección 23ª) 27/2008, de 22 de febrero; SAP Pontevedra (Sección 4ª) 137/2011, de 1 de septiembre; SAP Madrid (Sección 5ª) 21/2008, de 20 de febrero, y SAP Madrid (Sección 23ª) 103/2007, de 2 de octubre.

Por su parte, la STS 784/2007, de 2 de octubre, sostiene que la aplicación del subtipo agravado consistente en la introducción de drogas prohibidas en un Centro Penitenciario, que va a suponer una ampliación considerable de la pena, determina que la interpretación sea restrictiva, si no queremos desbordar el principio de proporcionalidad. De esta forma, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario debe encontrarse superpuesto al delito básico del artículo 368 CP. En esta superposición se parte de un tipo básico de peligro abstracto en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, por lo que se entiende que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, sino atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto[196].

Pone de manifiesto la citada resolución judicial que: "*En evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una infracción de peligro concreto,…, el subtipo se construiría añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto,…, so pena de vulnerar el principio de lesividad, en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular, a las que el legislador quiere proteger de forma especial[197]*".

[196] STS 784/2007, de 2 de octubre. Fundamento de Derecho Primero. En ese mismo sentido se expresan: STS 370/2007, de 23 de abril; STS 124/2007, de 8 de febrero; STS 668/2009, de 5 de junio; STS 142/2010, de 25 de febrero; STS 642/2009, de 7 de junio; STS 1569/2005, de 21 de noviembre; SAP Barcelona (Sección Segunda), de 9 de enero de 2012; SAP Barcelona (Sección Sexta), de 2 de noviembre de 2011; SAP Asturias (Sección Tercera) de 30 de marzo del 2012; SAP Córdoba (Sección Segunda) de 11 de marzo de 2011; y SAP Madrid (Sección 17ª), de 29 de octubre de 2009.

[197] STS 784/2007, de 2 de octubre. Fundamento de Derecho Primero. En ese mismo sentido se expresan: STS 370/2007, de 23 de abril; STS 124/2007, de 8 de febrero; STS 668/2009, de 5 de junio; STS 142/2010, de 25 de febrero; STS 642/2009, de 7 de junio; STS 1569/2005, de 21 de noviembre.

En definitiva, poner de manifiesto que la indeterminación de bienes jurídicos-penales colectivos, como la salud pública, es el origen de la dificultad existente al tratar de construir tipos con cierto contenido material de lesión. Resulta supuestamente más eficaz la tipificación de acciones consideradas como abstractamente peligrosas, lo que lleva al legislador al uso indiscriminado de los tipos de peligro abstracto, planteando así graves problemas dogmáticos que comprometen seriamente los principios garantistas propios de un Derecho penal democrático.

La utilización de tipos penales de peligro abstracto para tratar de otorgar una protección global y eficaz a bienes jurídicos tan importantes como la salud de las personas no puede justificar la violación de los principios fundamentales del Derecho penal, como el de *última ratio*, legalidad, ofensividad y culpabilidad, pues supone un sacrificio excesivo. Es decir, no es posible obviar, mediante razones político-criminales, las enormes deficiencias que se aprecian en la construcción de los tipos de peligro abstracto[198].

La protección de bienes jurídicos como la vida o la salud no debería llevarse a cabo frente a acciones de peligrosidad incierta ni tampoco frente tipos totalmente formalizados. El hecho de crear un bien jurídico irreal, aparente o institucionalizado, con la intención de legitimar las descripciones típicas, presentando las conductas como peligrosas para dicho *"bien jurídico aparente"* supondría una forma fraudulenta de mantener la apariencia de respeto a principios político-criminales

[198] MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos*, op. cit. pp. 157-163.

claramente vulnerados. Se trata de evitar la interpretación extensiva que suponen los delitos de peligro abstracto[199].

Además se plantea el problema de la desproporción existente entre la conducta individual y la naturaleza colectiva del bien jurídico, es decir, los tipos de peligro instrumentados para la protección de bienes jurídicos colectivos no llegan a reflejar el desvalor suficiente en la acción que llegue a justificar la incriminación. Frente a este problema, se esgrime como ventaja su eficacia[200], es decir, se argumenta que para construir un sistema penal eficaz, resulta necesario proteger bienes jurídicos-penales cuya seguridad sólo se garantiza mediante la incriminación de acciones peligrosas dirigidas contra éstos. Las razones de política criminal que tratan de justificar la utilización de los delitos de peligro son, en ocasiones, muy discutibles, resultando primordial determinar si el peligro, su estructura y clases pueden permitir la elaboración de tipos penales con el necesario grado de eficacia como para afrontar la regulación de ámbitos tan complicados como estos[201].

La importancia del bien jurídico-penal y, en muchas ocasiones, razones de eficacia, no pueden justificar la construcción de tipos penales que adelanten la intervención penal de forma que se comprometan los principios básicos del Derecho penal. Y en el caso concreto del delito de

[199] ALONSO ÁLAMO, *¿Gestión del riesgo*, op. cit. pp. 133-139.
[200] Resalta con acierto MATA y MARTIN, *Bienes jurídicos*, op. cit. pp. 77-78, que los partidarios del empleo de los delitos de peligro abstracto argumentan la mayor eficacia en la lucha contra estos comportamientos que de esta técnica legislativa parece obtenerse, planteándose una situación de tensión dialéctica entre la obtención de una mayor eficacia y el mantenimiento de la dimensión garantista del Derecho penal. Sin embargo, olvidan quienes así se manifiestan que no contemplar determinados comportamientos en la legislación penal no equivale a indiferencia del ordenamiento jurídico, pues éste tiene de otros medios para la persecución de los mismos, en ocasiones mucho más eficaces, como el derecho administrativo. Además, uno de los mayores riesgos que acechan al Derecho penal con convertirlo en un instrumento ineficaz y falto de autoridad es, precisamente, su exceso de tamaño.
[201] MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos*, op. cit. pp. 44-45.

tráfico de drogas, ni tan siquiera es posible argumentar motivos de eficacia en la tipificación de un delito de peligro abstracto como éste para procurar la protección de la salud pública. Si lo que pretendía el legislador con la penalización de conductas relacionadas con el tráfico de drogas era evitar la generalización del consumo de drogas ha conseguido el efecto contrario, resultando no sólo ineficaz, sino incluso contraproducente, como se pondrá de manifiesto en la parte III del presente trabajo.

2.3. Otros bienes jurídicos protegidos por el delito de tráfico de drogas

Como se ha puesto de manifiesto, la doctrina dominante y la mayoría de la jurisprudencia consideran que es la salud pública, con sus diferentes entendimientos el bien jurídico-penal protegido por el artículo 368 del CP. No obstante, y dada su naturaleza difusa e inmaterial, algunos autores han intentado vislumbrar la protección de otros intereses, distintos a la protección de la salud pública, en la incriminación de estas conductas.

Aunque la intervención penal en el mercado de las sustancias psicoactivas se justifica en la protección de la salud pública, dada la dificultad de establecer un concepto jurídico-penal como bien jurídico-penal independiente, se confunde, en ocasiones, con argumentos de orden público, seguridad ciudadana, el cumplimiento de los Tratados internacionales en la materia o incluso argumentos de carácter moralizante. Lo cierto es que con la actual política-criminal en la materia no se ha evitado el consumo masivo de sustancias psicoactivas prohibidas[202].

[202] CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico*, op. cit. pp. 27-28. En este sentido, apunta IGLESIAS SKULJ, "Delitos de contrabando". *Comentarios a la legislación penal especial*, 2012, pp.97-98, que en el delito de contrabando el bien jurídico protegido supera la mera salvaguarda de la Hacienda Pública para llegar

Cabe preguntarse, si lo que realmente se protege con la legislación penal en materia de tráfico de drogas son unos intereses económicos ocultos, que hacen que se mantenga la ilegalidad de las mismas[203]. En este punto, argumenta PRIETO RODRIGUEZ, refiriéndose a sustancias perjudiciales para la salud, no prohibidas penalmente como son el tabaco y el alcohol, que además de intereses económicos, la protección a la salud cede en este caso ante la aceptación social de aquellas sustancias socialmente aceptadas y ante su inevitable presencia[204].

Junto a la salud colectiva, se trata de proteger otra serie de intereses jurídicos distintos a ésta y que se relacionan también con el delito de difusión de sustancias psicoactivas prohibidas como son:

a) La libertad del consumidor

Hay autores que mantienen que el bien jurídico-penal protegido en la actual regulación del delito de tráfico de drogas es la libertad del consumidor, dado que la droga le esclaviza o puede hacerlo. Es decir, uno de los efectos que ejercen las sustancias tóxicas o estupefacientes sobre el organismo humano, como es la dependencia a estas sustancias, supone un

también a otros bienes jurídicos relativos a la seguridad, la salud pública o incluso la protección de marcos legales supranacionales. No siendo posible encontrar un bien jurídico común a todas las conductas de contrabando habrá que atender a cada descripción típica para determinar que se protege en cada una, si bien, cuando el objeto de contrabando sean sustancias psicoactivas prohibidas en estos supuestos se protege la salud pública, al igual que en el delito de tráfico de drogas.

[203] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op cit. p. 224.

[204] *Idem*, p. 212. Con similar argumentación, sostiene ACALE SANCHEZ, *Salud pública*, op. cit. p. 24, que la tipicidad de la circulación de determinadas drogas que causan igual daño a la salud que otras que son de curso legal pone de manifiesto cierta arbitrariedad pues deja de castigar la puesta en peligro de la salud pública a través de la circulación de tabaco o alcohol de cuyo tráfico se encarga el Estado nutriéndose con los impuestos que pagan los usuarios de tales sustancias. La arbitrariedad desaparecería si, a pesar de seguir castigando el tráfico o difusión de drogas, al menos se despenalizara el tráfico de drogas que causen el mismo o menor daño a la salud que las drogas tóxicas legales; de esta forma, se estaría protegiendo la salud de estos consumidores, evitándoles el tener que recurrir al mercado ilegal para abastecerse de sustancias de una calidad difícilmente controlable.

aminoramiento en la libre voluntad del drogodependiente. La adicción reúne las siguientes notas distintivas: deseo irrepetible de consumir droga y obtenerla de cualquier forma, tendencia a elevar la dosis, dependencia física y/o psíquica, capaz de provocar un síndrome de abstinencia en caso de falta de ingesta de la sustancia, y efectos perniciosos para la salud[205].

Una de las características de las drogas tóxicas es que éstas producen dependencia (física y/o psíquica), lo que puede anular o disminuir la voluntad del individuo. Pero ello, por sí solo, no constituye el interés a proteger, dado que la voluntad inicial de consumir suele ser libre. Además, sustancias no prohibidas penalmente como el tabaco y el alcohol también producen dependencia, por lo que, según esta teoría, también deberían quedar incluidas en la prohibición. Esta tesis viene a sostener que en estos delitos se protege la perdida de la autonomía personal del consumidor en relación a la salud, si bien no constituye el bien jurídico-penal protegido en estos delitos en la medida que la decisión primigenia de consumir suele ser libre, salvo los casos de menores o incapaces[206].

Por otra parte, cabría plantear si existe, realmente, un derecho al consumo de droga en España. Si el consumo de alcohol y tabaco resulta legal, cuando se sabe que pueden suponer una *"práctica social peligrosa para la comunidad"*, invocando para su justificación cuestiones de carácter social y cultural, ¿por qué no puede ser también legal el consumo de otras drogas? El respeto al libre desarrollo de la personalidad establecido en el

[205] LAMARCA PEREZ, *Derecho penal. Parte especial*, 2005, p. 502.
[206] *Idem*, p. 38. En este sentido vid. GALLEGO SOLER, *Contexto del tratamiento*, op. cit. p.521. También en la misma línea, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal parte especial*, 1986, pp. 277-278, considera que el bien jurídico protegido no debe situarse en el ámbito de la salud pública, sino en el de la libertad individual, por tanto, las normas deberían regular los comportamientos que afecten a la libertad personal de los individuos. Por tanto, el consumo de droga entre adultos, además de no estar prohibido, se debería establecer un control sobre la control sobre la cantidad y calidad de la sustancia en cuestión, así como sobre los productores y vendedores.

artículo 10.1 de la CE, ¿no debería suponer el derecho al consumo de cualquier droga? Este precepto constitucional, que es fundamento del orden político, pero que por sí mismo no constituye un derecho fundamental que pueda invocarse frente a los poderes públicos, va referido a la dignidad de la persona y consiste en el derecho de cada persona a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable. Por ello, despenalizar controladamente algunas de las conductas que se vinculan con la difusión de sustancias psicoactivas ilícitas, al tiempo que se regula un mercado legal de tales sustancias, puede constituir una respuesta alternativa al tráfico internacional, y reafirmar la soberanía del individuo sobre su cuerpo y su mente. Es preciso reflexionar y advertir que, en materia de tráfico de drogas, la *"materia prima"* son las personas y no las drogas vegetales y sintéticas que no poseen capacidad volitiva, ni deseo, ni tampoco moral[207].

Como señala GALLEGO SOLER, la libertad no es un elemento que tenga en principio relevancia en el ámbito de aplicación del delito de tráfico de drogas. El Estado trata de garantizar la salud pública considerando determinados objetos agentes tóxicos que comportan peligros no deseables a sus ciudadanos, y en cambio, existen otros agentes tóxicos que sin favorecerlos, los tolera y se enriquece a su costa[208].

[207] NEUMAN, *El modelo neoliberal y la legalización de las drogas*, en Pérez Álvarez, In Memoriam Alexandra Baratta, 2004, pp. 1349 y ss.

[208] GALLEGO SOLER, *Contexto del tratamiento*, op. cit. pp. 519-520, pone como ejemplo un caso curioso resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 de marzo de 1994, en el que el recurrente pretendía hacer valer lo injustificado de un modelo sancionatorio que castigaba a quien consumía cannabis y, en cambio, no tenía la misma respuesta sancionatoria en los casos de consumo de alcohol, a pesar de la más que equiparable afectación a la salud que ambos supuestos presentaban. El Tribunal Constitucional declaró que no existía un derecho a la embriaguez; que el principio de igualdad no obliga a permitir o prohibir en igual medida todas las sustancias que potencialmente sean lesivas de modo similar.

b) *La seguridad colectiva*

Algunos autores señalan la seguridad colectiva como bien jurídico-penal protegido en el delito de tráfico de drogas. Así, con la incriminación de estas conductas, el legislador trata de evitar las situaciones de riesgo que se derivan del consumo de drogas tóxicas o estupefacientes. El tráfico de drogas supondría un atentado contra dicha seguridad por la situación de riesgo derivada del consumo de estas sustancias prohibidas[209].

El hecho de que los delitos contra la salud pública se encuentren incardinados dentro del Titulo XVII del Código Penal, donde se regulan los delitos contra la seguridad colectiva, propicia la caracterización de la naturaleza jurídica del tipo, como un delito de peligro abstracto. Son estas circunstancias las que pueden haber motivado el surgimiento de una corriente jurisprudencial que, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, sostiene que el bien jurídico-penal protegido en los delitos de tráfico de droga no es la salud individual de las personas, sino la salud pública que viene a representar un interés de naturaleza colectiva integrado en el concepto más amplio de la seguridad colectiva[210].

Consideran los citados autores que la finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social considerada como peligrosa para la comunidad por el menoscabo que puede causar en la salud de la población. Consideran que la acción tendrá la consideración de peligrosa para el bien

[209] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op cit p. 223. Con argumentos parecidos afirma CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho penal parte especial*, 2005, p. 399, que el bien jurídico que se tutela es el valor social difuso que se conoce por salud pública, como parcela determinada de la seguridad colectiva que es el bien genéricamente protegido en el título XVII.
[210] En este sentido vid. STS 460/2005, de 12 de abril, y STS 1206/2004, de 6 de octubre.

jurídico siempre que se alcancen las dosis mínimas psicoactivas. Se trata de evitar la difusión del consumo de drogas ilegales, pues el espíritu de la norma es evitar toda manifestación individual de comportamiento que acumulativamente llegarían a poner en peligro la salud de muchas personas[211].

Según este criterio, en principio también la venta de una reducida cantidad de droga pone en peligro la vigencia del precepto, pues se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas, por lo que tales conductas cuya peligrosidad individual solo tienen carácter marginal, son también peligrosas para la vigencia de la norma, cuando se permite su generalización y acumulación[212].

c) *Los intereses fiscales del Estado*

Dado que el Estado interviene de forma activa en el circuito de las sustancias psicoactivas, un grupo de autores encabezados, principalmente, por COBO DEL ROSAL, mantienen que el bien jurídico-penal protegido por este delito no es otro que los intereses fiscales del Estado, dado el carácter de *"bienes o productos estancos"* de las drogas tóxicas o estupefacientes. La existencia de un monopolio del Estado en el control del ciclo de la droga y de un derecho de intervención de éste en el tráfico de drogas podría tener como consecuencia una protección penal de dichos derechos. Según este criterio, fuera del control estatal, toda conducta de tráfico es, en sentido amplio, ilegal y, en su mayoría, penalmente

[211]STS 409/2013, de 21 mayo. En el mismo sentido vid., entre otras muchas, STS 280/2007, de 12 de abril; STS 870/2008, de 16 de diciembre y STS 714/2005, de 15 de marzo.
[212]STS 822/2012 de 31 octubre. En la misma línea interpretativa vid. STS 154/2004, de 13 de febrero; STS 643/2011, de 21 de junio; STS 280/2007, de 12 de abril.

antijurídica. Igualmente, toda conducta típica del art. 368 del CP contradice ese control estatal sobre el ciclo referido, desde el momento que otro, que no es el propio Estado, se atribuye funciones que no le pertenecen[213].

En la regulación del tráfico de drogas resultaría necesario diferenciar los niveles de represión punitiva según la clase de droga, o proponiendo, por ejemplo, que el tráfico de sustancias que no cause, objetivamente, más daños a la salud que otras sustancias de tráfico legal, quede excluido del ámbito de Derecho penal y sometido a un régimen de control administrativo, como se hace con el tabaco y el alcohol[214].

Cabe realizar algunas matizaciones a esta postura doctrinal:

a) En primer lugar, si bien es cierto que el Estado trata de intervenir en el control del ciclo de las sustancias psicoactivas, el recurso selectivo al Derecho penal en la materialización de ese "pretendido control", mediante la prohibición de determinadas sustancias psicoactivas, provoca el surgimiento de un mercado ilegal, con lo que tal control estatal se difumina, dada la disponibilidad de tales sustancias sustentada por los mercados clandestinos de la droga.

Por otro lado, si por parte del Estado no se proporciona la cobertura legal necesaria para que los usuarios de tales sustancias puedan adquirirlas de forma regulada y controlada, éstos se ven abocados a acudir al mercado ilegal. Con ello el control sobre el consumo se pierde por completo, al resultar imposible el conocimiento de la composición o grado de

[213] COBO DEL ROSAL, *Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, 1977, p. 163.
[214] COBO DEL ROSAL, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, 2000, pp. 662 y ss.

adulteración de las sustancias psicoactivas adquiridas en el mercado clandestino.

b) En segundo lugar, dado que el fin perseguido por el Estado en su intervención en el ciclo de la droga es, en última instancia, la protección de la salud, consecuentemente, el control del Estado sobre tales productos es el medio para conseguir el fin, que es en definitiva el bien jurídico-penal protegido: la salud individual o personal de todos los integrantes de la comunidad. Es decir los poderes públicos intervienen en el ciclo de la droga con el fin de proteger la salud de los ciudadanos, aunque no lo consiga, dada la imposibilidad de garantizar condiciones adecuadas de consumo en los mercados ilegales de las sustancias psicoactivas prohibidas.

c) Por último, si se observan los verbos típicos usados por el legislador penal en los delitos de tráfico de drogas, se aprecia que, además de plantear insalvables problemas dogmáticos, se dirigen al control de un mercado por razones de tipo económico, político, o incluso moral, razones que se ocultan bajo la cobertura de un bien jurídico-penal salud pública que cumple funciones de legitimación. La globalización de la economía se convierte en argumento legitimador de la intervención penal, de forma que las decisiones político-criminales sobre la materia en el ámbito nacional se presentan como necesarias en virtud de decisiones adoptadas en el ámbito internacional, como si este fuera un argumento definitivo[215].

Detrás de la punición de este tipo de conductas pueden existir una serie de intereses políticos y/o económicos que no coinciden con la protección de la salud pública, es decir, hay que distinguir entre los

[215] CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico*, op. cit. p. 45.

motivos que llevaron a la prohibición penal de determinadas sustancias psicoactivas, y la elección del bien jurídico-penal salud pública como base para la construcción dogmática del tipo que castiga la difusión y promoción de las drogas ilegales[216].

d) Delitos sin bien jurídico-penal

Puede afirmarse que existen tipos delictivos que carecen de bien jurídico-penal. En estos casos se ha de tener mucho cuidado y no perder de vista la función protectora de bienes jurídicos que debe tener el Derecho penal. El legislador penal no va más allá de sus competencias en los casos en que se limita a penalizar los comportamientos contrarios a bases culturales enraizadas en la sociedad, siempre que resulten conciliables con la CE, y que no ofrezcan tutela a una moral mayoritaria que suponga cierta intolerancia frente a los demás criterios presentes en la sociedad. Para que el Derecho penal siga manteniendo una posición social de importancia debe evitar acudir a la construcción de bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección penal[217].

La actual regulación del delito de tráfico de drogas en España responde, básicamente, a criterios de política-criminal, sin resultar trascendente para el legislador determinar con claridad el bien jurídico-penal que se está protegiendo con la incriminación de estas conductas. Por ello, se mantiene por un sector doctrinal que el delito de tráfico de drogas constituye un tipo penal sin bien jurídico, al tratarse de un delito de mera desobediencia formal. Son variadas las causas político-criminales que llevan al legislador a la incriminación del tráfico de drogas. Estas causas

[216] MANJÓN CABEZA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. p. 99 y ss.
[217] HEFENDEHL, *"¿Debe ocuparse?"*, op. cit. pp. 157-158.

vendrían a ser, que las drogas tóxicas suponen un *"peligro"* para la seguridad, libertad, vida, salud individual y colectiva, buenas costumbres, propiedad, prevención de delitos, causas económicas y financieras, incluso políticas, haciendo resurgir ese interés del Estado en monopolizar y controlar el *iter* de la droga y a protegerlo penal y administrativamente[218].

A esta posición se han dirigido otras críticas, tales como:

a) Que confunde los motivos de política-criminal que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico[219].

b) Que la posible comisión por el drogodependiente de delitos que generan inseguridad ciudadana, más que un efecto directo del tráfico de estupefacientes, constituye uno de los efectos propiciados por el abuso de las sustancias psicoactivas ilegales[220].

Además, la prohibición penal de una conducta que no sea posible remitirla a la protección de un bien jurídico-penal podría constituir *"terror de Estado"*, pues supondría una intromisión injustificada y deslegitimada del Estado en la libertad humana. El bien jurídico-penal debe ser el fundamento necesario y constitucional para concebir un deber de protección de carácter punitivo, así como determinar los límites de tal intervención[221].

[218] BERISTAIN IPIÑA, *Las drogas y su legislación en España*, 1973, pp. 753 y ss.
[219] COBO DEL ROSAL, *Consideraciones generales*, op. cit. pp. 161 y ss
[220] REY HUIDROBO, *El delito*, op. cit. pp. 373 y ss.
[221] HASSEMER, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 103-104, resalta que un concepto solvente de bien jurídico-penal debería satisfacer en la actualidad tres criterios: en primer lugar, debería adecuarse a la realidad, lo que exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de intereses universales, en segundo lugar, el concepto de bien jurídico debería ser selectivo y nítido pues se trata de un concepto protector de la libertad y exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos, y por

La finalidad fundamental del Derecho penal es procurar una existencia pacifica, libre y socialmente segura a los ciudadanos, para lo cual, será necesario que el poder de intervención estatal y la libertad de los individuos se lleven a un equilibrio que le garantice al sujeto tanta protección como sea necesaria, pero al mismo tiempo, también tanta libertad como sea posible. Por tanto, en un Estado democrático el castigo que supone el Derecho penal sólo puede perseguir el aseguramiento de una coexistencia pacífica y libre, garantizando el respeto a todos los derechos humanos, y resultando ilegítima la normativa penal que esté motivada, en exclusiva, por motivos ideológicos. En este sentido, y en relación a la prohibición sobre determinadas sustancias psicoactivas, ni la autolesión consciente ni su favorecimiento puede legitimar el recurso a la norma penal. El paternalismo estatal, en la medida en que deba articularse mediante el recurso al Derecho penal, sólo podría justificarse en situaciones de minoría de edad o incapacidad[222].

Si se exige la necesaria afectación de la conducta típica sobre bien jurídico-penal para así constatar el injusto, se garantiza la exclusión del Derecho penal de los llamados *"delitos sin víctimas"*. Esta concepción garantista de la antijuridicidad material tiene su fundamento en la CE cuando se refiere a determinados bienes fundamentales como la vida, la integridad física y moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. El castigo de conductas que no afecten a bien jurídico-penal alguno supone, en un Estado democrático de Derecho, trasgredir el artículo

último, debe ser comprensible, para así facilitar el control democrático del legislador, prohibiéndose generalizaciones nebulosas.

[222] ROXIN, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, en HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 446-45, hace notar que la protección de bienes jurídicos tiene como objetivo la protección de los otros, y no la protección frente a unos mismo. La adquisición de pequeñas cantidades de drogas blandas para autoconsumo se debe ubicar en este contexto.

1.1 de la CE, que establece la libertad individual como valor superior del ordenamiento jurídico y necesario para un desarrollo autónomo del individuo[223].

e) La interdicción de la difusión a terceros de sustancias psicoactivas prohibidas

Esta construcción sostiene que la finalidad perseguida por el legislador en la tipificación de los delitos de tráfico de drogas no es otra que la evitación de la difusión de drogas entre la población por el grave efecto social que supondría su propagación descontrolada. Esta corriente, de origen jurisprudencial, concede plena autonomía a la salud pública frente a la salud individual y estima que, independientemente de la cantidad de droga transmitida y siempre que se alcancen los mínimos psicoactivos, cualquier acto de distribución o promoción de ésta puede suponer un riesgo de adicción generalizado en la población[224].

[223] BUSTOS RAMIREZ y HORMAZABAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal. Volumen II*, 1999, pp. 38-39.

[224] STS 444/2005, de 11 de abril. Afirma esta resolución, en su Fundamento de derecho segundo, que: *"… la conducta prohibida por el tipo penal del artículo 368 CP consiste en la difusión de droga, y el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del eventual comprador, sino que se lo debe referir a la difusión misma de la droga, dado que eso es lo que la Ley penal quiere evitar…La finalidad de la norma es la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave…si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública."* En un sentido similar, STS 901/2003, de 21 de junio, cuando establece, en su fundamento de derecho segundo, que: *"Entendiendo el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del art. 368 CP la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada."* Igualmente, la STS 1517/2004, de 28 de diciembre, argumenta, en su Fundamento de derecho único, que*:"Sin embargo, el peligro que el legislador quiere conjurar es el de la difusión del consumo de drogas tóxicas. Desde esta perspectiva, no importa el carácter dañino de la salud individual, sino, por el contrario, el peligro de difusión del consumo que comporta todo acto de favorecimiento al consumo de tales drogas"*. En el mismo sentido: STS 871/2005, de 1 de julio; STS 805/2004, de 25 de junio; STS 901/2003, de 21 junio; STS 1337/2003, de 13 de octubre, y STS 901/2003, de 21 de junio.

Dentro de esta corriente jurisprudencial, merece especial mención la STS 1701/2000, de 7 de noviembre, al establecer en su Fundamento de Derecho cuarto el siguiente razonamiento: *"Se trata de un delito cuya finalidad es evitar la difusión del consumo de drogas tóxicas y, como tal, de un delito de peligro abstracto…Es sabido que la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social. En el caso del delito de tráfico de drogas este peligro no permitido no depende, por lo tanto, de las consecuencias biológicas generales que la acción pueda generar, sino de la exclusión total del consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador*[225]*"*.

En consecuencia, esta postura jurisprudencial admite la abstracción del concepto salud pública, al señalar que se trata de una *manera verbal* para designar *un peligro no permitido del orden social*. Sin embargo, se sigue desvinculando de forma absoluta la salud individual de la salud pública, con lo que el grado de abstracción aumenta, resultando imposible determinar la dañosidad de la conducta. En definitiva, esta línea interpretativa del TS, a la vista del tenor literal del precepto en el que se tipifica todo acto de favorecimiento o promoción de tales sustancias, y dejando al margen la potencial lesividad material de la conducta, se limita a aplicar el precepto en toda su literalidad, señalando que la finalidad perseguida por el legislador es "*la exclusión total del consumo de ciertas sustancias*[226]*"*.

[225] STS 1701/2000, de 7 de noviembre.

[226] Frente a esta corriente jurisprudencial existe otra contraria que considera que la acción típica para ser castigada debe incidir materialmente en la salud, así la STS 853/2004, de 25 de junio, establece, en su Fundamento de Derecho Único, que*: "… si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquiriente, como sucede en los delitos de lesiones, no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud, conforma la de la colectividad. Y aunque este*

Un ejemplo significativo de esta corriente jurisprudencial, viene contenido en la STS 409/2013, de 21 de mayo, estableciendo, en su Fundamento de Derecho Segundo, que: *"En el caso del tipo del artículo 368 CP el objeto de protección mencionado por el legislador es especialmente inconcreto, pues la salud pública no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población"*[227].

Con tal interpretación, se confunde la acción proscrita por la Ley penal (difusión de drogas ilegales), con el objeto de protección de la misma (salvaguardar la salud de la personas). Es decir, el legislador prohíbe una serie de conductas tendentes a evitar la disponibilidad de drogas ilegales por el grave peligro que puede suponer para la sociedad, pero lo hace con la finalidad última de proteger la salud de sus ciudadanos. En consecuencia, el bien jurídico-penal protegido debe ser la protección de la salud de la colectividad, motivo por el cual se prohíbe la difusión de tales sustancias ilegales consideradas nocivas para ésta.

---

ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla." En ese mismo sentido cabe destacar las siguientes Sentencias: STS 398/2005, de 15 de marzo; STS 1447/2005, de 17 de febrero; STS 118/2005, de 9 de febrero; STS 283/2005, de 4 de marzo; STS 716/2004, de 3 de junio; STS de 13 de marzo de 2006; SAP Barcelona (Sección 8ª), de 10 de marzo, y SAP Barcelona (Sección 5ª), de 28 de septiembre del 2010.

[227] STS 409/2013, de 21 de mayo. En el mismo sentido la STS 822/2012, de 31 de octubre, sostiene que: *"se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere evitar atacando, precisamente, toda manifestación individual de comportamiento que acumulativamente llegaría a poner en peligro real la salud de muchas personas."* En un sentido similar, la STS 27/2008, de 22 de febrero, en su Fundamento de Derecho Primero afirma que*: "la conducta prohibida por el tipo penal del artículo 368 C.P. consiste en la difusión de droga, y el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del eventual comprador, sino que se lo debe referir a la difusión misma de la droga, dado que eso es lo que la Ley penal quiere evitar . La finalidad de la norma es la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave."*

Si se atiende a la descripción típica del artículo 368 CP se observa que el tipo está, efectivamente, diseñado para castigar cualquier acción que suponga la difusión de sustancias psicoactivas prohibidas (promover, favorecer, facilitar el consumo ilegal de drogas), pero es necesario distinguir entre: por un lado, la conducta prohibida descrita por el tipo penal, que dada la configuración típica no puede ser otra que la interdicción de la difusión de drogas ilegales, y por otro lado, el bien jurídico-penal protegido por la norma, es decir, la finalidad última perseguida por el legislador cuando decide prohibir toda conducta orientada al fomento, favorecimiento o facilitación de este tipo de sustancias, que no puede ser otra que la protección de la salud de las personas.

f) Protección de otros intereses jurídicos en los tipos agravados del delito de tráfico de drogas

Si observamos los tipos agravados de este delito (artículos 369 y 370 del CP), se puede también apreciar que, en algunas ocasiones, el legislador trata de proteger otra serie de intereses jurídicos ajenos a la salud pública al incrementar las penas. En cambio, en otros casos, la mayor reprochabilidad penal que justifica el incremento punitivo se fundamenta en una mayor peligrosidad de la acción típica concreta para el bien jurídico-penal salud pública, sin que existan, en principio, otros interés jurídicos protegidos. En primer lugar se aludirá a éstos últimos:

a) Hechos *realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos* (art.369.4º del CP). La jurisprudencia ha considerado que el fundamento de la agravación se encuentra en las facilidades que ofrece el establecimiento abierto al público

para que los autores logren sus propósitos delictivos, es decir, la difusión de las sustancias psicoactivas, al actuar ocultos tras la apariencia de la normal explotación de un negocio. Será necesario para la aplicación de esta agravante la que la propia infraestructura del local se ponga al servicio del tráfico ilícito de manera relevante[228]. En este caso, no se trata de la concurrencia de otro interés digno de protección junto a la salud pública, que justifique la agravación de la conducta, sino de la posibilidad de una *"potencial extensión cuantitativa"* de las sustancias psicoactivas prohibidas[229].

b) La *"notoria importancia"*, es decir, cuando el objeto material del delito tenga la consideración de (art. 369.6º CP). En esta ocasión sucede como en el caso anterior, no cabe hablar de otros bienes jurídico-penales junto a la protección de la salud pública que justifiquen esta agravación, sino que ésta encuentra su razón de ser en la mayor peligrosidad que supone para el objeto de protección la incautación de grandes cantidades de sustancias psicoactivas ilícitas, por la mayor posibilidad de difusión a gran escala[230].

c) Cuando las *sustancias sean adulteradas incrementando el posible daño a la salud* (art.369.7º del CP). Como se observa, en esta ocasión, la redacción típica del propio precepto lleva implícita la justificación de la agravante. En opinión de GALLEGO SOLER, se trata en este caso de "*un*

[228] STS 579/2013, de 2 de julio, en su Fundamento de Derecho Tercero, continua argumentando la sentencia que: *"con ello se patentiza un plus de impunidad, por la dificultad que supone toda investigación, lo que justifica un plus de punibilidad"*. En el mismo sentido se expresan: STS 364/2015, de 23 de junio; STS 920/2013, de 11 de diciembre; STS 1022/2011, de 10 de octubre; STS 941/2011, de 14 de septiembre; y STS 616/2011, de 27 de mayo.
[229] GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II*: *un estudio analítico de los artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377y 378 del Código Penal*, 1999, p. 67.
[230] En ese sentido se expresan, entre otras, las siguientes sentencias: STS 495/2015, de 29 de junio; STS 362/2011, de 6 de mayo; y STS 770/2012, de 9 de octubre.

supuesto especial por razón del objeto material", pues se trata de proteger la seguridad o confianza de los usuarios y/o abusadores de sustancias psicoactivas prohibidas. Sostiene este autor que *"esta agravación tiene la estructura de un delito de peligro concreto"*, al exigirse que las conductas de adulteración incrementen el potencial daño a la salud que el objeto material ya de por sí tiene[231].

En segundo lugar, se aludirá a aquellos tipos agravados de los artículos 369 y 370 del CP, en los que, junto a la salud pública, pueden aparecen otros bienes jurídico-penales protegidos:

a) Conductas del tipo básico realizadas en *centros docentes*, *en centros o unidades militares*, *en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación* (art.369.8º CP).

En relación al centro penitenciario, como señala GALLEGO SOLER, la infracción de los mecanismos preventivos utilizados en los establecimientos penitenciarios para evitar la entrada de objetos prohibidos en los mismos, puede ser, junto a la afectación a la salud pública, el interés perseguido por el legislador en la agravación del tipo. Como se puede apreciar, en este tipo agravado se protege también un bien jurídico ajeno a la salud pública, como es la seguridad y el buen orden del establecimiento penitenciario. Cuando sean los propios funcionarios de prisiones los que entren la droga, el argumento de la infracción de los mecanismos preventivos decae, argumento que reforzaría la tesis de que lo que en

[231] GALLEGO SOLER, *Los delitos*, op. cit. p. 166.

última instancia se pretende proteger por medio de esta agravación es la propia seguridad del centro penitenciario[232].

En cuanto a la agravación por difusión de sustancias psicoactivas ilícitas en centros de deshabituación o rehabilitación, se considera, en este caso, por el legislador que este tipo de conductas puede llegar a incidir en la libertad de decisión del sujeto que se encuentra en tratamiento deshabituador, precisamente porque su adicción a tales sustancias puede ocasionar que su decisión de consumo no sea libre. En consecuencia, junto a la salud pública aparece otro interés digno de protección penal, como es la libertad del consumidor, y por tanto, se establece un mayor reproche penal que se traduce en un incremento de la penalidad[233].

b) Cuando el autor sea autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador, siempre que la acción típica se desarrolle en el ejercicio de su cargo (circunstancia agravante 1ª del art. 369 CP). Como elemento común a todos los posibles sujetos activos especiales que justifica la agravación, aparece la relación estrecha que tienen tales actores con personas especialmente vulnerables ante la difusión de drogas ilícitas, por lo que se considera que merecen una especial protección. Junto a esta especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, aparece otro posible interés digno de protección y que justifica la agravación, como es, que la infracción por parte de los funcionarios de los deberes y obligaciones derivadas de su cargo, vulnera la confianza que la Administración Pública ha depositado en ellos[234].

[232] GALLEGO SOLER, *Los delitos*, op. cit. pp. 31-32.
[233] *Idem*, p. 161.
[234] GALLEGO SOLER, *Los delitos*, op. cit. p. 211, argumenta que para poder aplicar la agravante será exigible que se obre *"con abuso"* del cargo, de forma contraria a la que obliga el normal *"uso"* de éste, al protegerse la confianza de respeto a la legalidad que supone la condición de autoridad o funcionario

c) Cuando *el sujeto pasivo del delito*, es decir, el destinatario de la sustancia psicoactiva ilegal *sea menor de 18 años o disminuido psíquico o personas sometidas a tratamiento de deshabituación* (art.369. 5º del CP). Se justifica la agravación por el mayor reproche penal que supone facilitar drogas ilegales a estos sujetos, que se encuentran más indefensos por su falta de libertad de decisión ante la promoción y difusión de este tipo de sustancias. En consecuencia, en esta ocasión sí que cabe hablar de la existencia de otro interés digno de protección penal junto a la salud pública, por lo que se estaría ante un precepto agravado pluriofensivo[235].

Pero en este tema se plantea un problema que con la actual regulación del delito de tráfico de drogas resulta complicado resolver. Para que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, en este caso las agravantes, puedan desplegar sus efectos se exige que previamente se realice alguna de las conductas descritas en el tipo básico. Al existir causas de atipicidad por falta de afección al bien jurídico-penal, como por ejemplo el consumo compartido, se da la circunstancia que conductas que puedan resultar especialmente peligrosas para la indemnidad del menor o incapaz frente a las drogas pueda considerarse atípicas, precisamente por esa necesidad de acomodar la agravación a la plena realización de la conducta típica del tipo básico[236].

---

público en sujeto activo del delito. En ese sentido se manifiesta la STS 152/2014, de 4 de marzo, al señalar que cometer el delito siendo autoridad o funcionario público supone una mayor reprochabilidad punitiva al cometer el delito prevaliéndose de su condición o cargo.

[235] *Idem*, p. 23.

[236] En ese sentido vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. pp. 45-112. Como ejemplo de lo expuesto cabe citar la STS 512/2013, de 13 de junio, que versaba sobre un posible consumo compartido con la particularidad de que era un adulto, la acusada, quien facilitaba la adquisición de la sustancia prohibida que posteriormente era consumida en grupo por ella misma y por menores de edades comprendidas entre los 12 y los 13 años. Si en este caso, su hubiese dado todos los requisitos del consumo compartido, en principio la conducta debería de haberse considerado atípica por ausencia de peligro para el bien jurídico-penal salud pública, en cambio si en el caso de los menores e incapaces consideramos que no es la salud lo que se protege, sino su indemnidad o falta de libertad de decisión ante las drogas se abre la posibilidad de castigar penalmente cualquier promoción o favorecimiento de sustancias psicoactivas a menores. No obstante, la citada sentencia condeno finalmente a la acusada por

En cambio, si consideramos que el bien jurídico-penal protegido en el caso de los menores e incapaces es no la salud pública, sino su propia indemnidad ante las drogas, sería posible contemplar como punibles estos casos de atipicidad por falta de afectación al objeto de protección penal salud. No obstante, este tema se tratara con mayor amplitud en la Parte III de este trabajo.

d) En cuanto a la agravante del artículo 370, regla 1ª del CP, relativa a *la utilización de menores o incapaces para la comisión de este tipo delitos*. Sucede, como en el caso anterior, es decir, la indemnidad del menor aparece también como posible objeto de protección que justifica la agravación. No obstante, tiene un claro elemento distintivo pues se trata de un supuesto de autoría mediata en el que el inimputable se utiliza de instrumento para la comisión del delito. En consecuencia la responsabilidad penal deberá recaer sobre el sujeto que utiliza al menor o incapaz para su finalidad delictiva[237].

e) Cuando *el culpable pertenezca a una organización o asociación con la finalidad para la difusión de drogas* (art.369.2 del CP), señalar que el fundamento que legislador pretende con esta agravación se encuentra en

no concurrir el requisito de que los usuarios que deciden consumir conjuntamente no era adictos ni consumidores habituales o de fin de semana. En cuanto a la aplicación de esta agravante cabe destacar las siguientes sentencias: STS 581/2013, de 4 de julio; STS 171/2010, de 10 de marzo; STS 784/2011, de 20 de julio.

[237] GALLEGO SOLER, *Los delitos*, op. cit. p. 225. En este sentido, cabe destacar la STS 70/2011, de 9 de febrero, al poner de manifiesto que*:"Es cierto que este precepto agravado justifica su existencia por la necesidad de preservar la formación integral del menor, apartándole del submundo de la droga y de las implicaciones negativas que éste conlleva para su adecuado desarrollo. La utilización interesada de un niño, además, no es ajena a la búsqueda de una facilidad comisiva que se derivaría de las menores sospechas que la presencia de un menor puede suscitar a los agentes encargados de la averiguación de los hechos relacionados con la distribución clandestina de drogas. Precisamente por ello, esta Sala ha estimado, en la búsqueda de un equilibrio entre el fundamento de la agravación y la necesidad de evitar una rígida aplicación del supuesto agravado, que no basta cualquier aportación. Es indispensable que ésta sea relevante"*. En el mismo sentido vid. STS 1039/2004, de 27 de septiembre y STS 487/2013, de 4 de junio.

la mayor peligrosidad que para el bien jurídico-penal supone la existencia de una infraestructura orientada a la comisión de actos delictivos, potenciando la acción difusora de drogas y facilitando su prolongación en el tiempo[238].

Los grandes narcotraficantes, normalmente, no tienen un contacto directo sobre la droga para evitar ser considerados autores. Y aunque, para evitar su impunidad, y tal y como se pronunció la STS 1309/2003, de 3 de octubre, se establece que, aunque no exista la disponibilidad de la droga que es precisamente donde radica el peligro para el bien jurídico-penal por el riesgo de difusión a terceros, se considera que al traficante como autor por "*manejar el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, de télex y otros medios sofisticados*", por lo que se entiende que en los envíos internacionales el delito se considera consumado cuando "*el estupefaciente es remitido desde la estafeta o agencia de transporte de origen, desprendiéndose de él el suministrador y entrando en el circuito de transporte*".

Se trata de una interpretación algo forzada, pues si entendemos que el bien jurídico-penal es la salud pública, en principio parece necesaria la exigencia de que comporte una tenencia física o material directa, que resulta difícil en el caso de sujetos activos con enorme capacidad económica capaces incluso de desestabilizar la economía de un Estado

[238] En este sentido resulta especialmente relevante la STS 749/2009, de 13 de julio al establecer: *"los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo, el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal"*.

soberano, podría resultar coherente la consideración, en estos supuestos, de un delito pluriofensivo. De esta manera, junto a la protección de la salud aparece otro interés digno de protección como es el orden socio-económico, lo que haría más factible criminalizarlos. No obstante este tema se tratará también en la Parte III de este trabajo.

3. Conclusiones y toma de postura

Se parte, en este trabajo, de un concepto de bien jurídico-penal que debe reunir los elementos necesarios para encajar adecuadamente en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho. Al ser la CE la norma suprema que establece los valores superiores de todo el ordenamiento jurídico (y especialmente del Derecho penal por su capacidad punitiva limitadora de derechos y libertades públicas), se considera que el concepto de bien jurídico-penal debe apoyarse en los contenidos contemplados en la CE, especialmente en relación a los derechos fundamentales y libertades públicas, pero no vincularse en exclusiva a ella, también cabe la posibilidad de recurrir a la interpretación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En consecuencia, el concepto de bien jurídico-penal debe tener como primer elemento caracterizador su relación con el conjunto de *valores consensuados democráticamente* y plasmados en la CE y, como marco jurídico de necesaria interpretación en el establecimiento de los bienes que se consideran dignos de protección penal. Las concepciones constitucionalista tradicionales del bien jurídico-penal, al igual que sucede con las teorías sociológicas, resultan demasiado herméticas y no explican con suficiencia el concepto de bien jurídico-penal porque olvidan incluir

una especie de *"elemento corrector"* capaz de evitar el establecimiento de bienes-jurídico penales que resulten no aptos en el marco de un Estado de Derecho y de un Derecho penal garantista.

Considero que ese "*elemento corrector"* podría ser el siguiente: la finalidad última del establecimiento de cualquier bien jurídico-penal se debe siempre fundamentar en la idea de protección de las libertades y derechos del individuo, tanto en su esfera personal como en sus relaciones con la sociedad y con el Estado. La CE propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la libertad individual, sobre la cual se construye el resto de derechos y libertades fundamentales (art. 1.1 CE). No deberían existir bienes jurídico-penales que con la finalidad de proteger a la colectividad acaben constriñendo los derechos y libertades del individuo, al menos en un Estado democrático de Derecho. La finalidad última de los bienes jurídico-penales colectivos debería ser la protección de la persona.

Esta idea de protección última del individuo debe estar especialmente presente en las prohibiciones estatales *"con propósito paternalista"*, pues como pone de manifiesto PAREDES CASTAÑON *"somete al sujeto a una relación de dominación por parte del Estado, lo que va frontalmente en contra del objetivo -moralmente valioso- de la maximización de su autonomía"*. Acierta este autor al indicar que, desde este punto de vista, la intromisión del Estado en la autonomía de la voluntad del individuo no debería darse en aquellos casos *"de daños menos intensos a los estados de cosas valiosos"* los cuales no justificaran la prohibición porque será siempre preferible proteger la autonomía del individuo[239].

[239] PAREDES CASTAÑON, *La justificación*, op. cit. p. 210- 211.

En mi opinión el bien jurídico-penal protegido en el delito de tráfico de drogas no puede ser otro que la protección de la salud, más concretamente, la salud individual o personal de cada uno de los miembros de la colectividad. No cabe hablar de la existencia una salud pública como algo distinto a la salud individual, pues el término salud viene necesariamente referida al individuo. Solo un individuo tiene aptitud para enfermar, o para mejorar en su salud. Se trata de un bien jurídico necesariamente unido a la idea de individuo. El considerar la salud individual como el bien jurídico-penal protegido por el delito de tráfico de drogas podría permitir sustituir las actuales formulas de peligro abstracto por formulas de lesión material o dañosidad, resultando más adecuado y respetuoso con los principios básicos de un Derecho penal garantista propio de un Estado democrático.

De esta forma se salvarían parte de las enormes dificultades que se ha encontrado tanto la doctrina como la jurisprudencia en la búsqueda de un concepto jurídico-penal de salud pública: no es posible definir con exactitud algo que en realidad no existe materialmente[240]. En materia de tráfico de drogas no hallamos ante una construcción jurídica elaborada por adecuación a normas internacionales sobre la materia. Resultaría más deseable proceder a una formulación de bienes jurídicos-penales que fuera compatible con una correcta descripción empírica de una realidad social que lo haga merecedora de protección por el Derecho penal, siempre y cuando tal protección jurídico-penal no suponga vulneración de principios de naturaleza garantista propios de un sistema democrático[241].

[240] En este sentido reslata DOVAL PAIS, *Delitos de*, op. cit. p. 198, que si la salud pública se asimilase a la salvaguarda del valor de tal *"suma"* supondría un ficción jurídica, y además nos llevaría a resultados difícilmente compartibles.
[241] DIEZ RIPOLLÉS, "*El bien jurídico*, op. cit. p. 19.

Por tanto, desde el punto de vista del bien jurídico-penal, la salud pública no añade nada nuevo a la salud individual. Donde sí cobra protagonismo la salud pública frente a la salud individual es en los distintos tipos de agresiones o ataques que se dirigen contra ella: los delitos de lesión para la salud individual y delitos de peligro para la salud pública, pues ésta última se caracteriza por la puesta en peligro para un número indeterminado de sujetos pasivos[242].

Se ha pretendido definir la salud pública como conjunto de condiciones que posibilitan la salud de las personas, con el fin de desmarcarla de la salud individual y otorgarle categoría de bien jurídico-penal independiente de carácter colectivo. Según tal concepción, los delitos contra la salud pública serían delitos que atentan o ponen en peligro tales condiciones que pretenden salvaguardar la salud colectiva. En este punto, hay que distinguir entre los delitos de fraude alimentario y control de medicamentos, por un lado, y los delitos de tráfico de drogas, por otro lado. En los primeros, si se puede afirmar que ese *"conjunto de condiciones"*, al tratarse de productos de tráfico lícito, puede venir referido a la *"calidad del consumo"*, es decir, se trataría de velar por la calidad de los productos de uso y consumo, siendo suficiente incumplir las condiciones de calidad de un producto de consumo legal para poner en peligro la salud colectiva. El *"conjunto de condiciones"* vendría referido a todos aquellos medios que permiten un consumo final del producto en condiciones adecuadas de salubridad.

En el caso de los delitos de tráfico de drogas, al tratarse de sustancias de ilícito comercio, y por tanto, solo disponibles en un mercado

[242] Señala DOVAL PAIS, *Delitos de*, op. cit. p.198, que la naturaleza colectiva del bien jurídico salud pública sólo se pone de manifiesto en la fase de agresión, y no en la de su protección.

ilegal, nos preguntaríamos cuales podrían ser esas condiciones que posibilitan la salud de las personas, en relación al uso y/o abuso de tales sustancias. A tenor de la prohibición penal que recae sobre ellas, parece que ese *"conjunto de condiciones"* viene referido, de forma exclusiva, a tratar de evitar, mediante el recurso al Derecho penal, que tales sustancias se difundan entre la población y se extienda su uso y/o abuso.

Entiendo que la obligación del Estado, por mandato constitucional (artículo 43 CE), de proteger la salud física y psíquica de los ciudadanos frente a los riesgos originados por el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas sólo se consigue partiendo de unos presupuestos político-criminales. Esto es, el consumo y tráfico de sustancias psicoactivas debería abordarse desde el principio de libertad individual, con una mínima intervención del derecho penal, pero con una estricta regulación administrativa-sanitaria, acompañada de políticas que pongan el énfasis en la prevención de la demanda y en medidas de reducción de daños asociados al uso de estas sustancias, conscientes de su inevitable presencia en toda sociedad.

La existencia de efectos negativos asociados al uso y/o abuso de drogas exige que las conductas de consumo resulten informadas y responsables lo que es imposible sin la existencia de un mercado legal para personas capaces, controlado e intervenido por los poderes públicos, para así tratar de reducir, en la medida de lo posible, los daños asociados al consumo.

El Estado, con el fin de proteger la salud de la colectividad, establece una serie de requisitos de calidad que han de presentar los

productos de consumo como son los alimentos y los medicamentos con el fin de que no sean adulterados y resulten nocivos por su mal estado. En cambio, tratándose del consumo de las *"drogas prohibidas"* el Estado deja al usuario y/o abusador de éstas en manos de un gran mercado ilegal, regido por espurios intereses económicos, sin la existencia de ningún tipo de control sanitario relativo a la cantidad y/o calidad del producto, con graves riesgos de adulteración de tales sustancias, desprotegiendo la salud de miles de usuarios.

Los mismos motivos, de protección a la salud pública, que impulsan a los poderes públicos a proceder a la regulación y al control del consumo de alimentos y medicamentos son los que le deberían conducir a establecer ese mismo control y supervisión sobre el consumo de las drogas ahora ilegales. Además, si tenemos en cuenta el gran poder de adicción y el grave deterioro a la salud que pueden llegar a ocasionar algunas de las sustancias psicoactivas, tachadas de prohibidas, aún con más motivo, debería existir un control global del Estado sobre el consumo de éstas, tratando de minimizar los efectos adversos que producen en la salud de la colectividad. En caso contrario, la salud de los usuarios de sustancias psicoactivas prohibidas se pone en peligro, no ya solo por la propia afectación negativa a la salud que supone la ingesta de tales sustancias, sino por la propia prohibición que recae sobre ellas, que impide sean sometidas a controles sanitarios previos al consumo.

La única forma eficaz de proteger la salud de la colectividad en relación al uso y/o abuso de drogas es haciendo frente al actual mercado ilegal existente, mediante el establecimiento una responsabilidad estatal por el producto al igual que se realiza en la actualidad con los medicamentos.

Además, con el control y regulación de un mercado legal se salva la incongruencia jurídica que supone la "despenalización" del consumo, al tiempo que se penalizan prácticamente todas las conductas de promoción o favorecimiento del mismo.

No tiene sentido afirmar que la prohibición penal sobre determinadas sustancias psicoactivas tiene como finalidad la protección de la salud de la colectividad, pues es la propia prohibición la que deja en manos de los narcotraficantes el suministro a la población de tales sustancias, impidiendo que sean los poderes públicos los encargados de desplegar los adecuados controles jurídico-sanitarios que merecen tales sustancias por su poder de crear adicción al consumidor, así como los graves riesgos que pueden ocasionar a la salud física y psíquica de los usuarios. Sólo mediante este control estatal se consigue reducir los daños asociados al consumo, informando adecuada y profesionalmente de los riesgos de su uso y, en definitiva, poniendo el acento en la prevención, la información y la educación, tratando de desmotivar el uso y/o abuso de tales sustancias.

Capítulo II

EL CONCEPTO DE DROGA

1. Consideraciones previas

Antes del surgimiento del prohibicionismo en el ámbito internacional en materia de tráfico de drogas, la definición de *droga* admitida por la comunidad científica era la griega clásica. *Droga* era equivalente a *Phármakon,* que significa remedio y tóxico, al mismo tiempo. Es decir, una misma sustancia puede actuar sobre el organismo humano como un tóxico, pero también puede actuar de modo terapéutico, todo depende de la proporción existente entre la cantidad necesaria para lograr el efecto deseado (dosis activa media) y la cantidad suficiente para matar (dosis letal media), a esta proporción se le llama margen de seguridad, y cada droga tiene el suyo propio[243].

El origen de este concepto proviene de las insuficiencias que presentaba la idea de sustancia todabuena (*panákia)* y sustancia todamala (*stychnos*). El griego clásico comprendió que este tipo de sustancias no podían ser consideradas sólo benignas o sólo dañinas, sino que participaban de los dos extremos al mismo tiempo, dependiendo todo de la dosificación exacta. La característica inherente a todo fármaco es curar amenazando el organismo, como puede curar el fuego una herida al desinfectarla. Por tanto, se trata de un concepto totalmente científico en su planteamiento,

[243] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos,* 1995, pp. 20 y 30. Pone este autor el siguiente ejemplo: la aspirina es muy utilizada en todo el mundo y nadie se escandaliza de su uso, en cambio, a partir de tres gramos puede ser mortal para un adulto. Los organismos sufren distintos trastornos ante los cuales el uso de tóxicos en dosis no letales puede ser la mejor forma de provocar ciertas reacciones, por eso hay venenos de los que se obtienen valiosos remedios. Como dijo Paracelso en el primer tratado de botánica científica *"sólo la dosis hace de algo un veneno"*.

razonado con precisión y profundidad, y lo que es más importante, se trataba de un concepto ajeno a intereses políticos, económicos o morales[244].

El legislador penal español trata de proporcionar un concepto legal de droga mediante la introducción de la expresión: *"drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"*, contenida en el artículo 368 del CP, estableciendo así el objeto material del precepto. Desde un punto de vista farmacológico, el establecimiento de esos tres elementos para configurar la definición normativa de droga resulta irrelevante, pues en realidad son expresiones sinónimas[245]. Quizá la explicación de esta innecesaria concepción tripartita del concepto droga que configura el

[244] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general de la drogas*, 2008, p. 136.

[245] En relación a los tres elementos contenidos en el citado precepto *"drogas tóxicas", "estupefacientes" y "sustancias psicotrópicas"*, argumenta SEQUEROS SAZATORNIL, *Comentarios al Código penal*, 2011, p. 1406, que*:"Abstracción hecha de la inapropiada configuración tríadica del objeto del delito, al constituir el término droga un concepto extracientifico y, en cualquier caso, en su concepción vulgar, comprensivo de la segunda y tercera de las modalidades como especie de un genero"*. En el mismo sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, 2007, p. 813, explica que se entiende que las *drogas tóxicas* no son más que el género al que pertenecen los *estupefacientes* y *las sustancias psicotrópicas*, que se distinguen entre sí por la forma en que actúan sobre el organismo. En esa misma línea PEDREIRA GONZALEZ, *El delito de tráfico de drogas*, 2009, p.54, sostiene que tal referencia legal, aunque pueda dar lugar a cierta confusión, no ha de entenderse como una clasificación tripartita, sino más bien como una especificación genérica de los que ha de entenderse por *"drogas tóxicas"*. En definitiva, y como afirma ARROYO ZAPATERO, "El objeto material en el artículo 368 C.P: Planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, p. 370: *"Deberá, en fin, analizarse si resulta más idóneo el referir la definición autónoma que se alcance a la actual nomenclatura de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicoactiva, o emplear únicamente el término genérico de droga."*. En ese mismo sentido QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal Español: Parte Especial*, 2008, p. 979, indica que es preferible la denominación *"drogas"* a las utilizadas en el tipo legal, la referencia a estupefacientes o psicotrópicos induce a tecnicismos lo que puede llegar a ensombrecer esta parcela criminal, mientras que el término *droga* es de uso socialmente aceptado. En su opinión, la toxicidad de la sustancia y la falta de libertad de decisión (por crear adicción) deberían ser las bases sobre las que se levanten las estrategias político-criminales en la materia. En cuanto a los orígenes de la expresión *"drogas tóxicas o estupefacientes"*, apareció por primera en el CP de 1928, en su artículo 558, en esa época, tenía únicamente el efecto de agravar determinados tráficos ilícitos. Posteriormente fue retomada la expresión en el artículo 344 del CP de 1944 pero con los mismos efectos de cualificación de la pena. No fue hasta la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, cuando se criminalizó de forma global el tráfico de drogas, dando una nueva redacción al artículo 344 del CP En relación a la descripción de las conductas típicas la actual redacción del artículo 368 CP es reproducción literal del artículo 344 del Código penal de 1973. MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia. Parte especial II*, 2010, p. 936. También en cuanto a la citada expresión, señala CORDODA RODA, *"El delito de tráfico de drogas"*. Estudios Penales y Criminológicos. Nº 4. 1980, p. 18, que el Código Penal al utilizar tales términos lo hace en un contexto dotado de una historia y a la vista de una regulación en que la referida terminología aparece de una u otra forma abundantemente utilizada.

legislador se encuentre en que, en esta materia, está claramente vinculado por normas del ámbito internacional, y se trata de la terminología empleada en los convenios internacionales de corte prohibicionista que determinan, en gran medida, la legislación interna en la materia[246].

.

Definir el término *droga* resulta complicado dado que se trata de un concepto excesivamente amplio y genérico, y por tanto puede abordarse desde diferentes puntos de vista[247]. Puede hablarse de un concepto médico-farmacológico, o de un concepto jurídico-penal o jurídico-administrativo de droga[248]. Desde un punto de vista biológico, se puede definir como aquellas sustancias que al actuar sobre el organismo provocan un deseo de ser posteriormente consumidas de forma que aumenta la tolerancia y se establece una dependencia a su uso continuado[249].

[246] En este sentido, resultaría conveniente prescindir de los términos *"drogas tóxicas, estupefacientes o sustancia psicotrópica"*, y utilizar en su lugar *"sustancias psicoactivas"*, por resultar más científica desde el punto de vista de la farmacología. Los términos empleados son concepto acientíficos que deberían ser desechados pues han sido construcciones conceptuales creadas por el prohibicionismo con el fin de *"justificar"* la arbitraria distinción entre drogas legales e ilegales. En cambio dentro del término *"sustancia psicoactiva"* tienen cabida todas las demás expresiones que comúnmente se utilizan como son: droga, estupefaciente, sustancia psicotrópica, medicamento, fármaco, etc.

[247] En este sentido explica GANZENMULLER *Delitos contra la salud pública II. Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes*, 1997, p. 169, que el concepto droga no es unitario ni unívoco, existiendo tantas definiciones como disciplinas se integran en su estudio, resultando válida cualquiera de ellas, al no existir un concepto jurídico-penal de droga en nuestro derecho. Se trata pues de un concepto abierto, válido y eficaz siempre que aglutine los rasgos que caracterizan a las mismas (dependencia/tolerancia).

[248] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. pp. 24-25, sostiene que con la expresión *"droga"* se denomina un fenómeno contracultural, un concepto deformado y excesivamente amplio. Detrás de la creación de esta concepción existe todo un juego de intereses y connotaciones subjetivistas, morales, culturales y políticas.

[249] MARTINEZ PARDO, *Los delitos*, op. cit. p. 20. En cuanto al concepto médico de droga afirma MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal: Comentarios y jurisprudencia. Parte especial II*, 2010, p. 937, que éste subraya la nocividad de una sustancia cuyo uso continuado en el tiempo produce adicción o dependencia, dentro de una progresiva tolerancia. En opinión del autor lo fundamental, desde el punto de vista exegético, es la determinación de cuáles son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a los que alcanza el tipo penal. En cuanto al concepto médico de drogas GABRIEL RUBIO, *Todo sobre las drogas. Información objetiva para decidir y prevenir*, 2004, p. 37, define las drogas como aquellas sustancias que producen alguno de los siguientes efectos en el organismo humano: 1) Ser capaces de ocasionar cambios en el estado mental y emocional de una persona o provocar alteraciones en su conducta; 2) Capacidad para inducir a la persona a buscar repetidamente su consumo, en general con una frecuencia e intensidad cada vez mayor.

Dado que la llamada *"droga"* es una entidad esencialmente farmacológica, y no de una entidad jurídica, debemos partir, en primer lugar, de un concepto médico-farmacológico para posteriormente ser aplicado al ámbito propio del Derecho penal, y, más concretamente, a la afectación del bien jurídico que protege la norma como es la salud de las personas. Por tanto, desde un punto de vista farmacológico, se produce una identificación entre el concepto droga con el de fármaco o el de sustancia psicoactiva o el de medicamento. En la propia definición otorgada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) tienen cabida los medicamentos[250].

Por tanto, partiendo de un punto de vista médico-farmacológico basado en las características intrínsecas de las distintas drogas, es posible definirlas como las sustancias psicoactivas, naturales o sintéticas, legales (socialmente aceptadas) o ilegales (socialmente rechazables) que, ingeridas por un ser humano pueden modificar el normal funcionamiento de su organismo, afectándolo física y/o psíquicamente y que, su consumo reiterado puede llegar a producir tolerancia[251].

[250] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. p. 26, considera que existe una equiparación entre droga y medicamento o fármaco, química o farmacológicamente no hay diferencias entre ambos conceptos. También, desde un punto de vista médico-farmacológico, LORA TAMAYO, "Aspectos farmacológicos de las drogas". *Drogodependencia y Derecho*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2003, p. 13, afirma que podemos definir "*droga*" como aquella sustancia psicoactiva que puede producir dependencia física, psicológica o ambas, actuando sobre el Sistema Nervioso Central modificando su habitual funcionamiento. De esta forma, el concepto de droga alcanza tanto a los medicamentos como a la drogas de abuso. En ese mismo sentido señala ESCOHOTADO ESPINOSA, *Aprendiendo de*, op. cit. p. 31, que para buscar cierta objetividad en la definición de *droga* ***es necesario no mezclar derecho, química y ética***. En esta materia es necesario tener siempre presente que si cualquier droga constituye un potencial veneno y un potencial remedio, el hecho de ser tóxica o benéfica en cada caso dependerá exclusivamente de: 1) dosis; 2) ocasión para la que se emplea; 3) pureza; 4) condiciones de acceso a esa sustancia y pautas culturales de uso. Esta última tiene actualmente un gran peso, a pesar de ser extrafarmacológica.

[251] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. p. 36, pone de manifiesto que ya en el Real Decreto de 18 de abril de 1860, que regulaba las Ordenanzas de Farmacia se establecía en su artículo 1 una definición de drogas, considerándolas como objetos naturales y productos químicos, empleados como primeras materias en la elaboración de medicamentos. *Idem*, p. 130.

Como se pondrá me manifiesto, ante tal indefinición material del concepto droga, las respuestas propuestas por la doctrina han sido diversas, y según se opte por una u otra opción, las consecuencias prácticas van a ser también distintas en relación a la tipicidad de la conducta[252].

De ahí que se haya aludido, por parte de un sector doctrinal, de la necesidad de construir un concepto jurídico-penal propio de droga basado en la idea de afectación a la salud, que con el debido apoyo en los listados internacionales de sustancias psicoactivas, sirva para delimitar jurídico-penalmente el actual concepto internacional de droga que, como veremos, es el utilizado por la jurisprudencia de forma prácticamente unánime. En este concepto jurídico-penal de droga, tanto los principios básicos del Derecho penal, como los propios términos empleados en el artículo 368 del CP deben suponer limitaciones a la extensión del concepto médico-farmacológico[253].

2. Concepto de droga aportado por la OMS

2.1. Cuestiones generales

La definición proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), puede resultar necesaria para decidir el ámbito de lo

[252] ACALE SÁNCHEZ, *Drogas tóxicas*, op. cit. p. 76-77, entiende que según se opte por una u otra opción, las consecuencias van a ser distintas en el ámbito de lo típico. Para los que consideran que se trata de una Ley penal en blanco, las sustancias psicoactivas que no se encuentren incluidas en los listados internacionales no serán objeto de conducta típica, a pesar de ser capaces de menoscabar la salud por su toxicidad. En cambio si se considera que estamos ante una remisión implícita de carácter interpretativo a tales listados, el que una sustancia psicoactiva no haya sido incluida en éstos no va a significar que la conducta resulte atípica siempre que resulte afectado el bien jurídico-penal protegido por el tipo.

[253] UJALA JOSHI, *Los delitos*, op. cit. pp.67-68, apunta que sólo podrán constituir objeto del delito analizado las sustancias que cumplan los siguientes requisitos: 1º. Cumplir los criterios médico-farmacológicos señalados. 2º. Capacidad para afectar a la salud individual y a la pública de forma relevante penalmente. 3º. Que se trate de una sustancia prohibida penalmente.

prohibido por el artículo 368 del CP[254]. Según este criterio se considera droga toda sustancia, natural o sintética, cuya ingesta provoca en el organismo humano el fenómeno de la llamada dependencia[255], que puede ser física u orgánica (pudiendo generar síndrome de abstinencia[256]), y/o psicológica (necesidad de seguir consumiéndola) y produce tolerancia[257] (tendencia a aumentar la dosis para alcanzar los efectos deseados[258]).

En virtud de la definición ofrecida por la OMS, para considerar a una sustancia concreta como droga habrá de acreditarse que ésta sea capaz de producir adicción, ya sea física o psíquica, resultando determinante la influencia o efectos que ésta ejerce sobre el organismo alterando su normal

[254] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: parte especial*, 2013, p. 619. En la misma línea JOSHI JUBERT *Los delitos*, op. cit. p. 61, sostiene que la elaboración de un concepto jurídico-penal de sustancia tóxica, estupefaciente o psicotrópico habrá que partir del concepto médico-farmacológico por ser en ese ámbito donde se estudian las cualidades, naturaleza y efectos que sobre el organismo humano ejercen estas sustancias psicoactivas. Si bien esta primera aproximación conceptual debe delimitarse por las concretas finalidades propias del Derecho penal. Se trataría de configurar un concepto de base médico-farmacológico dentro de la legalidad vigente, orientado a las finalidades del Derecho penal.

[255] La dependencia es el hábito farmacológico que se puede crear en el organismo por el uso y/o abuso de una sustancia psicoactiva. Los elementos principales de la dependencia son: 1) el refuerzo que el hábito mismo proporciona al usuario; 2) el vacío o deficiencia del que es síntoma; 3) la sintomatología concreta que se deriva de interrumpir su uso, es decir, el síndrome de abstinencia. Hoy en día, se presenta este último elemento como el más decisivo, en cambio, términos como drogodependencia o toxicomanía, son desconocidos hasta hace escasamente un siglo, mientras que las drogas y su consumo libre existen desde hace milenios. ESCOHOTADO ESPINOSA, *Aprendiendo de*, op. cit. p. 29.

[256] Una sustancia psicoactiva tiene síndrome abstinencial cuando, administrada en dosis suficientes durante un periodo de tiempo lo bastante largo, produce un cambio en el metabolismo, y si deja de consumirse desencadena una serie de reacciones mesurables. ESCOHOTADO ESPINOSA, *Idem*, p. 38.

[257] Puede definirse la tolerancia como la capacidad del organismo para adaptarse a su estado de intoxicación. Existen drogas con un factor de tolerancia alto, como el alcohol y el café, es decir sustancias a las que el organismo puede ir acostumbrándose poco a poco, por lo que presenta muchos menos riesgos de intoxicación aguda. Y drogas con un factor de tolerancia bajo, como los barbitúricos, cuyo uso repetido no ensancha el margen de seguridad de la sustancia. En todo caso, los extremos cuantificables del efecto producido por las drogas, y a los que, por tanto, hay que prestar atención son: margen de seguridad, tolerancia y coste psicofísico (efectos secundarios o indeseados, tanto físicos como psíquicos). ESCOHOTADO ESPINOSA, *Idem*, pp. 21-22.

[258] Con base en el concepto médico-farmacológico señalado, MAGAZ, *Narcotráfico y drogas de abuso*, 2013, p. 33, define el concepto droga como: *"Toda sustancia, lícita o ilícita, que introducida en el organismo mediante cualquier vía de administración le crea al individuo una adicción y dependencia, ya sea física o psíquica, o ambas, si se consume con reiteración, además de alterarle el sistema nervioso central y modificar la función del juicio, del comportamiento o del ánimo de la persona consumidora"*. En cuanto a los distintos rasgos definitorios del concepto farmacológico de droga, GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit. p. 171, señala que para poder considerar una sustancia como *"droga"* será fundamental el cuadro médico de posibles efectos que puedan llegar a producir en el organismo del usuario, y especialmente, el grado de dependencia que pueden provocar su uso.

funcionamiento. Sin embargo, la peligrosidad o nocividad no se considera una nota esencial del concepto droga, sino más bien se relaciona con el abuso de éstas, es decir, todo depende de la dosis ingerida. Por tanto, la peligrosidad debería vincularse al consumo abusivo y desproporcionado de una sustancia psicoactiva, pero no al concepto mismo de droga, al existir la posibilidad de consumos no abusivos que pueden resultar no peligrosos[259].

Otro de los problemas del concepto proporcionado por la OMS es que no toda sustancia a la cual se considera droga cumple esos requisitos. Incluso, existen otras sustancias, como el tabaco[260] o el alcohol[261], que cumplen todos los requisitos y no se califica como droga por consideraciones sociales y tal vez económicas[262]. Normalmente, el argumento que utilizado por el prohibicionismo internacional para justificar

[259] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. p. 28, considera que en nuestra sociedad se tiende a asociar los efectos de una droga con los derivados del uso abusivo de la misma, olvidando que también se producen multitud de usos o consumos conscientes, individuales y controlados entre adultos, es decir, resulta erróneo mantener que resulta siempre reprochable el uso no terapéutico de las sustancias psicoactivas, es posible la existencia de consumo lúdicos o recreativos que no resulten problemáticos para el individuo y la propia sociedad. *Idem*, pp. 39-40.

[260] La adicción a la nicotina es una de las adicciones más graves, siendo la primera causa de muerte evitable en el mundo. En nuestro país el tabaquismo produce 45.000 muertos al año. De cada mil muertes que se producen al año en España, sólo 1 es debida a las drogas prohibidas, y 135 a causa del tabaco. GABRIEL RUBIO, *Todo sobre*, op. cit. pp. 111 y 112. Para mayor detalle de los daños físicos producidos por el tabaco en la salud vid. *Idem*, pp. 122 y ss.

[261] Es difícil encontrar algún órgano, aparato o sistema de nuestro organismo que no se dañe por el abuso de alcohol. El alcohol daña todo el aparato digestivo, desde la boca hasta el ano, pasando por el esófago, el estómago, el hígado, el páncreas y el intestino. También daña sistema nervioso, el cerebro, el sistema muscular, el corazón, las arterias y un largo etcétera, además desencadena tumores y cáncer. Por eso se dice que el alcohol es uno de los mayores problemas de salud en todo el mundo. GABRIEL RUBIO, *Todo sobre*, op. cit. pp. 151-152. Para un mayor detalle de las complicaciones crónicas producidas por el alcohol en el organismo vid. *Idem*, pp.151 y ss.

[262] GALLEGO SOLER, *Contexto del tratamiento*, op. cit. p. 516. En ese mismo sentido vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit. p. 619. También en la misma línea ACALE SANCHEZ, *Drogas tóxicas*, op. cit. p. 82, afirma que no debería ser típico el tráfico de sustancias como el hachís que no causa más daño a la salud que drogas de curso legal como el tabaco. Se debería exigir las drogas blandas prohibidas produzcan tolerancia y dependencia o adicción física o psíquica pues, de otro modo, no entrarían dentro del propio concepto de drogas tóxicas y, por tanto, no podrían poner en peligro el bien jurídico protegido salud pública. En ese sentido JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 67-68, sostiene que existen importantes limitaciones a la extensión de este concepto médico-farmacológico, en primer lugar, excluye a las drogas legales como el tabaco y el alcohol, en segundo lugar, las sustancias de consumo ilegal deberán causar un daño considerable a la salud pública, y en tercer lugar, tampoco deberían incluirse en el art. 368 aquellas sustancias que a pesar de estar recogida en los listados internacionales produzca un riesgo insignificante para la salud pública.

esta contradicción no es otro que indicar que se trata de *"sustancias entrañables"* para la cultura occidental por ser consideradas como socialmente aceptadas, con independencia de concurrir en ellas todas las notas características del concepto farmacológico de droga (crear adicción física o psíquica, tolerancia, alterar organismo y comportamiento[263]).

El concepto de adicción, data del año 1957, fecha en la que un Comité de Expertos consideró oportuno distinguir entre drogas que producen hábito y drogas que producen adicción, definiendo la adicción como: *"Estado de intoxicación crónica y periódica originada por el consumo repetido de una droga natural o sintética, caracterizada por: compulsión a continuar consumiéndola, tendencia al aumento dosis, dependencia física y psíquica, y consecuencias perjudiciales para la sociedad y el individuo"*.

En cambio, el simple hábito era: *"un estado debido al consumo repetido de una droga"*, se alude a *"deseo"* en lugar de *"compulsión"*, con cierta dependencia psíquica pero no física, y con consecuencias perjudiciales solo para el individuo y no para la sociedad. Evidentemente, el Comité entendía que las drogas legales eran productoras de simple hábito, mientras que las prohibidas producían todas adicción[264].

[263] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. p. 29.

[264] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 897-898, critica este autor que resultaba absurdo clasificar las anfetaminas en el grupo de drogas con poca tendencia al aumento de dosis, recordar que en ese año eran legales y se vendían en farmacias, y era groseramente inexacto negar el carácter adictivo a todos los somníferos y sedantes legales. Nada de ese pronunciamiento parecía técnicamente admisible. No era farmacología ni ciencia social ni Derecho, las distinciones entre "compulsión" y "deseo"; o entre "intoxicación crónica" y "estado debido al consumo repetido" eran arbitrariedades cuando no meros juegos de palabras. En cuanto al término dependencia ROMANI, Drogas: entre la intervención y la normalización. *Los agentes sociales ante las drogas*, 1998, p. 65, realiza un planteamiento biológico-cultural de dicho término, señalando que*:" El hombre es un ser dependiente por naturaleza,…, es un animal con una programación genética abierta, con una orientación muy general a sus instintos, que es modelado de una manera muy decisiva por su cultura, gracias principalmente al largo periodo de crecimiento que le caracteriza. Esta dependencia del medio ambiente sociocultural es un aspecto radical en su vida, por lo cual lo que debemos plantearnos es como gestionar de la manera*

2.2 La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales

Los valores mantenidos por cada sociedad, en cada época y en cada lugar, han influido, de forma notable, en la aceptación o rechazo de una determinada sustancia psicoactiva. El hecho de que ésta sea aceptada-legalizada o rechazada-prohibida va a influir de forma determinante en los patrones de consumo, pudiendo ser tan decisivo como sus propiedades farmacológicas intrínsecas. Es decir, las distintas circunstancias que caracterizan a cada territorio en cada momento de su historia determinan las pautas de administración de cada sustancia, y las condiciones de acceso a su consumo (legal o ilegal) resultan tan decisivas como lo materialmente consumido[265].

La clasificación que distingue, en la actualidad, entre drogas legales o socialmente aceptadas y drogas ilegales o no institucionalizadas prescinde de los rasgos farmacológicos de las distintas sustancias psicoactivas, sin prestar atención a la naturaleza intrínseca de la sustancia y a los distintos efectos que sobre el organismo humano produce su ingesta. Se utilizan, por tanto, otra serie de criterios ajenos a la idea de nocividad de la sustancia en cuestión, con la consecuencia de que algunas de las sustancias consideradas de ilegales, no presentan mayor problema que el de

más positiva posible para el individuo y la sociedad las dependencias que configuran nuestra vida cotidiana. Es en este contexto donde debemos situar el tema de las posibles dependencias a drogas."

[265] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Aprendiendo de*, op. cit. pp. 22-25, pone el autor los siguientes ejemplos que resultan ilustrativos: En la antigüedad, en Rusia beber café se castigaba con pena de tortura y mutilación de las orejas. En los 50 años que estuvo prohibido era frecuente que los consumidores de café lo bebieran por litros, entrando en estado de gran excitación, lo que hacía pensar a las autoridades que esa sustancia creaba un ansia irreprimible. En el Perú de la cultura inca, las hojas de coca se reservaban en exclusiva a la corte, siendo un símbolo del Inca. Durante el siglo XIX el opio en la India no estaba prohibido, mientras que en China se castigaba su uso con la pena de muerte. Pues bien, en la India se produjo un número incomparablemente inferior de usuarios abusivos que el producido en China.

ser tachadas de ilegales[266].

El objetivo declarado de las resoluciones internacionales era contribuir a proteger la salud pública mundial, mediante la prohibición de *"algunas sustancias psicoactivas"* consideradas perniciosas para la salud. Ahora bien, para ser legítimo tal objetivo se debería haber demostrado que las sustancias prohibidas son más perjudiciales que el resto de las sustancias no prohibidas por considerarse su consumo aceptado socialmente. Por tanto se podría exigir a los citados Tratados Internacionales que explicarán con claridad cuáles son las razones por las que se prohíbe determinadas sustancias y otras no y cuáles son los daños que se entiende que las mismas producen en la salud de los usuarios y/o abusadores.

Las sustancias que se declaran prohibidas sólo tienen un denominador común: el ser seleccionadas basándose en criterios aún no definidos pues no existe ninguna característica intrínseca a las sustancias prohibidas que las distinga por si misma de las declaradas no prohibidas. Sin embargo a pesar de la falsedad de tal distinción, ésta ha cumplido y sigue cumpliendo su papel: el de servir de elemento diferenciador, no entre

[266] PRIETO RODRIGUEZ, *El delito*, op. cit. pp. 41 y 54, sostiene que el alcohol encaja perfectamente dentro del concepto farmacológico de droga. Por lo que para justificar su legalidad se acude a razonamientos que no se basan en los efectos o naturaleza misma de la sustancia, sino en criterios muy diferentes. Así, la OMS alude a *"sustancias entrañables"* para la cultura occidental, aunque resulten más nocivas para la salud que otras sustancias que sí se prohíben penalmente. En ese mismo sentido, ponen de manifiesto ARANA y VEGA, *"La esquizofrenia de las drogas legales o la cuadratura del círculo: entre promoción y prevención."* Los agentes sociales ante las drogas, 1998, pp. 151-152, que mientras la sociedad anda preocupada por la *"droga"*, el gran negocio de las sustancias legales dispone de importantes recursos para defender y propagar sus intereses, por encima de los derechos de salud de las personas. Precisamente las drogas que más perjuicios causan en la población son: tabaco, alcohol y psicofármacos legales. La aceptación de estas drogas puede venir favorecida porque en el *"imaginario"* social estas sustancias, al no ser perseguidas penalmente como las drogas ilegales, se consideran que no son *"drogas"*.

sustancias, sino entre los consumidores de éstas[267]. La prohibición de algunas sustancias psicoactivas ha surgido y se ha desarrollado a través de afirmaciones que no tienen base científica alguna, bajo el pretexto de proteger la salud pública, pero adoptando políticas que han influido negativamente en la protección de ésta[268].

Además, hay que tener en cuenta que la cuestión económica tiene gran importancia en el desarrollo de la industria farmacéutica, y en ocasiones, los intereses económicos de éstas no coinciden con las necesidades sanitarias de la humanidad. El mercado farmacéutico tiene sus propias peculiaridades pues en él no se compite por los precios, sino por sacar nuevos productos, cada vez más caros, que sustituyan a los antiguos[269].

La distinción entre drogas legales e ilegales, impuesta por los países poderosos en todo el mundo, supone una forma de opresión cultural y económica sobre los países menos desarrollados, al establecerse un sistema de control internacional que obliga a reprimir el tráfico y consumo de sustancias connaturales a determinadas culturas no occidentales, como por ejemplo el uso de la hoja de coca en Bolivia[270]. Mientras resulta totalmente legal, y socialmente más que admitido, que sustancias como el tabaco o el alcohol, de las que ya se ha probado científicamente su alto grado de

[267] GONZALEZ ZORRILLA. *Política (s),* op. cit. pp. 240-243, señala que esta distinción resulta altamente cuestionable pues no se basa en criterios científicos relacionados con la salud de las personas, realizándose con criterios no definidos, y acudiendo a definiciones tautológicas: la ley prohíbe las sustancias susceptibles de abuso; por abuso se entiende cualquier uso de sustancias prohibidas. O también la "*trampa semántica*" de decir: algunas sustancias están prohibidas porque son estupefacientes; se les llama estupefacientes porque están prohibidas.

