

TRABAJO DE FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2021/2022
Convocatoria: Septiembre

**ANÁLISIS DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS DEL
ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL. UNA PROPUESTA DE
LEGE FERENDA EN FAVOR DE LA SALUD PÚBLICA.**

**ANALYSIS OF THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING IN ARTICLE 368 OF THE
SPANISH CRIMINAL CODE. A *LEGE FERENDA* PROPOSAL IN FAVOR OF PUBLIC HEALTH.**



Realizado por la alumna D^a. Silvia Falcón Rodríguez

Tutorizado por el Profesor D. Iker Conal Fuertes

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to analyse in depth the crime of drug trafficking contained in Article 368 of the Spanish Criminal Code. Through a study of this criminal offence and a subsequent comparison with the criminal legislation of neighbouring countries, I intend to raise the possibility that cannabis, in a unique and specific way, should cease to be included among the substances prohibited by criminal law in Spain. To this end, I also comment not only on the main contributions of the doctrine, but also on an abundance of case law that shows that, as time goes by, the path of education can be more effective in protecting the legal good of public health than all the existing prohibitions to date, which mean turning our backs on new social trends and, worse still, give rise to unhealthy behaviour that could really have a negative effect on what it is intended to protect: public health.

Keywords: trafficking, drugs, atypicality, legalisation, cannabis.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar en profundidad el delito de tráfico de drogas contenido en el artículo 368 del Código Penal español. Mediante un estudio de este tipo delictivo y una posterior comparación del mismo con la legislación penal de los países de nuestro entorno, pretendo plantear la posibilidad de que el cannabis, de manera única y específica, deje de incluirse entre las sustancias prohibidas por el Derecho penal en España. Para ello, comento también no solo las principales aportaciones de la doctrina, sino una abundante jurisprudencia que pone de manifiesto que, a medida que pasa el tiempo, el camino de la educación puede ser más eficaz a la hora de proteger el bien jurídico salud pública que todas las prohibiciones existentes hasta la fecha, las cuales suponen dar la espalda a las nuevas tendencias sociales y,

peor aún, dar lugar a conductas insalubres y que realmente podrían llegar a afectar negativamente aquello que se pretende proteger: la salud pública.

Palabras clave: tráfico, drogas, atipicidad, legalización, cannabis.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. EL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL

- 1. La severidad penal**
- 2. La atipicidad cualitativa**
- 3. La atipicidad cuantitativa**
- 4. El daño a la salud**

III. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

- 1. El consumo de drogas ilegales en la Unión Europea**
- 2. La posesión de drogas ilegales para uso propio en la Unión Europea**

IV. TENDENCIAS HACIA UN PROCESO DE LEGALIZACIÓN

- 1. El papel del legislador penal en la sociedad**
- 2. Posturas que invitan al cambio**

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

VII. JURISPRUDENCIA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consistirá en un profundo análisis del artículo 368 del Código Penal español, tipo básico del delito contra la salud pública consistente en el tráfico, cultivo o elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o en el favorecimiento de su consumo ilegal. Su objetivo es estudiar los criterios doctrinales y jurisprudenciales existentes para declarar atípicas, y por ende impunes, ciertas conductas que encajan en el mismo. De entre todas las sustancias, centraré mi estudio en el cannabis (*cannabis sativa*), por existir un prolongado debate en torno al mismo y a la posibilidad de considerarlo como una droga legal y plenamente compatible con la obediencia al Código Penal. Mediante un análisis de Derecho comparado, dedicado sobre todo al Derecho penal de Estados miembros de la Unión Europea, profundizaré en la manera en que ciertos países han legalizado su consumo como droga recreativa. Y es que es indudable la existencia de una enorme controversia en el seno de nuestra sociedad relativa a qué drogas causan grave daño a la salud humana y cuáles no, y su trascendencia es enorme, porque la distinción efectuada por el legislador determinará el destino de muchas personas, evitando al fin los peritajes¹.

Autores como Rey Huidobro han puesto de manifiesto que en el Código Penal de 1995 se sigue despenalizando la posesión de estupefacientes encaminada al consumo, siguiendo las recomendaciones y posturas mantenidas por la doctrina internacional más avanzada².

Las primeras sentencias en España que establecieron la atipicidad de las conductas que no ponían en peligro ningún bien jurídico protegido datan de principios de los años setenta³. Ya en 1975, el Tribunal Supremo resolvió declarar la penalidad únicamente de las conductas relativas a la tenencia preordenada al tráfico⁴. Dos años antes, el TS, basándose en la doctrina y en el Derecho comparado, había establecido una distinción entre tenencia o posesión impune (destinada al consumo) y tenencia delictiva (o con objeto de traficar)⁵, una clasificación que, para poder realizarse, obliga a tener en cuenta no solo la posesión del objeto

¹ LEGANÉS GÓMEZ, S. y ORTOLÁ BOTELLA, M.E.: *Criminología. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 173.

² REY HUIDOBRO, L.F.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 25 en relación con las 22 y 28.

³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pág. 383.

⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: "La relevancia penal de los clubes de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-22, 2015, pág. 12.

⁵ MARAVER GÓMEZ, M.: "La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2019, pág. 3. Disponible en www.indret.com (fecha de la última consulta 24 de junio de 2022).

del delito sino el uso que se hace del mismo; en términos de la propia STS de 22 de octubre de 1997 (ECLI: ES:TS:1997:6268), no solo el *corpus*, sino también el *animus*.

Este estudio no estaría completo sin hacer referencia, además de al cannabis, a las drogas tóxicas, los estupefacientes, y las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988, que entraron a formar parte del ordenamiento interno español por mor del articulado de las respectivas convenciones^{6 7}. Hay que destacar, también, la Ley 17/1967, de 8 de abril, ya que actualizó las normas vigentes sobre estupefacientes y las adaptó a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas, y el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, pues reguló las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación, o sea, su tráfico⁸, no entendido como actividad comercial (doctrina mayoritaria puesto que el tráfico no precisa ni habituabilidad, ni lucro), sino como movimiento de productos susceptible de trasladar el dominio o posesión de droga de una persona a otra con contraprestación o sin ella⁹. Además, prohibió el uso, la fabricación, importación, exportación, tránsito, comercio, distribución y tenencia, así como la inclusión en todo preparado de las sustancias incluidas en su Lista I, abriendo en su artículo 1 un espacio a las sustancias futuras que pudiesen incorporarse.

⁶ Artículo 4 de la Convención de 1961: Las Partes adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias: a) Para dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Convención en sus respectivos territorios; Artículo 2.1 de la de 1988: las Partes adoptarán las medidas necesarias comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

⁷ Convención Única de estupefacientes de 1961 (Ratificación o adhesión con respecto al Protocolo de 25 de marzo de 1972 a participación en la Convención después de entrar en vigor las enmiendas del Protocolo de 25 de marzo de 1972), enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975 (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981), el Convenio de sustancias psicotrópicas de Viena de 1971. Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre sustancias psicotrópicas. Hecho en Viena el 21 de febrero de 1971 (BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976) y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas firmada en Viena el 20 de diciembre de 1988. Instrumento de ratificación de la Convención (BOE núm. 270, de 10 de noviembre de 1990).

⁸ GONZÁLEZ ZORRILLAS, C.: "Política(s) criminal(es) en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños), en AA.VV. (LARRAURI PIJOAN, E., Dir.): *Política criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 265. Concepto de tráfico según STS de 6 de febrero de 1990 (ECLI: TS:1990:957): transferir, trasladar, cambiar de sitio, guardar, donar, vender, permutar, etc.

⁹ NUÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G.: "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal", en *Revista Penal*, núm. 22, julio 2008, pág. 95.

Esto influyó en gran medida al Derecho penal: la práctica totalidad de la doctrina se mostró favorable a la distinción entre drogas duras y drogas blandas operada por el Código Penal. El cannabis está dentro del segundo grupo con independencia de la concentración de tetrahidrocannabinol que contenga. El Tribunal Supremo ha considerado como sustancias menos nocivas para la salud el cannabis y sus derivados: el Rohipnol y el Trankimazin.

Pese a lo anterior, algunos autores piensan que la sociedad ha creado de manera intencionada un concepto deformado de droga que diferencia lo que son las drogas aceptadas por la sociedad (las legales) de las que no, apoyando unas y rechazando otras¹⁰.

Para comprender hasta qué punto esta distinción ha influido en el Derecho penal español y podría conllevar la legalización de ciertas sustancias actualmente prohibidas, comenzaré por analizar el mencionado artículo 368 del Código Penal en su actual redacción.

II. EL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 368 establece, como ya he señalado, el tipo básico del delito contra la salud pública que suponen los actos relacionados con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que dicho precepto describe con un modelo amplio, como así ha resaltado toda la doctrina, puesto que abarca todo tipo de actividad relacionada con ellas¹¹.

La consecuencia de tal extensión del tipo es que abarca incluso ciertos actos preparatorios, y, con respecto a la autoría, se consideran delito los actos de complicidad¹².

Además, y con objeto de que ninguna acción escape de lo establecido en el Código Penal, se incluye el verbo “poseer” para dejar claro que la sola relación con las sustancias mencionadas ya es motivo de delito, uno de los puntos más controvertidos de la jurisprudencia al penalizar toda relación del sujeto activo con la droga, sin importar los motivos de esa posesión y si realmente se lesiona bien jurídico protegido. El tipo básico, en opinión de prácticamente toda la doctrina, abarca una excesiva cantidad de acciones relacionadas con las drogas, considerándolo un paradigma de técnica legislativa inadecuada que ha encontrado a un legislador más preocupado porque no se le escape ninguna conducta

¹⁰ *Idem*, pág. 83.

¹¹ BRETONES ALCARAZ, F.J.: *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pág. 80. El autor muestra en su trabajo las posturas contrapuestas de las autoras Acale Sánchez (que considera la donación otro modo de promover el consumo ilegal) y Joshi Jubert (que considera la donación como un acto típico de tráfico).

¹² NUÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G.: *op. cit.*, pág. 98.

a costa de englobar multitud de comportamientos irrelevantes, que por hallar la mejor descripción del comportamiento típico y redactarla de manera precisa y garantista¹³.

Hay otro aspecto en la descripción del tipo delictivo del artículo 368 que conlleva la necesidad de buscar referencias del delito fuera del Código Penal, y es la mención a la clase de drogas de las que estamos hablando. Y es que el Código, como si el legislador no se hubiese excedido ya suficiente utilizando expresiones como “o de otro modo” y “con aquellos fines”, hace una distinción fundamental: determina que el castigo se establecerá dependiendo del tipo de drogas que sean, pero no menciona cuáles son esos tipos. Solamente las distingue del siguiente modo: productos o sustancias que causan grave daño a la salud, incluyendo “los demás casos”, los cuales, se entiende, serán los que causen un daño a la salud menos que grave, y, como se ha aludido en el mismo precepto a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, requieren de acudir a normas extrapenales para poder determinar cuáles son, porque la norma penal no dice nada al respecto¹⁴. De ahí que se haya llegado al externo de calificarla como ley penal en blanco¹⁵: el tipo de norma que se vale de otra extrapenal para precisar su actuación punible, controvertida cuestión entre la doctrina.

Además, en el ámbito jurisprudencial, son pocas las sentencias que ayudan a construir un concepto que defina íntegramente la droga¹⁶. A juicio de la magistrada Román Gobernado, llama la atención que ninguna convención recoja una definición técnica e imparcial de lo que debe entenderse por estupefaciente y sustancia psicotrópica, pues se limitan a clasificarlas en uno de los cuatro listados existentes atendiendo a sus efectos sobre la salud¹⁷.

1. La severidad penal

Otros autores, entre los que destaca Domínguez Izquierdo, destacan la progresiva escalada represiva que han significado las sucesivas reformas penales en materia de tráfico

¹³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Los supuestos de atipicidad", en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Dir.): *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 65.

¹⁴ En la Circular 1/1984, de la Fiscalía General del Estado, se comenta la dificultad de deslindar unas de otras porque todas las nombradas en el artículo 344 son perjudiciales para la salud pública. En la anterior Circular 2/1983 se sugería “como mero criterio orientador” que la heroína debía ser considerada como sustancia que causa tal daño “como ha reconocido ya la jurisprudencia y, por el contrario, el hachís, carece de tal virtualidad”.

¹⁵ HERRERO ÁLVAREZ, S.: “El cannabis y sus derivados en el derecho penal español”, en *Adicciones*, Vol. 12, suplemento 2, 2000. Disponible en <https://doi.org/10.20882/adicciones.687>. (Fecha de última consulta: 28 de julio de 2022).