[268] MANJÓN-CABEZA, L*a solución*, op. cit. p. 22.

[269] ARANA y VEGA, "*La esquizofrenia*", op. cit p. 166.

[270] Su consumo se relaciona con la necesidad de soportar durísimas jornadas laborales, de engañar el hambre y de aliviar el mal de montaña, además de poseer diversas propiedades medicinales. En este sentido vid. MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 129 y ss.

dependencia y toxicidad para la salud, sean legales.

Un ejemplo más de que el prohibicionismo se construyó ajeno a la evidencia científica, es que ya en la Convención de 1961, la heroína y la planta de cannabis y sus derivados se incluyeron en la misma lista, en concreto en la Lista I, la de fiscalización máxima y prohibición absoluta, por entenderse que se trata de sustancias de máxima peligrosidad; esta equiparación, a efectos de producir daños en el organismo humano, entre heroína y cannabis es tan injusto como absurdo, desde un punto de vista médico-farmacológico[271].

La actual clasificación entre drogas legales e ilegales se limita a señalar que son estupefacientes las drogas prohibidas, y no estupefacientes las autorizadas, al margen de sus efectos psicofísicos, de la biología y la persona. De ahí, que compuestos químicos distintos reciben el mismo tratamiento, mientras que compuestos parejos reciben distinto trato. Una clasificación, científicamente correcta, de las distintas drogas o sustancias psicoactivas debería ordenarse atendiendo a su psicoactividad. Siguiendo este criterio, se podrían distinguir tres grandes grupos de sustancias:

a) Aquellas sustancias que proporcionan algún tipo de paz interior, relacionadas con el alivio del dolor tanto físico como mental o sentimental.

b) Aquellas sustancias que proporcionan algún tipo de energía en abstracto, como medio para vencer el cansancio, la pereza, la impotencia, o incluso, el aburrimiento.

[271] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. p. 50.

c) Aquellas sustancias que producen alteraciones de la conciencia y del ánimo, y que excitan e inducen a viajes en la propia mente. De ahí que se llamen fármacos visionarios[272].

En definitiva, los organismos internacionales fiscalizadores del tráfico de drogas nunca se han sentido obligados a justificar científicamente sus decisiones y recomendaciones. No hay que olvidar, que no fueron farmacólogos, químicos o médicos quienes, en virtud de razones relacionadas con la química o con la farmacología o con la toxicología, establecieron la distinción entre sustancias licitas o ilícitas, prohibiendo estas últimas. Por tanto, la autoridad internacional en la materia mantiene un concepto *afarmacológico* de drogas, según el cual, son peligrosas y merecedoras de control penal las drogas consideradas como prohibidas. En consecuencia, es la propia prohibición lo que determina la naturaleza farmacológica de una sustancia, en lugar de ser esa naturaleza lo que determine la prohibición[273].

Hay que alejarse de la actual distinción entre drogas legales e ilegales pues no se justifica científicamente, ni por la capacidad adictiva ni por la mayor o menor nocividad para la salud de las distintas sustancias. Solo obedece a nuevas formas de opresión cultural y económica de los países poderosos sobre los menos desarrollados, siendo las políticas de tipo preventivo seguidas, con éxito, para el tabaco y el alcohol las que debieran

[272]ESCOHOTADO ESPINOSA, *Aprendiendo de*, op. cit. pp. 33-34. Para una completa clasificación de las drogas desde el punto de vista de su fenomenología vid. ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia General*, op. cit. pp. 1175-1357.
[273] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia General*, op. cit. pp. 900 y 907.

condicionar una política unificada hacia todas las demás sustancias psicoactivas[274].

3. El concepto internacional de droga

En España los partidarios del concepto internacional de droga consideran que el artículo 368 del CP es una norma penal en blanco[275], resultando obligatorio acudir al elenco de sustancias psicoactivas prohibidas contenidas en los listados de los convenios internacionales[276] ratificados por España, al haber sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico interno y adquiriendo fuerza de ley, en virtud del artículo 96. 1 de la CE. De esta forma, serán drogas ilícitas, y por tanto, prohibidas

[274] DIEZ RIPOLLÉS, *Política criminal y derecho penal*. 2013, pp. 817 y ss, indica que el tema de las sustancias psicoactivas debe plantearse en el marco de una política integrada que incida sobre todas las fases desde la producción hasta el consumo. La política represiva ha demostrado claramente su fracaso, procede orientar los esfuerzos en actuaciones de tipo preventivo y asistencial, que incida sobre la demanda de drogas y no sobre la oferta, como ha sucedido hasta ahora. Considera DIEZ RIPOLLÉS, que sería necesario prescindir del enfoque represivo penal o cambiar sustancialmente su configuración. Esta idea se encuentra presente desde hace ya décadas en algunos foros europeos que solicitan la despenalización en términos de eficacia, es decir, se ha entendido que el fenómeno de las drogas a escala mundial, ya no reside sólo en los daños derivados de su consumo sino también en el nacimiento y desarrollo de poderosas asociaciones de narcotraficantes que afectan o afectarán a la organización institucional de algunos Estados, y en definitiva a todo el mundo democrático.

[275] Como afirma RODRIGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2010, p. 58, la norma penal en blanco se caracteriza por no incluir en la descripción típica todos los elementos que definen la conducta delictiva, remitiéndose, expresa o tácitamente, a otras leyes no penales que configuran tales elementos. Este tipo de preceptos suele criminalizar conductas ya protegidas en otros ámbitos del ordenamiento jurídico precisamente para "*sobreprotegerlas*".

[276] La Convención Única de 1.961sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972 (BOE de 4 de noviembre de 1981) en su artículo 1, apartado j) considera estupefaciente "*cualquiera de las sustancias naturales o sintéticas de las Listas I y II*." El Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 (BOE de 10 de septiembre de 1976), en su artículo 1, apartado e) entiende por sustancia psicotrópica "*cualquier sustancia natural o sintética de la Lista I, II, III y IV*". La Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (BOE de 10 y 24 de noviembre de 1990) se remite a los listados de las Convenciones anteriores, a la hora de definir éstas. Las citadas normas internacionales fueron adaptadas a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre estupefacientes, que en su artículo 2.1 establece que: "*a los efectos de la presente ley se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las Listas I y II anexas al Convenio Único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional"* (BOE de 11 de abril de 1967). El resto de listados de sustancias fueron incorporadas a nuestro derecho interno a través del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, recogiendo en su anexo I una serie de sustancias que coinciden literalmente con las establecidas en las Listas I, II, III, y IV del Convenio de 1971.

penalmente, solo aquellas que vengan recogidas en estos listados de ámbito internacional[277].

Según esta posición, resulta imposible construir un concepto jurídico-penal de droga, pues ha sido voluntad del legislador que el juzgador se remita necesariamente a la clasificación por elencos de sustancias contemplados en los anexos de los convenios internacionales en la materia, al ser éstas y sólo estas, las que se consideran prohibidas penalmente. A esta concepción se le ha denominado *definición rígida o por elencos de sustancias*[278].

Como vemos se utiliza el método tópico para concretar lo que se ha entender por droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica. De esta forma será droga ilegal la que se encuentre incluida en los listados anexos de las convenciones internacionales en la materia, sin más. En principio, puede parecer que un sistema de Listas cuyo contenido se puede conocer de antemano puede proporcionar cierta seguridad jurídica, resultando más acorde con el principio de legalidad. No obstante, se plantea la duda de si es necesario que las referidas sustancias recogidas en los convenios contengan un porcentaje psicoactivo mínimo para ser consideradas ilegales o, por el contrario, su mera adscripción a un determinado listado le confiere

[277] En el sentido de considerar al artículo 368 CP como una ley penal en blanco vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal Español. Parte Especial*, 1989, pp. 1070-1071. MONTERO LA RUBIA, *Delitos contra la salud pública*, 2007, p. 16. Aunque hay autores como DE LA CUESTA, ¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal. En *Drogas, Sociedad y Ley*, 2003, p. 24, que si bien consideran que la seguridad jurídica de los ciudadanos queda mejor garantizada si se cuenta con listas públicas y permanentemente actualizadas de las sustancias que se consideran drogas. No obstante, y partiendo de dichas listas, sería conveniente exigir también que se trate de una sustancia que responda al concepto médico-farmacológico de droga.

[278] MOLINA MANSILLA, *El delito*, op. cit. p. 48. En esta misma línea SERRANO GÓMEZ, *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, 2012, p. 531, al considerar que habrá que entender como estupefacientes las sustancias psicoactivas incluidas en las listas I y II anexas al Convenio de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente dentro de España.

ya ilegalidad con independencia del porcentaje de principio activo que tenga la sustancia[279].

El sistema de Listas fue inaugurado en la Convención Única de 1961, momento en el que también apareció por primera vez la distinción entre uso y abuso, diferenciación alejada de criterios farmacológicos, pues era posible considerar que un sujeto incurría en abuso tomando una sola vez determinada sustancia y en dosis prudente. Mientras que otro sujeto podía tomar determinadas sustancias sin medida ni control, incluso llegando a la muerte por sobredosificación, y ser considerado de simple uso.

En definitiva, con la actual regulación, lo que distingue el uso y el abuso de drogas es, en exclusiva, la autorización legal, por lo que nunca podrá existir abuso cuando la sustancia sea entregada a una persona o empresa para uso médico o investigación científica. A *sensu contrario*, será siempre considerado como abuso cualquier empleo tradicional y el lúdico o recreativo de sustancias psicoactivas ahora prohibidas, pero que durante décadas habían venido usándose, y muchas de ellas como auténticas panaceas terapéuticas[280].

[279] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. p. 52, argumenta que las consecuencias del sistema tópico serían: 1º) El ámbito de lo típico, en este delito, puede llegar a depender de disposiciones de rango administrativo dado que a través de una orden ministerial es posible ampliar el objeto material del delito, 2º) Los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para la validez de las normas penales en blanco concurren de forma dudosa en el artículo 368 C.P., 3º) Los cambios legislativos no penales podrán afectar al concepto penal de droga y al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, 4ª) Las sustancias no incluidas en dichos listados no serán objeto del delito, aún resultando nocivas para la salud. *Idem*, pp. 55-57.

[280] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 756-757, explica que el hecho que un sujeto utilice un opiáceo para superar una crisis aguda, y luego lo abandone, resulta impensable para el prohibicionismo, y sin embargo, se trata del principal uso para este tipo de sustancias desde el origen de los tiempos, y tales casos constituían la regla general antes de la prohibición. Incluso cuando el estigma social y las condiciones de acceso a estas drogas habían convertido su consumo en algo diabólico, los casos de abandono voluntario seguían superando en gran medida a aquellos donde se alegaba una adicción irresistible desde el primer uso. *Idem,* pp. 739-740.

Dada la importancia conferida, especialmente por la jurisprudencia del TS, a los listados de sustancias ilícitas contenidos en los convenios internacionales, resulta necesario detenernos, brevemente, en las características de éstos. Así, observamos como en el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, firmado en Viena en 1971, no afectaría a lo dispuesto en la legislación anterior, es decir, a la Convención Única de 1961. Procediendo a añadir al cuadro de sustancias prohibidas a las anfetaminas y al THC, principio activo del cannabis y derivados. El preámbulo del Convenio de 1971 es casi idéntico a la Convención Única de 1961, al señalar que los Estados se declaran *"preocupados por la salud física y mental de la humanidad"*, aunque cambia la expresión estupefaciente por la de sustancia psicotrópica, no hay definición de lo que se debe entender por ésta, así que será cualquiera incluida en las listas I, II, III, IV:

- **Lista I**. Es la dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia, combinando tanto sustancias naturales como sintéticas. En esta Lista I, prácticamente todas las sustancias psicoactivas incluidas no crean una gran adicción y tolerancia, siendo de toxicidad baja (proporción entre dosis activa y dosis letal). Además, las sustancias pertenecientes al primer nivel de peligrosidad, eran científicamente prometedoras, tanto a nivel terapéutico, como para un mejor conocimiento del sistema nervioso.

Como señala ESCOHOTADO, hubiese sido más congruente, que los organismos internacionales declararan que algunos fármacos se consideran espiritualmente subversivos y por eso se prohíben, en lugar de utilizar el pretexto de que la fiscalización sobre los estupefacientes se extendía también a las sustancias psicotrópicas, básicamente, porque

quedaron fuera muchos psicofármacos creadores de tolerancia y en algunos casos de adicción, especialmente tranquilizantes distintos al *meprobamato* y los neurolépticos, que en ese momento eran (aparte del alcohol, el café, el té o el tabaco) precisamente las drogas más vendidas del mundo. De este modo, la comunidad internacional aceptaba, una vez más, las pautas marcadas por EE.UU, que eran prohibir el uso médico de los fármacos psiquedélicos, haciendo prácticamente imposible cualquier experimento científico sobre ellos[281].

- **Lista II**. Las sustancias comprendidas en ésta no son homogéneas, resultando necesario distinguir entre las anfetaminas -sustancias capaces incidir de forma estimulante sobre el sistema nervioso central y que crean muy altos índices de tolerancia pero no adicción- en sentido estricto, de la *fenmetracina*, que además de gran tolerancia es altamente adictiva. También se incluyen en esta lista otras sustancias como la *fenciclidina*, un agresivo alucinógeno utilizado en veterinaria con un elevado índice de toxicidad. Las sustancias de la Lista II tienen en común su alta toxicidad, es decir, su abuso provoca quizás el máximo grado de deterioro en el organismo humano de todas las sustancias recogidas en los cuatro listados anexos de los Convenios internacionales que rigen en la materia[282].

[281] Como argumenta ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 889- 892, con tal clasificación, se incumplía la expresa declaración del preámbulo del Convenio, al "*reconocer que es indispensable y no debe restringirse indebidamente la disponibilidad de sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos*"; al no resultar compatible con la restricción establecida por el articulo 7 a los fármacos de la Lista I, que establece: "*Las partes prohibirán todo uso excepto el que con fines muy limitados hagan personas debidamente autorizadas en establecimientos médicos o científicos que estén bajo fiscalización directa de los gobiernos*". El problema en la práctica será que ningún laboratorio legalmente registrado se atreverá a iniciar los complejos y costosos trámites necesarios para poder llevarlo a efecto. En cambio, las sustancias de las Listas II, III, y IV, aún siendo mucho más toxicas y más adictivas, se establece en el artículo 5.2 que*: "Cada una de las Partes limitará a fines científicos o médicos, por los medios que estime apropiados, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, las existencias, el comercio, el uso y la posesión de estas sustancias"*, es decir, se establece un control menos rígido que el anterior.

[282] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 889.

- **Lista III y Lista IV**. Se recogen todos los derivados del ácido barbitúrico o productores de una acción depresora o reductora de la conciencia, incluyendo las sustancias con las que se pueden formar alguna de las anteriores[283]. Las sustancias aquí incluidas tienen todas en común crear tolerancia e inducir a una dependencia física bastante alta, con síndromes abstinenciales graves e intensos, especialmente, los barbitúricos. El menoscabo orgánico que producen es apenas inferior al de las sustancias de la Lista II, y su toxicidad bastante superior[284].

En España, el juzgador se ha decantado por la utilización de las listas anexas de los convenios internacionales sobre la materia para determinar, en el caso concreto, si la sustancia aprehendida debe ser calificada de droga prohibida o no, resultando necesario que éste conozca exactamente la composición y las características de tal sustancia, conocimiento que obtendrá a través del dictamen pericial de expertos solventes. En este sentido, y en virtud del principio de proporcionalidad, sólo podrá considerarse objeto material del delito aquellas sustancias prohibidas que sean susceptibles de causar daño a la salud, descartando aquellas que por su nimiedad o insignificancia no alcanzan tal consideración. Por tanto, para que una sustancia pueda merecer la consideración de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica es imprescindible que cause algún perjuicio a la salud, pues, en caso contrario, su difusión, difícilmente, podría suponer un peligro para la salud pública[285].

[283] GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit pp. 184-185. Para la concreta enumeración de todos los estupefacientes contenidos en las distintas listas vid. GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit. pp. 178 a 191.
[284] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 889.
[285] ORTS BERENGUER, *Derecho penal. Parte especial*, 2010, pp. 617-618. En ese mismo sentido, afirma RODRIGUEZ NUÑEZ, *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, 2012, p. 620, que debido a las constantes novedades en el mercado negro, especialmente de drogas de diseño, no es posible atenerse a un estricto concepto normativo de droga que podría dejar fuera del ámbito típico demasiadas

Una concepción de droga de carácter internacional viene recogida en el artículo 2 del Real Decreto 1195/2011, de Lucha contra las Drogas, al establecer que, tendrán esta consideración las sustancias que cumplan todos o alguno de los siguientes requisitos: a) Tener semejanzas con otras sustancias psicoactivas conocidas; b) Tener cierta utilidad terapéutica; c) Fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de la Unión Europea o por los Organismos internacionales; d) La concurrencia de otros criterios validos para fundamentar la fiscalización como estupefaciente en nuestro país de nuevas sustancias[286]. Cuando se produzca una incorporación de una nueva sustancia a un convenio, para que tenga efectos en España, será necesario un acto de incorporación a nuestra legislación, realizándose normalmente a través de una Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo[287].

En este sentido, señala JOSHI JUBERT que los preceptos relativos al tráfico de drogas deben ser interpretados de acuerdo con lo dispuesto en los convenios internacionales en la materia. En cambio, respecto a la normativa extrapenal emanada dentro del Estado, los tribunales no están vinculados si bien pueden acudir a ésta a modo interpretativo, siempre que se respeten los principios generales y se desarrolle dentro de un concepto penal de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica[288].

---

conductas, por lo que, para que una sustancia sea considerada droga bastará que en el informe técnico de toxicología sean detectadas las características de ésta.

[286] RODRIGUEZ NÚÑEZ, *Delitos*, op. cit. p. 620.

[287] El Tribunal Constitucional admitió la constitucionalidad de la remisión al ordenamiento jurídico como forma de colaboración reglamentaria en materia sancionadora. Si bien se establecen límites a la técnica de remisión que consisten en la exigencia de que la norma remisora contenga los *"elementos esenciales de la conducta"*. STC 3/1988, de 21 de enero, y STC 127/1990, de 5 de julio. En este sentido vid. MARTINEZ PARDO, *Los delitos*, op. cit. p.21.Tambien en este sentido sostiene MOLINA MANSILLA *El delito*, op. cit. p. 53, que este conflicto ha sido resuelto también por el Tribunal Constitucional (STC de 16 de septiembre de 1992) que considera posible tal remisión cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el reenvío sea expreso; que sea justificado en virtud del bien jurídico protegido y que la ley, además de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición, satisfaciendo la exigencia de certeza.

[288] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. p. 60.

Las principales ventajas del concepto internacional de droga, como señala GALLEGO SOLER, es que se consigue la *"homogeneización en la represión"*, pues se obtiene una definición de las mismas sustancias y del mismo modo, en el ámbito mundial. En cambio, el principal problema que plantea es que podemos encontrar sustancias con toxicidad probada que no están incluidas en la legislación internacional[289] y que, por tanto, no se puede considerar delito su tráfico al no tener la consideración de estupefaciente, psicotrópico o precursor[290].

Para que una sustancia pueda estar incluida en los elencos de los textos internacionales en la materia, se debería exigir que exista cierto grado afectación a la salud individual, así como, que su consumo indiscriminado y generalizado podría suponer un problema de orden público. En este sentido, se puede afirmar que el concepto internacional de droga deberá partir y estar basado en el concepto médico-farmacológico[291].

También se han planteado dudas en cuanto a su posible conflictividad con el principio de legalidad en diferentes aspectos: en primer lugar, por la ausencia de un reenvío normativo expreso en el tipo

[289] El Resumen Ejecutivo del Informe Mundial Sobre las Drogas de 2015 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), señala que distintos países han informado de que las nuevas sustancias psicoactivas continúan proliferando en el mercado negro, tanto en cantidad como en diversidad. En diciembre de 2014, 95 países y territorios habían informado sobre un total de 541 nuevas sustancias psicoactivas al sistema de alerta temprana de la UNODC. El creciente número de nuevas sustancias psicoactivas disponibles en todo el mundo indica que el mercado de drogas sintéticas está cada vez más diversificado.

[290] GALLEGO SOLER, *Contexto del tratamiento*, op. cit. pp. 517-518. En ese mismo sentido sostiene ACALE SANCHEZ, *Salud pública*, op. cit. p. 80. *"…, lo que verdaderamente genera inseguridad jurídica es el que aparezcan drogas tóxicas de nueva configuración y que su elaboración o tráfico haya de quedar impune cuando las Listas internacionales no hayan sido oportunamente reformadas"*. En contra vid. PEDREIRA GONZALEZ, *El delito*, op. cit. p. 55, cuando señala que el sistema de Listas internacionales no sólo no genera inseguridad jurídica, sino que fomenta este valor esencial en un Estado de Derecho.

[291] GALLEGO SOLER, *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I, 2011, p. 625.

penal del artículo 368 del CP; en segundo lugar, por la indeterminación normativa existente respecto a lo que se debe entender por "*sustancia que causa grave daño a la salud"*; y por último, las dudas en torno a la validez de la inclusión de nuevas sustancias mediante una Orden Ministerial[292].

Según el concepto internacional de droga serán drogas ilegales todas aquellas sustancias que se encuentren incorporadas en las listas anexas a los distintos convenios internacionales y sus modificaciones suscritos por España en materia de tráfico de drogas, convirtiéndose en ley interna tras su ratificación y publicación, en virtud de mandato constitucional. De esta forma, se sancionan penalmente los comportamientos relacionados con las sustancias psicoactivas allí contempladas, comportamientos que también coinciden con los recogidas en el artículo 368 del CP[293].

El TS ha seguido, con casi total unanimidad[294], este concepto internacional de droga, siguiendo a la Circular 1/1.984 de la Fiscalía

[292] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. p. 103.

[293] Una de las Sentencias del Tribunal Supremo pionera en el establecimiento del concepto internacional de droga fue la STS 404/1989, de 22 de mayo, cuando sostiene*:"en nuestro país, como es sabido, al igual que sucede en otros, no se da un concepto jurídico-penal de drogas. Se sigue, por el contrario, un sistema enumerativo, bien por remisión a los Convenios internacionales, firmados y ratificados por España, y en vigor aquí, por haber sido publicados en el BOE, que utilizan el sistema de listas, o, respecto a nuevos productos, por la determinación por Orden Ministerial de sustancia estupefaciente o psicotrópica."* . Ya, posteriormente, podemos citar, por su relevancia, entre otras muchas, STS 457/1996, de 23de mayo de 1996. Y en mismo sentido, ya más recientemente, la STS 236/2011, de 8 de abril, resulta significativa al indicar, en su Fundamento de Derecho Único: "*el hachís es una sustancia estupefaciente sometida a control internacional incluido en las Lista I y IV de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes… El speed o sulfato de anfetamina es una sustancia psicotrópica recogida en la Lista II del Convenio de Viena de 1971… el derecho a un juicio justo que garantiza la Constitución Española y los Convenios Internacionales incorporados a nuestro ordenamiento por vía de ratificación"*. STS 236/2011, de 8 de abril. En el mismo sentido: STS 472/2013, de 14 de marzo.

[294] Así la STS 558/1996, de 11 de septiembre, constituye una de las pocas excepciones en que el Tribunal Supremo plantea dudas respecto al sistema de listados internacionales, al señalar: *"…lo que cuenta no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley plasmada en el texto del art. 344 del C.P. del cual no se desprende que haya de acudirse a los Convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para entender el sentido y alcance de las expresiones contenidos en dicho precepto penal, por lo que entienden que es en el citado artículo, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática donde hay que buscar el concepto de droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica,*

General del Estado, limitándose a lo dispuesto en las listas anexas a los convenios internacionales, una vez convertidos en derecho interno tras su publicación en el Diario Oficial[295]. Por tanto, las sustancias contenidas en tales listas resultan los posibles objetos materiales este delito[296]. Este concepto parte inicialmente de la concepción médica ya señalada, por lo que debería resultar indiscutible tanto la afectación a la salud individual, como el problema de orden público que su consumo pudiera suponer, para que una sustancia pueda estar o no incluida en los listados de las convenciones internacionales.

Dada la importancia del concepto internacional de droga resulta conveniente referirnos, brevemente, en los siguientes epígrafes, al origen de la prohibición mundial sobre determinadas sustancias psicoactivas, y cuáles fueron los criterios utilizados para la inclusión o no, en tales listados de las distintas sustancias. También se hará alusión al papel desempeñado por los EE.UU y por los organismos internacionales competentes en la materia en la conformación del actual concepto internacional de droga.

---

sin despreciar, lógicamente, el valor orientador o informativo que para el Juzgador han de tener las listas contenidas en los Convenios internacionales suscrito por España, en esta materias."

[295] A modo de ejemplo la STS 378/2006, de 31 de marzo, ponía de manifiesto que: "*Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el BOE-art. 96 CE- utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una determinada sustancia como psicotrópica o estupefaciente, lo que convierte al precepto del artículo 368 del CP en una norma penal en blanco que obliga a integrarla, en este caso, en cuanto al concepto de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicoactivas, con preceptos y normas extrapenales.*"

[296] BOIX REIG-JAREÑO LEAL, *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen II, 1996, pp. 1685-1686.

4. Evolución histórica de la prohibición mundial en materia de tráfico de drogas

Resulta significativo poner de manifiesto que, lo que hoy en día nos resulta evidente -tanto al legislador como a la sociedad en general- como es sancionar el consumo y tráfico de drogas, no lo ha sido en momentos históricos previos, aunque sustancias como el cáñamo, el opio y la coca hayan sido empleadas desde hace milenios. Durante gran parte de la historia, la costumbre de usar sustancias psicoactivas por razones religiosas, recreativas o terapéuticas, no se distinguía de cualquier otra costumbre, y no suscitaba problemas sociales y ni interesaban al Derecho[297].

Desde los inicios mismos del prohibicionismo, en el año 1912 en el que se firma en la Haya el primer convenio internacional sobre el control y fiscalización de opiáceos, los EE.UU de América aparecen como el principal impulsor de esta política intervencionista, acometiendo iniciativas internacionales las cuales no dejará de ejercer desde entonces, y que en la actualidad continua insistiendo. Con la firma del Tratado internacional del opio, EE.UU se asegura el control de los embarques internacionales del opio en bruto hacia los países que lo procesaban y, de esta forma, controlan el mercado. Se puede afirmar que en sus orígenes fueron motivos basados en intereses económicos y políticos los que determinaron la prohibición. En esa época el uso y tráfico de drogas no se concebía aún como un grave

[297] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, 2012, p. 27, afirma que: "*todo esto ocurría sin que la salud pública se resintiese de forma significativa. Pero a finales del siglo XIX empiezan a darse síntomas de una nueva cruzada con tintes moralizantes, racistas, económicos y políticos: el prohibicionismo echa a andar.*"

problema de orden mundial[298].

El año clave para el prohibicionismo fue el año 1919, tras la Primera Guerra Mundial con la firma del Tratado de Versalles, pues además del propio acuerdo de paz que determinaba el fin de la guerra, el reparto de territorios y el nacimiento de la Sociedad de Naciones (antecedente de lo que sería la ONU), se incluye en el artículo 23 del Pacto que a la Sociedad de Naciones se le confiaba la inspección general de los *"acuerdos relativos a la trata de mujeres y de niños y al tráfico de opio y demás drogas perjudiciales"*. De esta forma, los firmantes del Tratado de Versalles otorgan a la Sociedad de Naciones la posibilidad de fiscalizar internacionalmente el tráfico de drogas, convirtiéndose en el instrumento básico del prohibicionismo planetario[299].

Lo cierto es que en los inicios de la prohibición se tenían pocos conocimientos en torno a las drogas, pues la metodología en las ciencias sociales empíricas no estaba aún suficientemente desarrollada. Así, la creencia generalizada, en esa época, era que existía una especie de *"fuerza inherente"* en las drogas prohibidas que privaría de la vida y de la libertad a cualquiera que osara probarlas. Como consecuencia del razonamiento anterior, se pensaba, igualmente, que era impensable que una persona sana pudiera tener el deseo de utilizar una droga ilícita con fines recreativos, es

[298] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. pp. 23-24. Como pone de manifiesto MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. p. 22, cuando el prohibicionismo comienza su camino, a finales del siglo XIX y principios del XX, las razones de salud pública para nada aparecen, se incorporan más tarde, como justificación de las medidas fiscalizadoras y represivas tomadas previamente. Por tanto, se puede decir que la prohibición de algunas drogas se ha gestado y desarrollado en base a argumentos que prescinden totalmente de la evidencia científica, bajo el pretexto de proteger la salud pública, pero adoptando políticas que han incidido de manera nefasta en ésta.

[299] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 38-39, explica que: *"En definitiva, la prohibición se coló como un polizón en un tratado de fin de guerra y reparto de territorios, lugar muy inapropiado para ello, pero con la efectividad de pasar bastante desapercibido y de no ser discutido ni rechazado dada la relevancia de los intereses en juego. Así, un poco al descuido y sin reflexión alguna sobre el particular, Estados Unidos consiguió instalar el germen de la prohibición planetaria"*.

decir, tampoco se tenían conocimientos sobre las características de la demanda de drogas. Además, en esa época, se tenía gran fe en un estado fuerte capaz de controlar y fiscalizar todo el mercado de drogas ilegales[300].

Tras la II Guerra Mundial y la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU), los EE.UU logran aumentar su hegemonía tras la victoria conseguida por los aliados, lo que le permitió conseguir un mecanismo de aplicación de las resoluciones en materia de control del comercio de estupefacientes, con fuerza vinculante para los Estados firmantes y con un ámbito de aplicación prácticamente universal. Así, en el año 1961, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, con los objetivos fundamentales de: codificar en un solo cuerpo legislativo todas las normas de los anteriores tratados multilaterales existentes en la materia, simplificar y modernizar los mecanismos de fiscalización a través de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) y extender la fiscalización al cultivo de plantas que constituyen la materia prima de las drogas[301].

---

[300] SCHEERER, Prohibición de las drogas en sociedades abiertas. *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, 2003, pp. 58-59, pone de manifiesto que el gran error fue pensar que, para alcanzar el objetivo de la protección de los ciudadanos del riesgo de contacto con las drogas ilícitas, la planificación y organización de los estados modernos, junto a la cooperación internacional, serían capaces de determinar la demanda mundial y de dirigir la economía de las drogas, erradicando cualquier producción excedente. En ese sentido señala ESCOHOTADO, *Las drogas: de los orígenes a la prohibición*, 1994, pp. 92-93, que en 1919, cuando se gestó la prohibición, el número de habituados al opio y a la morfina en EE.UU se cifraba en 238.000, únicamente el 0,5 de la población de entonces. Además, con las drogas vendiéndose en las farmacias y droguerías no habían casos de sobredosis accidental, ni delitos cometidos por adictos, pero, en esa época, el fervor prohibicionista parece no detenerse ante nada. Al tiempo que se aplica una legislación represiva, el contrabando crece de forma vertiginosa y cambia el tipo de consumidor: si antes eran mayoritariamente gente de clase media, de más de 40 años de edad, y sin historial delictivo, ahora empieza a concentrase en gente mucho más joven y pobre, con antecedentes penales, y por tanto, con mayor facilidad de acceso al mercado negro.

[301] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. p. 25, explica que, en los convenios internacionales de 1961 y 1971, es ya donde los estados firmantes se obligan, aunque admitiendo excepciones derivadas del orden constitucional de cada Estado, a calificar como delitos tales conductas y, por tanto, a aplicar penas privativas de libertad, con lo que se pusieron los cimientos a nivel planetario para que los daños colaterales del prohibicionismo comenzaran a surgir y desarrollarse de forma preocupante en todo el mundo. Significativamente, al mismo tiempo que se establecen, a nivel mundial, los instrumentos para hacer efectiva la prohibición sobre las drogas, van surgiendo grupos de narcotraficantes organizados que

Esta línea prohibicionista y represiva aún se acentúa más con la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España en 1990. Conscientes los Estados firmantes del fracaso de las formas de represión adoptadas hasta entonces en las anteriores convenciones internacionales, el contenido de ésta contiene nuevas formas de represión como son: decomiso de los bienes procedentes del narcotráfico, control de los precursores, solventes y disolventes empleados para la producción de drogas ilegales, y en definitiva, se toman medidas tendentes a aumentar la eficacia de la estructura de Naciones Unidas en la fiscalización de éstas. Es decir, se refuerza aún con más intensidad el papel de las Naciones Unidas como principal centro de coordinación de la acción internacional contra el uso y tráfico de drogas[302].

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 complementa la normativa internacional existente hasta la fecha[303]. Las reglas de esta convención operan como "*reglas mínimas*" y los países firmantes deben adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como delito cuando se cometan intencionadamente alguna de las siguientes conductas:

- la producción, fabricación extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, corretaje, envío, envío en tránsito, transporte, importación o exportación de

ven en este negocio una fuente inagotable de enormes beneficios. El tráfico ilegal y el consumo de drogas crecen de forma espectacular en los años siguientes, surgiendo cada vez más drogas nuevas y más peligrosas, al tiempo que se acentúa la campaña internacional (siempre encabezada por EE.UU) de represión, promoviendo la adopción en los países latinoamericanos de legislaciones especializadas con gran carga punitiva para los comportamientos relacionados con el tráfico ilegal de drogas.

[302] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. p. 27.

[303] Los dos textos normativos anteriores que junto al mencionado constituyen la base normativa común internacional son: *la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961*, ratificada por España por instrumento de 4 de enero de 1977) y *el Convenio sobre Sustancias psicotrópicas de Viena de 1971*, ratificado por España por instrumento de 2 de febrero de 1973.

cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de los dispuesto en la Convención de 1961 o en el Convenio de 1971;

- el cultivo de la adormidera, arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes;

- posesión o adquisición de cualquier estupefaciente con el objeto de producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para la venta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones;

- la fabricación, transporte o distribución de precursores que se contienen en las listas del Convenio;

- la organización, gestión, o financiación de alguno de los delitos anteriores;

- la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos anteriores, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes;

- la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad reales de bienes o derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de algún delito tipificado anteriormente, o de un acto de participación en estos[304].

[304] GALLEGO SOLER, *Contexto del tratamiento*, op. cit. pp. 508 y ss.

El articulado del Convenio de Viena de 1988 manifiesta expresamente, que el Derecho penal, mediante la aplicación de penas privativas de libertad, debe ser el instrumento fundamental que utilicen los Estados firmantes en la lucha contra la difusión de drogas ilícitas en sus territorios. Además, el ámbito penal, debía alcanzar toda la amplitud posible de comportamientos asociados al tráfico de estas sustancias, estableciendo qué conductas se debían considerar agravatorias. Incluso, abre la posibilidad de castigar penalmente conductas asociadas al ámbito del consumo. Para tan ambicioso despliegue de persecución penal, el citado convenio solicitaba a los Estados la necesidad de desplegar medios procesales de investigación adecuados para así garantizar la eficacia de la punición, así como la cooperación jurídica internacional en la materia[305].

Como se puede observar, el elenco de acciones descritas en el articulado del Convenio de 1988, es muy generoso, incluyendo también cláusulas abiertas al estilo de "*entrega en cualesquiera condiciones*". El legislador penal español ha de recoger estas "*reglas mínimas*" en la punición del tráfico de drogas con reserva de sus principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico, labor que no resultara sencilla dada la amplitud en la redacción de este precepto, el cual permite incluir conductas de la más variada naturaleza, tipificando cualquier acto de promoción, favorecimiento o facilitación de de sustancias psicoactivas ilícitas[306].

[305] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. p. 57.
[306] PASTOR MUÑOZ, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Director: Jesús-María Silva Sánchez, 2011, p. 277, argumenta que de esta forma el Código Penal sigue un modelo de criminalización amplio que abarca un gran número de conductas relacionadas con el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas ilícitas, con excepción del autoconsumo. Además, se castigan los actos preparatorios (art. 373 C.P) y otros comportamientos que son previos a la comisión, estableciéndose penas elevadas. En definitiva, tenemos un modelo de tipificación acorde con la tendencia de los tratados internacionales en la materia a sancionar penalmente un amplio abanico de conductas. *Idem*, pp. 275-276. En el mismo sentido MONGE FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 2010, p. 375, señala que el legislador ha

Por tanto, el origen de la enorme amplitud e imprecisión técnica en la descripción típica del artículo 368 del CP tiene su origen en las obligaciones derivadas de la ratificación por España de los textos internacionales en la materia. Con la creación de un tipo penal tan *"abierto"* se compromete seriamente el principio de taxatividad penal, con la consiguiente vulneración de la seguridad jurídica en la aplicación de la norma. La existencia de elementos imprecisos en el tipo penal, conlleva que existan posturas discrepantes y contradictorias por parte de los Tribunales[307].

Como se ponía de manifiesto más arriba, los escasos conocimientos en materia de drogas existentes en los orígenes de la prohibición mundial, y de qué forma influyó en el establecimiento del sistema de prohibición instaurado. Pues bien, en la actualidad, los conocimientos sobre las sustancias psicoactivas ilícitas y sobre sus hábitos de consumo se han multiplicado, llegando a la conclusión de que el consumo controlado de drogas ilícitas es perfectamente posible y una realidad social para la mayoría de los usuarios de drogas[308]. Además, en la actualidad existe el convencimiento de que en toda economía fiscalizada y dirigida hay una existencia informal de *"necesidades reales"* que encuentran un sistema paralelo de oferta y demanda que puede competir fácilmente con el sistema

---

querido subrayar tanto los comportamientos relativos a la producción agrícola o industrial (cultivo o elaboración) como a la distribución de las sustancias ilícitas a través de cualquier forma, título o causa, incluso la mera posesión para tal fin. La amplia redacción típica del precepto analizado permite incluir en el ámbito de lo típico cualquier comportamiento tendente a favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, abarcando todo el círculo económico que supone la comercialización de las drogas ilícitas. Para un estudio más extenso de las distintas conductas típicas recogidas en artículo 368 CP vid. SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte especial.* Tomo II., 2008, pp. 435 y ss.

[307] MONTERO DE LA RUBIA, *Delitos contra*, op. cit. p. 9.

[308] SCHEERE, *Prohibición*, op. cit. pp 60-61. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el Informe Mundial sobre Drogas de 2015, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), establece sólo 1 de cada 10 consumidores de drogas es un consumidor problemático que sufre trastornos ocasionados por el consumo..

oficial, es decir, ante tales necesidades no cubiertas formalmente, se crea un mercado ilegal para satisfacerlas[309].

Los conocimientos existentes hasta el momento confirman que algunas de las drogas prohibidas son similares, en cuanto a su nocividad para la salud, a las drogas legales (tabaco y alcohol) como para tener el mismo régimen jurídico. Resultaría necesario acentuar el valor de la diversidad y tolerancia en una sociedad abierta, y de relacionarlo con el derecho de los usuarios de drogas prohibidas a disfrutar de la misma tolerancia que gozan los usuarios de tabaco y/o alcohol[310].

A pesar de las continuadas, motivadas y acreditadas críticas vertidas desde diferentes ámbitos sobre el actual régimen de fiscalización de drogas, así como, de las evidencias científicas que acreditan la ficticia distinción de drogas legales e ilegales, las instituciones internacionales encargadas de sostener la prohibición mantienen inalterados sus planteamientos. De ahí, que se haya planteado la posibilidad de que la prohibición sobre las drogas juega un papel fundamental como una especie de cortina de humo que sirve para ocultar las verdaderas razones del mantenimiento de las políticas prohibicionistas en la materia[311].

[309] SCHEERE, *Prohibición*, op. cit. pp. 60-63.
[310] *Idem*, p. 65, sostiene el autor que la discriminación y la persecución de personas con distintas preferencias en el terreno de las drogas es una terrible vergüenza, un crimen, un pecado y totalmente impropio de cualquier sociedad civil abierta y libre. Siendo necesario que se proceda a la abolición de la prohibición mundial para restaurar la soberanía nacional y la diversidad internacional en las políticas sobre drogas, y, asimismo, la abolición de los regímenes de prohibición nacionales en sociedades abiertas con el fin de tratar a los usuarios de drogas de acuerdo con los principios jurídicos y éticos básicos de esas sociedades.
[311] BARRIUSO ALONSO, La prohibición de drogas, del tabú moral a la desobediencia civil. *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, 2003, p. 91.

En este sentido, se han apuntado algunos de los intereses[312] que se ocultan tras la prohibición penal sobre algunas sustancias psicoactivas, entre los que se puede destacar:

a) La prohibición permite justificar el establecimiento de legislaciones excepcionales de control social y la persecución contra grupos étnicos o inmigrantes con la excusa de la lucha contra las drogas; se reduce el control en materia de derechos humanos y se incrementan los poderes de jueces, policía y ejército.

b) Tales políticas generan un gran aumento de los precios de las drogas, incrementando la dinámica de acumulación de capital, al mismo tiempo que protegen ciertos monopolios farmacéuticos. Además se ha creado una especie de *"lobby preventivo-asistencial"* que tiene gran influencia social y un enorme poder económico, dedicado a controlar los mensajes que la sociedad recibe en torno a las drogas, apoyando así la propaganda prohibicionista.

c) Las instituciones internacionales encargadas de ejercer la fiscalización sobre las drogas carecen de un control democrático y dan muestras de corrupción.

Si a todo esto le añadimos que la primera potencia mundial y principal promotora de la prohibición mundial, como son los EE.UU,

[312] BARRIUSO ALONSO, La prohibición, op. cit. p. 91. En cuanto a las muestras de corrupción existentes en la JIFE, comenta el *"caso Dil Jan Khan"* un pakistaní que, tras la invasión soviética, pasó a convertirse en el máximo responsable de la frontera entre ambos países entre 1980 y 1993. Durante tal periodo, Afganistán aumentó su producción de opio y se convirtió en el primer productor mundial, siendo EE.UU. el destino final de la sustancia. Pues bien, a pesar de que bajo la jurisdicción de Dil Jan Khan circularon los mayores alijos de opio y heroína de la historia, este sujeto llegó a convertirse en vicepresidente primero de la JIFE, órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de las convenciones internacionales en materia de drogas. *Idem*, p. 9.

refuerzan su liderazgo planetario al tiempo que la prohibición le sirve de perfecta justificación para efectuar intervenciones policiales y militares en el exterior, se entenderá mejor la razón por la cual la prohibición mundial sobre las drogas se mantiene inalterada a pesar de la gran cantidad de razones de peso que existen para proceder a un cambio de rumbo, así como, el porqué la JIFE se muestra tan hostil frente a todo lo que signifique acabar con la prohibición mundial existente, oponiéndose, incluso, a las iniciativas de reducción de riesgos, de eficacia probada, como por ejemplo, los programas de tratamiento con opiáceos[313].

Todas estas referencias internacionales son determinantes en la regulación española en la materia, pues se instala un tratamiento exclusivamente penal de las conductas relacionadas con la difusión de drogas declaradas ilegales. Además, y en cuanto a la concreta regulación de los tipos penales, no se distinguen los distintos comportamientos a efectos de su reproche, bastando cualquier acto de favorecimiento para considerar que se pone en peligro el bien jurídico protegido, que además, es de carácter difuso. En definitiva, se puede afirmar que se trata de una regulación de carácter represivo en pugna con los principios de seguridad jurídica, fragmentariedad y proporcionalidad, y que además resulta ineficaz en su cometido de reducir el uso y/o abuso de sustancias psicoactiva ilegales.

[313] BARRIUSO ALONSO, La prohibición, op. cit. pp. 85 y 91.

4.1. Papel desempeñado por los EE.UU en la política-criminal internacional sobre sustancias psicoactivas

Como ya se ha puesto de manifiesto, durante todo el siglo XX, EE.UU ha venido desempeñando un rol determinante en la configuración del actual régimen internacional de control y fiscalización de sustancias psicoactivas hasta el punto de tratar de imponer su enfoque de carácter doméstico a escala mundial, consistente en declarar la *"guerra a las drogas"*. Esto se traduce, básicamente, en una respuesta punitiva a toda conducta relacionada con el consumo y tráfico de sustancias psicoactivas prohibidas, dejando en un segundo plano las políticas de prevención y los programas de tratamiento y rehabilitación[314].

Como afirma MANJÓN-CABEZA, EE.UU gestó la prohibición, ensayándola en sus fronteras y, a pesar del enorme fracaso que resultó, la exportó al resto del mundo proyectándola sobre otras sustancias, y utilizando a Naciones Unidas para ejecutarla. De esta forma, el prohibicionismo quedaba amparado por un movimiento de carácter internacional que además serviría para someter a países menos desarrollados y hacerlos dependientes de los intereses de EE.UU, utilizando la *"guerra a las drogas"* para maniatar a los países productores con ayudas económicas que no les han salido gratis, ni mucho menos, a los que las recibían, y además les ha intimidado con la retirada de los fondos si su actitud no era de *"cooperación"*[315].

[314] GONZÁLEZ BUSTELO, *Narcotráfico y crimen organizado. ¿Hay alternativas?*2014, pp. 52-56.
[315] MANJÓN-OLMEDO, *La solución*, op. cit. p. 199. En ese mismo sentido ALVAREZ GARCÍA, *La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de legalización.* Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, 2013, p. 964, explica que el fin de la guerra fría y del fantasma del comunismo requería la búsqueda de un nuevo referente que diera cobertura al ejercicio descarnado del poder imperial, y precisamente, la lucha contra la droga se lo ha otorgado a través de

La política prohibicionista en materia de tráfico de drogas ha tenido y tiene, en la actualidad, una gran importancia en los objetivos geoestratégicos de los EE.UU, pues le permite mantener agentes estatales permanentes (*DEA*[316]) en otros países, y además le faculta para adoptar represalias comerciales llamadas *"certificaciones"* en relación a muchos países, que, como veremos más adelante, suponen un menoscabo en la soberanía de los Estados más débiles bajo el pretexto de la necesaria expansión de los principios del Derecho internacional[317].

Por tanto, la prohibición existente sobre determinadas sustancias psicoactivas es utilizada por EEUU para inmiscuirse en los asuntos de otros países, no resultando complicado el observar como sus iniciativas en el marco internacional suelen estar estrechamente conectadas con sus necesidades de política interna[318].

---

diferentes mecanismos, como son: la prohibición absoluta sirviéndose de la influencia de algunas organizaciones internacionales, especialmente de la JIFE. Las llamadas *"certificaciones"* muestran el poder despótico del imperio sobre las *"provincias"* que no ven otra opción que someterse para no quedar arruinados, y además, han equiparado la política antidroga con la seguridad nacional, identificando el tráfico de drogas con el terrorismo. En definitiva, se han caracterizado por el uso de la arbitrariedad sin límites en el ejercicio de su poder. En el mismo sentido vid. BABOR, *La política de drogas*, 2010, p. 223.

[316] *Drug Enforcement Administration (DEA).* La Administración para el control de drogas en los EE.UU.

[317] DIEZ RIPOLLÉS, "*El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal"*. Revista de Derecho (Valdivia) vol. 8, nº 1, 2008, pp. 199-212. En este sentido añade ALVAREZ GARCÍA, *La necesidad*, op. cit. p. 970, que: *"a esos países productores y pobres se les ha obligado a asumir una políticas en materia de criminalidad que les empobrece al mismo tiempo que enriquece a los países que se las han impuesto (especialmente EE.UU), o que ideológicamente las sostiene. Nos encontramos, así, con que el delito de tráfico de drogas al distribuir funciones en el ámbito internacional, contribuye a perpetuar roles desiguales entre las diferentes naciones"*. Además y como pone de manifiesto GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico*, op. cit. p. 70, la pobreza existente en estos países productores o de tránsito conduce a partes de la población a la economía paralela e ilegal que ofrece el narco. Al mismo tiempo, el declive de los estados, los actores revolucionarios y la violencia política da lugar a nuevas formas de integración a través de bandas urbanas, grupos de carácter casi paramilitar, o grupos vinculados al narcotráfico. En ellos convergen posibilidades de inserción económica y participación social, aunque desde el incumplimiento de la ley.

[318] DÍEZ RIPOLLÉS, *"El control"*, op. cit. pp. 199-212. Por ejemplo, y como explica ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. p. 991, que amparados en la lucha contra el narcotráfico, se ha producido la militarización del conflicto, que se traduce en el mantenimiento y, en algunos casos ampliación y diversificación de sus bases militares en la zona, participando *"encubiertamente"* en la guerra antisubversiva. El gran problema es que la militarización de la política estadounidense se ha traducido en

Además, los EE.UU tienen, aproximadamente, el 5% de la población mundial y consumen, aproximadamente, el 50% de las sustancias psicoactivas ilícitas de todo el mundo, es decir, que es en su propio territorio donde tienen un problema con el uso y/o abuso de drogas. En cambio, trasladan a otros países latinoamericanos su particular *"guerra a las drogas"*, que son quienes pagan las consecuencias de un problema que en esa comunidad no tiene tan elevada dimensión, y que no se generó en esas sociedades[319].

La clásica política exterior de EE.UU en materia de tráfico de drogas, basada en atacar la oferta para tratar de disminuir la disponibilidad de drogas, se centra en construir una especie de muralla antidroga con el sur, llevando a territorio ajeno *"la guerra a las drogas"*, así como las fumigaciones que se llevan a cabo en las zonas productoras, dividiendo de forma injusta al mundo en dos bandos: los países productores y culpables, por un lado, y los países consumidores y víctimas, en otro lado[320].

Fue precisamente en EE.UU donde se gestó la convicción de que el

una militarización de la política antidroga de los países Latinoamericanos.

[319] ALLER MAISONNAVE. *Acerca*, p. 251. En ese mismo sentido, entiende ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. p. 964, que para estos países latinoamericanos la prohibición no sólo supone la cobertura formal y material de sometimiento a EE.UU y a sus políticas, sino también el convencimiento de que el mantenimiento de la prohibición va unido a la profundización en el subdesarrollo y a la renuncia a derecho democráticos esenciales, lo que termina suponiendo un enorme sufrimiento para sus ciudadanos.

[320] MANJÓN-OLMEDO, *La solución*, op. cit. p. 227. En cuanto a los orígenes ideológicos de la prohibición en los EE.UU, nos apunta SCHEERER, Prohibición, op. cit. pp. 55-56, que *"a punto de finalizar el siglo XX, los problemas económicos y los conflictos culturales habían generado una considerable hostilidad contra diversas minorías en los EE.UU. Dado que cada una de las minorías en cuestión se podía asociar con preferencias concretas por drogas con fines recreativos (la población negra prefería la cocaína en polvo, los hispanos la marihuana, los inmigrantes chinos el opio) podía llevarse a cabo fácilmente una política de estatus con la excusa de una cruzada científicamente necesaria en nombre de la salud pública: una cruzada contra la marihuana (en lugar de contra los mexicanos), una cruzada contra la cocaína (en lugar que contra los negros), y una cruzada contra el opio (en lugar de contra la mano de obra barata china que amenazaba con quitarle el trabajo a la población blanca)"*. En el mismo sentido vid. ESCOHOTADO ESPINOSA, *Las drogas*, op. cit., pp. 85 y ss.

Derecho penal era el único instrumento válido para lograr proteger a la población del *"azote de las drogas"*, manteniéndose tal convicción hasta nuestros días, aún con mayor firmeza. Desde allí se ha exportado a prácticamente todos los países del mundo, mediante una combinación de persuasión y amenazas, apenas veladas, sobre las consecuencias perjudiciales que podría derivarse de abandonar el camino de la prohibición[321].

Como señala ESCOHOTADO, en el origen, ya desde el último tercio del siglo XIX, de tal convicción confluyeron una serie factores complejos, que inicialmente eran independientes, pero que *"van convergiendo como piezas de un solo engranaje"*. Como causas genéricas se apuntan el cambio del Estado mínimo por el asistencial, los avances en las técnicas químicas de análisis que propiciaron el descubrimiento de nuevos fármacos, y un rasgo de "*nerviosidad que caracteriza al hombre de la época contemporánea"*. Las causas más específicas, apunta este autor, fueron las enormes presiones del movimiento prohibicionista, las aspiraciones del estamento médico por hacerse con el control de los fármacos, y una tendencia social que se asocia a minorías marginales e inmigrantes. La conexión de todos los factores señalados se aceleran y se hacen más fuertes con el ascenso de los EE.UU al nivel de primera potencia mundial, provocando la convocatoria de una *"cruzada anti-droga"* a nivel interno y externo[322].

[321] GONZALEZ ZORRILLA, *Política (s)*,op. cit. p. 245.

[322] ESCOHOTADO, *Historia general*, op. cit. p. 603, narra que uno de los primeros grandes cruzados prohibicionistas de la época fue Crafts, que era un alto funcionario público y clérigo, el cual aconsejaba a las grandes potencias, que por motivos morales y comerciales adoptarán una política de prohibición para "*las razas pueriles*". Crafts y sus aliados prohibicionistas (entre los que destacaba el obispo Brent), creen que, utilizando a Inglaterra como guía, las naciones occidentales deben imponer su cultura y su fe a todas las otras. Se trata, en esencia, de una empresa de naturaleza religiosa, pero promete ser también muy rentable económicamente. Si bien, Cratfs y Brent, con el apoyo de los demás misioneros, habían diseñado la parte ético-teológica de la argumentación prohibicionista, a Wright debe atribuirse el camino jurídico

El llamado *"Convenio para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas"*, celebrado en Ginebra en 1936, es el comienzo de una perfecta identidad entre las posiciones represivas mantenidas por EE.UU y las defendidas por los organismos internacionales en la materia. La norma que obliga a los Estados a *"dictar disposiciones legislativas necesarias para castigar severamente, y especialmente con penas de prisión"*, cualquier comportamiento relacionado con drogas prohibidas entre los que se incluyen *"la fabricación, extracción, ofertas de venta, posesión, transporte, importación y exportación de estupefacientes; la participación en las conductas antes señaladas; la confabulación para cometer los delitos señalados; así como, los actos preparatorios y las tentativas"*. Menos Persia y Bolivia, todos los demás firmaron el tratado, lo que supondría el origen del prohibicionismo planetario[323].

Así, en EE.UU son muy conscientes de su función rectora en el sistema internacional de fiscalización de sustancias psicoactivas, cumpliendo ésta a través de instrumentos como declaraciones políticas, la

más eficaz para llevarla a cabo y consolidarla, pues a él se le ocurrió la idea de ir presentando al Congreso americano convenios internacionales como base para reclamar medidas domésticas urgentes, evitando así el trámite de instar una enmienda constitucional, para así conseguir el objetivo final *de "traer todo el tráfico y abuso de drogas a la luz del día, y crear con ello una opinión pública contra su empleo"*. *Idem*, pp. 610 y 631-632. En ese mismo sentido, es decir, indicando las posibles causas que provocaron el surgimiento del prohibicionismo, ROMANI, "Drogas: entre la intervención y la normalización". *Los agentes sociales ante las drogas*, 1998, pp. 55-57, explica que debido a las presiones de los grupos puritanos y abstemios; de los sindicatos, que veían como el abuso del opio y el alcohol diezmaban a la clase obrera; las presiones de grupos que querían llevar la civilización a los *"salvajes"*; el contexto de grandes conflictos y la heterogeneidad sociocultural que a través de la prohibición de determinadas drogas establecerá la identificación de minoría étnicas dominadas por conductas viciosas y anti-sociales. Finalmente, los EE.UU, directamente o a través de las Naciones Unidas, habrá construido un poderoso sistema de control social que con la justificación de la figura del *"drogadicto"* como chivo expiatorio vulnerará derechos humanos fundamentales, así como soberanías nacionales.

[323] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 705, apunta que la firma del Convenio de Ginebra de 1936 supuso el triunfo personal del que sería considerado el personaje más influyente en el inició y consolidación del prohibicionismo, como fue H.J. Anslinger, también conocido como el *"zar prohibicionista"*, quien, al frente de la delegación norteamericana en el Convenio, consiguió imponer su criterio. Evidentemente, también influyó decisivamente el generoso patrocinio de EE.UU a nivel financiero. De esta forma, ya desde 1937 la mayoría de las naciones del mundo se comprometen a penalizar la tenencia o tráfico de determinadas sustancias. Al menos nominalmente, la cruzada americana se había convertido en cruzada mundial.

diplomacia, acuerdos bilaterales y acción unilateral. Cada año se emite un informe por el Departamento de Estado llamado Informe Internacional sobre la Estrategia de Control de Estupefacientes. Además, también anualmente, el Presidente debe presentar una *"Lista de Principales"*, la cual incluye los principales países de tránsito de drogas o de producción ilegal de éstas. Por otro lado, el Presidente tiene que negar la certificación a los países que *"no han demostrado"* que *"cumplen con sus obligaciones conforme a los tratados internacionales para combatir los estupefacientes"*. Esta negación supone graves consecuencias fiscales y de reputación del Estado[324].

Este programa de certificación/designación estadounidense es un claro ejemplo de la influencia externa en la política mundial y local sobre las drogas, con implicaciones en las relaciones bilaterales y multilaterales entre los países del Norte y del Sur. Todos los instrumentos de fiscalización internacional de drogas han sido ampliamente criticados, ya que los esfuerzos para controlar la oferta de drogas reflejan intentos de los países occidentales de imponer sus normas y valores al resto del mundo. Este sistema ha sido tachado de injusto e inefectivo, pues la oferta y disponibilidad de sustancias psicoactivas no deja de crecer, y además, conduce a violaciones de los derechos humanos. Los pocos países que han sido descertificados en el transcurso de los años son parias para los gobiernos occidentales, como lo fue Nigeria durante los años 90 y como lo fueron y siguen siendo Birmania y Siria a comienzos del decenio del año

[324] BABOR, *La política*, op. cit. p.224. En este sentido indica MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 205-206, que las consecuencias de *"suspender"* a Colombia fueron desastrosas ya que supondrían un Gobierno más débil y una guerrilla más poderosa. Además al tratar de recuperar la Certificación hubo que aceptar un duro programa de erradicación de cultivos y EE.UU tuvo que invertir mucho dinero para reducir tan nefastas consecuencias. En el mismo sentido vid. GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico*, op. cit. pp. 93-121.

2000[325].

Hoy en día, es posible afirmar que la política de *"certificaciones"* ya no se utiliza, fundamentalmente, por lo agresivo de su arbitraria aplicación que trata de imponer el unilateralismo en las relaciones internacionales. De esta forma, las *"certificaciones"* han dado lugar a las *"calificaciones"*, si bien, e independientemente de la nomenclatura, el problema seguirá latente mientras los EE.UU continúen subyugando a otras naciones más débiles en su particular lucha contra el narcotráfico, trasladando el problema a los países productores, desarrollando en éstos sus políticas de represión y fumigaciones de cultivos[326].

Parece que la dinámica existente en EE.UU basada en los postulados más radicales del prohibicionismo ha comenzado a revertirse, aunque muy ligeramente, con la administración de Obama. Así, se han incrementado los fondos para tratar de sensibilizar a la demanda mediante campañas de carácter preventivo y educacional. Asimismo, los tratamientos para problemas relacionados con el abuso de drogas serán cubiertos por el seguro médico. Además, en agosto de 2013, se anunció por la Fiscalía General el final de la política federal basada en penas de prisión para los delitos de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, que en el caso concreto

[325] BABOR, *La política*, op. cit. p.225. En esa misma línea, pone de manifiesto ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. p. 986, que esta política de las certificaciones de EE.UU fue rechazada desde un principio por Europa, no obstante EE.UU se planteó aplicarla, incluso, a los Países Bajos en 2003, como consecuencia de la llegada desde esta región a EE.UU de drogas de diseño a gran escala.

[326] ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. p. 986, argumenta que se trata de una situación de la que difícilmente se puede salir si se mantienen los mismos presupuestos, ya que los países pobres-productores se ven compelidos a intentar sobrevivir en un difícil equilibrio entre los recursos económicos procedentes del cultivo de coca, y la presión ejercida por EE.UU para erradicar y reprimir el cultivo y tráfico de cocaína. Por ello, los países latinoamericanos solamente se podrán emancipar de los EE.UU y reclamar la titularidad de su soberanía nacional si se legaliza el tráfico de drogas en sus fronteras; es ese el único camino. *Idem*, p. 968. En el mismo sentido vid. GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico*, op. cit. pp. 177 y ss.

y en muchas ocasiones se trataba de la simple posesión para uso personal[327].

Además se ha admitido por parte de los EE.UU la idea de *"corresponsabilidad"* de consumidores y productores, aunque se trata más bien de un simple cambio de discurso pues no va acompañado de verdaderos cambios materiales. No obstante, si se percibe alguna mejora, así la llamada *"Estrategia Nacional de Control de Drogas"*, presentada en 2010 por la administración Obama, adopta también políticas basadas en la prevención y en el tratamiento de usuarios y/o adictos, pero manteniendo la represión en los países productores. En todo caso, el que exista un reconocimiento expreso de la corresponsabilidad de EE.UU en el problema de las drogas y el desarrollo de políticas tendentes a disminuir la demanda, representan un ligero cambio de rumbo que hace albergar algunas esperanzas de cambio real en el futuro[328].

4.1.1 Creación y regulación estatal de mercados legales de distribución de marihuana medicinal y/o recreativa en los EE.UU

La política federal de EE.UU en materia de tráfico de drogas en el plano internacional contrasta con las que se siguen en algunos de sus Estados, en relación a la legalización de la marihuana medicinal, y en

[327] GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico*, op. cit, p. 57.

[328] ALVAREZ GARCÍA, *La necesidad*, op. cit . p. 989, afirma que la gran responsable del tráfico de drogas es la demanda, pues las peculiaridades de ésta moldean la oferta. Un claro ejemplo serían el surgimiento de drogas de segunda calidad como el *crack* o el *paco*, al existir una demanda de cocaína de bajo precio los laboratorios acaban ofertando esas drogas más baratas y de peor calidad que solicita la demanda. Se trata de drogas fabricadas expresamente a demanda. En el mismo sentido, MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 84-85, explica que dichas sustancias, como son el *paco* o el *crack*, que se caracterizan por su bajo coste y sus devastadores efectos sobre la salud, son los desechos de la fabricación de la cocaína que el negocio criminal ha sabido colocar en el mercado ilegal de la droga. En un régimen de permisión y mercado legal controlado de la cocaína no tendrían cabida este tipo de venenos, las cuales son sustancias que han nacido gracias a la prohibición.

algunos casos, de la marihuana para usos recreativos. En la actualidad, ya en 21 estados existe un mercado reglado para la marihuana medicinal, y en Colorado y Washington ya funciona un mercado legal, y gravado fiscalmente, para la dispensación de esta sustancia para usos lúdicos o recreativos. Además, se espera que en los próximos años se celebren más consultas populares para legalizar la marihuana, tanto medicinal como recreativa en más Estados, por lo que se puede afirmar que en el futuro próximo la mayoría de los Estados Unidos de América podrían legalizar el uso del cannabis para fines médico-asistenciales, pese a la oposición del gobierno federal[329].

Como se ha puesto de manifiesto, los Estados de Colorado y Washington han regulado, por primera vez EE.UU, un mercado legal de marihuana para usos lúdicos o recreativos, ambos Estados ya contaban con una industria regulada para la marihuana medicinal lo que facilitó su instauración. En noviembre de 2012, aprobaron una iniciativa de voto popular mediante la cual se establecen mercados regulados legalmente y sujetos a tributación para la producción, la venta y el uso del cannabis, de forma recreacional. Ante lo cual el gobierno federal ha decidido, en principio, no actuar, si bien se mantiene vigilante sobre el desarrollo de la regulación y su ejecución, alerta de posibles irregularidades[330].

[329] SALAS CALERO, La legalización de la marihuana medicinal en Estados Unidos. *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, 2014, pp. 430-444, sostiene que la prohibición de la marihuana medicinal, a pesar de los esfuerzos del gobierno federal, ya no es viable ni sostenible ante la evidencia médica y la opinión pública. En ese sentido y como señala el Informe de mayo de 2014 del Transnational Institute (TNI). Global Drug Policy Observatory (GDPO). Autores: Dave Bewley-Taylor, Tom Blickman y Martin Jeisma. Traducción: Beatriz Martínez, *"Auge y caída de la prohibición del cannabis"*. Amsterdam/Swansea, 2014, p. 52, en el año 2013, once estados de los Estados Unidos presentaron proyectos legislativos para controlar, regular y gravar el cannabis y sus derivados, muchos de estos se encuentran temporalmente paralizados, California y Oregón celebraran referéndum de consulta coincidiendo con las elecciones al Congreso de 2014 o las elecciones presidenciales de 2016. Por tanto se puede afirmar con rotundidad que la legalización del cannabis ya forma parte de la agenda normativa en muchos de los estados que forma los EE.UU.

[330] SALAS CALERO, La legalización, op. cit. pp.433-434, entiende que resulta significativo como el gobierno federal ha apoyado muy pocas investigaciones respecto a la existencia o no de un verdadero

En este punto, puede cuestionarse cómo encajan todas estas iniciativas con la legislación federal, en concreto, con la Ley de Sustancias Fiscalizadas de 1970, y con los compromisos adquiridos en virtud del derecho internacional, más aún si tenemos en cuenta que los EE.UU siempre se han caracterizado por encabezar una campaña internacional contra el cannabis, y sus intensos esfuerzos, contribuyeron enormemente a que el cannabis fuera concebido como droga con propiedades particularmente peligrosas en la Convención Única de 1961[331].

De hecho, la política de sustancias prohibidas en el ámbito nacional, recogida en la Ley de Drogas Controladas de 1990, considera a la marihuana como una sustancia que tiene un alto potencial de abuso y es capaz de crear dependencia física o psicológica, además de no tener ningún uso medicinal aceptado, situándola junto a drogas como la heroína -una de las más peligrosas de todas las drogas- y, por tanto, susceptible de los controles más estrictos[332].

Esta clasificación contradice las investigaciones que demuestran el carácter curativo de la marihuana[333], siendo diversos los intentos, por parte

efecto medicinal positivo en la salud de la marihuana, destinando a estos estudios sólo 30 millones de dólares en 2012. Sobre todo si lo comparamos con el gasto del gobierno federal y los gobiernos locales en la implementación de las leyes contra la marihuana observamos que asciende a 9 mil millones de dólares. Además, la mayoría de los estudios médicos se centran en los efectos adictivos y peligrosos para la salud, especialmente para menores, y en la influencia que ejercen sobre la conducción de vehículos a motor. *Idem*, pp. 427-429.

[331] Como señala el Transnational Institute (TNI), *"Auge y caída"*, op. cit. p. 5, entre esos esfuerzos se incluyen el uso de datos científicos poco fiables y una influencia considerable sobre la recién creada Organización Mundial de la Salud (OMS). El cannabis nunca pasó la prueba de un examen científico por parte de los expertos de la citada organización con los criterios que se requieren para incluir cualquier sustancia psicoactiva.

[332] SALAS CALERO, La legalización, op. cit. pp. 437-438, afirma que dicha clasificación sitúa a la cocaína como sustancia que tienen un alto potencial de abuso, que puede ocasionar graves daños físicos y psicológicos, pero existe un uso medicinal aceptado actualmente, es decir, la considera como menos peligrosa que la marihuana.

[333] La agencia federal encargada del análisis y venta de todos los fármacos en EE.UU *(Food and Drug Administration-FDA*) ha reconocido y ha aprobado el uso de algunos de los componentes de la

de los defensores de la legalización de ésta, de proceder a una nueva clasificación de esta sustancia más acorde con las evidencias científicas. La respuesta de la DEA y los tribunales encargados de valorar la reclasificación ha resultado siempre negativa, rehusando considerar pruebas científicas que demuestran que la marihuana no reúne los requisitos para ser considerada como más peligrosa que la cocaína e igual que la heroína. Se limitan a indicar que el cannabis *presenta una alta probabilidad de adicción, no tiene efecto medicinal aceptado actual y su administración carece de un nivel aceptable de riesgo y seguridad bajo prescripción médica*[334].

El 29 de agosto de 2013, el Departamento de Justicia del Gobierno Obama, emitió una serie de instrucciones a los fiscales federales anunciando que no intentaría impugnar ni menoscabar las iniciativas aprobadas en Washington y Colorado, en las que se legaliza la marihuana recreacional, a la vez que reiteraba su compromiso de mantener las leyes federales que prohíben el cannabis. El citado documento enumeraba una serie de prioridades que consistían ***principalmente en evitar***:

1) La distribución de cannabis a los menores de edad.

2) Que las ganancias procedentes de la venta de cannabis fueran a

marihuana. Entre ellos se encuentra *el Dronbinol y el Marionl* que se utilizan con éxito para el tratamiento de las náuseas y los vómitos causados por la administración de quimioterapia y la pérdida excesiva de peso causado por el SIDA; y también el *Nabilone* que se utiliza para el tratamiento de la esclerosis múltiple y el dolor causado por el cáncer. Vid. SALAS CALERO, La legalización, op. cit. pp. 428-429. Para mayor detalle de los principales usos médicos hallados en la marihuana vid. GABRIEL RUBIO, *Todo sobre*, op. cit. pp. 179 y ss.

[334] SALAS CALERO, La legalización, op. cit. p. 439-441, argumenta que dado el gran crecimiento del movimiento de legalización de la marihuana medicinal en EE.UU y la dificultad de aplicar materialmente la prohibición federal en tan numerosos estados, el Fiscal General de los Estados unidos manifestó, ya en 2009, que la Fiscalía debía adoptar la postura de no proceder contra los ciudadanos en aquellos estados donde la ley estatal permitía el consumo y venta legal de marihuana medicinal, dulcificando algo su radical postura en la política represiva seguida contra esta sustancia por parte del gobierno federal.

parar a organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas.

3) El desvío de cannabis desde los estados donde se ha instaurado el mercado legal hacia los otros estados.

4) Que los mercados legales de marihuana implantados sean utilizados como tapadera para el tráfico de otras drogas ilegales u otras actividades ilícitas.

5) La violencia y el uso de armas de fuego en el cultivo y distribución de marihuana.

6) La conducción de vehículos bajo los efectos de sustancias psicoactivas como la marihuana.

7) El cultivo de la planta de cannabis en terrenos públicos y los consiguientes peligros para la seguridad pública y el ambiente.

8) La posesión y uso de marihuana en propiedades federales[335].

Las autoridades de Washington están intentando construir un argumento jurídico que les ayude a justificar esta dualidad de posiciones.

[335] SALAS CALERO, La legalización, op. cit. p. 442. En este sentido señala el informe del TNI, *"Auge y caída"*, op. cit, pp. 69-70, que el principio jurídico relativo a que las disposiciones de los tratados se acogen *"a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico"* era aplicable a la Convención Única de 1.961en su conjunto, pero esta *cláusula de escape* fue eliminado de forma deliberada en la Convención contra el Tráfico de 1988 en cuanto a la obligación de tipificar como delitos penales el cultivo, el comercio, y la posesión, salvo en el caso de posesión para consumo propio, y una vez más tal eliminación fue debida a la asfixiante presión ejercida por EE.UU durante las negociaciones, a fin de limitar la flexibilidad que habían dejado a los países convenciones anteriores, y en la actualidad son los EE.UU los que recurren a la flexibilidad, como hemos visto.

Así, se sostiene que los Estados Unidos no están incumpliendo los tratados porque el cultivo, el comercio, y la posesión de cannabis continúa siendo delito en base a la legislación federal y porque las disposiciones de los tratados contemplan una flexibilidad considerable en lo relativo a las formas de represión, sobre todo cuando existen incompatibilidades con la Constitución y el ordenamiento jurídico interno de una de las Partes. Además, el establecimiento de un sistema administrativo regulatorio fuerte y eficiente por parte de las autoridades estatales, reducirá la necesidad de fiscalización y control por parte del gobierno federal[336].

Mediante este criterio tratan de amparase en el llamado *principio de oportunidad*. Así, la intervención federal para la aplicación de la ley en el ámbito de la regulación del cannabis en el plano estatal, simplemente, no tiene una alta prioridad. De esta manera, al permitir *de facto* a los estados la regulación del mercado de cannabis, el Gobierno federal no estaría violando las obligaciones que ha contraído en el plano internacional mediante los tratados porque los sistemas adoptados por Colorado y Washington continúan estando proscritos por la ley federal de acuerdo con las convenciones internacionales en la materia[337].

El gobierno federal sigue sosteniendo la prohibición total de la marihuana, lo que da lugar a la diversidad de legislaciones estatales y a la ausencia de una efectiva regulación del mercado de la marihuana. Además, el gobierno federal pone obstáculos al desarrollo de una regulación

[336] SALAS CALERO, La legalización, op. cit. p. 443.
[337] TNI, *"Auge y caída"*, op. cit. pp.69-70. No obstante, si la actual interpretación flexible de los tratados de EE.UU se difundiera y pasara a formar parte de un uso generalizado en los demás países, se abriría un gran margen de maniobra, dado que éstos podrían utilizar argumentos parecidos para justificar jurídicamente la regulación de un mercado legal de cannabis o la regulación de un mercado regulado de la hoja de coca en aquellos países en que su uso es tradicional. En definitiva, restablecería la citada *cláusula de escape* para toda la Convención de 1988.

efectiva, limitando el acceso a esta sustancia para la investigación con fines médicos, al tiempo que no permite que la agencia federal, que regula todos los medicamentos, controle también la marihuana para ser dispensada bajo supervisión relativa a su calidad. Igualmente, apenas existe el control adecuado sobre los médicos que recetan marihuana y los dispensarios de esta sustancia operan sin una adecuada y eficaz inspección. Y además, se impide, por parte del gobierno federal, que los productores o vendedores tengan acceso al sistema bancario lo que facilita el lavado de dinero negro[338].

Como era de esperar, la JIFE se apresuró a expresar su malestar y profunda preocupación por las iniciativas de Colorado y Washington y en su Informe Anual de 2012, la Junta instó al Gobierno Federal a que adoptara las medidas necesarias para garantizar el pleno cumplimiento de los tratados de fiscalización de drogas en todo su territorio[339].

Una adecuada regulación de las tiendas o dispensarios resulta indispensable dado que las farmacias no pueden dispensar marihuana por

[338] SALAS CALERO, *La legalización*, op. cit. p. 444.

[339] JIFE (2013), Informe correspondiente a 2012, *Recomendación 5*, p.124, disponible en: *www.unodoc.org.es*. En este sentido, argumenta el TNI, *"Auge y caída"*, op. cit. pp. 55-56, que las iniciativas legislativas de Colorado y Washington permiten un sistema de tres niveles para la producción, el procesamiento y la venta al detalle por particulares u organizaciones que cuenten con la debida licencia. Ambas iniciativas gravan y regulan estrictamente los mercados legales de marihuana, exigen una rigurosa seguridad y pruebas de laboratorio de terceros, limitan la venta a mayores de 21 años y limitan, igualmente, la cantidad que puedes adquirir cada persona, prohíben las inversiones de fuera del Estado y realizan un seguimiento de todo el sistema productivo de la marihuana hasta su venta final. Washington ha impuesto una tasa del 25% sobre los tres pasos de producción y Colorado el 15% sobre bienes específicos y el 10% sobre la venta. Es importante establecer un nivel adecuado de impuestos para garantizar una regulación de autofinanciación sólida, sin que se incremente el precio final del producto para hacerlo más atractivo al público frente al mercado ilícito. En cuanto al sistema de licencias establecido, mientras que en Colorado han optado por exigir que toda empresa dedicada al cannabis, debe participar en todas las fases, es decir, cultivo, procesamiento y venta, para obtener una licencia, así se consigue limitar inicialmente el número de compañías facilitando el adecuado control estatal del nuevo mercado. En cambio Washington sí que permite que las empresas tengan la posibilidad de adquirir una licencia para una sola etapa del proceso, con el fin de impedir que surja un monopolio que fije precios altos en la venta final. En definitiva, señalar que todas esta normativa siguen siendo objeto de abundantes debates y es posible que los sistemas establecidos vayan mutando con el tiempo a medida que ambos estados aprendan de la experiencia.

estar reguladas por el gobierno federal, siendo éste el encargado de otorgar las licencias, sometiéndolas a estrictos controles y, por supuesto, negándose en rotundo a que se proceda a la dispensación o venta de marihuana en éstas[340].

Al menos simbólicamente, parece que existe una nueva posición, algo más flexible, en el tratamiento de algunas sustancias psicoactivas ilícitas, pues aunque se sigue insistiendo en la plena vigencia de los tratados internacionales al respecto, también se permiten interpretaciones más flexibles, y un mayor nivel de diferenciación nacional según el margen constitucional de cada Estado.

Dado que el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas es un fenómeno universal, sería deseable adoptar una perspectiva mundial. Efectivamente, si bien hay países donde los estragos de las drogas y del prohibicionismo son mayores, ningún país es inmune a los problemas asociados con el tráfico y uso de drogas ilegales. El problema reside, que hasta la fecha, las únicas políticas que se han seguido a nivel internacional a través de Naciones Unidas, y sus organismos encargados de la fiscalización de sustancias psicoactivas, han sido las mismas: intentar, con nulo éxito, atajar la demanda, en su utópico empeño de acabar con la disponibilidad de drogas en la sociedad.

[340] SALAS CALERO, La legalización, op. cit. pp. 430-434, explica que no todas las reformas legales que se han aprobado, en torno a la legalización de la marihuana medicinal, son iguales en su contenido. A *groso modo* se pueden establecer las siguientes: existe distintas reglas para la definición de la condición de paciente al que se le puede recetar la marihuana, también difieren los requisitos exigidos a los profesionales autorizados para recetar ésta, existen diferencias en torno a la cantidad mensual o semanal permitida para los usuarios, y la distinta calificación y régimen jurídico de los dispensarios, agricultores y productores. Es común, en cambio, a todas las reformas la carencia de estudios, evaluaciones o análisis de los resultados de la administración de marihuana para aliviar el dolor o mejorar los síntomas de diversas enfermedades.

La explicación del porqué los actores principales de la prohibición, como son los organismos internacionales de la ONU en la materia, especialmente la JIFE, y los EE.UU. no admiten el más mínimo cambio de rumbo en la política criminal en la materia es porque, para ellos, la prohibición planetaria se ha convertido en una cuestión de principios y estatus. Ceder, por ejemplo, ante la legalización de la marihuana (incluso la medicinal) equivaldría a una rendición incondicional ante el enemigo. Por tanto, no están tan interesados en cuestiones de eficacia. Lo que les importa realmente es la propiedad cultural, es decir, es posible que la regulación actual sobre las drogas resulte del todo ineficaz, pero mientras sea *"su regulación"* debe permanecer[341].

Como señala ESCOHOTADO, refiriéndose a la gran influencia que han ejercido y ejercen los EE.UU en las políticas anti-droga que se aplican en todo el mundo: *"La política misionera sabe que el infiel no conoce su verdadera conveniencia, y acompaña a la expansión americana en nuevos continentes. Una cruzada planetaria por la salud mental y moral será en lo sucesivo el emblema de su penetración en el mundo. Grecia exportó filosofía, Roma derecho; los Estados Unidos exportarán salud"*[342].

4.2. Las actuaciones de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)

Los órganos que dentro de Naciones Unidas se ocupan en la política relativa a sustancias psicoactivas son:

[341] SCHEERER, *Prohibición*, op. cit. p. 57.
[342] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 617.

1º) La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC): se encarga, principalmente, de conducir el programa internacional, prestando apoyo a los gobiernos y promoviendo la aplicación de las Convenciones de Naciones Unidas. Anualmente realizan un Informe Mundial sobre Drogas que se centra en la producción, el tráfico y el consumo de las principales clases de drogas prohibidas, así como las consecuencias que ese uso y/o abuso tiene para la salud[343].

2º) La Comisión de Estupefacientes: dependiente del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, se encarga de debatir y formular políticas globales de fiscalización y control con la participación de delegados de los países y de otras organizaciones o sectores de la sociedad civil interesadas en la materia.

3º) La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE): es, es un órgano independiente y se ocupa de vigilar el cumplimiento de los tratados por parte de cada país[344]. La JIFE se creó, durante la Convención Única de 1961, que junto a la Comisión de Estupefacientes, es sin duda el órgano más importante y el más activo de los órganos de Naciones Unidas que se encargan de fiscalizar las drogas

[343] En concreto, el *Resumen Ejecutivo del Informe Mundial sobre Drogas 2015* (UNODC), se marca como compromiso político aumentar los desembolsos brutos de fondos para el desarrollo de cultivos alternativos a los ilícitos de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), pues la financiación dedicada al desarrollo alternativo ha disminuido notablemente en los últimos años, así, desde la aprobación en 2009 de la Declaración política y el Plan de Acción sobre Cooperación Internacional en Favor de una estrategia Integral y Equilibrada para Contrarrestar el Problema Mundial de las Drogas han bajado en un 71% (Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social 2009, Suplemento nº 8 (E/2009/28), cap. I, secc. C). La UNODC considera que el desarrollo alternativo ha favorecido al desarrollo económico en las zonas rurales y ha permitido combatir los factores subyacentes y las causas profundas de las economías basadas en las drogas ilícitas. Si bien se ha demostrado que el desarrollo alternativo solo funciona cuando se aplica a largo plazo, se dispone de financiación suficiente y se cuenta con el apoyo político necesario para integrar el desarrollo sostenible. Dada la importancia del desarrollo alternativo de cultivo, se plantean ampliarlo mucho más allá de la actual estrategia hacia las zonas que, aún sin cultivos ilícitos, corren el riesgo de ser utilizadas para tal fin.
[344] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. p. 113.

ilegales. Este organismo se crea con las siguientes finalidades:

a) Evitar que la constante aparición de nuevas sustancias nocivas que todavía no tienen la consideración de estupefaciente o psicotrópica, desemboquen en un tráfico impune. Para ello establecen la publicación periódica de tres listas, conteniendo las sustancias fiscalizadas de acuerdo con el siguiente orden:

- La lista de sustancias catalogadas como estupefacientes *(color amarillo).*
- La lista de sustancias catalogadas como psicotrópicas *(color verde).*
- La lista de sustancias catalogadas como precursores *(color rojo*[345]*).*

Sería razonable pensar que la clasificación de las distintas sustancias psicoactivas prohibidas fuera elaborada por expertos en la materia, relacionados con la toxicología y/o la farmacología. Lo cierto es que la mayoría de los miembros de la JIFE no cuentan con experiencia médica, farmacológica o toxicológica. En concreto de los trece miembros de que se compone la JIFE, nombrados por los Estados Miembros, sólo tres tienen tal formación, lo que hace pensar que no son, precisamente, motivos farmacológicos los que determinan el contenido de tales listas, como se verá más adelante[346].

[345] MONTERO LA RUBIA, *Delitos*, op. cit. p. 17.
[346] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 703-757, explica que el organismo precedente a la JIFE, el llamado Comité Central Permanente, que se creó en la Convención de Ginebra de 1931, ya desde sus inicios mostró su apoyo incondicional a las políticas planteadas por EE.UU aplicándolas después en todo el mundo, y ello debido a la posición de fuerza, no sólo moral sino técnica y

b) Supervisar que los distintos países cumplen con sus obligaciones derivadas de la firma y ratificación de los Tratados Internacionales en la materia.

Sin duda, uno de los mayores errores del prohibicionismo relativo a sustancias psicoactivas fue pensar que era posible disminuir o terminar con la disponibilidad de estas sustancias. En la actualidad, aunque se conocen las negativas consecuencias para la humanidad del mantenimiento del prohibicionismo planetario, éste continua y al parecer va continuar por algún tiempo, según se desprende de lo expuesto por el presidente de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) de la ONU, en la presentación oficial del último memorándum ante el Consejo Económico y Social en Viena, al señalar que: "*La legalización de las drogas para luchar contra el narcotráfico no es una opción, ya que sólo serviría para agravar el problema*"[347].

La JIFE, como organismo responsable del control del cumplimiento de las convenciones internacionales de sustancias psicoactivas, sigue partiendo de la descabellada idea de que es posible conseguir un mundo sin

económica de la gran potencia, que ya por entonces era se había convertido en el país que principalmente sufragaba a la Sociedad de Naciones. Como afirma ESCOHOTADO, todos los miembros del Comité Central Permanente, que luego sería la actual JIFE, sabían desde el comienzo que la supervivencia del organismo dependía directamente de mantener apoyo incondicional a las decisiones tomadas por la gran potencia en materia de drogas, para así dotarlas de ámbito mundial.

[347] MAGAZ, *Narcotráfico y drogas de abuso*, 2013, p. 97. En este sentido, ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, op. cit. pp. 606-607, apunta algunos de los argumentos esgrimidos por los partidarios del mantenimiento de la prohibición penal sobre las drogas, como son: 1) La permisibilidad no acabaría con el comercio ilegal (como ocurre con el tabaco, que es de lícito comercio y aún así existe contrabando de éste); 2) la despenalización incrementaría el consumo, y además, los más jóvenes tendrían mayores facilidades para iniciarse en el consumo; 3) si se estableciera un mercado legal de drogas en un país determinado se convertiría en un foco de turismo psicoactivo, generándose problemas internos y con los países de su entorno, y además, resulta inviable que un solo país pueda diseñar un mercado legal controlado de drogas sin contar con la conformidad del panorama internacional en la materia basado en la prohibición penal.

drogas a pesar de que, tras más de cincuenta años de establecerse la prohibición, sigan aumentando el número de sustancias psicoactivas que están a disposición de toda persona que las quiera utilizar gracias a la existencia de grandes mercados ilegales. Incluso se oponen, de forma obstinada y absurda, a cualquier política de reducción de daños, y lo que resulta aún más grave, se sigue despreciando el hecho de que la lucha contra la droga provoca innumerables violaciones de los derechos humanos, además de seguir causando estragos en la salud colectiva e individual de millones de personas[348].

No es de extrañar que las propuestas sobre la necesidad de despenalizar la producción, transporte y distribución de sustancias psicoactivas para así combatir el narcotráfico y sus fatales consecuencias, procedan de los presidentes de países de Centro-América y Sudamérica, pues es donde se sufren los peores estragos producidos por el prohibicionismo planetario, como son: la violencia, la inestabilidad política, la corrupción, la financiación del crimen organizado transaccional, los carteles y mafias, e incluso la aparición de "narcoestados" o "Estados fallidos". En definitiva, es un hecho que la guerra contra las sustancias psicoactivas ilegales en estos países puede llegar a producir más muerte y sufrimiento que el propio uso y/o abuso de estas sustancias[349].

En cuanto a cuáles son las medidas de las que dispone la Junta

[348] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 113 y ss.

[349] En este sentido, argumenta, con acierto, ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. pp. 988 y 1000, que resultaría necesario impulsar una Conferencia de los países principalmente afectados por el tráfico de drogas en América Latina para así replantear los problemas relacionados con las drogas cambiando los paradigmas, pudiendo resultar decisivo el impulso europeo a esa reunión. No hay que olvidar que Europa ha mantenido siempre una posición distanciada de la política de drogas de los EE.UU, al considerar el uso y/o abuso de drogas desde la perspectiva de la salud pública, y no como un problema de seguridad nacional, como ocurre en los EE.UU.

Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) contra los Estados Partes y no Partes que no cumplieran las disposiciones del tratado, señalar que ésta tiene derecho a pedir explicaciones al gobierno del país cuando corran un grave peligro las finalidades de la Convención o no se cumplan sus disposiciones. Además la JIFE puede llegar a recomendar un embargo internacional sobre la importación o exportación de estupefacientes, o ambas cosas, contra el país de que se trate (artículo 14 del Tratado), se trata de un asunto grave y delicado. De hecho han sido muy pocos los casos en que se ha iniciado este procedimiento de "*represión*" del régimen internacional de estupefacientes desde que se creó en la Convención en 1925 y, hasta el momento, aún no se ha recomendado ningún embargo[350].

De este modo, queda patente la intransigencia de la JIFE a que se adopten, en los distintos países, medidas de tipo preventivo dirigidos a disminuir la demanda de sustancias ilícitas, siguiendo en su empeño en la fiscalización y represión. Incluso en casos de mera posesión para el consumo. No parece importar que, hasta la fecha, el afán prohibicionista y represor solo haya conseguido que la disponibilidad de drogas en la sociedad sea cada vez mayor, y sin olvidar todos los demás problemas que acarrea el mantenimiento de la prohibición y la fiscalización sobre sustancias psicoactivas ilícitas que se han puesto de manifiesto en el presente trabajo.

Teniendo en cuenta que la Asamblea General de Naciones Unidas la forman 192 Estados miembros, y que el problema del tráfico de drogas tiene una proyección interestatal en todo el mundo, resultaría deseable y necesario una actuación a nivel internacional. A la vista del fracaso

[350] COMENTARIOS A LA CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961. Naciones Unidas. p. 191 y ss.

obtenido en la intención de reducir la disponibilidad de sustancias psicoactivas prohibidas[351] mediante políticas de corte penal, parece que resulta necesario un cambio de paradigma que pasa, necesariamente, por una despenalización controlada de aquellos comportamientos relacionados con este tipo de sustancias que no supongan un grave perjuicio para el bien jurídico protegido: la salud humana.

Los países europeos solicitan cada vez más políticas de reducción de daños y algunos países sudamericanos rechazan que las medidas adoptadas recaigan siempre en el lado de la oferta y a su costa, señalando con el dedo a los países productores como culpables del problema, y mientras tanto el crimen organizado se sigue consolidando al regalarle un negocio seguro por la existencia de una demanda garantizada, una producción barata y un alto precio[352].

Por tanto, no es posible tener como organización de referencia en materia de drogas a la ONU, y más concretamente a sus organismos ocupados de la fiscalización del tráfico de drogas, que subyugados a los intereses partidistas de EE.UU se han convertido en peligrosas sectas ideológicamente orientadas que se niegan a admitir la necesidad de abrir un

[351] Naciones Unidas, a través del Informe Mundial Sobre las Drogas de 2015 emitido por la UNODC estima, que en 2013, un total de 246 millones de personas, de edades comprendidas entre los 15 y los 64 años, consumieron drogas prohibidas. Si bien solo el 10% son consumidores problemáticos, con trastornos asociados al abuso de drogas ilícitas. Se deja patente el enorme aumento que se ha producido en la disponibilidad de sustancias psicoactivas en todo el mundo en las últimas tres décadas.

[352] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. p. 228. En este sentido, hace notar el Resumen Ejecutivo del Informe Mundial Sobre las Drogas de 2015 de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), que: *"… los mercados de drogas ilícitas y las rutas que se utilizan para introducirlas de contrabando varían constantemente. La "red oscura", el mercado en línea anónimo utilizado para la venta ilícita de drogas ilustra perfectamente la rápida evolución de la situación y tiene importantes consecuencias tanto para las autoridades encargadas de la aplicación de la ley como para el tráfico de drogas…también hay datos que indican que los grupos delictivos organizados , que en el pasado se limitaban al tráfico de un solo tipo de droga, están diversificándose...se están utilizando países africanos como zonas de tránsito de tráfico de heroína y cocaína."*

diálogo realista basado en evaluaciones científicas, y no en principios ideológicos, acerca de los problemas de las drogas. La única solución alternativa pasa por la reinterpretación, en clave de legalización, de las actuales convenciones internacionales en la materia, respetándose las peculiaridades culturales y los usos tradicionales de las distintas sustancias psicoactivas en los distintos países. Así, como el planteamiento de políticas de reducción de daños, fijando un plazo para una total despenalización del delito de tráfico de drogas[353].

Desde principios de siglo, nuestra cultura se ha acostumbrado a convivir con una legislación en materia de sustancias psicoactivas basada en la prohibición, destinada a impedir la disponibilidad de determinadas sustancias psicoactivas, y además respaldada por el instrumento más severo del que dispone el Estado frente al individuo, el Derecho penal, con la convicción de que era el único medio eficaz para luchar contra los daños que causan estas sustancias, y con el utópico fin de conseguir la abstinencia forzosa de los consumidores y /o abusadores de éstas.

Tras el análisis de más de un siglo de prohibición sobre las algunas sustancias psicoactivas, se observa que lejos de conseguir reducir su disponibilidad, ésta ha aumentado y cada hay más drogas ilegales nuevas

[353] ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. pp. 999-1000, considera que si ponemos en una balanza los males ocasionados para salud de toda la colectividad, por el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas ilegales en todo el mundo, y en otra los causados por la prohibición: guerras, violencia, tráfico de armas, explotación, corrupción, enormes beneficios para la delincuencia organizada, desestabilización económica, desestructuración social, militarización de algunas sociedades, inseguridad global, blanqueo de dinero, bloqueo de sistemas judiciales, profundización de la desigualdades sociales y económicas, derecho penal de excepción y vulneración constante de derechos fundamentales en muchos lugares del mundo. La despenalización, limitándonos al ámbito represivo y según las necesidades de cada país, supondría la posibilidad de liberar una parte importante de los recursos y esfuerzos de los efectivos policiales y judiciales que se podrían dedicar a otros problemas de la sociedad como combatir el terrorismo, la trata de personas, el crimen organizado, etc. Señala también el autor, que llama la atención que el mantenimiento de la prohibición sobre las drogas vaya de la mano de EE.UU, después de su negativa experiencia con la "Ley Seca" durante los años 20 del siglo pasado. *Idem*, p. 964-965.

de origen sintético, y cada vez son más peligrosas, además de todos los daños colaterales producidos por el mantenimiento de la prohibición. A pesar de todo ello, el prohibicionismo sigue funcionando, hasta el punto de que desde los Gobiernos comprometidos con tal política-criminal ya ni siquiera se plantean nada acerca de los enormes costes invertidos en esa ingente tarea de contener la disponibilidad de las drogas declaradas ilegales. Al contrario, parece que los sucesivos fracasos sirven paradójicamente para justificar y aún incrementar la respuesta represiva[354].

Como sostiene DÍEZ RIPOLLÉS, *"es probable que existan suficientes razones para pronosticar que, cuando adquiramos la suficiente perspectiva histórica, la política represiva sobre drogas iniciada en el último tercio del siglo XX en todo el planeta va a percibirse como la decisión de política-criminal que mayores sufrimientos sociales e individuales innecesarios ha desencadenado durante la segunda mitad de este siglo"*[355].

El actual modelo prohibicionista, en el tratamiento del problema del uso y/o abuso de sustancias psicoactivas, se sigue imponiendo en todo el mundo gracias al impulso inicial de Estados Unidos, mientras desde Naciones Unidas, se otorgan los instrumentos necesarios para construir el *"prohibicionismo planetario"*. Algunos países comparten el entusiasmo prohibicionista y otros muchos soportan de forma inexplicable este *"consenso punitivo", y* si bien es cierto que cada vez es más frecuente oír voces de indignación muy relevantes todavía son insuficientes para tratar de cambiar esta dinámica. Pero hay que ser optimistas, al menos el reinado

[354] GONZALEZ ZORRILLA, *Política (s)*. op. cit. pp.245-246.
[355] DÍEZ RIPOLLÉS, *"El control"*, op. cit. p. 212.

del prohibicionismo está siendo atacado[356].

4.3. Posibilidades para la modificación de los tratados internacionales en materia de drogas

La actual política-criminal en materia de tráfico de drogas viene determinada por los acuerdos internacionales suscritos por España. Tanto las convenciones internacionales de Naciones Unidas como las Decisiones Marco emanadas de Unión Europea deciden, en gran medida, nuestra normativa en la materia. Ante tales circunstancias nos preguntamos si es posible plantear una variación en la política-criminal cuando parece que ésta ya nos viene impuesta internacionalmente[357].

El principio de soberanía del que gozan los distintos Estados determina un margen de flexibilidad importante frente al contenido de un tratado internacional. Por ello, existen en el Derecho internacional convencional un elenco de mecanismos de flexibilización que pueden llegar a afectar la fuerza obligatoria del tratado, afectando a sus efectos jurídicos. No obstante, siempre se exigirá que se respete el objeto y fin del tratado, es decir, la modificación de ciertos efectos jurídicos del tratado, en ningún caso puede confundirse con su definición, con su revisión ni con su

[356] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. p. 23.
[357] FERNANDEZ HERNANDEZ, *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, 2014, p.183, argumenta que si ello fuera realmente así, sin matizaciones, no quedaría más remedio que aceptar que hasta que no cambie la opinión internacional pocas variaciones cabrá esperar en nuestro derecho interno. En cuanto a tales *"matizaciones"*, sostiene DE LA CUESTA, *¿Es posible,* op. cit. pp. 38-39, que la normativa internacional para poder ser aplicada es necesario que respete los principios constitucionales y los concepto básicos del sistema jurídico del Estado Parte. Si bien reconoce el autor el escaso margen de maniobra del que disponen los Estados que se ven obligados en el plano internacional por los diversos convenios de Naciones Unidas y de la Unión europea, que han optado por la vía represiva frente al consumo y tráfico de drogas.

destrucción[358].

Los Tratados internacionales para la fiscalización de sustancias psicoactivas tienen importantes consecuencias en las normativa interna de los distintos Estados. Por tanto, y en principio, el derecho internacional convencional ejerce una influencia relevante sobre las decisiones nacionales, pues éstas son vinculantes y pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno de los países suscriptores.

Cabe preguntarse qué nivel de libertad dejan estas disposiciones de rango internacional para interpretaciones nacionales que permitirían una legalización controlada de determinadas sustancias psicoactivas. Y aunque la mayoría de los países democráticos han optado por despenalizar la posesión y el uso, sin embargo, la regulación internacional ha sido un importante impedimento para hacer efectivos los esfuerzos, en el ámbito nacional, de pasar de la prohibición a un régimen regulador y de control de determinadas sustancias psicoactivas[359].

No hay que olvidar que un tratado internacional es una norma jurídica cuyo fundamento es el consentimiento de los Estados, es decir, los Estados no están, en principio, obligados a suscribir un tratado ni a dotarlo de un determinado contenido. En este sentido, el alcance del tratado vendrá determinado por la capacidad que tenga de adaptarse a los rasgos característicos propios de cada Estado. De esta forma, la flexibilidad del

[358] MARTÍN RODRIGUEZ, *Flexibilidad y tratados internacionales*, 2003, p. 233, sostiene que: "*La flexibilidad puede construirse como una categoría autónoma porque traduce una respuesta jurídicamente diferenciada a la cuestión de la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de la realidad social regulada*".
[359] BABOR, *La política de*, op. cit. pp. 216 y 217.

tratado se convierte en la base sobre la que se asienta el Derecho internacional de la cooperación, que se identifica con la actual sociedad internacional tan globalizada, como a la vez, tan heterogénea y cambiante[360].

Por tanto, los Estados gozan de cierto margen de actuación para ajustar las disposiciones internacionales a sus específicas circunstancias, teniendo capacidad de decidir la configuración de los distintos mecanismos de control con el fin de proteger la salud de sus ciudadanos del riesgo que supone el uso y/o abuso de las distintas sustancias psicoactivas. Esto se traduce en que los acuerdos suscritos en al ámbito internacional pueden orientar la regulación interna, pero se puede optar por acogerse a una normativa de mínimos o incluso ir más allá[361], como veremos a continuación, planteando un cambio en lo dispuesto en los citados convenios internacionales.

Existen diversas formas de poder llegar a reformar las convenciones internacionales, o las obligaciones a las que se ha comprometido un Estado, en base a un tratado al que se ha adherido, si bien nos vamos a centrar en las llamadas reservas a los tratados multilaterales y que, como se verá brevemente, resulta el medio más factible de llegar posibles modificaciones de éstos. Además es el único medio que ya ha sido utilizado con éxito por

[360] MARTIN RODRIGUEZ, *Flexibilidad*, op. cit. pp. 238-239, argumenta que la flexibilidad permite resolver el conflicto que se plantea en obligar jurídicamente a sujetos definidos como soberanos. El Derecho internacional convencional es un sistema jurídico en el que el incumplimiento de la norma resulta claramente asequible, y la flexibilidad, por su capacidad de encarar el conflicto, contribuye a convertirlo en un auténtico instrumento de racionalización social.

[361] FERNANDEZ HERNANDEZ, *Tráfico*, op. cit p. 184-187, considera que el actual modelo prohibicionista no sirve para reducir o prevenir el tráfico y consumo de drogas, y además, los tipos penales creados en nuestro país para seguir el prohibicionismo "*impuesto*" internacionalmente resultan difícilmente conciliables con los principios que rigen un Derecho penal garantista, obligando a Jurisprudencia y Doctrina a elaborar interpretaciones que reduzcan tales efectos perniciosos. Solución incompleta habida cuenta de la no obligatoriedad de seguir tales interpretaciones.

algún Estado, como también veremos. No obstante se enunciarán cuáles son el resto de posibles mecanismos de modificación o renuncia a un tratado, como son: la enmienda en los tratados, la modificación de las partes y la denuncia de un tratado[362].

La llamada *"reserva"* consiste en una declaración unilateral realizada por un Estado al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de determinadas disposiciones del tratado en su

[362] Pasamos a enumerar y definir brevemente estos otros posibles mecanismos, siguiendo para ello el Informe del TNI en *"Auge y caída,"* op. cit. pp. 60-69, siendo: **1) *Enmienda de los tratados*:** el hecho de modernizar los tratados de fiscalización de drogas a través de procedimientos de enmienda o renegociación entre la Partes se encuentra, con excesiva facilidad, con importantes obstáculos procedimentales y políticos. El problema fundamental es que existe el error de considerar la Convención Única como algo intocable y creen que cualquier cambio pondría en peligro la integridad de todo el sistema de control establecido, corriéndose el riesgo de crear un precedente político negativo. El procedimiento consiste en que, si ninguna Parte rechaza la propuesta de enmienda en un plazo de 18 meses, ésta entra en vigor de forma automática. En caso de objeciones presentadas, el Consejo Económico y Social de la ONU debe decidir si es necesario convocar una conferencia con las Partes para negociar la enmienda. Si se presentan un número importante de objeciones, el Consejo puede rechazar la propuesta de enmienda sin más, en este caso si la Parte interesada no está dispuesta a aceptar la decisión puede denunciar el tratado o dar lugar a una controversia que, en última instancia podría ser sometida a la Corte Internacional de Justicia.
2) Modificaciones entre partes: También existe la posibilidad de modificar los tratados, solo entre determinadas Partes. Así el artículo 41 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 dispone: *"Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas"*, con la condición de que "*no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones y no sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto*". Se trata esta de una opción poco explorada hasta la fecha que se sitúa a medio camino entre la denuncia selectiva y una reserva colectiva. Esta podría ser una opción para tratar de proporcionar base jurídica al hecho de posibilitar el comercio internacional entre jurisdicciones nacionales que permitan la existencia de un mercado lícito de una sustancia, al amparo de sus disposiciones legales internas, aunque ese comercio internacional no esté permitido en virtud de las obligaciones dispuestas por los tratados actuales. A modo de ejemplo, un grupo de países podría firmar un acuerdo con efecto solo para ellos por el que se anulara las disposiciones de los tratados que fiscalizan el cannabis, si bien los tratados internacionales prohíben la importación y exportación de cannabis. El procedimiento no está sujeto a objeciones de las Partes, por tanto, al margen de que la iniciativa pueda tener costes en términos de reputación, posiblemente el único recurso legal a su alcance sería trasladar el conflicto a la Corte Internacional de Justicia.
3) *Denuncia*: Los motivos para tratar de invalidar la adhesión de un Estado a un tratado internacional se establecen en los artículos 48 y 62 de la Convención de 1969, y son la existencia de *"el error histórico"* y/o *"el cambio fundamental en las circunstancias"*. Supone la retirada total de los tratados internacionales que proscriben sustancias psicoactivas ilegales, esto conllevaría condenas aún más severas que las realizadas a Bolivia por el tema de la hoja de coca ya visto, y podría llegar a tener graves repercusiones, económicas, políticas y de reputación como Estado, sobre todo para aquellos países que reciben ayuda al desarrollo las sanciones de los Estados Unidos y de la Unión Europea serían difícil de evitar.

aplicación a ese Estado. La reserva es una institución del Derecho de los Tratados que pone de manifiesto, en principio, la gran flexibilidad de la que pueden ser objeto el contenido normativo de un tratado, en base, fundamentalmente, al principio de soberanía de los Estados que les faculta a excluir o modificar ciertas disposiciones del mismo en su aplicación a dicho sujeto[363].

No obstante, existe un límite a esta capacidad de los Estados parte de realizar, unilateralmente, reservas a los tratados, la cual consiste en que debe existir cierta compatibilidad entre la reserva emitida y el objeto y fin del tratado al que se le realiza la reserva. El problema es que no existe un sistema objetivo que permita apreciar la existencia o no de dicha compatibilidad, lo que otorga mayor discrecionalidad a los Estados en la aplicación del Derecho internacional convencional[364].

Este procedimiento es un mecanismo que resulta controvertido, pues se puede convertir en un arma de doble filo en el ámbito internacional, ya que, por un lado, existe el temor fundado de que si se concede con demasiada facilidad puede suponer un precedente que podría menoscabar otro tipo de tratados internacionales, en especial, los relativos a los derechos humanos. Y por otro, puede suponer un instrumento útil para que los Estados con reservas transmitan a otros Estados parte información relativa cambios en las distintas sociedades que trasforman en inapropiadas o problemáticas algunas de las normas de los tratados existentes,

[363] RIQUELME CORTADO, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, 2004, pp. 369-409.
[364] RIQUELME CORTADO, *Las reservas*, op. cit. p. 369. En este sentido, pone de manifiesto MARTÍN RODRIGUEZ, *Flexibilidad*, op. cit. p. 240, que la flexibilización que activa la reserva no pierde nunca la unilateralidad, es decir, la permanencia o desaparición de la afectación del tratado pertenecen por completo al estado reservatario.

suponiendo un mecanismo valioso que contribuye al eficaz funcionamiento del sistema internacional de tratados[365].

Las reservas constituyen una vía de flexibilización unilateral al contenido del convenio internacional, y su fuerza radica en la desaparición de límites sustantivos para esta impugnación. Ante la escasa resistencia general que ofrece el tratado para su flexibilización, la reserva exige que el consenso se recomponga y se logrará a través de la destrucción de la integridad del convenio internacional, dinamitándolo en relaciones bilaterales cuya extensión viene determinada por las distintas reacciones de los demás Estados parte (aceptación, objeción simple, extensiva o cualificada) y que define las características fundamentales de la flexibilidad de las reservas[366].

En relación a las reservas existentes con respecto a los convenios internacionales en materia de fiscalización de sustancias psicoactivas ilegales, señalar, que en un informe de 2009 la JIFE procede a denunciar a Bolivia porque en su Constitución se declara patrimonio cultural la masticación de la hoja de coca. Lo que supone despreciar el sentido que tal uso tiene para los pueblos indígenas desde hace milenios, pues el uso tradicional de la masticación de la hoja de coca les ayuda a soportar la menor concentración de oxigeno que el aire tiene al aumentar la altura, aliviando la fatiga que se produce por el ascenso, siendo un estimulante

[365] Informe del TNI en *"Auge y caída"* op. cit. pp. 60-69. En este sentido, afirma RIQUELME CORTADO, *Las reservas*, op. cit. p. 374, que el sistema flexible mediante el control de la admisibilidad de la reserva resulta imperfecto e insatisfactorio, dado que determinados tipos de tratados están siendo atacados mediante todo tipo de reservas de carácter vago dirigidas a disposiciones expresivas de normas consuetudinarias, que incluso llegan a excluir la obligación de adoptar medidas internas de desarrollo de normas, obstaculizando los mecanismos de acción de los órganos de supervisión internacional. Resultaría necesario la puesta en práctica de un sistema de control de la compatibilidad de las reservas en aras del progreso de institucionalización de la protección de los derechos humanos.
[366] MARTIN RODRIGUEZ, *Flexibilidad*, op. cit. pp. 239-240.

suave no tóxico[367].

El 29 de junio de 2011, Bolivia notificó al secretario general de la ONU que había decidido retirarse de la Convención Única, tras la denuncia, Bolivia volvió a adherirse a la Convención, reservándose el derecho de autorizar en su territorio la masticación tradicional de la hoja de coca, el uso de ésta en su estado natural, y el cultivo, la comercialización y la posesión de la hoja de coca en la medida necesaria para estos fines lícitos[368].

Bolivia consiguió exceptuar la obligación de la Convención de 1961 que compelía a los países a prohibir la tradición de masticar hoja de coca, y de beber mate de coca, así como cualquier otra forma de consumo no médico de la coca en su estado natural. Los argumentos esgrimidos por parte de Bolivia eran numerosos y de gran peso: conclusiones obsoletas, y por tanto inapropiadas a la realidad actual, que se usaron en la prohibición de 1.961; conflicto insostenible entre la constitución boliviana y las obligaciones del derecho internacional; la legalidad del procedimiento según la normas nacionales bolivarianas; los derechos indígenas y culturales; y que la realidad es que la obligación de abolir la masticación de la hoja de coca nunca llegó a llevarse a la práctica. La prohibición de la hoja de coca no se basaba en criterios farmacológicos, ni en evidencias

[367] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 130-134, argumenta que resulta, por tanto, complicado pensar que sea desde Naciones Unidas desde donde nazca la posibilidad de un cambio de rumbo en la política-criminal en materia de tráfico de drogas en el ámbito mundial, pues continua con su habitual falta de sentido común, con sus excesos, y lo que es más grave, con un desconocimiento de las evidencias científicas y de los derechos humanos, siguiendo con el prohibicionismo planetario, incluso contra las opiniones mejor fundadas de otras agencias internacionales responsables de derechos humanos y de temas de salud colectiva.

[368] *Idem*, pp. 133-134.

científicas[369].

Sin embargo, muy pocos países serían capaces de soportar tal presión internacional, por lo que hacen todo lo posible para respetar y acatar las partes más significativas del régimen internacional de fiscalización de drogas, y en ocasiones, tratan de buscar alguna *"pequeña grieta en el sistema"* para que, sin vulnerar su contenido esencial, tratar de acomodar la aplicación de los preceptos impuestos internacionalmente en materia de drogas a los principios fundamentales y derechos individuales plasmados en sus textos constitucionales[370].

Hasta hace bien poco tiempo, ni tan siquiera era posible cuestionar los tratados internacionales sobre drogas, por ser una especie de tabú político. Pero, por simple coherencia y por la necesidad de buscar la plena compatibilidad con otras obligaciones en materia de derechos humanos de la propia ONU, el actual sistema está siendo constantemente puesto en duda, en especial, en esta última década y para sustancias como el cannabis y la hoja de coca.

La cuestión ya no es si se debe o no modernizar el sistema de control de drogas de la ONU, sino más bien cuándo y cómo debe hacerse, tratando

[369] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 130-131, afirma que: *"la prohibición de la masticación es una violación de los derechos de los pueblos indígenas"*.

[370] Informe del TNI en *"Auge y caída"*, op cit. p.70. Se plantea la cuestión de si en países del norte de África y Oriente Medio podrían reclamar, con la misma legitimidad basada en tradiciones ancestrales y derechos indígenas y culturales, retirar la prohibición sobre el cannabis, recordar que en el artículo 49 de la Convención Única es donde se contiene la prohibición sobre la masticación de la hoja de coca, y en el mismo precepto, se contiene también la misma prohibición sobre el cannabis y la obligación de ir aboliendo paulatinamente el extendido uso tradicional de éste. Por tanto se podría intentar plantear una reserva sobre el cannabis en los mismo términos a la de Bolivia para la hoja de coca, si bien hay que tener en cuenta que la Convención sobre el derecho de tratados exige que una reserva pase la prueba de *"no ser incompatible con el objeto y fin del tratado"* y entre esos objetivos se encuentra el de *"limitar las drogas fiscalizadas exclusivamente a los fines médicos y científicos "*.

de encontrar un mecanismo lo suficientemente efectivo como para poder transformar de manera ordenada el sistema actual en otro más conforme a las prioridades locales de los Estados parte, y al mismo tiempo, más compatible con las bases científicas básicas y con la normativa de la ONU relativa a los derechos humanos[371].

5. Concepto jurídico-penal de droga en el Derecho español

Un sector doctrinal considera que el artículo 368 CP es una ley penal completa, al considerar que, en los meritados listados internacionales, no se define el deber cuya infracción castiga el precepto, sino que se limitan a clasificar las sustancias psicoactivas ilegales, sin llegar a constituir un elemento normativo necesario del tipo penal. Aunque resultará útil acudir a ellos para saber cuáles son las sustancias que se consideran prohibidas internacionalmente, en ningún caso tendrán efectos vinculantes en la determinación del objeto material del delito de tráfico de drogas[372].

[371] *Idem*, p.71. Señala el informe que una forma posible de provocar una revisión de los tratados utilizando el mecanismo de la denuncia podría consistir en que varios países instaran una salida del régimen fiscalizador de drogas de la ONU, extendiendo una masa crítica lo suficientemente amplia para obligar a los Estados que defienden la intocabilidad de los tratados a participar en el proceso de cambio, mostrándose éstos menos reacios a la modificación o a la enmienda de los tratados. En el caso que se decidera abordar los problemas que provocan en los Estados parte la aplicación en sus territorios del prohibicionismo internacional en materia de drogas, y se procediera a la reforma de los tratados sería necesario crear cierta flexibilidad jurídica para que lo países, que así lo decidieran, pudieran crear un mercado licito para aquellas sustancias psicoactivas autóctonas, que bien por el respeto a sus tradiciones y cultura o por tratarse de sustancias más aceptadas socialmente, como por ejemplo el cannabis y sus derivados o la hoja de coca.

[372] MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, pp. 672-673. El Tribunal Constitucional, mediante la STS de 13 de febrero de 1996, se pronunció en relación a las leyes penales en blanco sosteniendo que era posible la incorporación al tipo de elementos normativos y que resultaba conciliable con la CE la utilización legislativa y la aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, es decir, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal *"no se encuentre agotadoramente previstas en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal ; que la Ley, además de señalar la pena, de certeza, o sea suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada"*.

Es decir, según esta concepción, lo realmente trascendente es la voluntad de la ley reflejada en el CP que no nos remite a los convenios internacionales o a la legislación administrativa complementaria para comprender el alcance de las expresiones contenidas en el artículo 368 del CP. De esta forma, será en el propio precepto, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática donde haya que buscar el concepto de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicoactiva. Las listas de sustancias psicoactivas contenidas en los tratados internacionales suscritos por España tendrán valor informativo para el juzgador, gozando éste del arbitrio judicial[373].

Ante tal situación, se ha planteado, por parte de un importante sector doctrinal, la posibilidad de crear un *concepto jurídico-penal propio* y vinculado a la idea de nocividad y de lesión del bien jurídico-penal. Con este concepto se obtiene la ventaja de construir el concepto únicamente a partir de estrictos criterios de lesividad material, en el sentido de que toda sustancia que tenga virtualidad para afectar el bien jurídico-penal salud humana podría ser objeto material idóneo, sin perjuicio, de que la ponderación de criterios de tolerancia social permitiese dejar de considerar drogas a ciertas sustancias[374].

[373] MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit. pp. 672-673. También en sentido similar vid. JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. p. 60 y CÓRDOBA RODA, *"El delito de tráfico de drogas"*. Estudios Penales y Criminológicos. Nº 4, 1980, p.17. En ese sentido, considera MOLINA MANSILLA, *El delito*, op. cit. pp. 46-47, que al no existir un concepto legal de droga o sustancia psicoactiva serán los Tribunales quienes determinarán su contenido, pues nos encontramos ante un concepto normativo, provocando cierta inseguridad jurídica debido a la falta de criterios seguros que definan a efectos penales este concepto.

[374] GALLEGO SOLER, *Contexto del tratamiento*, op. cit. p. 517. En relación con la conveniencia de elaborar un concepto penal de droga que al menos evite el automatismo de su mera inclusión en los listados internacionales, afirma MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: parte especial*, 2013, pp. 619-620, que los listados de sustancias contenidos en el Convenio de 1961 no tienen carácter ejecutivo, sino meramente indicativo. Si se trata de la protección de la salud, está claro que sólo las sustancias nocivas para la salud pueden estar incluidas en su ámbito de prohibición. Además la remisión a la normativa extrapenal puede plantear lagunas de punibilidad en relación al descubrimiento de drogas de nuevo cuño que sin estar aún incluidas en los listados internacionales sean consideradas nocivas para la salud, con un concepto penal de droga no habría inconveniente de castigar penalmente siempre que exista afectación al bien jurídico protegido.

Las razones que motivan la construcción de un concepto jurídico-penal propio de droga frente al sistema de listados internacionales se pueden resumir así:

a) En primer lugar, tratar de evitar el automatismo que supone considerar a una sustancia como droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica por el mero hecho de su inclusión en un listado internacional, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, especialmente la afección o no al bien jurídico protegido salud de las personas[375].

b) En segundo lugar, eludir posibles lagunas de punibilidad en sustancias tóxicas no incluidas en los listados susceptibles de causar daño a la salud, y por último, se facilitaría la distinción entre sustancias que causen grave daño a la salud y las que no, dado que en los listados de los convenios internacionales se prescinde de tal distinción[376].

Si bien la gran mayoría de la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el delito tipificado en el artículo 368 del CP es una norma penal en blanco, resultando obligatorio y necesario acudir a los listados internacionales de sustancias psicoactivas prohibidas para completarlo.

[375] Señala CORDODA RODA, *"El delito"*, op. cit. pp. 23-24, en cuanto a la afección del bien jurídico, que será necesario que la concreta sustancia psicoactiva objeto de difusión resulte apta para producir importantes quebrantos a la salud. Resultando insuficiente que la clase a la que pertenece la sustancia aparezca incluida en el elenco de sustancias prohibidas según la normativa extrapenal.

[376] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. pp. 106-107. En opinión de ARROYO ZAPATERO, *El objeto material en el artículo 368 C.P: Planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Delitos contra la salud pública y contrabando. Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, p.368, frente a la gran amplitud del concepto médico-farmacológico de droga se hace necesario un concepto jurídico-penal acotado y cierto, que permita determinar con seguridad qué sustancias causan grave daño, para distinguirlas de las que no lo causan. Se trataría de instrumentar medidas político-criminales que tomen en consideración las diferentes consecuencias sanitarias, sociales y criminológicas de la difusión de unas drogas y otras. En ese mismo sentido, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit. pp. 672-677.

Existe alguna sentencia del TS que difiere de esta postura, en concreto habría que destacar la STS 849/1995, de 7 de julio, que, en su fundamento de derecho cuarto, establece:

"En efecto, un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el artículo 344 CP -a diferencia de lo que sostiene el recurrente- no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquellas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el artículo 344 CP se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en «ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico», o de otro modo «promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines», es decir en una conducta que el texto del artículo 344 CP describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma.

Ciertamente es frecuente que para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta Sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1961, como lo hace también la sentencia recurrida. Pero de ello no es correcto deducir que el artículo 344 CP constituye una Ley Penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el artículo 344 CP, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a

elementos normativos del tipo[377]*"*.

Como se observa, la resolución expuesta se encuentra en una línea interpretativa parecida al sector doctrinal que considera que no estamos ante una ley penal en blanco, y es necesario la construcción de un concepto jurídico de droga con independencia de lo dispuesto en los Convenios internacionales, que únicamente tienen carácter informativo o consultivo. Pero esta sentencia es tan solo la excepción a la norma general, pues la casi unanimidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que los listados de sustancias psicoactivas prohibidas contenidas en los convenios internacionales en la materia son de obligado acatamiento por los jueces, en virtud de lo establecido en el artículo 96.1 de la CE[378].

En definitiva, el planteamiento de un concepto jurídico-penal ayuda a completar al concepto internacional de droga y sirve para solucionar los numerosos casos de aparición de nuevas sustancias psicoactivas que pueden resultar dañinas para la salud, a pesar de no estar aún incluidas en los listados internacionales. De hecho, según el Informe Mundial de Drogas emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en 2015: *"En diciembre de 2014, noventa y cinco países y territorios habían informado sobre un total de 541nuevas sustancias psicoactivas al sistema de alerta temprana de la UNODC"*[379]. Dadas las cifras de aparición de nuevas sustancias que pueden resultar tóxicas y los trámites burocráticos necesarios para poder incluir tales sustancias en los

[377] STS 849/1995, de 7 de julio. Fundamento de Derecho Cuarto. En el mismo sentido de considerar un concepto jurídico penal de droga, además de los listados internacionales vid. STS 474/2000, de 24 de marzo; STS 1184/1999, de 16 de julio; y STS 354/1998, de 16 de marzo.
[378] En ese sentido se expresa la STS 234/1997, de 22 de febrero, en su fundamento de derecho quinto.
[379] Resumen Ejecutivo del Informe Mundial de Drogas emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en 2015, p. 9.

elencos internacionales, parece acertado disponer de un concepto jurídico-penal basado principalmente en la idea de afectación para el bien jurídico-penal que sirva para completar el concepto médico-farmacológico y el concepto internacional.

No obstante, y dado que el término *"estupefaciente"* se encuentra también recogido en el artículo 2 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, de Estupefacientes, en vigor según RD 1194/2011, de 19 de agosto (RCL2011/1616), en principio, sería también necesario plantear un concepto jurídico-administrativo de droga. Si bien el citado precepto se refiere a los convenios internacionales directamente, señalando que serán estupefacientes aquellas sustancias que allí se incluyen y las que se añadan en el futuro, es decir, coincide con el concepto internacional de droga.

6. La distinción entre drogas que causan grave daño la salud y drogas que no causan grave daño a la salud

El artículo 368 del CP distingue, a efectos de graduación de pena, entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no causan grave daño[380]. Si bien tal distinción no queda legalmente conceptuada, pues el legislador se limita a anunciarla pero sin señalar nada más, por lo que ha tenido que ser, de nuevo, la Jurisprudencia[381] la que establezca un concepto

[380] La expresión *"grave daño a la salud"* fue introducida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma del Código Penal. Como apunta MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. p. 107, la distinta penalidad aplicada a las drogas que causan grave daño a la salud y las que no, pretendía, desde un punto de vista político-criminal, la diferenciación epidemiológica entre las redes del tráfico con las drogas más gravemente dañosas y las demás, que pretendía incidir y modular tanto las redes centrales como las cadenas de distribución hasta el consumidor final. También, en cuanto a los orígenes de la distinción, señala GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit. p. 198, que ésta tuvo más realidad en el pasado que en la actualidad, pues de hecho en la práctica sólo servía para diferenciar la heroína del cannabis.

[381] Ya desde hace varias décadas se viene pronunciando en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid. STS de 12 de diciembre de 1994. Recientemente vid. STS 406/2010, de 11 de mayo; STS 1238/2009, de 11 de diciembre; STS 1126/2009, de 19 de noviembre. Si bien en un principio, el propio

de lo que deba considerarse por sustancia psicoactiva que causa grave daño a la salud y su distinción de las que no lo causan, atendiendo para ello a los siguientes criterios[382]:

- La necesidad de exigir mayor dosificación, es decir si produce o no tolerancia.

- Que ocasione o no dependencia o adicción física o psíquica. Esta última supone la necesidad imperiosa de procurarse la sustancia con el fin de conseguir las mismas sensaciones que las producidas por ingestiones anteriores, con los cuadros de ansiedad y angustia que ello conlleva. La dependencia física supone la ineludible necesidad de administrarse la sustancia para así mantener un equilibrio físico, con los efectos que sobre el organismo del consumidor produce su carencia (síndrome de abstinencia o estados carenciales).

- El deterioro que pueda producir en el organismo la sustancia.

- La letalidad de la sustancia a pequeñas dosis, de modo que un uso inadecuado o abusivo pueda producir la muerte por sobredosis.

Tribunal Supremo criticó la creación legislativa de tal distinción, así se señalaba en la STS de 4 de marzo de 1988: "*La distinción,…, es un tanto artificiosa, respondiendo a criterios de política-criminal, implantados ex lege, más que a una realidad tangible que respaldara la referida distinción. Por ello es ocioso e inútil pretender encontrar la clave de la distinción y la clasificación de los estupefacientes o de las sustancias psicotrópicas con la consiguiente diversificación entre los muy nocivos para la salud y los menos perjudiciales para ella, en las Listas anejas al Convenio…, dichas normas se limitan a enumerar las sustancias o los fármacos,…, pero sin jerarquizarlas en orden a su mayor o menor incidencia en la salud humana,…,siendo la propia jurisprudencia de esa Sala 2ª la encargada de integrar el precepto, vivificando esa ambigua distinción*".

[382] Criterios establecidos, entre otras por las STS 406/2010, de 11 de mayo; STS 1238/2009, de 11 de diciembre; STS 1126/2009, de 19 de noviembre; STS 210/2005, de 22 de febrero y STS 215/2002, de 7 de mayo.

La Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado, vendría a establecer que serían los Tribunales los encargados de conceptualizar una sustancia como de grave daño o no para la salud en base a los criterios aportados por los dictámenes científicos contenidos en los informes periciales. Así, para que una sustancia se considere que causa grave daño a la salud, deberá reunir los siguientes requisitos: exactitud en la identificación de la sustancia, determinar tanto la naturaleza de la sustancia psicoactiva que interviene en su composición como el grado de riqueza de sus principios activos y delimitar el riesgo que su uso extraterapéutico conlleva para la salud[383].

Estos serían los requisitos jurisprudenciales[384] que se exigen a una sustancia psicoactiva para ser considerada entre las que perjudican de forma grave la salud. Por tanto, aquellas que no cumplen estos requisitos, en principio, serían las que no causan grave daño a la salud (las llamadas drogas blandas, básicamente el cannabis y sus derivados y algunos

[383] GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit. pp. 198-199. En este sentido, apunta ARROYO ZAPATERO, *El objeto material*, op. cit. pp. 368-369, que, a efectos de distinguir entre las gravemente dañosas para la salud y las demás, se podría recurrir a la diferenciación entre: por una parte del combinado de la dependencia física y la tolerancia, desvalorándolos especialmente por su mayor gravedad epidemiológica, y, por otro lado, los supuestos de mera dependencia psíquica, por representar un menor grado de dañosidad. Además, otro rasgo característico en las drogas que causan grave daño que no tiene el resto de sustancias, es la susceptibilidad de causar muerte por sobredosis al consumir ínfimas cantidades de ésta. Posteriormente, y como argumenta LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, p. 267, con respecto a los psicotrópicos, el tema fue abordado por el Fiscal General del Estado en Consulta 12/1985, de 13 de diciembre, estableciendo la necesidad de determinar la naturaleza de la sustancia que interviene en la composición de la sustancia, así como la riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud de su uso extraterapéutico, acción farmacológica y efectos en orden a la dependencia.

[384] Como afirma MONTERO LA RUBIA, *Delitos*, op. cit. p. 17, en virtud de la Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado, los Tribunales son los encargados, conforme a los dictámenes médicos y toxicológicos correspondientes, de realizar la distinción entre drogas que causan grave daño a la salud y las que no lo causan, atendiendo para ello a los criterios vistos más arriba. En ese sentido, MOLINA MANSILLA, *El delito*, op. cit. p. 59, establece que los requisitos jurisprudenciales para considerar las sustancias que causan grave daño a la salud los siguientes: 1º. Producir adicción, que ocasiona dependencia psicológica y orgánica, 2º. Generar tolerancia a su consumo, que requerirá aumento progresivo de la dosis, 3º. Ante la falta de ingestión de la sustancia psicoactiva ilegal se genera el síndrome de abstinencia. Como señala MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal*, op. cit. p. 938, en relación a la distinción entre drogas que causen grave daño a la salud y las que no lo causan resulta de obligada consulta tanto la jurisprudencia del TS como algunos acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS.

medicamentos, especialmente psicofármacos, como se verá más adelante). Si bien, dado que la prohibición penal también les alcanza, aunque en menor grado punitivo, debemos entender que serán aquellas que, aunque con menor grado de intensidad, producen cierta afección al bien jurídico protegido salud[385].

El hecho de clasificar las distintas sustancias psicoactivas ilegales en función de la repercusión que tienen sobre el organismo del usuario plantea la dificultad añadida de que tal repercusión no dependerá, en exclusiva, de la propia naturaleza intrínseca de la sustancia, sino también de las propias características físicas y/o psíquicas del consumidor, así como de la vía de administración empleada, e incluso del entorno social en el que se desenvuelve el consumo[386].

El criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la distinción que nos ocupa es de carácter casuístico, clasificándose las sustancias a través de la valoración de los dictámenes periciales, hasta que el criterio jurisprudencial resulta constante e invariable respecto a una sustancia en concreto[387]. Si bien, se puede afirmar que excepto la planta de

[385]ACALE SANCHEZ, *Drogas tóxicas*, op. cit p. 82, argumenta que, según tales criterios jurisprudenciales, se podría afirmar que las drogas blandas serían aquellas que no produzcan tolerancia, ni dependencia, ni adicción, ni sean letales en dosis bajas. Ahora bien, estas características deben interpretarse en base al concepto de droga tóxica dado por la OMS. Desde este punto de vista, no debería ser típico el tráfico de sustancias como el hachís que no causa más daño a la salud que drogas de curso legal como el tabaco. Se debería exigir que las drogas blandas prohibidas produzcan tolerancia y dependencia o adicción física o psíquica pues, de otro modo, no entrarían dentro del propio concepto de drogas tóxicas y, por tanto, no podrían poner en peligro el bien jurídico protegido salud pública.

[386] GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit p. 193. En ese sentido, indica RODRIGUEZ NUÑEZ *Derecho penal. Parte especial*, 2011, p. 547, que la jurisprudencia ha ido determinando, en base a criterios objetivos y científicos, los cuales pertenecen a cada categoría sin tener en cuenta la potencial nocividad sobre un individuo determinado o en circunstancias concretas, y todo ello, a pesar de que en el medio o largo plazo todas las drogas causan grave daño a la salud.

[387] MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. p. 107, sostiene, en este sentido, CARMONA SALGADO, *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2000, p. 686, que si bien la distinción entre sustancias que causen grave daño a la salud y las que no lo causen no viene recogida en los Convenios Internacionales celebrados sobre la materia, considera el autor que resulta correcta tal distinción, tanto desde un punto de vista técnico como político-criminal.

cannabis y sus derivados, así como algunos medicamentos de origen legal que pasan a venderse en el mercado negro (algunas benzodiacepinas, barbitúricos y ansiolíticos, básicamente), el resto se consideran que causan grave daño a la salud (heroína, cocaína, anfetaminas, crack, LSD, ketamina, drogas de diseño, etc[388]).

También se plantea la cuestión de si el término *"grave daño"* viene referido a la salud pública, a la salud individual o a ambas a la vez, pues el precepto no lo concreta, limitándose a señalar *"a la salud"* sin adjetivos.

En caso de considerar que viene referido a la salud pública, como concepto autónomo y desvinculado respecto de la salud individual, podría suponer que una sustancia considerada grave para la salud individual no tuviera la misma consideración para la salud pública por tratarse de una cantidad de sustancia insuficiente para que existan riesgos de difusión para personas indeterminadas en la sociedad. Por el contrario, si el grave daño lo relacionamos con la salud individual se debería atender a la capacidad psicoactiva intrínseca de la sustancia[389].

Por tanto, para la mayoría de la doctrina del Tribunal Supremo las sustancias psicoactivas que causan grave daño a la salud son aquellas que, con las características antes vistas y consideradas de modo abstracto, son susceptibles de causar graves efectos nocivos en la salud individual. Esta postura jurisprudencial considera el concepto daño de modo abstracto y

[388] Para una extensa relación de casos y su tratamiento jurisprudencial clasificados por sustancias vid. JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op cit. pp. 74-91 y MORANT VIDAL, *El delito*, op. cit. pp. 109-113.
[389] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 69-70. En ese sentido vid. GANZENMULLER, *Delitos contra*, op. cit. pp. 200-245.

viene referido al binomio salud pública-individual. De esta concepción se derivan una serie de consecuencias prácticas[390], que serían:

1) A estos efectos no será relevante que se dañe la salud individual de una persona de forma concreta.

2) No será necesario determinar con exactitud ni la cuantía ni el grado de pureza de la sustancia incautada, será suficiente que se encuentre incluida entre la clase de sustancias que se han considerado como causantes de grave daño a la salud por la jurisprudencia del Supremo.

3) Por lo general no será necesario realizar un peritaje para determinar si la sustancia incautada causa grave daño a la salud. Únicamente resultará necesario en caso de desconocerse sus efectos sobre el organismo.

4) De tratarse de una sustancia cuyos efectos son sobradamente conocidos no será obligatorio reflejar en los hechos probados la cualidad de sustancia que causa grave daño a la salud.

5) Resultará indiferente que la sustancia sea utilizada como fármaco, pues hay que distinguir entre usos de la sustancias bajo control médico y utilización con fines no terapéutica en relación al mercado ilegal de sustancias psicoactivas.

6) La determinación de si estamos ante una sustancia que causa grave daño a la salud o no es valorativa. Por tanto, desde un punto de vista

[390] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 70-74.

procesal penal, la resolución puede ser revisada mediante el recurso de casación por la vía del artículo 849.1º.

En opinión de JOSHI JUBERT la determinación de si una sustancia produce un daño a la salud pública que se considere relevante desde el punto de vista del Derecho penal no puede depender únicamente de los efectos que una sustancia psicoactiva pueda originar en abstracto, sino que se deberá probar en el caso concreto. En opinión de esta autora, para considerar que una sustancia causa grave daño a la salud se deberían acreditar los siguientes requisitos[391]:

1º) Que se trate de una sustancia psicoactiva que en abstracto tenga capacidad de dañar plenamente la salud individual, al protegerse la salud individual de forma mediata por el precepto.

2º) A continuación se deberá acreditar si la sustancia psicoactiva resulta idónea de forma concreta para afectar gravemente la salud individual, en caso contrario resultará complicado determinar un peligro potencial para la comunidad. De ahí la necesidad de comprobar en cada caso concreto la cuantía y el grado de pureza de la sustancia psicoactiva incautada.

3º) Si bien el precepto no exige la lesión de la salud individual, sino de la pública, para confirmar el daño a la salud pública no será suficiente con los dos requisitos anteriores, sino que la cuantía de la sustancia

[391] JOSHI JUBERT, *Los delitos*, op. cit. pp. 95-96. En este sentido, entiende MONTERO LA RUBIA, *Delitos*, op. cit. p. 17, que la Jurisprudencia utiliza una serie de criterios para distinguir las sustancias que causan grave daño a la salud de las que no lo causan, siendo los siguientes: 1º la dependencia del consumidor, 2º el nivel de tolerancia o la progresiva necesidad de dosis mayores, y 3º la posibilidad de que el abuso conduzca a significativas alteraciones del comportamiento o afectación psíquica.

psicoactiva incautada deberá ser lo suficientemente adecuada para que exista peligro de difusión entre sujetos indeterminados y de forma indiscriminada.

Se plantea el problema de si será posible considerar que una sustancia causa grave daño a la salud si del análisis realizado sobre la sustancia psicoactiva prohibida no es posible determinar ni la naturaleza de la misma, ni su grado de pureza. La doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo considera que sí es posible calificar una sustancia de gravemente perjudicial para la salud aunque no esté determinada la pureza ésta. Siempre que dicha sustancia se encuentre recogida en los catálogos de los Convenios internacionales suscritos por España y haya sido considerada, por la misma jurisprudencia de ese Tribunal, como sustancia que causa grave daño a la salud[392].

Si bien, en algunas ocasiones el TS ha considerado que ante la indeterminación en la cantidad, la proporción y el grado de pureza de una sustancia, es decir, ante la ausencia de informe pericial relativo a ésta, no cabe presumir, en contra del reo, que el producto objeto de tráfico, por su composición y contenido de principio activo, tenga la potencial nocividad suficiente para incardinarse en la modalidad agravada de sustancias que causan grave daño a la salud. Por lo que, aún tratándose de anfetaminas[393], rebaja la pena, condenando conforme a sustancias que no causan grave

[392] En ese sentido se expresa la STS 210/2005, de 22 de febrero. Resultan interesantes las alegaciones realizadas por el recurrente al señalar que: *"La determinación del grave daño a la salud requiere de la capacidad para generar una fuerte dependencia física y una gran tolerancia y ésta sólo se puede determinar con un análisis de riqueza. Si como ha determinado por ese Alto Tribunal, para determinar ese grave daño a la salud ha de atenderse principalmente a la naturaleza y carácter del objeto destinado al tráfico, es requisito imprescindible para una correcta valoración de la riqueza de la sustancia"*.

[393] Las anfetaminas, en general, se consideran sustancias que causan grave daño a la salud, ya desde hace décadas, así, entre otras muchas, vid. STS 6 de octubre de 1993, STS 8 junio de 1992, STS 5 diciembre de 1992, STS 12 noviembre de 1993, STS 7 julio de 1995.

daño a la salud, pues la aplicación del tipo agravado precisaría de una suficiente determinación acerca de su exacta composición que permitiese conocer los efectos concretos sobre la salud de la sustancia aprehendida[394].

Cuando se trataba el tema del concepto salud pública, veíamos como el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, prescindía de la salud individual en la elaboración del concepto salud pública, considerándola totalmente desvinculada una de la otra. Pues bien, en relación con el objeto material del delito y más concretamente en la determinación de si una sustancia causa grave daño o no a la salud, el Tribunal Supremo da un giro de 180 grados adoptando una perspectiva basada, principalmente, en la salud individual.

De esta forma, ya en la STS 10/1996, de 12 de enero, se indicaba: *"la consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por la reacciones y secuelas que produce en el organismo humano…deben valorarse y ponderarse caso por caso las denominadas sustancia psicotrópicas que en ocasiones ha dicho se encuentran incorporadas a los productos farmacéuticos. El problema se acrecienta porque en ocasiones ocurre que el carácter nocivo viene determinado no por su composición intrínseca sino por el abuso en su consumo sin respetar las prescripciones y advertencias establecidas*[395]*"*.

[394] STS 474/2000, de 24 de marzo, en su Fundamento de Derecho Segundo. En el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: STS 354/1998, de 16 de marzo; STS 1184/1999, de 16 de julio; STS 977/2003, de 4 de julio; SAP Sevilla (Secc. 1ª), de 13 de febrero de 2004; SAP Cantabria (Secc. 4ª), de 16 de noviembre del 2000, y SAP Cádiz (Secc. 2ª), de 28 junio del 2000. Ya más recientemente, la STS 324/2014, de 15 de abril, absuelve *"por ausencia de analítica sobre su pureza…exigua cantidad que requiere conocer su composición al no existir otros datos en la causa que determinen su toxicidad…la toxicidad debe medirse por un parámetro técnico"* .

[395] STS 10/1996, de 12 de enero. Posteriormente el propio Tribunal Supremo matizó la postura mantenida en la anterior resolución respecto a la meritada distinción, y especialmente referido a la consideración de

Para la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo serán sustancias psicoactivas ilegales que causen grave daño a la salud aquéllas capaces de producir efectos devastadores en la salud individual, afectando al sistema nervioso central, produciendo adicción en consumo continuados (dependencia física y/o psíquica) y tolerancia a consumo[396].

Por tanto, la determinación de si una sustancia causa o no grave daño a la salud deberá probarse en cada caso concreto, de forma que se exige que ésta sea examinada y, en base a criterios médicos y farmacológicos determinar el principio psicoactivo, la cantidad de éste y el grado de pureza de la sustancia[397].

7. Conclusiones y toma de postura

En cuanto al concepto de droga, debemos partir de un concepto médico-farmacológico, pues se trata de sustancias orgánicas o sintéticas, compuestos químicos que producen un efecto psicoactivo en el organismo humano. Es decir, la esencia química y farmacológica aportada por el concepto médico-farmacológico deberá ser la base sobre la que asiente un concepto jurídico de droga.

---

ciertos medicamentos (Rophinol), al establecer en la STS de 28 de junio de 1999 lo siguiente: "*El uso ordinario de esos productos , como en casi todos los farmacológicos, no tiene otro efecto que el de crear hábito de consumo, de ahí que la gravedad para la salud deba deducirse de los efectos que necesariamente produce la sustancia, no de la manera o modo en que el receptor de ella decida consumirla. El comportamiento del usuario, o victima potencial, no puede ni debe ser imputable al autor del tráfico ilegal cuando es aquel el que propicia, con su conducta, la mayor gravedad de su consumo o la mayor gravedad de los efectos derivados de ese consumo*".

[396] Como sostiene PASTOR MUÑOZ, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, 2011, p. 281, el Tribunal Supremo recurre a los cuatro criterios utilizados en los protocolos internacionales para la calificación de sustancias que causan grave daño a la salud que son: nivel de dependencia que suscita en el consumidor, el grado de tolerancia, la lesividad de la sustancia para la salud y el número de fallecimientos causados por su consumo.

[397] MOLINA MANSILLA, *El delito*, op. cit. p. 58.

Sobre esta base farmacológica del concepto droga, al inscribirlo en el ámbito penal, deberá adquirir forzosamente las características inherentes a la institución del bien jurídico-penal que, en este caso concreto, es la protección de la salud. Por lo tanto, al concepto médico-farmacológico habrá que añadirse la idea de afectación relevante del bien jurídico-penal salud, en el sentido, de que la sustancia en cuestión para ser considerada como "droga", a efectos penales, además de reunir los requisitos necesarios del concepto proporcionado por la medicina y la farmacología, deberá tener la aptitud necesaria para menoscabar la salud de las personas de una manera apreciable.

Hoy en día es evidente que la regulación jurídica en la materia está condicionada por normas de carácter supranacional. En consecuencia, el sistema de listados internacionales de sustancias psicoactivas prohibidas establecido tiene plena vigencia y resulta de obligado conocimiento. No obstante, la función de tales elencos se debería limitar a lo meramente consultivo, no resultando plausible otorgarles valor de vinculantes. Y ello, principalmente, dada la gran cantidad de nuevas sustancias psicoactivas que surgen con graves efectos negativos para la salud. Resultaría más coherente mantener un concepto médico-farmacológico apoyado en la idea de afección al bien jurídico que nos permita considerar una sustancia como droga aunque aún no se encuentre incluida en los listados internacionales.

No obstante, no hay que olvidar, que la idea misma de prohibir penalmente el tráfico de drogas viene "impuesta" internacionalmente. También las distintas acciones típicas descritas en el artículo 368 del CP tienen su origen en el ámbito internacional. Igualmente, la consideración

del concepto salud pública como objeto de protección jurídico-penal en el delito se establece mediante normas supranacionales (en el Preámbulo de la Convención Única de 1961 se habla de proteger *"la salud física y mental"*). En consecuencia, resulta lógico pensar que lo relativo al objeto material del delito también resulte de alguna forma "impuesto" por lo establecido en los convenios internacionales, y en concreto, en los cuatro listados de sustancias prohibidas, y además, es esta la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los viene aplicando sistemáticamente.

En cuanto a la distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no lo causan, parece razonable pensar que ese "grave daño" tiene que venir referido necesariamente a la salud individual, es decir, debe relacionarse necesariamente a un organismo vivo humano concreto con capacidad para poder medir el grado de incidencia que ejerce la sustancia psicoactiva prohibida sobre éste. No es posible aplicar la distinción entre grave daño o no a la salud si entendemos que el bien jurídico protegido es la salud pública entendida como algo desvinculado de la salud individual, esto es, como un conjunto de condiciones que permiten mantener la salud de la colectividad, sencillamente, porque a ese conjunto de condiciones no se le pueden asociar conceptos como dependencia física o dependencia psíquica o tolerancia, términos necesarios para efectuar tal distinción, propios de sustancias con características químicas capaces de producir una serie reacciones en el cuerpo humano.

La distinción, si bien puede crear cierta confusión, al no existir una conceptualización jurídica-penal y tener que, de nuevo, ser matizada por la jurisprudencia, resulta hoy en día necesaria para evitar graves penas de

prisión a conductas relacionadas con sustancias psicoactivas como el cannabis y sus derivados, y algunos psicofármacos, de las cuales aún no se ha probado científicamente que causen mayores daños a la salud que sustancias legales como el tabaco, el alcohol y los psicofármacos legales.

Habría que recordar que en las listas anexas a los convenios internacionales no existe tal distinción. De hecho, sustancias como el cannabis y sus principios activos, se encuentra recogidos en las Listas I y IV, siendo la Lista I la que, según su criterio acientífico, contiene las sustancias más peligrosas y por tanto las que gozan de un régimen más restrictivo. Por tanto, la distinción a que nos referimos resulta de necesaria aplicación por la jurisprudencia para así evitar una elevada penalidad en comportamientos que afectarían de forma muy liviana al bien jurídico-penal protegido salud humana.

En cuanto a la acientífica distinción de carácter internacional entre drogas legales e ilegales, señalar que, por el simple hecho de no responder a criterios farmacológicos y/o médicos ya debe ser criticada. No olvidemos que si de lo que se trata es de prohibir determinadas sustancias para proteger la salud de las personas, resulta exigible que tal prohibición se fundamente en las características químicas intrínsecas de cada sustancia y sus distintos efectos sobre el organismo humano.

Las razones esgrimidas para no prohibir sustancias como el tabaco y el alcohol (que como hemos puesto de manifiesto en el presente epígrafe son muchos más dañinas para la salud y causan más muertes que todas las drogas prohibidas juntas) es indicar que se trata de sustancias *"socialmente aceptadas"*. Pero en este punto nos preguntamos: ¿aceptadas socialmente

por quien? El tabaco y el alcohol son sustancias psicoactivas propias de los países occidentales, pero la prohibición penal sobre determinadas drogas tiene proyección planetaria, por ejemplo, en los países de África del Norte consideran *"socialmente aceptado"* el cannabis y sus derivados, que llevan, milenios usando tal sustancia y en cambio se prohíbe su tráfico internacionalmente.

Por tanto, la distinción internacional entre drogas legales e ilegales no es más que un factor de discriminación y desigualdad, entre países occidentales o del primer mundo que tratan de imponer sus propios usos y costumbres a los países del tercer mundo, que se ven obligados a renunciar a sus tradiciones ancestrales en la relación del hombre con las sustancias existentes en su medio natural, como ocurre con el caso de la hoja de coca en Bolivia.

Lo adecuado sería salir del actual oscurantismo que preside la regulación de este delito mediante la aplicación de métodos científicos de naturaleza farmacológica y médica, permitiendo una adecuada clasificación de las distintas sustancias psicoactivas. Las razones políticas y/o económicas no deberían influir en esta clasificación, si realmente estamos hablando de protección de la salud. Lo deseable sería volver al concepto de droga que mantenían los griegos por ser más científico, al describir de forma aséptica las características inherentes a toda sustancia psicoactiva, fármaco o droga, es decir, que a la vez es tóxico y remedio, y que todo depende de la dosis adecuada para el sujeto concreto.

Si partimos de la base de que siempre va a existir una demanda potencial de drogas, tanto legales como ilegales, y si lo que se trata de

proteger es la salud de las personas en su relación con la disponibilidad asegurada de tales sustancias, el criterio médico-sanitario se debe imponer sobre criterios políticos, económicos o de adecuación social.

Lo más sensato será arbitrar la forma en que la inevitable presencia de sustancias psicoactivas con efectos graves para la salud de las personas resulte lo menos dañina posible. Para ello, resultaría más efectivo tratar de controlar e intervenir tales sustancias que simplemente prohibirlas. El mayor beneficiado de la prohibición penal no es otro que el narcotraficante, además de alguna superpotencia que utiliza la prohibición sobre las drogas como legitimación para inmiscuirse en los asuntos de otros Estados soberanos. Mientras tanto, el mayor perjudicado de la prohibición no es otro que el propio usuario de drogas ilícitas, que frente al consumidor de drogas legales, resulta claramente discriminado, suponiendo un factor más de desigualdad social.

PARTE II

Capítulo I

LA *"INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA"* COMO BASE DE LOS SUPUESTOS DE ATIPICIDAD EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

En el presente capítulo se analizarán una serie de supuestos de atipicidad que si bien conducen a resultados idénticos, los fundamentos en que se basan son distintos, de ahí su análisis por separado. No obstante también se desarrollan una serie de criterios jurisprudenciales que resultan de aplicación común a ellos indicándose los distintos matices que ponen de manifiesto la coexistencia de dos corrientes jurisprudenciales en el TS que difieren en el tratamiento de esta cuestión.

1. Criterios jurisprudenciales aplicables a los supuestos de atipicidad de forma común: especial referencia a la "jurisprudencia de la excepcionalidad"

Como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, la técnica legislativa utilizada en la redacción del art. 368 del CP abre la posibilidad de que cualquier transmisión de droga, aún teniendo lugar en el ámbito del consumo, pueda ser considerada de típica. Ante la indeterminación de este tipo penal, el juzgador debe optar entre una aplicación literal y formalista, que conllevará la tipicidad de la conducta, o bien, una interpretación restrictiva basada en la afectación o no del bien jurídico-penal protegido por el delito. Para que esta segunda opción pueda resultar operativa se deberá tratar de conductas en las que no se produce una difusión a terceros de la sustancia psicoactiva ilícita. En la actualidad existe cierto consenso

jurisprudencial en considerar que este tipo de transmisiones de pequeñas cantidades de droga, que tienen lugar al margen de la *oferta criminalizada*, deben ser consideradas atípicas[398].

Los supuestos de atipicidad por la interpretación restrictiva del precepto que creados por este sector jurisprudencial mayoritario se podrían clasificar como:

- Las invitaciones que se producen en el momento del consumo y otras invitaciones consideradas como *"socialmente aceptadas"*.

- Consumos de drogas que se producen en pareja o en el contexto de una relación análoga.

- Supuestos de consumo compartido, también llamados *"compra compartida"* o *"cultivo compartido"*.

- Las llamadas *"donaciones compasivas o altruistas"*, en las que se produce una donación de droga con la finalidad de evitar al sujeto los padecimientos asociados al síndrome de abstinencia[399].

En este trabajo se hará especial hincapié en los dos últimos supuestos señalados, y dentro de las *"donaciones compasivas o altruistas"*, se destacarán, especialmente, las que se producen en el contexto

[398] DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones atípica de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*, 2013, pp. 11-12.
[399] DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 13, expone, dentro de las donaciones compasivas o altruistas deben agregarse los supuestos de transmisión de cantidades insignificantes que han conducido a una línea jurisprudencial específica. En este sentido y en cuanto al principio de insignificancia, por fundamentarse su atipicidad en causas diferentes a las que responden las causas que se analizan en este epígrafe, se aludirá a él en el epígrafe 2.1, del capítulo II, de esta Parte III.

penitenciario, fundamentalmente por el mayor número de resoluciones del TS que se producen en este ámbito como se expondrá más adelante.

Esta doctrina jurisprudencial establece que la falta de tipicidad penal de una acción puede tener un origen doble: cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal, y cuando, aún apareciendo, una motivada interpretación restrictiva de la norma, de acuerdo con el principio de mínima intervención, la excluya por no quedar suficientemente afectado el bien jurídico protegido por el delito, ya que sólo el ataque a éste justificaría la existencia de la descripción típica. En este sentido, se refiere la doctrina a causas de exclusión de la tipicidad que no se equivalen a las causas de justificación, porque estos descansan sobre la existencia de una acción típica[400].

En el fondo de esta interpretación judicial, subyace la reflexión de que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley, sino el ataque al bien jurídico, y por tanto una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones con proyección en los delitos de peligro abstracto, como ocurre en el delito de tráfico de drogas. Por tanto, la respuesta penal sólo se justificaría en virtud del principio de lesividad, siendo ésta la que debe ser tenida en cuenta por el legislador al definir las conductas típicas, pues sólo la Ley es fuente del sistema de justicia penal[401].

[400] MONTERO LA RUBIA, *Delitos contra*, op. cit. p. 20. En el sentido de considerar que son causas de tipicidad, y no causas de justificación, ya la STS 789/1999, de 14 de mayo, establecía que son casos de atipicidad por ausencia de antijuridicidad material, es decir, no se produce la lesividad o dañosidad del bien jurídico-penal salud pública al no existir, en estos casos, posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente. En ese mismo sentido, vid. STS 132/1999, de 3 de febrero, STS 76/1998, de 22 de enero; y STS 1657/1998, de 22 de diciembre.

[401] MONTERO LA RUBIA, *Delitos contra*, op. cit. p. 21. En este sentido, DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 11, pone de manifiesto que hoy es mayoritariamente aceptado que las pequeñas transmisiones de droga que tienen lugar en un contexto de consumo, como son las donaciones compasivas a adictos o el consumo compartido, no ha de ser consideradas delictivas. A diferencia de las

Como se pondrá de manifiesto más adelante, en este tipo de situaciones para determinar el límite entre lo típico y lo atípico se han establecido jurisprudencialmente una serie de requisitos o criterios que permiten la delimitación entre la tipicidad o la atipicidad. No obstante se plantea la cuestión de si tales circunstancias deben tener la consideración de requisitos tasados, en el sentido de que para contemplar la atipicidad de la conducta deben concurrir todos ellos en el caso concreto. O si por el contrario, se trata de meros indicadores o factores que sirven para dar luz a la hora de decantarse entre la atipicidad o no de la conducta.

La corriente jurisprudencial del TS, que exige la concurrencia de todos los requisitos establecidos, a modo de criterios tasados, ha sido bautizada como la "*Jurisprudencia de la excepcionalidad*", y sostiene que la falta de tipicidad de los supuestos de consumo compartido y donación compasiva penitenciaria, por ausencia de peligro para el bien jurídico-penal, son "*excepcionales*" y sólo se pueden aplicar "*cuando no aparezcan como modo de encubrir conductas que realmente constituyan una verdadera y propia expansión del tráfico ilegal de estas sustancias*"[402].

De este modo y a título de ejemplo la STS 559/2005, de 27 de abril señala: "*Lo excepcional en estos casos ha de ser la atipicidad, requiriéndose para la misma una exclusión radical de todo peligro para el*

transmisiones que tienen lugar en el ámbito de "*la oferta criminalizada, las primeras carecen de capacidad difusora del consumo de drogas y de transcendencia social*".

[402] STS 1441/2000, de 22 de septiembre. En el mismo sentido, entre otras, STS 376/2000, de 8 de marzo; STS 1969/2002, de 27 de noviembre; STS 286/2004, de 8 de marzo; STS 378/2006, de 31 de marzo; y STS 765/2007, de 21 de septiembre. En concreto la STS 632/2006, de 8 de junio, argumenta que: "*La misma Jurisprudencia ha alertado insistentemente advirtiendo que la citada impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela para que en ningún caso quede indefenso el bien jurídico que se quiere proteger";* con una misma línea argumentativa la STS 559/2005, de 27 de abril, pone de manifiesto que: "*Lo excepcional en estos casos ha de ser la atipicidad, requiriéndose para la misma una exclusión radical de todo peligro para el bien jurídico protegido*". En esa misma corriente jurisprudencial vid. STS 718/2006, e 30 de junio; STS 234/2006, de 2 de marzo, STS 1429/2005, de 12 de diciembre; STS 29/2009, de 19 de enero; STS 972/2011, de 21 de septiembre; y STS 990/2011, de 23 de septiembre.

bien jurídico". Esta posición jurisprudencial surge como consecuencia del "*temor"* a que las causas de atipicidad supongan *"abrir la mano"* y, que verdaderos casos de difusión o tráfico de drogas se camuflen detrás de estos supuestos de atipicidad con la excusa de ausencia de peligro para el bien jurídico-penal.

Esta posición postula un manejo más que cuestionable de la carga de la prueba, pues supone estandarizar la prueba de descargo a modo de prueba tasada, de modo que esa *"exclusión radical de todo peligro al bien jurídico protegido"* debe probarse mediante determinados requisitos objetivos que se fijan por la jurisprudencia, y lo que es más grave, estos requisitos, en ocasiones, son prácticamente imposibles en la realidad cotidiana[403].

Junto a esta línea jurisprudencial, convive otra[404] mucho más razonable, que en contraposición a ésta, se fundamenta en exigir a la acusación que desvirtúe la presunción de inocencia del acusado, demostrando que la finalidad de la posesión era el tráfico. En consecuencia, se procederá a la absolución siempre que existan dudas razonables de que la sustancia prohibida se iba a destinar al consumo en todas sus formas atípicas, en definitiva se trata de no invertir la carga de la prueba.

---

[403] DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas*, op. cit. p. 22.

[404] Entre esta otra corriente jurisprudencial cabe destacar, en otras muchas, las siguientes sentencias: STS 376/2000, de 8 de marzo; STS 1969/2002, de 27 de noviembre; STS 286/2004, de 8 de marzo; STS 775/2004, de 14 de junio; STS 378/2006, de 31 de marzo; STS 1254/2006, de 21 de diciembre; STS 364/2008, de 12 de junio, y STS 86/2010, de 9 de febrero. Si bien las dos resoluciones más destacables, en este sentido, y que han sido seguidas por pronunciamientos absolutorios posteriores en multitud de resoluciones, en estos casos analizados, son las SSTS de 1441/2000, de 22 de septiembre; y 1438/2001, de 18 de julio, que sostenían con acierto que la configuración del artículo 368 del CP como delito de peligro abstracto y consumación anticipada ***"no excusa la necesidad de tener en cuenta el mencionado bien jurídico como límite de la actuación del Derecho penal: aunque parezca una obviedad, hay que decir que los delitos de peligro no existen cuando la conducta perseguida no es peligrosa para ese bien jurídico protegido o cuando solo lo es en un grado ínfimo. Tal ocurre en estos delitos relativos al tráfico de drogas cuando el comportamiento concreto no pone en riesgo la salud pública o sólo lo hace de modo irrelevante"***.

La Jurisprudencia de la excepcionalidad ha desplegado un influjo muy notable en los últimos años que debe ser analizado críticamente[405]. Atendiendo a las opciones jurisprudenciales estudiadas parece razonable pensar que la Jurisprudencia de la excepcionalidad tratará de aplicar el subtipo atenuado para encontrar menor resistencia, así los parámetros de *"menor entidad del hecho"* y *"circunstancias personales del culpable"* permiten valorar las particularidades en estos supuestos. Sin embargo, ha de rechazarse la aplicabilidad de esta modalidad dado que el Tribunal Supremo ha considerado atípicas estas conductas al no existir riesgo alguno para la salud pública, y esta modalidad sólo es aplicable a conductas consideradas típicas aunque de menor entidad[406].

La reciente STS 484/2015, de 7 de septiembre, relativa al tratamiento de las asociaciones cannábicas, se ha referido también a este tema, argumentando que se trata de una cuestión de análisis del caso concreto y no del establecimiento de requisitos tasados que "*terminarían por desplazar la antijuridicidad desde el bien jurídico a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente"*. Según este criterio, resulta más coherente establecer una serie de indicadores, *"factores de iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores"*, al considerar que *"no es función de la jurisprudencia establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia;*

[405] DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas*, op. cit. p. 23 y 78, pone de manifiesto que esta corriente jurisprudencial más flexible admite un cauce de atipicidad razonable para los supuestos de donaciones compasivas y consumo compartido, y sobre todo, plantea la cuestión probatoria en términos que puedan resultar compatibles con el derecho constitucional a la presunción de inocencia.
[406] *Idem*, pp.113 y 114, sostiene, acertadamente, que: *"sólo las estructuras de oferta ilegal de droga están criminalizadas…, y que las conductas protagonizadas por demandantes que, no integrados en las cadena de tráfico, se organizan para el consumo particular son atípicas"*.

aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del artículo 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito"[407].

De entre los distintos supuestos de atipicidad expuestos, a continuación se estudiarán, especialmente, los relativos al consumo compartido y a las donaciones compasivas que se producen el ámbito penitenciario, por resultar más relevantes al existir un mayor número de resoluciones judiciales que se pronuncian sobre estos supuestos de atipicidad, y en consecuencia, por tener una mayor importancia jurídico-social.

2. Consumo compartido: especial referencia a las *"asociaciones del cannabis"*

El artículo 368 del CP no castiga el consumo de sustancias psicoactivas, pero sí sanciona toda actividad que lo pueda llegar a promover. Esta desmesurada extensión de las conductas tipificadas y la impunidad de los comportamientos producidos en el ámbito del consumo, así como la necesidad de limitar el alcance punitivo del precepto han provocado el surgimiento de la doctrina jurisprudencial de la atipicidad del consumo compartido.

En estos supuestos, la jurisprudencia, en el momento de determinar cuando la conducta típica, descrita en el art. 368 CP, de "*promoción, favorecimiento o facilitación"* concreta debe entenderse apta para la

[407] STS 484/2015, de 7 de septiembre de 2015, continua argumentando esta sentencia que, por tanto, se trata de indicadores que favorecen la apreciación de la atipicidad si ponen de manifiesto que la sustancia psicoactiva se destina exclusivamente al consumo de quienes se han agrupado pata tal fin, y que no va a producirse redistribución o comercialización posterior que significaría una difusión de la sustancia psicoactiva prohibida a terceros indeterminados poniendo así en peligro el bien jurídico-penal protegido por el delito.

producción de un daño al bien jurídico-penal protegido, ha puesto de manifiesto que tal aptitud se refiere a la capacidad del comportamiento enjuiciado para realizar una difusión indiscriminada que produzca la accesibilidad de la sustancia psicoactiva ilegal entre personas indeterminadas. Por tanto, cuando el comportamiento se limita a difundir la droga entre un círculo cerrado de personas previamente decididas a consumirla no habrá difusión indiscriminada de droga, ni por tanto aptitud de la conducta para producir un daño a la salud pública[408].

El consumo compartido consiste, según reiterada jurisprudencia, en la adquisición de drogas por un grupo de personas, ya iniciadas en el consumo, para la toma inmediata y en lugar cerrado de una cantidad insignificante de sustancias tóxicas o estupefacientes. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido modelando, desde los años 90, los requisitos[409] que se exigen para que la conducta pueda quedar excluida de sanción penal, véanse:

a) Los consumidores agrupados para el consumo han de ser usuarios habituales[410] de la sustancia psicoactiva prohibida, dado que de no serlo, el

[408] DIEZ RIPOLLÉS y MUÑOZ SANCHEZ, *"La licitud de la autoorganización del consumo de drogas"*, Revista de la Fundación Internacional del Ciencias Penales, Nº 1, 2013, pp. 118-119, argumentan, con acierto, que para ello será necesario que quien difunda la droga pertenezca a ese mismo círculo cerrado de personas y que *"su actividad se guie exclusivamente por el objetivo de satisfacer la demanda existente en ese círculo, y se configure de modo consecuente con ese sólo fin. En tales condiciones la difusión de la droga producida no sale del ámbito de la demanda de drogas"*.

[409] Entre otras muchas cabe destacar las STS 1568/1993, 25 de junio; STS 146/1994, de 10 de febrero; STS 1969/2002, de 27 de noviembre; STS 286/2004, de 8 de marzo, y STS 408/2005, de 23 de marzo. Como señala DOPICO GÓMEZ ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 47, se ha producido un paulatino abandono de la exigencia de drogadicción, admitiendo la atipicidad cuando se trate también de meros consumidores ocasionales.

[410] Como establece la STS 209/2013, de 8 de noviembre, en un principio la jurisprudencia del TS utilizaba la expresión *adicto*, si bien fue matizada posteriormente incluyendo en su ámbito a los consumidores habituales de fin de semana, al consideran que hay casos de sustancias psicoactivas (MDMA o éxtasis) en las que el patrón de consumo más habitual se corresponde con el consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones. En ese mismo sentido se pronuncian las STS 983/2000, de 30 de mayo; STS 237/2003, de 17 de febrero; STS 286/2004, de 8 de febrero; y STS 718/2006, de 30 de junio.

grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no dejaría fuera de aplicación del art. 368 del CP. Ya desde la STS 286/2004, de 8 de marzo, se amplía el abanico de aplicación de ésta doctrina también para el caso de consumidores habituales aunque lo sean únicamente de fin de semana[411], excluyendo, en todo caso, a los consumidores ocasionales o esporádicos.

b) El consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, evitando que terceros ajenos al consumo planificado puedan inmiscuirse y ser partícipes del consumo. Lo relevante aquí, es la exigencia de que la sustancia prohibida no salga del reducido y determinado grupo de personas que han decidido consumir conjuntamente, evitando la propagación de la droga[412].

c) La cantidad de droga incautada ha de ser *"insignificante"*, para determinar esa *"insignificancia"* habrá que tener en cuenta dos circunstancias, en primer lugar la reducción a pureza máxima de la sustancia ilegal, y en segundo lugar, con ese resultado estar a lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 2001, donde se establece las tablas de cantidad de consumo diaria de las distintas sustancias tóxicas[413].

[411] La STS 408/2005, de 23 de marzo, respecto a los consumidores de fin de semana considera que no tienen que ser drogodependientes, puesto que el término *adicto* permite considerar tal al consumidor de fin de semana. Bastará con el consumo continuado para poder aplicar esta figura.

[412] En el mismo sentido se expresa la STS 302/2003, de 27 de febrero, cuando señala: *"necesidad de atender primordialmente a las características del caso concreto, relativizando de alguna forma la exigencia de que el consumo se verifique en lugar cerrado, pues lo importante es evitar la ostentación, ya que la razón de esta exigencia es evitar que terceros desconocidos puedan acceder al consumo"*. En la misma línea, la STS 1893/2003, de 17 de febrero, consideró que concurría el consumo compartido en un caso en el que, para la celebración de un cumpleaños, se iban a reunir en una discoteca unos veinticinco amigos aproximadamente, quienes confirmaron la realidad de la fiesta, su motivo y la aportación de cada uno para comprar pastillas de MDMA, añadiendo que: *"el consumo proyectado en una discoteca a la que iban a acudir en autobús los consumidores concertados, cumplía el requisito de lugar cerrado, al eliminar toda trascendencia social de autoconsumo y daba igualmente cumplimiento al requisito de evitar toda difusión en unos términos de razonabilidad compatibles con el patrón de consumo que ofrece esta droga, pues el escenario habitual del mismo suelen ser centros de diversión."*

[413] STS 438/1998, de 25 de marzo.