¹⁶ JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1999, pág. 50. Tanto la legislación estatal como la internacional remiten a los Convenios Internacionales. Con el mismo proceder actúa la jurisprudencia.

¹⁷ ROMÁN GOBERNADO, B.E.: “Delitos contra la salud pública. Convenios internacionales”, en AA.VV. (CIMÁS GIMÉNEZ, M.C., Dir.): *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, en *Manuales de Formación Continuada 37*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 225-226.

de drogas, cuya culminación fue la entrada en vigor del Código Penal de 1995, mediante el que se cumplió el deber de alinear la legalidad española con los compromisos internacionales (Convenio de Viena de 1988)¹⁸. Esta tendencia ha cambiado poco desde entonces, siendo imperativo destacar el dictado de las normas internacionales como una de las principales causas para frenar políticas alejadas del prohibicionismo¹⁹. Por fortuna, con el tiempo ha ido adquiriendo importancia el llamado principio de lesividad²⁰, que ha permitido racionalizar la intervención punitiva en coherencia con algunos principios básicos del Derecho penal, como son el de intervención mínima, proporcionalidad, humanidad o presunción de inocencia.

El punto de partida a nivel estatal lo encontramos en el artículo 43 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la protección de la salud y da competencias a los poderes públicos para organizar y tutelar de manera específica la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. A causa del contenido de este artículo, la mayoría de la doctrina entiende que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud pública²¹. No en vano, dentro del Libro II del Código Penal (rubricado “Delitos y sus penas”), este delito se encuadra en el Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva”, ocupando su lugar en el Capítulo III sin un *nomen iuris* específico²². Autores como Tamarit Sumalla han señalado esta peculiar característica²³.

Nos encontramos, por lo tanto, ante la voluntad del legislador de proteger un bien jurídico colectivo, y no la suma de sus individualidades. Se pretende proteger la salud pública

¹⁸ TORRES FERNÁNDEZ M.E.: "La eximente de miedo insuperable del artículo 20.6ª del Código Penal en delitos de tráfico de drogas", en AA.VV. (MORILLAS CUEVAS, L., Coord.): *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*. Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 277. Bajo un mismo prisma lo ve Torres Fernández que apunta a una filosofía de tolerancia cero.

¹⁹ LARRAURI PIJOAN, E. (Dir.): *Política criminal*, CGPJ, Madrid, 1999. Comprende los trabajos, entre otros, de Cid Moliné (El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión) y González Zorrilla (Política(s) criminal(es) en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños), citados en este trabajo, el primero, supra.

²⁰ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: “El delito de tráfico de drogas: las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal”, en AA.VV. (MORILLAS CUEVAS, L. Coordinador): *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 231.

²¹ BRETONES ALCARAZ, F.J.: *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pág. 42.

²² SÁNCHEZ MELGAR, J.: “La reforma penal en el delito de narcotráfico: elementos jurídicos y su configuración en la jurisprudencia. Nuevas perspectivas de cambio”, en AA.VV. (CIMÁS GIMÉNEZ, M.C., Dir.): *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, en Manuales de Formación Continuada 37, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 27. Propone la denominación de delitos de narcotráfico.

²³ TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Drogas y derecho penal", en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 188. El autor no se explica cómo estos delitos no tienen una autonomía sistemática respecto al resto de delitos contra la salud pública en el Capítulo III del Título XVII, es decir, no ocupan un lugar independiente dentro del Capítulo abriéndosele una Sección, como apunta Acale Sánchez en su libro aquí citado.

de la comunidad, que es distinta de la de cada uno de sus miembros por separado. No se trata, de ningún modo, de un delito de lesiones (los ilícitos se consuman sin necesidad de lesión, siendo suficiente que concurra el simple peligro o probabilidad de lesión del bien jurídico²⁴). Por ello, el delito contra la salud pública, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, se considera un ilícito de riesgo abstracto, porque no se sabe quién va a ser el receptor del objeto del delito e incluso es indiferente a efectos de la calificación del daño. Es un delito de mera actividad, y tampoco hace falta que haya un sujeto pasivo dañado, y tampoco precisa un resultado posterior porque se trata también de un ilícito de consumación anticipada en el que lo verdaderamente significativo sería el daño a la colectividad reflejado en la conducta del sujeto activo. Por mi parte, me adhiero a la línea de pensamiento de autores como Joshi Jubert, quien cree que el bien jurídico no se ve afectado cuando el riesgo o peligro a la salud de terceros no concurre²⁵, es decir, cuando son personas concretas las que deciden realizar el consumo de forma particular en un espacio cerrado y sin ánimo de expansión al exterior²⁶.

Entre otras, la STS 519/1996, de 28 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5920), determina que no puede ser penalmente sancionable una conducta que no resulta idónea para lesionar ni para generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico²⁷.

Otros autores piensan que no tiene nada que ver esta conducta del consumo consciente de drogas con otras que penalizan la adulteración de sustancias medicinales, pues en este último caso existe, al menos hipotéticamente, desconocimiento por parte de sus consumidores²⁸. Sin embargo, ponen al mismo nivel el trato que debería darse a las conductas de consumo tanto de drogas legales como de ilegales, puesto que ambas causan daño a la salud. A este respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) (que ha definido la droga como toda sustancia que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o varias de sus funciones siendo susceptible de crear dependencia y pudiendo provocar simultáneamente tolerancia) siempre ha mostrado su desacuerdo con el sistema de control de drogas

²⁴ NUÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G.: *op. cit.*, pág. 87.

²⁵ JOSHI JUBERT, U.: *op. cit.*, pág. 29, califica el bien jurídico protegido como “impreciso y carente de individualización”.

²⁶ NUÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G.: *op. cit.*, pág. 88.

²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J: “Licitud de la autoorganización del consumo de drogas”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 75, 2012, pág. 51.

²⁸ GONZÁLEZ ZORRILLAS, C.: *op.cit.*, pág. 254.

establecido por la imposibilidad de distinguir entre sustancias lícitas e ilícitas²⁹. Así, son también sustancias psicoactivas legales el alcohol, el tabaco y los fármacos hipnosedantes³⁰.

La razón de ser de lo antijurídico viene dada por el dolo: la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo de terceros, se produzca este o no, teniendo conciencia de su ilicitud. De ahí que haya que demostrar esa intención (el *animus*) para que tenga lugar ese ilícito de consumación anticipada, que en este tipo de delitos se infiere la mayoría de las veces³¹ de la prueba indiciaria (STS 6646/1996 de 25 de noviembre - ECLI:ES:TS:1996:6646), entendida como todas aquellas pistas que revelan la intención del sujeto y que determinarán si nos encontramos ante un acto típico o atípico³². Por esto, Muñoz Sánchez lo denomina “delito de aptitud para la producción de un daño a la salud pública”³³.

Rey Huidobro, por su parte, sostiene que la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas, asumía la tesis doctrinal que catalogaba de desproporcionada la pena privativa de libertad mínima de tres años para cualquier delito de tráfico de drogas reconocidas como gravemente nocivas para la salud, lo que hacía ingresar en prisión, dada la pena de tres años, a delincuentes primarios que traficaban con cantidades mínimas de droga. Y apuntaba que estos casos no solo motivaron que los propios tribunales solicitaran indultos parciales a favor de los penados, sino también el surgimiento de diversas doctrinas jurisprudenciales encaminadas a mitigar la crudeza punitiva del precepto en supuestos tales como la teoría del pequeño traficante-consumidor, o las teorías que consideraban atípicas conductas como el tráfico de sustancias con dosis mínimas psicoactivas, o la entrega de cantidades pequeñas de droga a familiares con el fin de evitarles el síndrome de abstinencia³⁴, destacando muy especialmente este último caso.

Señala Montero La Rubia que “lo que motiva, al menos en la Jurisprudencia, la no imposición de penas en casos de conductas que, formalmente, cumplen con todos los elementos del tipo penal, es que son mayoría en el Alto Tribunal los que consideran excesiva

²⁹ ROMÁN GOBERNADO, B.E.: *op.cit.*, pág. 226.

³⁰ JIMÉNEZ MORIANO, O.: *El delito de tráfico ilegal de drogas en España*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pág. 21.

³¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: "El tipo básico", en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Dir.): *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 36.

³² MOLINA PÉREZ, T.: "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas", en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII, 2005, pág. 111.

³³ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, pág. 1.

³⁴ REY HUIDOBRO, L.F.: "La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2010, pág. 151.

la penalidad del artículo 368 del Código Penal”³⁵. De nuevo, se impone la razón a la letra de la ley, si bien a un alto precio, puesto que aunque comparto este criterio está claro que, al considerar no punibles conductas que se adecúan al tipo³⁶, nos encontramos ante un caso de ausencia de seguridad jurídica continuamente reprochada por la doctrina al legislador.

González Zorrilla habla, incluso, de esquizofrenia en la política criminal sobre drogas, toda vez que se balancea entre dos posturas: el prohibicionismo y la legalización. Apunta también que mientras no cambie la ley queda expuesto uno de los pilares básicos del sistema penal: el principio de seguridad jurídica derivado, a su vez, del principio de legalidad³⁷.

Montero La Rubia destaca la imprecisión en la descripción legal de la conducta típica, lo que ha hecho que la doctrina lo considere un “tipo abierto”. Para este autor, esta característica compromete el principio de taxatividad penal con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica en la aplicación de la norma, lo que ha hecho que existan posturas discrepantes y contradictorias por parte de los juzgados y tribunales³⁸.

Rey Huidobro, a pesar de decir que la redacción del artículo 368 roza la violación del principio de legalidad al olvidar la concreción y claridad que debe caracterizar a toda norma penal, tiende una mano al legislador al decir que si este no ha precisado el contenido de la norma, quizá haya sido por su complejidad y por las múltiples variables que pueden darse en el ámbito de las drogas, y por ello corresponderá a jueces y tribunales suplir esas carencias³⁹.

Esto conecta con la idea de legalización de las drogas blandas, un paso que el legislador, no solo nacional, no acaba de dar en términos generales y que tanto la doctrina como la jurisprudencia avalan; unos, por sus tesis de sustitución de las penas privativas de libertad, lo que viene ya posibilitado por la suspensión de la ejecución de esas penas en determinados casos, vía artículo 80 del CP; y otros porque han ido excluyendo del ámbito de aplicación de los delitos contra la salud pública conductas que, aunque bien pudieran entrar dentro del espectro de la cláusula genérica del artículo 368, se estima que no ponen en peligro el bien jurídico, como son los casos de autoconsumo, consumo compartido, la donación, la entrega compasiva o la venta de una pequeña cantidad de droga, en relación con los cuales,

³⁵ MONTERO LA RUBIA, F.J.: *Delitos contra la salud pública*. Ed. Bosch, Barcelona, 2007, pág. 16.

³⁶ TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: *op.cit.*, pág. 279. Habla de cierta jurisprudencia que tiende a no castigar conductas "que pese a ser típicas" no tienen suficiente entidad lesiva para el bien jurídico.

³⁷ GONZÁLEZ ZORRILLAS, C.: *op.cit.*, págs. 236-237.

³⁸ MONTERO LA RUBIA, F.J.: *op. cit.*, pág. 9.

³⁹ REY HUIDOBRO, L.F.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, op.cit.*, pág. 79.

literalmente, “la jurisprudencia ha venido dando llamativos bandazos”⁴⁰. De ahí su denominación como jurisprudencia de la excepcionalidad, solo aplicable cuando no suponga un encubrimiento de conductas que constituyan una expansión del tráfico ilegal de drogas⁴¹.

De ahí que la reforma de 2010 haya hecho hincapié en los atenuantes por la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, que harán que, con penas no superiores a dos años de prisión, se les pueda conceder el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que aunque no resulta, a mi juicio, tan justo como la no penalización, se trata de un posible paso en dirección a la misma por parte del legislador.

2. La atipicidad cualitativa

Como ya he expuesto, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que el delito de tráfico ilegal de drogas se configura como un delito de peligro abstracto que protege un bien jurídico colectivo, incluso en ausencia de un resultado lesivo. No obstante, cierta doctrina determina que el que el peligro ha de ser siempre una potencialidad del daño (STS 1004/1993, de 25 de marzo, ECLI: ES:TS:1993:15688). De este modo, al desaparecer la posibilidad de peligro abstracto, desaparece también la tipicidad de la acción. Cita Domínguez Izquierdo, como antecedente, la STS de 30 de septiembre de 1974, en la que ya se exigía una potencialidad suficiente capaz de poner en peligro la salud pública⁴².