Que la cantidad de sustancia psicoactiva resulte *"insignificante"* es un elemento indiciario de que ésta no se destina al tráfico sino al uso colectivo. Esta es la significación que de forma unánime ofrece el TS. De esta forma, la posesión de una cantidad de droga que supere lo que de forma habitual se considera proporcionado al consumo constituye un indicio pero nunca un elemento típico, es decir, no existirá delito por la mera posesión de droga en una cantidad determinada, sino que la conducta será típica cuando sea poseída con la intención de difusión. En este sentido, como señala DOPICO GÓMEZ-ALLER, aquí en ocasiones el TS ha realizado interpretaciones de difícil comprensión, pues tratan este requisito como si se tratase *"de un elemento objetivo de un hipotético permiso, cuya no concurrencia determina el carácter criminal de la conducta"*[414].

d) La consumición compartida debe estar referida a un pequeño grupo de usuarios habituales, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social, y además se ha de tratar de un consumo *"normal e inmediato"* de las sustancias adquiridas para tal efecto.

En relación a la interpretación *"inmediatez"* del consumo también se ponen de manifiesto las dos corrientes jurisprudenciales que coexisten en el TS. La línea más represiva lo interpreta de forma estricta, pronunciándose sobre la tipicidad de la conducta si no se prueba la efectiva inmediatez del consumo[415]. En cambio, la corriente más restrictiva con la amplitud del tipo penal la interpreta como un indicio más pero nunca como un requisito objetivo exigible, aceptando para considerar la atipicidad que el consumo

[414] DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 45.
[415] A modo de ejemplo la STS 1747/2009, de 16 de julio, estimó que un consumo compartido durante dos días resultaba típico.

se prolongue durante varios días, incluso dos semanas después[416]. Como se observa la inmediatez se relaciona por la jurisprudencia con el número de actos de consumo realizados o proyectados[417].

e) Todos los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, pues es el único medio de poder evaluar su número y sus condiciones personales. La necesidad de que todos los participantes del consumo compartido comparezcan en el juicio oral y que los testimonios prestados resulten verosímiles, sin que se aprecien contradicciones en aspectos sustanciales, sin que sea motivo fundado para dudar de su fiabilidad la circunstancia de que sean amigos del acusado. Si por motivos personales los que participaron en el consumo compartido no pudieran ir al acto de juicio oral, se aceptaría igualmente su declaración como prueba documental, siempre que estén identificados debidamente.

f) Sólo se podrá aplicar esta doctrina a supuestos de entrega gratuita o consumo compartido sin lucro para el acusado, por tanto, todos los consumidores deberán haber efectuado una aportación económica para la adquisición de la droga, de modo que nadie se beneficie económicamente por asumir el riesgo de la compra de la sustancia prohibida.

Desde un punto de vista de la tipicidad, el consumo compartido de sustancias prohibidas supone una facilitación de éste, y por tanto es una conducta punible. No obstante, ello no impide que el denominado "consumo compartido equiparable al autoconsumo" se considere atípico, siempre y cuando concurran los requisitos ya señalados. El fundamento de

[416] Sentencia 23/2007, de 6 de marzo, de la AP de Madrid. En el mismo sentido la STS 86/2010. De 9 de febrero, considero atípico el consumo compartido de 6 personas durante 6 días.
[417] DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 43.

esta doctrina jurisprudencial se encuentra en evitar el castigo cuando las circunstancias concretas del caso acreditan la exclusión de todo peligro para el bien jurídico protegido[418].

La evolución jurisprudencial permite ver en STS más recientes como alguna de las exigencias señaladas con anterioridad puede ser matizada, o incluso excluida en aquellos casos específicos en que la intervención penal se lleva a cabo en el momento inicial de la adquisición de la sustancia prohibida, dado que puede ser difícil llegar a constatar la concurrencia de la totalidad de los requisitos expuestos, que solo se podrían concretar por completo en el acto del consumo compartido[419].

Como señala GALLEGO SOLER, esta doctrina jurisprudencial tiene innegables consecuencias en fase probatoria como son:

- Será preciso que todos los eventuales compradores declaren, sólo así se podrán conocer las circunstancias de la compra conjunta y del consumo posterior.

- Cuando existan contradicciones entre testigos sobre las condiciones de compra y de consumo, la jurisprudencia no aplica esta doctrina porque entiende que su aplicación ha de ser restrictiva.

- Probada la existencia formal del delito, la absolución requiere una *"inversión de la carga de la prueba"*, el acusado tendrá que probar que concurren los requisitos señalados para que se pueda aplicar la doctrina del

[418] Vid. STS 1472/2002, de 18 de septiembre; STS 1102/2003, de 23 de julio; STS 888/2012, de 22 de noviembre; STS 850/2013, de 4 de noviembre; STS 1014/2013, de 12 de diciembre; y STS 360/2015, de 10 de junio.
[419] STS 1014/2013, de 12 de diciembre.

consumo compartido[420].

2.1. Las asociaciones sociales del cannabis en España

Una de las cuestiones más controvertidas actuales son las denominadas "asociaciones cannábicas". Dichas asociaciones basan su pretendida atipicidad en los criterios establecidos por el TS para el consumo compartido. Tal modo de proceder se ha extendido considerablemente existiendo en España alrededor de 1200 asociaciones de este tipo.

Estas asociaciones a modo de cooperativa de consumidores/productores de cannabis se inició a principios de 1990 en nuestro país, bajo el argumento jurídico fundamental, como dictaminó el Tribunal Supremo ya en el año 1974, de que el consumo de sustancias psicoactivas ilegales y la posesión destinada al consumo propio no debe castigarse penalmente. Dado que en las convenciones internacionales sobre fiscalización de estupefacientes no existe distinción entre posesión para uso personal y cultivo para el mismo fin, admitiendo la misma flexibilidad en ambos casos, cabe pensar que es posible admitir que los consumidores se organicen para cultivar, procesar y consumir su propio cannabis, sin ánimo alguno de lucro y sin que exista difusión alguna de la sustancia psicoactiva a terceros ajenos a la asociación. De esta forma, se evita acudir al mercado negro para abastecerse de las sustancias psicoactivas que consumen de forma habitual y/o ocasional, con todo lo que conlleva, por ejemplo el simple hecho de garantizarse la calidad del producto que van a consumir a un precio razonable.

[420] GALLEGO SOLER, *Contexto*, op. cit. p. 529.

El modelo español de asociación cannábica está siendo imitado en otros países europeos como: Bélgica, Reino Unido, Francia, Portugal y Alemania. En países americanos como Argentina, Colombia y Chile están surgiendo este tipo de cooperativas. En los debates parlamentarios para la aprobación de la Ley de control y regulación del cannabis en la República de Uruguay, el grupo proponente utilizó como argumento a su favor la existencia y funcionamiento de los clubs del cannabis en España. En México el modelo está adquiriendo cierta popularidad, en definitiva se puede afirmar que hemos sido pioneros en el surgimiento de estas asociaciones, convirtiéndolo ahora en un tema recurrente en el debate internacional sobre la reforma de las políticas de sustancias psicoactivas[421].

En España, a nivel autonómico y local, han surgido una serie de normas que regulan este tipo de asociaciones sin ánimo de lucro al amparo del derecho de asociación, con el fin mantener un efectivo control sobre la actividad que desarrollan. Destaca especialmente la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, que surge con la intención de dar cierta seguridad jurídica a la constitución y acciones desarrolladas por este tipo de asociaciones, con la finalidad de "*mantener un efectivo control sobre la calidad de las sustancias que se consuman, la actividad de los clubes y, en general, todos aquellos temas que redunden en beneficio de la salud pública y reduzca el acceso a mercados ilícitos por parte de los consumidores y las consumidoras*"[422]. No obstante, en la actualidad, la vigencia de esta Ley está suspendida en virtud de resolución del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 14 de abril de 2015, al admitirse a trámite el

[421] GALLEGO SOLER, *Contexto*, op. cit. p. 49.
[422] Exposición de Motivos de la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, publicada en el BOE el 30 de diciembre de 2014.

recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno.

También cabe hacer mención al proyecto de Ley Vasca de Adicciones, aprobado por el Consejo de Gobierno Vasco en diciembre de 2014, que pretende otorgar cobertura legal para este tipo de clubes. En Cataluña, también han surgido este tipo de iniciativas normativas, así la Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, aprueba una serie de criterios en materia de salud pública con el fin de orientar a las asociaciones cannábicas, estableciendo una serie de criterios relativa a condiciones de acceso, limitaciones horarias o de ubicación o de todo tipo de publicidad de las asociaciones y sus establecimientos[423].

No obstante, tal *"apariencia de legalidad"* que se pretende dar a este tipo de asociaciones mediante las inscripciones registrales en al ámbito local o autonómico resulta, en cierto modo, ficticia. En este sentido, y como puso de manifiesto la Circular 2/2013 de la Fiscalía General del Estado, de 5 de agosto, el artículo 22 de la Ley 17/1967, de Estupefacientes, prohíbe el cultivo y producción de esta sustancia por estar incluida en los listados internacionales de sustancias prohibidas. Consecuentemente, en ningún caso resulta lícito del cultivo de cannabis, sin la correspondiente autorización administrativa (como expresa el art. 8 de la Ley 17/1967, de Estupefacientes), aunque sea para consumo privado. Según este criterio, aunque la actividad desarrollada en estas asociaciones se considere atípica penalmente, cabrá la posibilidad de ser considerada como una infracción administrativa, pero en ningún caso será considerada de lícita o legal. Además, recuerda la Fiscalía General del Estado que una

[423] Fundamento de Derecho Sexto de la STS 484/2015, de 7 de septiembre.

interpretación literal del art. 368 CP conduce a la tipicidad de cualquier acto de promoción o fomento que propicien el consumo de drogas ilegales.

En definitiva, se produce la coexistencia de un cuadro normativo a nivel local o autonómico que proporcionan esta apariencia de legalidad de las actividades desarrolladas en este tipo de asociaciones. Lo que resulta difícilmente compatible con lo dispuesto tanto con la legislación estatal como por las normas internacionales en la materia, pues si se aplicará la literalidad de los arts. 368 y 369. 2ª del CP este tipo de asociaciones, con gran número de socios que manejan cantidades relevantes de cannabis, podrían incluso ser consideradas de organizaciones que tienen como finalidad difundir sustancias psicoactivas ilegales, y por tanto, considerar la conducta típica como agravada por tal circunstancia. No obstante, este tipo de iniciativas de consumo organizado son una prueba más de que la actual política represiva penalmente relativa a la difusión de sustancias psicoactivas, que no causan grave daño a la salud, se encuentra cada vez más alejada de la realidad social actual, que demanda un nuevo enfoque del problema.

2.2. Tratamiento jurisprudencial de las asociaciones cannábicas españolas

La enorme proliferación que han tenido las asociaciones cannábicas en todo el territorio español obedece, fundamentalmente, a que se ha instaurado *de facto* la creencia de la atipicidad de la actividad desarrollada en ellas al tratarse de una forma de consumo compartido organizado. Tal creencia viene motivada, en parte, por la existencia de abundantes

sentencias absolutorias emitidas fundamentalmente por las AP que han insistido en la atipicidad en este sentido, interpretando la doctrina jurisprudencial del consumo compartido de forma muy extensiva, pues independientemente del número de socios o de las cantidades incautadas se opta por la no punibilidad de la conducta siempre que no exista difusión a terceros ajenos al consumo compartido que se desarrolla en la asociación[424].

Los argumentos esgrimidos en algunas Sentencias de las Audiencias Provinciales (especialmente en Cataluña y en el País Vasco) para considerar atípica la actividad desarrollada por este tipo de asociaciones se basan fundamentalmente en que es impune el cultivo y la posesión de cannabis que no están destinadas al tráfico sino al consumo propio sea individual o colectivo, siempre que no exista ni propósito ni riesgo de difusión de la sustancia para terceros ajenos al cultivo y consumo que se decide compartir. Tratándose de consumidores habituales que están debidamente determinados e identificados que han decidido plantar marihuana conjuntamente para su propio consumo, realizando el cultivo en previsión de ese autoconsumo grupal, no cabe apreciar vocación al tráfico ni intención de favorecimiento, facilitación o promoción externa de la sustancia[425].

[424] Entre otras, la SJP de Getafe (Madrid) 305/2014, de 13 de octubre declaró la atipicidad de la conducta llevada a cabo por una asociación de este tipo en la que se encontraron 214 plantas con un peso de más de 4 kilos de marihuana. La SAP de Álava (Sección 2ª) 377/2012, de 10 de agosto, también absolvió a los responsables de una asociación que contaba con 300 socios y en la que se incautaron 4 kilos de esta sustancia, argumentando que la cantidad no resulta relevante si se divide entre el número de socios. En consecuencia, al no existir una difusión al margen de los socios se decanta por la atipicidad de la conducta, por tratarse de un consumo compartido y organizado. En el mismo sentido, se expresan la SAP de Vizcaya (Sección 6ª) 42/2014, de 16 de junio; SAP de Vizcaya (Sección 1ª) 18/2015, de 27 de marzo; SAP de Barcelona (Sección 22ª) 86/2015, de 10 de marzo; SJP de Vitoria 73/2014, de 24 de febrero.

[425] SAP de Vizcaya 18/15, de 27 de marzo del 2015, argumenta: *"Alojar en el CP cualquier intento de garantizar el consumo en condiciones de seguridad, negar al consumidor cualquier alternativa al margen de la clandestinidad del mercado ilícito supondrá, en cierto modo, extender la penalización al consumo.*

No obstante, la inseguridad jurídica se instaló en el tratamiento de este tema, pues ya la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, se refirió a este tipo de asociaciones, concluyendo con la punición de la conducta, al considerar que el cultivo de plantas cuyo producto puede ser utilizado para el tráfico de drogas es un acto *"característicamente peligroso para la salud pública"*, y tratándose de un delito de peligro abstracto, no resulta necesaria la concreción de ese peligro para la salud pública, siendo suficiente *"la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador"*[426]. En definitiva considera que la doctrina sobre la atipicidad del consumo compartido no era extrapolable al supuesto de la asociación cannábica.

La actividad que lleva a cabo este tipo de asociaciones puede constituir, en determinados supuestos y con determinados requisitos, lo que se denomina *"cultivo compartido"*, es decir, una variante del *"consumo compartido"* que, en principio y si se dan determinados requisitos que se expondrán más adelante, resulta también atípico al no identificarse una finalidad de difusión de la sustancia a terceros ajenos a la asociación. Hay que tener presente, que el *"cultivo compartido"* se desarrolla durante un periodo de tiempo y su producto se reparte entre los asociados, por tanto, no se produce un consumo puntual en grupo (como sucede en el consumo compartido) sino prolongado en el tiempo[427].

Ante tal inseguridad jurídica y con la finalidad de abordar con criterios uniforme la problemática existente en torno a la tipicidad o

[426] STS 1377/1997, de 17 de noviembre.
[427] Fundamento de Derecho Primero de la STS 484/2015, de 7 de septiembre. Se considera por el Tribunal que aunque la denominación consumo compartido está ya consagrada, sería más exacto hablar de *"compra compartida"* ***o*** *"bolsa común"*.

atipicidad de las actividades llevadas a cabo en este tipo de asociaciones del cannabis, ***la importante STS 484/2015, de 7 de septiembre***, viene a establecer una serie de criterios que sirvan para distinguir claramente entre: por un lado, el cultivo "compartido" de cannabis destinado de forma exclusiva y excluyente para los socios que promueven tal producción a escala reducida, que puede resultar atípica penalmente, y por otro, aquellos casos en que la asociación cannabica cultiva y distribuye de forma organizada e institucionalizada para colectivos muy numerosos de componentes y que queda abierta a nuevas incorporaciones, en este caso habría que considerar la conducta como típica, por la posibilidad de difusión a terceras personas y la consiguiente afectación del bien jurídico-penal salud pública.

La citada resolución judicial acaba por determinar la tipicidad de la conducta en virtud de la relevante cantidad de sustancia psicoactiva incautada (1475 gramos) y el elevado número de componentes de la asociación (290 miembros), es decir, se considera que *"plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados"* implica *"actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina"*[428]. Además, como se analizará a continuación, se producen, en esta STS 484/2015, varios Votos Particulares que resultan significativos, pero en primer lugar se estudiará las cuestiones más trascendentes de esta importante resolución judicial.

Se argumenta por el Ponente que, la trascendencia de las cantidades manejadas y la imposibilidad de comprobar con certidumbre la condición

[428] STS 1014/2013, de 12 de diciembre.

de usuario de la sustancia psicoactiva por el elevado número de asociados, así como el almacenamiento masivo de la sustancia *"desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina, sino sobre todo su filosofía"*[429]. Por tanto, esa incapacidad real de controlar y fiscalizar inherente a la organización creada por su estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la admisión sucesivas un número *"más o menos indiscriminado y espaciado"* de sujetos, supone un riesgo de difusión, que es, precisamente, lo que pretende evitar el legislador penal con la tipificación de este tipo de ilícitos. Es decir, ya no se trata de un grupo de amigos que deciden de común acuerdo realizar un cultivo de cannabis para su propio autoabastecimiento cerrado a terceros, sino que estamos *"ante una actividad nada espontanea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse reducido y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones"*[430].

Por tanto, la actividad desarrollada por las llamadas asociaciones cannábicas será constitutiva de delito cuando un reducido núcleo de personas se dediquen a organizar y dirigir un sistema de cultivo, almacenamiento, o adquisición de cannabis y sus derivados, a gran escala, con la finalidad de repartirla a un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Como se observa, aunque la STS 484/2015 apunta una serie de indicadores que puedan dar luz a la hora de determinar si el cultivo compartido resulta típico o atípico, se opta por no establecer un listado de

[429] STS 484/2015, de 7 de septiembre.
[430] STS 484/2015, de 7 de septiembre. Se hace hincapié en señalar que: "*No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado* ".

limitaciones de las condiciones necesarias que deben reunir estas asociaciones para ser consideradas atípicas, por entender que *"no es función de la jurisprudencia establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa"*[431]. Precisamente esta es una de las carencias jurisprudenciales que dota de inseguridad jurídica puesto que los requisitos fueron establecidos para supuestos muy diferentes.

En este sentido, uno de los Votos Particulares[432] que se formulan en la citada sentencia versa en torno a la necesidad de establecer una serie de requisitos precisos que delimiten la acción desarrollada en este tipo de asociaciones, para así evitar la posibilidad de supuestos *"abusivos"*, claramente excluidos del espíritu y finalidad de la doctrina jurisprudencial del consumo o cultivo compartido. En consecuencia, dicho Voto Particular propone establecer una serie de requisitos que deberán reunir tales asociaciones para quedar amparadas por la doctrina del consumo compartido, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, y evitar la posibilidad de errores de prohibición en el futuro, siendo éstos los siguientes:

1) Se deberá tratar de asociaciones constituidas por adultos capaces, que fueran previamente usuarios habituales de la sustancia, con la finalidad de autoabastecerse para su propio consumo, y así evitar las adquisiciones en el mercado ilícito. Además se establecerá un "periodo de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la substancia", de esta forma se trata de evitar un

[431] STS 484/2015, de 7 de septiembre.
[432] En concreto el Voto Particular formulado por CONDE-PUMPIDO TOURÓN.

favorecimiento del consumo por terceros que se incorporan a la asociación para acceder a un uso inmediato de la sustancia psicoactiva.

2) Con el fin de evitar *"la promoción pública del consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la sustancia"* el consumo se llevará a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación. Es decir, se trata de recalcar el requisito de "lugar cerrado" exigible para la contemplación de la doctrina tradicional del consumo compartido. Es decir, el circuito de producción y consumo de cannabis existente en el club para su exclusivo uso tiene que quedar "encapsulado" de tal manera que se impida la difusión a terceros de la sustancia.

3) El cultivo y consumo compartido deberá limitarse a un grupo reducido de usuarios habituales de la sustancia psicoactiva que resulte perfectamente determinados e identificables. Se considera que ese *"número reducido"* de socios *"en ningún caso debería exceder de la treintena"*. Además no podrán suministrar a sus socios cantidades que superen el consumo diario de la sustancia. En consecuencia el límite cuantitativo de la producción de sustancia psicoactiva por la asociación deberá limitarse a las necesidades de consumo del reducido número de socios, quedando excluido el ánimo de lucro[433].

Otro de los aspectos destacables de la sentencia analizada es la contemplación de un error de prohibición vencible (artículo 14 del CP) en los acusados lo que les comporta una disminución de la culpabilidad y consecuentemente también de la pena a aplicar, en base a la percepción

[433] Voto Particular que formula el Magistrado Sr. D. Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN en la STS 484/2015, de 7 de septiembre.

equivocada de éstos en torno a la actividad desarrollada en la asociación, con la convicción de que su actuar estaba tolerado por el ordenamiento jurídico al producirse en un contexto de consumo compartido.

Si bien se considera que de *"los hechos probados y la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia proporcionan base suficiente para considerar probable una creencia equivocada; pero ninguna para tildarla de inevitable"*. Se argumenta la consideración del error como vencible, en atención a la *"forma en que se redactan los Estatutos de la asociación"*, pues *"se cuidan de ocultar la producción de cannabis y su distribución entre los socios"* bajo la apariencia de *"fórmulas ambiguas e invocaciones retóricas de unos consejos jurisprudenciales"*[434].

Otro de los Votos Particulares[435] disiente en el sentido de que el error debió valorarse como invencible y no solo vencible como se contempló en la Sentencia mayoritaria, al considerar, fundamentalmente que los Estatutos de la asociación no resultaban nada ambiguos pues *"la omisión en ellos de la dosis diaria de cada socio y la posibilidad de acopio para su consumo en casa, no impide conocer con claridad que la finalidad de la asociación era dedicarse al cultivo de cannabis para exclusivo consumo de los asociados"*. Es decir, se señala que no existe simulación alguna en la redacción de los Estatutos, y que estos exponían con claridad la finalidad de la asociación, y prueba de ello es que la propia Administración Pública procedió a la inscripción registral de la misma sin oposición alguna[436].

[434] STS 484/2015, de 7 de septiembre.
[435] Voto Particular que formula el Magistrado Sr. Joaquín GIMENEZ GARCÍA en la citada resolución.
[436] Voto particular del Magistrado Sr. D. Joaquín Giménez García formulado en la STS 484/2015, de 7 de septiembre.

En opinión del Magistrado, existen una serie de elementos que configuran una realidad social que ofrece *"datos empíricos suficientes que abonan la creencia de la licitud de tal actividad"*. Es cierto que existen una serie de factores que pueden crear la falsa apariencia de licitud de este tipo de asociaciones, como son, además de la propia inscripción de la asociación en su Registro Público correspondiente: la citada Ley Foral de Navarra y el resto de normativa autonómica y local antes comentada que regulan éstas; la doctrina del TS sobre el consumo compartido, con el apoyo de otras resoluciones judiciales procedentes de Audiencias Provinciales, que niegan la tipicidad de hechos similares; y la constancia de la existencia y la perdurabilidad en el tiempo de entre 1000 y 1200 asociaciones de similares características, parece razonable pensar que todos estos factores pudieron hacer creer a los acusados que con su comportamiento no cometían hecho ilícito alguno[437].

En definitiva, como se observa, si bien en un principio la mayoría de las AP se pronunciaban a favor de la atipicidad de la actividad desarrollada en las llamadas asociaciones cannábicas, con fundamento en una interpretación extensiva de la doctrina jurisprudencial del consumo compartido, tras la reciente STS de 484/2015, de 7 de septiembre, considera que el cultivo y distribución organizada llevada a cabo por este tipo de asociaciones compuestas por un elevado número de socios y abiertas a la incorporación de nuevas incorporaciones deben ser consideradas típicas. No obstante, cuando se trate de un cultivo y posterior

[437] Voto particular del Magistrado Sr. D. Joaquín Giménez García formulado en la STS 484/2015, de 7 de septiembre. Concluye el Magistrado señalando que: *"En esta realidad social, considero que los condenados en la sentencia de la mayoría se encontraban en la razonable y sincera seguridad de estar situados extramuros de una actividad delictiva, no les era exigible acudir a una fuente jurídica que les pudiera sacar de su error… En definitiva lo que persiguen este tipo de asociaciones es una alternativa al mercado negro de la adquisición del cáñamo a través del cultivo asociativo, que ante la orfandad normativa en que se encuentra, precisa –insisto- una regulación precisa y clara que fije los límites que se estimen convenientes, cuestión que queda extramuros de la misión de esta Sala."*

consumo destinado de forma exclusiva y excluyente de quienes han promovido tal producción a escala reducida puede carecer, en determinadas condiciones, de relevancia penal aunque sí puede constituir un ilícito administrativo.

En este sentido, como pone de manifiesto QUERALT JIMENEZ, la impunidad de la tenencia de sustancias psicoactivas ilegales para autoconsumo radica en la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal protegido, es decir, la salud pública. En consecuencia, tal ausencia de lesividad supone que *"no puede haber sanción, sea ésta civil, socio-laboral, gubernativa o penal"*. Es decir, la falta de dañosidad establecida para un comportamiento en el ámbito penal, tanto de modo legal como jurisprudencial, impide que se pueda apreciar una sanción administrativa pues *"quedaría privada de la mínima base de justificación material"*, y por tanto, *"fuera del ámbito de lo sancionable"*[438].

3. Donaciones compasivas entre familiares o allegados, fuera del contexto penitenciario

Las donaciones de drogas, fuera del ámbito penitenciario, de familiares o allegados que se realizan en favor de adictos, se efectúan bien para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, bien para evitar

[438] QUERALT JIMENEZ, "La tenencia de drogas para autoconsumo". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Nº 2, 1999, pp. 1873-1881, señala, con acierto, que*: "en temas como en el de la salud pública, el legislador punitivo hace gala galopante de esfuerzo legislativo, acrisolando conceptos y situaciones de modo casi secular, llegando a la conclusión de una no punición por falta de lesividad en un comportamiento por demás frecuente y conocido…el legislador ha considerado que no se producía lesión jurídica relevante a un bien jurídico concreto. Así, si éste es la salud pública, lo que cada ciudadano haga con la suya no afecta a ésta, por más que sea discutible científicamente o censurable moralmente tal o cual comportamiento queda fuera del ámbito de lo sancionable"*.

riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, bien para procurar su gradual deshabituación. En un principio los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su admisión eran muy estrictos[439], no obstante estos criterios se han ido suavizando por un sector de la jurisprudencia, como se pondrá de manifiesto, más adelante. De esta forma las primeras sentencias sobre esta materia en concreto exigían la concurrencia de los siguientes requisitos[440]:

a) Que no se produzca la difusión de la droga a terceros ajenos. Tratándose de donaciones esporádicas entre usuarios crónicos, la conducta puede resultar atípica por ausencia de peligro para el bien jurídico-penal.

b) Que no exista contraprestación alguna. La entrega de droga se ha de realizar con el fin de aliviar padecimientos a un familiar o allegado sin obtención de beneficio alguno por parte del que entrega la sustancia prohibida. No obstante, es necesario aclarar que la ausencia de contraprestación no constituye una condición esencial del bien jurídico-penal, y por tanto no es un requisito exigible para la contemplación de la

[439] Efectivamente, en un principio el TS se mostraba contrario a declarar la atipicidad de las donaciones compasivas, a modo de ejemplo, la STS 1306/1994, de 23 de junio, afirmaba que *"la entrega de sustancias estupefacientes a persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso la de calmar el estado de carencia, constituye el ilícito penal en cuanto denota una conducta favorecedora del consumo"*. No obstante, algunas sentencias sí que sostenían la atipicidad en estos casos con la exigencia de una serie de requisitos, entre estas resoluciones cabe destacar la STS de 16 de septiembre de 1996, que aceptaba que en los supuestos en que un familiar proporciona pequeñas cantidades de droga con finalidad altruista que falta el *"sustrato de antijuridicidad, pues no existe difusión, facilitación o promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a ausencia de peligro para la salud colectiva"*. Como se pondrá de manifiesto más adelante este "conflicto de posturas doctrinales" aun persiste en el TS.

[440] En concreto, destacan las STS 1439/2001, de 18 de julio; STS 508/2007, de 13 de junio y STS 1500/2010, de 22 de junio. En este sentido señala DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 69, que en este caso también coexisten dos criterios jurisprudenciales, el primero de corte más represivo, sólo admitían como finalidad compasiva la de la evitación del síndrome de abstinencia, y únicamente permiten la donación de la *"dosis terapéutica"*, que resulta mucho más baja que la dosis individual de abuso. En cambio, la otra corriente jurisprudencial, sostiene, con mayor coherencia, la admisión de otros supuestos como que el suministro a persona allegada se realice para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones, para procurar su progresiva deshabituación, o en supuestos similares. De esta forma se aumentan considerablemente la posibilidad de optar por la atipicidad de este tipo de conductas.

atipicidad de la conducta, pues el ánimo de lucro no se encuentra entre los elementos del tipo subjetivo[441].

c) El consumo ha de ser inmediato, exigiéndose incluso en ocasiones que la ingesta se realice en presencia de quien hace la entrega. Este requisito también ha sido ya matizado con posterioridad por la jurisprudencia, en el sentido que sin necesidad de que se trate de un consumo inmediato en presencia del donatario, sí que se exige que no se trate de un suministro continuado en el tiempo de una elevada cantidad de sustancia psicoactiva ilícita, pues esto supondría facilitar la situación de consumidor del destinatario, existiendo otras alternativas terapéuticas tendentes a la evitación del uso abusivo de la sustancia[442].

d) Se ha de tratar en todo caso de cantidades mínimas. En este sentido la STS 665/2014, de 16 de octubre, establece que*" la tesis de la ausencia de antijuridicidad, en ciertos supuestos de entrega de drogas a parientes o allegados, no debe olvidarse que siempre se ha tratado de casos de facilitación de pequeñas cantidades destinadas a aliviar el síndrome de abstinencia"*[443].

Argumenta GALLEGO SOLER, que este sector jurisprudencial que es altamente restrictivo en la aplicación de este supuesto, pues las eventuales crisis de abstinencia del donatario de la droga tienen que ser

[441] STS 1088/1996, de 26 de diciembre. En ese sentido la STS 6/1995, de 16 de marzo de 1995, sostiene que la entrega de la droga aún sin contraprestación es delito porque *"una reducción de la figura penal sólo a aquellos casos en los que el autor percibiera un precio carecería de sentido si éste no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico ni del reproche penal de la conducta"*.
[442] STS 665/2014, de 16 de octubre.
[443] Si bien y como se ponía de manifiesto anteriormente también se acepta por una parte de la jurisprudencia no sólo aliviar el síndrome de abstinencia sino también evitar los riesgos del consumo en el mercado ilícito o facilitarle al adicto su progresiva recuperación. En este sentido, entre otras, vid. STS 1441/2000, de 22 de septiembre; STS 1439/2001, de 18 de julio.

ordinariamente combatidas mediante el adecuado tratamiento médico, siendo necesario acreditar la realidad de esta situación de necesidad, así como el carácter puntual y aislado de la acción, tal y como establece, entre otras la STS 35/2003, de 20 de enero[444].

Junto a las donaciones compasivas de familiares a usuarios crónicos al margen del contexto penitenciario, se encuentran también las donaciones o permutas entre consumidores. Las sentencias relativas a este tipo de donaciones no penitenciarias son mucho más escasas pues este tipo de comportamientos no suelen llegar a los Tribunales por no existir denuncia en muchos casos. En cambio en el medio penitenciario, pues existe la obligación de los funcionarios de emitir parte de hechos denunciando la incautación de las sustancias psicoactivas prohibidas motiva que sean mucho más numerosas.

Dentro de las causas de atipicidad por falta de peligro para el bien jurídico-penal protegido salud pública, al no producirse la difusión de drogas ilícitas, es necesario distinguirse encuentran las llamadas ***donaciones o invitaciones entre consumidores o adictos***, o entre usuarios que cohabitan en el mismo lugar[445], de las donaciones compasivas entre familiares. Se caracterizan este tipo de invitaciones atípicas, por un lado, en que no tienen lugar en el contexto penitenciario, y por otro, que el

[444] GALLEGO SOLER, *Contexto*, op. cit. p. 531. En este sentido vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. pp. 69 y siguientes.

[445] Entre las primeras sentencias que aplicaron esta doctrina de las donaciones compasivas destaca especialmente la STS 985/1998, de 20 de julio, pues se define claramente en qué consisten este tipo de comportamientos, señalando que: *"En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o verbos contenidos en el tipo penal. En estos casos falta el sustrato de antijuridicidad pues no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro"*.

fundamento de su atipicidad se encuentra en que se trata de conductas ***consideradas como socialmente adecuadas***[446]. De ahí que se traten de forma conjunta para distinguirlas, precisamente, de las llamadas *"donaciones compasivas penitenciarias"*, pues el medio penitenciario confiere al ilícito una serie de matices que conviene destacar, y además el fundamento de atipicidad también es distinto pues se basa en razones compasivas o altruistas de evitar sufrimientos asociados al abuso de drogas, por esta razón se analizarán en un epígrafe distinto.

Las invitaciones o donaciones atípicas entre adictos se suelen dar en aquellos supuestos de cohabitación entre sujetos todos ellos consumidores y / o abusadores de drogas ilegales (cónyuges, amigos, etc) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido, pero en este caso no puntual sino habitual. Los requisitos expuestos en el supuesto anterior son de aplicación al presente caso, por tanto se exigirá que no exista difusión de la droga, que la entrega sea título gratuito y que se trate de un consumo inmediato de una cantidad mínima[447]. Las permutas de sustancias psicoactivas ilegales entre usuarios y/o abusadores de drogas se produce cuando un sujeto intercambia una sustancia psicoactiva por otra, y los requisitos son los mismos que los exigidos para la donación compasiva[448], resultando atípicas cuando puedan darse por probados todos ellos.

---

[446] Hay que diferenciar estos supuestos de las invitaciones en el momento del consumo y otros supuestos de invitación. En estos casos no se trata de donaciones compasivas sino que el fundamento de la atipicidad radica en que se trata de conductas socialmente aceptadas. En este sentido vid. DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. pp. 13 y ss.

[447] Como establece la STS de 9 septiembre de 2000, al señalar que cuando conviven varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, hijos o padres) en que uno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido, sin que haya existido riesgo de difusión de la sustancia a terceros.

[448] STS 493/2015, de 22 de julio. Los hechos probados relatan que un acusado entregó al otro una papelina de MDMA con un peso de 0,792 gramos, recibiendo a cambio 2,072 gramos de marihuana y una pieza de hachís de 1, 588 gramos. Finalmente la Sala termina absolviendo a ambos aplicando la doctrina del consumo compartido.

4. Las donaciones compasivas penitenciarias

La donación compasiva penitenciaria puede ser contemplada como causa de atipicidad por falta de peligro para el bien jurídico-penal salud pública. Como se pondrá de manifiesto el límite entre la tipicidad y la atipicidad dependerá de la forma en que se interprete la posible difusión de la sustancia para terceros ajenos a la donación, existiendo, como viene siendo habitual en temas relacionados con los delitos de tráfico de drogas, dos posturas jurisprudenciales con criterios divergentes.

4.1. Concepto y naturaleza jurídica

Se trata de supuestos en los cuales un familiar o allegado entrega, a título gratuito, una cantidad mínima de sustancia psicoactiva ilegal a un interno en un Centro penitenciario, con el fin de procurarle a éste un beneficio o para evitarle un perjuicio. Como se pondrá de manifiesto coexisten, en el TS, dos líneas divergentes en el tratamiento de este tema, llegando hasta el punto que llega a aplicar, con diferencia de meses, argumentaciones idénticas a casos idénticos para concluir con resoluciones totalmente opuestas.

Se produce, por tanto, una represión selectiva en las donaciones compasivas penitenciarias, repitiéndose aquí el mismo problema básico de la interpretación de estos delitos, al coexistir, dos corrientes jurisprudenciales: una de corte más represivo y excesivamente rigorista, pues convierte simples indicios en requisitos objetivos para la aplicación de la atipicidad, invirtiendo así la carga de la prueba, y otra corriente, más razonable, que establece una serie de indicadores de si nos encontramos

ante una donación altruista o ante un acto de tráfico a pequeña escala de sustancias psicoactivas prohibidas en el interior del Centro Penitenciario[449].

Admitir que la donación para el consumo de un adicto con el fin de evitarle padecimientos pone en peligro el bien jurídico salud pública debe rechazarse[450]. En este sentido, afirma con acierto QUERALT JIMENEZ, que cuando se trata de usuarios crónicos que sufren el síndrome de abstinencia, el estado de necesidad podría justificar la administración extraordinaria, concreta e individualizada de la sustancia psicoactiva a la que el sujeto es adicto. En caso contrario, *"la negativa, podría llegar a hacer responsable por comisión por omisión al requerido de la dación de la droga o sustitutivo"*[451].

Nos hallamos ante una conducta que carece de la facultad de dañar o poner en peligro la salud pública como bien jurídico protegido, se podría tratar de un caso de *"servidor de la posesión"*, pues se trata de un allegado de un drogodependiente que, por su internamiento en un Centro, tiene su movilidad reducida, le sustituye en el acto de adquisición de la droga ilegal dado que éste no la puede adquirir por sí mismo o le resulta más caro o más complicado. Así entendida, la donación compasiva penitenciaria debería ser comprendida como una modalidad de la transmisión atípica del servidor de la posesión. Se trata de conductas que no tiene lugar del lado de la oferta criminalizada de sustancias psicoactivas prohibidas, sino del lado del consumidor y en su interés, sin que en ningún momento se produzca la

[449] ALVAREZ GARCÍA, *El delito de tráfico de drogas*, 2009, pp. 91-92.
[450] ALVAREZ GARCÍA, *El delito*, op. cit. p.94.
[451] QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, 2008, p. 1006,

difusión de la sustancia ilegal a otras personas diferentes al concreto adicto[452].

No obstante, no hay que olvidar que el hecho de que una persona introduzca sustancias psicoactivas ilegales en el interior de un Establecimiento Penitenciario, si la conducta es considerada de típica puede resultar agravada en virtud del art. 369. 8ª. En caso de ser considerada la conducta irrelevante a efectos penales, cabe la posibilidad de valorar el carácter antirreglamentario del comportamiento consistente en la introducción de sustancias psicoactivas prohibidas en un Centro Penitenciario. Aunque la conducta puede resultar penalmente irrelevante, al no existir posibilidad de difusión a terceras personas, y por tanto, no existir riesgo alguno para la salud pública, sí que se puede reprochar administrativamente, mediante la sanción de suspensión de todas las comunicaciones con el interno por un tiempo determinado, tal y como establece, la legislación penitenciaria[453].

4.2. Tratamiento jurisprudencial de las donaciones compasivas penitenciarias

Como ya hemos señalado, coexisten dos posturas jurisprudenciales en el Tribunal Supremo al respecto: la postura más punitiva que trata de limitar desmesuradamente la posibilidad de aplicar la atipicidad de la conducta, castigando acciones que se dan en el ámbito del consumo como si se trataran de acciones de la oferta criminalizada, incurriendo, en muchas ocasiones, en la inversión de la carga de la prueba, es decir, el adicto tendrá

[452] DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas*, op. cit. pp.73-74.
[453] En concreto en el artículo 44 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

que probar con total certeza que la sustancia psicoactiva ilegal no va a ser objeto de difusión a terceros[454].

Frente a esta postura, coexiste otra más razonable y flexible, que admite la atipicidad de las donaciones penitenciarias, abordando la cuestión de la prueba en términos más admisibles y compatible con la presunción constitucional de inocencia[455].

A continuación se expondrán los rasgos que definen la atipicidad de este tipo de conductas, seleccionando aquellos criterios que permanecen más o menos estables en la línea jurisprudencial más flexible, y los rasgos que difieren de una a otra línea jurisprudencial[456]:

1º) Ausencia de contraprestación: la sustancia psicoactiva que el familiar o "*allegado*" hace llegar al interno-adicto debe ser trasmitida

[454] Entre las más significativas cabe destacar la STS de 15 de abril de 1998 y la STS de 29 de enero de 2001. Destacar también un Voto Particular formulado contra la STS 423/2004, de 5 de abril, que concluía con la absolución de la acusada aplicando la doctrina de la donación compasiva por no existir sin riesgo de difusión. Los argumentos sostenidos en este Voto particular centraban su exposición en señalar que el destinatario de la drogas ya había sido condenado por la comisión de un delito contra la salud pública, y que no era posible afirmar razonablemente que no existiera riesgo alguno de difusión de la sustancia. No obstante, lo que llama la atención de la argumentación expuesta en el Voto particular es cuando señala que: "*Llegados a este punto, parece oportuno recordar también: a) que el tráfico de drogas constituye actualmente uno de los problemas más graves con los que se enfrenta la sociedad moderna; b) que el bien jurídico protegido por estos delitos –salud pública- no se identifica pura y simplemente con la suma del bienestar y la salud de las personas individuales.*" En el mismo sentido, de aplicar de forma muy estricta la atipicidad de la conducta, entre otras, cabe destacar la STS 862/2008, de 12 de septiembre, que argumenta que la doctrina de la donación compasiva penitenciaria deberá aplicarse de forma muy restrictiva, exigiéndose el cumplimiento de todos los requisitos establecidos. En esta corriente jurisprudencial, también destacar el Voto particular formulado contra la STS 423/2004, de 5 de abril, pues de alguna forma resume los criterios utilizados por esta corriente jurisprudencial de carácter más represivo, se señalaba que: "*El delito contra la salud pública del artículo 368 del CP es un delito de mera actividad, permanente y de peligro abstracto, como ha manifestado reiteradamente el TS, y en el presente caso concurren todos los requisitos que configuran el tipo penal cuestionado… Y, por otra parte, no se cumplen los requisitos que permiten aplicar el criterio excepcional, la tesis exculpatoria, al caso ejuiciado*".

[455] ALVAREZ GARCÍA, *El delito*, op. cit. p. 96. Dentro de esta corriente cabe destacar la STS 1417/2000, de 22 de septiembre, pues explica con meridiana claridad la aplicación de esta doctrina. Destacan igualmente, entre otras, las STS 72/2009, de 6 de febrero y STS 423/2004, de 5 de abril.

[456] Se realiza la clasificación siguiendo a DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones atípicas de drogas*, 2013, pp. 78-101.

título gratuito. Si bien no hay que olvidar que este requisito realiza una función meramente indiciaria, en el sentido que, la ausencia de contraprestación o precio nos indica que no estamos ante un acto de tráfico ilegal, pues el precio no es un elemento objetivo definido en el tipo. Con la ausencia de precio se busca acreditar que el interno-adicto no se encuentra en el lado de la oferta ilegal, sino que se actúa en interés de éste[457].

2º) El sujeto activo del delito, es decir el donatario, ha de ser *"familiar"* o *"allegado"*: se trata de un elemento indiciario que nos dice que acción trascurre en el ámbito del consumo, pues se actúa en interés del adicto. Además, en el ámbito de las donaciones altruistas penitenciarias es lógico que se lleven a cabo en el seno de una relación familiar o de afecto. En algunas sentencias se atiende al hecho de que el sufrimiento familiar interfiere en la capacidad de decisión del sujeto activo del delito. Cabe destacar que la jurisprudencia se limitaba a mencionar únicamente a los familiares como posible sujetos activos del delito, si bien más adelante fue ampliando el ámbito de aplicación a los convivientes, y posteriormente, también a los *"allegados"*, termino más amplio e indeterminado[458].

3º) Finalidad compasiva en el acto de entrega de la droga prohibida: la jurisprudencia maneja distintas posibilidades dentro de la finalidad compasiva o altruista, siendo el requisito que más difiere entre las dos líneas jurisprudenciales que hemos visto. Si bien la posición mayoritaria menciona, simplemente, la evitación de los padecimientos originados por el síndrome de abstinencia. En cambio, en otras resoluciones se dice que la finalidad es la de *"propiciar la deshabituación"*[459]. Las sentencias más

[457] ALVAREZ GARCIA, *El delito*, op. cit. p. 96.
[458] DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p. 80.
[459] STSS 1439/2001, de 18 de julio, por ejemplo.

flexibles en este punto admiten la finalidad de *"evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad"*, incluso existen sentencias que utilizan una clausula abierta referida a *"otros supuestos similares"*.

A modo de resumen: nos encontramos con alguien que suministra la sustancia psicoactiva ilegal al interno-adicto para tratar de evitarle su exposición a un mercado clandestino en el cual las condiciones de consumo pueden ser mucho peores (sustancia más adulterada, por ejemplo). Se trata de una coherente aplicación del llamado *"servidor de la posesión"* pues se trata de alguien que no actúa del lado de la difusión ilegal, sino en interés del propio consumidor[460].

No obstante, la mayoría de las sentencias de la línea más represiva exigen que se tenga que probar que el interno-adicto este sufriendo el síndrome de abstinencia en el momento mismo en que se produce la donación. Como señala ALVAREZ GARCÍA, esta rigidez es difícilmente aceptable, pues cuando se trata de sujetos adictos a sustancias psicoactivas como la heroína el síndrome de abstinencia es casi una certeza, y exigir a los angustiados familiares de una interno adicto que conozcan con antelación necesaria cuándo tendrá lugar el síndrome de abstinencia de éste, sólo tiene sentido si lo que se desea es negar siempre la atipicidad en estos casos[461]. Además, cuando se trata de sustancias psicoactivas como el cánnabis y sus derivados, es complicado atender al *"síndrome de abstinencia"* pues éste apenas existe (al menos de forma física) entre los usuarios de esta sustancia psicoactiva ilegal.

[460] DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. P. 82.
[461] ALVAREZ GARCÍA, *El delito*, op. cit. p. 100.

4º) El interno-donatario ha de ser adicto: se plantea la cuestión de si el donatario ha de ser adicto o es suficiente con que sea un usuario ocasional. En este punto coinciden ambas líneas jurisprudenciales en exigir la adicción de donatario como requisito para contemplar la atipicidad de la conducta, argumentando que la adicción está implícita en la propia figura que estamos analizando de "donaciones altruistas a adictos", donde se requiere el auxilio del donante para la evitación de padecimientos.

5º) Cantidad mínima: "*dosis terapéutica*" versus "*dosis de consumo*": resulta evidente que para la aplicación de la atipicidad de la conducta se exige que la cantidad de sustancia ilegal donada sea poco relevante desde un punto de vista cuantitativo pues parece razonable pensar que si la cantidad de droga transmitida es relevante puede ser un indicio de que se pretende destinar al tráfico dentro del Establecimiento Penitenciario. ¿Dónde está ese límite en la cuantía para determinar si conviene o no aplicar la atipicidad de la conducta en base a la cuantía?

La línea jurisprudencial más represiva plantea el concepto de la "*dosis terapéutica*", que vendría a ser la prescrita por un médico con una finalidad curativa o paliativa, dosis que resulta excesivamente baja (entre 40 y 60 veces más bajas que las que consume un adicto), por lo que convierte en típica cualquier conducta de donación penitenciaria. Se trata de un grave error conceptual dado que, en estos casos, se trata del consumo abusivo de sustancias psicoactivas prohibidas por parte de internos drogodependientes, y de su donación por parte de familiares o allegados sin conocimientos médicos pero que por motivos compasivos se ven en la

tesitura de introducir en el Centro Penitenciario este tipo de sustancias para evitarle sufrimientos[462].

La otra corriente jurisprudencial, con mejor criterio, entiende que se debe tomar como medida la *"dosis medias de consumo diario"*, es decir, la cantidad media que consume un adicto en un día. Entendemos mucho más acertada esta postura por varios motivos: en primer lugar, porque lo importante es que la sustancia psicoactiva ilegal no sea objeto de difusión a terceros dentro del Centro Penitenciario, es decir, mientras que la sustancia sea consumida por el donatario, aunque sea en varios días, y no se trafique con ella será posible aplicar la atipicidad[463].

En segundo lugar, hay que tener muy en cuenta que cuando hablamos de donaciones penitenciarias, el donante conoce que no va a volver a entrarle sustancias psicoactivas prohibidas en un período de tiempo, por lo que sería ilógico hacerle llegar una sola dosis, es decir, la limitaciones temporales vigentes en las distintas comunicaciones de las que goza el interno hace pensar que con una sola dosis éste no tendrá suficiente para pasar toda la semana[464].

---

[462] DOPICO GOMEZ-ALLER, *Transmisiones*, op. cit. p.89.

[463] Especialmente significativa es este aspecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 17ª, 404/2005, de 19 de abril, considera atípica la conducta a pesar de que el donante transmite una cantidad equivalente a 10 días de acopio abundante de sustancia psicoactiva ilegal. En ese mismo sentido la STS 423/2004, de 5 de abril, que*: "Tampoco puede darse valor decisivo en el plano de la subsunción al hecho de que la heroína y el hachís de que se ha hablado fueran susceptibles de distribución en varias dosis. Por que lo determinante no es la mera formalidad de ese dato, sino la entidad y calidad del consumo al que la magnitud de aquéllas pudiera dar lugar. Y si, como se sabe, el consumo medio diario estimado de heroína puede llegar a los 600 miligramos de sustancia pura; y en el caso del hachís se sitúa en torno a los 5 gramos, lo que si se toma en consideración daría para dos días, en un caso, y para tres en el otro. Por lo que…, sí que serían cantidades perfectamente compatibles con la finalidad de mitigar un posible síndrome de abstinencia o, en cualquier caso, un malestar sin duda relevante en el destinatario de las mismas"*.

[464] El art. 45 de la LOGP, establece que los tipos de comunicación que tiene el interno: 40 minutos semanales por locutorio, y dos comunicaciones especiales al mes (una familiar y una intima).

6º) El destinatario-donatario ha de ser persona concreta: se trata de garantizar la ausencia de riesgo de difusión a terceros, exigiéndose que la sustancia psicoactiva ilegal sea destinada al consumo del concreto adicto y no al tráfico, es decir, busca probar que la conducta no es un acto de distribución, sino que se mantiene en el ámbito del consumo y se realiza en nombre e interés del adicto. Se ha de entender el requisito de forma indiciaria, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: cuantía, modo de entrega y presentación, si la sustancias se encuentra ya dividida en pequeñas dosis o no, será un indicio de si su destino es el tráfico o el consumo del interno-adicto[465].

También se plantea la cuestión de que, dado que el tipo básico del delito de tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto, el subtipo agravado de la regla 8ª del artículo 369 no podría construirse sobre la estructura de otro delito de riesgo abstracto porque se lesionaría el principio de lesividad y merecimiento de pena, con lo que quedaría vulnerado el principio de proporcionalidad penal y el de culpabilidad como medida de la pena. En consecuencia se ha considerado por un sector jurisprudencial que el subtipo agravado debe construirse sobre la estructura de un delito de peligro concreto, lo que supondrá una interpretación restrictiva del tipo[466].

En cambio, otro sector doctrinal, considera que en aquellos casos en que la introducción de sustancias psicoactivas prohibidas haya sido interceptada por los funcionarios situados en los controles exteriores del centro penitenciario, de forma de la droga ilegal no llega a traspasar el

[465] En este sentido STS 1911/2002, de 18 de noviembre.
[466] STS 142/2010, de 25 de febrero. En ese sentido la STS 784/2007, de 2 de octubre, establece que: *"…el subtipo se construyó añadiendo a un delito de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto…"*

interior del establecimiento se considera que no surge un peligro real y concreto de que la sustancia prohibida pueda llegar a los internos, al haber sido incautada previamente, o bien al haber sido ocupada al interno cuando la recibe durante la celebración de la comunicación especial de vis a vis y se le incauta la sustancia en el momento de la salida del módulo de comunicaciones y antes, por tanto, de que pueda llegar a tener la posibilidad de difusión de la misma, no procede la aplicación del subtipo agravado, y sí cabría la aplicación del tipo básico[467].

5. Conclusiones y toma de postura

En cuanto al tratamiento jurisprudencial del consumo compartido, y por extensión de las llamadas asociaciones del cannabis, conviene realizar algunas matizaciones:

a) En primer lugar, es cierto que las acciones desarrolladas en algunas de estas agrupaciones de usuarios del cannabis están sobrepasando el límite de la construcción jurisprudencial del consumo compartido. Ya no se trata de un grupo de usuarios que deciden cultivar en común para su posterior consumo, sino que se trata de organizaciones más o menos organizadas con capacidad para atraer a un número ilimitado de personas que con la mera inscripción como socio pueden adquirir la sustancia psicoactiva. Desde luego, este tipo de comportamientos encaja en la descripción típica literal del artículo 368 del CP.

[467] STS 142/2010, de 25 de febrero. En ese mismo sentido la STS 1911/2002, de 18 de noviembre, considera la inexistencia de peligro real de propagación al ser cantidad reducida y destinada a persona concreta, al descubrirse la sustancia psicoactiva prohibida en el departamento de paquetería que suele encontrase en el exterior del recinto penitenciario. En el mismo sentido de no aplicar el subtipo agravado se pronuncian las siguientes sentencias: STS 668/2009, de 5 de junio; STS 53/2009, de 26 de enero, STS 291/2009, de 17 de marzo; y STS 1911/2002, de 18 de noviembre.

b) En segundo lugar, la enorme proliferación de este tipo de asociaciones pone de manifiesto que existe un claro distanciamiento entre la realidad social que gira en torno a la concepción de esta sustancia psicoactiva, y la actual prohibición penal que se establece sobre ésta. Es decir, es posible afirma que existe "cierta aceptación social" sobre la marihuana en España, y prueba de ello, es el elevado número de este tipo de asociaciones que se han desarrollado pensando que su constitución no era penalmente relevante, y que incluso, a nivel local y autonómico, como ya se ha puesto de relieve, se han desarrollado normativas que han tratado de regularizar este tipo de agrupaciones.

c) Esta falsa apariencia de legalidad de estas asociaciones se ha visto reforzada por la posibilidad de inscribirlas en un Registro público, con todos los requisitos administrativos correspondientes. Por tanto, no es de extrañar que la STS 484/2015, de 7 de septiembre, se pronuncie sobre la existencia de un error vencible de prohibición en los acusados. No obstante, considero más acertada la consideración del error invencible de prohibición (tal y como se establece en la formulación de uno de los Votos Particulares de dicha sentencia) pues con la apariencia de ausencia de relevancia penal de ese tipo de comportamientos se apoya tanto en la existencia de una determinada normativa, como en un asiento registral oficial[468]. Sin olvidar una doctrina jurisprudencial relativa al consumo compartido (aunque como

[468] No obstante la postura que adopta la Fiscalía General del Estado en la Circular nº 2/2013, de 5 de agosto, en cuanto al expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis es la siguiente: "*En virtud de lo dispuesto en el expresado apartado cuarto del art. 30 LODA, cuando los Estatutos declaran que la finalidad u objeto de la asociación es la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y distribución entre sus socios, el Registro Nacional de Asociaciones así como, en su caso,* ***los Registros Autonómicos de Asociaciones suelen apreciar indicios racionales de ilicitud penal y trasladar las solicitudes de inscripción de las asociaciones a la Fiscalía general del estado o al órgano del Ministerio Fiscal correspondiente*** *al respectivo territorio. Esta comunicación del Registro,…,* ***constituye formalmente una denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente***". Lo que sucede en la práctica es que por motivos de **oportunidad procesal** muchas de estas denuncias formuladas por los Registros pertinentes no llegan a perseguirse penalmente, al menos hasta la fecha.

se ha señalado no surgió para amparar este tipo de asociaciones) que es utilizada en la redacción de los Estatutos de estas asociaciones para dar esa apariencia de no vulneración del Derecho penal.

Posiblemente el argumento del error invencible de prohibición será muy recurrido por las defensas de los representantes de estas asociaciones, pues los argumentos en ese sentido gozan de cierta coherencia jurídica. Y consecuentemente, en estos casos, quizá la doctrina de la ausencia de tipicidad del consumo compartido por falta de peligro para el bien jurídico-penal deje paso a una nueva doctrina jurisprudencial basada en el error invencible o vencible para considera, en este caso, la no punibilidad por la existencia de error vencible o invencible de prohibición, según cada caso.

En cuanto a las donaciones compasivas penitenciarias son una causa de atipicidad por ausencia de lesividad o antijuridicidad material, en la que se produce una invitación atípica por motivos altruistas o compasivos en el marco de una institución pública penitenciaria. Si bien se podría apuntar la posibilidad de que estuviéramos ante una causa de justificación, en el sentido que, se pone en peligro la salud pública para evitar graves padecimientos a una persona allegada, es decir sobre la idea del estado de necesidad.

En mi opinión, tratándose de sustancias prohibidas que no causan grave daño a la salud, como el cánnabis y sus derivados, sí que sería admisible que el donatario fuera simplemente un usuario sin necesidad de exigir que sea adicto, y ello, en primer lugar por las características de este tipo de sustancias y en concreto su menor poder para crear adicción, y tratarse de una adicción más psíquica que física, y en segundo lugar, aun

sin ser adicto, si éste desea consumir ha de moverse en la oferta clandestina y menos segura que el que sea proporcionada por un familiar o allegado.

En definitiva, señalar que se debe criticar la postura de la línea jurisprudencial punitiva que afirma que debe probarse por parte del donatario la ausencia de riesgo de difusión a terceros distintos al donatario, invirtiendo así la carga de la prueba, lo que va en contra del principio de presunción de inocencia.

Asimismo, hace depender la atipicidad de la donación compasiva a que el consumo se realice de forma inmediata y en presencia del donante, al entender que sólo así se puede garantizar que no habrá riesgo de difusión, y además contempla el concepto de *"dosis terapéutica"*, que como hemos visto se trata de un grave error conceptual pues resulta una cantidad irrisoria si tenemos en cuenta que estamos ante abusadores de sustancias psicoactivas ilegales, en su mayoría adictos.

La doctrina de la excepcionalidad nos conduce a la negación de la atipicidad de las donaciones compasivas penitenciarias en casi todo supuesto contemplado, esta forma de proceder es rechazable, siendo preferible la otra línea jurisprudencial por ser más flexible y mucho más razonable, al considerar que la donación será típica si se realiza de forma dolosa para que el interno-adicto la difunda dentro de la prisión, en lugar de consumirla, considerando atípicas las conductas que tengan lugar en el ámbito del consumo[469].

[469] ALVAREZ GARCÍA, *El delito,* op. cit. p. 109.

Capítulo II

LA DOCTRINA DE LAS "DOSIS MINIMAS PSICOACTIVAS". LA ANTIJURIDICIDAD PENAL

1. La antijuridicidad penal en un Estado social y democrático de Derecho

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, el debate jurisprudencial en torno a la antijuridicidad penal ha cobrado especial intensidad en relación con la aplicación por los Tribunales del delito de tráfico de drogas. Por ello se considera oportuno aludir, si bien brevemente, a algunos aspectos relacionados con los caracteres que debería reunir una concepción dogmática de la antijuridicidad penal para que pudiera resultar compatible con un Estado democrático.

En un Estado social y democrático de Derecho la antijuridicidad perteneciente al ámbito penal exige la concurrencia de una serie de elementos generales que se derivan, precisamente, de los principios fundamentales del Derecho penal inherentes a esta forma de Estado. En primer lugar, la antijuridicidad penal supondrá la realización de un tipo penal determinado, sin que exista una causa de justificación en concreto que anule el comportamiento antijurídico. Por tanto sólo serán hechos antijurídicos aquellos que realicen un comportamiento descrito como típico por la norma penal. La exigencia de tipicidad penal es una exigencia del Estado de Derecho que se vincula al principio de legalidad penal[470].

[470] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2009, pp. 148.

En cuanto al aspecto formal y material del principio de legalidad penal, el primero, requiere que los delitos y las penas se encuentren recogidos en una ley anterior al comportamiento delictivo, el segundo, que la ley determine con suficiente precisión los límites de los comportamientos típicos y las penas que llevan aparejadas. Este último aspecto material del principio de legalidad, obliga por tanto, a la *"determinación de la ley penal"*. En consecuencia un Derecho penal que no definiese con precisión las conductas típicas, y en su lugar, acudiese a *"clausulas generales"* no respetaría la exigencia de determinación a la que viene obligado el legislador en virtud del principio de legalidad[471].

En segundo lugar, la antijuridicidad penal en un Estado de Derecho exigirá que el comportamiento considerado como típico afecte de forma relevante a un bien jurídico-penal, en el sentido de lesionarlo o, al menos, ponerlo en peligro. Y como tercer requisito de la antijuridicidad penal será la ausencia de causas de justificación[472] que invaliden el comportamiento típico y antijurídico[473].

En los siguientes apartados se expondrán algunas cuestiones relativas a esta doble vertiente en que se divide de la antijuridicidad penal, así como

[471] MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit. p. 149, pone de manifiesto que, desde la perspectiva del Estado de Derecho, resulte censurable que el legislador utilice en la redacción de los tipos penales *"términos excesivamente vagos o clausulas generales, salvo que resulte absolutamente inevitable"*. En este sentido, en la descripción típica del artículo 368 del CP está recogida la expresión *"o de otro modo"*, otros ejemplos de clausulas abiertas están presentes en la regulación penal del delito de tráfico de drogas como la *"notoria importancia"* (art. 369.1. 6ª) o *"extrema gravedad"* (art. 370. 3º).
[472] En virtud de lo establecido en el artículo 20 del CP, son causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.
[473] MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit. p. 150. En relación a las causas de justificación, DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general*, 2009, p. 229, afirma que se trata de verificar que si el injusto penal en concreto es o no neutralizado por otras consideraciones valorativas procedentes de un ámbito más genérico, llamadas causas de justificación, que aportan un conjunto de valoraciones positivas, que eventualmente pueden llegar a neutralizar las negativas consideradas en el injusto típico. Si la causa de justificación no concurre no se produce la neutralización y la conducta pasa a ser ilícita definitivamente.

al contenido de ésta y sus consecuencias, todo ello en el contexto propio de un Estado social y democrático de Derecho.

1.1. Antijuridicidad formal y material

Históricamente[474], según la formulación clásica de la doctrina dualista de la antijuridicidad[475], esta reprobación jurídica que recae sobre el acto contrario a la norma penal ha de ser doble: Que sea formalmente contrario al Derecho positivo, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el legislador *("antijuridicidad formal")* y que se produzca una determinada afectación del bien jurídico-penal protegido por la norma, es decir, que lesione o ponga en peligro a éste *("antijuridicidad material").* Por tanto, el fundamento material de la antijuridicidad material estará

[474] El concepto de antijuridicidad y su relación con la tipicidad ha experimentado una evolución histórica que se expondrá muy brevemente siguiendo a MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit. pp. 152-154, a finales del siglo XIX y de comienzos del XX surge el ***positivismo***, que tratando de imitar las ciencias de la naturaleza, describe a la antijuridicidad como un proceso causal, de ahí la concepción del contenido material de la antijuridicidad como causación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Posteriormente ***la metodología neokantiana*** concibió la antijujridicidad como un juicio de desvalor sobre el hecho pero sin abandonar la perspectiva objetivista del positivismo y, por tanto, considerando la acción como causal. No obstante tal concepción obligó a admitir que, en ocasiones, pueden existir elementos subjetivos sin los cuales el hecho no puede ser desvalorado, y así surgieron los "*elementos subjetivos del tipo*". La aceptación de elementos subjetivos resultaba contradictorio con el carácter objetivo del injusto propio de esta concepción. Además no resultaba coherente con la naturaleza valorativa de la antijuridicidad, que ésta no exigiera ni dolo ni culpa pues parece que no es posible desvalorar un mero proceso causal sin exigencia de culpabilidad. Por último, el ***finalismo de Welzel***, supuso un giro metodológico relevante, al establecer que tanto la ley como la construcción dogmática del delito deben partir del concepto de acción final, lo que supone que la causación del resultado o la puesta en peligro del bien jurídico-penal. Solo será relevante en cuanto obra de una conducta final, es decir, dentro del desvalor de la acción. En consecuencia el dolo se considera componente esencial del injusto, y no de la culpabilidad.

[475] La doctrina dualista u objetiva de la antijuridicidad, que considera tanto al desvalor de la acción (antijuridicidad formal) como al desvalor del resultado (antijuridicidad material) como elementos constitutivos del injusto penal, surgió en contraposición a la doctrina monista o subjetiva que se caracteriza por la consideración de que es suficiente con la presencia del desvalor de la acción para que quede constituido completamente el injusto penal, al considerar que en ámbito de la antijuridicidad lo que la norma penal prohíbe son una serie de comportamientos (acciones u omisiones), y no las causaciones de resultados, en consecuencia destaca que el desvalor de la acción resulte por sí solo suficiente para fundamentar el injusto penal. De esta forma se expulsa al desvalor del resultado del contexto de la antijuridicidad, desplazándolo al ámbito de la punibilidad como condición objetiva de la misma. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1983, pp. 25-35. En el mismo sentido de considerar que el desvalor del resultado también configura el injusto penal vid. DEMETRIO CRESPO, *Lecciones*,op. cit. p. 31.

constituido por la idea de dañosidad o nocividad social de la acción que ha resultado contraria a la norma[476].

En consecuencia, la antijuridicidad formal es una relación que se produce entre la acción o conducta y el Derecho, en concreto se trata de un comportamiento que resulta contrario al ordenamiento jurídico. Es decir, la acción es formalmente antijurídica, y por tanto es prohibida y desvalorada por las normas jurídicas, cuando es contraria a éstas. No obstante, con este concepto formal aún se desconocen cuáles son las razones materiales por las que un comportamiento se declara contrario al Derecho positivo. Para ese fin entra en acción la antijuridicidad material, que supone la exigencia de que exista un componente material de antijuridicidad en todo comportamiento delictivo, lo que se traduce en un límite al ius puniendi del Estado[477].

En relación al delito de tráfico de drogas resultará fundamental este aspecto material de la antijuridicidad, pues se vincula a la idea de lesividad

[476] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho*, op. cit. p. 174, también en ese sentido FLORES MENDOZA, *Derecho penal. Parte General*, 2013, p. 199-200, matiza que la realización de la conducta típica con la consiguiente lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal no es suficiente para afirmar la existencia de un delito, pues para que ese injusto penal sea considerado delito es preciso además que sea contrario a todo el ordenamiento jurídico. Es decir, que la conducta solo será antijurídica e ilícita si del análisis del ordenamiento en su conjunto se comprueba que no concurre una causa permisiva o una autorización para la realización de la conducta en concreto en la situación determinada. También en relación a las causas de justificación, DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general*, 2009, p. 229, afirma que se trata de verificar que si el injusto penal en concreto es o no neutralizado por otras consideraciones valorativas procedentes de un ámbito más genérico, llamadas causas de justificación, que aportan un conjunto de valoraciones positivas, que eventualmente pueden llegar a neutralizar las negativas consideradas en el injusto típico. Si la causa de justificación no concurre no se produce la neutralización y la conducta pasa a ser ilícita definitivamente. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 2009, pp. 150 y siguientes.

[477] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2012, p. 174. En ese sentido, DEMETRIO CRESPO, *Lecciones de Derecho penal. Teoría del delito*, 2011, p. 30, explica que: "*…la consideración antijurídica de un hecho atendiendo a la relación de contradicción del mismo con el Derecho penal (antijuridicidad formal), todavía no da respuesta a la ulterior pregunta acerca de qué caracteriza a este hecho para que el Derecho penal desvalorarlo. La pregunta por el contenido del injusto se resuelve, pues, en sede de antijuridicidad material siendo la opinión unánime que esta se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado), como consecuencia de un comportamiento guiado por la voluntad de modo doloso o imprudente (desvalor de la acción).*"

o dañosidad necesaria que debe conllevar el establecimiento de cualquier comportamiento típico y por tanto punible, y más concretamente, en las conductas consistentes en la transmisión de drogas en pequeñas cantidades, como se pondrá de manifiesto en el epígrafe siguiente correspondiente a la doctrina jurisprudencial de la dosis mínima psicoactiva.

En opinión de LUZÓN PEÑA, esta definición clásica de la antijuridicidad penal resultaba incompleta por varias razones:

a) En primer lugar, porque responde a una concepción objetivista o dualista de la antijuridicidad ya superada, pues olvidaba en su formulación que el aspecto material de la antijuridicidad no puede existir si no se da la antijuridicidad formal, es decir, si no se produce el desvalor de la acción. Por tanto será necesario determinar que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal resulten *"reprobables"* jurídicamente.

b) En segundo lugar, no habrá antijuridicidad cuando concurran causas de justificación del resultado pues, en esos casos concretos, se levanta momentáneamente la protección que recae sobre el bien jurídico-penal por razones materiales de ponderación de intereses jurídicos.

c) Por último, la conducta o comportamiento del sujeto activo del delito no ataca sólo al bien jurídico-penal protegido, en el sentido de lesionarlo o ponerlo en peligro, sino que se dirige contra el mismo orden jurídico. Por tanto, la antijuridicidad material es posible definirla como lesión o puesta en peligro reprobable y grave de un bien jurídico-penal

protegido en concreto que supone una afectación tanto de éste como del propio Derecho[478].

En cuanto a las posibles interrelaciones que pueden existir entre ambos se plantea la cuestión de que si al diferenciar entre antijuridicidad formal y material estamos aludiendo a dos conceptos distintos y autónomos de antijuridicidad (como establece la *tesis de la independencia*), o en cambio a dos aspectos de un mismo concepto (como dice la *tesis de la correspondencia*), siendo unitario el concepto[479].

Según la *tesis de la independencia*, que es aquella que entiende que existe plena independencia del concepto material respecto del formal, se trataría de un concepto sociológico en el que se evalúa la lesividad social del hecho al margen del derecho positivo. Según esta teoría la antijuridicidad formal y material pueden coincidir en sus contenidos, pero también divergen, siendo posible que un hecho formalmente antijurídico no lo sea materialmente y viceversa. En cambio, para la *tesis de la correspondencia*, la antijuridicidad se refiere siempre a la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico, siendo la antijuridicidad un concepto principalmente jurídico. Las fuentes formales que determinan la contrariedad a Derecho, sean cuales sean, son al mismo tiempo el exponente material del desvalor del hecho en el ordenamiento jurídico. Si bien la correspondencia entre antijuridicidad formal y material no

[478] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho*, op. cit. pp. 174-175.
[479] MOLINA FERNANDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema de delito*, 2001, p.45. En este sentido, pone de manifiesto ESPINOSA CEBALLOS, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2015, p. 133, que, partiendo de una concepción tripartita del delito, existen tres grandes categorías conceptuales independientes: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Una vez confirmada la tipicidad de la conducta, será necesario comprobar si tal comportamiento típico es, además, contrario a Derecho, es decir, antijurídico. Si bien, en algunas ocasiones puede suceder que el comportamiento típico no sea contrario al Derecho porque el ordenamiento jurídico dota al sujeto activo de *"licencias o autorizaciones"* para lesionar bienes jurídicos, denominadas *"causas de justificación"*.

condiciona la respuesta que se haya de dar al carácter absoluto o relativo de la antijuridicidad[480].

Según este criterio, entre antijuridicidad formal y material existe una plena correspondencia, es decir, todo hecho formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito, mediante esta distinción se examina el mismo hecho antijurídico desde dos perspectivas distintas: por un lado como conducta contraria al ordenamiento jurídico y, por otro, el acto jurídicamente desvalorado por su contenido[481].

En opinión de COBO DEL ROSAL, el aspecto formal y material de la antijuridicidad son inseparables pues para calificar un comportamiento de antijurídico será preciso que reúna los caracteres descritos en el precepto. Se exigirá, igualmente, que se realice, al mismo tiempo, el injusto tipificado en él, por lo que se podría hablar de antijuridicidad sin más calificativos pues ésta es, en definitiva, una sola. Además, la antijuridicidad puede ser concebida, objetivamente, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, o subjetivamente como voluntad contraria a la norma jurídica. Cuando se alude a la antijuridicidad objetiva o subjetiva se hace referencia al fundamento del juicio de desvalor, y no a su objeto. Si bien, no toda lesión o puesta en peligro (desvalor del resultado) es antijurídica, sino únicamente aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción)[482].

[480] MOLINA FERNANDEZ, *Antijuridicidad penal*, op. cit. p. 58.
[481] *Idem*, p. 56. En este sentido, indica COBO DEL ROSAL, *Sinopsis de Derecho penal. Parte general*, 2011, p. 98, que por antijuridicidad formal se entiende la contradicción del hecho con la Ley, y por antijuridicidad material, su lesividad social. Si bien, no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) es antijurídica, sino sólo aquella derivada de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico.
[482] COBO DEL ROSAL, *Sinopsis de Derecho Penal. Parte general*, 2011, p. 98.

1.2. El contenido de la antijuridicidad penal

Como ya se ha puesto de manifiesto, en un Estado social y democrático de Derecho, y derivado del principio de legalidad, la antijuridicidad penal requiere siempre de la tipicidad penal. De hecho, los distintos tipos penales parten en general de la descripción de comportamientos que consisten en lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales en cumplimiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos). Además el comportamiento típico se debe caracterizar por la causación de resultados caracterizados de especialmente graves y/o peligrosos, en virtud del principio de *ultima ratio,* y que no concurra un interés prevalente que los justifique (causas de justificación)[483].

Se ha intentado por la Doctrina científica delimitar el contenido de la antijuridicidad desde diversos puntos de vista y tratando de engarzar esta distinción en una coherente sistematización de los elementos del delito. Se plantea la distinción entre antijuridicidad formal y material desde el prisma de lo que se denomina *"la concepción significativa del delito"*. La antijuridicidad material se correspondería con la *"pretensión de ofensividad"*, que sería una pretensión de relevancia: únicamente son relevantes para el Derecho penal las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídico-penales protegidos, incardinando esta pretensión de relevancia en la antijuridicidad material u ofensividad quedaría vinculada a la concurrencia de un tipo determinado de acción. En cambio la antijuridicidad formal se incluye en una *"pretensión de ilicitud"*, siendo necesario acreditar que la acción consiste en una realización de lo prohibido, o en una no realización de un mandato, según el tipo de acción,

[483] MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit. pp. 157-158.

debiéndose comprobar que la intención que guiaba ejecutar una acción ofensiva para un bien jurídico determinado no se ajusta al ordenamiento jurídico[484].

La concepción significativa del delito nos conduce a una diferenciación de los supuestos en los que concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad material de aquellos otros en los que concurre una causa de exclusión de la antijuridicidad formal. En el primer caso, se englobarían en la pretensión de relevancia, faltando ya el tipo de acción, en la medida que la antijuridicidad material se revela como la dimensión valorativa del tipo de acción. En cambio, las causas de exclusión de la antijuridicidad formal se rigen por una pretensión de validez de la norma distinta, la pretensión de ilicitud[485].

En opinión de MIR PUIG la tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal, sino que es uno de sus requisitos, si bien el requisito de la tipicidad no es suficiente para la consideración de la antijuridicidad que requiere además la no concurrencia de causas de de justificación. El tipo describe el comportamiento penalmente relevante como presupuesto de la antijuridicidad penal, tal relevancia supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal imputable a una conducta generadora de un riesgo típicamente relevante[486].

[484] MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *El contenido de la antijuridicidad*, 2013, pp. 19-21, al incluir ambas clases de antijuridicidad en pretensiones de validez de la norma diferentes, supone una novedad frente a las tesis dominantes actuales en la doctrina, que, de forma inadecuada, conciben la antijuridicidad como una especie objeto unitario sin distinción del aspecto material u ofensividad al bien jurídico y el formal o ilicitud, que, en su opinión, son aspectos completamente diferentes.
[485] MARTÍNEZ BUJÁN, *El contenido*, op. cit. pp. 48-49.
[486] MIR PUIG, *Derecho penal*, op. cit. p. 158.

Si relacionamos el contenido de la antijuridicidad material con el conocimiento que pueda tener el sujeto activo de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos cuando realiza la conducta típica, observamos, que se demanda la necesidad de que éste sea consciente de que su conducta es contraria a la norma jurídica, al exigirse la voluntariedad como elemento de toda conducta. Si bien el Tribunal Supremo ha declarado, en ocasiones y para determinados tipos de delitos, que resulta irrelevante la representación del sujeto que, con la finalidad de no lesionar un bien jurídico-penal (faltando, por tanto, la conciencia de la antijuridicidad material) actuó de modo contrario a la norma al no seguir su contenido formal descrito típicamente[487].

Por tanto, es necesario distinguir, en primer lugar, aquellos supuestos en los que una determinada conducta es antijurídica desde un punto de vista formal sin que sea posible asociarle injusto material alguno. Y, en segundo lugar, el caso inverso, es decir, la realización de una acción no prohibida por la ley pero que supone una grave lesión de bienes

[487] CÓRDOBA RODA, *Contenido del conocimiento de la antijuridicidad*. 2013, pp. 108-110. En relación al conocimiento del autor del delito de la ilicitud de su actuar, argumenta CUESTA AGUADO, *Conocimiento de la ilicitud* 2007, pp.131-132, que desde el punto de vista de las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo, se establece que el conocimiento normativo ha de estar presente cuando se produce la decisión personal de llevar a cabo un comportamiento contrario a una norma penal, en ese momento, la mente humana activa mediante imágenes todos los recuerdos, experiencias y emociones necesarias en un conocimiento que debe incluir conocer que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y lleva aparejada una consecuencia en forma de sanción/pena. Para que este conocimiento incida efectivamente en la decisión adoptada se ha de tener un conocimiento actual y activado de ambos aspectos: la antijuridicidad de su conducta y el tipo de sanción que acarrea. Siendo una de las finalidades de la sanción/pena incidir en el proceso de aprendizaje como un marcador somático negativo que actúa de forma preventiva en el momento de la toma de decisión del comportamiento contrario a la norma, siendo ésta, siempre y cuando se encuentre bien interiorizada, la que incidirá de forma automática como una razón para la acción de primer orden, reforzada por el sentimiento/conocimiento de la consecuencia jurídica del delito. Relacionando lo aquí expuesto con el delito de tráfico de drogas, y en relación al error de prohibición vid. Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto de la STS 484/2015, de 7 de septiembre, y en especial el Voto particular formulado en ese sentido, al que se hará referencia en el epígrafe correspondiente al consumo compartido.

sociales. En todo ordenamiento jurídico existen una serie de conductas delictivas a las que no corresponde un injusto material[488].

En cuanto a la relación existente entre la antijuridicidad y el tipo penal, sostiene ROXIN, que el tipo abarca todas las circunstancias decisivas para determinar el injusto penal, pero no la antijuridicidad, ésta es una necesaria consecuencia, pero no un elemento de la realización del tipo penal. Existen los llamados *"elementos del deber jurídico"*, que vienen a ser circunstancias comprensivas de la antijuridicidad, que se englobarían en la antijuridicidad formal, siendo su cometido fundamentar o excluir lo injusto[489].

En los elementos determinantes de lo injusto se contienen las circunstancias objetivas que pertenecen sistemáticamente al tipo, y por tanto, el dolo quedará excluido si se desconocen éstas, pero en la medida en que ellos acentúan la antijuridicidad, únicamente resaltan la necesaria consecuencia de la acción típica y su desconocimiento deja intacto el dolo[490].

La exigencia de la antijuridicidad material para confirmar la existencia del injusto penal, que se deriva del principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, debería conducir a una consecuencia práctica que sería: cuando una conducta resulte típica a tenor de la literalidad del precepto, pero no suponga lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales protegidos por el Derecho penal se debería exigir la eliminación de la misma. La exigencia de afectación relevante de un bien

[488] CÓRDOBA RODA, *Contenido*, op. cit. p.103.
[489] ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, 2014. p. 299.
[490] ROXIN, *Teoría*, op. cit. pp. 299-300.

jurídico-penal concreto que supone la consideración de la antijuridicidad material debería impedir la existencia en el ordenamiento jurídico de los llamados "*delitos formales*" o "*de mera desobediencia*", que se configuran como ilícitos penales sin que exista ataque a ningún bien jurídico[491]. Como sucede por ejemplo en el delito de tráfico de drogas tipificado en el art. 368 del CP, pues este tipo de atipicidad es contemplada por el juzgador mediante una interpretación teleológica restrictiva del tipo penal, como se puso de manifiesto en el Capítulo I de esta Parte II.

2. La doctrina de la "dosis mínimas psicoactiva"

2.1. Fundamento

Por "*dosis mínima psicoactiva*" se entiende la dosis mínima que provoca en el sujeto ciertas reacciones psicosomáticas tras su ingesta, es decir. Se trata, simplemente, de la dosis necesaria para causar alguna alteración apreciable sobre el cuerpo humano, con total independencia de su idoneidad para satisfacer las necesidades psicoactivas del usuario. En cambio, la llamada "*dosis de abuso habitual*" es la utilizada en cada toma por el sujeto para satisfacer sus propias necesidades de consumo, y que permite obtener una media más o menos razonable sobre unos mínimos y máximos, cuya oscilación depende de diversos factores: peso corporal,

[491] LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho*, op. cit. pp. 175-176. En este sentido, PAREDES CASTAÑON, *La justificación de las leyes penales*, 2013, pp. 210-211, pone de manifiesto que las prohibiciones derivadas de la intervención paternalista del Estado tienen como finalidad decidir en lugar del sujeto qué es lo que más le conviene, constituyendo el máximo de interferencia estatal en la autonomía del individuo. Por ello, este tipo de prohibiciones puede llegar a producir efectos colaterales indeseables desde la perspectiva del principio moral de autonomía, sobre todo cuando el daño tenga por victima al propio agente: en este caso, será preciso comparar la entidad del daño y la entidad de la afectación a la autonomía, de forma que los daños menos intensos a los estados de cosas valiosos no justificarán la prohibición de la acción dañosa, porque, desde el punto de vista moral, resulta preferible proteger la autonomía del individuo.

estado de salud, frecuencia y habituación. Todos ellos dentro de unos parámetros obtenidos de la praxis[492].

Con la finalidad de tratar de resolver la cuestión de cuál sería la cantidad necesaria de principio psicoactivo que debe estar presente en una sustancia prohibida, para que se considere que tiene capacidad para afectar de forma relevante al bien jurídico-penal salud pública, surgió la llamada doctrina jurisprudencial de las *dosis mínimas psicoactivas*. De esta forma se trataba de paliar la inseguridad jurídica existente en el TS en torno a la difusión de sustancias psicoactivas prohibidas en pequeñas cantidades pues coexistían en el TS dos líneas jurisprudenciales diametralmente opuestas, como se analizará a continuación.