A partir de esta construcción jurídica, se estiman atípicas, por lógica, las conductas de consumo compartido, de riesgo insignificante (caracterizadas por una cantidad ínfima) y entrega compasiva ante la falta de antijuridicidad material de dichos comportamientos, siempre tomando como base el principio de lesividad o de protección de los bienes jurídicos.

Dentro de este cuadro se encuentra la doctrina del consumo compasivo, en la que se produce la entrega de una cantidad mínima de droga a un familiar o persona allegada drogodependiente con el fin de aliviar su dependencia, que se manifiesta por el síndrome de abstinencia. La jurisprudencia establece determinados requisitos para considerar esta conducta impune: primero, un sujeto pasivo determinado como destino de la dosis; segundo, ausencia de contraprestación económica; tercero, cantidad mínima de la dosis; y cuarto, que la misma sirva para combatir el síndrome de abstinencia de la persona que la recibe.

⁴⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M.: “Tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis y 370)”, en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Directores): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 422.

⁴¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *op.cit.*, pág. 70.

⁴² DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: *op.cit.*, pág. 234.

Hay sentencias de todo tipo relacionadas con esta figura aceptada socialmente, algunas condenando a una madre por la reiterada entrega de droga a sus tres hijos sobre la base de que: “su obligación es acudir a los medios sanitarios que la sociedad le brinda, para tratar de poner freno y, si fuera posible, curar esa enfermedad, que, según ella, aqueja a sus hijos, en lugar de fomentarla, ocasionándoles daños irreversibles” (STS 570/2002, de 27 de marzo, ECLI: ES:TS:2002:2247). No obstante, esta no es la posición jurisprudencial mayoritaria que se ha venido dando desde 1994 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que tiende a mostrarse favorable a la tesis de la impunidad⁴³, como puede apreciarse en, entre otras, la STS 1016/1993 de 25 de marzo de 1993 (ECLI: ES:TS:1993:15814).

En opinión de Domínguez Izquierdo, las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia no son unánimes, de manera que propone como criterio más adecuado la ausencia de tipicidad por varias razones⁴⁴: primera, ausencia de riesgo para la salud colectiva (no se lesiona bien jurídico alguno); segunda, al ser mínima la cantidad de droga, su existencia no supone un peligro de tráfico; tercera, inexistencia de voluntad de transmisión lucrativa del objeto del delito (en ningún momento hay ánimo por parte del sujeto activo de comerciar con la droga).

En el caso de la doctrina del consumo compartido, existen tres supuestos: el llamado servidor de la posesión (persona que compra la droga para el consumo colectivo), el propio consumo entre drogodependientes, y la invitación gratuita para consumo inmediato entre adictos⁴⁵. El Tribunal Supremo sostiene que es doctrina reiterada de la Sala que, de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos tampoco constituye una conducta penalmente sancionable (SsTS 5315/2003 (ECLI:ES:TS:2003:5315), 5455/2013 (ECLI:ES:TS:2013:5455) y 6198/2013 (ECLI:ES:TS:2013:6198), entre otras sentencias, que, en efecto, matizan el artículo 368.

La STS 596/2015, de 5 de octubre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:4902) repasa las directrices de esa doctrina, del mismo modo que la STS 360/2015, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2595), señalando que su proximidad temporal invita a seleccionar esta de entre las muy abundantes que se atienen a las líneas maestras de esa enseñanza jurisprudencial, aplicable cuando concurren cuatro circunstancias: primera, debe tratarse de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia, evitando al ser

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *op.cit.*, pág. 63.

⁴⁴ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: *op.cit.*, págs. 234 y 238.

⁴⁵ INSTITUTO ANDALUZ INTERUNIVERSITARIO DE CRIMINOLOGÍA. SECCIÓN DE MÁLAGA: *Las drogas en la delincuencia: su tratamiento en la Administración de Justicia*, (MUÑOZ SÁNCHEZ, J. y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., Dir.): Investigación, CGPJ, Málaga, 2002, pág. 43.

su grupo cerrado favorecer que terceras personas consuman la sustancia ilegal; segunda, el consumo debe tener lugar en un lugar cerrado, de nuevo, con el objetivo de no promocionar públicamente el consumo y de no difundir la sustancia entre quienes no forman parte del grupo; tercera, los miembros del grupo, por ser este reducido, deben ser identificables y determinados; cuarta y última, las cantidades de droga deben ser las necesarias para ser consumidas en el acto, y por ende reducidas y ajustadas a la necesidad del consumo diario.

Estos requisitos no deben ser considerados normas taxativas, sino indicadores que permiten distinguir entre autoconsumo y facilitación a terceros de las sustancias⁴⁶.

Desde luego, esta doctrina no está dentro de los parámetros de la citada Ley 17/1967, cuyo artículo 22 establece que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados, y para el objeto con que hayan sido suministrados, considerándose prohibido siempre cualquier cambio o consumo.

La construcción jurisprudencial, por lo tanto, va mucho más allá de la interpretación de la norma, como evidencian las propias discrepancias en sede jurisprudencial aquí descritas y, más específicamente, sentencias como la que expone Montero La Rubia⁴⁷, la STS de 17 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1000), donde se ha ampliado el margen de tolerancia a los requisitos expuestos no sólo al respecto de los participantes (no han de ser drogodependientes en sentido estricto -la STS 1429/2002 de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5677) los llama “consumidores habituales”-⁴⁸), sino en relación con la cantidad de droga programada (100 pastillas de MDMA), las personas ciertas y determinadas (25 personas), y el concepto de lugar cerrado (la fiesta de cumpleaños era en una discoteca).

Otras posturas que favorecen la degradación de las penas es la figura del consumidor-trafficante, y que presenta ciertas similitudes con la doctrina del uso compartido, porque se requiere una serie de condiciones en el sujeto activo, más allá de que por su propia adicción se acoja a las eximentes o atenuantes previstas en los artículos 20 y 21 del Código Penal.

La STS 602/2007, de 4 de julio (ECLI: ES: TS: 2007:4534)⁴⁹, describe extensa y detalladamente los cuatro requisitos interrelacionados entre sí para que se de esta figura que

⁴⁶ JIMÉNEZ MORIANO, O.: *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁷ MONTERO LA RUBIA, F.J.: *op.cit.*, pág. 29.

⁴⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J.: *op.cit.*, pág. 36.

⁴⁹ STS 602/2007 (Sala Segunda de lo Penal) de 4 de julio de 2007 (rec. núm. 563/2007. ECLI: ES: TS: 2007:4534), FJ 9, recogido también en STS 2833/2020, de 8 de julio (ECLI: ES: TS: 2020:2833) y STS 1069/2017, de 27 de marzo (ECLI: ES: TS: 2017/1069).

se sitúa extramuros del precepto estudiado: requisito biopatológico, o sea, sujeto toxicómano con gran dependencia; requisito psicológico, sujeto inmerso en un estado de abstinencia que le hace perder el sentido de la realidad y le lleva a delinquir para conseguirse la droga que necesita; requisito temporal, referido a que ese estado de dependencia y abstinencia se dé en el momento mismo de la comisión delictiva, donde entraría en juego la doctrina de la *actio libera in causa* a no ser que hubiera buscado a propósito el estado de abstinencia para cometer el delito, o hubiera previsto cometer el delito cuanto entró en tal trance; y, por último, el requisito normativo, o sea, calcular la intensidad que han tenido esas taras físicas a la hora de cometer el delito para calibrar si estamos ante un atenuante (sabe lo que hace aunque en un estado inducido por las drogas), ante una eximente completa (por tener totalmente anuladas sus capacidades como consecuencia de su drogadicción), o ante una incompleta (cuando, a pesar de su estado, todavía conserva la conciencia de los actos punibles que está realizando).

Todos estos son ejemplos que demuestran que, en determinadas circunstancias, el consumo de drogas no constituye delito en nuestro ordenamiento jurídico, aunque ello no significa que dicho consumo sea legal. Hallar los límites de esta frontera es de vital importancia para comprender el tipo penal contenido en el artículo 368 del CP⁵⁰.

En cuanto al cannabis, es postura mayoritariamente defendida que cualquier consumo del mismo fuera del autorizado por razones médicas o científicas sería por completo ilegal.

En España, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que derogó la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de igual denominación, cataloga como infracciones graves el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares y, además, la ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público cuando no sean constitutivos de infracción penal. Esto último fue visto como un ataque directo contra los usuarios de drogas para consumo personal, sobre todo contra los integrantes de ciertos clubs sociales dedicados

⁵⁰ MARTÍN PARDO, A.: "Derecho administrativo sancionador y consumo de cannabis: una exposición crítica al hilo de las últimas reformas legales en la materia", en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2017, págs. 74-75.

al consumo de cannabis. De hecho, la mayor parte de las veces que esta ley ha sido aplicada ha estado relacionada con el uso o la posesión específicamente de cannabis⁵¹.

Al hilo de este precepto, y de acuerdo con el principio de que aquello que no está expresamente prohibido está permitido, Díez Ripollés y Muñoz Sánchez entienden que solo los consumos expresamente prohibidos por la ley deben considerarse ilegales⁵². En principio, el consumo no está incluido explícitamente dentro del artículo 368, aunque sí la posesión.

Para ellos, el ordenamiento jurídico español nunca ha considerado delito el consumo de drogas, salvo en lo concerniente al ámbito administrativo (en cualquier caso, al ámbito distinto al del Derecho penal). Lo que subyace en este planteamiento es la idea de preservar la salud pública ante intentos de difusión, aunque no sea indiscriminada, de drogas.

Me permito citar nuevamente la STS 596/2015, de 5 de octubre, en la que se lee: “El consumo ilegal es el concepto de referencia del tipo penal. En sí mismo no está incluido como conducta punible; pero es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo. Entre esos actos se mencionan expresamente el cultivo, la elaboración o el tráfico”. Señala esta sentencia que acotar qué ha de entenderse como consumo ilegal es un punto de partida básico en la interpretación del tipo, que, sin embargo, remite para ello a legislación extrapenal. Y añade que el carácter ilegal o de ilicitud genérica en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales. Dichos textos de Derecho internacional consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art. 1.2 del Convenio de 1961).

Para la STS 670/1994, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:1994:1813), consumo ilegal (es decir, no conforme a la legalidad, aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción, lo que define el término despenalización y es otro dato favorable a mi propuesta) es "toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud".

Concluye la sentencia con esta paradoja: el artículo 368 del Código Penal no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueva. El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas en dicho artículo. Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, se convierte en conducta típica. Pero, al igual que todas las

⁵¹ ARANA, X.: *Cannabis Regulation in Europe: country report Spain*, Transnational Institute, Amsterdam, 2019, pág. 4. Disponible en <http://www.tni.org/copyright> (fecha de la última consulta: 12 de julio de 2022).

⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *op.cit.*, pág. 56.

actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido), son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción...). También el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad, presupuesto de la intervención penal (es decir, facilitar o favorecer el consumo de otros). El cultivo dedicado en exclusiva al consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relevancia desde una perspectiva jurídico-penal⁵³.

3. La atipicidad cuantitativa

El 24 de enero de 2003, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo celebró Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina con vistas a resolver la cuestión de tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de droga dada las posturas encontradas dentro del propio Tribunal, decidiendo que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos exentos de cualquier afectación a la salud de las personas. Casi un año después llegó la respuesta en forma de Informe n.º 12691/03, de 22 de diciembre de 2003, que ofrecía datos sobre las dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva de 29 sustancias de abuso, agrupadas, a su vez, en seis familias.

Esta decisión tuvo una trascendencia inmensa, porque, hasta entonces, había tribunales que dejaban fuera de la esfera del delito de tráfico de drogas, basándose en el principio de insignificancia, conductas en las que, a su juicio, una pequeña cantidad de droga no bastaba para cumplir con los requisitos de tipicidad del artículo 368. La STS 901/2003, de 21 de junio (ECLI: ES:TS:2003:4335), sostenía que en los delitos graves no cabe invocar ni siquiera de *lege ferenda* un principio de insignificancia que podría excluir la tipicidad. Y basaba su argumento en que el legislador no había establecido en el precepto la posibilidad de renunciar a la punibilidad en los casos de reducido daño social, puesto que había considerado que el peligro abstracto era suficiente para declarar punible la acción.