2.2. Evolución jurisprudencial en el tratamiento de la dosis mínima psicoactiva

Por un lado, un sector jurisprudencial mantenía la postura de que, ante el conflicto entre antijuridicidad formal y material se resolvía a favor de esta segunda. Es decir si bien el acto era formalmente típico, éste no ponía en peligro el bien jurídico protegido, dada su escasa o nula dañosidad social, y por tanto no podía ser castigado, por la insignificancia o nimiedad

[492] A modo de ejemplo, el informe del Instituto Nacional de Toxicología determinó para la heroína, la dosis mínima psicoactiva entre 0,66 mg y 1 mg (sin reducir a pureza) y la dosis de abuso habitual entre 25 mg y 75 mg (de reducción a pureza 100%), SEQUEROS SAZATORNIL, *"En torno a la conveniencia de reconsiderar la idoneidad de la llamada dosis mínima psicoactiva como presupuesto del delito de tráfico de drogas"* en La Ley, 2005, p. 1807. En ese sentido, SEQUEROS SAZATORNIL, *"El principio de insignificancia y su relevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del injusto de bagatela"*, en la Ley número 5927, 2004, p. 1568, argumenta que: *"… el acto de transmisión de la sustancia, objetivamente considerado, mientras siga ostentando aquellas propiedades tóxicas, en definitiva: capacidad para modificar una o varias de las funciones del organismo una vez introducida en este por cualquier vía encajará dentro del ámbito del precepto, del que sólo podrá ser erradicado si concurre en la conducta alguna causa de justificación,…"*

de principio psicoactivo presente en la sustancia prohibida incautada, sosteniendo, en consecuencia la atipicidad de la conducta[493].

En cambio otra corriente jurisprudencial también del TS sostenía una posición radicalmente opuesta, considerando que, por mínima o insignificante que sea la cantidad de sustancia prohibida incautada, la conducta resulta típica y por lo tanto punible. De esta manera, la STS 901/2003, de 21 de junio, consideraba que *"La teoría de la antijuridicidad material no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni de desplazamiento de la antijurudicidad formal"*. Según este criterio, el bien jurídico-penal protegido por el legislador con la formulación típica del art. 368 del CP es la difusión de drogas. Además, la antijuridicidad material no exige que la lesión del bien jurídico sea importante, y tratándose de un delito grave no cabe excluir la tipicidad[494].

---

[493] Entre las primeras sentencias que abogaban por entender la atipicidad de la venta de cantidades mínimas, ***antes del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de enero de 2003***, cabe destacar: STS 1889/2000, de 11 de noviembre, que sostenía la atipicidad en base a que la cantidad de droga trasmitida es tan mínima que carece de incidencia alguna en caso de ingesta por una persona, y en consecuencia, no existe peligro alguno para el bien jurídico-penal protegido salud humana. Entre las sentencias que alcanzan una solución idéntica vid. STS 1580/1994, de 12 de diciembre; STS 772/1996, de 28 de octubre; STS 33/1997, de 22 de octubre; STS 557/2002, de 15 de marzo; STS 1716/2002, de 27 de octubre. ***Posteriormente, tras el intento de solución adoptado por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de enero de 2003***, las resoluciones adoptadas por TS seguían manteniendo los mismos argumentos para declarar la atipicidad de la conducta, en este sentido la STS 358/2003, de 16 de junio, sostenía que: *"cuando por la mínima cantidad de la droga trasmitida, atendiendo el peso de la misma y su pureza , no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que consumen , por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece"*, en la misma línea argumental vid. STS 1621/2003, de 10 de febrero; STS 154/2004, de 13 de febrero; 195/2004, de 16 de febrero; 294/2004, de 10 de marzo; STS 253/2004, de 11 de marzo; STS 588/2004, de 6 de mayo; y STS 619/2004, de 6 de mayo. En ese sentido afirman VALLE MUÑIZ y MORALES GARCIA, *Comentarios al nuevo CP*, 2005, p. 1899, que el TS venía manteniendo una singular doctrina sobre la afectación del bien jurídico-penal salud pública, según el cual, declaraba la atipicidad del tráfico de drogas en cantidades insignificantes. En consecuencia, el TS *"dibujada un nivel de riesgo permitido en el tipo del artículo 368 CP, por debajo del cual la conducta carecía de relevancia penal y no era posible efectuar un juicio de imputación de la* acción *desarrollada. Se excluían así del ámbito del artículo 368 CP ventas de drogas por debajo de determinadas cantidades, que no obstante estaban sometidas a variaciones interpretativas por el propio TS"*.

[494] En un sentido similar vid. STS 1515/2003, de 17 de noviembre; STS 1743/2003, de 22 de diciembre; y, especialmente, la STS 1699/2003, de 2 de enero, que condenaba por una cantidad de sustancia incluso por debajo de la dosis mínima psicoactiva, sin tan siquiera hacer referencia alguna a la pureza de la misma, y argumentando tal decisión en base al siguiente argumento: *"el bien jurídico se vio suficientemente afectado si tenemos en cuenta que existió droga…si se dejase impune esta clase de*

Consecuentemente, según este criterio, en estos casos no cabe dejar de aplicar la penalidad que dispone el Código Penal, y en caso de que se considere desproporcionada la sanción correspondiente, cabría la posibilidad de solicitar el indulto o exponer al Gobierno las razones por las que considera que dicha penalidad es excesiva, pero nunca dejar de imponerla, conforme a la sujeción a la ley que se proclama en el artículo 117 de la Constitución[495]. Como se puede observar, esta sentencia citada anteriormente dejaba bien claro que no iba a renunciar a la punición de conductas de tráfico de drogas en las que la sustancia transmitida sea mínima, siempre y cuando se alcancen los mínimos establecidos para cada sustancia prohibida, señalados por el Instituto Nacional de Toxicología.

En este mismo sentido, la STS 1935/2002, de 13 de octubre de 2003 señalaba que al encontrarnos ante un delito de peligro abstracto es posible sancionar penalmente conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico-penal, adelantando las barreras de protección sin necesidad de exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. En coherencia con el planteamiento anterior considera que la salud pública como bien jurídico-penal no coincide con la salud individual de quienes pueden verse

actividades de venta al menudeo, sería tanto como dejar abierto el grifo a través del cual se decanta, en último término, la mayor parte del tráfico de estupefacientes. Entenderlo así supondría desnaturalizar una de las características esenciales de este tipo delictivo, cual es la existencia de un peligro abstracto en la actividad de tráfico".
En un sentido parecido la STS 977/2003, de 4 de julio, también condenaba por la venta de una pequeña cantidad de droga. No obstante, en este caso no se niega la viabilidad del principio de insignificancia en su aplicación a este delito, sino que se considera que, por la *"absoluta nimiedad de la sustancia"* ésta resulta inocua.

[495] STS 1982/2004, de 28 de enero. En ese sentido STS 1663/2003, de 5 de diciembre, argumentaba, para condenar por la venta de una cantidad de *0, 190 gramos con una pureza del 11%* , que: *"…tratándose de un delito de peligro abstracto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas, alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc, y otras personas débiles o de menor resistencia la toxicidad…la posibilidad de un fraude de ley de los vendedores minoritarios, que realizan unas divisiones de las dosis…aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a neófitos en el consumo…"*

directamente afectados por el hecho, es decir, se refiere a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad. Según esta interpretación, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias tiene incidencias negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública[496].

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 24 de enero de 2003 trató de resolver este conflicto, solicitando informe al Instituto Nacional de Toxicología para que se establecieran unos mínimos exentos de toda afectación a la salud de las personas. Meses después se emitía el informe[497] requerido, donde se recogían datos sobre dosis mínima psicoactiva, dosis de abuso habitual y dosis de consumo diario estimado, referidos a 29 sustancias, agrupadas en 6 grupos. Una vez recibido este informe por el TS, éste se acoge únicamente al indicador de la dosis mínima psicoactiva[498] desechando otros dos criterios posibles, como eran *la dosis de abuso habitual* y la *dosis de consumo diario*, por el posible riesgo de que se utilizarán después para el acopio.

En consecuencia el concepto de mínimo psicoactivo fue definido, entre otras, en la STS 1982/2004, de 28 de enero, al establecer que: "*los mínimos psicoactivos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso*

[496] STS 1935/2002, de 13 de octubre de 2003, en esta sentencia se castigó con una pena de tres años de prisión, por la transmisión de 0'03312 gramos de heroína, señalando que*: "la venta ilícita ha de reputarse una conducta típica con independencia de la cantidad de sustancia trasmitida"*. Con argumentos similares, entre otras, STS 1515/2003, de 17 de noviembre, y STS 1743/2003, de 22 de diciembre.

[497] Informe del Servicio de Información Toxicológico del Instituto Nacional de Toxicología nº12691, de 22 de diciembre de 2003.

[498] Dosis mínimas psicoactivas de 6 sustancias: Heroína 0'66 mg/0'00066 gr., Cocaína 50 mg/0'05 gr, Hachís 10 mg/0'01 gr., LSD 20 mg/0'000005 gr., MDMA (Éxtasis) 20 mg/0'02 gr., y Morfina 2 mg/0'02 gr.

central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y que producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión".

En un principio, la opinión generalizada del TS era clara en el sentido de establecer que esos mínimos ofrecidos por el Instituto Nacional de Toxicología para cada sustancia, colmaban el tipo objetivo del delito. Por tanto, incidían tanto en la antijuridicidad formal como material pues se consideraba que tales mínimos ocasionan daño a la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado, graduando la pena el legislador penal en base a que la afectación sea grave o no[499]. De esta manera, la mayoría de las sentencias del TS, inmediatamente posteriores a este informe aplicaban la doctrina de la dosis mínima psicoactiva como límite entre lo típico y lo atípico, estableciendo la tipicidad del acto en base a que se alcanzara o no la cuantía exigida para cada sustancia como dosis mínima psicoactiva. Pero el problema siguió sin resolverse, y tal y como señalaba entonces MANJÓN-CABEZA OLMEDA *"la situación, lejos de estar cerrada y clara, está abierta y confusa"*[500].

No obstante, pasado un tiempo la Jurisprudencia del TS, siguió sin ser unánime al respecto, pues seguían coexistiendo dos posturas jurisprudenciales con diferentes criterios en torno a la tipicidad o atipicidad de este tipo de conductas de trasmisiones de pequeñas cantidades de droga:

[499] SANCHEZ MELGAR y otros, *Delitos contra la salud pública*, 2007, p. 41.
[500] MANJÓN-CABEZA OLMEDO, "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LVI, 2003, pp. 45-112.

a) Por un lado, ***unas resoluciones se pronunciaban a favor de la punibilidad***, aplicando la doctrina de la dosis mínima psicoactiva, en el sentido de declarar la tipicidad de la conducta en cuanto se alcanzasen tales mínimos psicoactivos. Esta doctrina del TS, únicamente consideraba la atipicidad en casos de conductas de tráfico que se limitan a supuestos en los que la *extrema desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada*, determina que carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal[501]. Es decir para aquellos casos en que la sustancia transmitida sea un producto inocuo, y por tanto, se declare la atipicidad por inexistencia del objeto material del delito[502].

b) En cambio otras resoluciones, ***declaraban la atipicidad de la conducta para casos de tráfico de drogas en cantidades mínimas***, tras la emisión del citado informe del Instituto Nacional de Toxicología, entre ellas cabe destacar la STS 943/2003, de 25 de junio, y la STS 1762/2003, de 30 de diciembre[503].

A título de ejemplo la STS 648/2004, de 21 de mayo, absuelve al acusado por la transmisión de una "*bolita de cocaína de peso neto de 0'12 gramos*", entendiendo que la cantidad de droga aprehendida es tan

[501] Entre las sentencias que aplican el Cuadro Resumen del Gabinete Técnico del TS condenando en consecuencia cabe señalar, entre otras, la STS 1663/2003, de 5 de diciembre; STS 521/2004, de 27 de abril; STS 569/2004, de 3 de mayo, y STS 1022/2004, de 24 de septiembre.

[502] STS 298/2004, de 12 de marzo. Considera esta sentencia que: " *el delito no es solo la desobediencia a la Ley sino el ataque al bien jurídico protegido, y por tanto, una acción que lesiona o pone en peligro a personas, bienes o instituciones con proyección en los delitos de peligro abstracto como ocurre en los delitos de tráfico de drogas"*. Como pone manifiesto, con acierto, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *El delito*, op. cit. p. 122, este "*sería más bien un caso de falta de objeto material y no de insignificancia del mismo"*.

[503] En el mismo sentido, y por todas ellas la STS 254/2004, de 26 de febrero, ofrece las tablas completas de las dosis psicoactivas. Relativas a la dosis mínima psicoactiva en la heroína, cabe destacar: STS 4/2004, de 14 de enero; STS 152/2004, de 11 de febrero; STS 221/2004, de 20 de febrero; STS 259/2004, de 20 de febrero; STS 366/2004; de 22 de marzo; STS 238/2004, de 27 de febrero.

insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, aún en casos de tráfico efectivo, la conducta carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico-penal protegido en el tipo. Se llega a esta conclusión por desconocimiento del porcentaje de principio activo presente en la cocaína, sólo se conocía que los 0'12 gramos ocupados *"contenían cocaína, paracetamol y cafeína"*, con lo cual se planteaba la duda de si tal sustancia alcanza o no ese tope mínimo establecido por el Instituto Nacional de Toxicología para la cocaína, por lo que aplicando el principio *"in dubio pro reo"* resolvía a favor del acusado[504].

Resulta significativo que la propia directora del Instituto, en ese momento, Doña Josefina Gómez, señalara que: *"Los baremos, elaborados a partir de un criterio estrictamente científico, nunca fueron establecidos para fijar condenas"*. Por primera vez en Europa, el Tribunal Supremo se basa en un informe para fijar que estas *"dosis mínimas psicoactivas"*, aunque nimias, resultan nocivas para la salud y, por tanto, su venta constituye un delito contra la salud pública. En contraposición, la directora del Instituto Nacional de Toxicología apuntó que la dosis mínima psicoactiva sólo indica la cantidad de una sustancia química, de origen natural o sintético, que tiene efectos en el organismo[505].

[504] En un sentido similar, la STS 1441/2000, de 22 de septiembre. Se establece en esta sentencia que la insignificancia determina la atipicidad por falta de objeto (0.03 g de heroína y 0.10 g de cocaína, sin poder concretarse la pureza).

[505] El periódico de Aragón de 22 de febrero de 2004, para la propia directora de Toxicología, hasta es posible que las dosis establecidas en el informe se obtuvieran por ensayos de laboratorio, o por extrapolación de pruebas en animales, señalando que "s*ería discutible que la dosis psicoactiva, por ser demasiado baja, pueda servir para establecer la penalidad"*. En ese sentido VALLE MUÑIZ y MORALES GARCIA, *Comentarios*, op. cit. p. 1990, que si bien con la doctrina de la dosis mínimas psicoactivas se alcanza una mayor seguridad jurídica, se produce también una mayor quiebra del principio de proporcionalidad y de una deficiente fijación del bien jurídico-penal. De esta forma, la plena identificación entre principio psicoactivo y salud pública equivoca la perspectiva porque no explica si, por debajo del efecto puramente psicoactivo, la sustancia tiene capacidad de afectación a la salud. Además se estaría reafirmando el criterio de insignificancia en el art. 368 CP, sólo que estableciendo límites cuantitativos psicoactivos, lo cual resultaría tan debatible como situarlo dentro de la afectación

De entre las sentencias del TS que comenzaron a aplicar de forma rigurosa la doctrina de la dosis mínima psicoactiva resultaban especialmente significativos los argumentos esgrimidos en la STS 298/2004, de 12 de marzo, pues trataba de distinguir entre los supuestos de *"donaciones compasivas"* y los relativos al tráfico o difusión de cantidades mínimas. Señalando que, en el primer caso se trata de donaciones a familiares y allegados adictos, que "*se limitan a cantidades mínimas y sin contraprestación"*, estimando que estos casos no son punibles por inadecuación de la acción para la creación de peligro para el bien jurídico-penal protegido, en este tipo de conductas "*se conjuga la nimiedad de la droga objeto de transmisión, con la concreción del destinatario, ya adicto, la falta de contraprestación y la finalidad compasiva de la entrega"*.

En cambio, continuaba argumentando la citada sentencia, que los supuestos de tráfico, es decir, "*la venta callejera e indiscriminada de pequeñas cantidades de droga en papelinas"*, son completamente diferentes, en estos casos, consideraba la sentencia, la conducta es plenamente típica aunque sean pequeñas las cantidades de droga transmitidas, siempre que se sobrepase el limite psicoactivo, (en muchas ocasiones se trataba de cantidades semejantes a las contempladas para declarar la atipicidad de la donación compasiva), pues "*en todo caso se está poniendo en peligro el bien jurídico protegido, la salud pública, ya que ni se controla el destinatario, ni se actúa por afán compasivo, ni se prescinde de toda contraprestación, sino que por el contrario se está contribuyendo a fomentar, indiscriminadamente y lucrativamente, el consumo de drogas,*

psicoactiva, pero limitado a criterios de baja afectación. También en ese sentido, acierta MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *El delito*, op. cit. p. 128, al resaltar que:*"No puede identificarse dosis que produce algún efecto en el organismo con dosis que resulta idónea para poner en peligro la salud pública, y esta identificación errónea es la que parece hacer el Tribunal Supremo"*.

siendo precisamente estos casos los contemplados por el Legislador al tipificar el delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto"[506].

Al informe relativo a los mínimos psicoactivos de cada sustancia emitido por el Instituto Nacional de Toxicología no se le puede atribuir la virtualidad decisoria de lo que debe y no debe ser delito, pues constituyen, simplemente, referencias aproximadas sobre la dañosidad que ejercen las sustancias psicoactivas en general sobre el organismo humano. Por tanto, las tablas que establecen los mínimos psicoactivos para cada sustancia *"constituyen una herramienta en la no siempre fácil labor judicial de deslindar las conductas típicas de las atípicas, que pueden prestar una valiosísima ayuda, sin erigirse en decisivas, a la hora de emitir un juicio de subsunción sobre las conductas que la variopinta realidad nos muestra"*[507].

Los porcentajes establecidos para cada sustancia psicoactiva como dosis mínima psicoactiva y que marcan la diferencia entre la tipicidad y la atipicidad son tan bajos que carecen de la aptitud necesaria para satisfacer las necesidades de un usuario habitual o crónico. Consecuentemente, resultará complicado que puedan poner en peligro la salud individual del usuario, y por tanto, aún será más complicado que llegue a afectar o a poner en peligro la salud de la colectividad[508]. Según este criterio, la posible tipicidad de la venta de droga en cantidades mínimas exigiría que superase la de abuso habitual o la dosis media activa, entre otras cosas, porque la intervención penal en la materia sólo puede empezar donde empieza el problema del abuso de las drogas. Por el contrario, la naturaleza de bien jurídico-penal colectivo, no individual, de la salud pública obliga a

[506] STS 298/2004, de 12 de marzo.
[507] SANCHEZ MELGAR, *Código Penal*, op. cit. pp. 2427-2428.
[508] SEQUEROS SAZATORNIL, "En torno a ", op. cit. p. 1807.

interpretar el tráfico de drogas como un tráfico-distribución y no como un tráfico-suministro individual[509].

La aplicación por los Tribunales de la doctrina de la dosis mínima psicoactiva, supone que todo acto de tráfico de droga es punible si alcanza la dosis psicoactiva establecida para cada sustancia. Por lo que, en todo proceso penal, resultaría fundamental controlar la existencia y calidad del dictamen toxicológico de la sustancia (grado de pureza, diferenciación de principios activos cuando se trate de mezclas, conservación de muestras, etc), dándose la posibilidad de proponer contrapericias[510]. Pues será, en definitiva, el contenido del informe toxicológico el que determine la punibilidad o no de la conducta en estos casos de trasmisión de cantidades mínimas de sustancias psicoactivas ilícitas[511].

No obstante, la inseguridad jurídica, producida por la coexistencia de criterios opuestos en la jurisprudencia del TS en relación al tratamiento de este tema, volvía a instalarse en la Sala Segunda del TS, y prueba de ello, es la formulación de Votos Particulares en las sentencias del Supremo relativas al tráfico de drogas en pequeñas cantidades. En este sentido cabe destacar la STS 982/2005, de 22 de julio, que casaba y anulaba una sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Vizcaya, por la *venta de 0'173 gramos de heroína con una pureza de 11'3%*, conforme al dictamen del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas[512].

[509] MANJÓN-CABEZA OLMEDO, "Tipicidad mínima en el delito del artículo 368 del CP. Cantidad de droga y atenuación. Crónica de una reforma anunciada", en Diario La Ley, 2007.
[510] URBANO CASTRILLO, "Matizaciones a la nueva doctrina sobre la punibilidad de las dosis psicoactivas" Actualidad Jurídica Aranzadi, 2004, p. 2.
[511] URBANO CASTRILLO, "Matizaciones", op. cit. p. 2.
[512] STS 982/2005, de 22 de julio.

Lo significativo de esta resolución judicial fue el Voto Particular formulado por MARTÍN PALLÍN, donde señalaba que la elusión del peligro son elementos no tan abstractos como parecen, la normativa aplicable se encuentra dentro del título relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, donde se encuentran bienes tan concretos como los incendios forestales, la seguridad del tráfico y la calidad de las sustancias alimenticias o farmacológicas que contemplan daños o perjuicios, no de manera absolutamente abstracta sino dentro de un contexto más limitado que la amplitud que se le quiere dar a la salud pública cuando se trata de la difusión de drogas tóxicas[513].

Continuaba el Magistrado argumentando, que el hecho es reiterativo y casi siempre con el mismo origen territorial y con la repetición, de *"situaciones idénticas con personajes activos y pasivos, que si bien pueden cambiar en su identidad pertenecen a un genero concreto de agentes de la autoridad de un cuerpo autonómico y normalmente como sujeto pasivo, un ciudadano extranjero, mayoritariamente de color negro"*. Ante la panorámica delictual que presenta una sociedad desarrollada e intercomunicada, con afectación de bienes jurídico-penales colectivos que pueden poner en peligro la estabilidad económica e incluso política de un gobierno, ha dedicado una abundante actividad a deliberar sobre aspectos no criminológicos o de dogmática penal, sino sobre resultados analíticos para determinar cuál es la dosis mínima que puede afectar a ese bien difuso que es la salud pública frente al innegable efecto destructivo del consumo de determinadas drogas.

[513] Voto particular de MARTIN PALLIN, STS 982/2005, de 22 de julio.

Resulta especialmente significativo cuando MARTIN PALLIN pone de manifiesto que: *"ante la disparidad de criterios se celebraron dos Sala Generales de 24 de enero de 2003 y 3 de febrero de 2005 que se decantaron por considerar delictiva la dosis tóxica frente a la dosis de abuso habitual. Decidida así la cuestión el marco punitivo lo fijan los laboratorios"* [514]. Ante esta disyuntiva parece que la decisión acerca de la tipicidad queda en manos del Instituto Toxicológico.

También tuvo relevancia, en este sentido, la STS 422/2004, de 26 de marzo, en la que el Magistrado ANDRÉS IBAÑEZ formuló Voto Particular apoyándose, básicamente, en los siguientes argumentos*: "en primer lugar, para calificar de droga tóxica o estupefaciente a una sustancia, hay que estar a su potencialidad nociva, que viene determinada por su propia esencia, en segundo lugar, el asunto no puede decidirse con ente grado de formalismo abstracto,…, sino la efectiva aptitud de un preparado químico para lesionar la salud pública, obviamente, a través de la causación de un daño valorable en la salud de un sujeto concreto, y en tercer lugar, no se puede estar únicamente al criterio clasificatorio de la inclusión en una determinada lista, pues,…, en una perspectiva de salud asumida en su dinámica complejidad, psicoactividad no equivale mecánicamente a toxicidad"*[515].

Como señala MANJÓN-CABEZA OLMEDA, el hecho que con idénticas cantidades de sustancias psicoactivas incautadas, se produzcan condenas y absoluciones, produce gran inseguridad jurídica. Además, vulnera el principio de igualdad, siendo necesario que el Tribunal Supremo resuelva con unidad de criterio el problema de la tipicidad de las ventas de

[514] Voto particular de MARTIN PALLIN, STS 982/2005, de 22 de julio.
[515] STS 422/2004, de 26 de marzo.

cantidades mínimas de sustancias psicoactivas ilegales. Para ello será necesario tener en cuenta que el bien jurídico-penal protegido por el delito, es decir, la salud pública. Asimismo se debería considerar la magnitud de las penas que se establecen para este delito, así como las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad[516].

Ante los insatisfactorios resultados de la aplicación del informe, el TS se volvió a reunir, acordando en el Pleno no Jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2005: *"Continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa"*. Parece que el TS ya mandaba un primer mensaje al legislador, en el sentido de la necesidad perentoria de una reforma legal en la materia que resolviera toda esta problemática.

Finalmente, un tercer Pleno no Jurisdiccional de 25 de octubre de 2005, acordaba lo siguiente: *"Se aprueba la propuesta redactada por el Magistrado de esta sala D. José Antonio Martín Pallín, al amparo del artículo 4.3 C.P. sobre la conveniencia de modificar la redacción actual del artículo 368 del mismo Texto Legal, añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que causan grave daño. Igualmente se aprueba como propuesta alternativa a la anterior la formulada por el también Magistrado de esta Sala D, Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de añadir un segundo párrafo al artículo 368 C.P. con el siguiente texto: no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán*

[516] MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, 2009, pp. 691-692.

imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hacen referencia en los artículos 369, 369 bis y 370 del C.P.”.

El Anteproyecto de modificación del texto penal de 2.006[517] recogió la segunda propuesta, que informada favorablemente por el CGPJ[518], establecía que: *“La atenuación facultativa ha venido siendo reclamada por sectores de la doctrina y de la propia jurisprudencia como medio necesario para evitar una reacción punitiva desproporcionada que se deriva del incremento progresivo de estas modalidades delictivas han experimentado en los últimos años…el estado de opinión favorable a una atemperación de la penas…llegó a cuajar en una propuesta expresa de reforma legal que la Sala de lo penal del Tribunal Supremo aprobó, …se acordó elevar al Gobierno una propuesta alternativa…nada hay que objetar a la reforma”*.

Prueba de que el problema seguía sin resolverse, a la espera de la citada reforma legislativa, es la STS 1110/2007, de 19 de diciembre, con un voto particular formulado por BACIGALUPO ZAPATER, siendo el Ponente de la misma MARTIN PALLIN. Se declara la absolución de la acusada, al considerar que una vez analizada y pesada la sustancia incautada, haciendo los cálculos correspondientes, se obtiene un producto activo de 0’2664 miligramos, lo que está por debajo del límite psicoactivo marcado por el Instituto Nacional de Toxicología. Señalando que en estos casos, el derecho penal se aparta para dejar paso a soluciones más

[517] Aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 24 de noviembre de 2006 y publicado en el BOCG el 15 de enero de 2007, nº119-1.
[518] Informado por CGPJ en fecha 3 de noviembre de 2006.

racionales que permitan y eviten la sanción como reproche moral o social. La función social del derecho penal nada tiene que aportar a las conductas que no lesionan el bien jurídico protegido.

Argumenta la sentencia que la antijuridicidad es el presupuesto de la culpabilidad y ésta de la punibilidad, de tal manera que si existiera una absoluta desproporción entre la culpabilidad y la pena, nos encontraríamos ante una conducta no punible y por tanto inexistente. Esto es lo que ha llevado a la doctrina a integrar el principio de proporcionalidad dentro del principio de legalidad, por lo que no cabe considerar que la acción típica antijurídica y culpable es ya, en sí misma, suficiente para construir la existencia de delito, ni siquiera en su fase embrionaria de la tentativa.

En cambio, BACIGALUPO en la formulación de su voto particular difiere del resto de Magistrados y señala que estamos en presencia de error al revés, caracterizado porque la acusada quiso vender droga a otro, es decir realizar el tipo, pero no lo logró por su error respecto del principio activo contenido en la sustancia psicoactiva trasmitida. Constituyendo, por tanto, un supuesto de tentativa en los términos del artículo 16 del CP y, por tanto deben ser sancionados con la pena correspondiente a la tentativa, dado que la acusada quiso vender cocaína al comprador y al entregar la droga daba comienzo a la ejecución del hecho, que sin embargo no llegó a consumarse porque la cantidad no alcanzaba el mínimo nivel psicoactivo establecido[519].

Ponía de manifiesto este Magistrado, en contraposición a lo expresado por el Ponente en la Sentencia, que nadie ha pretendido

[519] Voto particular de STS 1110/2007, de 19 de diciembre.

sancionar un hecho no punible por razones morales o sociales: la punibilidad de la tentativa está en la Ley penal. En definitiva, señalaba BACIGALUPO, que el mismo había defendido, de *lege ferenda* en diversas ocasiones, la necesidad de que la Ley penal contemple en el delito del art. 368 CP la posibilidad de una atenuación extraordinaria o inclusive una eximente para los supuestos de escasa relevancia y carentes de peligro, sin embargo de *lege data* ello no tiene fundamento[520].

Finalmente, el legislador penal recogió esta cláusula en el artículo 368.2 del CP que atenúa la responsabilidad penal en atención a la "*escasa entidad del hecho y las circunstancias del culpable"* con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995. De esta forma, es posible atenuar, en la actualidad, la penalidad para aquellos casos de difusión de pequeñas cantidades de sustancias psicoactivas prohibidas que resultan típicas por superar los mínimos psicoactivos establecidos.

Si bien supone dulcificar en algunos casos la aplicación del art. 368 del CP, esta solución no va a resolver por completo la situación de desconcierto reinante en los tribunales sobre el tema en cuestión. Sería preferible que el legislador introdujera una cláusula de exención de la responsabilidad criminal para aquellos supuestos de inexistencia de tipicidad por falta de objeto material o por ausencia de peligro para el bien jurídico, aunque en principio no sería necesario puesto que esta interpretación en exigible a todos los tipos penales.

[520] Voto particular de STS 1110/2007, de 19 de diciembre.

En la actualidad la jurisprudencia del TS sigue aplicando, de forma general, los criterios de la dosis mínima psicoactiva, en el sentido de que si la sustancia aprehendida supera los mínimos psicoactivos establecidos por el Instituto Nacional de Toxicología y recogidos en el Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2005, se declara la punibilidad de la conducta.

En este sentido, resulta especialmente significativa la STS 211/2015, de 14 de abril, que partiendo de una concepción funcional del Derecho penal moderno lo considera un instrumento "*especialmente útil para la sanción de conductas nocivas para la comunidad*", según este criterio, no debe quedar excluida la persecución de comportamientos que "*infringen frontalmente el bien jurídico, aunque sea de forma insignificante*". Por ello, si bien los parámetros cuantitativos oficiales pueden proporcionar ciertas pautas de certeza para la aproximación a la valoración de la lesividad del bien jurídico-penal salud pública, es preciso "*no aferrarse a una interpretación puramente cuantitativa que traicione criterios fundados de política criminal, por supuesto, conectados a la escala jerárquica de valores constitucionales*"[521].

En cualquier caso, continúa argumentando dicha resolución judicial que de igual forma que sucede en otros tipos penales en los que la jurisprudencia establece cuantías para facilitar la interpretación de algunos delitos, su aplicación no puede nunca ajustarse a una concepción

[521] STS 211/2015, de 14 de abril, pone de manifiesto esta sentencia que: "*…una asociación mecánica, acrítica y sin matices entre la escasa cuantía de la droga y la falta de antijuridicidad, podría chocar frontalmente, no ya con la expresada voluntad del legislador, sino con el necesario cumplimiento de compromisos y convenios internacionales que expresan la compartida voluntad de todos los Estados suscriptores de definir un marco jurídico de persecución del tráfico ilegal de drogas tóxicas*".

estrictamente objetiva, alejada de los principios que informan un Derecho penal *"construido sobre esquemas de culpabilidad"*[522].

Como se observa, la tendencia jurisprudencial mayoritaria actual en torno a la doctrina de la dosis mínima psicoactiva y al principio de insignificancia consiste fundamentalmente en considerar típica la conducta en aquellos casos que se desborden los mínimos psicoactivos fijados para cada sustancia. Cuando no se alcancen tales mínimos será posible declarar la atipicidad de la conducta por falta o inadecuación del objeto material del delito.

A pesar de los inconvenientes propios de la utilización de parámetros cuantitativos ya reconocidos por el propio el Acuerdo del Pleno del TS de 24 de enero de 2003 que los estableció. Se considera, por tanto, que tales mínimos psicoactivos suponen ya un grado de afectación en el sistema nerviosos central por contener unos mínimos de toxicidad que además pueden producir adicción. En consecuencia, para estimar aplicable la doctrina de la insignificancia será necesario que la sustancia aprehendida, *"por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal"* determinándose, en tal caso, la atipicidad por falta de objeto[523].

[522] STS 211/2015, de 14 de abril. En el mismo sentido se expresan: STS 603/2007, de 25 de junio; STS 103/2011, de 17 de febrero, al indicar: *"Conviene recordar, además, que la doctrina aplicada por el Tribunal de instancia ha de limitarse a supuestos de absoluta insignificancia que determinan la atipicidad por falta de objeto"*. En la misma línea interpretativa cabe citar, entre otras muchas: STS 24/2017, de 29 de enero; STS 1276/2009, de 21 de diciembre; STS 1168/2009, de 12 de noviembre; STS 182/2008, de 21 de abril; STS 299/2015, de 14 de mayo; STS 363/2015, de 8 de junio.

[523] STS 103/2011, de 17 de febrero. En el mismo sentido y declarando la atipicidad por falta de objeto material del delito, cabe destacar, entre otras, STS 1981/2002, de 20 de enero; STS 1515/2003, de 17 de noviembre; STS 543/2005, de 29 de abril; STS 1093/2005, de 26 de septiembre; STS 871/2005, de 1 de julio STS 116/2006, de 27 de enero; STS 1276/2009, de 21 de diciembre; STS 1168/2009, de 12 de

En los últimos años las sentencias del TS han matizado el empleo del término *insignificancia* por producir cierta inseguridad jurídica en la aplicación del precepto, por lo que se ha sustituido por el término *"toxicidad"*, de esta forma, se consideraran fuera de la órbita del Derecho penal la difusión de sustancias que por *"su falta de lesividad no entrañaran el riesgo abstracto de su trasmisión a personas"*, aplicando la doctrina de la atipicidad de forma *"excepcional y restrictiva"* solo en aquellos casos en que las características farmacológicas intrínsecas de la sustancia entregada determinan que ésta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que motivan la persecución de este ilícito penal[524].

La cuestión es relevante pues la importancia que adquiere el análisis pericial resultará determinante en la formación de la decisión judicial en torno a la tipicidad o atipicidad de estos supuestos. En los delitos contra la salud pública, la naturaleza, cantidad, y pureza de la sustancia psicoactiva aprehendida debe ser considerado como un elemento configurador fundamental del tipo penal, pues se trata del objeto material sobre el que recae el comportamiento típico. Por tanto, se trata de una prueba de cargo, y como tal, debe ser aportada por la acusación en el acto del juicio oral, siendo valorada conforme a los principios de contradicción e inmediación como derivación del derecho de defensa[525].

---

noviembre; STS 182/2008, de 21 de abril; STS 870/2008, de 16 de diciembre y STS 24/2014, de 29 de enero.

[524] STS 482/2014, de 10 de junio. Con ese mismo se argumento se expresan, entre otras, STS 602/2007, de 4 de julio; STS 936/2007, de 21 de noviembre; STS 1110/2007, de 4 de julio; STS 936/2007, de 21 de noviembre; STS 182/2008, de 21 de abril; STS 278/2009, de 18 de marzo; STS 273/2009, de 25 de marzo; STS 464/2009, de 28 de abril; STS 640/2009, de 10 de junio.

[525] MONTERO LA RUBIA, *Delitos contra*, op. cit. pp. 137-138, explica que conforme a la legitimidad de un proceso con las garantías debidas (artículo 24. 2 de la C.E) la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia debe desarrollarse en el juicio oral, así lo establece la propia doctrina del Tribunal Constitucional (elaborada a partir de su Sentencia 31/1981, de 28 de julio). En ese mismo sentido, RODRIGUEZ NUÑEZ, *Derecho penal*, op. cit. p. 547, puntualiza que la Instrucción

Para tratar de evitar que los laboratorios se colapsen por las continuas citaciones a los peritos, y en atención a las garantías técnicas y a la imparcialidad que ofrecen los laboratorios oficiales de los órganos del Ministerio de Sanidad y Consumo, se admite que sus informes periciales se acojan como pruebas válidas aunque no fueran ratificados en juicio oral por los peritos informantes, siempre y cuando no sean impugnados por las defensas. Ahora bien, lo deseable sería que existiera una adecuada organización de medios, así como disponer de personal suficiente en los laboratorios oficiales que permitieran la posibilidad de exigir la ratificación de los peritos en el juicio oral, evitando así el riesgo de desvalorizar la fase central del proceso penal[526].

En cuanto al margen de error que suelen contener los informes periciales de análisis de las sustancias psicoactivas, que se sitúa en un más/menos 5%, se establece que se debe interpretar a favor del reo[527]. No obstante, ese margen de error ha de referirse al porcentaje mismo de pureza resultante y no al total de la sustancias psicoactiva incautada, por tanto, habrá que reducir del tanto por ciento fijado pericialmente la cantidad resultante de multiplicar ese porcentaje por 0,05 (que se corresponde con el citado margen de error del 5%)[528].

7/2004 de la Fiscalía General del Estado estableció que los peritos autores de los informes sobre el análisis de las sustancias aprehendidas deben ser citados en el acto del juicio oral al efectos de la valoración de la prueba.

[526] MONTERO LA RUBIA, *Delitos contra*, op. cit. pp. 140-141, concreta, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la impugnación al informe pericial debe realizarse en el escrito de calificación provisional o antes de ese acto. En caso contrario, el informe adquiere el carácter de prueba, aceptada y consentida como tal de forma implícita. La impugnación resultará ineficaz si se realiza fuera de ese plazo por resulta extemporánea (STS 652/2001, de 16 de abril; STS 585/2003, de 16 de abril; STS 156/2003, de 10 de febrero).

[527] Así lo expresa, entre otras, la STS 413/2007, de 9 de mayo; STS 570/2005, de 4 de mayo; STS 993/2011, de 11 de octubre; STS 743/2014, de 17 de noviembre.

[528] En ese sentido la STS 666/2013, de 15 de julio establece que: "*Tal margen de error, rectamente entendido, se refiere al producto resultante, una vez aplicado el índice de pureza fijado pericialmente, opera sobre él y no sobre el porcentaje de la sustancia*". Reafirman tales pautas la STS 161/2010, de 25

También se plantea la cuestión de que en los supuestos en que se transmitan más de una dosis, o se posean éstas para su posterior difusión, han de sumarse el conjunto de todas ellas, tomando como referencia para el análisis realizado por el Instituto Nacional de Toxicología sobre la sustancia las distintas partidas de sustancia psicoactiva que ellas contengan. Como ejemplo la STS 365/2015, de 8 de junio, condena por la intervención de cuatro dosis, de las cuales solo constaba la pureza de tres de ellas y que, ninguna de ellas, consideradas de forma individual, alcanzaba el límite psicoactivo previsto para dicha sustancia. Sin embargo, según el criterio seguido por la citada resolución, se considera que *"la cuestión no tiene trascendencia en cuanto al fallo, porque, aunque no cabe contabilizar conjuntamente sustancias distintas, sí cabe hacerlo con las mismas, como lo viene manteniendo la jurisprudencia de esta Sala, que ha establecido que debe tenerse en cuenta la totalidad de la droga intervenida al imputado sin parcelaciones ni divisiones"*[529].

En la actualidad, una de las posibilidades de seguir castigando por debajo de la dosis mínima psicoactiva es la aplicación del art. 368.2 CP, pues el juzgador tiene la posibilidad de rebajar la pena en un grado *"en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable"*, en lugar de considerar atípica la conducta por inadecuación del objeto material del delito, al no llegar a alcanzar la dosis mínima psicoactiva. Según este criterio jurisprudencial, por tratarse de delitos graves no cabe excluir la tipicidad, considerando que un lejano peligro abstracto para el bien jurídico-penal puede ser ya suficiente para justificar

de febrero; STS 308/2013, de 26 de marzo; STS 136/2013, de 12 de febrero; STS 666/2013, de 15 de julio; y STS 211/2015, de 14 de abril, entre otras.

[529] STS 363/2015, de 8 de junio. Siguen la misma línea argumental , entre otras, las siguientes sentencias: STS 743/2014, de 17 de noviembre; STS de 21 de diciembre de 2009; STS de 11 de junio de 2012 y STS de 15 de julio de 2013.

la aplicación de una pena, es decir la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 19 de enero de 2004[530]. Con ello, se está produciendo el pernicioso efecto de atenuar comportamientos que podrían ser considerados como atípicos.

A pesar de la introducción de esta cláusula que atenúa la responsabilidad criminal, ha seguido existiendo inseguridad jurídica en este tema, pues nos encontramos con resoluciones judiciales que atenúen la responsabilidad penal en supuestos afines a los que antes de la posible reforma se declaraba la impunidad del hecho, todo ello deriva de la inexistencia de una cláusula de exención de la responsabilidad criminal para aquellos supuestos en los ya hay reiterada jurisprudencia que así lo declara.

El debate jurisprudencial continuará abierto, pues en los casos de tráfico de pequeñas cantidades resultará complicado distinguir entre aquellos hechos que son merecedores de atenuación de aquellos que puedan resultar impunes.

En conclusión, los parámetros ofrecidos por el Instituto Nacional de Toxicología como mínimos psicoactivos para cada sustancia no han resultado válidos para esclarecer la diferencia entre la atipicidad y la tipicidad en este tipo de supuestos, pues la determinación de una cuantía de principio psicoactivo que tiene influencia en el cuerpo humano depende de otros factores ajenos a las características intrínsecas de cada sustancia, como son, por ejemplo, las características propias del usuario de la

[530] Establece esta sentencia que: *"La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social,…"*.

sustancia. Es decir, un mismo mínimo psicoactivo no es aplicable a la generalidad de los sujetos. Una misma cantidad de principio psicoactivo desplegará diferentes efectos y reacciones en el usuario según se trate de un neófito en el consumo o de un usuario crónico.

Consecuentemente, aunque la jurisprudencia trate de proporcionar cierto rigor científico (por proceder de un organismo oficial como es el Instituto Nacional de Toxicología) al establecimiento de estos mínimos psicoactivos para decantarse entre la tipicidad o no tipicidad en el tráfico de drogas en pequeñas cantidades, en realidad, como han reconocido los propios profesionales del mismo, no es un criterio adecuado, desde un punto de vista toxicológico, para condenar o no a un sujeto determinado.

3. Conclusiones y toma de postura

El contenido de la antijuridicidad material debe ser un referente para el legislador, ejerciendo de límite al *ius puniendi* y siendo un elemento de critica de los distintos tipos penales, por lo que puede suceder que haya una no correspondencia entre ambas, es decir puede suceder que un acto sea típico, es decir formalmente contrario a la norma, pero en cambio no lesione ni ponga en peligro el bien jurídico protegido por ésta.

En cuanto a las teorías que interrelacionan el aspecto formal y material de la antijuridicidad, y en relación a su aplicación al delito de tráfico de drogas destacan que lo trascendente será determinar qué aspecto de la antijuridicidad (el formal o material) debe prevalecer en caso de colisión, es decir, cabría preguntarse qué sucede si un norma penal cumple con el requisito proporcionado por el aspecto formal de la antijuridicidad,

pero, en cambio no hay una afectación suficiente al bien jurídico-penal protegido. En mi opinión debería prevalecer siempre el aspecto material de la antijuridicidad penal, en el sentido de la prevalencia de la noción de lesividad o dañosidad del bien jurídico-penal aunque se trate de supuestos formalmente antijurídicos.

En cuanto al conflicto existente en la jurisprudencia del TS en torno a este tema, resulta especialmente significativa la STS 298/2004, de 12 de marzo, por representar un claro ejemplo del desconcierto existente en el TS en torno a la difusión de sustancias psicoactivas en cantidades mínimas, pues confunde el principio de insignificancia. Es decir, conductas que, aun siendo cierto que la acción cumple todos los requisitos del tipo, no se pone en peligro el bien jurídico-penal protegido por éste delito, por la escasa o nula dañosidad social que el objeto material del delito tiene para la salud pública con otro supuesto de ausencia de antijuridicidad material en el delito de tráfico de drogas como es el supuesto de donación de sustancias prohibidas a familiares adictos.

También especialmente significativa resulta la STS 211/2015, de 14 de abril, pues parece primero adscribirse a un Derecho penal moderno, guiado por una determinada política-criminal y caracterizado por la funcionalidad de la norma penal, como *"vehículo para la protección de valores y bienes jurídicos esenciales"*, para posteriormente conectar esta idea con *"la escala jerárquica de valores constitucionales"*.

Considero que los derechos individuales y las libertades públicas consagradas en la CE, junto al reconocimiento de muchos de los principios fundamentales del Derecho penal clásico como el principio de legalidad,

exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de proporcionalidad penal, última ratio, etc, en definitiva esos *"valores constitucionales"* aludidos en la citada sentencia resultarían incompatibles con la consideración de un Derecho penal moderno de corte funcionalista guiado por intereses de política-criminal en evitación de conductas meramente peligrosas de forma abstracta. Y en cambio considero que esos *"valores constitucionales"* son más propios de un Derecho penal de naturaleza garantista más acorde con un Estado social y democrático de Derecho.

Para calificar de droga a una sustancia hay que estar a sus características farmacológicas intrínsecas, y en la efectiva aptitud de ésta para la causación de una afectación valorable en la salud de un sujeto concreto, solo en este caso es cuando se podría determinar que existe una afectación para el bien jurídico-penal salud.

Es necesario poner de manifiesto que psicoactividad no equivale toxicidad, pero ambas coinciden en que dependen de una serie factores solo vinculables a un organismo humano, como serían constitución física del usuario, nivel de tolerancia a la sustancia, dosis de consumo medio del concreto sujeto, etc. Desde un punto de vista eminentemente farmacológico, resulta imposible determinar de forma genérica una serie de mínimos psicoactivos a las distintas sustancias psicoactivas, y que puedan se aplicables, de forma general, a todos los sujetos.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial de la dosis mínima psicoactiva, que consiste en la consideración de que siempre existirá un peligro para el bien jurídico-penal salud pública cuando se superen los límites cuantitativo psicoactivos de cada sustancia, no es más que tratar de dar apariencia

científica a algo que, en realidad no la tiene. En consecuencia, tales mínimos psicoactivos simplemente tratan de justificar la elevada punibilidad de conductas que no lesiona ni ponen en peligro el bien jurídico-penal salud de las personas, dada la escasez cuantitativa y/o cualitativa de la sustancia aprehendida, aún superando tales mínimos.

Con la sanción penal de comportamientos de trasmisión de pequeñas cantidades de sustancia psicoactiva se pone el acento punitivo en hechos que, aun consistiendo en un acto de difusión promoción a terceros carecen de relevancia jurídico-penal. En ocasiones, este tipo de comportamientos suceden en el contexto de usuarios crónicos que pretenden sufragarse su adicción, y aunque exista la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal por tal circunstancia, se consigue el efecto que criminalizar en cierto modo comportamientos más cercanos al ámbito de la atípica demanda y consuno que al ámbito de la oferta y difusión de drogas.

Por tanto, lo trascendente es la intención de política-criminal que hay detrás de la punición conductas de escasa relevancia penal, como las que se refieren a este tipo de supuesto de transmisión de pequeñas cantidades de droga.

El razonamiento seguido por este sector jurisprudencial de carácter más represivo resulta, en cierto modo, coherente con la actual regulación penal del delito de tráfico de drogas. El legislador ha dispuesto que éste tipo penal protege la salud pública como algo distinto a la salud individual, en consecuencia, tratándose de un bien jurídico-penal colectivo, su naturaleza jurídica es la de un delito de peligro abstracto. Partiendo de esas premisas, y atendiendo a la literalidad del precepto, cabe la posibilidad

punitiva ante cualquier acto de difusión o promoción de una droga ilegal pues será suficiente cualquier acto de promoción para cubrir el tipo penal, con independencia de que tal comportamiento no haya supuesto riesgo alguno para la salud de ninguna persona.

Lo que se sanciona penalmente es la mera difusión o circulación de sustancias psicoactivas tachadas de prohibidas. De ahí que sostengan que la antijuridicidad formal debe prevalecer e imponerse a la material en caso de conflicto. Según este razonamiento será intrascendente que la sustancia tenga aptitud para dañar la salud individual, pues lo que se protege, según su criterio, es la pública, un ente también difuso y abstracto del que resulta complicado establecer un criterio de dañosidad o lesividad.

Afortunadamente, y ante la actual regulación penal que se viene sufriendo en materia de tráfico de drogas, la otra corriente jurisprudencial que coexiste en el TS, con mucho mejor criterio, y conscientes de la crudeza punitiva del art. 368 del CP, y sus diversos supuestos agravados, optan por una interpretación teleológica del precepto. En consecuencia, estiman necesaria, al menos, una puesta en peligro relevante del bien jurídico-penal salud pública, pero entendida como la suma de todas las saludes individuales de la colectividad. Por tanto, será determinante la adecuación del objeto material para considerar si se pone en peligro la salud individual.

PARTE III

Capítulo I

ESTABLECIMIENTO DE LAS BASES FUNDAMENTALES SOBRE UNA ALTERNATIVA POLÍTICA-CRIMINAL EN EL TRATAMIENTO DE LAS SUSTANCIAS PSICOACTIVAS EN ESPAÑA

1. Manifiesto de 1989 del Grupo de Estudios de Política Criminal por una alternativa política de despenalización controlada de las sustancias psicoactivas en España

El Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC)[531], desde hace más de 25 años, se ha venido pronunciando sobre diversos temas de política-criminal relacionados, fundamentalmente, con el Derecho penal. Sus propuestas se basan en principios y valores inspirados en un punto de vista progresista del Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia, sus publicaciones (ya son más de 15 documentos publicados durante estos años) tratan de buscar, siempre desde una perspectiva pragmática, la mayor eficacia posible de las opciones político-criminales elegidas.

En diciembre de 1.989, el GEPC elaboró un Manifiesto que

[531] Disponible en: http://www.gepc.es/web/. El GEPC está formado por destacados juristas españoles, entre los que figuran catedráticos y profesores de Derecho penal, magistrados, jueces y fiscales, siendo, en la actualidad, 150 miembros

planteaba una alternativa a la política criminal sobre drogas[532], en el que se argumentaba acerca de las nefastas consecuencias, para la sociedad en general, de una política represiva penalmente en materia de consumo y tráfico de drogas. Pero además, planteaban una alternativa basada en una despenalización controlada de todas las sustancias psicoactivas, acompañada de acciones relevantes en la prevención de la demanda y la asistencia a los usuarios y/o abusadores de estas sustancias, instando a los poderes públicos a que abrieran un debate en la sociedad española para tratar el tema.

Así pues, desde hace ya algún tiempo, se vienen sosteniendo alternativas a las políticas actuales relativas a sustancias psicoactivas, principalmente por su ineficacia en la protección de la salud, y por la creación de problemas aún más graves provocados por el mantenimiento de la prohibición. La situación en la actualidad se ha agravado y estos problemas se han hecho cada vez mayores, por lo que la propuesta entonces elaborada tiene en la actualidad plena vigencia, resultando aún necesario un cambio de perspectiva en el tratamiento jurídico de las distintas sustancias psicoactivas.

Resulta significativo observar como el planteamiento de políticas alternativas en materia de tráfico de drogas basadas en una despenalización controlada y que parten de un enfoque eminentemente realista, como es la reducción de daños -es decir, de la evidencia de la inevitable disponibilidad de dichas sustancias en la sociedad y la consecuente necesidad de minimizar daños y riesgos asociados a su consumo- son vistas, por lo

[532] Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal (GEPC): Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas, 1989. DIEZ RIPOLLÉS, *"La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada"*, 1993, pp. 638 y ss.

general, como utópicas. Y en cambio, se ve con total realismo el mantenimiento de políticas basadas en la represión penal, a pesar de su contrastada ineficacia en la protección de la salud de la colectividad[533]. Además en este tema se produce una curiosa paradoja: los intereses de la sociedad en general, si como tales se entienden los coincidentes con la opinión pública mayoritaria, se oponen a una despenalización de todas las sustancias psicoactivas, y esto coincide puntualmente con el objetivo de los traficantes[534].

Y esto es así porque la sociedad en general está tan acostumbrada a convivir con la prohibición sobre determinadas sustancias psicoactivas que éstas han quedado ya estigmatizadas y demonizadas, lo que se traduce en que resulta fácil asociar el término *"droga"* con enfermedad, delincuencia, marginalidad, cárcel, muerte, decadencia, etc.

En el contexto prohibicionista, las drogas se consideran únicamente como sustancias muy dañinas que eliminan la voluntad humana, olvidando que también tienen la capacidad de producir un determinado bienestar a quien las consume, de ahí la demanda psicoactiva presente en la sociedad. En ocasiones, se olvida que también este tipo de sustancias tienen propiedades para aliviar el dolor tanto físico como mental, o para subsanar carencias físicas o psíquicas. Se trata de mantener pautas de consumo responsable en evitación de los efectos nocivos que sí pueden llegar a tener

[533] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1166-1167, afirma que*: "Resulta así que el más moderado realismo se confunde con la utopía, y la utopía- el triunfo de la cruzada- con el realismo"*.

[534] *Idem*, p. 1164. En este sentido, sostiene ALVAREZ GARCÍA, *La necesidad*, op. cit. p. 998, que *"las únicas alternativas a la actual situación del tráfico de drogas es la de su legalización, y a la violencia y el delito en general la de superar la pobreza y el intercambio desigual entre los países"*.

en determinadas cantidades, frecuencia de uso o vías de administración[535].

En el Manifiesto al que nos referimos se insiste en poner de relieve cuáles son los efectos perniciosos que ejerce el prohibicionismo farmacológico sobre la salud de la comunidad. Al impedirse el control estatal sobre todo el proceso que va desde la producción hasta la dispensación de sustancias psicoactivas, provoca que productos de consumo se muevan en la clandestinidad, con lo que resulta imposible un control efectivo y adecuado acerca de las características y calidad del producto. Esto origina daños importantes para la salud. Además, con la actual regulación no se respeta el principio fundamental de plena autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad que conduce a determinar que la salud de un individuo sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada.

Las consecuencias negativas del mantenimiento de la prohibición sobre determinados fármacos[536] se proyectan sobre las garantías establecidas en un Estado de Derecho, desde diferentes puntos de vista. El fracaso de una política-criminal de corte prohibicionista en materia de sustancias psicoactivas se ha demostrado que, lejos de funcionar, en el sentido de proteger la salud pública, ha provocado más y mayores

[535] DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos y penas en España*, 2015, p. 166, argumenta que se trata de lograr una sociedad que tenga, en su mayoría, un conocimiento adecuado acerca del uso de las distintas sustancias psicoactivas, con el fin de reducir al máximo esa minoría de ciudadanos incapaces de desligarse del abuso de éstas. Esto supondrá que se centren todos los esfuerzos en la información, prevención, y aseguramiento de la calidad del fármaco y de su correcto uso, y por supuesto, la asistencia para usuarios crónicos. En relación a este tema, VEGA FUENTE, *La reducción*, op. cit. p. 278, explica que es necesario para conseguir mejores resultados en las actividades educativas relacionadas con las drogas que existe un proyecto coherente y comprometido, lo que significa que se dediquen a la educación sobre drogas todos los recursos humanos y materiales necesarios, con la pretensión de que una adecuada acción educativa permita a los sujetos tomas decisiones saludables ante unas sustancias capaces de crear dependencia, así como otros problemas.

[536] Desde un punto de vista farmacológico coinciden los términos droga, fármaco y sustancia psicoactiva, por tanto se utilizaran de forma indistinta como sinónimos, vid. supra. Capítulo II, Parte I relativo al concepto de droga.

problemas a nivel planetario, insiste DIEZ RIPOLLÉS que los *"daños colaterales"* causados por el uso masivo del Derecho penal en esta materia han sido numerosos, destacando los siguientes[537]:

a) La prohibición y a la persecución penal, eleva los márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido, lo que provoca la aparición de poderosos narcotraficantes que por su poder económico eluden la persecución penal[538]. Al tiempo se agrava la situación de marginación social de aquellos adictos sin medios económicos para adquirir la sustancia que acaban delinquiendo Por tanto aumentan las desigualdades sociales, pues la prohibición causa o agrava la marginación social de los usuarios crónicos que no poseen medios económicos para su adictivo consumo, ya que la existencia de la prohibición permite el establecimiento de altos precios de venta y se ven avocados a la delincuencia en muchos casos[539].

b) La prohibición imposibilita el control estatal sobre la producción y venta de las sustancias ilícitas, por lo que éstas acaban siendo de dudosa calidad y desconocida para el consumidor, lo que origina muertes por sobredosis. Si bien es cierto que existen en España programas de mantenimiento con metadona, como señala este autor, la actual política represiva fomenta la confusión entre control y asistencia, poniendo así

[537] DÍEZ RIPOLLES, *"El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal"* Revista de derecho Vol. XVIII, nº 1. Julio 2005. pp. 199-212.

[538] La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, realizada en Viena en 1988 indicaba, en este sentido, que: *"…los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él…socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados"*.

[539] En este sentido, GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico,* op. cit. p. 180, explica que la prohibición no solo produce una economía paralela e ilegal, sino que además deja en manos de los grupos del crimen organizado una ingente cantidad de beneficios, pues éstos son perfectamente conocedores de los mecanismos del mercado negro, en el sentido de que si se aumenta el riesgo, también se encarecen los precios del producto para compensar ese mayor peligro. Ese encarecimiento enriquece aún más a los narcotraficantes.

enormes obstáculos a una intervención asistencial adecuada sobre los usuarios de este tipo de sustancias[540].

c) La prohibición menoscaba el Estado de Derecho. Los preceptos del CP que castigan las conductas relacionadas con sustancias psicoactivas prohibidas violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas, sin detenerse ante los principios que garantizan las libertades individuales y derechos públicos. El mantenimiento de la prohibición y la represión penal que la acompaña está haciendo tambalear los principios garantistas del Derecho penal[541].

d) El enorme poder económico alcanzado por los narcotraficantes les facilita su intento de corromper instancias representativas, o instituciones financieras, floreciendo así la criminalidad financiera para el blanqueo de enormes capitales[542].

e) La prohibición ha provocado un comprobable aumento de la delincuencia siendo la población en general la que sufre este incremento por afectar tanto a la seguridad pública. Como a los ciudadanos, en general, pues éstos padecen las medidas de control de esa delincuencia[543].

---

[540] En esa misma línea sostiene QUERALT JIMENEZ, Derecho penal, op. cit. p. 982, que **la prohibición** sobre determinadas sustancias psicoactivas, además de no responder a criterios científicos, ***"resulta contraria a la salud pública y a la individual".***

[541] Pone de manifiesto JOSHI JUBERT, Los delitos, op. cit. p. 22, que en esta materia, dada la amplitud con la que está formulado el tipo básico del art. 368 del CP plantea numerosos problemas, que van desde el bien jurídico-penal protegido, hasta el de las distintas formas de intervención, pasando por el de la concreción de las conductas típicas, el del objeto del delito, el del momento de su consumación."*Se podría afirmar, pues, que en la interpretación de estos tipos no hay punto que no sea discutido o discutible"*.

[542] En ese sentido, GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico*, op. cit. p. 40, que "*las organizaciones del crimen organizado más capacitado para sobrevivir es aquella que tiene estructuras flexibles y fluidas y que puede adaptarse rápidamente a los cambios externos ya las presiones."* En este sentido vid. ALVAREZ GARCIA, *La necesidad*, op. cit. pp. 995-1000.

[543] Como pone de manifiesto GONZALEZ ZORRILLA, Política(s), op. cit. p. 245, la represión estatal en esta materia se proyecta en dos aspectos: de forma directa como instrumento de disuasión sobre los potenciales consumidores, mediante sanciones que castigan los comportamientos asociados al consumo

f) El prohibicionismo en materia de tráfico de drogas ha provocado el deterioro de la Administración de Justicia, dado que la criminalidad relacionada con la difusión de sustancias psicoactivas ilícitas acapara la mayoría de recursos materiales y personales del sistema penal. Consecuencia de lo anterior, es el aumento de la población reclusa, empeorando las condiciones de vida de los internos, en general. Además el mantenimiento de la prohibición en el interior de los establecimientos penitenciarios refuerza las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos, demanda cifrada en torno al 55% de los internos.

En definitiva, como señala este autor, es urgente revisar una política de control penal sobre sustancias psicoactivas prohibidas, habiéndose sobrevalorado los beneficios de la intervención jurídico-penal y se han minusvalorado sus riesgos resultando claramente ineficaz, y lo que es peor, produciendo efectos colaterales más nocivos que el propio consumo de estas sustancias, produciendo perturbaciones sociales y sufrimientos individuales a gran escala.

Ante tal situación, el citado Manifiesto opta por un cambio de paradigma en el tratamiento de las sustancias psicoactivas[544]. Desde una perspectiva inspirada en la reducción de daños y riesgos asociados al uso y/o abuso de tales sustancias, plantea una despenalización controlada de

de drogas ilegales, y indirectamente, la represión destinada a castigar las actividades dirigidas a la producción y al tráfico, limitando así la disponibilidad de sustancias en el mercado ilegal.

[544] En este sentido afirma, con acierto, QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal*, op. cit. p. 981: "*Todo ello a la espera de que se inicie el proceso inverso del hasta ahora seguido que no ha hecho sino aumentar el tráfico y la delincuencia él asociado y de él derivado, es decir, a la espera de que se inicie el camino de una paulatina y razonable despenalización del tráfico de drogas, para irlo acomodando a una normalización, que, a medio plazo supondrá restarle el morbo a lo prohibido, la enorme rentabilidad que lo prohibido ejerce, cuando es masivamente consumido y pueda absorberse el costo de las secuelas físicas y psíquicas que deja la droga. Todo ello sin despreciar la abundante corrupción pública y privada que el tráfico de drogas genera en cualquier orden*".

algunos de los actuales comportamientos asociados con la difusión de éstas. Este planteamiento se acompaña del establecimiento y regulación de un mercado legal para que los usuarios de las distintas sustancias psicoactivas, hoy prohibidas, puedan acceder a un consumo informado, regulado y controlado. En los siguientes apartados se analizarán los principios básicos en que se fundamenta la propuesta, así como las modificaciones que planteaban a la legislación en la materia.

1.1. Principios inspiradores de la alternativa de despenalización controlada

En febrero de 1991, los firmantes del Manifiesto presentaron un nuevo documento, más detallado y extenso, en el que, además de establecer los principios inspiradores de la alternativa, también proponían reformas legislativas concretas para así llevar a cabo la despenalización controlada de todas las sustancias psicoactivas. Los principios básicos de esta propuesta alternativa pueden resumirse del siguiente modo:

a) Es necesario normalizar el tratamiento otorgado a las sustancias psicoactivas mediante su integración en el régimen general seguido para los medicamentos[545]. Como ya se señaló en la parte del trabajo relativa al objeto material[546], desde un punto de vista farmacológico, los conceptos de fármaco, medicamento, droga o estupefaciente son sinónimos, por lo que se

[545]Argumenta DIEZ RIPOLLÉS, *La actual política*, op. cit. p. 620, que integrar las sustancias psicoactivas en el régimen general de los medicamentos tiene la ventaja de privarles de esa peculiaridad que facilita su demonización por la sociedad, además de posibilitar una adecuada definición de medicamento. En ese sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, op. cit. p. 276, señala que la enorme circulación de la droga que existe hoy en día, se trata de una *"transacción perversa"* porque se la hemos regalado a los criminales, en cambio en manos del Estado sería igual de *"perversa"* que la venta de tabaco o de vino; las sustancias psicoactivas prohibidas no son difíciles de controlar, sino totalmente imposibles de controlar y la legalización supondría ese control que no existe hoy.

[546] Vid. supra. Capítulo II, Parte I.

considera necesario utilizar un único término que los englobe a todos ellos, con independencia de que se refiera a sustancias legales o ilegales. El término "*sustancia psicoactiva*" se considera científicamente más riguroso[547].

b) Se parte de una distinción en el tratamiento del usuario y del adicto. En el primer caso, se trata de dar mayor protagonismo a la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad del sujeto, en el sentido, de que un ciudadano adulto pueda seguir pautas de consumo responsable de sustancias psicoactivas, más allá de las meramente terapéuticas. En cambio, con el adicto, se hacen necesarias otras medidas como el ofrecimiento de la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médica, sin que ello le condicione a la aceptación de un tratamiento de deshabituación[548]. Es insostenible un modelo de sociedad que trate de proteger la salud de sus ciudadanos de forma coactiva, pues ello conduce a sociedades autoritarias formadas por ciudadanos incapaces de decidir por sí mismos y manipulados por los poderes públicos[549].

Esta necesaria distinción entre uso y abuso, permite partir de un modelo no medicalizado o terapéutico de consumo de dichas sustancias, es decir, posibilita el desarrollo de un modelo en el cual un ciudadano adulto y

[547] *Idem*, pp. 614-615, los diputados radicales italianos presentaron el 15 de diciembre de 1988 una Propuesta de ley que pretendía una regulación legal de todas las sustancias psicoactivas. En dicha Propuesta se utiliza el término "sustancias psicoactivas para referirse a las drogas y estupefacientes, por estimar más riguroso desde un punto de vista científico y para permitir una coherente clasificación de las distintas sustancias.

[548] Manifiesto del GEPC, op. cit. p. 649. En este sentido, SCHNITMAN, *Circuito paranoico. La causa del consumo de drogas. Nuevas bases para la prevención*, 2008, p. 140, explica la necesidad una *"culturización de las drogas"* que será posible cuando el grupo social recoja las experiencias del consumo realizadas por sus miembros, de las cuales efectúa un aprendizaje sobre los efectos de las distintas drogas de formas de consumo. En relación con éste, existen dos conceptos clínicos que resultan, generalmente, aceptados, que son el uso y el abuso de drogas.

[549] DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 182 y 187, sostiene que la distinción entre uso y abuso resulta necesaria considerando el uso responsable como un comportamiento susceptible de valoración positiva en la medida que sea capaz de fomentar la autorrealización personal y las posibilidades de comunicación intersubjetivas.

capaz con pautas de consumo responsable y no problemático pueda adquirir legalmente una sustancias psicoactiva capaz de causar bienestar corporal o mental, independientemente de sus indicaciones terapéuticas o médicas[550].

c) Se parte de la distinción entre el cannabis y sus derivados, y el resto de sustancias psicoactivas. En el primer caso se propone un modelo en el que puedan ser dispensados fuera de las farmacias, en lugares de venta especialmente destinados para ello, siempre a mayores de edad capaces. Se opta por un comercio controlado de los derivados del cannabis, descartando el régimen de monopolio. En el caso de sustancias psicoactivas que causan grave daño a la salud, se optaría por su dispensación en farmacias sin receta en dosis únicas, previa identificación personal y siempre a mayores de edad y que no sufran disminución psíquica aparente o conocida[551].

d) La regulación legal que se propone también pretende subsanar los graves defectos de los tipos penales relativos al tráfico de drogas, vinculados a la violación de determinados principios constitucionales y penales, además de una defectuosa técnica jurídica en su redacción. Como por ejemplo la utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto, protección de bienes jurídico-penales de carácter difuso, utilización de clausulas generales y abiertas incompatibles con el principio de legalidad, penalidad desproporcionada, excesiva casuística en la descripción de los tipos, adelantamiento de la barrera punitiva a conductas preparatorias cercanas a la tentativa, etc.

[550] DIEZ RIPOLLÉS, *La actual política*, op. cit. p. 623.
[551] Manifiesto del GEPC, op. cit. p. 648.

Estos principios fundamentales constituyen la base sobre la que se construye el planteamiento de la alternativa despenalizadora pero, como se verá más adelante, alguna de las propuestas planteadas necesitan de un desarrollo que sirva para concretar la implementación de un mercado legal, regulado y controlado por los poderes públicos de sustancias psicoactivas[552].

1.2. Modificaciones legislativas principales que planteaba la propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal

La propuesta analizada tiene todas las características de un proyecto legal de reforma de la legislación española en materia de tráfico de drogas, de modo que, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, si existiera la correspondiente voluntad política podría presentarse para su discusión y eventual aprobación en las Cámaras Parlamentarias españolas, con algunas modificaciones previas[553]. La propuesta alternativa se divide en dos apartados, una reforma de la legislación penal en la materia y una reforma en la legislación administrativa, se analizarán separadamente.

1.2.1. Propuesta del GEPC de reforma al CP

En primer lugar, resulta necesario poner de manifiesto que la regulación penal propuesta debe ser interpretada teniendo en cuenta el régimen de comercio legal y controlado introducido en la legislación

[552] En relación a la creación de un mercado legal de sustancias psicoactivas, se plantea MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, op. cit. 277, que en este régimen de legalización y control, habría que tomar la decisión relativa a quién abastecería el mercado: un monopolio estatal o no o las farmacéuticas. La regulación legal también tendría que referirse a la plantación de especies de las que extraer sustancias psicoactivas, a la subsiguiente elaboración, a la producción de drogas sintéticas, así como a la distribución y dispensación, sin descartar el abastecimiento por importación de materia prima o de productos ya elaborados.

[553] DIEZ RIPOLLÉS, *Política*, op. cit. pp. 877-878.

administrativa, y concretamente en la Ley del Medicamento, es decir, la legislación penal debe amoldarse a lo dispuesto en la normativa administrativa.

Se propone un tipo básico en sustitución del actual artículo 368 del CP para "*aquellas sustancias susceptibles de causar graves daños a la salud*" que vendría a castigar "*al que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales*"[554].

En los dos siguientes párrafos del mismo precepto se proponen dos subtipos que completan el tipo básico: el primero, para el que, sin realizar la conducta descrita anteriormente, ejecute cualquier acto de promoción al consumo de dichas sustancias con fines mercantiles; y el segundo, si la motivación primordial del autor es mitigar el síndrome de abstinencia a dichas sustancias, recogiendo éste último una penalidad menor que los anteriores. Sin perjuicio de las responsabilidades antes descritas, se castiga también al que facilite sustancias psicoactivas a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos, abusando de su situación.

La duración de las penas privativas de libertad se reduce, en general, en coherencia con el sistema de legalización controlada en el que se deben insertar las conductas típicas. No obstante se mantendrían penas privativas de libertad para la totalidad de los comportamientos típicos[555].

En cuanto a las agravantes, contenidas actualmente en los artículos 369 y 370 del CP, quedan en su mayoría derogadas salvando únicamente

[554] Manifiesto, op. cit. p. 627.
[555] DÍEZ RIPOLLÉS, *Política*, op. cit. p. 881.

dos de ellas: la primera, que el sujeto activo del delito pertenezca a una organización, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad la realización de cualquiera de las acciones descritas en los preceptos anteriores, y la segunda, si se omiten o alteran las exigencias reglamentariamente prescritas de composición, calidad o información de los citados productos o sustancias, incrementándose el posible daño a la salud de los usuarios. Además, en el caso que coincidan ambas circunstancias y en el caso de que el desempeño de funciones de responsabilidad sea de nivel intermedio o superior, determinará la imposición de la pena superior en grado. En estos casos se podrá decretar la disolución de la organización y la suspensión de las actividades de la organización[556].

Como no podía ser de otro modo, se amplían considerablemente las posibilidades de remisión condicional de la pena para los adictos a estas sustancias, o personas en situación equivalente, rehabilitados o en proceso de rehabilitación. Igualmente se establece posibilidad de sustituir la entrada en prisión por un tratamiento rehabilitador y el abono del periodo de internamiento para deshabituación como tiempo de cumplimiento de la pena. Finalmente, se elimina la exclusión de los reincidentes del beneficio de la remisión condicional, al entender que constituyen actualmente el porcentaje más alto de los drogodependientes ingresados en prisión, configurándose así como una verdadera alternativa a la privación de libertad[557].

[556] Manifiesto del GEPC, op. cit. pp. 628-629.
[557] Manifiesto del GEPC, op. cit. pp. 629-631.

1.2.2. Propuesta del GEPC de reforma a la legislación administrativa

Con respecto a esta cuestión se propone aplicar a las consideradas actualmente como sustancias psicoactivas ilegales el mismo sistema de control administrativo utilizado para los fármacos legales, dado que es posible incluirlas en la definición legal de medicamento, al establecer que *"se considera medicamento toda sustancia medicinal con capacidad…para afectar a funciones corporales o al estado mental"*[558]. El carácter exhaustivo de esta norma facilita una regulación integral que recorre desde la fabricación hasta la dispensación en farmacias. Por tanto, la elaboración y distribución de tales sustancias se deberán acomodar al estricto régimen general aplicable a los medicamentos, concretamente en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, sustituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto Farmacéutico (BOE 27 de julio de 2006), que viene a integrar en la legislación española una serie de directivas en la materia procedentes del Parlamento y del Consejo de Europa.

En cuanto a las reformas planteadas en la Ley del Medicamento para integrar el sistema alternativo de legalización controlada de los fármacos o sustancias psicoactivas, pueden destacarse los siguientes aspectos:

a) Se sostiene la supresión de todas las referencias a la existencia de

[558] Se define el concepto de medicamento en el artículo 8.1 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento como:*"Toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar, o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental."* Posteriormente este concepto fue sustituido por la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto farmacéutico, señalando que: *"A los efectos de esta Ley se entenderá por: a) Medicamento de uso humano: toda sustancia o combinaciones de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica, o de establecer un diagnostico médico".*

una legislación especial para los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, dada la unificación que se plantea y la integración de éstos en el régimen general del medicamento.

b) Se amplía el radio de acción de los fármacos, extendiéndose más allá de los usos médicos o terapéuticos, es decir, se admite su dispensación legal también para usos extraterapéuticos, consistentes en la obtención de un determinado bienestar físico o mental asociado al consumo de un fármaco en concreto, estableciendo para ello un sistema controlado de dispensación sin receta y con confidencialidad de los datos personales obtenidos de los usuarios.

c) Se establece una clara distinción entre las sustancias derivadas del cannabis, y todas las demás. En el primer caso, podrán ser dispensados fuera de las farmacias en establecimientos especialmente autorizados para ello, siempre que los usuarios sean mayores de edad, y no padezcan disminución psíquica conocida o aparente. En el segundo caso, el resto de sustancias se dispensaran en farmacias, previa identificación personal, sólo a mayores de edad y capaces psíquicamente, y en dosis únicas[559].

d) Se prohíbe la publicidad de los fármacos para usos no terapéuticos, con el establecimiento de advertencias inequívocas de sus cualidades psicoactivas y riesgos de su uso que resulten eficaces para alertar con claridad al usuario de los peligros inherentes al consumo del fármaco en concreto. Se establecen, igualmente, programas y actuaciones específicas para la formación de profesionales y educación, información, deshabituación y prevención de los usuarios, en general, y los adictos, en

[559] Manifiesto del GEPC, op. cit. p. 625.

particular. Asimismo se pretende establecer un sistema de precios moderadamente desincentivadores del consumo y exentos de ayuda o financiación públicas. Se garantiza a los adictos el consumo de la sustancia bajo especial atención médica, propiciando su deshabituación a medio plazo[560].

La propuesta descrita sienta las bases fundamentales de un sistema de despenalización controlada basado en la instauración de un mercado legal de sustancias psicoactivas para usos recreativos, de ahí la no exigencia de receta médica para su dispensación en farmacias, y que se fundamenta en el derecho a la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad. En las siguientes líneas se tratará de valorar esta propuesta alternativa, así como de desarrollar algunos de sus aspectos con el fin de proporcionar cierta concreción para su efectiva aplicación.

1.3. Valoración de la alternativa despenalizadora planteada por el GEPC

A) Propuesta de reforma del Código Penal

En cuanto a la propuesta de reforma del CP realizada por el citado Manifiesto cabe realizar las siguientes matizaciones:

En primer lugar, y en cuanto a la redacción del tipo básico propuesto, sería conveniente prescindir de los términos *"estupefacientes o sustancia psicotrópica"*, y utilizar en su lugar *"sustancias psicoactivas"*, por resultar

[560] Manifiesto del GEPC, op. cit. p. 626.

más precisa desde el punto de vista de la farmacología. Si lo que se pretende es equiparar jurídicamente los medicamentos con los *"estupefacientes o sustancias psicotrópicas"* puede resultar conveniente la utilización de una terminología unitaria que trate de paliar la estigmatización que existe sobre las drogas ilegales. En cambio, el término *"sustancia psicoactiva"* resulta más coherente científicamente y acoge todas las demás expresiones que comúnmente se utilizan, como son: droga, estupefaciente, sustancia psicotrópica, medicamento, fármaco, etc.

Por otra parte, la expresión *"susceptible de causar grave daño a la salud"* recogida en el tipo básico propuesto es utilizada para distinguir el tratamiento del cannabis y sus derivados del resto de sustancias psicoactivas, despenalizando totalmente las conductas referidas a este fármaco. Es más podría resultar adecuado prescindir de tal expresión, también por su inexactitud científica, pues sustancias como el tabaco y el alcohol también son susceptibles de causar grave daño a la salud y se consideran legales, optando por una diferenciación literal que señalara: *"sustancias psicoactivas excepto el cannabis y sus derivados"*.

Al preverse la existencia de un mercado legal, controlado por los poderes públicos, para la dispensación de fármacos con fines no terapéuticos, la delimitación de la acción del sujeto activo se establece en el sentido de traficar o difundir, sin estar debidamente autorizado, o infringiendo de modo grave las formalidades legales. Según este criterio, deberemos entender como típica la acción de tráfico del que aún estando debidamente autorizado para despachar fármacos extraterapéuticos lo haga sin respetar las formalidades legales.

La distinción planteada por la alternativa en el tipo penal básico entre *"actos de tráfico"* y *"actos de promoción al consumo"* considero que puede no ser necesaria, pues se entiende que el párrafo segundo será de aplicación en los casos que no resulten subsumibles en el párrafo primero, es decir, se castiga cualquier acto de promoción al consumo no incluido en el párrafo anterior con fines mercantilistas, aplicando en ambos casos una penalidad parecida. Considero que no es acertada la fórmula propuesta *"cualesquiera actos de promoción al consumo"*, pues parece que es volver de nuevo a una técnica legislativa poco respetuosa con un Derecho penal garantista, pues se trata de una clausula abierta e inconcreta que puede resultar incompatible con los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Dentro de la expresión *"actos de tráfico"* contenida en el párrafo anterior, entendemos que queda ya subsumido cualquier acto de promoción del consumo con fines mercantiles.

En el párrafo tercero del precepto analizado se plantea un tipo privilegiado para los casos en que las acciones contenidas en los párrafos anteriores se realicen con la finalidad primordial de subvenir a las necesidades derivadas de la drogodependencia, rebajando la pena. También puede resultar innecesaria la introducción de este párrafo, pues cabe la aplicación de las reglas generales relativas a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, y en concreto la regla 2ª del artículo 21 del CP, es decir, la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias psicoactivas.

Se introduce un nuevo precepto que castiga, de forma independiente, las conductas precedentes cuando el sujeto pasivo del delito sea menor de 18 años o sean disminuidos psíquicos permanentes o transitorios, lo que

resulta coherente con la introducción de un mercado legal de fármacos para mayores de 18 años y capaces, con fines recreativos. Se añade, por tanto, la protección de otro bien jurídico-penal en el ámbito del tratamiento jurídico de las sustancias psicoactivas, como es la indemnidad del menor frente a este tipo de sustancias con capacidad adictiva, es decir, se trata de proteger la libertad para autodeterminarse en relación con el uso de estas sustancias. Al tratarse de un bien jurídico individual no estará sometido a las exigencias de tipicidad de las conductas contra la salud pública y quedará libre de las limitaciones realizadas en la necesaria interpretación restrictiva del actual artículo 368[561].

Los puntos básicos de los que parte la alternativa analizada son acertados y suponen la base fundamental para la construcción de un modelo jurídico mucho más coherente que el actual en la regulación de las relaciones que se producen entre el individuo y la disponiblidad de sustancias psicoactivas con potencial adictivo. La creación de un mercado legal de fármacos, con fines tanto terapéuticos como extraterapéuticos, controlado y supervisado por los poderes públicos, supone normalizar e informar adecuadamente las condiciones de uso de tales sustancias, y lo que es aún más importante, supone mejorar las condiciones sanitarias de los usuarios que consumen en un contexto prohibicionista.

Mediante el establecimiento de un mercado legal de sustancias

[561] MANJÓN-CABEZA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. pp. 48-49. Como señala esta autora: *"el tipo de protección de menores e incapaces sólo cedería por razones de adecuación social, es decir, cuando siendo dependientes, se les facilitase droga en dosis decrecientes para lograr su deshabituación controlada; o para evitar, en tanto se consiga la rehabilitación, que buscasen la sustancia en ambientes peligrosos o que propician formas de administración insalubres o en los que la cantidad de la droga puede incrementar el riesgo para la salud, o para evitar el síndrome de privación de la sustancia. Todos estos casos responden a la idea de evitar los riesgos no inherentes, pero asociados, al consumo –sobredosis, contagios, marginalidad-, lo que no se enfrenta, sino todo lo contrario, a la protección del menor o incapaz ya adicto, por lo que la adecuación social haría atípico el comportamiento respecto del tipo propuesto de protección de la indemnidad frente a las drogas."*

psicoactivas se protege de forma efectiva la salud de los usuarios de éstas pues se evitan los riesgos asociados al consumo y/o abuso de sustancias psicoactivas existentes en el mercado ilegal, donde es prácticamente imposible tener un conocimiento exacto de las características del producto consumido. Los consumos de fármacos dispensados legalmente siempre resultarán más informados y conscientes, pues es posible conocer de antemano cuáles son todas las características intrínsecas de la sustancia que se va a ingerir, como son: cantidad de principio activo presente en el fármaco, grado de pureza, los efectos psicoactivos que produce, su duración, posibles riesgos en el uso y/o abuso de la sustancia, costes psicofísicos, nivel de tolerancia de la sustancia, y en definitiva toda la información de uso que ya viene recogida en la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto Farmacéutico.

B) Propuesta de reforma a la legislación administrativa

En cuanto a la propuesta de reforma de la legislación administrativa considero que es un acierto aplicar a las sustancias psicoactivas ahora ilícitas el control administrativo recogido de forma exhaustiva para los fármacos en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, sustituida por la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto Farmacéutico, pues se trata de conceptos que coinciden desde un punto de vista farmacológico, como así se recoge en la propia ley cuando se define el concepto de medicamento (artículo 8, letra a) en la Ley 29/2006, del Producto Farmacéutico.

La legislación sanitaria en España depende de la normativa europea, siendo numerosas las Directivas comunitarias reguladoras de las

condiciones sanitarias exigibles para la comercialización de las distintas especialidades farmacéuticas, además de las indicaciones realizadas en el ámbito internacional por la OMS. La propuesta alternativa resulta coherente en sus planteamientos al denunciar la Convención única de 1961, del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, así como de sus modificaciones y restantes acuerdos internacionales ratificados por España, en lo que fuera preciso para llevar a cabo los cambios de la legislación interna propuestos en la alternativa.

En relación a la obligación de que las unidades de venta al público de estas sustancias, en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico, deberán llevar en lugar visible y destacado información sobre los riesgos que implica su uso y/o abuso, hay que poner de manifiesto que al considerarlos también medicamentos, éstos vendrían también sujetos a su legislación específica. Así en concreto, el art.15 del la Ley del Producto Farmacéutico establece las garantías exigidas de información, en relación a indicaciones y precauciones a observar en su empleo, las cuales deben estar por escrito detalladas en el prospecto de cada fármaco.

En este punto considero que la publicidad también se debería dirigir a denunciar la baja calidad y la enorme adulteración de las sustancias psicoactivas presentes en el mercado negro, así como la baja calidad de los sucedáneos existentes en el ámbito prohibicionista. En cambio, las sustancias psicoactivas ofertadas legalmente y controladas por el Estado pasarían los pertinentes controles de calidad y pureza del producto, antes de ser dispensadas en farmacias, pues resultará fundamental, para la protección de la salud de los usuarios, que éstos eviten acudir a la oferta

psicoactiva existente en el mercado negro, y se habitúen al acceso legal, informado y controlado ofrecido por los poderes públicos para la protección de su salud.

En cuanto a la exigencia de que los adquirientes de los fármacos con fines extraterapéuticos *"sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida"*. Resulta necesario destacar que es esencial la exigencia de la mayoría de edad, pues los usos recreativos de los fármacos deben ser plenamente libres y estar adecuadamente informados, responsabilizándose el consumidor adulto y capaz de hacer un uso adecuado del mismo. Se plantea la cuestión de exigir también a los usuarios que acrediten su nacionalidad o su residencia legal en España con el fin de evitar el turismo psicoactivo, no obstante este aspecto se analizará en el capítulo siguiente relativo al modelo instaurado en Uruguay, en relación al control y regulación por el Estado del cannabis y sus derivados.

Lo más importante de la propuesta analizada es que abre la posibilidad de acceso a un mercado legal y regulado para los usuarios de las sustancias psicoactivas ahora ilegales, es decir, permite la posibilidad de consumos controlados e informados para adultos capaces que van a conocer las cualidades intrínsecas exactas de las sustancias que ingieren, y que van a conocer de antemano su composición, efectos psicoactivos que producen y su duración, nivel de tolerancia que produce, etc. Desde un punto de vista sanitario, resultará siempre menos peligroso un consumo informado en un contexto legal, que un consumo desinformado en un contexto prohibicionista.

Nos encontramos, en la actualidad, en un momento histórico que

puede resultar propicio para que alternativas de este tipo puedan llegar a cuajar en el futuro, pues los estragos del prohibicionismo han aumentado con el paso de los años. Cada vez hay más sustancias psicoactivas de nuevo cuño y cada vez son más peligrosas y, lo que es aún más importante, si las condiciones a su acceso siguen bajo la prohibición, y por tanto, en la clandestinidad y el proceso puede ir empeorando.

Con vistas a la próxima reunión, que se celebrará en 2016, del UNGASS de la Asamblea General de Naciones Unidas, donde se van a replantear las convenciones internacionales que regulan el tratamiento de las sustancias psicoactivas en todo el mundo. Resultaría importante dar un nuevo impulso al planteamiento de políticas despenalizadoras en la materia, en las que, mediante el control y la regulación administrativa, pero con el apoyo en el Derecho penal para los ataques más graves al bien jurídico-penal protegido se reduzca el daño que las drogas ilegales causan en la salud del usuario. Sería más congruente una propuesta de control y regulación de las sustancias psicoactivas que partiera de la Unión Europea, o al menos de la unión de aquellos países europeos que estuvieran de acuerdo en la necesidad de un cambio de rumbo en la materia

2. Desarrollo de algunos aspectos planteados por la alternativa de despenalización controlada del GEPC

En la propuesta alternativa a la actual política criminal en materia de drogas que se está analizando se introducen una serie de conceptos como son: "*usos extraterapéuticos*" o "*dosis únicas*" que necesitan de cierto desarrollo para así tratar de concretar en que pueden consistir tales

conceptos. Igualmente resulta necesario determinar qué sustancias psicoactivas de las actualmente ilícitas resultarían más adecuadas para los usos recreativos a los que se alude en el Manifiesto del Grupo de Estudios de Política Criminal.

2.1 Los llamados *"usos extraterapéuticos"* sin necesidad de receta médica. Distinción entre uso, abuso y adicción o uso crónico

La alternativa despenalizadora de 1989 definía los *"usos extraterapéuticos"* de fármacos como aquellos dirigidos a la obtención de un bienestar físico y psíquico en el sujeto, estableciendo un sistema de dispensación en farmacias para adultos y capaces de dosis únicas y sin necesidad de receta.

Puede resultar conveniente desarrollar algunas cuestiones, relacionadas con los llamados *"usos extraterapéuticos para la obtención de un determinado bienestar corporal o mental"*. En primer lugar, cabría distinguir entre diferentes tipos de usos extraterapeúticos: por un lado, estarían los usos ocasionales responsables de tales sustancias, y por otro, los abusos, es decir, usos que sin llegar a ser adictivos o crónicos si pueden llegar a resultar problemáticos y nocivos para la salud del sujeto.

Los usos de fármacos, que siendo no terapéuticos, sí tienen la consideración de abusivos o problemáticos[562]. Sería importante

[562] Se considerarán como problemáticos aquellos consumos abusivos que impiden al usuario el desarrollo de su vida cotidiana en condiciones aceptables de dignidad, y que si perduran en el tiempo pueden llegar a convertirse en crónicos. Por ejemplo, se consideraría problemático el abuso de una sustancia psicoactiva que impide al sujeto acudir a su puesto de trabajo, o le puede causar daños físicos y mentales irreversibles: de alguna forma, suponen la antesala al uso crónico o adictivo que los poderes públicos deben intentar corregir.

reconducirlos hacia usos no problemáticos mediante un control médico y asistencial adecuado con exigencia de receta médica hasta que el sujeto abandone su conducta abusiva, siempre que el usuario se muestre de acuerdo en llevar un control y tratamiento.

Para los usuarios adictos o crónicos el uso será considerado siempre terapéutico, y en consecuencia se exigirá receta médica. Por tanto, dentro de los usos no terapéuticos a efectos de dosificación, precio de la sustancia psicoactiva y conveniencia o no de receta médica para su dispensación, se considera necesaria tal distinción, pues según se trate de uno u otro tendrá un diferente tratamiento jurídico.

En el caso de los usos extraterapéuticos ocasionales no abusivos, coincido con la propuesta planteada en que no resultaría necesaria la receta médica, aunque sería necesario que el profesional dispensador de estas sustancias ejerciera una adecuada acción informativa sobre las características del fármaco y su uso, haciendo especial hincapié en la posibilidad de que diversos usos continuados en el tiempo pueden llegar a crearle hábito y sus consecuencias. Lo más conveniente sería que el profesional encargado de la dispensación del fármaco fuera capaz de llegar a tener cierto conocimiento acerca del historial de consumos[563] del usuario, para así poder concretar la dosis psicoactiva adecuada con mayor exactitud. En cualquier caso las dosis dispensadas serán siempre medias o bajas.

En todo caso, la dispensación de fármacos para fines lúdicos o recreativos no sujetos a prescripción médica serán aquellos que no

[563] El usuario tendría la posibilidad de informar acerca de las sustancias psicoactivas que utiliza y las condiciones de su consumo, es decir, sus características principales: fenomenología, pureza, coste psicofísico, tolerancia alta o baja, etc.

necesiten un diagnóstico preciso, y cuyos datos de evaluación toxicológica o de su utilización y forma de administración no exijan prescripción médica. No obstante, su dispensación en la farmacia por un farmacéutico propiciará que éste informe, aconseje e instruya sobre su correcto uso y los posibles riesgos del abuso del fármaco que se trate[564].

Como se recoge en la Exposición de Motivos del la Ley 29/2006, de 26 de julio, del Producto farmacéutico[565] la exigencia de receta médica supone una autorización facultativa del fármaco y la promoción del uso racional del mismo, suponiendo un documento imprescindible para la seguridad del usuario. Asimismo, la obligatoriedad de hacer inteligibles para los usuarios los prospectos de los fármacos ayudará a conseguir la necesaria adherencia al tratamiento para que pueda alcanzarse el éxito terapéutico.

Por tanto, cuando los usos extraterapéuticos se conviertan en crónicos, si tal adicción es debidamente verificada y acreditada por un facultativo, dejarán de ser considerados de extraterapeuticos para asimilarse a los usos con fines médicos o terapéuticos de tales sustancias. En ambos casos, se exigiría la sujeción del fármaco a prescripción médica, especialmente cuando puedan presentar un peligro si se utilizan sin control médico, por su especial potencial adictivo. En este apartado incluiríamos la dispensación de marihuana medicinal, distinguiéndola de la venta de

[564] Como señala el artículo 19 de la Ley 29/2006, de 26 de julio de Producto Farmacéutico, que distingue las condiciones de prescripción clasificando entre medicamentos sujetos a prescripción médica y medicamentos no sujetos a prescripción médica. Se trataría de adaptar los usos extraterapéuticos de sustancias psicoactivas a la distinción señalada.

[565] La citada Ley viene a incorporar en el ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo del 2004 (LCEur 2004, 1755), que modifica la Directiva 2001/83/CE (LCEur 2001, 4108) y la Directiva 2004/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE (LCEur 2001, 4107). Además del Reglamento (CE) nº 726/2004 (LCEur 2004, 1754), toda esta normativa comunitaria viene a modificar la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

marihuana para fines recreativos o lúdicos que se efectuaría sin receta y en lugares adecuados para su venta, con el correspondiente control estatal, al estilo del ejercido sobre el tabaco y el alcohol.

Los precios de venta al público de sustancias psicoactivas para uso no terapéutico o lúdico y de carácter no problemático deberán ser desincentivadores, pero no superiores a los precios existentes en el mercado negro, pues se trata de alejar a los usuarios de éste para atraerlos al consumo legal y plenamente informado ofrecido por los poderes públicos[566]. Para ello sería también conveniente ofrecer al ciudadano la posibilidad de analizar la composición de las drogas disponibles en el mercado negro y compararlas con las dispensadas legalmente por el Estado, para así convencer a los consumidores de las ventajas de las adquisiciones legales e informados frente a las ilegales y desinformadas de las sustancias psicoactivas ilícitas ofertados en el mercado negro.

En cambio y como señala la propuesta analizada, se trataría de garantizar el consumo de la sustancia bajo especial atención médica, propiciando su deshabituación siempre de forma voluntaria y consentida por el sujeto. Es decir, podría subvencionarse por el Estado su tratamiento, como ocurre en la actualidad con la dispensación de metadona, que es gratuita. Igualmente, se tratará de garantizar los usos terapéuticos de estos fármacos, incluido el cannabis medicinal.

[566] En este sentido, MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. p. 277, indica que en relación al impuesto sobre la producción y la venta legal de sustancias psicoactivas para usos terapéuticos o recreativos que *"los estados deberían actuar inteligentemente, no repercutiendo una fuerte carga fiscal en el precio al principio, para animar al consumidor, atraído por un precio atractivo. Fidelizada la clientela y desaparecido el mercado negro –lo que podría llevar un tiempo- , entonces será posible empezar a jugar con el impuesto y su repercusión en el consumidor. Normalizada la situación y el mercado y conjurado el riesgo de ventas ilegales, pueden elevarse los precios para disuadir del consumo o reducirlo, tal y como se está haciendo en los últimos años con el tabaco".*

2.2. De las llamadas *"dosis únicas"*

Conviene realizar algunas matizaciones con respecto a la expresión *"dosis únicas"* introducida por la propuesta analizada. En principio, se debe entender por dosis únicas aquellas dosis activas medias dispensadas de forma individual al adquiriente. Se considera que podría resultar apropiado disponer de dosis activas bajas para que el profesional dispensador pudiera optar entre una u otra, en razón del distinto perfil de usuario. Con una misma dosis pueden diferir los efectos psicoactivos producidos dependiendo de las características de cada sujeto, especialmente de su tolerancia a la sustancia, es decir, una misma dosis no desplegará los mismo efectos psicoactivos en un neófito que un consumidor habitual, pues en éste último su organismo habrá ya aumentado el nivel de tolerancia al fármaco.

Sería también conveniente establecer una cantidad máxima de sustancia psicoactiva que el usuario pueda adquirir semanal o mensualmente. El límite debería estar en consonancia con lo que se considera, de forma prudente, un uso responsable y no problemático de la sustancia que se trate, que diferirá dependiendo de las características farmacológicas de cada sustancia que se dispense, y el establecimiento de este límite máximo debería llevarse a cabo por profesionales adecuados de la medicina y/o la farmacología. Para que resultara efectiva tal limitación, sería necesaria la implementación de un sistema informático en todos los centros de dispensación que garantizara el control de las dosis únicas de sustancias psicoactivas con fines extraterapéuticos. De esta forma, se puede evitar que un mismo sujeto pudiera acudir farmacia tras farmacia en busca de una única dosis, vulnerando así la norma con cierta facilidad.

2.3. Adecuación de algunas sustancias psicoactivas para los usos terapéuticos y extraterapéuticos legales

En las líneas sucesivas se pondrá de manifiesto cuáles de las actuales sustancias psicoactivas prohibidas serían susceptibles de ser dispensadas para fines no terapéuticos, así como potenciar los usos terapéuticos de sustancias actualmente prohibidas. Para ello habría que atender a criterios como la toxicidad de la sustancia, su margen de seguridad, su nivel de tolerancia y el coste psicofísico o efectos no deseados de su uso y/o abuso.

Para realizar esta selección, se parte, en primer lugar, de la distinción clínica entre uso y abuso. Los poderes públicos tendrían la obligación de facilitar el uso legal de determinadas sustancias para satisfacer las principales demandas psicoactivas de la población, y al mismo tiempo y propiciado por ese control directo del que dispondría el Estado sobre los usos psicoactivos de sus ciudadanos, corregir los abusos interviniendo terapéuticamente. En este sentido, resultará conveniente evitar la inclusión de sustancias psicoactivas para usos lúdicos, que por su fuerte capacidad de crear adicción o por elevada y peligrosa toxicidad, resulten complicadas la forma de consumo catalogadas de uso, como es el caso, de los opiáceos en general, y enfocándolas más hacia fines terapéuticos, y por tanto con necesidad de receta médica para facilitar ese control facultativo sobre el abuso de la sustancia[567].

[567] En este sentido, SCHNITMAN, *Circuito paranoico*, op. cit. p. 141, considera que las drogas de las que es posible la forma que llamamos *uso* tienen que recibir un determinado trato; mientras que *las drogas no pasibles de uso*, tienen que recibir un trato diferente. Propone el autor una clasificación en este sentido, sin ánimo de exhaustividad y a título de ejemplo conceptual, señalando que: *"En términos generales las drogas pasibles de uso son la marihuana-hachís, los llamados sintéticos y la cocaína aspirada. Y las drogas no pasibles de uso son cualquier droga inyectada (incluyendo las anteriores), la base de cocaína y la heroína. La diferencia de trato a estos dos tipos de drogas debería extenderse a todos los instrumentos de control del fenómeno del consumo de drogas: legal, político, médico, preventivo,*

Como argumenta MANJÓN-CABEZA, la elección de qué sustancias legalizar y controlar no resulta sencilla, pues, por un lado, puede resultar conveniente dejar fuera de la despenalización y producción controlada de algunas sustancias psicoactivas ilegales en la actualidad, por su gran toxicidad o por su potencial adictivo, pero, por otro, no se debe correr el riesgo de dejar un mercado negro operativo para ciertas sustancias no legalizadas. En este sentido se podría buscar una reducción de la oferta, al menos en el medio plazo, eliminando las sustancias psicoactivas con un mayor costo social, para así reconducir la demanda a menos drogas que resulten más seguras[568].

La toxicidad de una sustancia psicoactiva se puede expresar con una exactitud matemática, como margen terapéutico o proporción entre la dosis activa y la dosis letal. Es necesaria una estructuración caracterizada por el análisis y la clasificación de todas las sustancias que tienen efectos psicoactivos sobre el organismo humano por su fenomenología intrínseca, expresando sus posibilidades curativas, asistenciales o terapéuticas; el margen de seguridad de su uso, los riesgos del abuso, su grado de tolerancia, su posología, coste psicofísico, esto es, toda una serie de datos mesurables, dejando de lado intereses económicos, políticos o morales, que impregnan la actual distinción entre sustancias psicoactivas legales e ilegales.

En este sentido, entiendo que se debería optar por la elección de sustancias de origen natural, con niveles bajos de toxicidad y altos de tolerancia, con características intrínsecas con posibilidades de utilización

laboral, terapéutico. ***La reflexión teórica suele resultar un instrumento que nos permite salir por un momento del trato caliente con el problema, y recobrar una mirada de perspectiva****”*.

[568] MANJÓN-CABEZA OLMEDA, La solución, op. cit. p. 273.

para la investigación científica para el tratamiento de enfermedades o paliativas del dolor. Y no dispensar para usos extraterapéutico aquellas sustancias químicas con alto nivel de toxicidad y escasas o nulas posibilidades terapéuticas o curativas o inadecuadas para usos recreativos o lúdicos.

Con el fin de evitar que los usuarios de los distintos fármacos ilegales se vean obligados a acudir al contexto prohibicionista para la satisfacción de sus necesidades psicoactivas, será necesario que los poderes públicos sean capaces de ofrecer consumos legales y regulados de aquellas sustancias que son más consumidas en la actualidad, por estar ampliamente disponibles en el mercado negro. Se trata de que los poderes públicos, en su obligación de velar por la salud de sus ciudadanos, sean capaces de ofrecer la posibilidad de satisfacer las principales demandas psicoactivas de la población de forma regulada, informada y contralada, con el fin asegurar la calidad del fármaco y unas condiciones de uso adecuadas.

Desde una perspectiva basada en la economía y la efectividad farmacológica sería preferible la dispensación, tanto para usos lúdicos como terapéuticos, de sustancias capaces de conseguir el efecto psicoactivo buscado por el usuario con el menor coste psicofísico posible[569]. Consecuentemente, la tendencia debería basarse en la elección de aquellos fármacos que, logrando el efectos psicoactivo deseado por el ususario, resulte lo menos tóxico y con mayor margen de seguridad[570] posible para

[569] El coste psicofísico son los efectos secundarios o indeseados, tanto orgánicos como mentales. ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 1180.
[570] El margen de seguridad de un fármaco es la proporción que hay entre la cantidad necesaria para obrar el efecto deseado (dosis activa media) y la cantidad suficiente para causar la muerte del usuario (dosis letal media), la objetividad del margen de seguridad es matemática. ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p.1180.

evitar intoxicaciones indeseadas. Se trata de seleccionar aquellas sustancias psicoactivas que, capaces de otorgar el bienestar corporal o mental pretendido por el sujeto, resulten lo menos peligrosas o dañinas posible para la salud de éste, en atención a las propiedades farmacológicas de las distintas sustancias. Sin pretensión alguna de exhaustividad, es posible clasificarlas por sus distintos efectos psicoactivos distinguiendo entre: fármacos de paz, fármacos estimulantes o que otorgan energía y fármacos visionarios con capacidad para alterar la rutina psíquica[571].

1) Fármacos de paz

Este tipo de compuestos son utilizados para mitigar los padecimientos humanos[572] tanto físicos como mentales, con capacidad de adormecer y sedar, destacan claramente entre este tipo de fármacos, los opiáceos naturales, pues tienen un gran potencial e importancia para usos terapéuticos, que pueden ir desde su capacidad para paliar graves dolores físicos hasta sus posibilidades como sedantes para calmar el desasosiego y la ansiedad. Los alcaloides del opio[573] (principalmente la morfina y la codeína) son utilizados en la actualidad por la medicina occidental sobre todo para fines analgésicos.

[571] Para la clasificación de los distintos fármacos por sus efectos psicoactivos, así como el resto de características farmacológicas éstos, seguimos a ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1193 y ss.

[572] ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LÓPEZ, *Todo sobre las drogas legales e ilegales*, 1992, p. 137, describen su acción farmacológica como productora de analgesia, aliviando el dolor tanto somático como visceral. Actúan elevando el umbral de la sensación del dolor y haciendo que también desaparezca la ansiedad, la aprensión y el miedo asociado al dolor.

[573] ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LÓPEZ, *Todo sobre*, op. cit. p. 135, el primer alcaloide (o sustancia activa básica de una planta) se sintetizó en 1906 y fue la morfina. Con ello se consiguió la posibilidad de disponer de una dosis siempre exacta de un producto. A partir de ese momento, la química farmacéutica comenzó a desarrollar y a buscar nuevos componentes del opio y sus derivados, llegando a descubrir hasta 25 alcaloides o principios activos.

En los fármacos de paz los usos terapéuticos suelen ser más comunes que los usos lúdicos pues normalmente el usuario recurre a ellos para eliminar algún tipo de sufrimiento físico o mental existentes previamente. El mayor problema de los fármacos de paz es su capacidad para crear dependencia física acompañada de un fuerte síndrome abstinencial, en caso de suspender la administración que castiga al organismo en mucha mayor medida que el mantenimiento del hábito, de ahí que los expertos recomienden sistemas de autocontrol para quienes han llegado a esos extremos de adicción[574].

Este tipo de fármacos tienen un amplio margen de usos terapéuticos pues los opiáceos naturales[575] resultan efectivos para aliviar estados de ánimo de carácter subjetivo como la ansiedad y el desasosiego en general, además de su poder analgésico. Siempre que el usuario precise el fármaco de paz para un fin terapéutico (incluidos trastornos de ansiedad y desasosiego) o se trate de un uso crónico de la sustancia será necesaria receta médica para un adecuado control y seguimiento médico. Entre ellos los más destacados son:

a) Morfina

Dentro de los fármacos de paz debemos destacar, por sus virtudes analgésicas y la exactitud matemática con la que puede realizarse su

[574] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1196 y ss. En este sentido, ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LÓPEZ, sostienen que, efectivamente, mientras el adicto a opiáceos consigue suficiente sustancia psicoactiva para satisfacer sus necesidades se produce cierta sintomatología como miosis y posible desnutrición pero sin graves consecuencias. El problema surge cuando se suspende el consumo, pues, desde un punto de vista somático, los síntomas son: adelgazamiento, palidez, esclerosis venosa, hipotensión, frigidez sexual, demencia, confusión, hepatitis, etc. Por tanto, *"lo más manifiesto de la intoxicación crónica es el síndrome de abstinencia provocado por la supresión de la droga"*.

[575] Los opiáceos naturales se distinguen de sus sucedáneos sintéticos y tranquilizantes legales de farmacia por no producir daños cromosomáticos, ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit p. 1216.

dosificación, a la *morfina*. Esto le otorga amplias utilidades para su empleo terapéutico por su gran margen de seguridad y por la potencia de su efecto. Su gran inconveniente (como ocurre con todos los fármacos de paz) es su potencial para crear adicción[576]. La prohibición que recae sobre el opio restringe enormemente el uso clínico de la morfina cuando está demostrado que es la mejor medicación analgésica descubierta hasta la fecha, por ser la más potente, la que ofrece mayor margen de seguridad y menor coste psicofísico[577], en su lugar, se ofrecen otros derivados del opio que se consideran legales pero que no tienen las ventajas clínicas y terapéuticas presentes en la morfina, además de tener un mayor coste psicofísico, como es el caso de la codeína[578].

[576] ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LÓPEZ, *Todo sobre*, op. cit. p. 136, ante este problema, explican que*:"…la síntesis química comenzó a crear nuevas sustancias con la finalidad de mantener la misma acción analgésica y disminuir los peligros, con lo que se elaboraron unas más peligrosas que ellas, otras sin actividad terapéutica y otras con acción antagonista de la morfina, no habiéndose obtenido ninguna sin los peligros de la dependencia"*.

[577] Argumenta ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia General*, op. cit. pp. 1210-1211, que es posible medir el perjuicio que causa restringir el uso de la morfina en los hospitales por una declaración de la OMS, hecha en 1988, que afirmó que *"del 50 al 80 por 100 de los enfermos ingresados en hospitales no recibe suficiente medicación analgésica para evitar sus padecimientos, por culpa de las restricciones legales que obstaculizan el empleo de opiáceos enérgicos"*. Semejante práctica resulta indefendible desde un punto de vista clínico, pues la restricción de morfina en los hospitales provoca el uso indiscriminado de gran cantidad de analgésicos y somníferos que resultan mucho más tóxicos a nivel orgánico que la morfina, y mucho menos eficaces en su finalidad de otorgar calma y reposo en el paciente.

[578] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1212-1213. La codeína también es un opiáceo, aunque en este caso legal, que se utiliza en multitud de preparados farmacéuticos que se venden sin receta en las farmacias como sedantes, analgésicos, antiespasmódicos y remedio para la tos, siendo el derivado del opio más vendido por la industria farmacéutica. La codeína es como un hermano pobre de la morfina pues posee más o menos un 12 por 100 de su actividad, es decir, las indicaciones terapéuticas de la codeína y la morfina son prácticamente iguales, por lo que puede decirse que la primera, que logró esquivar la prohibición y se considera legal, se utiliza como sustituta de la segunda, que es tachada de ilegal. Pero esto no significa que la codeína sea menos perjudicial para la salud que la morfina, sino más bien todo lo contrario, pues un principio de economía y protección de los tejidos recomienda usar el fármaco más eficaz para lograr el fin perseguido con su dispensación

Resulta interesante la observación planteada por el autor en relación a la codeína cuando afirma que esta droga que se fabrica legalmente por cientos de toneladas, se vende sin receta a precios baratos, y es un opiáceo con gran capacidad adictiva, pues bien, a pesar de todo ello, al faltar la persecución penal sobre la codeína su presencia no desemboca en trastornos sociales, y su uso es moderado, no planteando un problema social la existencia de sujetos adictos a la codeína. En relación a la posible intoxicación aguda por codeína, ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LÓPEZ, *Todo sobre*, op. cit. p. 139, afirman que en dosis elevadas produce un estado de excitación con convulsiones, poniéndose más de relieve en los niños. No conduce a la muerte pues no se produce una depresión respiratoria intensa.

b) Heroína

La imagen general que se tiene, hoy en día, de la heroína se corresponde con la idea de que resulta tan adictiva y nociva para salud, que casi siempre, acaba terminando con la vida de sus consumidores crónicos. Si bien el argumento puede, en ocasiones ser cierto, también lo es que la *"heroína-medicamento también cura, pues mejora la salud física, mental, social y familiar"* de los adictos o consumidores crónicos de esta sustancia. Las capacidades terapéuticas de la heroína resultan más satisfactorias que las de la metadona pues disminuye más el consumo de otras drogas ilegales por los pacientes[579].

Lo usos de heroína serían siempre terapéuticos, descartando los usos recreativos o lúdicos. Este fármaco resulta tan sedante como la morfina pero es menos depresor del sistema nervioso, circulatorio y respiratorio por lo que parece más indicada en casos de sufrimiento psíquico (estados de temor, miedo, ansiedad y desasosiego mental) que en casos de dolor traumático, y siempre que se pretenda obtener una analgesia que resulte compatible con la vigilia. Además, la heroína utilizada en dosis mínimas no psicoactivas elimina la tos de forma fulminante. El mayor problema de la heroína (como ocurre con todos los fármacos de paz con capacidades analgésicas) es su capacidad para crear dependencia física, aunque tal capacidad de crear adicción es perfectamente extensible a fármacos legales como los barbitúricos que resultan tan adictivos como aquella, aunque en

[579] MARCH, *"La heroína mata y también cura"*, Diario Médico, 20 febrero de 2014, expone que*:"la terapia con heroína mejora la salud de los toxicómanos el doble con metadona. Los pacientes que recibieron heroína mejoraron su salud física 2,5 veces más que los que solo recibieron metadona. Esta es uno de las principales conclusiones del ensayo clínico que promovió la junta de Andalucía en Granada y que hoy aún sigue apostando por él. Y, además, ahora delinquen menos y han mejorado su situación social y familiar. Todo ello nos lleva a concluir que es necesario que la heroína sea un medicamento no sólo para los heroinómanos de Granada sino para los de toda España que lo necesiten"*. En ese sentido vid. Diario Médico *(/pubidlinkhandler/sng/pubtitle/Diario+M$e9dico/).*

este caso el coste psicofísico es mucho más pronunciado[580]. En todo caso, el uso terapéutico de la heroína debería quedar autorizado mediante receta médica para un adecuado control y seguimiento del usuario-paciente[581].

Experiencias desarrolladas en Holanda, Suiza e Inglaterra han probado que la utilización terapéutica de heroína para estabilizar a usuarios crónicos o adictos a opiáceos que no responden a otros tratamientos mejora su salud física y mental, reduce la utilización de otras sustancias psicoactivas ilegales y disminuye la criminalidad asociada al uso y/o abuso ilegal de estas sustancias. Además, se han producido resultados que demuestran que la heroína tiene menos efectos dañinos para la salud de los pacientes-adictos que otros sustitutos opiáceos como la metadona[582].

El consumo de heroína en la actualidad es absolutamente minoritario, y entre los jóvenes su consumo es estadísticamente irrelevante[583], por lo que no sería necesaria su dispensación para usos lúdicos pues la demanda psicoactiva de heroína es muy baja en la actualidad. No obstante, y con la intención de evitar que los usuarios consuman en un contexto

[580] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 1217.
[581] En relación a la heroína afirma MANJÓN-CABEZA OLMEDA, que: "*debería medicalizarse su dispensación, acercando al adicto al sistema sanitario para permitir el tratamiento de dolencias asociadas y ofertar otras alternativas cuando son viables, me refiero a las terapias de sustitución con opiáceos sintéticos como la metadona…Cuando lo indicado sea el mantenimiento con heroína, debería poderse pautar*".
[582] DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. pp. 174-175, explica el autor que el programa de administración terapéutica de heroína procederá a la evaluación de los progresos en salud física atendiendo a los siguientes criterios: mejora en el índice de masa corporal, mejora de estado de salud en general, mejora en los síntomas depresivos y de ansiedad, reducción de infecciones de VIH, hepatitis B y C, sífilis y activaciones de tuberculosis. Los avances en reducción del daño se valoran atendiendo al descenso del consumo de heroína ilegal y otras drogas ilegales, descenso en el uso de ansiolíticos-hipnóticos y reducción del hábito de compartir jeringuillas. En ese sentido, vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, op. cit. p. 274.
[583] SUAREZ ALEMAN, *"Prevenir el abuso de drogas en los albores del siglo XXI". La prevención del delito y del riesgo I.* 2008, p. 117. Refiere esta autora que hoy en día sólo 9 de cada 1000 españoles aseguran haber probado esta sustancia, siendo una proporción aún menor quienes la consumen de forma regular. Datos obtenidos del Observatorio Español sobre Drogas, organismo dependiente de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (www.msc.es/pnd/), cuya serie incluye los años 1995, 1997, 1999, 2001 y 2003.

prohibicionista, se podrían ampliar los usos terapéuticos de forma que cualquier sujeto con determinados padecimientos comprobables tuviera la posibilidad de acceder a una dispensación legal de esta sustancia. Además, los fármacos de paz en general, y la heroína en particular, en atención a los efectos psicoactivos que despliegan, no parece que sean las sustancias más adecuadas para usos lúdicos o festivos, pues su efecto resulta demasiado relajante e introspectivo, y si parece más adecuada para usos terapéuticos mediante su prescripción por receta médica[584].

2) Fármacos estimulantes que otorgan energía

A diferencia de los fármacos de paz, que bloquean las muestras de dolor físico o padecimiento psíquico, las sustancias psicoactivas estimulantes, en general, proporcionan una amplificación de las señales nerviosas que desencadenan o mantienen una liberación de reservas acumuladas en el organismo para casos de emergencia. Por tanto, su efecto psicoactivo consiste, fundamentalmente, en una especie de "*inyección de energia*" capaz de despejar la somnolencia y provocar una activación cerebral. En consecuencia, si se consumen sin estar en un estado previo de cansancio o somnolencia el efecto será una mayor excitación, que puede incluso llegar a producir una rigidez corporal, de ahí la importancia de una dosificación adecuada[585].

[584] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 1218.

[585] *Idem*, pp. 1255-1256, explica que "*los estimulantes actúan como un combustible de muy alto octanaje,…, gracias al cual una maquina funciona con estímulo sobrado, y por ello, propende a desgastarse antes*". De ahí que el abuso de estimulantes produzca una desagradable hiperexcitación que provoca ansiedad aguda, dolores de cabeza intensos, arritmias e incluso delirio persecutorio.

a) Cocaína

Dentro de los fármacos, actualmente prohibidos, utilizados por su capacidad de afectar al sistema nervioso, manteniendo al usuario en estado de alerta y sobreexcitación, la cocaína es el más utilizado en todo el mundo[586]. El clorhidrato de cocaína tiene un margen de seguridad alto (1 a 50) y la tolerancia es muy alta pues el empleo habitual de la sustancia amplia el margen de seguridad en cada usuario. Su capacidad para crear adicción es menor que la de los fármacos de paz, que siempre son más adictivos. Como ocurre con todas las sustancias psicoactivas, su peligro no reside en las características intrínsecas de la propia sustancia, sino en una dosificación inadecuada de la misma. En el caso de la cocaína, dosis bajas convenientemente espaciadas producen euforia y lucidez, mientras que el uso crónico de dosis altas puede producir pérdida de peso, inestabilidad emocional, debilidad, inapetencia, insomnio, impotencia, delirio persecutorio y desagradables alucinaciones[587].

Existe la posibilidad de usos terapéuticos y medicinales de la cocaína[588], aunque, como ocurre con la mayoría de sustancias psicoactivas, su prohibición y persecución penal ha evitado su investigación en este sentido. No obstante, está demostrada su capacidad como anestesia local,

[586] Una serie de encuestas realizadas por el Observatorio Español sobre Drogas, organismo dependiente de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (disponible en: www.msc.es/pnd/), cuya serie incluye los años 1995, 1997, 1999, 2001 y 2003, ponen de manifiesto que ***la cocaína es la segunda droga ilegal más consumida en España, tras el cannabis.*** SUAREZ ALEMAN, *"Prevenir el abuso"*, op. cit. pp. 113-115.

[587] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1269-1271. En relación a la legalización de la cocaína, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, p. 273, opta por un modelo escalonado, legalizando, en primer lugar las consideradas que no causan grave daño a la salud (como la marihuana). Posteriormente debería legalizarse las drogas recreativas o lúdicas como la cocaína, de esta forma se intentaría terminar con los "venenos de la prohibición" como son el crack y similares.

[588] En contra ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LOPEZ, *Todo sobre*, op. cit. p. 144, al indicar que*:"Su acción farmacológica como estimulante de la corteza cerebral no tiene aplicación clínica. Su aplicación como analgésico ha decaído"*.

alivio de los trastornos gástricos, tratamiento del asma y la congestión nasal, además actúa como un laxante suave y diurético. Pero, de la misma forma que la demanda psicoactiva de los fármacos de paz se basan en sus posibilidades para la sedación y la paz interior que pueden llegar producir; la demanda psicoactiva de la cocaína se suele fundamentar en sus posibilidades recreativas, pues si su uso resulta ocasional y en dosis moderadas, puede facilitar la comunicación, aumentando la locuacidad, la capacidad del organismo para mantener la vigilia y soportar fatigas, eleva el nivel de atención, y en definitiva, puede aumentar la intensidad psíquica, siempre que no se sobrecargue el sistema nervioso[589].

Al tratarse de una sustancia con gran margen de disponibilidad en el mercado negro, pues es una de las más utilizadas, y con posibilidades psicoactivas enfocadas a los usos recreativos o festivos, sería conveniente incluirla entre los fármacos dispensados legalmente con fines extraterapéuticos, promoviendo en los usuarios ocasionales consumos informados y responsables que no resulten problemáticos, y tratando, con seguimiento médico, los usos abusivos, crónicos o problemáticos[590].

Con la dispensación legal y controlado de cocaína para usos terapéuticos y extraterapéuticos[591] se evitaría el consumo de sustancias que

[589] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 1273. En ese sentido vid. ALFONSO SANJUAN y IBAÑEZ LOPEZ, *Todo sobre*, op. cit. pp. 144-145.

[590] En este sentido, MARTINEZ ORÓ y PALLARÉS GÓMEZ, *Entre rayas. La mirada adolescente hacia la cocaína*, 2009, p. 207, afirman que: *"Los discursos y la educación sobre las drogas que recibe los jóvenes acostumbran a ser de tipo abstencionista, a través de los cuales se intenta que asocien consumir drogas con desarrollar problemas. Si lo jóvenes deciden consumir drogas, este discurso deja de ser válido –porque normalmente no se producen las consecuencias negativas a corto plazo que, tal y como vaticinan los discursos en cuestión, habrían de provocar-. En consecuencia, estos discursos dejan sin amparo y protección a todos los jóvenes que consumen drogas"*.

[591] Aún siendo conscientes de las nefastas consecuencias para la salud del abuso de cocaína, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, resulta necesario, al tratar de los usos recreativos de la cocaína, presentar el concepto de consumo responsable. En este sentido, indican MARTINEZ ORÓ y PALLARÉS GÓMEZ, *Entre rayas. La mirada adolescente hacia la cocaína*, 2009, pp. 143-144, que el paradigma

se utilizan como sucedáneos de ésta, como el crack, que es la pasta base de la cocaína sin refinar, la llamada *"cocaína de los pobres"*, pues produciendo un efecto psicoactivo parecido al de la cocaína aunque más breve, es mucho más barata y mucho más tóxica, causando auténticos estragos en las capas menos favorecidas de la sociedad y, especialmente, en menores de edad.

b) Anfetaminas

Los usos terapéuticos de estos derivados sintéticos de la efedrina han ido evolucionando a lo largo del tiempo, en un principio se comercializaban legalmente en la farmacias en forma de inhaladores para la congestión nasal, más tarde como píldoras contra el mareo y la obesidad, para finalmente emplearse como antidepresivos. Además se puede utilizar para el tratamiento de niños hiperactivos y para el tratamiento por sobredosis de sedantes[592]. Por tanto, resulta factible su dispensación con receta para usos médicos en los tratamientos indicados.

En cuanto a los usos no terapéuticos o recreativos de las anfetaminas, habría que señalar que los efectos psicoactivos son muy parecidos a los de la cocaína. Mientras que su empleo crónico en dosis medias o altas tiene un coste psicofísico aún más grave, pues puede producir en el usuario habitual paranoia, delirio persecutorio, colapso psíquico y depresión. Sin embargo,

prohibicionista estima que todo consumo de drogas ilícitas conlleva, necesariamente, problemas. Según este criterio resulta imposible consumir drogas de forma responsable, porque las drogas minan la voluntad del individuo hasta la irremediable adicción. En cambio, frente a tal argumento, las políticas de reducción de riesgos y daños consideran que *"a los consumidores se les tiene que dotar de estrategias para gestionar sus consumos de drogas para que así asuman los menores riesgos posibles"*, considerando que es posible mantener consumos que o resulten problemáticos para el sujeto, es decir, asumen la posibilidad de consumos responsables.

[592] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1281-1282.

mientras un uso moderado, responsable y espaciado en el tiempo de cocaína no produce la necesidad de aumentar la dosis si se quieren mantener los efectos, en las anfetaminas se producen un fenómeno de rápida insensibilización, gracias al cual sí que resulta obligatorio aumentar la dosis para mantener los mismos efectos[593].

Por tanto, ante dos sustancias con idénticos efectos psicoactivos como son la cocaína y las anfetaminas, se deberá optar para su dispensación controlada como fármaco extraterapéutico, aquel cuyo uso ocasional resulte menos tóxico y conlleve un menor coste psicofísico si se utiliza de forma crónica. Además será preferible elegir el fármaco con menor capacidad para crear tolerancia.

3*) Fármacos visionarios capaces de alterar la rutina psíquica*

A diferencia de los fármacos de paz y de los que otorgan energía que se caracterizan por una toxicidad bastante alta y factores de tolerancia elevados que pueden producir dependencia física, los fármacos visionarios se caracterizan por una muy baja toxicidad y por un casi despreciable factor de tolerancia. Pero esto no significa que resulten inocuos, porque si así fuera no entrarían dentro del ámbito del concepto de fármaco. El peligro característico de este tipo de sustancias no es que el cuerpo deje de funcionar fisiológicamente por catalepsia (fármacos de paz) o sobreexcitación (fármacos de energía), sino que una alteración de la rutina psíquica en exceso y sin espaciamiento temporal puede conducir al temor a

[593] *Idem,* p. 1283.

la demencia[594].

a) MDMA o extasis

El MDMA (ácido metileno-dioximetanfetamina) fue aislado y sintetizado en 1947 por Hoffman La Roche. Se obtiene del aceite de Sasafra, y del aceite de nuez moscada. Fue redescubierto en 1989 y tuvo gran aceptación en la demanda psicoactiva norteamericana, por lo que fue rápidamente incluido entre las sustancias ilícitas. Consecuentemente, con su prohibición penal comenzó a adulterarse y a venderse ilegalmente, en masa, bajo el nombre de "extasis", siendo una de las drogas sintéticas más consumidas en la actualidad[595].

El potencial terapéutico de este fármaco tiene cierta relevancia médica, pues es capaz de combatir formas de petrificación y enajenación emocional, así como la superación de las dificultades en la comunicación. Padecimientos del psiquismo y del sistema nervioso humano como por ejemplo: la frigidez, la impotencia sexual psicológica, síndromes de aislamiento, rigidez caracterológica, desmotivación y fenómenos análogos parecen experimentar mejoras cuando son tratados con MDMA por un profesional de la psiquiatría o de la psicología. No obstante, todas las virtudes terapéuticas del MDMA desaparecieron al incluirse en los listados internacionales de sustancias prohibidas, paralizándose todas las

[594] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1289-1290. Narra este autor que*:" los fármacos visionarios más activos en sus formas naturales han sido venerados como canales de comunicación con lo eterno y sacro por aquellos pueblos que los emplearon y emplean."*

[595] ALFOSO SANJUAN y IBAÑEZ LOPEZ, *Todo sobre*, op. cit. p. 174, señalan que pueden detectarse en el extasis comercializado ilegalmente, normalmente, una mezcla de esta sustancia, con anfetaminas y *"todas las sustancias que se les ocurren para adulterarla o potenciarla"*.

investigaciones sobre las posibilidades curativas de este fármaco[596].

En cuanto a los usos lúdicos o festivos del MDMA, su capacidad para potenciar la empatía y para derribar los obstáculos psicológicos y culturales a la comunicación entre sujetos, le confieren grandes posibilidades en este campo. De hecho el MDMA sintético procedente de laboratorios clandestinos producen homólogos al MDMA de origen vegetal, y son puestos a la venta en el insalubre mercado negro sin haber sido testados y probados previamente, por lo que es la clandestinidad de su acceso lo que otorga mayor peligrosidad al uso de esta sustancia. Además, dado el enorme aumento en el consumo mundial de esta sustancia sería aconsejable su dispensación legal, informada y controlada por parte de los poderes públicos.

b) Derivados del cáñamo

La toxicidad de la marihuana y sus derivados es prácticamente inexistente. No constan casos en los que un sujeto haya sufrido una intoxicación letal a causa de este fármaco. No obstante, que no resulte tóxica no significa que resulte inocua, pues sus efectos subjetivos pueden ser intensos dependiendo del porcentaje de principio activo (el tetrahidrocannabinol – THC) que contenga la sustancia. Se trata de una sustancia psicoactiva con gran potencial terapéutico para el tratamiento de

[596] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1297-1298. En ese sentido, en El País Digital, de 7 de diciembre de 1999, *"La MDMA como droga terapéutica"*, se expone que MDMA presentaba un posible interés en los tratamientos mediante psicoterapia. No obstante, todas las investigaciones clínicas con esta sustancia se paralizaron en 1985 por su prohibición. A pesar de ello, y gracias a una organización norteamericana, sin ánimo de lucro, denominada Multidisciplinary Asociation for Psychedelic Studies, se realizaron una serie de ensayos clínicos sobre esta sustancia que concluyeron con determinando las capacidades terapéuticas del MDMA para reducir el dolor agudo y crónico de pacientes con cáncer en fase terminal. Igualmente se apreciaron efectos beneficiosos sobre pacientes con depresión y estrés postraumático.

enfermedades graves como el cáncer[597].

En cuanto a sus usos recreativos, esta sustancia psicoactiva puede resultar adecuada por su mínima toxicidad, incluso es menor que drogas actualmente legales como el tabaco y el alcohol[598]. En cuanto a su tolerancia, es suficiente con interrumpir uno o dos días su uso para borrar cualquier síntoma de ésta. El cuadro de efectos subjetivos probables no resulta tan intenso como otros fármacos visionarios, además de ser bastante menos tóxica. Independientemente de las características farmacológicas intrínsecas de la propia sustancia, los efectos psicoactivos que produce en el sujeto se encuentran influidos por otros aspectos, como el ambiente, la compañía o la propia preparación del individuo en el consumo[599].

[597] Vid. Infra. La marihuana medicinal en EE.UU. Señala DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 180, que el cannabis precisa de un tratamiento singular por su menor nocividad e incluso sus beneficios. Además, iniciativas como la legalización de su uso terapéutico, la tolerancia hacia los clubs de consumidores de cannabis, o incluso, su legalización en algunos territorios, son una muestra de los cambios que se van produciendo dentro de un marco jurídico aún insatisfactorio. En ese sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, p. 273, opta por un modelo escalonado de legalización, es decir, un modelo de legalización y control podría empezar con la marihuana, por ser la sustancia psicoactiva más extendida, la menos peligrosa, la que menos rechazo social provoca y que exige un menor aparato de reducción de daños y una mínima inversión en tratamientos de daños asociados a su consumo. También en la misma línea, ALVAREZ GARCÍA, *La necesidad*, op. cit. p. 999, afirma que: *"Hay que legalizar de inmediato el cannabis, la droga más consumida del mundo,…, de hecho hay un amplio consenso en considerar que unos de los mayores dislates de la Convención Única de 1961 fue el de incluirlo en sus listas"*.

[598] En ese sentido MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 45-46, explica que la agresividad punitiva con la que se ha perseguido la marihuana prescinde de la evidencia científica pues los efectos psicoactivos que desarrolla tras su ingesta no destruye la vida del consumidor, no se trata de una droga que cause muertes, la adicción requiere periodos muy prolongados de consumo y el síndrome de abstinencia es prácticamente irrelevante, en caso de aparecer. En la prohibición de la marihuana *"hubo un gran componente de racismo, pero no solo fue eso, también hubo un tufo a moralina y un trasfondo puritano, entendiendo puritanismo en su peor acepción, o sea, como miedo a que otro sea feliz"*.

[599] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 1309-1311. En cuanto a los efectos subjetivos de la marihuana afirma este autor que*:"Promociona actitudes lúdicas, a la vez que formas de ahondar la comunicación y todo ello dentro de disposiciones desinhibidoras especiales, donde no se produce ni el derrumbamiento de la autocrítica (al estilo de la borrachera etílica) ni la sobrexcitación derivada de los estimulantes muy activos, con su inevitable tendencia a la rigidez. El inconveniente principal son los "malos rollos"- casi siempre de tipo paranoide que pueden hacer presa en algún contertulio. Sin embargo, estos episodios quedan reducidos al mínimo entre usuarios avezados , y se desvanecen fácilmente cuando los demás prestan a esa persona el apoyo debido*". También en relación a los efectos subjetivos de la marihuana vid. SCHNITMAN, *Circuito paranoico*, op. cit. p. 25.

Se trata de la sustancia psicoactiva prohibida más consumido del mundo, el más aceptado socialmente, y el que más se cuestiona su prohibición. Ya, poco después de la conferencia de 1.961, ciertos comentarios de profesionales de la prensa holandesa que señalaban que la adicción al cannabis no era peor que el alcoholismo desencadenaron un debate dado que el rigor en la punición de los usuarios de esta sustancia psicoactiva resultaba excesivamente dura, llegándose a recomendar cambios en el tratamiento jurídico del cannabis[600].

En España, la actual despenalización del consumo de cannabis, obligaría a los poderes públicos a establecer un mercado legal y regulado de esta sustancia, pues despenalizar el consumo supone despenalizar también los comportamientos producidos en el ámbito de éste .Es decir, los actos que tiendan a facilitar ese consumo también han de quedar sin sanción penal. En caso contrario, se estarían criminalizando los actos preparatorios de una conducta impune[601].

[600] TNI *"Auge y caída"*, op. cit. pp. 27-28. En el Reino Unido: Informe del Comité Asesor sobre de Dependencia de Estupefacientes, el llamado Informe Wootton de 1969. En los Países Bajos: la Comisión Baan en 1970 y la Comisión Hulsman, 1971. En los Estados Unidos: el informe de la Comisión Shafer realizado por la Comisión Nacional sobre Marihuana y Abuso de Drogas de 1972. En Canadá: la Comisión de Estudio sobre el Uso No Médico de Estupefacientes, la llamada Comisión Le Dain de 1973. En Australia: el Comité Social del Senado sobre Bienestar Social de 1977. Todas estas iniciativas llegaron a las mismas conclusiones: el cannabis no es una sustancia inocua, pero en comparación con otras drogas, se estaban exagerando notablemente los peligros de su uso y/o abuso, denunciando ya en esa época que los efectos de la criminalización del cannabis eran potencialmente excesivos y las medidas incluso contraproducentes, debiendo los legisladores reducir e incluso eliminar las sanciones penales por uso personal de este tipo de sustancias psicoactivas. Si bien todo estos informe tuvieron escasa influencia en el *"entusiasmo represor y punitivo"* existente en ese momento en el la comunidad internacional de fiscalización de sustancias psicoactivas ilegales.

[601] DIEZ RIPOLLES, *La actual política*, op. cit. p. 608.

2.4. Las políticas de reducción de riesgos y daños asociados al uso y/o abuso de drogas. Los programas de Tratamiento con Agonistas Opiáceos (TAO) en España

Las políticas de reducción de riesgos y daños asociados al uso y/o abuso de drogas parten de un enfoque realista del problema de las drogas, reconociendo la gran distancia existente entre el ideal de conseguir la erradicación del consumo de drogas ilegales y la presencia de las mismas en la realidad cotidiana, se trata es de minimizar los efectos negativos que ejercen las drogas sobre las personas afectadas, especialmente, por su abuso.

Este tipo de políticas se fundamentan, por un lado, en la certeza de que parte de los problemas de salud que sufren los abusadores de sustancias psicoactivas están directamente relacionados con la ilegalidad de éstas, y por otro, que cabe la posibilidad de admitir que existan consumidores y/o abusadores que no pueden o no desean, durante un tiempo determinado, abandonar su consumo de drogas ilegales. Ante tal situación, es necesario respetar sus derechos individuales, y tratar de minimizar los daños de su conducta adictiva[602].

[602]GONZALEZ ZORRILLA, "Política(s) criminal(es) en materia de drogas". *Política criminal*. Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, pp. 247-248, resalta que: "*Mirarlos como diablos o como chivos expiatorios o, más laicamente, definirlos como delincuentes en tanto que consumidores, no conduce más que a paralizar todo pensamiento innovador tendente a respetar sus derechos como ciudadanos"*. En ese sentido, VEGA FUENTE, La Reducción de daños en la Política Preventiva: Aproximación Pedagógica. *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, 2003, p. 292, pone de manifiesto que hay que partir, en principio, de las necesidades de consumir drogas que experimentan los individuos, que siempre están relacionadas a condiciones personales y sociales. El problema no es la droga en sí, sino el uso que se realice de ésta. Una adecuada educación en este tema debería partir de una visión positiva del individuo, en el sentido, de que puede llegar a ser capaz de tomar decisiones adecuadas ante el consumo de las distintas drogas, en unos casos evitando el consumo y en otros, reduciendo las consecuencias negativas del mismo.

La primera norma en España que reguló los TAO fue el Real Decreto 75/1990, de 19 de enero, por el que se regulaban los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos. Si bien, en un principio la administración de metadona se limitaba a aquellos consumidores crónicos de opiáceos (especialmente heroína por vía intravenosa) que eran portadores del VIH. Posteriormente, fue modificado por el RD 5/1996, de 15 de enero, que extendió el tratamiento para adictos a opiáceos aunque no sufrieran el VIH, en base a la potencialidad preventiva de comportamientos de riesgos en las personas dependientes a estas sustancias.

Un ejemplo ilustrativo de que en el tratamiento de las sustancias psicoactivas es mejor regular y controlar que simplemente prohibir, son los programas de Tratamiento con Agonistas Opiáceos (TAO) en España. La Organización Mundial de la Salud (OMS) señaló, en su Boletín Oficial de febrero de 2013, a España como modelo a seguir en la aplicación de programas de tratamiento con agonistas opiáceos para controlar y prevenir los contagios por VIH. La forma más efectiva de prevenir recaídas en los pacientes con dependencia a opiáceos, disminuir la morbilidad asociada su uso, evitar conductas de riesgo en la transmisión de VIH y otras infecciones, es la utilización de programas de tratamiento con agonistas opiáceos, junto con una visión psicosocial del problema. Estos tratamientos, además de tener un impacto positivo sobre los comportamientos asociales de los adictos, mejoran su calidad de vida al ser tratados profesionalmente de su adicción[603].

[603] *¿Es necesario disponer de tratamientos con Buprenorfina/Naxolona para los presos dependientes de opiáceos?*, en Revista Española de Sanidad Penitenciaria 2013; pp. 105-113. Actualmente en España están disponibles los TAO basados en metadona y más recientemente, otros basados en el uso de buprenorfina/naxolona, el tratamiento diversificado ofrece una alternativa de tratamiento más individualizada y adaptada a las necesidades del paciente. Si bien son sustancias muy similares, a diferencia de la metadona, la buprenorfina/naxolona es más segura, con menor perfil de interacciones y con posibilidad de dispensación en farmacias, lo que ayuda a la reintegración social del interno-adicto.

Los TAO presentan numerosas ventajas[604], entre las que cabría destacar:

a) la disminución del uso de drogas inyectables y de los comportamientos de riesgo relacionados con el consumo.

b) se estima que los adictos a opiáceos que no siguen los TAO tienen un riesgo seis veces mayor de infectarse con el VIH que los que sí lo realizan.

c) disminuyen la criminalidad porque reducen el consumo de opiáceos, lo que está asociado al riesgo de reincidencia,

d) En consecuencia, los TAO son también beneficiosos desde un punto de vista social, al disminuir el crimen, disminuyen también los costes

[604] *¿Es necesario*, op. cit. p. 107. En ese sentido, como pone de manifiesto DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. pp. 172-175, en los últimos años, en Inglaterra, Holanda y Suiza se han realizado experiencias de suministro controlado de heroína para usuarios crónicos de esta sustancia, en lugar de metadona, suponiendo una de las iniciativas más osadas, dentro de las políticas de reducción de riesgos y daños, en un contexto prohibicionista. Las experiencias realizadas en estos países han demostrado que la mayor efectividad terapéutica de la heroína inyectada comparada con la metadona por vía oral, pues mejora la salud física y mental y la integridad social de los usuarios de heroína que han fracasado con el tratamiento terapéutico con metadona. En España la iniciativa está, en estos momentos, pendiente de las necesarias autorizaciones para ponerse en funcionamiento. Los argumentos jurídicos esgrimidos para la aceptación de la utilización terapéutica de la heroína para el tratamiento de usuarios crónicos o adictos, en España, pueden dividirse en dos:
a) por un lado, la consolidada interpretación judicial de que no se pone en peligro la salud pública en los casos de donaciones a adictos por personas allegadas o por la adquisición para consumir de forma compartida, por no existir la posibilidad de promoción, favorecimiento o facilitación indiscriminadas del consumo a terceras personas indeterminadas. En consecuencia, la dispensación de heroína a usuarios crónicos en el marco de un tratamiento deshabituador no está incluido entre las conductas proscritas por el artículo 368 CP, al no ponerse en peligro la salud pública, pues la sustancia prohibida sólo es accesible para un sujeto concreto necesitado de tratamiento, sin riesgo alguno de difusión.
b) Por otro, aun resultando típica la conducta conforme al artículo 368, cabe considerarlo legitimado en virtud del legítimo ejercicio de una profesión sanitaria en base a lo dispuesto en el artículo 20.7 del CP, dado que la legislación española no pone objeciones al uso de la heroína con fines de investigación médica y científica. Además, este autor que para asegurar la impunidad del programa de administración de heroína será necesario que los destinatarios de éste sean usuarios crónicos voluntarios, que la droga se administre directamente para consumo inmediato en el centro de dispensación, y que se realice en el marco de un tratamiento deshabituador efectuado por profesionales. Además no hay que olvidar que el uso de fármacos para tratamientos de deshabituación ha sido reconocido expresamente, desde 1983, en relación con la metadona.

policiales, judiciales y penitenciarios.

En la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016 en nuestro país se contempla el hecho de garantizar la atención integral de los drogodependientes en los centros penitenciarios sin limitación de las modalidades de tratamiento.

Junto a la metadona, existen también hoy otros tratamientos psicofarmacológicos alternativos para el tratamiento de la dependencia a opiáceos, estos son la propia heroína y la buprenorfina. A continuación se realiza un análisis comparado de estas tres sustancias que en la actualidad se utilizan en los TAO. En cuanto a los tratamientos con ***metadona*** constituyen el modelo más evaluado e investigado de mantenimiento en consumidores crónicos de opiáceos, fundamentalmente por la posibilidad de su administración por vía oral, si bien su efecto psicoactivo es menos euforizante que el de la heroína administrada por vía intravenosa[605].

Como alternativa prometedora a la metadona aparece la ***buprenorfina***, pues tiene una eficacia parecida a la metadona. No obstante, son necesarios más ensayos clínicos para el establecimiento de las dosis óptimas para los pacientes. Pueden tener la ventaja de poder ser administrada en días alternos e incluso dos veces por semana. Otra alternativa válida a la metadona, es la administración controlada de ***heroína***, aunque el prohibicionismo genera que sea la menos estudiada. No obstante, los escasos estudios existentes ponen de manifiesto que podría

[605] IRUÍN, AIZPURUA, RUIZ DE APODAKA, ZAPIRAÍN, AIZPURO, *"Revisión de la evidencia científica sobre las alternativas a la metadona en el tratamiento psicofarmacológico de las dependencias a opiáceos"*, Revista Española de Salud, volumen 75, nº 3, 2001, p. 1, explican que los programas de mantenimiento con metadona son los más extendidos en todo el mundo, por lo que esta sustancia se ha convertido en referencia obligada en cualquier estudio comparativo sobre la efectividad de los TAO.

resulta muy útil en el tratamiento de aquellos sujetos que hayan fracasado con el tratamiento de mantenimiento con metadona. Por ello, serían necesarios más ensayos clínicos que despejasen la duda en cuanto a su validez terapéutica[606].

En los TAO se pone se pone de manifiesto, en ocasiones, la distancia existente entre los objetivos que inspiran los programas asistenciales basados en el bienestar social y los objetivos que buscan los propios pacientes-adictos, que suelen ir orientados a solucionar el conflicto personal que padece cada uno de ellos. En este sentido, *"debido a la complejidad de los mecanismos biopsicosociales implicados en la adicción, la línea directriz, en cuanto a tratamientos, debería ser una combinación de enfoques terapéuticos individualizados que graviten sobre evidencias documentadas; debiéndose impulsar por tanto la realización de ensayos clínicos con aquellas sustancias para cuyo uso terapéutico, en la actualidad, no exista evidencia suficiente"*[607].

Como ha quedado patente, la prohibición penal que recae sobre determinadas sustancias psicoactivas, como es este caso de la heroína, impide la realización de más ensayos clínicos de los que consta su eficacia en el tratamiento de consumidores crónicos de opiáceos. A pesar de las evidencias científicas que demuestran las posibilidades terapéuticas de la heroína para este tipo de casos, el acientífico prohibicionismo que impera a

606. En relación a la heroína terapéutica, el Plan Experimental de Prescripción de Estupefacientes de Andalucía aplicó por primera vez en 2003 un ensayo clínico experimental desarrollado en Granada entre agosto de 2003 y noviembre de 2004, dirigido por el investigador Joan Carles March. Los datos obtenidos del ensayo consistente en la administración controlada de heroína evidenciaron que se trata de un tratamiento ***"seguro y eficaz"*** que incide en la mejora de salud, la calidad de vida y las relaciones sociales de los consumidores crónicos de esta sustancia. Información obtenida de la Agencia EFE, *"El tratamiento compasivo con heroína llega a más toxicómanos"*, de 13 de julio de 2009.

607 IRUÍN y otros, *"Revisión"*, op. cit. p. 2.

nivel mundial impone su criterio moralista frente a la experta opinión de los profesionales de la medicina, de la toxicología o de la farmacología que son, en definitiva, los profesionales del campo de las sustancias psicoactivas con capacidad de crear adicción.

3. Propuesta de las bases fundamentales de una alternativa político-criminal despenalizadora

En primer lugar, es necesario aclarar que "despenalizar" no significa "descriminalizar", es decir, aunque se propone la eliminación del tipo básico del actual delito de tráfico de drogas recogido en el artículo 368 del CP, se sigue manteniendo la protección jurídico-penal para ciertas conductas relacionadas con la difusión de sustancias psicoactivas, que serán aquellas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico-penal salud de forma más grave. Si bien se otorga mayor protagonismo a la regulación administrativo-sanitaria, la protección penal permanece a modo de refuerzo y para los ataques más graves para el bien jurídico-penal.

El principio fundamental de no intromisión de los poderes públicos en la esfera de la libertad individual de cada persona y el libre desarrollo de su personalidad constituyen los pilares básicos sobre los que se debería asentar cualquier política-criminal en el tratamiento de las sustancias psicoactivas. Se plantea un enfoque científico y multidisciplinar del uso y/o abuso de sustancias psicoactivas. Ante la falta de legitimidad científica de la actual distinción entre drogas legales e ilegales, es necesario adoptar una nueva cultura farmacológica basada en criterios más científicos.

3.1. Unificación de los ilícitos penales relativos a la protección de la salud: alimentos, sustancias psicoactivas o fármacos y tóxicos o sustancias nocivas para la salud

El CP actual recoge los delitos contra la salud pública en el Capítulo III, del Título XVII, bajo el título: *"De los delitos contra la salud pública"* que va desde el artículo 359 hasta el artículo 378. Si atendemos al objeto material sobre el que recaen las conductas, el CP distingue claramente, por un lado, los medicamentos, alimentos y *"sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan producir estragos"* (del artículo 359 al 367 del CP), y por otro, las llamadas *"drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas"* (artículos del 368 al 378 del CP). Tal distinción se deja patente, principalmente, en la mayor penalidad existente en los ilícitos relacionados con la difusión de drogas, en las agravaciones específicas de éstos, y la mayor amplitud de la conducta típica, reflejada en clausulas abiertas como la expresada en el art. 368 CP:*"…o de otro modo"*.

Para otorgar una adecuada protección a las condiciones de consumo de los fármacos y así proteger la salud de cada individuo frente a los riesgos derivados del uso y/o abuso de tales productos sería necesario clasificar los distintos objetos materiales sobre los que recae la protección anticipada de las condiciones de uso de estos productos, diferenciando entre: alimentos, fármacos o sustancias psicoactivas y tóxicos o sustancias nocivas para la salud (estos últimos no tienen la concepción de fármacos pues sólo son tóxicos sin posibles aplicaciones terapéuticas o extraperapéuticas consistente en la obtención de un bienestar físico y/o mental, es decir, no entran dentro del concepto científico de fármaco).

En relación a los fármacos o sustancias psicoactivas, a diferencia de los alimentos son sustancias con capacidad de afectar el ánimo humano, bien potenciando momentáneamente la serenidad, la energía y la percepción, pueden llegar a reducir la aflicción, la apatía o la rutina psíquica, lo que explica que en las culturas de la antigüedad fueran consideradas de naturaleza mágica. Se trata de sustancias con propiedades farmacológicas que en dosis adecuadas pueden tener usos terapéuticos y lúdicos adecuados[608]. Precisamente, esta capacidad que tienen los fármacos de afectación al psiquismo humano y su capacidad para crear tolerancia, aconseja un control más estricto y una mayor penalidad a las conductas relacionadas con la difusión ilegal este tipo de sustancias.

Junto a sus propiedades terapéuticas y lúdicas, estas sustancias también pueden provocar intoxicaciones agudas o crónicas, y llegar a resultar tóxicas: todo dependerá de la dosis adecuada. Por eso cuando se trata de de fármacos resultan tan importantes las condiciones de uso de las mismas, pues un uso correcto puede llegar a causar al usuario algún bienestar físico o psíquico, pero un uso indebido puede llegar a dañar su organismo e incluso causarle la muerte. Las sustancias psicoactivas o fármacos deben tener ambas cualidades al mismo tiempo para poder entrar en el concepto científico de fármaco o sustancia psicoactiva, es decir, capacidad curativa o terapéutica y capacidad tóxica, si carece de posibilidades de ser empelada para fines terapéuticos beneficiosos para el organismo humano la sustancia dejará de tener la condición de fármaco para convertirse en producto tóxico.

[608] ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. pp. 13-15.

En relación, a los tóxicos o sustancias nocivas para la salud, hay que diferenciarlas de los fármacos o sustancias psicoactivas. La distinción radica en que los tóxicos o sustancias nocivas son productos, que por su elevada toxicidad y su escaso o nulo efecto psicoactivo para la obtención de un determinado bienestar físico o psíquico en el usuario, resultan inadecuados tanto para fines terapéuticos como lúdicos o recreativos. En este grupo se podrían incluir aquellas drogas ilegales que en la actualidad reúnan tales características, así como las sustancias o productos aludidos en el artículo 359 del CP cuando expone: *"…sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos,…"*. Junto a ellas, se incluirían también es este apartado, algunas de las drogas nacidas de la prohibición disponibles en el mercado ilegal, y algunos medicamentos[609] considerados como legales con alto potencial de toxicidad, un bajo margen de seguridad y devastadores efectos no deseados para el organismo.

Además, este tipo de sustancias también se caracterizan por resultar limitada su capacidad psicoactiva para la obtención del bienestar físico o psíquico deseado por el usuario, como por ejemplo el efecto analgésico o el efecto de otorgar energía o de calmar el desasosiego, acompañado de un coste psicofísico mucho más grave.

La propuesta analizada plantea acomodar los ilícitos penales relacionados con la difusión de drogas, a un sistema de legalización

[609] Como afirma ESCOHOTADO ESPINOSA, *Historia general*, op. cit. p. 1231, la *Pentazocina* es un analgésico legal que es tres veces menos potente que la morfina y con un coste psicofísico mucho más grave para la salud, es especialmente peligrosa por su ridículo margen de seguridad (la dosis mínima para combatir dolores graves es de 50 miligramos, y más allá de los 60 puede producir graves efectos no deseados como: depresión respiratoria, taquicardia, brusco aumento tensión arterial, brotes de conducta demente e intensos episodios de malestar). Es uno más de la "*malizia* farmacológica contemporánea", sirva también de ejemplo la *Talidomida*, otro sedante sintético y legal que se anunciaba como "*eficaz e inofensivo"* y que entre 1961 y 1962 provocó que no menos de tres mil niños nacieran con graves malformaciones físicas.

controlado, equiparando las sustancias psicoactivas actualmente prohibidas al régimen jurídico establecido para los medicamentos. Tal equiparación, realizada en el ámbito del derecho administrativo-sanitario, podría ser extensible al ámbito penal e incluir los ilícitos penales correspondientes a la difusión ilegal de sustancias psicoactivas conjuntamente con los que protegen la salud de la colectividad de los riesgos del consumo de medicamentos y alimentos.

Resulta coherente pensar que si se recurre a la legislación relativa a los medicamentos como texto administrativo básico para integrar en él las sustancias psicoactivas ahora ilegales, también se produzca tal integración respecto de los ilícitos penales relativos a los medicamentos (pues dentro de ellos se incluirían ahora las sustancias psicoactivas para uso no terapéutico). Además de ser coherente con la definición misma de medicamento, supone disponer de una norma que, con gran exhaustividad, regula todo el proceso que va desde la elaboración hasta la dispensación en farmacias de los fármacos indicados para usos terapéuticos o extraterapéuticos[610].

El sistema que se propone otorga un mayor protagonismo a la legislación administrativo-sanitaria, especialmente, a la actual Ley del Producto Farmacéutico, donde se recoge de forma exhaustiva todo el proceso que abarca desde la fabricación o producción de los fármacos hasta su debida dispensación en las farmacias. En este caso, deberá el Derecho

[610] Coincide con tal planteamiento DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 168, al afirmar que la implementación de un sistema de control jurídico-administrativo, tomando como base fundamental la legislación sobre medicamentos no implica que el Derecho penal deba abstenerse de intervenir, así las infracciones más graves del control administrativo deberían constituir delito, como sucede con los productos alimenticios, medicamentos u otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud.

penal acomodarse al sistema de control administrativo-sanitario establecido para la dispensación de sustancias psicoactivas, limitándose a sancionar las formas más graves de ataque contra la salud de las personas, lo que además resulta coherente con el principio de intervención mínima y, dentro de él, con el principio de subsidiariedad[611].

3.2 Creación de un concepto de lesión o dañosidad relacionado con la difusión ilegal de sustancias psicoactivas

Con la actual política criminal en materia de drogas, parece que el Estado se cree en el deber de controlar penalmente aquellas sustancias con capacidad psicoactiva que selecciona sin fundamento farmacológico alguno. Pero existen derechos subjetivos e individuales que resultan incompatibles con tal consideración. Como se ha puesto de manifiesto, el actual delito de tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, de consumación anticipada y de mera actividad, donde no es necesario que se produzca un daño preciso a una víctima en concreto. Es decir, en ocasiones, el tipo penal se considera realizado sin la necesidad de probar un perjuicio concreto para un sujeto determinado. Lo que sucede en materia de tráfico de drogas se puede considerar una excepción a la regla general relativa a la autonomía de la voluntad individual[612].

---

[611] Es este sentido, afirma DIEZ RIPOLLÉS, *"El bien jurídico"*, op. cit. p. 19, que*:" Desde antiguo un sector minoritario de la doctrina penal a defendido que al ordenamiento jurídico-penal no le competería la función valorativa de determinar qué conductas merecerían ser calificadas como ilícitas, sino que habría de limitarse a sancionar con una pena las formas más graves de los ilícitos previamente identificados como tales por los otros sectores de la política jurídica."*

[612] ESCOHOTADO ESPINOSA, *"Historia general"*, op. cit. pp. 17-23. Señala el autor que a pesar de la especialísima naturaleza del delito de tráfico de drogas, la delincuencia relacionada directa o indirectamente a drogas ilícitas constituye el capítulo penal singular más importante en gran parte de los países avanzados, donde alcanzan cotas próximas a tres cuartas partes de todos los reclusos. Cuando un delito previamente desconocido se eleva a fuente principal de las condenas, y crece en vez de contraerse con la represión, cabe sospechar que esconde un proceso de reorganización en la moral vigente.

La configuración del tipo básico del delito de tráfico de drogas como uno delito de peligro abstracto plantea multitud de problemas dogmáticos. Por lo que podría resultar más acorde con un Derecho penal garantista la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad para la protección jurídico-penal de la salud de la colectividad frente a la difusión ilegal de sustancias psicoactivas[613].

En el capítulo relativo al concepto de bien jurídico-penal salud pública, se concluía afirmando que la salud pública se corresponde con la salud individual. Siendo ésta última el bien jurídico-penal efectivamente protegido en este tipo de ilícitos. El primer paso a seguir en la construcción de un concepto de lesión material en el delito de difusión de sustancias psicoactivas es la determinación concreta del bien jurídico-penal protegido. Si se otorga naturaleza individual al bien jurídico-penal salud, resultará más factible la elaboración de un concepto de lesión o dañosidad vinculado a la difusión ilegal de sustancias psicoactivas.

La salud individual queda protegida por el artículo 147 del CP, al señalar que: *"El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo de delito de lesiones…"*. Como se observa, el precepto protege la integridad tanto física como psíquica del individuo frente a agresiones externas de naturaleza física. La cuestión a dilucidar sería, si es posible encajar dentro de estas "agresiones externas" el comportamiento consistente en la difusión ilegal de sustancias psicoactivas que pueden llegar a producir un daño físico o mental en el sujeto pasivo del

[613] Señala, en este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *"El bien jurídico"*, op. cit. p. 19, que la elaboración de un concepto de lesión material o dañosidad de bienes jurídicos colectivos que, cumpliendo las exigencias dogmáticas sea capaz de sustituir las muy cuestionables estructuras típicas de peligro por las más garantistas de resultado material.

delito.

En primer lugar, en cuanto a los medios comisivos el CP utiliza la formula: *"El que, por cualquier medio o procedimiento…"*. Ante tal formula abierta resulta coherente pensar que queda incluido, entre los posibles medios comisivos, la comisión de un delito de lesión mediante la trasmisión, por el sujeto activo del delito, e ingesta por el sujeto pasivo de una sustancia psicoactiva que puede resultar nociva para su salud[614].

Dado que algunas de las drogas, actualmente ilegales, son capaces de crear graves trastornos psíquicos por su fuerte capacidad psicoactiva y además pueden llegar a crear adicción en el sujeto, sería posible extender la aplicación del delito de protección de la salud individual recogido en el artículo 147 CP, especialmente en su esfera de protección de la salud mental, para aquellas conductas de difusión de drogas que puedan llegar a causar un menoscabo mesurable en la salud física o mental de un sujeto determinado.

En este sentido, cabría definir la lesión como "el menoscabo de la integridad biológica de la persona", es decir, producir una alteración del sistema estructural o funcional del organismo humano. Según este criterio, y desde una perspectiva médico legal, el bien jurídico-penal protegido por el delito de lesiones sería *"la integridad biológica de la persona"*, ya que las funciones biológicas poseen siempre el carácter de totalidad y, de esta

[614] De hecho, en la regulación anterior del delito de lesiones en el CP, y en concreto en el Anteproyecto de 1983, no se recogía aún la clausula general y abierta establecida en la actual regulación, sino que se enumeraban una serie de posibles medios comisivos, entre los que se encontraba, en su artículo 421, *"administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu"*.

forma, todo lo orgánico es también psíquico, y todo lo psíquico orgánico, en otras palabras, en el ser humano *"todo lo orgánico transcurre psíquicamente, y todo lo psíquico transcurre orgánicamente"*[615].

La base objetiva que pone de manifiesto la efectividad de la lesión material producida en el delito de lesiones, tipificado en el artículo 147 del CP, viene constituida por los elementos normativos contenidos en la frase: *"… siempre que la lesión requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico"*. Como se puede observar, el delito de lesiones contiene un sustrato material objetivable que hace posible su concepción como un delito de lesión o de dañosidad. Se trataría ahora de encontrar algún sustrato material que nos permitiera materializar objetivamente si una conducta de difusión de drogas es capaz de crear un daño o menoscabo en un sujeto determinado en el que resulte posible su medición y alcance.

En el caso de sujetos que están sometidos a tratamiento de deshabituación, y aunque sin estar sometidos *"oficialmente"* a éste, están tratando de desintoxicarse por su cuenta, la difusión ilícita de sustancias psicoactivas dirigida hacia ellos podría considerarse que su estado psicofísico de salud se *"lesiona"* o se agrava como consecuencia del empeoramiento para su salud individual que supone el volver a consumir

[615] CARDONA LLORENS, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, 1988, pp. 36-37, en consecuencia, sostiene que: *"No puede entenderse, pues, médico-legalmente dos bienes jurídicos separados para englobar la integridad de la persona, sino un único bien jurídico que integra todos los elementos que constituyen la persona"*.

sustancias psicoactivas con capacidad adictiva[616]. En los casos de sujetos pasivos del delito neófitos que se inician en el consumo como consecuencia de actos de difusión o promoción ilegal de drogas (es decir, actos de difusión de drogas al margen del sistema de dispensación legal ofrecido por los poderes públicos), se podría considerar que la creación de hábito en el sujeto pasivo del delito puede llegar a condicionar en el futuro el desarrollo de una vida plena y saludable, llegando a convertirse en un uso crónico de sustancias psicoactivas, lo que puede llegar a lesionar o dañar la salud individual del un sujeto, por suponer una agresión a su integridad biológica.

En el modelo propuesto se parte de la existencia de un mercado legal controlado por los poderes públicos para la dispensación de fármacos o sustancias psicoactivas, por lo que los actos de difusión clandestina de éstas, a los que se les pueda atribuir objetivamente la causación de un determinado coste psicofísico mesurable en un sujeto pasivo concreto, podrían llegar a castigarse penalmente como un delito de lesión para el bien jurídico-penal protegido salud humana.

No obstante, no hay que olvidar que no se prescinde en la alternativa político-criminal que se plantea de la protección de la salud mediante el establecimiento de tipos de peligro. Como se puso de manifiesto en el epígrafe anterior, al pasar a considerarse algunas de las sustancias psicoactivas actualmente ilegales como productos de lícito comercio gozarían la protección ofrecida por el CP para los alimentos y los

[616] En ese sentido, pero en relación a la agravante del artículo 369.4º del CP consistente en la difusión de drogas a personas que están sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte especial, 1996, p. 574, que dicha cualificación ***"podría ser innecesaria si se estima en su caso concreto un posible delito contra la salud individual (lesiones) del sujeto sometido a tratamiento, cuyo estado se agrava como consecuencia de haber vuelto a ingerir droga".***

medicamentos, es decir, existiría responsabilidad por el producto por parte del Estado también sobre las sustancias psicoactivas que dispensaría legal y controladamente a los consumidores. Consecuentemente, para los riesgos ocasionados por la difusión ilegal -al margen del mercado lícito creado- de este tipo de sustancias con capacidad para menoscabar la salud de un número indeterminado de personas se podrían establecer sanciones penales para los ataques más graves. Además, a diferencia de los alimentos, la capacidad para alterar psicosomáticamente el organismo humano y de crear adicción que poseen las sustancias psicoactivas podría tomarse en consideración para agravar la responsabilidad penal del autor del delito por el mayor peligro que suponen estas sustancias para la salud de la colectividad.

En el tratamiento de las sustancias psicoactivas resultan tan importantes las cualidades farmacológicas de las distintas sustancias como sus condiciones de uso. La difusión de estas sustancias al margen del sistema legalmente establecido puede llegar a perjudicar gravemente la salud de las personas. En este sentido, tal menoscabo puede llegar a ser objetivable tomando como referencia factores tales como: la adulteración de la sustancias, la creación de hábito en un neófito, la agravación de la salud de un sujeto que intenta dejar el hábito, la ausencia de un conocimiento exacto de la composición de la sustancia, la falta de información adecuada sobre el uso de la misma (especialmente establecer la dosis activa media), y la ausencia de información expresa acerca de los daños y riesgos asociados a su consumo.

El sujeto pasivo del delito, que en este caso es el propio usuario de la sustancia ilícita debe conocer todos los datos relativos a posología, efectos

psicoactivos, duración, efectos secundarios o no deseados, composición o capacidad adictiva de la sustancia, o si ésta se encuentra adulterada haciéndola, por tanto, más peligrosas. Si a éste no se le da la opción de conocer las condiciones concretas de consumo del fármaco por adquirirlo en el contexto del mercado ilícito, y resulta, que dicho consumo le causa un daño a su salud individual que es posible constatarlo objetivamente (se incluiría la creación de dependencia a sustancias psicoactivas con capacidad de causar daños a la salud como delito de lesión), tal menoscabo a la salud podría ser reprochado al sujeto activo del delito como autor de un delito de lesiones.

3.3. Creación de tipos penales específicos para combatir el narcotráfico a gran escala de sustancias psicoactivas: delitos contra el orden socio-económico

Se trataría de construir un injusto penal en el que el bien jurídico protegido sería el orden socio-económico por la amenaza que implica para éste las organizaciones criminales de narcotraficantes, pues se trata de oligopolios que desarrollan actividades que inciden sobre todos los sectores de la libre competencia y suponen una vulneración de carácter masivo de la legislación relativa al contrabando y al control de cambios, sin olvidar los efectos producidos sobre el sistema financiero[617].

Los delitos contra el orden socioeconómico suelen ser cometidos por sujetos con gran influencia en los poderes públicos, lo que unido al hecho

[617] MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, op. cit. p. 274, señala que: "*las más graves trasgresiones al régimen administrativo de autorizaciones para producir y suministrar drogas, o sea, las que buscase un desvío de la producción fuera de los canales legalmente establecidos.* ***Cualquier actividad del mercado negro y contrabando debería ser delictiva".***

de los escasos medios con los que cuenta el sistema judicial conduce a que *"los procesos que siguen adelante en materia socioeconómica, de salud pública o medioambiental son delitos de bagatela, al menos en comparación con aquellos en los que ni tan siquiera se consigue que se abran diligencias o que llegue al juicio oral"*[618]

En la actualidad, el gran narcotráfico se castiga mediante agravaciones que en ocasiones resultan inoperantes por aplicarse a ámbitos jurídico-penales que no le pertenecen, por lo que, la instrumentación de injustos penales específicos en al ámbito de los delitos contra el orden socio-económico resultaría más efectiva para la persecución de este tipo de delincuencia, además de resultar jurídicamente más adecuado[619].

En consecuencia, se eliminarían las agravantes vinculadas en la actualidad al 368 del CP, consistentes en pertenecer a una organización dedicada al narcotráfico o la de ser jefes o administradores de tales organizaciones. En su lugar, se establecería un tipo penal autónomo en protección del orden socioeconómico por resultar más coherente con un sistema de control administrativo sobre la producción y dispensación por parte del los poderes públicos de todos los fármacos. Para las conductas más graves que pongan en verdadero peligro la salud de la colectividad, por la elevada toxicidad o capacidad para crear tolerancia de las sustancias incautadas, o por su notoria importancia, se podrían establecer tipos

[618] CORCOY BIDASOLO, *"Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales"*, Revista de Derechos Fundamentales, nº 8, 2012, p. 45, pone de manifiesto que, en otros supuestos, se llega a la absolución por prescripción derivada de *"dilaciones provocadas por los imputados o derivados de intervenciones políticas o de la falta de medios"*. En consecuencia, para combatir con eficacia este tipo de actividad delictiva, sostiene la autora con acierto que ***"la referida relajación de las garantías no es tan necesaria como podría parecer si se dota de medios a la justicia y que lo relevante es que el Derecho penal se aplique a todos por igual, y no como un "derecho a la carta", atendiendo a los intereses de los más fuertes".***

[619] DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 190.

agravados que incrementarán la penalidad de tales conductas, asegurándose el establecimiento de penas elevadas para ese tipo de delincuencia.

3.4. Creación de un tipo penal autónomo para la protección de la indemnidad de menores e incapaces frente a la disponibilidad de las sustancias psicoactivas

El establecimiento de un mercado legal y regulado de algunas de las sustancias psicoactivas existentes para mayores de 18 años y capaces, conduce, necesariamente, a la creación de un ilícito penal específico para la protección de la indemnidad de los menores y a personas con discapacidad frente a las sustancias psicoactivas, pues pueden suponer éstas una grave injerencia en su desarrollo físico o mental, y en especial, en el desarrollo de su capacidad autodeterminación, por el potencial psicoactivo y adictivo de los fármacos.