Esta sentencia abrió el debate entre los partidarios de una antijuridicidad material que utiliza el principio de insignificancia para llegar al principio de lesividad como base fundamental de su argumentación (no sólo se requiere que el hecho infrinja la norma, sino que además debe producir un daño al bien jurídico protegido: la salud pública) y quienes defendían la antijuridicidad formal, o la existencia de un delito de peligro abstracto puro⁵⁴, que ve la lesión al bien jurídico en los hechos que sirven de núcleo al precepto 368: promover,

⁵³ *Idem*, pág. 55. Los autores recogen la idea de que es doctrina jurisprudencial mayoritaria la atipicidad del cultivo cuando no está destinado a terceras personas.

⁵⁴ *Idem*, pág. 50.

facilitar o favorecer el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Los partidarios de la segunda disponían de un argumento a mi juicio muy sólido: “el intérprete de la norma carece de legitimación para corregir al legislador” o, dicho de otro modo, no puede crear una causa suprallegal de justificación de la conducta.

La STS 221/2004, de 20 de febrero de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:1128), alude expresamente al mencionado Informe, y lo explica de una manera muy interesante e instructiva porque maneja conceptos que encontramos una y otra vez cuando nos sumergimos en la lectura del tema que nos ocupa. Así, menciona la falta de tipicidad penal de esta conducta, pues no aparece descrita en el tipo penal, que habla de daños a terceros (promoción, favorecimiento, facilitación), no de autolesiones; habla de una motivada interpretación restrictiva de la norma por parte del tribunal (de acuerdo con el principio de intervención mínima) cuando esa conducta sí aparece dentro del tipo penal pero no afecta suficientemente al bien jurídico (principio de lesividad); muestra el principio de lesividad como trasfondo del delito de tráfico de drogas y lo relaciona con los delitos de peligro abstracto en el sentido de que debe ser el legislador quien defina los tipos legales, pues sólo la Ley es fuente de antijuridicidad, y señala que el delito no es sólo la desobediencia a la Ley sino el ataque a un bien jurídico; hay determinados elementos normativos del tipo que no han sido definidos legislativamente (falta de imputación objetiva), sino que por opción del legislador han sido reenviados a la jurisprudencia para que sea esta quien los defina declarando legitimados a jueces y tribunales para decidir qué drogas resultan más o menos nocivas.

La STS 1982/2002, de 28 de enero de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:399), vuelve otra vez a hablar del daño a la salud pública, pero esta vez desde el punto de vista individual, ya no del daño a la salud colectiva: “drogas que ocasionan daño en la salud pública, entendida ésta como la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado”. Y añade una puntualización interesante al distinguir entre drogas que causan más o menos daños a la salud: “cuya pena se diseña por el legislador penal, dependiendo de si la afectación es grave o no”.

Esta sentencia alude a la aplicación del concepto de mínimo psico-activo para servir de criterio en la interpretación judicial de los casos, pero insta a tener en cuenta el elemento subjetivo de la norma penal en los casos de toxicómanos, para los que la ley tiene su válvula de escape en forma de exención de la responsabilidad criminal del artículo 20.2º del CP o de las circunstancias atenuantes del 21.2ª, “incluso con el grado de muy cualificada [del artículo 80.5], que autoriza la sustitución de la pena por aquellas medidas de seguridad más apropiadas para impedir la posible repercusión futura de su peligrosidad criminal, y que

atenderá igualmente a la rehabilitación y deshabituación del autor del hecho”. No obstante, esta misma sentencia advierte, al hilo de la doctrina que defiende la teoría de la antijuridicidad formal, que la ley no otorga una carta blanca al juzgador para decidir libremente las consecuencias del delito. En caso de que considere desproporcionada la sanción correspondiente, tiene la opción 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 nuestra Carta Magna”.

Y recalca que una cantidad mínima de droga no puede causar daño a la colectividad, pero tampoco haría mucho más daño una cantidad mayor, puesto que se trata de un riesgo de peligro abstracto, es decir, la cantidad no es lo determinante para dañar el bien jurídico, sino la acción que promueve la posibilidad del daño: “el delito del artículo 368 CP no es un delito de lesiones corporales contra las personas, sino un delito de peligro abstracto que protege un bien conceptualmente impreciso” (STS 1621/2003, de 10 de febrero de 2004 - ECLI:ES:TS:2004:816). En este sentido, la reforma del artículo 344 del CP (actual artículo 368) efectuada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (de 1973), trajo consigo, además de añadir las sustancias psicotrópicas al elenco de drogas tóxicas y estupefacientes, la distinción entre las sustancias que causan grave daño a la salud y las que no, resaltando por primera vez la diferencia entre drogas duras y blandas, encontrándose el cannabis entre estas últimas, puesto que, para algunos autores, es considerada menos peligrosa que drogas perfectamente legales como el tabaco o el alcohol.

En este sentido, el artículo 368 del CP ha sido considerado como una ley penal en blanco, puesto que remite a normativa extrapenal (aunque la doctrina no está muy de acuerdo con esta tesis a tenor de la definición que hace de tales leyes el Tribunal Constitucional⁵⁵), en particular, a las listas de los textos internacionales ya mencionados. A ello se une la legislación interna de desarrollo, en forma de Órdenes Ministeriales que recogen listas de sustancias que se adaptan a la constante creación de nuevas sustancias ilegales (las llamadas drogas de diseño). A este respecto, en 2019, se dismantelaron más de 370 laboratorios

⁵⁵ STC de 13 de febrero de 1996 (ES:TC:1996:24): “normas penales incompletas en las que la conducta jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista 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”. Otras sentencias como la STS 849/1995, de 7 de julio, la definen como completa puesto que el precepto describe íntegramente la conducta a castigar, como refiere Jiménez Moriano, *op. cit.*, pág. 29. Acala Sánchez lo considera un debate superfluo, *op. cit.*, pág. 78.

ilegales para la producción de drogas en Europa según el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (EMCDDA, en sus siglas en inglés, The European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction)⁵⁶.

La STS 3102/1989 (ECLI:ES:TS:1989:3102) señala que, en nuestro país, al igual que sucede en otros, el legislador no ha desarrollado un concepto jurídico-penal de drogas. El Tribunal Supremo declaró, en interpretación estricta del artículo 344 (368 en el CP actual), que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente como tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley 17/1967 ya mencionada. La norma penal remite, sin duda, a otros textos legales.

Muñoz Conde, haciendo referencia al concepto de droga dado por la OMS, afirma que este concepto médico es muy importante para entender la referencia a la droga en el art. 368 del CP, y que son los criterios médicos o sanitarios los que deben determinar el ámbito de prohibición de dicho precepto. Añade precisamente que hay sustancias, como el cannabis y sus derivados, los cuales, a pesar de recogerse en las listas del Convenio de 1961, no obedece su inclusión a esos criterios médicos o sanitarios, pues no son más nocivas que el alcohol o el tabaco⁵⁷. Según el informe (2016) del Plan Nacional sobre Drogas, en 2013 las drogas con mayor prevalencia de consumo en los 12 meses anteriores habían sido el alcohol (78%), el tabaco (41%) y los hipnosedantes (12%), seguidos del cannabis (9%) y la cocaína (2%)⁵⁸.

Esto ha creado una profunda controversia, puesto que las listas contenidas en los Convenios Internacionales ratificados por España enumeran las sustancias que según la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina deben ser consideradas como drogas tóxicas, ya sea como estupefacientes o como sustancias psicotrópicas, pero no indican cuáles son las que causan grave daño a la salud y cuáles no, siendo enormemente indeterminada en este sentido.

4. El daño a la salud

⁵⁶ OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS: *Informe Europeo sobre Drogas 2021*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2021, pág. 32.

⁵⁷ BRETONES ALCARAZ, F.J.: *op.cit.*, pág. 61.

⁵⁸ Disponible en http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/pdf/2016_Informe_Resumen_ejecutivo.pdf (Fecha de la última consulta: 16 de mayo de 2022). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Plan Nacional Sobre Drogas. INFORME 2016. Alcohol, tabaco y drogas ilegales en España.

Bretones Alcaraz⁵⁹ cita la STS de 25 de noviembre de 1996 (STS 6653/1996 - ECLI:ES:TS:1996:6653) ante el silencio de la ley y de los textos internacionales en relación con el criterio para considerar que una sustancia causa grave daño a la salud o no. Este autor cree que es la jurisprudencia la que debe limitar los criterios interpretativos para aplicar el tipo penal: “son normas “*abiertas*” que han de ser completadas por la interpretación jurisprudencial... No podemos entender que con esas normas se conculque el principio de legalidad, y, en definitiva, el de seguridad jurídica, ni mucho menos que los Tribunales, en su labor hermenéutica y de completar la norma, actúen fuera de su competencia (según se dice) y se conviertan en legisladores, ya que: a) El legislador, al dejar esas normas incompletas, fue perfectamente consciente de que era totalmente imposible señalar con una descripción de *numerus clausus* tanto las drogas que habían de entenderse como especialmente graves para la salud, como la medición de su cuantía en orden a la mayor o menor gravedad de su tráfico (...) y también a la proliferación o extensión de nuevas drogas, cuyos efectos nocivos son totalmente imprevisibles cuando se dicta la norma y se crea el tipo delictivo esencial, que es el tráfico, el cultivo, y demás conductas., de tales sustancias”.

El consumo de sustancias de alto riesgo y el policonsumo siguen siendo la principal causa de las muertes inducidas por las drogas en Europa. En la mayoría de las muertes vinculadas directamente con el consumo de drogas están presentes los opioides, principalmente la heroína combinada con otras drogas, si bien comienzan a suscitar preocupación los estimulantes como la cocaína y las anfetaminas y, más recientemente, los cannabinoides sintéticos, según el recentísimo Informe Europeo sobre Drogas 2021 (IED)⁶⁰.

La Circular 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado, declaró que es elemento fundamental para la concreción del tipo básico la naturaleza de las sustancias, y citó la sentencia de 12 de marzo de 1984 que ya aludía a que las expresiones típicas se corresponden con las denominadas en lenguaje común drogas «duras y blandas», conceptualización que en cada caso calificarán los tribunales a tenor de los dictámenes científicos, de la experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectadas por su consumo, y de las listas anexas al Convenio de 1961, todas ellas fuentes distintas al CP.

Señala también la mencionada Circular que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su interpretación del artículo 344 (actual 368) mantenía una línea uniforme cuando se

⁵⁹ *Idem*, pág. 65.

⁶⁰ OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS: *op.cit.*, pág. 40.

trataba de apreciar los estupefacientes o psicotrópicos que debían incluirse en una u otra categoría. Todos los derivados del cannabis se reputaron como sustancias cuyo consumo no causaba un grave daño a la salud. Así, el hachís está considerado como perjudicial para la salud, sin grave daño, en muchas sentencias, y lo mismo ocurre con el aceite de hachís.

Muy al contrario, la heroína es considerada una sustancia que ocasiona grave daño a la salud, al igual que la cocaína y el ácido lisérgico o L.S.D., porque ocasionan daños mentales y genéticos a sus adictos (STS 354/1983, de 20-12-1983 - ECLI:ES:TS:1983:354).

La Circular 1/1984 no se queda ahí a la hora de situar la barrera entre el tipo básico y el agravado. Así, entra a considerar no sólo el *quantum*, sino la pureza de la droga. Dice la Circular que el *quantum* de la droga poseída no sólo es fundamental para originar actos impunes de tenencia y para determinar un elemento del tipo “ánimo de transmitir en el poseedor”, sino que además actúa como circunstancia de decisiva influencia en la penalidad. Así, distingue tres estadios en la posesión de estupefacientes o psicotrópicos: uno, de pequeña entidad, desenvolviéndose en él la presunción del acto impune de autoconsumo; otro, de grado normal, que conducirá a presumir un ulterior destino de lo poseído al tráfico, con la consiguiente tipicidad de la conducta, y un tercero de grado mayor con tipicidad cualificada cuyo elemento a ponderar es la posesión de cantidades de “notoria importancia”, porque la pena superior ya no está condicionada por la naturaleza de la droga (ya que procede tanto para las sustancias que causen grave daño a la salud como para las demás), sino por su pureza.

De esta manera, si la pureza de la sustancia está por debajo de la dosis mínima psicoactiva fijada en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología, la misma no se estimará como objeto de la acción típica del artículo 368 y la conducta se considerará impune.

La definición de dosis mínima psicoactiva es “... la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano” (STS 270/2011 de 20 de abril - ECLI:ES:TS:2011:2164).