En la actualidad que el destinatario de la droga sea un menor conlleva una agravación de la pena del tipo básico, y por tanto, para poder aplicarse deben darse primero los elementos fundamentales de éste. Con ello la especial protección para menores e incapaces resulta inoperante en aquellos casos que se den alguna de las causas de atipicidad de la conducta. Para una eficaz protección jurídico-penal de los menores y de las personas con discapacidad frente a las sustancias psicoactivas resultaría necesario contemplar la tipicidad de la conducta, no sólo cuando se pueda ver comprometida su salud, sino también cuando se vea comprometida su indemnidad. Esto es así, porque su interrelación con las sustancias

psicoactivas no es libre[620]. En este caso, junto a la salud como bien jurídico-penal protegido aparece otro interés jurídico digno de protección penal, como es la falta libertad personal de decisión de menores e incapaces frente a la difusión de estas sustancias, pues éstos, todavía no gozan de la capacidad necesaria para entender y querer.

En cuanto, a la determinación de la ubicación sistemática del tipo penal que viniera a proteger la indemnidad de menores e incapaces frente a las drogas, considero que sería posible ubicarlo también junto a los delitos contra la salud, dentro del Capítulo III, Título XVIII, pues además de la protección de su indemnidad frente a las drogas también se estará protegiendo su propia salud, se trataría de un delito pluriofensivo. Además, al proteger la falta de libertad del menor o incapaz frente al uso y/o abuso de sustancias psicoactivas, coincide también el objeto material del delito con el resto de preceptos regulados en este apartado del CP, pues se trata de proteger todos aquellos comportamientos relacionados con la difusión ilegal de sustancias psicoactivas.

3.5. Argumentos económicos y de tutela judicial efectiva a favor de la propuesta de alternativa despenalizadora de las sustancias psicoactivas

En el artículo 24 de la CE recoge el principio fundamental a la tutela judicial efectiva, que se traduce en la obligación de los poderes públicos de

[620] MANJÓN-CABEZA, *"Venta de cantidades"*, op. cit. p. 105-108, argumenta la autora que: *"Una solución de lege ferenda protectora de la indemnidad, al margen de la salud pública, permitiría castigar las invitaciones al consumo, el consumo compartido y la venta de cualquier cantidad de sustancia cuando el receptor fuera menor o incapaz. Incluso se podría castigar la venta de cantidades inferiores a las dosis mínimas psicoactiva, si su entrega estuviese encaminada al acercamiento o iniciación del sujeto al mundo del consumo."*

garantizar una justicia *"eficaz"*, es decir, caracterizada por la ausencia de dilaciones y por la efectividad en la tutela judicial de los derechos. Tal mandato constitucional se ve impedido por los efectos que produce la existencia de un *"exceso de demanda"* de tutela judicial que produce importantes problemas de dilación y congestión de los órganos judiciales, además de limitaciones en materia de acceso de los ciudadanos a la justicia[621].

Para tratar de paliar tal situación, la función de la política judicial consiste en reducir al máximo el coste social, y esto se consigue a través de medidas que reduzcan la demanda de justicia, para ello será necesario, la adopción de decisiones de política-criminal. Con demasiada frecuencia la tutela judicial exige elevados costes y proporciona escasa efectividad, de ahí que el objetivo de la política judicial no debe ser otorgar más tutela judicial sino facilitar el acceso a aquel procedimiento más efectivo, es decir, aquel que proporcione más tutela, mayor disuasión de ilícitos y menos costes. En consecuencia, el objetivo de la política judicial será maximizar el acceso a la justicia y minimizar los costes sociales de este proceso[622].

Según la Memoria del Consejo General del Poder Judicial[623] correspondiente a 2015, en relación a los asuntos ingresados en todas las jurisdicciones, la tasa de litigiosidad penal se cifra en el 71,3% lo que

[621] PASTOR PRIETO, *¡Ah de la justicia! Política judicial y económica*. 1993, p. 33. Afirma este autor que la administración de justicia tiene como objetivo contribuirá aumentar el bienestar social a través de las acciones que le son propias y a mejorar la distribución de ese bienestar pues esa es la base del sistema jurídico y del sistema judicial. Se trata de reducir el problema al máximo y hacerlo con el mínimo coste. *Idem*, p. 38

[622] PASTOR PRIETO, *¿Ah de?*, op. cit. pp. 41-42.

[623] Aprobada por el Pleno de 22 de julio de 2015. En ese sentido, afirma DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 163, que se ha acreditado que la criminalidad relacionada con las drogas está presente en el 40 por ciento de todas las sentencias emanadas de la jurisdicción penal.

supone que, prácticamente cuatro de cada tres asuntos se corresponde con la jurisdicción penal, es decir, una parte considerable de los presupuestos que le corresponden a la Justicia española se gastan en esta jurisdicción. Si esa cifra de litigiosidad penal, le añadimos el dato de que el 27% de los internos de las prisiones españolas están cumplimiento condena por la comisión de delitos de tráfico de drogas[624], parece razonable pensar que el *"exceso de demanda"* existente actualmente en la Justicia española puede deberse al mantenimiento de una política, en exceso, represiva penalmente en el tratamiento de las sustancias psicoactivas[625].

A ese porcentaje, habría que añadir la comisión de delitos que indirectamente se derivan del mantenimiento de la prohibición penal sobre las drogas, como son, en muchas ocasiones, delitos contra la propiedad cometidos por usuarios crónicos de estas sustancias, o delitos contra las personas causados por actuar bajo los efectos de alguna sustancia psicoactiva ilegal o del síndrome abstinencial[626].

En los últimos cinco años la tasa de litigiosidad penal ha pasado del 73% al 71,3%, es decir, se ha reducido. También ha disminuido el número de internos presentes en las prisiones españolas. En 2010 se contabilizaban

[624] Dato obtenido de la página oficial de la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP) de fecha 17 de junio del 2013, www.acaip.es. En este sentido, y para constatar que desde hace décadas se da esta situación, aporta SANTOS PASTOR, *¡Ah de la!*, op. cit. pp.65 y 91, el siguiente dato correspondiente a 1990: la jurisdicción penal representa las tres cuartas partes de los asuntos ingresados. Y entre los asuntos conocidos por los juzgados de instrucción y por las AP predominaban fundamentalmente los delitos contra la propiedad y el tráfico de drogas.

[625] En este sentido, afirma QUERALT JIMENEZ, Derecho penal. Parte especial. 2008, p. 982, nuestros tribunales son auténticas *"narcosalas"* pues más de la mitad de su trabajo está dedicado a la droga y las consecuencias que se derivan de su consumo y tráfico, lo que supone un gran costo económico pues a los tribunales hay que añadir los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y el Sistema Penitenciario que derrochan ingentes esfuerzos que debería tener mejor destino que "*el sacar el agua del mar con capazos de mimbre*".

[626] Se calcula que entre un 70 y un 80 por ciento de toda la actividad judicial penal tiene relación con la criminalidad vinculada a las drogas, lo que supone un desbordamiento del sistema judicial penal y de la Administración penitenciaria. DIEZ RIPOLLÉS, Delitos, op. cit. p. 181.

76.951 presos, y en 2015 se ha reducido esta cifra en 11.000 internos menos. Esta significativa reducción se debe, fundamentalmente, a la modificación del CP efectuada por la LO 5/2010, 22 de diciembre, por la que se rebajan las penas máximas para los delitos de tráfico de drogas[627].

El exceso de demanda de tutela judicial, especialmente en la jurisdicción penal que absorbe la mayor parte de la litigiosidad, produce las siguientes consecuencias en la Administración de Justicia española: congestión, dilación, disminución de la tasa de sentencias, mayor número de asuntos por cada magistrado u órgano judicial, pérdida de la calidad de las resoluciones. Lo que supone importantes costes directos como el coste derivado del error judicial, ya que la dilación y el retraso hacen más probable el error al degradarse el valor de la prueba con el paso del tiempo[628].

La eficiencia económica aplicada a la Administración de Justicia supone la minimización de costes y la maximización del producto enfocados a conseguir el máximo bienestar posible de los usuarios de la justicia. Un ejemplo de eficiencia sería la utilización de jueces, personal altamente cualificado y por tanto de alto coste para la Administración, para desempeñar funciones que exijan necesariamente de su intervención, y dejar el resto a personal menos cualificado y más barato. También se aumentaría la eficiencia si en la producción de servicios por los entes públicos se desarrollaran sistemas de información y gestión que

[627] Otro factor que ha influido en esta reducción del número de asuntos penales y en el número de internos es el descenso de la población reclusa extranjera a causa de la crisis económica. Datos obtenidos de página oficial de la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (ACAIP) de fecha 17 de junio del 2013, www.acaip.es y de la Memoria del CGPJ de 2015. Aprobada por el Pleno de 22 de julio de 2015.
[628] PASTOR PRIETO, *¡Ah de la!*, op. cit. pp. 231 y 238.

proporcionen resultados próximos a la maximización de la eficiencia[629].

Dar solución a este problema no supone desproteger el bien jurídico-penal salud humana de los peligros y los daños asociados al uso y/o abuso de drogas, más bien todo lo contrario. Se trata de llevar a efecto una alternativa político-criminal en la materia que pueda resultar más eficaz, más coherente, desde un punto de vista toxicológico, y sobre todo, más respetuosa con la libertad de individuo. Para ello resulta necesario proceder a una despenalización controlada de las conductas relacionadas con la difusión de sustancias psicoactivas de escaso o nulo alcance para el bien jurídico-penal protegido, poniendo el acento punitivo en los ataques graves considerados de relevantes penalmente[630].

Con la adopción de tales presupuestos político-criminales en la materia se produciría un descenso considerable en la demanda de tutela judicial que conduciría a una mejora en eficacia y eficiencia de la Justicia española. Ese ahorro[631] podrá estar destinado al aumento y desarrollo de políticas públicas en materia de prevención al uso y/o abuso de drogas psicoactivas, poniendo el acento en la reducción de la demanda, especialmente orientada a reducir el número de personas que se inician en los usos de estas sustancias, y en reducir al máximo los riesgos y daños asociados al uso y al abuso de éstas.

Además, del ahorro en represión con la implementación de un

[629] PASTOR PRIETO, *¡Ah de la!*, op. cit. p. 198.
[630] Vid. Epígrafe 3 de este Capítulo.
[631] GONZALEZ BUSTELO, *Narcotráfico*, op. cit. p. 180, argumenta que la "guerra a las drogas" supone un inmenso coste económico a nivel mundial sin resultados favorables. En ese sentido, indica que, en términos globales el coste económico anual calculado se cifra en unos 100.000 millones de dólares, lo que equivale a la contribución de todos los países miembros de la OCDE a ayuda internacional al desarrollo. Datos obtenidos, por la autora, en: http://www.opensocietyfoundations.org/reports/alternative-world-drug-report-counting-costs-war-drugs.

mercado legal de dispensación de determinadas sustancias psicoactivas gravado fiscalmente, como sucede en la actualidad con las drogas legales (tabaco y alcohol), se produciría un aumento considerable en los ingresos del Estado que se podrían destinar, precisamente, al tratamiento de usuarios crónicos y/o problemáticos y, sobre todo, a la prevención y educación para de esta manera contrarrestar la demanda de sustancias psicoactivas[632]. Se produciría así, en la problemática general de las drogas, un aumento del poder económico del Estado en detrimento de los grandes narcotraficantes, al "arrebatarle" un negocio económicamente astronómico, lo que podría fortalecer la soberanía del Estado frente a las redes criminales dedicadas al narcotráfico[633].

Ya, desde hace más de tres décadas, avisaba FRIEDMAN de los peligros de la tendencia de los Estados a protegernos de nosotros mismos como consecuencia de una *"explosión de rectitud moral"*, y equipara las nefastas consecuencias producidas por la Prohibición del alcohol en 1920 con las ocasionadas por la fiscalización sobre determinadas sustancias psicoactivas. La conversión de la ingesta de alcohol en un delito contra el Estado convirtió en infractores de la ley a un gran número de ciudadanos que, de otro modo, la respetaban, y además, de no acabar con la disponibilidad de alcohol y no descender su consumo, la Prohibición

[632] MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La solución*, op. cit. p. 276, sostiene, con acierto, en cuanto al argumento económico de la legalización de las sustancias psicoactivas prohibidas, que los beneficios que se obtendrían con el enorme ahorro en represión penal y, en su caso, los beneficios obtenidos con la dispensación legal de estas sustancias, se invertirían en prevención y tratamiento, que estaría perfectamente cubierto. Estos fines de prevención y tratamiento son los que dan más valor al argumento económico.

[633] En este sentido, MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 274-276, pone de manifiesto que, a pesar que algunos consideren que el argumento económico es inmoral señalando que el Estado se quiere ahorrar gastos a costa de la salud de los ciudadanos, tal planteamiento resulta una falacia, pues los motivos más importantes de la legalización serían el bienestar de los consumidores y no consumidores y el golpe al crimen organizado, además no puede dudarse de la objetividad de tal previsión de ahorro y ganancia. "*Lo que sí resulta inmoral es que algunos se opongan a la legalización solo porque ellos viven y se lucran con la prohibición.*"

suprimió los controles disciplinarios del mercado que sirven para proteger al consumidor contra los productos adulterados, deficientes y peligrosos[634].

Algo similar sucede con la prohibición penal sobre determinados fármacos, pero a nivel planetario y con mayor gravedad, pues al tratarse de sustancias con propiedades farmacológicas para usos terapéuticos o médicos, la legislación prohibicionista limita las existencias e impide la aplicación de los tratamientos más adecuados para millones de personas. No parece ser ésta la forma más adecuada de que el Estado cumpla con su responsabilidad de proteger la salud de sus ciudadanos[635], además de ser un intento de controlar los comportamientos éstos, sino no se explica que sustancias también peligrosas como el tabaco y el alcohol si sean de lícito comercio.

4. Los delitos contra la salud pública como ilícitos penales más indultados

El derecho de gracia fue practicado, en el contexto de la concentración de poderes, tanto por los pueblos primitivos, como durante

[634] FRIEDMAN, *Libertad de elegir*. 1983, pp. 313-314. Añade el autor que la prohibición sobre el alcohol también propició se hicieran tristemente famosos a personajes como Al Capone, y que la bebidas alcohólicas atrajeran la atención de muchos jóvenes al rodearse de una aureola de encanto y de excitación hacia lo prohibido. La prohibición sobre el alcohol también provocó un mayor nivel de corrupción en el sistema policial y judicial. En ese mismo sentido, argumenta DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 160 y 182 que la droga es un producto caro por los elevados márgenes comerciales que retribuyen los enormes riesgos de traficar con sustancias perseguidas penalmente. Ello ha originado la aparición de grandes organizaciones de narcotraficantes con un enorme poder económico que les permite eludir la persecución penal. Además, la prohibición tiene efectos perversos en la prevención de la demanda pues fomenta la integración de los comportamientos relacionados con el consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud.

[635] FRIEDMAN, *Libertad*, op. cit. pp. 314-315, argumenta, con acierto, que: "*Dado que la Administración posee información, que generalmente ignoramos, acerca de los méritos o deméritos de los artículos que ingerimos o de las actividades que emprendemos, que nos la facilite, Pero que nos dé también libertad para escoger los riesgos que queremos correr con nuestras propias vidas."* En ese mismo sentido afirma DIEZ RIPOLLÉS, *Delitos*, op. cit. p. 179, que: "*…la actual política represiva no es otra cosa que una cruzada moral, en la que la autoridad se ha atribuido el derecho a decidir lo que el ciudadano adulto debe o no consumir."*

toda la Edad Media, en donde la clemencia, la prerrogativa del perdón y la condonación en materia de ejecución de la pena fueron una práctica constante. En la época de las monarquías absolutas, el poder de otorgar la gracia es concebida como una manifestación más del derecho a impartir justicia, en el marco de un sistema judicial arbitrario, por parte del monarca, el cual era considerado además titular de la soberanía[636].

El derecho de gracia se ha ejercido tradicionalmente a través de dos instituciones: la amnistía y los indultos. Estos últimos, a su vez, son clasificados en generales y particulares. Los indultos generales, los cuales fueron muy utilizados durante la etapa franquista, están en la actualidad expresamente prohibidos en la Constitución española (art. 62, i).

En el Ordenamiento Jurídico español el derecho de gracia se puede ejercer, dejando aparte la posible y controvertida aplicación de la amnistía[637], exclusivamente a través de los indultos particulares. Estos han

[636] Cfr. sobre la evolución del derecho de gracia, entre otros: GARCÍA MAHAMUT, *El Indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, Marcial Pons, 2004, p. 22 y ss.; HERRERO BERNABÉ, "Antecedentes históricos del indulto", *Revista de Derecho de la UNED*, Nº 10, 2012, pp. 687 y 688, quien resalta como ya en el Código de Hammurabi se **c**ontiene una serie de edictos que hacen referencia a los perdones, desarrollados en la antigua Babilonia hace casi 4000 años, recogiendo los grandes hitos de esta institución por las diferentes etapas histórico-jurídicas tanto europeas como españolas

[637] La amnistía es la manifestación del derecho de gracia que se hace residenciar en el Parlamento siendo actos de pacificación social que suelen surgir en los momentos de cambios políticos y referidos a los delitos de tal naturaleza. La amnistía (de ahí su etimología procedente del amnesia) supone, en principio, el olvido del delito con todos sus efectos (antecedentes penales, responsabilidad civiles, etc). Nada dice la Constitución española, ni el Código penal acerca de ella, lo que ha motivado una discrepancia doctrinal sobre la posibilidad de su aplicación. En la Doctrina española se discute, ante el silencio del Código penal y la Constitución acerca de la su pervivencia, a favor, considerando que al ser la amnistía concedida por el Parlamento en virtud de una ley, podría ser que las razones últimas que limitaran el derecho de gracia, no afectarán al poder legislativo de las Cortes Generales al dictar una ley de amnistía, pues en la amnistía lo determinante no son las acciones sobre las que se proyecta, sino el poder legitimado que la adopta, dando lugar a un tipo de legislación derogatoria: AGUADO RENEDO, *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, 2001, p. 74 y ss.; DEL TORO, "Art. 112", *Comentarios al Código penal*, Córdoba Roda (Dir.), T.II, XXX; GARCÍA ARÁN, "Repercusiones penales de la Ley de Amnistía de 1977", en *30 Años de la Ley de Aministía (1977-2007)*, M.J. Espuny Tomas; O. Paz Torres (Coords.), Dykinson, 2009, p. 187 y ss; MIR PUIG, *Parte general…, cit.*, 2008, p. 757; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Una lectura crítica de la Ley de Indulto", *InDret* (2), 2008, p. 7. En contra, al considerar que prohibiendo la Constitución española lo menos, esto es, los indultos generales, pese al silencio y no exclusión expresa, sería altamente cuestionable considerar que se admitiera lo más, la

sido concebidos, tradicionalmente, como una causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.4º del CP), estando regulados por la Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el Ejercicio de la Gracia de Indulto –LI-, modificada por la Ley de 1/1988, de 14 de enero[638].

Los indultos particulares pueden extinguir la responsabilidad penal de forma total o parcial (arts. 1 y 4 de la LI), pero no extinguen los otros efectos de aquélla, tales como: antecedentes penales, responsabilidad civil (art. 6-II de la LI), consecuencias accesorias y tampoco se extenderá a las costas procesales (art. 9 de la LI). En cuanto a las penas accesorias habrá que estar a lo que se disponga en los Reales Decretos que los conceden (art. 6-I, 7 y 13). El indulto no está previsto para casos ajenos al orden penal, como el derecho sancionador o disciplinario[639].

Tras el Código penal de 1995, el artículo 4.4 recoge la solicitud del indulto como una causa de suspensión de la pena *cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo"*.

---

amnistía, debido a la mayor intensidad de sus efectos: COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., 1999, p. 716.

[638] Esta Reforma estuvo antecedida por el Anteproyecto de Ley reguladora de la gracia de indulto, de 23 de junio de 1981, la cual preveía la cual preveía que el indulto abarca a toda clase de sanciones, sin limitarse expresamente a las de naturaleza penal, con una total judicialización de los indultos, atribuyendo a los organismos jurisdiccionales su concesión en nombre del Rey. En el expediente debía figurar la intervención del Tribunal competente, del Ministerio Fiscal, la del Juez de Vigilancia en su caso, así como la de una Comisión Consultiva "ad hoc" que se crea para la valoración imparcial de las circunstancias concurrentes.

[639] Cfr. con citas jurisprudenciales, MAGRO SERVET, "Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones el poder judicial", *La Ley Penal* 103, 2013, p. 8

En España, desde el advenimiento de la Democracia, se han otorgado más de 10.000 indultos[640]. De estos, gran parte de los mismos han sido por delitos de tráfico de drogas, lo que, por otra parte, se corresponde con el significativo número de reformas penales sustantivas sobre la materia, producidas antes y después del Código penal de 1995, dirigidas, salvo la de 2010, a un progresivo incremento del rigor penal.

Por otra parte también, un estudio efectuado en España sobre las concesiones de indultos relativo a su distribución por clase de infracción, durante los años 2000-2008[641], se pone de manifiesto que los delitos contra salud pública son, en términos absolutos, los más indultados con un 25,3%, le siguen, a relativa distancia, los delitos de robo con un 17,5%. Por tanto, los delitos contra la salud pública, a pesar de que, en ocasiones, conllevan penas enorme gravedad son, con diferencia, los delitos que con mayor frecuencia son indultados por el Consejo de Ministros, en nombre del Rey, a presentación del Ministro de Justicia[642].

Posteriormente, un nuevo estudio en relación a los indultos concedidos por el Gobierno español durante el año 2012 arrojó el siguiente dato: En ese año se concedieron 534 indultos, de los cuales 205 eran relativos a delitos contra la salud pública, lo que supone un 38,3% de los indultos concedidos y un 31,8% del total de delitos indultados. En segundo lugar se situaban, de nuevo, los delitos de robo, pero a una destacable distancia, con un 14,2% de los indultos concedidos[643].

---

[640]Cfr. FUNDACIÓN CIVIO (EL INDULTOMETRO), "Más de 10.000 indultos", http://elindultometro.es/indultos.html

[641]DOVAL PAIS, BLANCO CORDERO, FERNANDEZ-PACHECO ESTRADA, VIANA BALLESTER, SANDOVAL CORONADO, *"Las concesiones de indultos en España (2000-2008)"*, Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 5, Número 9 (2011), p. 2.

[642] DOVAL PAIS y otros, "*Las concesiones"*, op. cit. pp. 16-17

[643] MADRID PÉREZ, "*El indulto"* op. cit. pp. 118-119.

El indulto tiene como función fundamental evitar, en el caso concreto, el excesivo rigor marcado por la ley. Efectivamente, se pueden dar situaciones en las que la taxativa aplicación de la norma penal resulta injusta. De hecho, el propio Tribunal sentenciador puede dirigirse al Gobierno exponiendo la conveniencia sobre la concesión de indulto, tal y como dispone el artículo 4.4 del CP[644].

El indulto no tiene límites por la clase o naturaleza del delito, quedando sometido al arbitrio del Gobierno, siempre que respete el procedimiento legalmente establecido, a excepción de lo establecido en relación a la no concesión a los miembros del Gobierno estatal.

No obstante, sí hay que poner de manifiesto que el indulto *no se suele* conceder respecto a determinados delitos graves que causan rechazo social, de tal manera que han quedando tradicionalmente excluidos aquellos que plantean un especial rechazo social como: los delitos de terrorismo, delitos contra la libertad sexual o de violencia de género, delitos de corrupción, y delitos de tráfico de drogas graves[645].

Consecuentemente con lo anterior, los delitos contra la salud pública que, con tanta frecuencia se indultan se corresponden, en su inmensa mayoría, con aquellos casos de personas sin recursos económicos que, para sufragarse sus necesidades básicas, son utilizadas por los traficantes de

[644] *Idem*, pp. 115-116, expone que junto a la expresada función, el indulto cumple también otras funciones como: 1) la concesión de una especie de *"premio"* para aquellos internos de un Centro Penitenciario que, de un modo continuado y por un tiempo mínimo de 2 años, mantienen una buena conducta, desempeñan un trabajo en el centro, y participan en las actividades de reeducación y reinserción social, en virtud de lo establecido en el 206.1 del Reglamento Penitenciario. En estos casos, la Junta de Tratamiento puede solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación del indulto particular; 2) cuando la sanción penal a una determinad persona causa un "revuelo social", por su aparente injusticia, y se traduce en expresiones públicas de apoyo de plataformas ciudadanas. En este caso, el indulto cumple la función de contribuir a la pacificación social en situaciones consideradas de excepcionales.
[645] DOVAL PAIS y otros, "Las cocesiones", op. cit. p. 15.

drogas que, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad, se sirven de ellos como *"correos de la droga"* o consumidores que vender o los pequeños traficantes. Se trata de casos en los que las circunstancias propias de la persona condenada, y las características del caso concreto ponen de manifiesto que, aunque la conducta encaje en la descripción típica del precepto, se considera que la pena supone una respuesta que puede resultar desproporcionada e injusta[646].

La institución del indulto permite atender al principio de proporcionalidad, cuando la obligada aplicación de la ley provoca consecuencias punitivas que se consideran excesivas. La utilización del indulto constituye, en ocasiones, una alternativa que sustituye a la voluntad político-criminal de emprender reformas legales necesarias como en el caso de los delitos contra la salud pública[647], pero que bien por motivos de rédito electoral o por presiones internacionales, como ya se ha apuntado, no se produce.

El hecho de que los delitos contra la salud pública (y en concreto el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del CP) sea, de largo, el más indultado pone de relieve la necesidad de un cambio de orientación en la política-criminal relativa al tratamiento de las sustancias psicoactivas.

---

[646] En este sentido se pone el ejemplo de una persona indultada en abril de 2011, que fue sorprendida tras un viaje a Colombia con varios kilos de cocaína, por lo que se le condeno a 6 años y 1 día de prisión. Analizadas por el Tribunal las circunstancias concretas del caso y de la penada, se consideró que la pena era desproporcionada, pues se trataba de una joven de solo 19 años, con un nivel cultural bajo, en situación de precariedad económica, y que además, había mostrado buena conducta en prisión y había seguido cursos de formación profesional. Por esta serie de circunstancias el Tribunal solicito el indulto parcial, quedando la pena reducida a 3 años, accediendo el consejo de Ministros a la concesión. MADRID PEREZ, *"El indulto"*, op. cit. p. 122.

[647] GEPC, *Una alternativa*, op. cit. pp. 10-11. En ese mismo sentido, MADRID PEREZ, *"El indulto"*, op. cit. p. 132, sostiene que: *"…los problemas puestos de manifiesto en este estudio aconsejan potencial medidas de reforma legislativa en aquellos ámbitos cuyas legislaciones conducen a sanciones que después se muestran desproporcionadas"*.

Como evidencia, de forma contumaz, las estadísticas policiales, judiciales y penitenciarias, la aplicación literal del precepto conduce a soluciones punitivas desproporcionadas e injustas, poniendo de manifiesto que suelen ser los eslabones más débiles y desamparados de la cadena de tráfico ilegal de drogas los que padecen la contundencia penal en esta materia.

Mientras tanto, los grandes narcotraficantes suelen eludir la acción de la Justicia, pues utilizando a estas indefensas personas como intermediarios en el trasporte de la droga evitan la detentación material de la sustancia prohibida, lo que puede llegar a complicar una sentencia condenatoria, contra estos sujetos, los verdaderos autores de los actos de difusión de drogas a gran escala[648].

En todo caso, el indulto no es la solución político-criminal adecuada no sólo por lo arbitrario de su concesión por parte del poder ejecutivo, sino también porque tal institución conculca la separación de poderes y el Estado de Derecho, si bien la significativa incidencia que ha tenido sobre los delitos de tráfico de drogas es otro indicador más de la necesidad, defendida en este trabajo, de acometer un cambio significativo de modelo político-criminal y tipificación de los mismos.

La solución no puede ser convertir al indulto en un "*instrumento*

[648] En este sentido, DOVAL PAIS y otros, *"Las concesiones"*, op. cit. p. 26, afirma que la información obtenida a través del análisis de los indultos resulta de gran utilidad para detectar problemas motivados en la práctica por las leyes penales. Pone el autor como ejemplo la última reforma operada por la LO 5/2010, en relación con *"el delito de tráfico de drogas, cuya excesiva penalidad puede ser la razón que explique muchos de los delitos concedidos por los delitos contra la salud pública, que han alcanzado en nuestra investigación el valor absoluto más alto"*.

alternativo de justicia a disposición del ejecutivo" [649], puesto que esto no hace más que "parchear" una nefasta regulación penal del tratamiento de las sustancias psicoactivas. Lo deseable sería no tener que recurrir al indulto para evitar la aplicación de resoluciones judiciales que resultan desproporcionadas e injustas[650], y que son fruto de una normativa inadecuada que es necesario sustituir por otra más coherente y fundamentada en criterios científicos y no en criterios económicos, políticos e, incluso, moralistas o puritanos, como sucede con la actual regulación en la citada materia.

[649] GEPC, *Una alternativa*, op. cit. pp. 11-12, la nueva ley del indulto debería prever un régimen más concreto, requiriendo una motivación individualizada de las concesiones y denegaciones de la gracia, posibilitando algún tipo de control jurisdiccional. En ese sentido, DOVAL PAIS, *"Las concesiones"*, op. cit. p. 26, señala que la imposibilidad de revisar en casación las decisiones relativas al indulto otorga a esta institución unos rasgos de tal excepcionalidad en el ámbito de un Estado democrático de Derecho que aconsejan una atenta observación de su utilización.

[650] Propugna su supresión, QUERALT JIMÉNEZ, "¿No habrá más indultos para los corruptos?", 2014, www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/indultos-corruptos_0_281722404.

Capítulo II

MODELO URUGUAYO EN EL TRATAMIENTO DEL TRÁFICO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS

La República Oriental de Uruguay se ha convertido en el primer Estado soberano del mundo que se ha decidido a regular legislativamente un mercado lícito para el cannabis y sus derivados, desafiando de esta forma al prohibicionismo planetario que rige en la actualidad en el tratamiento de las sustancias psicoactivas[651]. Resulta por ello necesario analizar el nuevo modelo uruguayo instaurado, y, en concreto, la Ley nº 19172, de 10 de diciembre del 2013, por la que el Estado se propone regularizar un mercado legal del cannabis, controlando desde su producción hasta su dispensación en farmacias. También se analizará en el presente capítulo en qué circunstancias se produce el surgimiento de la citada ley, así como la situación anterior a la aprobación de la misma, y, en definitiva, las consecuencias prácticas de su aplicación y desarrollo.

1. Situación anterior a la aprobación de la ley nº 19172 de

[651] A diferencia de lo que sucede en ***Holanda***, donde la legislación en materia de drogas no vulnera el prohibicionismo que marcan los tratados internacionales. En la Convención de 1988, los Países Bajos realizaron una reserva especial que al ratificarla eximía al país de las limitaciones sobre la discreción en materia de procesamiento que pretendía imponer el tratado. Sin embargo, incluso con tal reserva, el Gobierno holandés ha mantenido hasta la fecha que **el principio de oportunidad policial y procesal penal** bajo el que están funcionando los coffeshop. Nederlandse Staatscourant (Boletín Oficial de los Países Bajos), Nº 5,8 de 4 de enero de 1.974. En *"Auge y caída de la prohibición del cannabis"*, Transnational Institute, Global Drug Policy Observatory. En relación también a Holanda, THOMAS BABOR, *La política de drogas y el bien público*. Organización Panamericana de la Salud, 2010, p. 182, argumenta que la idea principal era tratar de separar el tráfico de cannabis del mercado de otras drogas más perjudiciales para la salud, para así tratar de evitar que el cannabis fuera un trampolín para el uso de otras drogas, siendo la conclusión general que, con respecto a este objetivo, el sistema ha tenido relativamente éxito, así a modo de ejemplo, en Ámsterdam solo el 15% de los usuario informaron que podían conseguir otras drogas del proveedor que le vendía el cannabis, mientras que aproximadamente la mitad de los usuarios de Bremen y San Francisco manifestaban que podían conseguir otras drogas.

10/12/2013, por la que el Estado regula y controla el uso del cannabis y sus derivados

El primer antecedente significativo de la punición de conductas relacionadas con el tráfico de sustancias psicoactivas en Uruguay hay que buscarlo en el año 1.934, donde el legislador penal dedica una única disposición al tema, en concreto en el artículo 223, donde se castigaba con pena de seis meses a cinco años de prisión al que *"fuera de la circunstancias previstas reglamentariamente, ejerciere el comercio de sustancias estupefacientes, tuviere en su poder o fuera depositario de las mismas"*.

Posteriormente, y para adecuar la legislación interna a los Tratados Internacionales sobre la materia, se dicta la Ley Nº 9.692, de 11 de septiembre de 1937, y tras el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, sobre sustancias psicotrópicas, la Ley Nº 14.294 derogó la Ley antes citada, para adecuarla al citado Convenio de Viena, constando de 52 artículos, siendo la primera ley con regulación específica en esta materia. Esta Ley, que como decimos, obedecía a los criterios fijados internacionalmente para el tema del tráfico de drogas, fue de alguna forma dulcificada, pues a diferencia de otros países del entorno, no se sancionó el mero consumo. No obstante, y como señala ALLER MAISONNAVE, podría suponer una contradicción jurídica no castigar el consumo o la tenencia dirigida a éste y, al mismo tiempo, sancionar penalmente todas las conductas tendentes a la adquisición de la sustancia[652].

[652] ALLER MAISONNAVE, Germán. "Política sobre drogas prohibidas" en *Cuestiones Dogmáticas, Político- Criminales y Criminológicas*, 2011, p.134.

Ya con fecha 22 de octubre de 1998, se promulgó la Ley Nº 17.016, que reformó en parte la Ley Nº 14.294 incorporando cinco capítulos nuevos, quedando vigente el resto de ésta. Esta norma rebajó las penas previstas por la norma anterior para los delitos relacionados con el tráfico y producción de drogas, pasando a ser los mínimos de pena de prisión, siempre que no concurran agravantes. Ya con posterioridad se introdujeron algunas reformas puntuales a las dos normas penales básicas mencionadas, relativas, fundamentalmente, al blanqueo de capitales.

Pero la reforma más significativa de la Ley Nº 17.016 fue la sustitución de la *"cantidad mínima"* por la *"cantidad razonable"*, en relación a la cantidad de sustancia psicoactiva que se le permite tener al individuo para considerar que dicha sustancia está destinada al autoconsumo o no al tráfico, sin que cometa por tanto delito. En este sentido, en España considera, a tenor de lo expresado en el art. 368 CP, que la posesión debe estar referida al tráfico, al favorecimiento, a la facilitación o a la promoción *"de cualquier manera"* de la sustancia ilegal. la jurisprudencia española ha matizado los términos de la posesión, determinando que la existencia del propósito de traficar se puede inducir a partir de la tenencia de una cantidad que pueda ser considerada, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto, superior a las propias necesidades de consumo de un plazo de dos o tres días. Si bien se tiene en consideración otra serie de factores que indiquen al voluntad de difusión ilegal de drogas[653].

[653] STS 1280/2005, de 15 de noviembre. Entre esos factores cabe destacar, que además de la posesión de la drogas, se sorprenda al sujeto con instrumentos o útiles usados para la ilícita actividad del tráfico de drogas, como balanzas de precisión, o envoltorios para la distribución de la sustancia psicoactiva ilegal. Asimismo, la localización de sumas de dinero considerables cuando el individuo carece de medios de vida lícitos, también en un indicio que conduce a la tipicidad de la conducta. STS 1013/2005, de 16 de

La modificación planteó serios problemas de aplicación para los operadores jurídicos dado que la "*cantidad razonable*" es un concepto más amplio, se podía dar la circunstancia que una cantidad que antes no era mínima ahora puede ser considerada de razonable, en definitiva se deja al criterio del juzgador el determinar si existe o no delito, en base al criterio de si la cantidad que posee el agente es razonable o no[654].

Evidentemente un sistema como el descrito de "*convicción moral*", atentaba contra la seguridad jurídica y así se demostró a lo largo de los últimos años, donde se han visto soluciones jurisprudenciales distintas ante casos similares en base a la enorme discrecionalidad que se le otorga al juzgador[655]. Como vemos el problema de la inseguridad jurídica en la aplicación jurisprudencial de las distintas normativas penales en materia de tráfico de drogas no es solo propia de nuestro país, sino que como vemos es una constante en otros sistemas jurídicos.

En definitiva, como vemos, la legislación penal uruguaya ha seguido los pasos del prohibicionismo planetario impuesto por los Convenios Internacionales en la materia, en su utópico afán de suprimir la oferta de sustancias psicoactivas, en este punto y como señala POSADA ACOSTA, *"este régimen se enmarca en un contexto de guerra a las drogas que acude a un derecho penal máximo buscando suprimir todo tipo de consumo de ciertas sustancias, consideradas dañinas o pecaminosas, pues el Estado*

septiembre. En el mismo sentido vid. STS 627/2012, de 18 de julio; STS 1288/2009, de 27 de noviembre, y STS 465/2011, de 31 de mayo.

[654]En España, la doctrina y la jurisprudencia acuden a tres datos indiciarios: la cantidad de droga intervenida; el consumo diario del poseedor; y la cantidad que se considera de razonable previsión para el consumo durante un número de días. Además se utilizan otros indicios como que el acusado tenga o no un medio lícito para cubrir sus necesidades, o el hallazgo de instrumentos relacionados con conductas de difusión de la sustancia. STS de 1020/2009, de 9 de octubre.

[655]POSADA ACOSTA, Fernando. *"Proyecto de ley sobre autocultivo, tenencia y consumo de marihuana. Hacia una política de reducción de daños"*. Revista de Legislación Uruguaya. Tomo 241, 2013, p. 1.

considera que tiene derecho a imponer modelos de virtud, o al menos de salud, a sus ciudadanos"[656].

En el mismo sentido señala LANGON CURRAÑO que *"como la escala represiva e incriminad ora de los últimos tiempos, con todo draconismo de sus severísimas penas privativas de libertad no han podido, por lo menos en Uruguay dar solución satisfactoria al mismo, debido al efectos inverso que provocan leyes represivas que chocan con la conciencia jurídica de los jueces, que se niegan de un modo u otro a aplicar tamaña legislación, y por otro, al simple hecho de no preverse más como delito o de declarar impune la mera tenencia de estupefacientes"*[657].

Señala igualmente POSADA ACOSTA, que la regulación legal anterior a la entrada en vigor del nuevo Proyecto de Ley, y que se analizará más adelante, puede llegar a ser siniestro, ya que por un lado se sostiene que no se penalizará el consumo de sustancias psicoactivas ni la tenencia, con intención de consumo, de la mismas, pero por otro lado vemos que se castigan todas aquellas conductas encaminadas al consumo, es decir, plantar, comprar, incluso regalar, con lo que se pone al sujeto en la situación paradójica de tener que cometer algún delito para lograr esa finalidad *"lícita"* que se propone[658].

Analizando brevemente cómo ha evolucionado la práctica judicial en materia de tráfico de drogas en Uruguay, se observa que, en los primeros tiempos, la aplicación literal de las normativas llevaron a la aplicación de

[656] POSADA ACOSTA, *"Proyecto de ley"*, op. cit. p. 2.
[657] LANGON CURRAÑO, *"El misterio público y la drogadicción: la cuestión de la necesidad de reprimir a los tenedores para combatir eficazmente a los traficantes."* Revista de Legislación Uruguaya. Tomo 89, 2009, pp. 55-63.
[658] POSADA ACOSTA, "*Proyecto de ley"*, op. cit. p. 3.

severas penas, en este momento las adicciones a sustancias psicoactivas no se percibía como un problema y erróneamente se pensaba que la amenaza del severo castigo penal era la más adecuada forma de prevención general.

Con el tiempo los distintos operadores jurídicos se dieron cuenta que en la mayoría de las ocasiones que se procesaba a un individuo, era por poseer una pequeña cantidad de sustancia psicoactiva, casi siempre marihuana, empezando a ser conscientes de las terribles consecuencias jurídico-sociales que una aplicación literal de la Ley penal suponía.

Afortunadamente, duró poco el afán represivo, pues enfrentados los juzgadores a los casos concretos y por cuestiones de simple equidad, éstos dejaron de aplicar este estricto rigorismo legal que provocaba penas desproporcionadas, y pasaron a buscar un resquicio por el cual se pudiera mitigar y dulcificar, excarcelando cuando se estimara conveniente, y encontraron este resquicio en la normativa penal, en el artículo 35, que paso a ser el más aplicado, debido a que, aún siendo su descripción típica más generalista y elástica, al señalar "*violar las disposiciones de esta ley en materia de importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o suministro*", lleva aparejada un límite de veinticuatro meses como mínimo, habilitando al juzgador la posibilidad excarcelatoria.

Aunque la legislación penal uruguaya relativa a sustancias psicoactivas proclame teóricamente que el consumo no debe ser penalizado, al ser una acto que forma parte de la libertad individual del ciudadano sin que se ataque o ponga en peligro el orden público ni perjudicar a terceros, en el sentido de no castigar al drogodependiente, todo esto se desvirtúa en la práctica diaria de los tribunales, así como señala

acertadamente BARDAZANO, *"las prácticas interpretativas exhiben tratamientos jurídicos distintos a situaciones similares, a la vez que una fuerte reducción de los actos que se consideran no punibles, criminalizando de facto lo que se considera penalmente irrelevante de iure"*[659].

2. Debate parlamentario y "exposición de motivos" de la ley nº 19172 de control y regulación de la marihuana

Con fecha 10 de diciembre del 2013 se celebraron en la República Oriental de Uruguay los debates en torno a la Ley de Control y Regulación de la Marihuana y sus derivados, recogidos en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, pertenecientes al cuarto periodo de la XLVII legislatura en su 63ª Sesión Ordinaria. En el presente apartado se recogerán los aspectos más importantes de dichos debates parlamentarios[660], distinguiendo entre los argumentos a favor de la citada Ley y los argumentos en contra, pero antes se aludirá al Plan Estratégico 2011-2015 pues éste recogen algunos de los aspectos más importantes desarrollados posteriormente en la celebración de los debates en torno a la Ley nº 19172.

2.1. Plan Estratégico 2011-2015 emitido por Junta Nacional de Drogas

[659] BARDAZANO, *"Sobre la justificación de las decisiones judiciales relativas a la interpretación del artículo 31 del Decreto Ley 14.294 en su redacción dada por la Ley 17.016: se presume culpable"*. Disponible en: http:/www.sobredrogas.org.uy.

[660] Diario de Sesiones de la República Oriental de Uruguay. Nº 3874/2013. Cámara de Representantes. 35ª Sesión Extraordinaria, relativa al control y regulación de la marihuana y sus derivados. Montevideo, 31 de julio de 2013. Diario de Sesiones de la República Oriental de Uruguay. Nº 962/2013. Cámara de Senadores, relativa al control y regulación de la marihuana y sus derivados. Montevideo, 10 de diciembre de 2013.

El órgano especializado del Estado uruguayo en la materia es la Junta Nacional de Drogas, dependiente de la Presidencia de la República, que ha diseñado un Plan Estratégico 2011-2015 para intentar aplicar una política diferente, entre los contenidos de dicha estrategia, que como veremos impregnan el espíritu de la Ley nº 19.172, cabe resaltar los siguientes:

1) El Estado asume construir políticas públicas de drogas, desde el respeto y la protección a los derechos individuales y colectivos. Partiendo de una visión compleja del tema, son necesarias acciones desde diversas áreas de intervención bajo el concepto de responsabilidad compartida y cogestión entre el propio Estado y la participación activa de la sociedad. Es decir, el recurso al derecho penal como único recurso para afrontar el tema de las drogas se concibe como ineficaz e ineficiente, con lo que se hacen necesarias otro tipo de acciones alternativas que realmente puedan llegar a proteger la salud y la seguridad colectiva.

2) Se destaca el enfoque desde el punto de vista de la integración e inclusión social de las personas que presenten un uso problemático de sustancias psicoactivas, con políticas que reduzcan los daños asociados al consumo de estas sustancias mediante recursos sociales de reinserción social, laboral, educativa y cultural. En definitiva, se trata de un compromiso con los sectores que viven en la exclusión social y cultural como sectores más vulnerables en el tema que nos ocupa, lo que supone un enfoque de solidaridad y de cuidados gestionados por el Estado y por toda sociedad, construyendo así ciudadanía.

3) Descentralizar y municipalizar las políticas de drogas con un

enfoque socio-sanitario desde la Atención Primaria en Salud, y desde un enfoque desde el ámbito del sistema educativo atendiendo a la información y prevención del tema drogas, promocionando la formación de habilidades sociales.

4) Buscar un adecuado equilibrio entre la libertad del individuo y la protección de su salud, de forma que se evite la estigmatización de los usuarios, superando además así, la incongruencia jurídica que supone, por un lado, el aceptar legalmente el consumo individual y, por otro lado, la imposibilidad de acceder a la sustancia de forma legal.

2.2. Argumentos a favor de la Ley nº 19172

Por parte del Frente Amplio, partido gobernante y proponente de la citada Ley, se justifica la necesidad de una regulación y control del mercado de la marihuana desde una doble perspectiva:

1) Se entiende que una política basada en la regulación tendría consecuencias positivas para la salud y la seguridad pública, ya que se podrían obtener mejores resultados en el plano de la educación, la prevención, la información, el tratamiento, la rehabilitación y la reinserción en relación con los *"usos problemáticos"* de esta sustancia psicoactiva.

Las políticas basadas en la *"reducción de daños"*, como políticas alternativa a los esquemas prohibicionistas o liberales y como punto intermedio entre ambos, ofrecen herramientas a los Estados para reducir la oferta y la demanda de marihuana psicoactiva de forma más eficaz e

integral que las usadas hasta el momento.

2) El control y regulación del mercado de la marihuana por parte del Estado es una forma eficaz de combatir la lacra del narcotráfico, como fuente del crimen organizado y de actividades delictivas que afectan la seguridad de la población.

Se viene a señalar que la modalidad de control a través de la ley penal y la política criminal ha fracasado rotundamente y que en la llamada *"guerra a las drogas"* está resultando peor el remedio que la enfermedad, y ello por los siguientes motivos:

a) Tras más de medio siglo de dura aplicación, el consumo se ha expandido creciendo enormemente. Las incautaciones logradas son irrisorias en todo el mundo al compararlas con el tamaño de los diversos mercados.

b) La humanidad ha despilfarrado colosales recursos económicos y humanos en una guerra perdida de antemano, siendo los países pobres los que mayormente han dilapidado recursos que no tienen, dejando de aplicarlos en las necesidades básicas de sus pueblos.

c) Se han generado graves consecuencias sociales como la masificación de las prisiones y el desbordamiento de los sistemas judiciales, y lo que es más grave se acaba castigando una trágica condición personal de dependencia, agravando las condiciones de marginación de las capas más desprotegidas de la sociedad. De esta forma se aumenta la dependencia del adicto al mercado clandestino, al tiempo que se incrementa el poder de los narcotraficantes.

d) Al incidir sobre la oferta, se ha abandonado prácticamente la acción sobre la demanda, siendo escasos los recursos económicos y humanos que han sido destinados a combatir el consumo mediante acciones dirigidas a la prevención, información, reparación de daños asociados al consumo de sustancias psicoactivas, y a la atención general e integral de los consumidores, así como a la investigación.

e) El prohibicionismo ha dado origen a una suculenta *"reserva de mercado"*, auténtico monopolio de hecho para las actividades criminales. Un mercado obligatorio en el que se pagan por las drogas precios muy elevados con un bajo coste de producción, dejando así en manos de unas cada vez más poderosas asociaciones criminales y mafias, una gran rentabilidad sin ser gravado por impuesto alguno. Todo esto desemboca en que tal acumulación de capitales en manos de los grandes narcotraficantes produzca altos niveles de corrupción en cualquier nivel y actividad de la sociedad. Incluso en algunos países el Estado pierde soberanía práctica y queda en cierta forma sustituido o anulado, quedando la sociedad desestabilizada y en manos de bandas criminales, poniendo así en peligro, incluso, el sistema democrático[661].

f) Es posible compatibilizar la aplicación de estas políticas de control

[661] En este sentido se hacía referencia también en los debates recogidos en el Diario de Sesiones de la República Oriental de Uruguay, Nº 3874/2013, de 31 de julio de 2013, que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito considera que el narcotráfico es el negocio más rentable a nivel internacional, pues representa aproximadamente el 1.5% del PBI mundial. Asimismo se hace mención a la desoladora experiencia que tuvo en EEUU la aplicación de la llamada *"Ley Seca"* por la que se prohibía la producción y venta de alcohol, estableciéndose el siguiente razonamiento: *"se sabe que el alcohol causa la muerte de 2.500.000 de personas cada año, no obstante, no se prohíbe su producción, distribución, venta y consumo. ¿Por qué? Porque tendríamos más muertes, más mutilados, más encarcelados, más violencia y más corrupción a causa de la prohibición. Por eso, en lugar de prohibir, se opta por la regulación y el control."*

y regulación por parte del Estado sobre el mercado de la marihuana en el ejercicio de su soberanía, con el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, entendiéndose que si se tiene la posibilidad de utilizar medidas que protejan y mejoren su sociedad, no tiene derecho a postergarlas, arriesgando nuevas generaciones a la espera de un mayor consenso internacional.

g) Siendo en Latinoamérica donde el prohibicionismo selectivo sobre determinadas sustancias psicoactivas tiene sus más nefastas y devastadoras consecuencias, resulta lógico que sea, precisamente, en estos países donde surjan voces que expresan la necesidad de analizar los resultados de la actual política de drogas en las Américas y donde se explore nuevos enfoques para ser más efectivos. Así, en la VI Cumbre de las Américas los presidentes reunidos en Cartagena de Indias, el 15 de abril de 2012, dieron un mandato a la Organización de Estados Americanos (OEA) para tal fin, y la Organización emitió un informe, en el que hay que resaltar el punto 10.6 en donde establece: *"El problema de las drogas debe ser abordado de manera diferenciada y flexible entre nuestros países, en función de la forma como este los afecte en particular"*, más adelante, en el punto 10.6.3 del citado informe se señala. "*Una mayor flexibilidad podría llevar a aceptarla posibilidad de transformaciones de la legislaciones nacionales o de impulsar cambios en la legislación internacional"*.

Pero el informe aún va más lejos y señala: *"…corresponde evaluar los signos y tendencias existentes, que se inclinan a que la producción, venta y consumo de la marihuana puedan ser despenalizados o legalizados. Tarde o temprano deberán tomarse decisiones al respecto."* Y eso es exactamente lo que está haciendo Uruguay con la aprobación de la Ley nº

19172 de regulación y control de la marihuana y sus derivados.

2.3. Argumentos en contra de la Ley nº 19172

Una vez expuesto, a grandes rasgos, cual es la posición y los argumentos de los proponentes de la Ley nº 19172, se analizarán brevemente los argumentos más interesantes esgrimidos por parte de los detractores de ésta, que se pueden resumir en:

1) Se plantea el hecho de que hay muchos aspectos importantes de la Ley que no han sido regulados, dejándolos para ser regulados mediante su desarrollo reglamentario, por lo que se puede considerar que se trata de una ley penal en blanco, con todos los problemas que esto plantea. Por ejemplo, se dice que el sistema de información que ha sido desarrollado por la Asociación de Farmacias no está operativo, con lo que difícilmente se podrá controlar la cantidad máxima de 40 gramos mensuales por persona que se permite expedir en la Ley, como se analizará más adelante.

2) Se argumenta que al ser el Estado quien controle el mercado de la marihuana se va a producir un incremento en el consumo de marihuana debido a que se puede producir una disminución en la percepción del riesgo a consumir dicha sustancia psicoactiva. Frente a este argumento se señala que la Ley pretende justo lo contrario, es decir, aumentar la percepción del riesgo y restringir la disponibilidad. Como argumentan acertadamente los promotores de la Ley los mercados regulados (como ha ocurrido con el tabaco) donde se controla la disponibilidad, donde se maneja una información contrastable y veraz propicia que aumente la percepción de riesgo, y por tanto, a disminuir el consumo.

3) La citada Ley supone un incumplimiento de los Convenios Internacionales existentes en la materia y ratificados por Uruguay. De hecho la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) ya ha manifestado su preocupación y condena a la promulgación de la Ley nº 19172 de Regulación y Control del Cannabis y derivados. Ante lo que consideran los proponentes de la nueva Ley nº 19172 que ésta es perfectamente compatible con los contenidos de las distintas Convenciones Internacionales que fiscalizan las drogas prohibidas, y ello en base a que el artículo 3 de la Convención de 1988, en su frase inicial establece: *"A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico..."*. Está clausula implica que cualquier flexibilidad de la Convención no proviene exclusivamente de su propio texto, sino también de los principios constitucionales y políticos de cada país miembro.

En definitiva, puede llegar a ser comprensible que por parte de la sociedad uruguaya exista cierto temor a la regulación del mercado de la marihuana, pues se trata de algo novedoso, y por tanto diferente, y en el tema de la sustancias psicoactivas existen muchos prejuicios morales, siendo necesario recordar los principios básicos que deben presidir todo Estado de derecho. La finalidad principal de la Ley es, simplemente, tratar de reducir el daño de los consumidores de cannabis en la base de la asistencia en salud, y teniendo en cuenta todos los elementos de carácter educativo y de prevención, y al mismo tiempo, tratar de combatir el narcotráfico al restarle cuota de mercado.

3. Análisis de Ley nº 19172: generalidades y finalidad

La Ley nº 19172 de Control y Regulación de la marihuana - que fue aprobada por el Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General el día 10 de noviembre de 2013- establece las modificaciones legislativas que se han tenido que efectuar en la Ley nº 14294 que contiene la regulación básica y específica de los delitos relativos al tráfico de drogas. De esta forma se hace efectivo el control por parte de la República de Uruguay sobre el mercado del cannabis y sus derivados (que se regula en la nueva Ley nº 19172), quedando reguladas el resto de sustancias psicoactivas prohibidas por la legislación específica en la materia.

La nueva Ley uruguaya, por la que se trata de regularizar y controlar el uso del cannabis y sus derivados, adopta una postura de reducción de daños en relación al consumo de la citada sustancia psicoactiva, declarando de interés general *"las acciones tendentes a proteger, promover y mejorar la salud pública de la población"* (artículo 1).

Esta postura de reducción de riesgos, parte del siguiente razonamiento: es imposible suprimir el consumo de cannabis, en consecuencia, sólo puede aspirarse a reducir los daños asociados a los consumos problemáticos de esta sustancia. Tomando este fundamento como punto de partida, se considera necesario organizar los usos legales de la marihuana. Se trata de una postura realista, alejada del utópico empeño de aspirar a un "*mundo sin drogas*", en la que se dejan de lado prejuicios morales, y en la que se proporciona una base científica al planteamiento de

una nueva forma de político-criminal en el tratamiento de los usos y abusos de esta sustancia psicoactiva.

Los artículos 2 a 4 de la Ley son ***normas programáticas***, donde se establece que se deberá promover la debida información, educación y prevención sobre los efectos perjudiciales del consumo de cannabis psicoactivo. De igual manera resultará necesario promover la salud, la prevención del uso problemático, así como establecer dispositivos adecuados para el *"asesoramiento, orientación y tratamiento de los usuarios que lo requieran"*. Como se observa en la Ley, el Estado pasa a asumir el control y regulación de las actividades de *"importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización y distribución del cannabis y sus derivados."*

Se planteaba aquí la cuestión de sí, en este marco de legalización y control, resultaba oportuno que fuera el propio Estado directamente, a modo de monopolio, quien abasteciera el mercado, o si resultaría más oportuno llevarlo a cabo mediante organismo público o privado, con los oportunos controles y fiscalización ejercida sobre ellos por parte del Estado. Finalmente, en el Reglamento publicado el 6 de mayo de 2014, y que desarrolla esta Ley, se optado por la segunda opción, entiendo que con mejor criterio. En consecuencia serán personas físicas o jurídicas, quienes se encargarán de la producción y distribución del cannabis psicoactivo para su dispensación en farmacias, todo ello con los correspondientes controles estatales a través de un sistema de licencias y registros[662].

[662] Según se dispone en Capítulo Tercero del Decreto de 6 de mayo de 2014.

En el artículo 5 de la Ley 19.172 se establecen las ***modificaciones legislativas que se han tenido que llevar a cabo en la Ley 14.294***, que contiene la regulación concreta relativa al tráfico de drogas, para hacer efectivo el control estatal sobre el mercado del cannabis y sus derivados. Así, se establece que quedan prohibidos la plantación, el cultivo, cosecha y comercialización de cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes, con una serie excepciones que se exponen a continuación.

Cuando se realicen **con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica**. En esta misma excepción se podía haber añadido también la industrialización para uso farmacéutico, pues se hace alusión a esto último en la excepción D) del art. 5 de la Ley 19172, entendiendo que era innecesario al poderse incluir todos los usos médicos y/o farmacéuticos en el mismo lugar, a fin de evitar confusiones. En todos estos casos será necesario contar con la autorización previa del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) quedando bajo su control directo.

En la letra E) del art. 5 de la Ley 19172 se alude al ***autocultivo doméstico***, estableciéndose en la Ley una cantidad tasada de plantas que pasaría a estar exenta de responsabilidad. En concreto, se establece el límite "*de hasta seis plantas de cannabis"* y una "*recolección de dicha plantación de hasta la cantidad máxima de 480 gramos anuales"*, siempre que sea para "*consumo personal o compartido en el hogar"*. Es cierto que la tasación establecida otorgará mayor seguridad jurídica que la que existe hasta ahora, dado que el juzgador ya no se tendrá que crear una "*convicción moral"* al respecto, sino aplicar las reglas de la lógica y la experiencia. En consecuencia, en aquellos casos que, aún superando las cantidades

establecidas legalmente, no se demuestre que haya existido difusión a terceros de la sustancia psicoactiva, se seguirá considerando que la finalidad perseguida por el sujeto era la del consumo personal o compartido, y no la del tráfico ilícito. Por tanto, se trata de un sistema tasado pero flexible[663].

La permisión de una *"cosecha doméstica de hasta seis plantas"* si bien resulta una fórmula algo indeterminada, dado que una sola planta de cannabis psicoactivo puede llegar a medir más de tres metros y proporcionar una producción anual de varios kilos. Por este motivo se corrige esta indeterminación estableciendo también el límite de que *"el producto de la recolección de la plantación precedente hasta un máximo de 480 gramos"*.

A fin de evitar posibles confusiones en la aplicación de esta Ley por los operadores jurídicos, hubiese sido preferible no establecer un límite de plantas, siempre y cuando se entienda que deben estar adscritas al consumo del hogar y no se demuestre que ha existido difusión a terceros de la sustancia psicoactiva, sin importar que en el domicilio haya cuatro, seis u ocho plantas, siempre y cuando el producto total cosechado no exceda de los 480 gramos anuales marcados por la Ley.

El establecer un límite numérico si bien en ocasiones puede orientar al juzgador, también lo podría confundir en otras, dado que simplemente se dice *"seis plantas"*, sin especificar ni en qué fase de producción se encuentran las plantas, ni el tamaño que pueden llegar a alcanzar las

[663] POSADA ACOSTA, *"Proyecto de Ley*, op. cit. p. 4.

mismas. Tampoco se especifica que la planta ha de ser "hembra", pues únicamente éstas son las que contienen el compuesto que produce en el organismo el efecto psicoactivo de la marihuana (THC), y, lo que aún es más importante no se determina el número de usuarios de la sustancia que cohabitan en el domicilio en proporción al número de plantas existentes en el domicilio.

Hubiese sido más deseable distinguir entre consumo personal e individual en el hogar, por un lado, y consumo compartido en el hogar, por otro lado, estableciéndose un límite máximo anual de sustancia psicoactiva por usuario que cohabita en el domicilio, siendo ésta una formula más determinada y concreta, y por tanto, más clarificadora para el juzgador a la hora de aplicar la norma.

En el apartado G) del art. 5 de la Ley 19172, se hace mención al ***expendio de cannabis psicoactivo*** para aquellos usuarios que no quieran o no puedan plantar en sus hogares. La dispensación de marihuana se efectuará a través de las farmacias, que mediante un sistema informatizado, controlarán la cantidad mensual de cannabis que pueden dispensar a cada usuario para su consumo personal, será de un máximo de 40 gramos de marihuana mensuales o 10 gramos semanales.

No obstante, si se sobrepasa tales cantidades, el Juez valorará si aún así dicha cantidad continua siendo destinada al autoconsumo, de acuerdo a la base de la "*sana crítica*". Se establece pues una modificación del artículo 31, determinando que: "*quedará exento de responsabilidad criminal el que trasportare, tuviere en su poder, fuere depositario, almacenare o poseyere una cantidad destinada al consumo personal.*"

Se planteaba, por los opositores a Ley en el debate parlamentario, que con este sistema será posible que un sujeto adquiera los 40 gramos mensuales de marihuana para uso personal para posteriormente revenderlo en el mercado negro. Asimismo, se criticaba que, con la aparición de la nueva Ley relativa al control de la marihuana, aparecerían sujetos que se dedicarían a *"alquilar"* o *"vender"* cédulas de ciudadanía de la República de Uruguay en las puertas de las farmacias para que así los turistas extranjeros puedan adquirir marihuana utilizando las citadas cédulas para este fin, pues en principio únicamente se dispensará a los uruguayos, para así evitar el turismo psicoactivo.

Evidentemente que existirá este tipo de *"corruptelas"*, pues son a priori inevitables. Pero se podrán ir corrigiendo con el tiempo, dado que lo importante es haber tomado la decisión política de controlar y regularizar el mercado de cannabis psicoactivo, con el fin de minimizar los riesgos y reducir los daños de su uso y/o abuso, haciendo frente efectivo al narcotráfico al mismo tiempo. La regulación se podrá ir perfeccionando conforme se observe que evoluciona su puesta en práctica y se podrá ir mejorando con el paso de tiempo.

En el apartado F) del art. 5 de la Ley nº 19172 se trata el tema de los llamados **"clubes de membresía",** conocidos en España como *"asociaciones cannábicas"*. Se establece en la Ley que podrán tener hasta quince socios y podrán plantar hasta un máximo de noventa plantas de cannabis psicoactivo y obtener como producto de la recolección un máximo de 7.200 gramos anuales para los socios, estableciéndose además que el producto no podrá ser prensado.

Estos clubes deberán ser autorizados y controlados por el IRCCA, donde se deberán registrar la cantidad de plantas que se cultiven. Este organismo se crea por la Ley como una persona de derecho público no estatal y será el órgano encargado de que se cumplan las disposiciones establecidas en la Ley, si bien se deja para su desarrollo reglamentario gran parte de su funcionamiento. Lo que si se establece en la Ley son sus funciones: *"regulación del cultivo, plantación, cosecha, producción, distribución y expendio de cannabis"*. Asimismo, le corresponde *"promover acciones tendentes a reducir los riesgos y daños asociados al consumo"*.

Por último, el apartado C) del art. 5 de la Ley 19172 es el relativo a la plantación, cultivo, industrialización y comercialización del cannabis de uso no psicoactivo (como es el cáñamo). En este caso los cultivos deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, quedando bajo su control directo. Parece innecesaria la inclusión del cannabis no psicoactivo, pues al carecer el principio psicoactivo como es el THC (se establece en Ley que no podrá sobrepasar más de un 1%, porcentaje tan insignificante que resulta prácticamente irrelevante jurídicamente), es decir del compuesto que produce los efectos psicoactivos de la planta, ésta resulta prácticamente inocua y por tanto de innecesaria regulación jurídica.

En el Título IV se crea el ***Instituto de Regulación y Control del Cannabis psicoactivo (IRCCA)***, con personalidad jurídica de derecho público no estatal, este organismo deberá llevar un registro de autocultivadores y clubes de membresía, y deberá autorizar previamente a

su cultivo y controlar todas las plantaciones o cultivos de cannabis, otorgando las licencias de expendio de cannabis psicoactivo en farmacias. Asimismo este organismo será el encargado de las potestades fiscalizadoras con relación al cumplimiento de la Ley, debiendo aplicar las sanciones pertinentes por infracciones a las normas que se establecen.

En el Capítulo I establece su creación; en el Capítulo II se configura su estructura orgánica; y el Capítulo III se refiere a sus atribuciones. No obstante la Ley se limita a establecer los principios fundamentales en torno al IRCCA, es en el Reglamento que desarrolla la Ley, en concreto en su Título III, donde se detallan realmente todos los aspectos relativos al IRCCA, en concreto sus finalidades, composición, administración, funcionamiento y atribuciones, tal y como se pondrá de manifiesto en el apartado siguiente.

En definitiva, con esta Ley, el legislador viene a considerar que el bien jurídico-penal salud pública no será trasgredido por las conductas que se despenalizan, resultando además saludable para la seguridad jurídica. Asimismo y como señala POSADA ACOSTA, la Ley se ha inclinado por el sistema de tasación de plantas y de cantidades en lugar de optar por penalizar simplemente los casos en que se pruebe que existe difusión de la sustancia psicoactiva más allá del simple consumo individual o compartido, entendiendo con acierto que esta última opción es la que mejor se hubiera adaptado a los principios del Derecho penal vigente[664].

Lo más criticable de esta Ley, como considera este autor, *"es un sistema bastante engorroso de permisos, registros y controles que puede*

[664] POSADA ACOSTA, *"El proyecto"*, op. cit. p. 5.

llegar a atentar contra su propio éxito, buscando instrumentar un método sumamente invasivo por parte del Estado, que será quien conceda las licencias de producción, quien registre a los cultivadores, quien comercialice con el cannabis y quien efectúe los controles y aplique las sanciones. Todo esto genera el riesgo de que el consumidor pueda llegar a ver como demasiado problemático someterse al sistema implantado y decida cultivar sin inscribirse o por seguir abasteciéndose en las cadenas ilegales de suministro"[665].

A pesar todo ello, considero que debemos aplaudir la iniciativa de tratar de solucionar algunos de los problemas relacionados con el uso de sustancias psicoactivas con políticas alternativas alejadas del poder punitivo, donde se hace especial hincapié en medidas de reducción de daños con criterios sanitarios, tratamentales, prevención, educación, asistenciales, tratando de respetar el derecho individual del usuario de cannabis psicoactivo a consumir dentro de un marco legal reglamentado.

Este cambio de rumbo en la política-criminal -aunque se refiera únicamente al cannabis psicoactivo- que trata de alejarse del mero prohibicionismo y de la represión penal en esta materia, es por sí solo motivo de valoración positiva, por haber tenido el arrojo de tomar una decisión política-criminal que, aún estando suficientemente motivada y razonada, se opone al actual sistema de control internacional que obliga a reprimir penalmente el tráfico de sustancias psicoactivas declaradas ilegales.

[665] POSADA ACOSTA, *"El proyecto"*, op. cit. p. 6.

En definitiva y como señala MANJÓN-CABEZA: *"No será fácil ni rápido acabar con el prohibicionismo; habrá una resistencia muy intensa por parte de los que viven de la prohibición, y de quienes, sincera pero equivocadamente, creen que es mejor prohibir que controlar; por eso cuanto antes se empiece, mejor. Es posible que se cometan errores y que haya que corregirlos; no hay experiencias previas que nos indiquen el cómo; la teórica de la legalización nos ha llegado sin libro de instrucciones; la hoja de ruta está por hacer y su elaboración será la que requiera más tiempo y esfuerzo"*[666].

4. Análisis del Decreto Legislativo de Control y Regulación del Cannabis y sus derivados, de 6 de mayo del 2014

El pasado 6 de mayo de 2014, el Gobierno de Uruguay publico el Decreto Legislativo que desarrolla la Ley nº 19172, estableciendo el marco jurídico aplicable dirigido al control y regulación, por parte del estado, de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y uso del cannabis psicoactivo de uso no médico, dentro de las acciones tendentes a proteger, promover y mejorar la salud de la población. El Decreto consta de 104 artículos divididos en cinco títulos: el primero relativo al cannabis psicoactivo de uso no médico; el segundo sobre el registro de cannabis; el tercero sobre la constitución del IRCCA; el cuarto sobre infracciones u sanciones; y el quinto sobre disposiciones tributarias.

[666] MANJÓN-CABEZA, *La solución*, op. cit. pp. 272 y 273.

El Título I se divide en ocho capítulos y trata *"Del cannabis psicoactivo de uso no médico"*. El capítulo primero contiene la definición de cannabis psicoactivo considerándolo *"una especialidad vegetal controlada con acción psicoactiva"* (artículo 1º); el capítulo II trata sobre las actividades que se consideran permitidas y vienen enunciadas en el artículo 2º del Decreto y desarrolladas en los capítulos siguientes del Título I, pudiendo distinguir entre las siguientes actividades:

1) La plantación, cultivo, cosecha, acopio, distribución y dispensación de cannabis psicoactivo, siempre que se obtenga y se pague la correspondiente licencia que será concedida por el Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA). Se podrá realizar por aquellas personas físicas o jurídicas que tendrán la condición de productores y distribuidores de cannabis para su dispensación por farmacias. El IRCCA realizará un llamado a interesados donde se establecerán las condiciones y exigencias para cubrir la necesidad de abastecimiento de cannabis, quedando supeditada la concesión al pago de la licencia (artículo 5º). En el capítulo tercero (artículos 5º al 13º) se establecen los términos y condiciones generales a que quedará sujeta la plantación, cultivo y distribución de cannabis por parte de productores y distribuidores de cannabis.

Por tanto, la producción y distribución de cannabis para su dispensación a usuarios no se llevará a cabo directamente por el Estado sino que se realizará a través de terceros que estarán controlados y supervisados por los poderes públicos, especialmente por el IRCCA, mediante un sistema de concesión por licencias que pretende garantizar la observancia del interés general y el cumplimiento de las condiciones exigidas. Esto supone una novedad con respecto a la Ley 19.172, pues, en

un principio parecía que iba a ser el propio Estado el que, directamente, se iba a ocupar de la producción y distribución de cannabis, en cambio en el Decreto que desarrolla dicha Ley se opta por un sistema perfectamente reglado de concesión a terceros de la condición de productor y distribuidor de cannabis.

El cannabis tendrá un máximo de 15% de THC. En las semanas siguientes a la entrada en vigor del decreto, el IRCCA realizará un llamado a interesados en la producción. Otorgándose un máximo de seis licencias para lo cual se pedirá a los interesados el cumplimiento de obligaciones, como por ejemplo, la identificación, el lugar donde se prevé realizar el cultivo, el origen de las semillas, las garantías y condiciones de envasado y rotulado del producto. Se determina en la normativa uruguaya, que las plantas que se cultivaran para atender al mercado legal de la marihuana tendrán un ADN concreto, es decir, se comercializaran sólo un determinado tipo de especies, de esta forma se facilitará la detección de las plantas no autorizadas, resultando delictiva la posesión de plantas de cannabis que no posean las marcas genéticas autorizadas[667].

2) El capítulo IV de este Título I versa sobre la *"producción doméstica de cannabis psicoactivo destinada a uso personal"* (artículos del 14º al 20º). Sólo podrán ser titulares de un cultivo doméstico, con los límites establecidos en la Ley (6 plantas por cada casa-habitación y que producto total de recolección no supere los 480 gramos anuales), personas mayores de edad, ciudadanos uruguayos naturales o legales, o quienes acrediten su residencia permanente en el país, y siempre y cuando, se encuentren inscritos en el Registro del Cannabis en la Sección Cultivo

[667] SALAS CALERO, *La legalización*, op. cit. p. 433.

Doméstico de Cannabis Psicoactivo. No será posible realizar más de un cultivo en una misma vivienda, sin que importe el número de personas que integren el grupo familiar, y nadie podrá ser titular de más de un cultivo doméstico, además el IRCCA establecerá una serie de condiciones de seguridad aplicables a los cultivos domésticos en evitación de que menores, incapaces y terceros no autorizados puedan acceder a la zona de cultivo.

3º) Los Clubs de Membresia Cannábicos aparecen regulados en el capítulo V del título I (artículos del 21º al 31º). Su objeto será la plantación y cultivo de cannabis para satisfacer el consumo de sus miembros, así como actividades de divulgación, información y educación en el consumo responsable de esta sustancia, dirigidas exclusivamente a sus socios. Habrán de constituirse bajo la forma de Asociaciones Civiles, debiendo tramitar la aprobación de sus estatutos y reconociéndoles personalidad jurídica. Se establece que deberán tener un responsable técnico y aportar información al IRCCA cuando lo requiera.

Las limitaciones en las cantidades de cannabis que pueden llegar a producir y distribuir para sus socios ya venían establecidas en la Ley, estableciéndose un máximo de noventa y nueve plantas de cannabis, y un máximo de 480 gramos anuales por socio. Toda la producción deberá ser distribuida entre sus socios para su uso personal y deberá quedar constancia de las entregas realizadas a éstos pues, mensualmente, deberán informar al IRCCA de las mismas.

4º) El capítulo VI trata sobre la *"dispensación por farmacias de cannabis psicoactivo para uso personal"*. Aquellos usuarios de cannabis que no puedan o no quieran cultivar en su casa, o no se inscriban en un club

cannábico para autoabastecerse podrán adquirir, siempre personalmente, hasta 10 gramos semanales o 40 gramos mensuales en las farmacias de primera categoría o comunitarias que hayan obtenido la correspondiente licencia por parte del IRCCA, inscribiéndose en la Sección Farmacias del Registro del Cannabis. Los requisitos a reunir por los adquirientes de cannabis viene recogidos en el artículo 34º debiendo tratarse de personas mayores de 18 años y capaces, con ciudadanía uruguaya legal o natural o con residencia permanente acreditada, y además, deberán encontrarse inscritas en la Sección Adquirientes de Cannabis del Registro de éste.

5) En el capítulo VII del título I se recogen una serie de normas relativas al *"uso del cannabis psicoactivo"*, entendiéndose que estará autorizado su uso únicamente cuando este provenga del producido por el cultivo doméstico, del producido por los clubs cannábicos y el procedente de su dispensación en farmacias. El usuario tendrá que elegir solo una de las tres posibles formas de acceso legal a esta sustancia, siendo incompatible la obtención de cannabis de más de uno de los orígenes indicados. La posesión legal para uso personal no podrá exceder de 40 gramos.

Este capítulo contiene también una serie de exigencias similares a las que ya rigen en la República de Uruguay para el tabaco, como la prohibición de consumir en espacios cerrados o en el transporte público (artículo 40), se trata de prohibiciones dirigidas a implantar consumos responsables de cannabis y de evitar consumo problemáticos. De esta forma, se establece la posibilidad de realizar controles a los conductores mediante test que determinan la cantidad de THC en el organismo inhabilitando para conducir a los que den positivo por considerar su

capacidad se encuentra afectada.

Asimismo se prohíbe el consumo de cannabis psicoactivo durante la jornada de trabajo, pudiéndose establecerse, de oficio, *"controles aleatorios no invasivos de carácter preventivo"* (artículo 42). El propio empleador o empresario podrá disponer del mismo tipo de controles para aquellos trabajadores que durante la jornada laboral *"tengan notoriamente afectada su capacidad para realizar tareas"*, previa comunicación a la comisión bipartita seguridad y salud u organización sindical. Cuando el trabajador realice tareas de riesgo que puedan suponer un peligro para su propia integridad física, la de otros trabajadores, o la de terceras personas, la citada comunicación podrá ser inmediatamente posterior, y si el resultado es positivo el trabajador deberá suspender sus tareas y retirarse del lugar de trabajo, aplicándole un protocolo de actuación de prevención de drogas en el ámbito laboral. No obstante, no le serán de aplicación sanciones disciplinarias si el trabajador no incurre en la comisión de alguna otra falta concreta sancionable derivada de las obligaciones de su contrato.

Finalmente, el capítulo VIII del título I se dedica a las *"semillas y esquejes de cannabis"* correspondiendo al IRCCA realizar, en exclusiva, la importación de semillas o esquejes para el cultivo de plantas de cannabis psicoactivo para ser destinada a los productores para su dispensación en farmacias, a los cultivadores domésticos y a los clubs cannábicos. Los productores que obtengan la correspondiente licencia podrán también producir y dispensar semillas o esquejes para el cultivo de cannabis debiéndose inscribirse en el Registro General de Semilleristas. Los cultivadores doméstico y los clubs cannábicos también podrán producir semillas y esquejes, siempre y cuando se destinen para su propio

autocultivo, debiéndose también inscribirse en el citado registro.

El Título II se dedica al *"Registro del Cannabis"*, y está dividido en seis capítulos. Todas las actividades descritas en el título I se consideran legales siempre que sean inscritas en el correspondiente Registro del Cannabis, que será gestionado por el IRCCA, y que se divide en cinco secciones:

1) Sección Plantación, Producción y Distribución de Cannabis psicoactivo para dispensación en farmacias. Se regula en el capítulo II del título II, estableciéndose que la inscripción será de oficio por el IRCCA, previa acreditación del pago de la correspondiente licencia por parte del interesado (artículo 62º).

2) Sección Cultivo Doméstico de Cannabis psicoactivo. Regulado en el capítulo III de este título II, deberán inscribirse aquellas personas que tengan proyectado cultivar y cosechar plantas de cannabis para uso personal o compartido en el hogar, es decir, antes mismo de ejecutar el acto del cultivo será necesario la inscripción en este Registro. Las plantas ya existentes deberán inscribirse en el plazo de 180 días contados desde la puesta en funcionamiento del dicho registro (artículo 64º). Se detalla en este capítulo (artículos 65º a 67º) la documentación necesaria a proporcionar al Registro, señalando que los datos aportados tendrán la consideración de dato sensible quedando prohibido su tratamiento, salvo con el consentimiento del titular.

3) Sección de *Clubes de Membresía Cannábicos*. Regulado en el capítulo IV del título II, deberán inscribirse en él las Asociaciones Civiles

previamente autorizadas por el ministerio de Educación y Cultura cuyo objeto social sea la plantación y cosecha de plantas de cannabis psicoactivo para el exclusivo uso de sus miembros (artículo 68º). En el artículo 70 se establece la información necesaria que la asociación deberá proporcionar al Registro, distinguiendo entre miembros fundadores y miembros no fundadores. Tales datos también tendrán la consideración de dato sensible. El IRCCA deberá solicitar al Club información sobre las variedades a ser cultivadas y/o muestras de las plantas de su cultivo.

Si ponemos en relación la regulación legislativa expuesta, de los llamados *"Clubes de Membresía"* uruguayos, con lo que sucede en España con el tratamiento jurisprudencial que se otorga a las denominadas Asociaciones Cannábicas[668]. La reciente STS de 484/2015, de 7 de septiembre, (con sus correspondientes Votos Particulares), aporta una serie de criterios jurisprudenciales válidos para conceptualizar con mayor detalle las *asociaciones cannábicas atípicas*, que vendrían a ser: un grupo, no muy numerosos, de cultivadores-consumidores de cannabis que deciden cosecha en común de forma hermética con respecto a terceros ajenos al cultivo conjunto. Y distinguirlas de las *asociaciones cannábicas típicas*, en las que existe una estructura organizada al servicio de un amplio grupo de indiscriminados usuarios, con el consiguiente riesgo de difusión a terceros de la sustancia. No obstante, esta resolución plantea una nueva cuestión: la posibilidad de error vencible o invencible de prohibición en los autores del delito.

Es decir, si con anterioridad a esta resolución el debate jurisprudencial, en torno a estas asociaciones, se centraba en si éstas

[668] Vid. Epígrafe 1.2., del Capítulo II, de la Parte II.

cumplían o no con los requisitos establecidos por la doctrina jurisprudencial del consumo compartido[669]. Ahora el debate, también versará sobre la existencia o no de error vencible o invencible de prohibición en los autores del delito (responsables de la asociación según la Inscripción Registral), por tanto, continuará la inseguridad jurídica en este tema.

Ante tal situación, se llega a la conclusión que la solución sería que el legislador español se decidiera también a regular este tipo de agrupaciones del cannabis. No obstante, tal solución requiere de una voluntad política de gran valentía porque resulta contraria al prohibicionismo mundial en materia de drogas. Lo que supone rebelarse frente a organismos internacionales, sustentados económicamente por grandes potencias mundiales con capacidad de ejercer *"presiones"* sobre los Estados que deciden contradecir sus interesados y acientíficos argumentos[670]. La República de Uruguay ha sido capaz de llevarlo a cabo, y además con criterios científicos y de respeto a los derechos humanos, y con la finalidad de proteger, efectivamente, la salud de sus ciudadanos. En España, aunque la regulación de estas asociaciones evitaría la inseguridad jurídica, parece complicado que, al menos en el corto plazo, se lleve a cabo.

4) Sección de Adquirientes de Cannabis que viene recogida en el capítulo V de este título II, donde deberán registrarse las personas físicas que deseen adquirir cannabis psicoactivo para uso personal. Los datos aquí recogidos también tendrán la consideración de dato sensible. Por tanto, será necesario inscribirse previamente al acto de adquisición en la farmacia.

[669] Vid. Epígrafe 1, del Capítulo II, de la Parte II.
[670] Vid. Epígrafe 3.1 del Capítulo II, de la Parte I.

Considero que el registro previo a la adquisición en farmacias puede resultar desincentivador para el usuario por resultar demasiado invasivo, y no se debería anticipar la inscripción al acto mismo de dispensación, siendo suficiente inscribir al usuario en el momento que realiza la primera adquisición de cannabis dispensado en farmacias.

Si bien es cierto que son necesarios una serie de controles para evitar los usos abusivos y/o problemáticos del cannabis, también hay que tratar de facilitar la integración del cambio de modelo en el tratamiento del cannabis en la sociedad para alejar al consumidor de cannabis del mercado negro y acercarlo al mercado legal implementado por los poderes públicos.

5) Sección Farmacias donde deberán inscribirse las personas físicas o jurídicas titulares de Farmacias autorizadas por el Ministerio de Salud Pública que deseen dispensar cannabis destinado para uso personal de los adquirientes, regulado en el capítulo VI y último del título II. Resulta coherente que los controles ejercidos por el IRCCA, en particular, y los poderes públicos, en general, son más exhaustivos para los Productores y Distribuidores de Cannabis, y para las propias Farmacias autorizadas para su dispensación, que para los adquirientes y cultivadores domésticos o clubs cannábicos, pues estos últimos se encuentran en el ámbito del autoconsumo organizado, es decir en el lado de la demanda, mientras que los Productores y Farmacias, se encuentran más en el ámbito de la oferta aunque esta sea legal y reglada. El hecho de que se les exija a los Productores la acreditación de haber efectuado el pago de la licencia es un ejemplo de ese mayor control ejercido especialmente sobre los Productores y Distribuidores del cannabis para su dispensación en Farmacias.