Por tanto, el Tribunal Supremo considera que por debajo del mínimo de principio activo la sustancia de la que se trate no será considerada objeto de la acción típica, doctrina que ha sido ratificada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005, 73174), en el que se adoptó la decisión de “continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca un informe legal o se adopte otro criterio o alternativa”.

De esta manera, las dosis mínimas psicoactivas de las sustancias más habituales son: heroína: 0,66 miligramos; cocaína: 50 miligramos; hachís: 10 miligramos; MDMA: 20 miligramos; morfina: 0,002 gramos; y 20 microgramos (0,000002 gramos), para el LSD.

Estas cantidades son apropiadas para el autoconsumo (acto atípico), y solo por encima de las mismas se podría ya empezar a pensar en actos preordenados al tráfico (acto típico) e incluso en casos de excesivas cantidades, es decir, de notoria importancia (en cuyo caso estaríamos hablando de un acto típico cualificado). Por ello, partiendo del consumo medio de una persona habituada al consumo de droga y de la cantidad poseída en un momento determinado, se está en disposición de prever con bastante aproximación las presunciones atípicas y típicas, y para que surjan los hechos constitutivos de la agravante, se tendrá presente no sólo el peso sino también, y de modo principal, las dosis que puedan extraerse.

III. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

El Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) es el punto de referencia en Europa en materia de información sobre drogas y toxicomanías. Inaugurado en Lisboa en 1995, es una de las agencias descentralizadas de la Unión Europea. Su herramienta “Penalties at a Glance”⁶¹ permite comparar las medidas legales vigentes con respecto a las drogas en todos los Estados miembros y, de esta manera, conocer cómo sus respectivas legislaciones abordan los delitos relacionados con el uso, la posesión (para uso personal o no), y el suministro de drogas.

Resultan también esenciales, en este sentido, los preceptos de la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, piedra angular en la lucha contra el tráfico de drogas en el seno de la Unión Europea⁶². El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) está formado por los ministros de Justicia y de Interior de todos los Estados miembros de la UE.

Esta Decisión hace hincapié en tres posturas significativas que tienen que ver con la intención de infringir la norma: excluir de su aplicación las conductas de los autores que actúen exclusivamente con fines de consumo personal, dejar al libre albedrío de los Estados

⁶¹ Disponible en https://www.emcdda.europa.eu/publications/topic-overviews/content/drug-law-penalties-at-a-glance_en (Fecha de última consulta: 19 de junio de 2022).

⁶² ROMÁN GOBERNADO, B.E.: *op.cit.*, pág. 234.

miembros el considerar como atípicos la tentativa de oferta o de preparación y la de posesión de drogas; y como tercera postura, la gradación de las penas en determinadas circunstancias respetando siempre la existencia de una pena de prisión abstracta mínima de 1 a 3 años.

El Consejo adoptó esta Decisión para afrontar un problema que lleva décadas afectando la salud, la seguridad y la calidad de vida de los ciudadanos de la Unión Europea, y que hace mella en la economía, la estabilidad y la seguridad de sus Estados miembros. Por ello, hace más de quince años que propuso a sus miembros centrarse en los delitos más graves en materia de tráfico de drogas (aquellos en que el objeto eran grandes cantidades, las sustancias peligrosas o intervenía el crimen organizado), al estilo neerlandés, como después veremos, pero cuyo sendero muy pocos países han seguido hasta ahora en el seno de la UE. Portugal, después de los Países Bajos, es la avanzadilla de esta política encorsetada por las normas internacionales emanadas de las Naciones Unidas. Chequia se adhirió a ella en 2010.

Centrándome de nuevo, por un momento, en el cannabis (en este caso para uso no médico o científico), es importante destacar que es ilegal en Europa, puesto que las políticas de los Estados Miembros están firmemente hunden sus raíces de manera notoria en las Convenciones sobre control de drogas de las Naciones Unidas. Aunque su uso para fines recreativos ha sido despenalizado en varios países, entre ellos, España, Bélgica, Países Bajos, Alemania, Dinamarca y Suiza, su cultivo y distribución siguen estando prohibidos⁶³.

1. El consumo de drogas ilegales en la Unión Europea

Diez de los veintisiete países que componen la UE, a saber: Austria, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Italia, Países Bajos, Polonia, Chequia, Eslovaquia y Eslovenia no consideran el consumo de drogas como una infracción. En ausencia de su regulación en norma alguna, el consumo no acarrea penas. En España, en cambio, se considera el consumo de drogas ilegales una infracción administrativa en el articulado de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, si bien se castiga mediante una mera sanción pecuniaria.

En Irlanda y Malta también queda impune siempre que no se trate de derivados del opio, cuyo consumo sí está prohibido bajo pena de prisión o multa. En Irlanda, según los

⁶³ Sobre este tema he consultado varios trabajos promovidos por el Transnational Institute (TNI) y financiado con fondos de la Comisión Europea y la Fundación Sociedad Abierta (Open Society Foundation), como son los artículos: "Cannabis in the City: Bottom-up policy reform for cannabis regulation", "Cannabis in the City: Developments in local cannabis regulation in Europe" y un informe elaborado a partir de un seminario "New Approaches on Harm Reduction Policy and Practices" organizado por el Instituto que reunió a activistas, eruditos y políticos locales de varios países (Bélgica, Dinamarca, Alemania, Países Bajos, España, Suiza, Italia y Reino Unido), además de representantes de las instituciones de la UE. (Fecha de la última consulta: 12 de julio de 2022).

casos, existe la peculiar opción para el tribunal de, sobre la base de un informe médico, optar por enviar al infractor a tratamiento (ayudarle) en lugar de imponerle una sanción (Ley de Abuso de Drogas 1977, s. 28). En Malta se castiga con pena de prisión, según la Ordenanza de Drogas Peligrosas (art. 6(f), art. 22(2)a(ii), b[ii]), dependiendo del juzgado que dicte la sentencia: el Juzgado de lo Penal (*Criminal Court*) o el Juzgado de los Magistrados.

Suecia, Hungría y Francia tienen penas exclusivas de prisión de 3, 2 y 1 año respectivamente. En Suecia si el tipo de droga, la cantidad y otras circunstancias se consideran menores, el castigo se rebaja y, como parte de la sentencia condenatoria, se puede imponer un tratamiento (Ley de Derecho Penal de Estupefacientes [1968:64], art. 1 (6), s.2).

Finlandia condena el consumo de drogas ilegales con multas o penas de prisión de hasta seis meses, aunque puede eximir al delincuente de ambas según el tipo de sustancias cuando el delito sea considerado menor o el autor haya buscado tratamiento aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales y Salud (Código Penal capítulo 50, s. 2(a), s.7).

Grecia lo castiga con penas de prisión de hasta cinco meses, aunque prevé la exoneración del infractor si el juzgado, considerando las circunstancias del delito y su personalidad, cree que se trató de un delito casual y que es probable que no se repita. Además, el juicio puede ser suspendido si los delincuentes dependientes solicitan someterse a tratamiento (Código de Leyes sobre Drogas n.º 3459/2006 (con Enmiendas), art. 29).

Luxemburgo es un caso particular, pues menciona expresamente el cannabis dentro de su legislación y, si no hay circunstancias agravantes (como consumir las sustancias prohibidas en presencia de menores, influenciándoles), condena su consumo con multas. El consumo de otras drogas se condena con penas de multa o prisión de 8 días a 6 meses.

El castigo previsto en Bulgaria, Croacia y Estonia es la multa, aunque en este último país se aplica una condena de arresto con privación de libertad de hasta 30 días a cumplir no en prisión, sino en la comisaría de policía. En España, Portugal, Letonia y Lituania el consumo se considera una infracción administrativa que lleva aparejadas multas. El legislador portugués ha reconocido de manera directa que el consumo de drogas es un tema que afecta a la salud y necesita tratamiento o asesoramiento (Ley 30/2000, art. 10-14).

España aplica la Ley Orgánica 4/2015 de PSC, que impone unas (a mi juicio desproporcionadas) multas de hasta 30.000 euros, las más altas del continente, por el consumo ilícito de drogas en lugares y transportes públicos. Croacia penaliza el consumo con

100 euros, solo si tiene lugar en público. En España la multa se suspende si el infractor es menor y se somete a tratamiento si lo necesita. De lo contrario, sigue cursos de reeducación.

Chipre es el país con la legislación más dura, con condena máxima que llega a la cadena perpetua, aunque, afortunadamente, la sanción por la primera condena no excederá en ningún caso del año cuando los infractores sean menores de 25 años (Ley de Drogas Narcóticas y Sustancias Psicotrópicas de 1977, s.10 (d), s.30(1), Schedule III).

En Francia el consumo de estupefacientes está prohibido, pero no sucede lo mismo con el consumo de psicotrópicos, que ni siquiera es considerado delito (Código de Salud Pública, art. L3421-1). Una sentencia puede ser suspendida con el propósito de someter a tratamiento a los consumidores habituales o no habituales. Si el tratamiento es finalizado con éxito, la sentencia es archivada. Se anima principalmente a los jueces a recurrir a medidas educativas, como cursos de formación para la sensibilización, en lugar de a los castigos.

Francia tiene una de las leyes sobre drogas más draconianas, pero, irónicamente, también una de las más altas prevalencias de uso de cannabis en Europa. El uso o posesión de drogas ilícitas es un delito penal y la ley no distingue entre posesión para uso personal o para tráfico. Sin embargo muchos fiscales optan por uno u otro cargo dependiendo de la cantidad de droga y de la particularidad del caso. Basándose en el principio de idoneidad de los procedimientos, los fiscales pueden decidir entre emprender acciones legales contra el delincuente, cerrar el caso o proponer ciertas medidas alternativas al procesamiento⁶⁴.

2. La posesión de drogas ilegales para uso propio en la Unión Europea

En Italia, la posesión de drogas para uso personal es un delito no penal que depende de las cantidades de droga y del tipo de las mismas, según límites establecidos por los Ministerios de Salud y Justicia, para ser considerado tráfico. Las sanciones administrativas pueden ir desde la suspensión del carné de conducir (o la licencia de armas) hasta el pasaporte o el permiso de residencia. La clase de droga determina la duración de las sanciones administrativas. En caso de una primera infracción leve, bastaría con una advertencia, según el Decreto de la Presidencia de La República (DPR) 309/90, art. 73 (1b) (a); 75 (1,14).

Italia ofrece, además, un programa socio-rehabilitador y terapéutico al margen de las sanciones administrativas que es ofrecido por el servicio público para las adicciones (no solo

⁶⁴ BLICKMAN, T: "Cannabis policy reform in Europe. Bottom up rather than top down", en *Series on Legislative Reform of Drug Policies*, Transnational Institute, n.º 28, december 2014., pág. 12. https://www.researchgate.net/publication/271959385_Cannabis_policy_reform_in_Europe_Bottom_up_rather_than_top_down (Fecha de la última consulta: 27 de junio de 2022).

limitado a las drogas) o por servicios privados. Desde 2014, los trabajadores de los servicios de adicciones no están obligados a notificar a las autoridades competentes los incumplimientos de estos programas, de manera que trabajan con un alto grado de autonomía.

En España la posesión de drogas es una infracción grave de la seguridad pública si es para consumo propio y se produce en espacios públicos (ya mencionada Ley PSC).

Portugal, Letonia y Malta también consideran administrativa esta infracción, aunque en Letonia puede haber una mera advertencia y en Malta, dependiendo de la cantidad, e incluso en ausencia de indicios de tráfico, se considera delito penal y acarrea penas de prisión.

Y es que en Malta es la cantidad de droga, independientemente de su pureza, lo que determina el juzgado de procesamiento: Juzgado de los Magistrados (*Court of Magistrates*) o Juzgado de lo Penal (*Criminal Court*). Allí, los delincuentes acusados por segunda vez de un delito de posesión personal de una droga distinta del cannabis en un plazo de dos años, o de delitos derivados de la drogodependencia, pueden ser enviados para su supervisión a la Junta de Rehabilitación de Delincuentes de Drogas por un periodo de hasta 18 meses.

En virtud de la Ordenanza maltesa sobre drogas peligrosas, cuando el delincuente necesita asistencia para su rehabilitación de la drogodependencia, el tribunal puede ponerlos en libertad condicional, que podría incluir tratamiento obligatorio, en lugar de aplicarle la pena de prisión, según la Ley de 2015 sobre la Drogodependencia, que promueve el tratamiento antes que la prisión. El infractor solo puede beneficiarse de esta medida una vez.

En Letonia, la asistencia a un tratamiento voluntario exime de la sanción administrativa, e incluso la pena de prisión puede ser revocada por la libertad condicional. Sin embargo, si la infracción administrativa se repite en el periodo de un año, el infractor se enfrentará a una responsabilidad penal, por lo que, independientemente de la cantidad de drogas que posea, se enjuiciará en virtud de las disposiciones del Código Penal.

En el caso portugués, la posesión de una cantidad limitada de drogas para uso personal (hasta 10 días de consumo individual medio, tal como se define en el artículo 2, apartado 2, de la Ley 30/2000) se sanciona igual que el consumo. Si la cantidad de drogas excede el umbral de las 10 dosis diarias, se considera un delito penal. Estonia comparte ese límite, las 10 dosis, para que se considere un delito leve penado igual que el consumo (Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Precursores, de 11 de junio de 1997, art. 151).

Además, la ley portuguesa prevé la suspensión obligatoria de los procedimientos en los casos de consumidores no adictos sin antecedentes. Sin embargo, en caso de reincidencia,

la suspensión del procedimiento es facultativa para el tribunal y las multas incrementan paulatinamente su cuantía. Es posible encontrar sanciones alternativas a la multa, como el servicio comunitario no remunerado, la presentación periódica de informes a la comisión, la retención de los beneficios sociales e, incluso, acudir a una terapia de grupo.

En Eslovenia se considera falta la posesión de una pequeña cantidad para uso personal, siempre que se trate de la primera vez, y se castiga con multa. La Ley de Delitos Menores eliminó la pena de prisión por la posesión de drogas para uso personal. Si una persona entra en un programa de la seguridad social o solicita voluntariamente tratamiento puede acogerse a sanciones más indulgentes de conformidad con las disposiciones de la Ley de Faltas y la Ley de Producción y Comercio de Drogas Ilícitas 108/1999, art. 33.

Croacia y Chequia también consideran delitos leves la posesión de drogas, aunque la diferencia entre ambos países es la cantidad y variedad de drogas que no cambian la pena de multa o prisión de un máximo de 90 días en el primero (Art. 27 de la Ley de Prevención Contra el Uso Indebido de Drogas). En cambio, en Chequia la posesión de pequeñas cantidades de droga para uso privado se castiga con multa (Ley de Violaciones nº 200/1990), pero el incremento lleva aparejada pena de prisión, en el caso del cannabis u otras sustancias que contengan THC, de hasta 1 año, y las demás, de hasta 2 años. Los límites fueron establecidos en 2014 por el Tribunal Supremo, que utilizó como criterio la cantidad (Código Penal Ley nº 40/2009, art. 284). Las medidas que se adopten por parte del juez pueden llevar aparejadas tratamiento y pueden ser aprobadas tanto por el juez como por el fiscal (CP, arts. 46-48, 81-83, 84-87, 88-91, Código de Procedimiento Penal s. 307, 308).

En Croacia, además del castigo impuesto, ya se trate de multa o prisión, a un delincuente adicto a las drogas también se le impondrá una medida de tratamiento obligatorio en una institución médica o en una institución de atención social, y un tratamiento psicossocial obligatorio para consumidores de drogas experimentales (Artículo 32. Enmiendas de la Ley de Prevención Contra el Abuso de Drogas a partir de 2019). Las sanciones no varían por reincidencia, pero si el delito se comete por primera vez, las medidas mencionadas se podrían imponer sin necesidad de fijar pena alguna. De nuevo, prima la pretensión de curar.

En Grecia, la posesión de drogas para uso personal, dependiendo de la cantidad, se castiga igual que el consumo, con un máximo de 5 meses de prisión. Es el juez quien decide si es autoconsumo y si queda impune, teniendo en cuenta las circunstancias y la personalidad del infractor. El cultivo de cannabis puede ser clasificado como delito de consumo personal, pero no el cultivo de otras sustancias (Código de Leyes sobre Drogas nº 3459/2006 (con

enmiendas), art. 29). El procedimiento o el juicio pueden suspenderse si los delincuentes drogodependientes solicitan someterse a tratamiento adecuado que solucione sus problemas.

En los Países Bajos, se clasifican las drogas en dos listas: I (drogas de riesgo inaceptable) y II (otras drogas), y para cada una hay distintas sanciones, acorde con la Ley del Opio (art. 2C, 3C, 10, 11). Sin embargo, de acuerdo con las directrices de la Fiscalía, la posesión de productos de cannabis de hasta 5 gramos no se tiene en cuenta, y el delito no se procesa si se trata de posesión para uso personal de productos de cannabis de hasta 30 gramos. (Ley del Opio, arts. 2C, 3C, 10(5), Directiva sobre las Leyes del Opio, sección 'Investigación y enjuiciamiento', p. 4). En casos de posesión de "drogas duras" (Lista I) para uso personal, las penas varían según la cantidad. La prioridad sería la de ofrecer ayuda al consumidor contactando con una clínica, pero, en caso de reincidencia, las directrices recibidas por la Fiscalía son la imposición de significativos aumentos de las penas.

En determinados países como Irlanda, Luxemburgo, Eslovaquia o Bélgica, la norma hace especial referencia al cannabis. Así, en Irlanda se castigan solo con multa las dos primeras condenas. No así la tercera, que puede conllevar pena de prisión. Para las otras drogas solo se prevé la pena de prisión (Ley de Abuso de Drogas 1977, s.27 [1]). Después de la condena, el tribunal tiene la opción de enviar al condenado a tratamiento médico sustitutivo de la sanción impuesta, motivando su decisión en un informe médico preparado por una junta de salud o un funcionario de bienestar judicial (Ley de Abuso de Drogas de 1977, art. 28).

En Luxemburgo, la posesión de cannabis o resina de cannabis acarrea una multa que podría extenderse a prisión en caso de poseer también otras drogas (Ley de 19 de febrero de 1973, modificada por la Ley de 27 de abril de 2001, art. 7A, B). Sin embargo, el juicio se archiva para los que logren completar un tratamiento establecido al efecto (art. 23), o se puede duplicar en caso de reincidencia dentro de los 5 años posteriores a la sanción (art. 12).

En Eslovaquia, se castiga con prisión la posesión para uso propio de cualquier tipo de drogas siendo las penas más benévolas las relativas a las drogas o psicotrópicos derivados de la planta de cannabis (Código Penal, art. 171, 135). El tribunal puede suspender condicionalmente la sentencia y ordenar un "tratamiento protector" por posesión de cannabis del que los delincuentes adictos pueden beneficiarse también (Código Penal, art. 171, 73-74).

En Bélgica, las directivas ministeriales establecen que la posesión de cannabis para uso personal debe recibir la prioridad de enjuiciamiento más baja. El límite de posesión de cannabis para uso personal se establece en 3 gr. (o una planta femenina en cultivo). "Si no

hay molestias” puede recibir una advertencia o una multa sobre la base de un informe simplificado de la policía, pero la sanción, si se impone, puede acarrear una pena de prisión de 3 meses a 5 años. Y las penas relacionadas con el cannabis que lleven aparejadas desorden público, entendida como la posesión en colegios, establecimientos públicos o prisión (lugares donde hay una gran cantidad de personas), son castigadas con una pena de 3 meses a 1 año de prisión (Ley de Estupefacientes de 24 de febrero de 1921, art. 2bis, art. 2ter; Directiva Ministerial, de 16 de mayo de 2003, sobre enjuiciamiento por posesión y venta de drogas ilícitas, art. III.2.1; Directiva conjunta del Ministro de Justicia y del Ministerio Fiscal sobre las infracciones relacionadas con el cannabis, de 25 de enero de 2005).

Las alternativas al castigo por el delito en los casos de adictos pueden resolverse con asesoramiento terapéutico (*avis thérapeutique*) (Real Decreto de 31 de diciembre de 1930, art. 26 quater). Sin embargo, las condenas aumentan hasta duplicarse en caso de reincidencia.

En Bulgaria, Lituania, Rumanía, Austria, Finlandia y Alemania las consecuencias del delito van desde la multa a la pena de prisión, dependiendo de muy diversos factores.

En Austria, la posesión de drogas y sustancias psicotrópicas para uso personal se castiga con multa o pena de prisión de hasta 6 meses (Ley de Sustancias Estupefacientes (Suchtmittelgesetz, SMG), art. 27 (2), s. 30 (2)). La ley permite un acuerdo para someterse a tratamiento que, si tuviera éxito, archivaría el procedimiento permanentemente (s. 35-38).

En Bulgaria, la cantidad será la clave: los casos menores conllevan una multa, y los delitos más graves, dependiendo de si son drogas solo de riesgo o de alto riesgo, con prisión, aunque ambas llevan aparejadas multas según la Ley de Fiscalización de Sustancias Estupefacientes y Precursores de 3 de octubre de 1999 (art. 30, art. 108a), además de ser posible la obligación de someterse a tratamiento como un añadido al castigo, no siendo en ningún caso una alternativa, sino una imposición adicional (Código Penal, art. 354a, art. 92).

Lo mismo pasa en Finlandia, Alemania, Lituania y Rumanía, donde la cantidad determina la diferencia entre multa y prisión. En Finlandia, el delito puede ser considerado menor dependiendo del tipo y cantidad de la sustancia, la situación del delito (autoconsumo), además de otras circunstancias que, incluso, actuarán como eximentes si el infractor hubiese buscado tratamiento que requiera ser aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales y Salud (Código Penal capítulo 50, s 1 (5), s. 2 (a), s. 7). En Rumanía, el castigo es de hasta 3 años de prisión para las drogas de alto riesgo y consumo personal. El fiscal decide si incluye a un consumidor en un programa integrado de asistencia para los consumidores de drogas, siempre

con consentimiento del interesado y previo informe de evaluación del consumidor realizada por el Centro de Prevención Antidrogas. Si el consumidor sigue el protocolo sin incidentes, el tribunal puede decidir renunciar a la aplicación del castigo o, en ocasiones, posponerlo (Ley 143/2000, art. 19 y art. 20(1) relacionados con art. 80 y art. 83 del Código Penal).

En Alemania, la pena de prisión puede llegar hasta los cinco años, pero hay alternativas dependiendo de si se trata de un delito leve, de si lo sucedido carece de interés público, y de si los estupefacientes son para uso personal y se trata de pequeñas cantidades. En estos casos se retiran los cargos. El juez incluso puede abstenerse de dictar sentencia bajo estas premisas. Si la sentencia de condena es por menos de dos años, puede suspenderse si el acusado es drogodependiente y sigue tratamiento (Ley reguladora del Comercio de Estupefacientes, de 28 de julio de 1981, art. 29 1), art. 29 (5), s. 31a, s. 35).

En Lituania, las penas, si no se trata de tráfico, dependen de las cantidades: si son pequeñas conllevan penas de servicios a la comunidad, restricción de libertad, multa o arresto (Código Penal, art. 259 (1) [2]). El delincuente que solicita tratamiento para su adicción antes de emitirse el veredicto es liberado de la responsabilidad penal (CP, arts. 259 (3), 75).

En Dinamarca, la posesión de drogas se castiga con hasta 2 años de prisión, aunque se puede emitir una advertencia, al objeto de evitar multas, si la posesión es el resultado de la dependencia y el abuso prolongado y persistente de drogas (Ley de Euforizantes de 1 de julio de 2008, art. 1, s. 3). Los rangos de pena no varían según el tipo de droga, aunque la ley menciona explícitamente que "los efectos nocivos de las sustancias deben considerarse al sentenciar". En sede judicial, se pueden aplicar medidas de prueba si el tribunal considera que el castigo es innecesario (aunque esto puede aplicarse en relación con otros delitos) y la ley establece la obligación de someterse a tratamiento (Código Penal, art. 57, 3-4).

En Suecia, la pena de prisión por posesión de drogas puede ser hasta de tres años. Si el tipo de droga, la cantidad y otras circunstancias son menores (y estamos ante un delito menor), se castiga con una multa o prisión de hasta 6 meses (Ley de Derecho Penal de Estupefacientes (1968:64), art. 1 (6), s. 2). Los tratamientos pueden ser parte de la sentencia.

En Hungría, la posesión de drogas es un delito penal castigado con prisión de 1 a 5 años, únicamente hasta 2 si la cantidad es pequeña (Código Penal, art. 178 (1), s.178 (5), s. 178 [6]). No obstante, el infractor ni siquiera será procesado si ha sido tratado por adicción a las drogas antes de la sentencia en primera instancia (CP, art. 180[1]).