El Título III está dedicado en exclusiva al IRCCA, creado por la Ley nº 19172 tiene por objeto el control y regulación de todos los aspectos relacionados con la plantación, cosecha, producción, elaboración, acopio, distribución y dispensación de cannabis, con la finalidad de promover y proponer acciones que reduzcan los daños y riesgos asociados al uso problemático de cannabis, así como fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley y en este Reglamento que la desarrolla. No obstante, la fijación de la política nacional en materia de cannabis es competencia de la Junta Nacional de Drogas, ejerciendo el IRACC funciones de asesoramiento (artículo 78).

El capítulo I de este Título III se refiere a la organización administrativa y a la estructura orgánica del IRCCA que goza de amplias facultades de investigación y fiscalización, y consta de tres órganos: la Junta Directiva[671] (artículos 80 a 82), la Dirección Ejecutiva (artículos 83 y 84), y el Consejo Nacional Honorario (artículos 85 a 87). El capítulo II está dedicado a las facultades de control y fiscalización del IRCCA sobre todo, el proceso que va desde la plantación hasta su dispensación y modo de adquisición por los usuarios[672]. Por último el capítulo III regula la *"Fiscalización de la gestión financiera y contralor administrativo del IRCCA"* que será ejercido por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud Pública[673].

[671] El artículo 80 del Decreto de 6 de mayo de 2014 que reglamenta la Ley nº 19.172 señala: *"La Junta Directiva es el órgano jerarca del IRCCA…"*

[672] Para permitir las funciones de control y fiscalización atribuidas al IRCCA, éste, *"implementará sistemas informáticos y procedimientos que permitan entre otros la trazabilidad y geo referenciación desde la plantación hasta la dispensación del Cannabis psicoactivo"* Artículo 89 párrafo segundo del Decreto de 6 de mayo de 2014 que reglamenta la Ley nº 19.172.

[673] El artículo 92, del citado Decreto, señala en su párrafo segundo y tercero que: *"Dicho contralor se ejercerá tanto por razones de juridicidad, como de oportunidad o conveniencia . A tal efecto, el Poder Ejecutivo podrá formular las observaciones que crea pertinente, así como proponer la suspensión de los actos observados y los correctivos o remociones que considere del caso"*.

El Título IV se encarga de regular el sistema de *"Infracciones y Sanciones"* para quienes infrinjan las normas contempladas en materia de licencias, tanto por no estar autorizado y/o registrado para plantar, cosechar, acopiar, distribuir, comercializar o expender cannabis; como ante la comprobación de cualquier incumplimiento de la normativa aplicable en materia de licencias (artículo 93). Además, las infracciones vinculadas a la defensa de los derechos de los consumidores serán también sancionadas por el IRCCA, sin perjuicio de la competencia de otros órganos o entidades públicas.

Las posibles sanciones a aplicar en materia de licencias serán: apercibimiento, multa desde veinte unidades reajustables hasta dos mil, decomiso de la mercadería o de los elementos utilizados para cometer la infracción, destrucción de la mercadería, suspensión del infractor en el registro correspondiente, inhabilitación temporal o permanente, clausura parcial o total, temporal o permanente, de los establecimientos y locales de los licenciatarios (artículo 95).

Las infracciones se calificarán como leves, graves o muy graves, estableciéndose, en el artículo 96, los criterios para su graduación que serán: riesgo para la salud de la población; la posición en el mercado; la capacidad económica del infractor; la cantidad de producto comprometido en la infracción; el grado de intencionalidad; cuantía del beneficio obtenido; la generalización de la infracción y la reincidencia. En los artículos 99 y siguientes establecen el procedimiento sancionador a seguir en la tramitación de estas infracciones.

Finalmente, el Título V se refiere a las *"Disposiciones Tributarias"* siendo lo más destacable la inclusión del cannabis psicoactivo en el régimen de tributación establecido en el artículo 141 del Decreto nº 220/998, de 12 de agosto de 1998.

El Decreto analizado viene a desarrollar la Ley 19.172 de control estatal sobre el cannabis psicoactivo, estableciendo un entramado de licencias y registros para las distintas formas de abastecimiento legal para uso personal de la citada sustancia en la república de Uruguay. En cuanto al sistema de licencias y registros implementado, hay que distinguir entre los requisitos y licencias exigidos a Productores y Distribuidores de cannabis, así como a las Farmacias autorizadas para su dispensación directa a los usuarios, en este caso, los controles sí que deben ser estrictos, asegurándose los poderes públicos de la total trasparencia y legalidad del proceso que va desde la plantación hasta la dispensación, así como de la calidad del producto, y el cumplimiento de la legislación en la materia.

En cambio, el sistema de registros establecido para los distintos tipos de usuarios sí que me resulta en exceso estricto, lo que puede llegar a desincentivar a los consumidores de cannabis a acudir al mercado legal por resultar demasiado invasivo y complicado de llevar a la práctica. No obstante dada la mala calidad de la marihuana ofertada por el mercado negro, y el control de calidad que se llevará a cabo para la marihuana legal, unido a un sistema de precios en el mercado legal asequibles para el usuario, pueden contrarrestar el exceso de burocratización desplegado en el Decreto.

No obstante, es comprensible que el Ejecutivo de la República de Uruguay haya tratado de *"dejar todo bien atado"*, pues no hay que olvidar que es la primera vez en la historia que un Estado soberano se decide a establecer un mercado lícito para los usuarios de esta sustancia, y que los "ojos" de todo el mundo, que tiene cierto interés en la materia, están puesto sobre él, por lo que tienden a no dejar cabos sueltos en la regulación. No hay que olvidar que la implementación de un mercado legal de la marihuana en la República de Uruguay supone una especie de pequeño oasis en un gigantesco desierto prohibicionista.

5. Necesidad de un nuevo planteamiento político-criminal en torno al uso y/o abuso de sustancias psicoactivas prohibidas en Uruguay

La mayoría de la Doctrina uruguaya considera que el bien jurídico protegido por este delito es la salud pública. En Uruguay el delito de tráfico de drogas se regula en la Ley nº 14294, de 31 de octubre de 1974, que fue modificada por la Ley nº 17016, de Estupefacientes, de 28 de octubre de 1998. El tipo básico se recoge en el artículo 1º, de ésta última ley, disponiendo: *"Quedan prohibidos la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización de cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes u otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica, con excepción de los que se realicen con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos"*[674].

[674] Con la introducción de la Ley nº 19172 de regulación y control del cannabis psicoactivo, y tal y como se ha puesto anteriormente de manifiesto, se establecen excepciones concretas a la Ley nº 14294 y nº 17016 para integrar y encajar ésta en la regulación legislativa genérica relativa al delito de tráfico de drogas.

La penalidad a las conductas anteriormente señaladas se establecen en el artículo 30º de la Ley nº 17016, de Estupefacientes, al señalar: *"El que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física, contenidas en las listas a que se refiere el artículo 1º, precursores químicos u otros productos químicos, contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo según la facultad concedida en el artículo 15 de la presente ley, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaria"*.

Las circunstancias que agravan la responsabilidad penal se recogen en los artículos 59 y 60 de la Ley 17016, de Estupefacientes, en el art. 59 se recogen, en el mismo precepto, tres agravantes distintas, como son: pertenecía a organización criminal, el recurso a la violencia o el uso de armas y la utilización de menores en la comisión delictiva, en estos casos *"la pena se aumentará hasta la mitad"*. En el art. 60 se establecen cinco agravantes:

1) Que el receptor de la droga menor de 18 años o una persona con alguna incapacidad.

2) Que la sustancia psicoactiva sea *"aplicada sin el consentimiento de la víctima"*. Es decir, el sujeto pasivo sea obligado a ingerir la droga.

3) Cuando el delito sea cometido mediante ejercicio abusivo, fraudulento o ilegal de la profesión sanitaria.

4) Cuando los actos de tráfico se desarrollen en: prisiones, centros médicos, establecimientos en lo que se desarrolle actividades deportivas, espectáculos o reuniones, o en centros docentes.

5) Cuando como consecuencia del delito de tráfico de drogas se produzcan lesiones o la muerte de la víctima[675].

Al igual que sucede en la Doctrina española, así se entiende que cuando las sustancias perjudiciales para la salud se colocan al alcance de todos se pone en peligro la salud de un número indeterminado de personas, siendo, por tanto la salud colectiva la que resulta puesta en peligro[676]. Sin embargo hay otros autores uruguayos como ALLER MAISONNAVE, que sostiene, acertadamente, que el concepto de salud pública como bien jurídico-penal protegido por el delito de tráfico de drogas, debe ser matizado pues éste se presenta como un concepto de ámbito general -más allá de lo individual- aunque debería comprender también al individuo que resulta directamente afectado y, en cambio no lo hace, en este sentido, la salud pública que se presenta como un concepto difuso e intangible[677].

Pone de manifiesto este autor que el usuario de sustancias psicoactivas debería tener el derecho de decidir sobre su integridad física y psíquica, pues es la esencia de la libertad individual. El individuo es el verdadero titular de los bienes jurídicos-penales vida, integridad física,

[675] Como se observa, muchas de las agravantes coinciden, con algunos matices, con la regulación actual en España. Tal semejanza resulta razonable pues el origen es común en ambas normativas penales: los convenios internacionales de fiscalización de drogas. Entre las agravantes del modelo uruguayo llama especialmente la atención la circunstancia 5) del art. 60, cuando se produzcan lesiones o la muerte de sujeto. En España en estos casos se acudiría a las reglas del concurso ideal de delitos del artículo 8 del CP.
[676] OTTATI FOLLE, *Aspectos penales de la Ley de Estupefacientes*, 2005, p.19.
[677] ALLER MAISONNAVE, "Drogas prohibidas". *Criminología y Derecho Penal*, 2007, pp. 268-269

salud individual, libertad individual y libre desarrollo de la personalidad. El Estado estaría legitimado a restringir la decisión de consumir sustancias psicoactivas prohibidas cuando el sujeto carece de la facultad de entender y querer, es decir en casos de menores o incapaces, pero en ningún caso a individuos que están en condición de ser conscientes del alcance de sus actos de forma cabal. Consecuentemente, "*la decisión de consumir estas sustancias también adictivas pertenece al propio individuo. El Estado puede restringir esta decisión en función de la edad (menores) y capacidad (incapaces de culpabilidad), ya que, en estos casos, no se considera al individuo en condiciones de percatarse cabalmente del alcance de sus actos, ante esto, es el Estado quien suple, mediante una decisión de carácter denegatorio, la falta de presunta capacidad del individuo*"[678].

La penalización de conductas únicamente dañosas para uno mismo como es el consumo de estupefacientes no es más que un residuo de concepciones filosóficas y religiosas, incompatibles con los principios fundamentales de todo Estado de Derecho que se precie. Pues aunque se diga que la legislación penal no castiga el consumo, sino únicamente la difusión de ese consumo, la combinación de ausencia de medios legales para acceder a las sustancias psicoactivas ilegales y la sanción penal para cualquier forma de favorecimiento del uso de tales sustancias, lo que produce es la penalización indirecta del consumo mismo[679].

La selectividad punitiva sobre las distintas sustancias de la que hace gala el legislador penal genera el problema de estigmatizar a aquellas personas que consumen sustancias prohibidas, dado que los que consumen

[678] ALLER MAISONNAVE, "Drogas prohibidas", op. cit. p. 270.
[679] GONZALEZ ZORRILLA, *Política (s)*. op. cit. p. 251.

otras muchas sustancias nocivas para la salud aunque no declaradas prohibidas, pueden seguir haciéndolo libremente. Este proceso de selectividad negativa carece de todo sentido común y no se justifica en modo alguno.

Si se pretende proteger la salud individual de los ciudadanos, al amparo de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Uruguaya -si bien es cierto que este precepto exige que las personas cuiden de su propia salud- debe ser interpretado en consonancia con el artículo 7 del mismo texto normativo, donde se establece que los ciudadanos tienen el derecho a ser protegidos en el goce de su vida, en este punto cabe cuestionarse ¿qué sucede si un ciudadano decide que el goce de su vida pasa por ingerir una sustancia que aún siendo perjudicial para la salud es esa su elección?¿tiene el Estado la legitimidad para prohibirla? Entendemos que la respuesta ha de ser negativa, al menos, desde el punto de vista de un derecho penal garantista propio de un Estado democrático de derecho[680].

Según este criterio, no es cierto que con la punición arbitraria de ciertas sustancias psicoactivas por parte del legislador se trate de proteger la salud individual, tampoco es cierto que se proteja la salud pública, en este punto es importante señalar que parte del resultante del *"lavado de dinero negro"* procedente del narcotráfico ingresa lícitamente en el mercado financiero de muchos países, se invierten en la Banca, la Bolsa, en actividades empresariales, comerciales, bienes inmuebles, obras de arte, el deporte y otras de carácter lícito. De esta manera, los países que

[680] ALLER MAISONNAVE, *"Política sobre drogas prohibidas"* .Cuestiones Dogmáticas, político-criminales y criminológicas. 2011, pp. 138-139.

habitualmente demandan restringir el lavado de capitales propios en otros países hacen caso omiso cuando se reclama a ellos los provenientes de otros y están produciendo divisas de carácter lícito en el suyo propio.

Resulta significativo observar como el mantenimiento de la prohibición sobre las sustancias psicoactivas ha calado hondo en la conciencia de la sociedad y como el miedo a lo desconocido se impone a las evidencias científicas en este tema. Como señala DAVIES: *"El lobby de la prohibición puede operar sobre imágenes, sobre misticismo y sobre una variedad de posiciones paternalistas bien precisas. El lobby de la ley y el orden puede lograr fondos apoyándose en el argumento de que las cosas no han mejorado. En definitiva, puede obtener apoyo público sobre la base del miedo más que de la lógica"*[681].

El problema social que supone el abuso de sustancias psicoactivas ilegales es imposible que se pueda solucionar utilizando la vía represiva. Y esto se debe al hecho probado, por las ciencias sociales, de que la represión no funciona en la prevención de comportamientos que son expresión de la propia personalidad del individuo, porque la indiferencia a la posibilidad de la punición es particularmente fuerte cuando el sujeto no considera que su conducta sea ilícita[682].

Podría resultar más coherente proteger penalmente el tráfico ilegal

[681] DAVIES, "Ley internacional ¿la solución final? En La reducción de los daños relacionados con las drogas". IGIA, 1995, pp. 91 y 100.
[682] GONZALEZ ZORRILLA, *Política (s) criminal (es) en materia de drogas*, en Política Criminal, 1999. p. 247. En ese sentido, sostiene ALLER MAISONNAVE, "*Acerca de las drogas prohibidas y la comunidad del derecho"*. Estudios de Criminología, 2008, p.256, que cuando hablamos del concepto salud, ésta no es solo la del individuo que decide usar o abusar de una sustancia psicoactiva, también hablamos de otra salud: de la comunidad y de la economía. Para defender esa salud tendríamos que empezar por atacar las causas y factores sociales que llevan a las personas al abuso de sustancias que le son perjudiciales a su salud.

de sustancias psicoactivas por el simple hecho de escapar al dominio y control del Estado sobre ellas, pues en muchas ocasiones se utilizan las mismas sustancias con fines terapéuticos y/o medicinales, sin castigar penalmente dicha acción (como, por ejemplo en España, los programas de mantenimiento con metadona, en los cuales el Estado dispensa "heroína sintética" a los drogodependientes para de forma paulatina conseguir la deshabituación a dicha sustancia). De esta manera, el poder punitivo estatal sería socialmente mucho más preciso y coherente a la hora de castigar.

En definitiva, la forma adecuada de legislar es analizar qué bien jurídico debe ser protegido, de qué forma y después construir lógicamente el tipo penal correspondiente. Pero, desgraciadamente, no suele ser este el método que prevalece en la materia, sino que más bien suele suceder al contrario, es decir, se crea un tipo penal (que además viene impuesto por Tratados Internacionales) y luego se trata de buscar cuál bien jurídico-penal apropiado[683]. Este fenómeno es perfectamente extrapolable a España, pues, como se ha puesto de manifiesto en el capítulo correspondiente al concepto de salud pública[684], ante un tipo penal cuya creación por el legislador obedece al ámbito internacional, tanto la doctrina como la jurisprudencia se afanan, no sin dificultades, en definir lo que debe entenderse por salud pública. De ahí las diversas interpretaciones doctrinales tan distantes unas de otras y la inseguridad jurídica latente en la jurisprudencia en la aplicación del precepto, por la coexistencia de criterios también diversos.

Por tanto, la explicación de esta represión selectiva sobre ciertas sustancias psicoactivas quizás haya que buscarla en que es uno de los

[683] ALLER MAISONNAVE, *"Drogas prohibidas"*, op. cit. pp. 272 -273.
[684] Vid. supra. Capítulo I, Parte I.

negocios más lucrativos del mundo, y si fuese lícita dejaría de serlo. Se hace necesario en este tema dejar de lado todo este tipo de hipocresías de naturaleza imperialista que someten a una Latinoamérica que es la que está realmente sufriendo las consecuencias más negativas del prohibicionismo sobre éstas sustancias[685].

Efectivamente, el prohibicionismo ha operado como un poderoso factor criminógeno, convirtiendo una cuestión de elección personal o sanitaria en un drama de dimensión planetaria. En este sentido y como señala SILVA FORNÉ los niveles de violencia y criminalidad relacionados con este negocio han llegado a límites insostenibles. Aunque la criminalización originaria del tráfico de drogas ha obedecido a criterios de evitar su uso y/o abuso por resultar dañino a la salud, en la realidad actual se plantean dos cuestiones fundamentales:

a) La incoherencia científica[686] de los criterios para seleccionar que sustancias psicoactivas se prohíben y cuáles no, y cómo influyen intereses económicos y políticos en estas decisiones político-criminales.

b) El modelo basado en la criminalización ha demostrado haber fracasado rotundamente, pues cuando en una economía de mercado un negocio es tan exageradamente productivo, las posibilidades reales de un control penal sobre él son nulas. Así toda la maquinaria de represión se desarticula por el poder económico de los narcos, si se quema una

[685] ALLER MAISONNAVE, *"Drogas prohibidas"*, p. 274, afirma que al legislar sobre conductas del llamado *"lavado de capitales"* provenientes de la droga el bien jurídico no puede ser otro que la economía y hacienda de otros países, pero no del país donde se blanquea el activo.
[686] En este sentido vid. supra epígrafe 1.2, del Capítulo II, de la Parte I, relativo a la cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales.

plantación, surgen cien en otro lugar[687]. Tal y como se puso de manifiesto en al capítulo anterior[688], los *"daños colaterales"* producidos por el prohibicionismo alcanzan a todo el mundo, en mayor o menor medida, y además suponen un enorme costo[689] a todos los Estados que no se ven reflejado en la obtención de resultados positivos en relación a la protección de la salud de los ciudadanos de los riesgos y daños asociados al uso y/o abuso de estas sustancias, sino más bien todo lo contrario.

El modelo prohibicionista y represivo penal impide la aplicación de otros modelos de control más efectivos de orientación, educación, asistencia y la misma distribución. El único instrumento de lucha válido en una economía de mercado, como la que rige el negocio de las drogas ilícitas, es la racionalidad inherente al mercado mismo, es decir, si las sustancias psicoactivas ilícitas dejan de ser prohibidas, deja de ser mercancía rentable y deja de ser un lucrativo negocio. La descriminalización parece ser la única opción con posibilidades de triunfo, aún cuando sea a medio plazo[690].

Este argumento es también aplicable a España, de ahí que uno de los fundamentos principales de la alternativa político-criminal que se plantea[691]

[687] SILVA FORNÉ, Legalización de las drogas, *en Criminología y Derecho III*, 1992, pp. 125-129, explica que las drogas ilícitas están definidas por instancias de control, pero esta distinción entre sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas no se encuadran en parámetros sanitarios o científicos, sino que obedecen más bien a criterios políticos y/o económicos. Con lo cual, el control político sobre las drogas declaradas ilegales provoca la creación de estereotipos, que llevan a estigmatizar grupos sociales o étnicos. Todo esto no respondía a criterios sanitarios o de salud pública, sino al temor de la *"sociedad blanca"* por la amenaza de la mano de obra china, mexicana y negra dispuestas a trabajar por un menor salario. Por tanto y como se puede apreciar, el prohibicionismo sobre determinadas sustancias psicoactivas no responde a criterios objetivos, sanitarios, técnicos o científicos; sino que descansan en consideraciones religiosas, moralistas, políticas o sociales.
[688] Vid. supra epígrafe 1 del Capítulo I, de la Parte III.
[689] Vid. supra epígrafe 3.5, Capítulo I, de la Parte III.
[690] ANIYAR DE CASTRO, *"Criminología de la Liberalización"*, 1987, pp. 52-59.
[691] Vid. supra epígrafe 3, del Capítulo I, de la Parte III.

es el control estatal de determinadas sustancias para satisfacer la demanda psicoactiva de la población, de esta forma al convertirlas en productos de lícito comercio dejarían de ser un gran negocio para los narcotraficantes, y los beneficios económicos -en forma de impuestos- obtenidos por el Estado por la dispensación o comercialización de estas sustancias redundaría en beneficio de la colectividad, y no quedaría concentrado en manos de la delincuencia organizada.

Al sancionar penalmente cualquier forma de favorecimiento o de promoción del uso y/o abuso de sustancias psicoactivas, lo que se produce en la realidad cotidiana de los Juzgados y Tribunales penales es la sanción penal indirecta del mismo consumo, lo que a su vez produce que el usuario de sustancias psicoactivas ilegales llega a asumir la imagen pública que sobre él proyecta la sociedad, identificándose finalmente con el estereotipo del delincuente, culminando así su proceso de *"yonkización"*[692]. Como sucede en España, finalmente, el gran perjudicado de la prohibición es precisamente el consumidor de drogas ilegales, y especialmente, el usuario crónico o adicto que es injustamente etiquetado y se le discrimina en relación a los consumidores y/o abusadores de drogas legales.

La prohibición selectiva sobre las sustancias psicoactivas produce más muertes y sufrimiento que su consumo. Además de provocar corrupción, violencia e inestabilidad política. También supone *"regalar"* uno de los negocios más lucrativos al crimen organizado. La solución a este grave problema hay que buscarla en la libertad individual propia de un Estado de Derecho, tratando de atajar las causas sociales que llevan a las

[692] GONZALEZ ZORRILLA, *Política (s) Criminal (es) en materia de drogas*. Política Criminal. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 286.

personas al abuso de éste tipo de sustancias psicoactivas, y no insistir en la utilización del Derecho penal. Está más que constatado que los problemas que provocan el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas, así como todos los problemas que ha generado la prohibición sobre éstas no se solucionan acudiendo al poder punitivo del Estado.

En España este argumento ha sido constantemente utilizado por la doctrina, poniendo de manifiesto que el aumento de la represión penal en esta materia ha supuesto la vulneración de muchos de los principios fundamentales que caracterizan un Derecho penal garantista propio de un Estado de Derecho, como el principio de proporcionalidad penal, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, el principio de legalidad, y especialmente, el derecho a la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad[693].

Se puede observar como casi en todos los grandes negocios en el ámbito de la criminalidad aparecen tres rasgos definitorios: inmoralidad, ilicitud y escasez. Con la utilización de la prohibición penal, en el ámbito del tráfico de drogas, ha quedado demostrado que no solo se consigue agravar el problema, sino que se crean otros nuevos que no existían antes. Estos se podrían resumir en: aparición de nuevas drogas sintéticas altamente adictivas y dañinas para la salud, saturación de salas de Justicia y prisiones, penalización del consumo en algunos países, fortalecimiento del crimen organizado, pérdida o disminución de capacidad soberana en algunos países, violaciones de derechos humanos en países pobres, y en definitiva que el prohibicionismo mata y causa más sufrimiento que la propia ingesta de sustancias psicoactivas. Estos argumentos pueden

[693] En este sentido vid. supra. epígrafe 2.1.3, del Capítulo I, de la Parte I.

también esgrimirse para España, pues los problemas que conllevan el mantenimiento del prohibicionismo son de ámbito internacional[694].

El propósito principal de la cooperación internacional, en el tratamiento del tráfico de drogas, ha sido tratar de reducir su oferta, y no se existen datos que indiquen que se haya logrado tal objetivo. Valdría la pena analizar si la aplicación sistemática de políticas fundadas en datos probatorios podría haber producido mejores resultados. Los datos científicos podrían ser un poderoso aliado de los dirigentes políticos de los distintos países que tengan el valor, la creatividad y la convicción para crear una política de drogas más efectiva[695].

En definitiva, y como señala ALLER MAISONNAVE, los gobiernos de grandes países permiten la producción y exportación de drogas medicinales en el campo de prueba que es el tercer mundo, siendo altamente dañinas, pero lícitas. Y al mismo tiempo, castigan, en la práctica, la adicción de las sustancias psicoactivas que ellos mismos tachan de prohibidas (y como ya hemos visto, no por motivos sanitarios y/o científicos, sino por intereses políticos, sociales, económicos e incluso, raciales). Además el fundamento que se esgrime para justificar este tipo de política-criminal consiste en señalar que se protege la salud colectiva, cuando en realidad se perjudica la salud individual de los consumidores. Y todo ello, sin el debido respeto a la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad que debe caracterizar un Estado democrático de Derecho[696].

---

[694] En este sentido vid. supra, epígrafe 1, del Capítulo I, de la Parte III.
[695] BABOR y otros. *La política de drogas*, op. cit. p. 270.
[696] ALLER MAISONNAVE, "*Drogas prohibidas*", op. cit. p. 278 y 279, argumenta que gran parte de los problemas que genera el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas debería estar fuera del Derecho Penal y

6. Conclusiones sobre el modelo uruguayo

En mi opinión, los fines y principios generales de la Ley -ubicados en el Título I, artículos: 1º al 4ª- suponen el mayor acierto de ésta, porque entiendo que partiendo de políticas de reducción de daños debería girar toda política criminal relativa al uso y/o abuso de sustancias psicoactivas, si partimos de la base que la disponibilidad sobre ellas resulta inatacable, como se ha demostrado tras décadas de fiscalización. El balance del fracaso de políticas de carácter prohibicionista en la regulación de las sustancias psicoactivas debería conducir a un modelo de control social que trate de reducir o minimizar los daños que produce a la salud de las personas el uso y/o abuso de éstas sustancias[697].

Tanto en España como en otros países de nuestro entorno, desde hace ya décadas, se vienen aplicando, con gran éxito, políticas de reducción de daños en el consumo de heroína, me refiero, especialmente, a los programas de tratamiento con agonistas opiáceos. Su enorme éxito pone de manifiesto que cuando es el propio Estado quien pone en funcionamiento un sistema regulado por el cual es posible suministrar legalmente metadona (heroína sintética) o buprefina/naxolona, produciendo una mejora en las condiciones de vida de los usuarios crónicos de esta sustancia psicoactiva[698].

---

encajarse en el ámbito de la información y prevención a través la educación, la salud y la búsqueda de soluciones a las injusticias sociales que conducen a un elevado número de personas a entrar en el mundo de las sustancias psicoactivas prohibidas, y no escudarse en una pseudo protección de la salud pública. Este etiquetamiento que supone ser consumidor de sustancias psicoactivas prohibidas frente a los que son consumidores de sustancias también psicoactivas adictivas dañinas pero no prohibidas, por ser aceptadas socialmente, supone un claro proceso de victimización hacia estas personas.

[697] En ese sentido argumenta GONZALEZ ZORRILLA, *Política (s) Criminal(es) en materia de drogas*. 1999, pp.294-295, que *"…, un cambio en cuanto a las políticas de prevención y tratamiento aplicadas en nuestro país, sino también e inseparablemente unido a lo anterior una nueva política legislativa que permita el nacimiento de una nueva cultura social"*.

[698] Vid. supra. Epígrafe 2.4, del Capítulo I, de la Parte III.

En Uruguay existe actualmente un grave problema con la pasta base de la cocaína, sustancia barata, muy dañina y altamente adictiva, la cual es consumida especialmente por jóvenes pertenecientes a las capas más desfavorecidas de la sociedad, y no existen políticas de reducción de daños en este sentido. Considero que, de la misma forma que con esta Ley se trata de proteger los derechos e integrar en la sociedad al usuario de cannabis, con más razón se deberían adoptar este tipo de políticas de reducción de daños, al ser mucho mayores, los perjuicios para la salud que está produciendo el consumo de pasta base de cocaína en un extracto de la sociedad uruguaya.

Como se puede observar, por un lado se controla y regula el mercado del cannabis psicoactivo para así mejorar condiciones de vida de sus usuarios, y por otro lado, se aumenta la represión penal en la difusión de pasta base de cocaína, y no se prevén políticas de reducción de daños para sus usuarios, aún siendo más dañina y adictiva que el cannabis.

Sería necesario que todas las medidas tendentes a la prevención, educación, tratamiento, integración socio-sanitaria que se plantean para los usuarios de cannabis psicoactivo fueran también aplicables a los usuarios de la pasta base, para lo cual sería también necesario desarrollar un mercado legal de dispensación de cocaína. La cuestión reside en si Uruguay cuenta con medios económicos y humanos suficientes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento de este tipo de políticas públicas de reducción de daños que se anuncian en la Ley.

No obstante lo anterior, considero que es un buen comienzo el hecho de crear un modelo de control y regulación sobre el mercado de la

marihuana por parte del Estado, por ser la sustancia psicoactiva más extendida, la menos peligrosa y la que menos rechazo social provoca. Si bien ese control y regulación, debería extenderse a todas las sustancias psicoactivas de forma escalonada, para proteger también de esta forma la salud de sus usuarios. En España, sería también deseable comenzar por la despenalización controlada del cannabis, estableciéndose un mercado legal y controlado de dispensación de esta sustancia y regulándose la actividad desarrollada por los clubes cannábicos como forma de consumo organizado[699].

Si partimos de la base que el fin principal de la regulación es la reducción de daños asociados al uso y/o abuso de sustancias psicoactivas, resulta razonable pensar que si se trata de minimizar riesgos y proteger y mejorar la salud pública, éste control y regularización debe alcanzar a aquellas sustancias psicoactivas que causan un mayor menoscabo en la salud física y mental de los usuario. Me estoy refiriendo a la pasta base de la cocaína (que como el *"paco"*, el *"basuco"* o el *"crack"* son drogas nacidas a causa de la prohibición), al ser está la sustancia psicoactiva que en Uruguay está causando mayores estragos especialmente en la juventud. Al igual que sucede en España, este tipo de sustancias más nocivas y a menor coste son el caldo de cultivo perfecto para que se aumenten las desigualdades sociales y la estigmatización de las capas más desfavorecidas de la sociedad, especialmente menores de edad que se inician en el consumo desinformado propiciado por un contexto prohibicionista y represivo penalmente.

Entiendo que es un error tratar de compatibilizar políticas

[699] En este sentido vid. epígrafe 2.3, del capítulo I, de la Parte III.

penalmente represivas con políticas de integración y de reducción de daños. Y esto se debe, a que minimizar los daños sanitarios resulta complicado cuando hay fuertes controles punitivos que finalmente centran un alto porcentaje de su campo de actuación sobre jóvenes marginales adictos a sustancias psicoactivas que causan grave daño a la salud, lo que les criminaliza y estigmatiza. Sobre estos grupos de consumidores y/o abusadores deberían actuar con especial intensidad las políticas de reducción de daños que tratan, en primer lugar, de minimizar los daños y riesgos asociados al consumo, y en segundo lugar, una contundente acción informativa y educacional que alerte a la sociedad de los problemas asociados al uso y/o abuso de sustancias psicoactivas con capacidad para crear adicción.

En definitiva, con la nueva Ley se trata de separar y diferenciar un mercado legal de marihuana controlado por el Estado con respecto al resto de drogas prohibidas disponibles en el mercado negro, lo que va a suponer la integración social del uso de marihuana de forma que los consumidores de esta sustancia psicoactiva no sean estigmatizados, ni tratados a partir de la aplicación de la ley penal, sino que se pueda trabajar con ellos de forma que sean totalmente integrados en la sociedad, para que puedan tomar decisiones informadas y responsables, gestionando de una forma eficaz los riesgos del uso de esta sustancia. Se trata de alejar a los consumidores de marihuana del insalubre mercado ilegal de drogas como una forma de proteger su propia salud.

En Uruguay apenas existen Centros de Desintoxicación de sustancias psicoactivas, ni existen Unidades de Conductas Abusivas, es decir, disponen de muchos menos medios materiales y humanos de los que sí se

disponen en Europa que existe una mayor tradición en este tipo de políticas de reducción de daños (como son tratamientos de mantenimiento con metadona, intercambio de jeringuillas, etc), y donde se cuenta con mayores dotaciones económicas para hacer llevar a cabo estas políticas.

Cuando se verifique que la regulación y control del cannabis surte los efectos buscados en relación a la minimización de los daños asociados a su consumo, este tipo de políticas deberían ser trasladadas también a los consumidores crónicos de pasta base de la cocaína. En definitiva: que si bien es plausible que se trate de controlar y regularizar el mercado de la marihuana para así proteger los derechos de los usuarios de esa sustancia psicoactiva, resulta incongruente, que al mismo tiempo, se siga castigando penalmente al adicto a la pasta base. Este sujeto llega a asumir la imagen pública que sobre él proyectan las instituciones de control y represión (policía, tribunales, prisión), identificándose finalmente con el estereotipo de delincuente, aumentando su exclusión social.

Estoy de acuerdo en que se trate de controlar y regular el mercado de marihuana si ello supone una mejora en las condiciones de vida de sus consumidores, y además puede ser una forma de restarle mercado al narco y por tanto parte de su poder. No obstante también se plantean la existencia en la Ley de defectos técnicos que deben tratar de subsanarse en el futuro en la línea de los apuntados anteriormente: demasiada indeterminación, exceso de margen de maniobra en el desarrollo reglamentario de la Ley, y un sistema de controles y registro, demasiado invasivo para el individuo.

Hay que ser consciente que será complicado terminar con el

prohibicionismo, y que el paso que ha dado Uruguay con la regulación y control del cannabis psicoactivo es una decisión política valiente en un mundo en el que la cultura de la sustancias psicoactivas se encuentra gobernado por el *"fundamentalismo prohibicionista"*, siendo necesario un cambio en este sentido avalado por el rotundo fracaso que ha supuesto la prohibición.

La puesta en práctica de un mercado legal de cannabis psicoactivo en Uruguay puede guiarnos para seguir, de forma escalonada, con la regularización y control de todas las sustancias psicoactivas. La única forma de terminar con el prohibicionismo y sus nefastas consecuencias es acabar con el marco represivo para llegar a un marco de regulación y control social que minimice los daños que el consumo de cualquier sustancia psicoactiva pueda llegar a producir, lo cual debe llevar implícito políticas de prevención y tratamiento.

CONCLUSIONES FINALES

I) Se parte de un ***concepto personalista del bien jurídico-penal***, en el que el individuo es el fin último de protección de cualquier bien jurídico-penal. Si bien resulta útil, adecuada e incluso necesaria la interpretación a la CE en el contexto de un Estado de Derecho, ésta no puede ser nunca exclusiva y excluyente. Existen también otros ámbitos a los que es posible acudir como son los derechos y libertades reconocidos en el ámbito internacional, y también los principios fundamentadores de un Derecho penal garantista, derivados, en última instancia, en la libertad individual la cual constituye un valor fundamental y supremo que debe informar todo el ordenamiento jurídico, y especialmente el orden penal. La actual regulación penal en materia de drogas parece olvidar esta premisa constitucional.

II) ***El bien jurídico-penal protegido en el delito de tráfico de drogas***, tipificado en el art. 368 del CP, no puede ser otro que la protección de la salud, es decir, ***la salud individual o personal de cada una de las personas que conforman la colectividad***. En mi opinión resulta difícilmente sostenible dotar de autonomía a la salud pública con respecto a la salud individual. El término *salud*, por definición, debe estar necesariamente vinculado al individuo, pues solo un individuo tiene aptitud para enfermar, o para empeorar o mejorar en su salud. Se trata de un bien jurídico-penal necesariamente unido a la idea de individuo. El considerar la salud individual como el bien jurídico-penal protegido por el delito de tráfico de drogas podría permitir sustituir la actual fórmula de delito peligro abstracto del tipo básico del 368 por una solución basada en la idea de lesión material o dañosidad, resultando más adecuado y respetuoso con los principios básicos de un Derecho penal garantista, propio de un Estado

democrático. Lo expuesto anteriormente no significa renunciar a la protección penal de la salud pública para aquellos casos en que las agresiones o ataques que se dirigen contra ella se caractericen por la puesta en peligro para un número indeterminado de sujetos pasivos, como sucede con los delitos de fraude alimentario.

En este sentido, la evidencia de que se producen una serie de riesgos y daños que se asocian al uso y/o abuso de sustancias psicoactivas ilegales, y que, especialmente, tienen capacidad para crear adicción exige que las conductas de consumo resulten plenamente informadas. Sin la existencia de un mercado legal de dispensación de este tipo de sustancias, controlado e intervenido por los poderes públicos, es imposible proteger la salud de los consumidores de éstas, en el sentido de minimizar los daños asociados al consumo, y proporcionar tratamiento médico a los adictos o usuarios crónicos.

Consecuentemente, de la misma forma que los poderes públicos, con el fin de proteger la salud de la colectividad, establecen una serie de requisitos de calidad para los productos de consumo como son los alimentos y los medicamentos -en evitación de posibles adulteraciones, o su posible nocividad para la salud por un mal estado de conservación-. De igual forma se debería extender esta protección del producto a determinadas sustancias prohibidas actualmente para satisfacer las necesidades psicoactivas de la población. De esta forma, no se verían abocados a recurrir a la oferta psicoactiva existente en el mercado ilegal, en el que no existen los controles de calidad y de información que sí podría ofrecer el Estado.

En este sentido, no resulta coherente afirmar que la prohibición penal sobre determinadas sustancias psicoactivas persigue la protección de la salud pública, pues es la propia prohibición la que deja en manos de los narcotraficantes el suministro psicoactivo demandado por un sector relevante de la población. La prohibición impide que sean los poderes públicos los encargados de desplegar los adecuados controles jurídico-sanitarios que merecen tales sustancias por su poder de crear adicción al consumidor, así como los graves riesgos que pueden ocasionar a la salud física y psíquica de los usuarios.

III) En cuanto al ***concepto de droga***, no hay que olvidar que las drogas son sustancias orgánicas o sintéticas. En definitiva son compuestos químicos que producen un efecto psicoactivo en el organismo humano, es decir, la esencia química y farmacológica aportada por el concepto médico-farmacológico debería asentar un concepto jurídico de droga.

Sobre esta base farmacológica, al inscribirlo al ámbito penal, deberá adquirir forzosamente las características inherentes a éste ámbito, y especialmente, a la idea de protección de bienes jurídico-penales que, en este caso concreto, es la protección de la salud individual. Por lo tanto, al concepto médico-farmacológico habrá que añadirse la idea de afectación relevante del bien jurídico-penal salud, en el sentido de que la sustancia en cuestión para ser considerada como *"droga"* a efectos penales, además de reunir los requisitos necesarios del concepto proporcionado por la medicina y la farmacología, deberá tener la aptitud necesaria para menoscabar la salud de las personas de una manera apreciable y relevante desde una perspectiva penal.

No obstante, en la actualidad domina, especialmente en la jurisprudencia del TS, el *"concepto internacional de droga"*. Se pone de manifiesto, una vez más, que la regulación jurídica en la materia está condicionada por normas de carácter supranacional. Por tanto, el sistema de listados internacionales de sustancias psicoactivas prohibidas está siendo el criterio utilizado por el juzgador para definir el concepto droga. En mi opinión, tales listados deberían tener un carácter meramente consultivo, no resultando plausible otorgarles valor de vinculantes. La propia prohibición genera que surjan gran cantidad de nuevas sustancias psicoactivas con graves efectos negativos para la salud. Resultaría más coherente mantener un concepto médico-farmacológico apoyado en la idea de afección al bien jurídico-penal que permita considerar una sustancia como droga aunque aún no se encuentre recogida en los listados internacionales.

Además, el sistema internacional de listados que distingue entre drogas legales e ilegales no responder a criterios farmacológicos y/o médicos, resultando este más que cuestionable. Si de lo que se trata es de prohibir determinadas sustancias para proteger la salud de las personas, resulta exigible que tal limitación en la libertad individual se fundamente en la nocividad de las sustancias seleccionadas, tomando como fundamento de tal distinción las características químicas intrínsecas de cada sustancia, sus distintos efectos sobre el organismo humano, su capacidad para crear adicción, o su nivel de toxicidad, etc.

Pues bien, el único argumento con el que los organismos internacionales tratan de justificar la no prohibición de sustancias que reúnen las características anteriormente expuestas, como el tabaco y el alcohol es señalar que se trata de sustancias *"socialmente aceptadas"*. Tal

argumento resulta criticable, dado que la prohibición penal sobre determinadas sustancias psicoactivas se extiende a todo el mundo. El tabaco y el alcohol son sustancias psicoactivas propias de los países occidentales, que fueron los actores principales en el establecimiento de la prohibición.

De esta forma impusieron sus usos y costumbres psicoactivos al resto del mundo, pero no por motivos de protección de la salud de la humanidad, sino por espurios intereses económicos y políticos. Por ejemplo, en los países de África del Norte consideran *"socialmente aceptado"* el cannabis y sus derivados y llevan milenios usando tal sustancia, que, además, resulta menos nociva para la salud que el tabaco y alcohol, y en cambio, aquellas son la que están penalmente perseguidas por imposición internacional interesada.

Por tanto, la distinción internacional entre drogas legales e ilegales no es más que un factor de discriminación y desigualdad entre países occidentales o del primer mundo que imponen, mediante la prohibición, sus propios usos y costumbres a los países del tercer mundo, que se ven obligados a renunciar a sus tradiciones ancestrales en la relación del hombre con las sustancias existentes en su medio natural, como ocurre con el caso de la hoja de coca en Bolivia.

IV) Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, ***el tráfico de drogas en pequeñas cantidades*** supone un porcentaje elevado de las actuaciones policiales y judiciales en la aplicación y persecución de este delito. En estos casos de trasmisiones mínimas, es donde queda más limitado el alcance del bien jurídico-penal protegido por

este precepto, pues resulta muy complicado constatar una afectación relevante de éste. En el tratamiento jurisprudencial de este tema ha cobrado especial relevancia el debate en torno al contenido de la antijuridicidad material. En mi opinión la constatación de la existencia de una afectación relevante para el bien jurídico-penal protegido debe ser un referente para el legislador, ejerciendo de límite a la capacidad punitiva del mismo.

Además, ***el contenido de la antijuridicidad material*** debería ejercer como elemento de crítica de los distintos tipos penales. En este sentido, en el caso de que exista un conflicto entre el aspecto formal y material de la antijuridicidad -es decir puede suceder que un acto sea típico formalmente, pero en cambio no lesione ni ponga en peligro el bien jurídico protegido - debería prevalecer la afectación del bien jurídico-penal, es decir la antijuridicidad material penal. En consecuencia, sólo desde la admisión de la prevalencia de la protección de la salud de los individuos que componen la comunidad como bien jurídico-penal protegido, será posible mitigar o dulcificar la injustificada e innecesaria dureza punitiva de la regulación actual del delito de tráfico de drogas.

La ***doctrina jurisprudencial de las dosis mínimas psicoactivas***, en mi opinión, no es más que tratar de dar apariencia científica a algo que, en realidad, no la tiene, pues tales mínimos psicoactivos que suponen la diferencia entre la tipicidad y la atipicidad de la conducta, dada la escasez cuantitativa y/o cualitativa de la sustancia, aún superando tales mínimos, se puede tratar en ocasiones de castigar penalmente conductas que no lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico-penal “salud de las personas”.

Poniendo el acento punitivo en comportamientos de trasmisión de pequeñas cantidades de sustancia psicoactiva, se castigan hechos que, aun consistiendo en un acto de difusión o de promoción a terceros -y por tanto conductas subsumibles en la descripción típica del artículo 368 del CP- deberían carecer, en ocasiones, de relevancia jurídico-penal, pues este tipo de comportamientos suelen suceder en el contexto de usuarios crónicos que pretenden sufragarse su adicción. Aunque exista la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal por tal circunstancia, se consigue un efecto criminalizante de estos comportamientos más cercanos al ámbito de la demanda y consumo -conductas atípicas por definición-, que a la tipicidad de la oferta y difusión.

V) Sin duda el artículo 368 del CP es uno de los más criticados por la doctrina, pues, como se ha señalado, incluso parte de la jurisprudencia del TS reconoce que se trata de un delito de mera desobediencia, lo que resulta incompatible con un Derecho penal de naturaleza garantista propio de un Estado de Derecho. Además, la utilización de tipos penales abiertos propicia que la imprecisión descriptiva de la conducta típica deje al descubierto la seguridad jurídica. Todo esto se traduce en que, en la aplicación práctica del precepto por los tribunales, se produzcan resoluciones judiciales contradictorias para casos similares y, en ocasiones, se impongan penas desproporcionadas e innecesarias.

Tal inseguridad jurídica ocasionada en los tribunales por este precepto se explica también por la utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto en su descripción típica, pues el adelantamiento de la barrera punitiva, unido al hecho de la elevada penalidad en los tipos, puede resultar incompatible con principios

fundamentales del Derecho penal como el principio de proporcionalidad penal o el principio de intervención mínima.

Ante tal situación, ya desde hace décadas, existe en el TS una corriente jurisprudencial que intenta mitigar la dureza punitiva del precepto, pues su aplicación literal conduce a soluciones desproporcionadas e injustas. Este sector del TS recurre a la ***interpretación teleológica del precepto como fundamento para pronunciarse sobre la atipicidad de determinados supuestos*** en los que no se produce una lesión o puesta en peligro de cierta relevancia para el bien jurídico-penal salud pública. Gracias a tal interpretación jurisprudencial quedan al margen de la punición comportamientos que se encuadra en al ámbito de la demanda y del consumo organizado de sustancias psicoactivas, sin que se produzca riesgo relevante de difusión a terceros de forma indiscriminada.

VI) Es necesario un ***cambio cultural en torno a la consideración de las sustancias psicoactivas***. Debe volverse a la idea de que tales sustancias pueden ser al mismo tiempo curativas o dañinas. Todo dependerá de la dosis adecuada. Y quien mejor puede ejercer ese control sobre este tipo de sustancias que el Estado, ya que mal utilizadas conllevan múltiples problemas. Los poderes públicos, mediante el control y regulación de éstas, puede llevar a cabo tratamientos adecuados para los abusadores de este tipo de sustancias, realizar políticas de prevención, asistencia y tratamiento, que serían más efectivas al despenalizarse la mayoría de las conductas relacionadas con el uso y/o abuso de las sustancias psicoactivas. Por otro lado, se debería perseguir, con mayor efectividad, a los grandes narcotraficantes que son los verdaderos

beneficiados de todo este entramado jurídico-social que supone el mundo de las drogas.

VII) El ***modelo prohibicionista ha fracasado desde hace ya tiempo***, pues parece que cuanto más se endurece el derecho penal en materia de tráfico de drogas, más aumenta el consumo de éstas[700] y más aumenta la delincuencia con ella relacionada. Quizás sería más razonable que los fondos que el Estado destina en mantener una política criminal represiva en materia de drogas se emplearan en tratar de paliar las consecuencias negativas que el consumo y abuso de las mismas provoca en la sociedad.

Seguir instaurados en el modelo represivo actual supondrá seguir sufriendo los efectos nocivos que padecemos actualmente, como son la marginación social del mundo de la droga, la estigmatización del drogodependiente, la persecución administrativa, y, en ocasiones, penal de los consumidores, así como asistir al continuo encarcelamiento de pequeños delincuentes adictos que llenan las prisiones. Cabe preguntarse si la prohibición de determinadas sustancias psicoactivas previene el daño tanto como para justificar el enorme costo que la prohibición supone.

VIII) Una posible alternativa para alcanzar un cambio de orientación en la política-criminal en materia de drogas la deberíamos buscar en la Unión Europea. Es posible aproximar normas de los Estados de la Unión Europea, incluso al margen de algunas disposiciones establecidas por la vía de convenios internacionales. Se trataría de

[700] Según datos de Naciones Unidas, 185 millones de personas consumen drogas ilegales en el mundo, vid. TAMARIT SUMALLA, *Drogodependencia y Derecho*, op. cit. p. 142.

introducir medidas correctoras en las legislaciones penales tendentes a reducir los daños que produce una política represiva, con miras a una futura y paulatina despenalización controlada de las sustancias psicoactivas ilegales más consumidas (comenzando por las llamadas *"drogas blandas"*) las cuales actualmente tienen la consideración de prohibidas, con el correspondiente control normativo sobre las mismas. ***La próxima reunión del UNAGASS en la Asamblea de Naciones Unidas en el año 2016 puede ser el escenario perfecto para reconsiderar las políticas que fiscalizan las sustancias psicoactivas prohibidas.***

Se hacen necesarias políticas públicas que propicien una nueva *visión social* en torno a las sustancias psicoactivas que permitan salir del oscurantismo farmacológico en el que nos encontramos en la actualidad, y alcanzar una auténtica cultura farmacológica que lleve a investigar todos los efectos beneficiosos de cada sustancia, buscando las posibilidades curativas o paliativas del dolor de todas aquellas sustancias que han sido demonizadas por las Convenciones de Naciones Unidas, de lo que se beneficiaría la ciencia y sobre todo la humanidad[701].

En este sentido, la regulación legal del cannabis está ganando cada vez mayor aceptación política, aunque se estén contraviniendo en parte las convenciones de la ONU, incumplimiento que se debe en gran parte a que éstas quedan ya más que obsoletas, además de injustificadas. Seguramente las tensiones entre los países que buscan mayor flexibilidad y la JIFE sigan creciendo, pues la tendencia hacia la regulación legal del cannabis resulta irreversible y está consiguiendo cada vez mayor respaldo sobre todo en

[701] MANJÓN-OLMEDO, *La solución*, op. cit. pp 277 y 278.

América aunque también en Europa.

La actual tendencia legislativa hacia la regulación de sustancias psicoactivas como el cannabis como modelo más razonable para proteger la salud pública se encuentra en auge, por lo que habría que aprovechar la tendencia para empezar a promover políticas relativas a las drogas con bases científicas, teniendo como punto de referencia la reducción de daños, el respeto a los derechos humanos y una eficaz y verdadera protección de la salud individual de todos los miembros que forma la colectividad.

IX) Es esto lo que han llevado a cabo en ***la República de Uruguay***, con la ***aprobación de la Ley 19172, de 10 de diciembre del 2013, de Regulación y Control del Cannabis, y el posterior Decreto Legislativo que la desarrolla, de 6 de mayo de 2014***. Con independencia de los aspectos que se podrían mejorar de esta regulación, y que se han puesto de manifiesto con anterioridad, considero que ***lo más importante de esta iniciativa es la valentía en la toma de la decisión política-criminal y su fundamentación frente al criterio prohibicionista internacional*** que domina el planeta.

Los argumentos se basan fundamentalmente en la protección de la salud de sus ciudadanos frente a los daños asociados al uso y/o abuso de estas sustancias, con un mayor respeto hacia la libertad individual y con la pretensión de restar mercado a las organizaciones criminales de narcotraficantes que operan en el país. No hay que olvidar que para que los compromisos convencionales del ámbito internacional puedan ser integrados en el Derecho interno de los países que son Parte, éstos han de

resultar compatibles con los derechos y libertades individuales constitucionales. En Uruguay han llegado a la conclusión de que el mantenimiento de la prohibición, al menos sobre la marihuana, vulnera algunos de estos derechos individuales de naturaleza constitucional, y en consecuencia se han decidido a regular y controlar un mercado legal del cannabis psicoactivo.

Mediante implementación del sistema de controles y registros que se han analizado en el tratamiento del cannabis psicoactivo, los poderes públicos uruguayos pretenden que los consumidores hagan un uso racional y no problemático de esta sustancia. Además, de esta forma es posible garantizar la responsabilidad del Estado por la calidad por el producto. Además la creación de un mercado legal facilita la realización acciones preventivas basadas en la información y en la educación, que tiendan a evitar y corregir los abusos y/o usos que puedan resultar problemáticos tanto para el sujeto como para la sociedad. En el medio o largo plazo, esta regulación permitirá la integración social y controlada del uso de marihuana. De esta forma los consumidores de esta sustancia psicoactiva podrán evitar el mercado ilegal, lo que a su vez propiciará el acercamiento a los profesionales sanitarios que les asesorarán convenientemente para que puedan tomar decisiones informadas y libres, gestionando de una forma eficaz los riesgos del uso y/o abuso de esta sustancia.

Si en España se tomará la misma decisión político-criminal de proceder a la regulación y control de un mercado del cannabis y derivados, se solucionarían muchos de las cuestiones suscitadas jurisprudencialmente, como el caso de las asociaciones cannabicas, que sin que exista en la actualidad una regulación estatal al respecto, están funcionado y aflorando

por todo el territorio, ante lo que la jurisprudencia se esfuerza en establecer formulas para distinguir entre su tipicidad o atipicidad[702].

Es un buen comienzo crear, en primer lugar, un modelo de control y regulación sobre el mercado de la marihuana por parte del Estado, por ser la sustancia psicoactiva ilegal más extendida, la menos peligrosa y la que menos rechazo social provoca. Si bien ese control y regulación, debería extenderse las sustancias psicoactivas de forma escalonada de las que existe mayor demanda, para proteger también de esta forma la salud de los usuarios de éstas. Una vez confirmado que el establecimiento del mercado legal para el cannabis alcanza los objetivos perseguidos, sería también necesario desarrollar un mercado legal y controlado, para mayores de edad y personas con capacidad de decidir, de dispensación de cocaína, tanto para usos terapéuticos -especialmente en el tratamiento de adicciones- como para usos lúdicos. Si se trata de minimizar riesgos y proteger y mejorar la salud pública, éste control y regularización debe alcanzar a aquellas sustancias psicoactivas que causan un mayor daño en la salud física y mental de los usuario, como es el caso de la pasta base de la cocaína que está haciendo mucho daño a una parte de la juventud uruguaya.

X) Considero que la obligación del Estado, por mandato constitucional (artículo 43 CE), de proteger la salud física y psíquica de los ciudadanos frente a los riesgos originados por el uso y/o abuso de sustancias psicoactivas sólo se consigue partiendo de unos presupuestos político-criminales. Esto es, ***el consumo y tráfico de sustancias psicoactivas debería abordarse desde el principio de libertad individual, con una mínima intervención del Derecho penal, pero con una estricta***

[702] Vid. Epígrafe 1.2, del Capítulo II, de la Parte III.

regulación administrativa-sanitaria, acompañada de políticas que pongan el énfasis en la prevención de la demanda y en medidas de reducción de daños.

En este sentido, se debería reafirmar el derecho fundamental a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, sin paternalismo estatal que se inmiscuya en la privacidad de las personas adultas que deciden consumir sustancias psicoactivas. El control estatal supondría proteger la salud de sus usuarios y/o abusadores, evitando muertes por adulteración de la droga y, en definitiva, ejerciendo un tratamiento global de éstos, reduciendo la estigmatización social de los consumidores crónicos y el sufrimiento de sus familias.

Con la ***alternativa político-criminal despenalizadora planteada*** en este trabajo -que, como ya se ha puesto de manifiesto, se inspira fundamentalmente en la que fue planteada, hace ya décadas, por el Grupo de Estudios de Política Criminal- se pretende ***proteger de forma eficaz el bien jurídico-penal salud de las personas de los riesgos asociados al consumo y/o abuso de drogas***, que se encuentran inevitablemente disponibles en el mercado clandestino.

Despenalizar no significa renunciar al Derecho penal en el tratamiento de estas sustancias. Se trata de plantear una protección penal que resulte más acorde con los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y además sea más eficaz en la protección de la salud tanto individual como pública. La alternativa planteada parte del necesario establecimiento de un mercado regulado y controlado por el Estado de las drogas ilegales que puedan resultar más adecuadas, desde un punto de vista

farmacológico, para tratar de satisfacer la mayoría de la demanda psicoactiva de la población, para así permitir consumos informados y responsables, al tiempo que se corrigen los abusos y se presta una asistencia plena a los usuarios crónicos.

Los comportamientos, más graves, de tráfico y difusión de sustancias psicoactivas que se produzcan fuera del ámbito legal establecido y regulado, fundamentalmente, por normas de carácter administrativo-sanitario, serían castigados penalmente, desde diferentes perspectivas:

En primer lugar, la consideración de que determinadas sustancias psicoactivas se equiparen a otros productos de lícito comercio conllevaría la responsabilidad por el producto en la protección de los consumidores, como sucede actualmente con los medicamentos legales y los alimentos. No obstante, al tratarse de sustancias con poder psicoactivo y con capacidad para crear adicción, el control de los poderes públicos sería más intenso, con la posibilidad de sancionar penalmente los comportamientos más graves que pusieran en peligro la salud de la colectividad.

En segundo lugar, los daños efectivamente ocasionados y objetivamente mesurables a la salud de una persona en concreto, producidos como consecuencia de la ingesta de este tipo de sustancias, y que tengan su origen en comportamientos de difusión ilegal de éstas -es decir, al margen del sistema de dispensación ofrecido por el Estado- también podrían castigarse penalmente como delitos de lesión, mediante una interpretación extensiva del artículo 147 del CP dedicado al delito de

lesiones[703].

En tercer lugar, se propone una especial protección de los menores de edad y de las personas con sus capacidades limitadas, mediante el establecimiento de un tipo penal específico que proteja su indemnidad frente a esta clase de sustancias. De esta forma, además de proteger la salud individual de estos, se da también protección a su falta de libertad en la decisión de consumirlas. Además, con el tiempo, trasladar determinadas sustancias psicoactivas a la legalidad podría tener el efecto de reducir la atracción hacia lo prohibido tan propia en los jóvenes con actitudes rebeldes hacia las prohibiciones del sistema penal.

Y por último, se propone la creación de tipos penales que resulten eficaces para combatir el gran narcotráfico, reconduciéndolos hacia los delitos contra el orden socio-económico, utilizando agravantes por el mayor reproche penal que supone la pertenencia a organización criminal, persiguiendo especialmente a los responsables que acumulan cantidades ingentes de dinero, así como por el peligro que supone la difusión a gran escala de tales sustancias que pueden tener efectos nocivos en la salud de las personas, especialmente, si se consumen en un contexto de prohibición.

Además este planteamiento tiene importantes ventajas desde una perspectiva de efectividad judicial, así como argumentos a favor de naturaleza económica, pues la adopción de la alternativa planteada supondría un considerable ahorro al Estado al reducirse las políticas de corte eminentemente represivo-penal. Por otro lado, los impuestos que gravaran el consumo controlado de este tipo de sustancias para usos lúdicos

[703] Vid. Epígrafe 3.2, del Capítulo I, Parte III.

se invertirían en medios materiales y humanos capaces de llevar a efecto una adecuada acción preventiva orientada a reducir la demanda de drogas en España.

BIBLIOGRAFIA

ACALE SANCHEZ, María. *Salud Pública y drogas tóxicas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

- *Comentarios al Código penal*. Coordinadores: A. Nieto Martín y A. I. Pérez Cepeda. Iustel. Madrid, 2007.

- *Comentarios al Código Penal*. Directores: Arroyo Zapatero, y otros. Iustel. Madrid, 2007.

ADRIASOLA, Gabriel. "Los delitos de tráfico de estupefacientes: nuevas tendencias en doctrina, jurisprudencia y legislación". Revista de Legislación Uruguaya 2009. Tomo 106.

ALFONSO SANJUAN, Mario y IBAÑEZ LOPEZ, Pilar. *Todo sobre las drogas legales e ilegales (Incluido el Alcohol y el Tabaco)*. Dykinson. Madrid, 1992.

ALLER MAISONNAVE, Germán. "Drogas prohibidas". *Criminología y derecho penal*. Tomo II. Ediciones "Del foro", Montevideo, 2006.

- "El problema de las drogas: una cuestión a resolver". *Criminología y derecho penal*. Tomo III. Ediciones "Del foro". Montevideo, 2007.

- *Estudios de Criminología: Acerca de las drogas prohibidas y la Comunidad del Derecho*. Editor Carlos Álvarez. Montevideo, 2008.

- *Cuestiones dogmáticas, político-criminales y criminológicas*. Editor Carlos Álvarez. Montevideo, 2011.

ALONSO ALAMO, Mercedes. "Bien jurídico penal: Más allá del constitucionalismo de los derechos". Estudios penales y criminológicos, Volumen XXIX. Págs. 61-105. 2009.

- "¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico-penal". *Principio de precaución y derecho punitivo del Estado*. Estudios penales y criminológicos, Volumen XXIX. Págs. 61-105. 2009.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. (Director) y otros. *La adecuación del Derecho Penal Español al ordenamiento de la Unión Europea.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- *El delito de tráfico de drogas*. Tirant lo Blanch, Valencia. 2009.
- "La necesidad de un cambio de paradigmas en el tráfico de drogas: la urgencia de su legalización". *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

ANDRES DOMINGUEZ, Ana Cristina. *Los delitos contra la salud pública*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

ANIYAR DE CASTRO, Lolita. "*Criminología de la Liberación*". Universidad del Zulia, Maracaibo, 1987.

ARANA, Xabier y VEGA, Amando. "La esquizofrenia de las drogas legales o la cuadratura del círculo: entre la promoción y la prevención". *Los agentes sociales ante las drogas.* Dykinson. Madrid, 1998.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. "Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas", Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 1, 1999.

ARMENTEROS LEÓN. "Criterios para la aplicación del subtipo agravado de extrema gravedad en el delito de tráfico de drogas", Diario La Ley, 7174, 2009.

ARROYO ZAPATERO, Luis. "El objeto material en el artículo 368 del Código Penal: Planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Cuadernos de Derecho Judicial. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.

BABOR, Thomas y otros. *La política de drogas y el bien público*. Organización Panamericana de la Salud. Washington, D.C. 2010.

BARBERO SANTOS, Marino. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Volumen 26, pp. 487-498, 1973.

BARÉS BONILLA. "La continuidad delictiva y el delito de tráfico de drogas", Revista Aranzadi Doctrinal, 3, 2015, págs. 135-137.

BARRIUSO ALONSO, Martín. "La prohibición de las drogas. Del tabú moral a la desobediencia civil". *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*. Dykinson. Madrid, 2003.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Las drogas y su legislación en España*. 1973.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Editor Julio César Faira., Montevideo/Buenos Aires, 2012.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho penal español*. Bosch. Barcelona. 2005.

BOIX REIG, Javier. *Derecho penal Parte especial*. Volumen III. Iustel. Madrid, 2012.

BORRAJO DACRUZ, Efren y otros. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Director: Oscar Alzaga Villaamil. Tomo IV. Editorial Edersa. Madrid, 1996.

BOTTKE, Wilfried. "¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos?", en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*. Director: Diego-Manuel Luzón Peña. La Ley. Madrid, 2010.

BUENESTADO BARROSO, José Luis. *Derecho penal. Parte especial.* Consecuencias jurídicas del delito en España. Valencia, 2011

BUSTOS RAMIREZ, Juan J. y HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II. Editorial Trotta. Madrid, 1999.

CALDERON SUSÍN, Eduardo "La posesión de drogas para consumir y para traficar. El consumo compartido". Cuaderno de Derecho Judicial. 2000. en Soriano Soriano (dir.), *Delitos contra la salud pública y contrabando*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, págs. 11-48.

CANCINO MORENO, Antonio José y otros. *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Marcial Pons. Barcelona, 2004.

CARDONA LLORENS, Antonio. *Estudio médico-penal del delito de lesiones*. Editorial Edersa. Madrid, 1989.

CARDONA TORRES, Juan. *Derecho penal Parte especial*. Editorial Bosh. Barcelona, 2010.

CARMONA SALGADO, Concepción. Delitos contra salud pública (II). *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial).* Director: Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons. Barcelona, 2000.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio y CALDERÓN CEREZO, Ángel. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Tomo II. Deusto. Barcelona, 2005.

COBO DEL ROSAL, Manuel. *Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*. Valencia, 1997.

- *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Manuel Pons. Barcelona, 2000.
- *Conocimiento de la ilicitud. Aproximación al conocimiento de la antijuridicidad del hecho desde las teorías psicológicas del pensamiento intuitivo*. Dykinson. Madrid, 2007.
- *Comentarios al Código Penal. Segunda época*. Madrid, 2008.
- Contexto del tratamiento jurídico-penal del tráfico de drogas. *Política criminal y reforma penal*. Directores: Mir Puig y Corcoy Bidasolo. Edisofer. Montevideo, 2007.
- *Sinopsis de Derecho Penal. Parte General*. Dykinson, Madrid, 2011.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- *Constitución y sistema penal*. Marcial Pons. 2012.

CÓRDOBA RODA, Juan. "El delito de tráfico de drogas". Estudios Penales y Criminológicos. ISSN 1137-7550. Nº 4. Páginas 9-34. 1979/1980.
- "Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales". Revista de Derechos Fundamentales. Nº 8 (2012), pp. 45-76.
- *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Editor Julio César Faira. Montevideo/Buenos Aires, 2013.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Curso de Derecho penal*. Parte General. Tecnos. Madrid, 2012.

CUERDA ARNAU/ GÓRRIZ ROYO/ VIVES ANTÓN. "La colaboración del imputado en los delitos de tráfico de drogas", en Vidales Rodríguez (coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, págs. 107-170.

CUESTA AGUADO, Paz M. *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

DAVIES, *"Ley internacional ¿la solución final? La reducción de los daños relacionados con las drogas"*. IGIA, 1995

DE LA CUESTA, José Luis y otros. ¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal. *Drogas, Sociedad y Ley. Avances en Drogodependencia*. Bilbao, 2003.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *El principio de proporcionalidad penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

DEL RÍO FERNÁNDEZ. "Tráfico de drogas y adecuación social. Supuestos de atipicidad en el artículo 344 del Código Penal", Revista General del Derecho, 1996, págs. 153-174.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Lecciones de Derecho penal*. Tomo II. Teoría del delito. Iustel. Madrid. 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1.993.

- “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”. Jueces para la Democracia nº 30. 1997.
- “El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal”. Revista de Derecho (Valdivia) v. 18, n.1 (pp. 199-212). Julio 2005.
- *Derecho penal español. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- *Política Criminal y Derecho Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- *Delitos y Penas en España*. Editorial Catarata. Madrid, 2015.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Transmisiones atípicas de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad*. 2013.

DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario: Análisis de sus elementos esenciales*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1996.

DOVAL PAIS, Antonio; BLANCO CORDERO, Isidoro; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, Cristina; VIANA BALLESTER, Clara; SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos. “Las concesiones de indultos en España (2000-2008)”. Revista Española de Investigación Criminológica. Artículo 5, Número 9, 2011.

DURKHEIM, Emil. *Las reglas del método sociológico*. Traducción por Antonio Ferrer y Robert. Editorial Akal. Madrid, 1991.

ESCOHOTADO ESPINOSA, Antonio. *Las drogas: De los orígenes a la prohibición*. Alianza Editorial. Madrid, 1994.
- *Aprendiendo de las drogas. Usos y abusos, prejuicios y desafíos*. Editorial Anagrama. Barcelona, 1995.

- "Historia y sociología de las drogas". *Drogodependencia y Derecho.* Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 2003.
- *Historia general de las drogas*. Editorial Espasa. Madrid, 2008.

ESCRIVA GREGORI, José M. *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en derecho penal*. Bosh. Barcelona, 1976.

ESPINOSA CEBALLOS, Elena María. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Director: José Miguel Zugaldía Espinar. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.

FARALDO CABANA, Patricia. (Directora) *Comentarios a la legislación penal especial*. Lex Nova. Valladolid, 2012.

FERNANDEZ HERNANDEZ, Antonio. Política criminal española en materia de tráfico ilícito de drogas. *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*. Caty Vidales Rodríguez (Coord.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

FERNANDEZ PANTOJA, Pilar y otros. *Comentarios al Código Penal.* Segunda época. Director: Manuel Cobo del Rosal. Ediciones CESEJ. Madrid, 2008.

FLORES MENDOZA, Fátima y otros. *Derecho penal. Parte General.* Editorial Comares. Granada, 2013.

FRIEDMAN, Milton y Rose. *Libertad de elegir*. Ediciones Orbis. Barcelona, 1983.

FRIEYRO ELÍCEGUI. "Las conductas neutrales de intervención en el delito y el delito de tráfico de drogas", Diario La Ley, 8456, 2015.

GABRIEL RUBIO, Joaquín Santo-Domingo y otros (colaboradores: Mario Martínez Ruiz, Jesús Pascual Arriazu, Guillermo Ponce Alfaro y Alfonso Vázquez Moure) *Todo sobre las drogas: Información objetiva para decidir y prevenir*. Ediciones Martínez Roca S.A. Madrid, 2004.

GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Los delitos de tráfico de drogas: un estudio analítico de los arts 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*. Bosch. Barcelona, 1.999.
- *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I. Directora: Mirentxu Corcoy Bidasolo. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

GANZEN MULLER ROIG, Carlos y otros. *Delitos contra la Salud Pública (II). Drogas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes*. Bosch. Barcelona, 1997.

GARCIA MARCOS, Luis y otros: A. Marco, C. Gallego, JJ. Antón, A. Errasi).
"¿Es necesario disponer de tratamientos con buprenorfina/naxolona para presos dependientes de opiáceos?" Revista Española de Sanidad Penitenciaria, 15: 105-113.

GONZÁLEZ BUSTELO, Mabel. *Narcotráfico y crimen organizado. ¿Hay alternativas?* Icaria editorial. Barcelona, 2014.

GONZALEZ CUSSAC, José Luis y otros. *Esquemas de Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

GONZALEZ ZORRILLA, Carlos. "Política(s) Criminal(es) en materia de drogas". Política criminal. Cuadernos de Derecho Judicial.1.999.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? En HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico*. Marcial Pons. Madrid, 2007.

HEFENDEHL, Ronald. "¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto". Anales de derecho. Universidad de Murcia. Nº 19, 2001.
- *La teoría del bien jurídico*. Presentación de Enrique Gimbernat. Marcial Pons. Madrid, 2007.

HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, 1992.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Editorial Tecnos. 1984.

IGLESIAS SKULJ, Agustina. Delitos de contrabando. *Comentarios a la legislación penal especial*. 1ª Edición. Lex Nova. 2012.

IRUÍN SANZA, Álvaro; AIZPURUA OIZ, Iñigo; RUIZ DE APODAKA, Joseba; ZAPIRAÍN ECHEVESTE, Edurne; y AIZPURU, Antón. "Revisión de la evidencia científica sobre las alternativas a la metadona en el tratamiento psicofarmacológico de las dependencias a opiáceos". Revista Española de Salud Pública. Volumen 75, nº 3, Madrid, mayo-junio de 2001.

JOSHI JUBERT, Ujala. *Los Delitos de Tráfico de Drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 C.P*. Bosch. Barcelona, 1.999.

KÜHN, Werner Miguel. *"El modelo social instaurado por la Constitución Europea: un análisis desde la perspectiva de la protección de la salud"*. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud. Volumen 14, marzo 2006.

LAMARCA PÉREZ, Carmen y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, 3ª ed. 2005.

LANGON CUÑARRO, Miguel. "El ministerio público y la drogadicción: la cuestión de la necesidad de reprimir a los tenedores para combatir eficazmente a los traficantes." Revista de Legislación Uruguaya 2009. Tomo 89.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal". Revista Chilena de Derecho, Volumen 22 nº2, pp. 251-264. 1995.

- *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de los riesgos. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje a Don José Cerezo Mir. Tecnos, 2002.

LORA TAMAYO, Concepción. "Aspectos farmacológicos de las drogas". *Drogodependencia y Derecho*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003.

LUCAS VERDU, Pablo. *Estimativa y política constitucionales*. Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español. Madrid, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmatica jurídica*. Colección de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
- *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Traducción Fernando Vallespín. Alianza Editorial. Madrid, 1994.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2010.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

MADRID PÉREZ, Antonio. "El indulto como excepción. Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012". Revista Crítica y Poder. Nº 6 (pp. 110-133), Marzo de 2014.

MAGAZ, Ricardo. *Narcotráfico y drogas de abuso*. Ed. Eolas. 2013.

MAGRO SERVET, Vicente y otros. *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública*. La Ley. Madrid, 2004

MANJÓN-CABEZA OLMEDO, Araceli. "Venta de cantidades mínimas: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des) protección de menores e incapaces" en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LVI, 2003. págs. 45-112.
-"Tipicidad mínima en el delito del artículo 368 CP. Cantidad de drogas y atenuación. Crónica de una reforma anunciada" en Diario la Ley, año XXVIII, nº 6651. 14/02/2007.
- *El delito de tráfico de drogas*. Director: Francisco Javier Álvarez García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, 2009.
- *La solución*. Editorial Debate. Barcelona, 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) Comentarios y Jurisprudencia. Parte Especial II*. Editorial Comares. Granada, 2010.

MAQUEDA ABREU. "Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 5, 1998, págs. 1551-1661.

MARCH, Joan Carles. "La heroína mata y también cura". Diario Médico de 20 de febrero de 2014.

MARTÍN RODRIGUEZ, Pablo J. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Tecnos. Madrid, 2003.

MARTÍNEZ ORÓ, David y PALLARÉS GÓMEZ, Joan. *Entre rayas. La mirada adolescente hacia la cocaína*. Editorial Milenio. Lleida, 2009.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. *Los Delitos de Tráfico de Drogas: Estudio Jurisprudencial*. Edisofer. Madrid, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito).* Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Comares. Granada, 1997.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid, 1993.

- "Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva: crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial", Estudios penales y criminológicos, 34, 2014, págs. 511-560.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Comares. Granada, 2002.

MENESES FALCÓN, Carmen y CHARRO BAENA, Belén. *Los programas de mantenimiento con metadona en Madrid. Evolución y perfil de usuarios*. Madrid, 2000.

MIR PUIG, Santiago. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites al ius puniendi", Estudios penales y criminológicos, nº14. 1989-1990, pp. 203-216.

- *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición, Editorial Reppertor. Barcelona, 2006.

- *Derecho penal. Parte General*. 8ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona, 2009.

- *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*. Silvia Fernández Bautista (Coordinadora) Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

- *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. 9ª Edición. Barcelona, 2011.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Editor J.M. Bosch. Barcelona, 2001.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Miguel Polaino Navarrete (Director). Tecnos. Madrid, 2010.

MONTERO DE LA RUBIA, Francisco Javier. *Delitos contra la salud pública*. Bosch. Barcelona, 2007.

MORANT VIDAL, Jesús. *El delito de tráfico de drogas: un estudio multidisciplinar*. Editorial Práctica de Derechos. Valencia, 2005.

MORILLAS FERNANDEZ, David Lorenzo. Comentarios al Código Penal. Segunda época. Director: Manuel Cobo del Rosal. Ediciones CESEJ. Madrid, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- *Derecho Penal Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

MUÑOZ SANCHEZ, José y DIEZ RIPOLLES, José Luís. *Las drogas en la delincuencia*. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
-"Licitud de la autoorganización del consumo de drogas", Jueces para la democracia, 75, 2012, págs. 49-77.

NEUMAN, Elías y otros. *El modelo neoliberal y la legalización de la drogas*. Serta in memoriam Alexandra Baratta. Coordinador Fernando Pérez Álvarez, 2004.

NÚÑEZ PAZ. "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal", Revista penal, 22, 2008, págs. 80-108

ORTS BERENGUER, Enrique y otros *Derecho Penal: Parte Especial*. Tirant lo Blanch 3ª ed. Valencia, 1.999.

- *Derecho penal. Parte especial*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

OTTATI FOLLE, Amadeo. *Aspectos Penales de la Ley de Estupefacientes*. 2005.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

PASTOR MUÑOZ, Nuria y otros. *Lecciones de derecho penal parte especial* Director: Silva Sánchez, Jesús-María. Atelier. Barcelona, 2006.
- *Lecciones de derecho penal parte especial*. Director: SILVA SANCHEZ, Jesús-María Atelier. Barcelona, 2011.

PEDREIRA GONZALEZ, Félix María. El delito de tráfico de drogas. *Derecho penal. Parte Especial*. 2009
- *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Directores: Francisco Javier Álvarez García y José Luis González Cussac. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

POSADA ACOSTA, Fernando. "Proyecto de Ley sobre autocultivo, tenencia y consumo de marihuana. Hacia una política de reducción de daños". Revista de Legislación Uruguaya. Tomo 241. 2013.

PRIETO RODRIGUEZ, Javier Ignacio. *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*. Aranzadi. 2ª ed. Navarra, 1993.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. "La tenencia de drogas para autoconsumo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª Secc. 6ª) de 28 de septiembre de 1998", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2, 1999, págs. 1873-1881.
- *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Atelier, 4ª ed. Barcelona, 2002.
- *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Atelier. 5ª ed., Barcelona, 2008.

QUINTANAR DIEZ, Manuel (Director) y ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. (Coordinadores) *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi. Navarra, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General de Derecho Penal* Colaboración de Fermín Morales Prats, 3ª ed. Aranzadi. Navarra, 2005.

REY HUIDROBO, Luis Fernando. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- "El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo antes actos de dudosa tipicidad", Actualidad Penal, 34, 2005, págs. 631-645.

RIQUELME CORTADO, Rosa. *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*. Colección Estudios de Derecho. Universidad de Murcia, 2004.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 1989.

RODRIGUEZ MONTAÑEZ, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch. Valencia,1995.

RODRIGUEZ NUÑEZ, Alicia. *Derecho penal. Parte Especial*. 6ª Edición. Coordinadora: Carmen Lamarca Pérez. Colex. Madrid, 2011.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición. Dykinson. Madris, 2010.

ROMANI, Oriol. *Drogas: Entre la intervención y la normalización*. Los agentes sociales ante las drogas. Dykinson. Madrid, 1998.

ROMERAL MORALEDA, Antonio, y GARCIA BLAZQUEZ, Manuel. *Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses*. Comares. Granada, 1.993.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Traducción de la segunda edición por Diego-Manuel Luzón Peña. Editorial Civitas. Madrid, 1997.

- *Dogmática penal y política criminal*. Traductor y editor: Dr. Manuel A. Abanto Vasquez. Perú, 1998.

- "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen". Traducción por: Manuel Cancio Meliá. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 15-1, 2013.

- *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.* Editor Julio César Faira. Segunda EdiciónMontevideo/Buenos Aires, 2014.

SALAS CALERO, Luis. La legalización de la marihuana medicinal en Estados Unidos. *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*. Coordinadora: Caty Vidales Rodríguez. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea. *El nuevo Derecho penal español. Estudio penales en memoria del Profesor Valle Muñiz*. Coordinadores: Gonzalo Quintero Olivares/Fermín morales Prats. Aranzadi. Navarra, 2001.

SANCHEZ MELGAR, Julián y otros. *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.
- *Código Penal: Comentarios y Jurisprudencia*. Tomo II. 3ª Edición. Sepin. 2010.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*. Dykinson. Madrid, 2000.
- Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor Valle Muñiz*. Coordinadores: Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats. Aranzadi. Navarra, 2001.

SANTIAGO REDONDO, Koldo y otros. *Comentarios a la Constitución Española*. Directores: María Emilia Casas Baamonde/Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Fundación Wolters Kluwer España. Madrid, 2009.

SEQUEROS SAZATORNIL, Eduardo. "El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico" La Ley. 2000.
- "La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código Penal de 2010: juicio crítico", Diario La Ley, 7534, 2010.

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. "El principio de insignificancia y su relevancia en el tráfico ilegal de drogas: análisis del injusto de bagatela" en la Ley nº 5927 de 07/01/2004.
- "En torno a la conveniencia de reconsiderar la idoneidad de la denominada dosis mínima psicoactiva como presupuesto del delito de tráfico de drogas". La Ley, ISSN 0211-2744, Nº 3 2005, págs. 1803-1814.
- *Comentarios al Código Penal*. 2ª Edición. Director: Manuel Gómez Tomillo. Lex Nova. Valladolid, 2011.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. SERRANO MAÍLLO, Alfonso. SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. VAZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Curso de Derecho penal: Parte especial.* Dykinson. Madrid, 2012.

SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas en las sociedades abiertas. *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos.* Dykinson. Madrid, 2003.

SCHNITMAN, Luis Eduardo. *Circuito paranoico. La causa del consumo de drogas. Nuevas bases para la prevención.* Editorial Alcalá. Jaén, 2008.

SILVA FORNÉ, Diego. *"Legalización de las drogas"*. Criminología y Derecho III. Fundación de Cultura Universitaria. Rocha, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y otros. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustrializadas,* Civitas. Madrid, 1999.

- *Política Criminal y Persona*. 1ª Edición, marzo Buenos Aires, 2000.

- *Lecciones de derecho penal. Parte especial.* Segunda edición. Atelier. Barcelona, 2009.

SOTO NAVARRO, Susana. *La Protección Penal de los Bienes Colectivos en la Sociedad Moderna*. Comares. Granada, 2003.

SOTO NAVARRO/MUÑOZ SÁNCHEZ, "El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, 7, 2001, págs. 63-65.

SOTO NIETO, Francisco. *El delito de tráfico ilegal de drogas*. Editorial Trivium. Madrid, 1989.

SUAREZ ALEMAN, Concepción, Prevenir el abuso de drogas en los albores del siglo XXI. *La prevención del delito y del riesgo I.* Dykinson, 2008.

SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos y otros. *Manual de derecho penal. Parte especial*. Tomo II. 5ª Edición. Thomson/Civitas. Pamplona, 2008.

SZCZARANSKI VARGAS, Federico León. "Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra". Política Criminal. Vol. 7, Nº14, Art. 5, pp. 378-453. Diciembre de 2012.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Drogas y Derecho Penal. Drogodependencia y Derecho*. Cuadernos de derecho judicial VIII-Consejo General Poder Judicial. 2003.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Peligro abstracto y garantías penales. *El nuevo Derecho penal español. Estudio penales en memoria del Profesor Valle Muñiz*. Coordinadores: Gonzalo Quintero Olivares/Fermín morales Prats. Aranzadi. Navarra, 2001.
- *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Volumen II. Tomo III. Iustel, Madrid, 2011.

TRANSNATIONAL INSTITUTE (TNI). Global Drug Policy Observatory (GDPO). "Auge y caída de la prohibición del cannabis". Informe de mayo de 2014. Autores: Dave Bewley-Taylor, Tom Blickman y Martin Jeisma. Traducción: Beatriz Martínez. Imprenta Jubels. Amsterdam/Swansea, 2014.

URBANO CASTRILLO, Eduardo. "Matizaciones a la nueva doctrina sobre punibilidad de las dosis psicoactivas". Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 621, Año nº XIV. 29/04/04.

URQUIZO OLAECHEA, José y otros. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. *Libro homenaje a Don José Cerezo Mir*. Coordinador: José Luís Diez Ripollés. 1ª ed. Tecnos, 2003.

VEGA FUENTE, Amando. La reducción de daños en la Política Preventiva. Aproximación Pedagógica. *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*. Dykinson. Madrid, 2003.

VIVES ANTON, Tomas. *La libertad como pretexto*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.
- *Derecho penal parte especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.