En Polonia, la posesión de drogas es un delito punible dependiendo de las cantidades. El fiscal tiene la opción de no iniciar un proceso penal en caso de posesión de una cantidad insignificante de drogas para uso privado (principio de oportunidad) (Ley de Prevención Contra la Toxicomanía, art. 62, 62a). Si la pena impuesta es de 5 años de prisión, el fiscal puede suspender la investigación contra el delincuente adicto si acepta voluntariamente participar en un tratamiento o programa de prevención. La finalización satisfactoria del programa es un requisito para la "interrupción condicional de los procedimientos", que lleva a la imposición de un período de prueba de 1 o 2 años y ninguna sentencia (art. 72, 73).

La reglamentación más dura de entre los países de la Unión Europea la aplican Francia y Chipre. En Francia, la ley no distingue entre posesión para uso personal o para tráfico. En la práctica, teniendo en cuenta la cantidad de droga encontrada y los elementos del acto, la posesión de estupefacientes para uso personal equivale a un delito de consumo de drogas, si no, la posesión se castiga con hasta 10 años y 7.500.000 euros de multa (Código de Salud Pública L.3421-1). La posesión de drogas "psicotrópicas" es un delito separado susceptible de ser castigado con hasta 5 años de prisión (CSP, art. L.3421-1, L5432-1). La pena, como con cualquier delito, se duplica en caso de reincidencia durante los 5 años posteriores a la última sentencia (Código Penal, art. 132-10), hecho sin duda lamentable.

La Circular francesa de 16 de febrero de 2012 hizo hincapié en la necesidad de hacer sistemática la respuesta penal y de reforzar la eficacia de las medidas jurídicas, y principalmente alentó a las jurisdicciones a que recurriesen a medidas educativas, como cursos de capacitación en sensibilización (para un primer delito que implique autoconsumo), o medidas sociosanitarias para adictos en base a tratamientos ordenados bien por el tribunal o por el fiscal. Una vez que el tratamiento se completa con éxito, la sentencia se suspende (CSP, art. L3423-1; CP, art. 131-29 a 132-45, Ley de Prevención de la Delincuencia, art. 47).

En Chipre, la posesión de drogas es castigada con prisión de más o menos años dependiendo de la clase de drogas que se posean. Solo los menores de 25 años que cometan su primer delito ven reducida su pena hasta no más de un año si se trata de consumo personal, según la Ley de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1977, art. 6 2), s.30(1), s.30(2), s.30A, Lista III, aunque también el "grado de dependencia" se considerará al dictar sentencia, pues implica la consideración de "delito menos grave" (art. 6 2), art. 30 2), art. 30 4) b).

IV. TENDENCIAS HACIA UN PROCESO DE LEGALIZACIÓN

Aproximadamente la mitad de los países de la Unión Europea tipifican el uso o consumo de drogas como un delito específico.

Ya hemos aludido aquí a que el Derecho penal ha seguido a nivel internacional una línea progresivamente represiva desde sus inicios en esta materia, siendo especialmente destacable el Derecho penal español, cuya tipificación de las conductas en este ámbito ha sido muy amplia, abarcando cualquier tipo de actividad, lo que ha hecho que conductas superficiales hayan sido duramente castigadas en nombre de la antijuridicidad formal, y se haya tenido que dejar en manos de la jurisprudencia la catalogación de figuras *extra legem*.

Este es un punto de conexión entre los ordenamientos jurídicos de la órbita cultural alemana (Austria y Suiza) y la legislación española por su afán indiscriminado de sancionar cualquier actividad favorecedora del comercio ilegal: desde la difusión a terceros hasta el consumo o la posesión para uso personal⁶⁵, sin importar la distinción evidente entre ambas.

Este tipo de actuaciones ha provocado, en opinión de autoras como Esquinas Valverde, que se desatiendan los principios centrales de la dogmática penal clásica, como el de intervención mínima, al tratarse distintas conductas con idéntico proceder sancionador.

Tan exagerado énfasis en la finalidad preventiva e intimidatoria de la normativa criminal ha llevado a equiparar la comisión de estos delitos de tráfico con los tipos mucho más graves de lesiones u homicidio dolosos cuando un sector doctrinal piensa que estas conductas tipificadas no aciertan a crear un riesgo para el bien tutelado salud más que para el consumidor adicto que se enfrenta a inconvenientes tales, anulada la posibilidad de acceso lícito a la droga, como el mercado negro o la adulteración de las sustancias por el hecho de verse obligado a obtener de forma ilegal la dosis que necesita para alimentar su drogadicción.

Para Choiseul-Praslin, la prohibición provoca dos conductas: crea un monopolio artificial entre el vendedor y el comprador, y elimina el equilibrio en la transacción puesto que el comprador no puede controlar la calidad del producto⁶⁶, siendo esto peligroso.

En este sentido, tiene su razón de ser lo que se ha dado en llamar la auto organización del consumo⁶⁷, acción promovida desde los clubes sociales de cannabis, actividad con sello

⁶⁵ ESQUINAS VALVERDE, P: “Las legislaciones penales sobre tráfico de drogas vigentes en Alemania, Austria y Suiza”, en AA.VV. (MORILLAS CUEVA, L., Coord.): *Estudios Jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dyckinson, Madrid, 2003, págs. 438-439.

⁶⁶ DE CHOISEUL-PRASLIN, C.H.: “El papel de la represión sobre el mercado de las drogas”, en AA.VV. (PANTOJA, L. y GURIDI, L., Dir.): *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pág. 68.

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J: *op.cit.*, pág. 68.

español, cuyos objetivos son desvincular el consumo del tráfico u oferta ilícitos, impedir la difusión indiscriminada y garantizar un consumo controlado y responsable asegurando la calidad de la sustancia.

De la misma manera se expresa Tom Blickman⁶⁸, que en diciembre de 2014 decía que con la regulación del mercado de cannabis para uso recreativo en Uruguay y los estados de Colorado y Washington en Estados Unidos estaba surgiendo una brecha en la política tradicional ante el cannabis que supone un modelo más prometedor para proteger la salud y seguridad de las personas.

Blickman afirma que el modelo prohibitivo ha fracasado (como demuestra su propia ineficacia⁶⁹) dejando pesadas cargas impositivas sobre los sistemas judiciales, produciendo negativos impactos en la salud pública y, a la vez, creando mercados criminales apoyados por bandas organizadas, que fomentan la violencia y la corrupción.

Hay una tendencia mundial a abandonar la tolerancia cero a favor de la descriminalización del consumidor y del enfoque de la reducción del daño⁷⁰. Para Escotado la historia de las drogas enseña básicamente dos cosas: que ninguna droga desapareció o dejó de consumirse debido a su prohibición y que mientras subsista una normativa prohibicionista hay mucha más propensión a consumos irracionales, corrupción pública y envenenamiento con sucedáneos mucho más tóxicos, como las drogas de diseño⁷¹.

Apunta Cruz Blanca que la inmersión de los jóvenes en el mundo de las drogas tanto legales como ilegales se debe a una amplia oferta de ocio que les abre un mundo de interconexiones que le facilitan conductas como el consumo compartido⁷², lo que conecta con lo que otras autoras llaman dependencia social de la droga⁷³.

1. El papel del legislador penal en la sociedad.

⁶⁸ BLICKMAN, T: *op. cit.*, pág. 1.

⁶⁹ BELTRÁN CATALÁ, D.: "Derecho a la libertad: penalización del consumo o legalización de las drogas", en *Eguzkilore*, núm. 6, 1992, pág. 83.

⁷⁰ ARMENTA, A., JELSMA, M., METAAL, P: "Drogas ilegales: la búsqueda del equilibrio", en AA.VV. (FRERES, C., SANAHUJA, J.A. Coords.): *América Latina y la Unión Europea. Estrategias para una asociación necesaria*, 1.ª ed., Ed. Icaria, 2006, Barcelona, pág. 456.

⁷¹ ESCOTADO, A.: "Conjeturas y experiencias", en AA.VV. (PANTOJA, L. y GURIDI, L., Dir.): *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pág. 168.

⁷² CRUZ BLANCA, M.J.: "Drogas y menores de edad", en AA.VV. (MORILLAS CUEVAS, L.: coord.): *op.cit.*, págs. 379-380.

⁷³ TEROL TOMÁS, A.: "Efectos de las drogas sobre el cerebro: patologías derivadas. Bases neurobiológicas de la adicción", en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 39.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 129/96, de 9 de julio de 1996 (BOE núm. 194 de 12 de agosto de 1996, habla de la libertad que tiene el poder legislativo para decidir qué conductas son típicas o impunes dependiendo de los usos y costumbres sociales y de las circunstancias de la sociedad del momento. De este modo lo que no había sido desde el principio de los tiempos (apunta Escohotado que las civilizaciones sumeria [3.500 a.c.], egipcia y grecorromana usaron el opio como remedio para los dolores pero no dejaron testimonios escritos de opiómanos⁷⁴) un motivo de preocupación, en el sentido de necesitar dictar reglas de uso, ha pasado desde inicios del siglo pasado a una cruzada antidroga que podría dejar de serlo con el devenir de los tiempos. Así la sentencia aludida aborda el trabajo del legislador parafraseando la STC 55/96 [de 28 de marzo (BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996)], diciendo que goza dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional, y en última instancia, de su específica legitimidad democrática, seleccionando los bienes jurídicos, los comportamientos que atentan contra ellos y también determinando sus sanciones penales. Y tan cierto es, de este modo, que un hecho que hasta un determinado momento es penalmente típico, deja de serlo (se descriminaliza), o viceversa o que el propio legislador establezca una pena distinta tanto cualitativa como cuantitativa sobre una misma conducta.

Comenta la Magistrada-Juez María del Carmen Cimas Giménez, haciéndose eco del trabajo de Antonio Escohotado Espinosa⁷⁵, que el consumo de drogas en civilizaciones anteriores a la era cristiana pasó desapercibido, “no constando casos de adicción ni de conductas criminales”⁷⁶, añadiendo que “dejando de lado el consumo de alcohol, tabaco y café, no se conocen casos de adicción a las drogas hasta el siglo XIX”, segunda mitad de siglo, puntualiza Escohotado.

Añade la Magistrada-Juez Román Gobernado, en la misma publicación, que hasta 1900, con escasas excepciones, todas las drogas conocidas que más tarde serán consideradas narcóticos estaban disponibles al público en farmacias y droguerías⁷⁷: “Utilizadas en todas las culturas, bien sea con fines medicinales, rituales o lúdicos, las sustancias psicoactivas son

⁷⁴ ESCOHOTADO ESPINOSA, A.: “Historia y sociología de las drogas”, en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 126.

⁷⁵ *Ibidem*. “Es interesante constatar que lo evidente hoy -para el legislador y para buena parte de la población- no lo fue en ningún momento histórico previo, aunque el cáñamo, el opio y la coca hayan sido plantas conocidas y empleadas inmemorialmente”.

⁷⁶ CIMAS GIMÉNEZ, M.C.: “Delitos relativos al narcotráfico. Visión general”, en AA.VV. (CIMAS GIMÉNEZ, M.C., Dir.): *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Manuales de Formación Continuada 37, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 16.

⁷⁷ ROMÁN GOBERNADO, B.E.: *op.cit.*, pág. 220.

una parte orgánica de la cultura y su evolución ha corrido pareja a la de la propia civilización”.

Coinciden ambas autoras que Estados Unidos⁷⁸ es el país que abanderó la lucha contra el tráfico de drogas en el siglo XX en una línea prohibicionista⁷⁹, que trajo consigo el aumento del consumo y de la adicción además del incremento del crimen organizado. Occidente se unió a esa batalla hasta el momento perdida. Son múltiples los autores en todo el mundo que hoy en día solicitan una revisión del prohibicionismo y del endurecimiento de las penas⁸⁰.

A la vista de los acontecimientos de la última década, hay un giro hacia el desarrollo de medidas alternativas al enjuiciamiento penal por casos de uso y posesión de pequeñas cantidades de cannabis para consumo personal, o lo que es lo mismo, la utilización del Derecho Penal como última ratio legis. La mayoría de los sistemas judiciales europeos que hemos visto se inclinan por multas, advertencias, periodos de prueba, exención de penas y asesoramiento.

En 1975 el Tribunal Supremo del estado estadounidense de Alaska (Ravin contra el estado) prohibió al estado criminalizar la posesión y el uso de cannabis dentro del hogar de una persona en consonancia con las disposiciones sobre el derecho a la intimidad de su constitución. Creía el Alto Tribunal que no había que preocuparse de la salud colectiva por una pequeña cantidad de cannabis para consumo personal y menos para socavar el derecho a la intimidad de los ciudadanos en su propio hogar. Así, se estableció como un derecho del ciudadano de este estado una pequeña cantidad (menos de cuatro onzas) de marihuana para su uso persona⁸¹.

En la última década se ha abierto una brecha abanderada por los Países Bajos como precursores que aboga por la liberalización del consumo de cannabis. Entre algunos países como Portugal, Uruguay o Canadá, se encuentran también varios estados de los Estados Unidos, lo que parece suponer una avanzadilla para una legislación más permisiva con el consumo de sustancias o productos que no causen grave daño a la salud en la línea que ha

⁷⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M.: *op.cit.*, pág. 188. Sobre el aumento de la presión punitiva, la excepcionalidad represiva y la influencia de la política estadounidense.

⁷⁹ ROMÁN GOBERNADO, B.E.: *op.cit.*, pág. 221.

⁸⁰ SERRANO, M.: “Control de drogas, seguridad y derechos humanos”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., Coord.): *Democracia y Seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 365.

⁸¹ BEWLWY-TAYLOR, D., BLICKMAN, T. y JELSMA, M.: *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*, Transnational Institute (TNI), Amsterdam, 2014, pág. 47. Disponible en <https://www.tni.org/es/publicacion/auge-y-caida-de-la-prohibicion-del-cannabis>. (Fecha de la última consulta: 14 de junio de 2022).

venido tomando tanto la doctrina como la jurisprudencia en aras a los principios de intervención mínima, proporcionalidad y seguridad jurídica en el sentido de trazar una línea clara frente a los casos más graves.

Como afirma Muñoz Conde en su obra "Derecho Penal. Parte Especial", el tráfico de sustancias que no causa grave daño a la salud, o en todo caso menos daño que otras de tráfico legal, deberían quedar excluidas del Derecho Penal y ser sometidas a control administrativo⁸².

De hecho, la tendencia general, no solo en el marco de la Unión Europea, es a rebajar las penas y buscar soluciones alternativas, sobre todo teniendo en cuenta el dispendio económico que ha costado y sigue costando la lucha contra el narcotráfico. A este respecto hay que decir que un estudio adjudicado por el Consejo General del Poder Judicial a la Sección de la Universidad de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC) destacó que, de un total de 23.000 sentencias vistas, solo en 1999, más de una de cada tres tenía que ver con la droga⁸³. El muestreo escogido en las distintas sedes judiciales roza, cuando no sobrepasa, el 40% de los casos, siendo un 62% de las sentencias por delitos contra la seguridad en el tráfico⁸⁴ y un 15% por delitos contra la salud pública. Aproximadamente un 86% de todas estas sentencias acaba en fallo condenatorio, lo que da una idea del trabajo al que se enfrenta la administración de justicia. Desde este prisma disertaba ya en 1999 Cid Moliné sondeando alternativas a la pena de prisión⁸⁵, como la libertad provisional, los trabajos en beneficio de la comunidad o las penas de multa.

Mucho antes abogaba Diez Ripollés en un artículo publicado en el diario El País el 31 de mayo de 1988 por la opción despenalizadora, disertando entre el uso y el abuso, la dependencia física o psíquica, las drogas legales e ilegales y sus reminiscencias culturales, y el daño más allá de la salud pública causado por los que atentan contra la libertad individual y el orden socioeconómico⁸⁶.

⁸² ACALE SÁNCHEZ, M.: *op. cit.*, pág. 81.

⁸³ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., GARRIDO DE LOS SANTOS, M.J. y GARCÍA RUIZ, S.: "Las drogas en la delincuencia y su tratamiento por la administración de justicia I y II", en *Boletín Criminológico (IAIC)*, núms. 61 y 62, 2002, págs. 1-4.

⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Drogas y derecho penal", en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *op.cit.*, pág. 175. El autor apunta que el alcohol se revela como la sustancia con mayor incidencia en la criminalidad a la luz de los datos aportados por el estudio del IAIC.

⁸⁵ CID MOLINÉ, J.: "El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión", en AA.VV. (LARRAURI PIJOAN, E., Dir.), *Política criminal*, CGPO, Madrid, 1999, págs. 122, 128, 131 y 134.

⁸⁶ Disponible en https://elpais.com/diario/1988/05/31/sociedad/581032802_850215.html (Fecha de la última consulta: 26 de mayo de 2022).

Hay que hacer mención en este punto a la definición que el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías hace de los términos descriminalización y despenalización que saltan a la palestra cuando se habla del tema que tenemos bajo estudio. Por el primero entiende la eliminación de una conducta o actividad de la esfera del código penal, es decir, en el caso de que haya sanción (si la infracción no es abolida), se tratará de una sanción administrativa, mientras que la despenalización tiene que ver con el mantenimiento de la conducta y el castigo penal pero que se vuelve impune en determinadas circunstancias, como hemos visto⁸⁷.

Es paradójico que el uso de drogas no sea mencionado en las disposiciones penales de las Convenciones de las Naciones Unidas, ni en el artículo 36 de la Convención Única de 1961, ni en el artículo 22 de la Convención de 1971 ni en el artículo 3 sobre infracciones y sanciones de la Convención de 1988⁸⁸.

2. Posturas que invitan al cambio

La Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de la UE citada anteriormente instó a los Estados Miembros a tomar las medidas oportunas para garantizar que las penas del tipo básico por delitos contra la salud pública por tráfico de drogas fueran como máximo de uno a tres años, lo que España llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La legislación de los Países Bajos, avanzadilla de esta lucha, conforme a la Ley de 1976 sobre los estupefacientes (Opiumwet 1976), prohíbe la posesión, el comercio, el cultivo, el transporte, la fabricación, la importación y la exportación de estupefacientes incluidos el cannabis y sus derivados excepto si se utilizan para uso médico, científico o educativo, y siempre que se cuente con autorización previa. Lo que distingue a la política neerlandesa es que es tolerante con respecto a la venta y al consumo de cannabis para poder llevar una política represiva selectiva frente a las drogas más peligrosas en aras de la eficacia de los procedimientos penales a los que dedica más efectivos, basándose en el principio de oportunidad y siguiendo instrucciones de su Colegio de Fiscales Generales (College van procureurs-generaal).

⁸⁷ BEWLEY-TAYLOR, D. y JELSMAN, M.: The limits of Latitude, en *Series on Legislative Reform of Drug Policies*, Transnational Institute, n.º 18, March, 2012, pág. 4. (Fecha de la última consulta: 27 de junio de 2022).

⁸⁸ *Idem*, pág. 5.

Esta actitud de la Fiscalía neerlandesa conecta con la doctrina y la jurisprudencia española proclives a poner el acento de las penas en el tráfico y no en el consumo, o lo que es lo mismo persiguiendo la oferta y no la demanda.

Ha sido una constante la alusión al modelo represivo español cuando se trata de abordar el problema de la droga, a contracorriente de las tendencias más permisivas a nivel internacional. En el año 1995 con motivo de la aprobación del nuevo Código Penal español, el legislador hizo oídos sordos a las propuestas de legalización controlada del tráfico de drogas, agravando las penas⁸⁹. Según datos del EMCDDA, la proporción media de personas en la UE que han probado marihuana al menos una vez en su vida es de un 28,9%, 83 millones de personas, que hacen una proporción de una de cada cuatro personas.

El consumo de cannabis no ha disminuido durante las cinco décadas que ha estado sancionado con la cárcel. Es más, el EMCDDA constata en su Informe Europeo sobre Drogas 2021⁹⁰ que la resiliencia de las organizaciones delictivas involucradas en el comercio de la droga se pone de manifiesto por la observación preliminar de que la disponibilidad de las drogas en Europa no se ha visto gravemente afectada por la pandemia actual. Más bien al contrario.

El mencionado Informe se basa en la información facilitada al EMCDDA, en un proceso de presentación de informes anuales, por los Estados miembros de la UE, Turquía y Noruega. Su finalidad es ofrecer una visión de conjunto y un resumen de la situación europea en materia de drogas hasta finales de 2020.

Su resumen no puede ser más preocupante: “Pese a los esfuerzos de interceptación, todos nuestros indicadores rutinarios sugieren que a comienzos de 2020 el mercado europeo de la droga se caracterizaba por la disponibilidad generalizada de una gran diversidad de drogas de pureza o potencia cada vez más alta. [...] El cannabis es otro ámbito en que los problemas que afrontamos son cada vez más complejos y es probable que esta situación siga aumentando en el futuro. [...]. Los cannabinoides sintéticos, y los riesgos de salud que conllevan, solo complican más este panorama, tal como han puesto de relieve las muertes registradas en 2020 relacionadas con el consumo de estas sustancias y el hecho de que hayamos tenido que emitir recientemente alertas de salud pública que advirtieran de la

⁸⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.: *Salud pública y drogas tóxicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 15.

⁹⁰ OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS: *Informe Europeo sobre Drogas 2021: Tendencias y novedades*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2021.

presencia de productos adulterados con cannabinoides sintéticos de elevada potencia dentro del mercado del cannabis natural”.

Teniendo en cuenta la tendencia de una parte de la ciudadanía al consumo genérico de drogas ilegales, convendría por parte de los legisladores un cambio de rumbo en las políticas que se han llevado hasta ahora para afrontar el problema de las drogas, dado que el prohibicionismo no ha tenido el efecto deseado. Tampoco parece clara la postura contraria puesto que las políticas llevadas desde hace 50 años por los Países Bajos les ha situado a un nivel de consumo prácticamente similar a los de los países de su entorno, un dato que corrobora la tendencia marcada de una parte de la población al consumo reiterado.

El cannabis fue la sustancia notificada con más frecuencia por la red Euro-DEN Plus en 2019. El 26% de las visitas a urgencias, por toxicidad aguda, en los 23 hospitales de la red en 17 países estuvo relacionada con el cannabis, normalmente en combinación con otras sustancias. Italia, Francia y España están a la cabeza de Europa en consumidores que acuden por primera vez a tratamiento por consumo de cannabis como droga principal, un dato que hay que tomar con cautela cuando se habla de drogas que causan menos daño a la salud aunque su perjuicio en cuanto a adicción esté por debajo de drogas legales como el alcohol o el tabaco⁹¹, que generan más morbilidad, mortalidad y gasto social que todas las demás⁹² y de las que se ha probado científicamente su alto grado de dependencia y toxicidad⁹³.

En Europa se detectaron más de 400 sustancias psicoactivas nuevas en el mercado de la droga en 2019 y el mismo año se notificaron en la Unión Europea 1,5 millones de infracciones de la legislación sobre drogas, la mayoría (82% o 1,2 millones), por consumo o por posesión para consumo personal. El cannabis representó tres cuartas partes de estas infracciones.

⁹¹ TEROL TOMÁS, A.: *op. cit.*, pág. 101. Los efectos negativos de las drogas tanto legales como ilegales está fuera de toda duda, por ello, esta autora (doctora y psiquiatra) apunta que los conceptos de drogas duras y blandas solo conduce a visiones dicotómicas y falsas de una realidad mucho más compleja que va más allá de la prevención de los problemas que induce la ingesta de sustancias adictivas, es decir, las que, al ingerirlas, causan trastornos de conducta ya que provocan cambios en el sistema nervioso central (SNC).

⁹² SOCIEDAD ANDALUZA DE MEDICINA FAMILIAR Y COMUNITARIA (SAMFyC): *Tabaquismo abordaje en Atención Primaria. Guía de práctica clínica*, AA.VV. (BARCHILÓN COHEN, V. Coord.), Granada, 2011, pág. 15. El tabaquismo es una enfermedad crónica, adictiva y recidivante reconocida como trastorno mental y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la OMS, y que es la primera causa evitable de morbilidad y mortalidad en el mundo desarrollado. El consumo de tabaco ha sido uno de los más importantes problemas de salud pública en los países desarrollados, y aún lo es en gran medida en los países en vías de desarrollo. El tabaquismo origina más muertes que el SIDA, el alcohol, las drogas ilegales y los accidentes de tráfico juntos.

⁹³ JIMÉNEZ MORIANO, O.: *op. cit.*, pág. 23 y 25.

La legislación europea construida sobre las convenciones de las Naciones Unidas tiene poco campo para actuar en lo relativo a suministrar cannabis para uso recreativo aunque se haya despenalizado, de iure, el uso y la posesión para uso personal en muchos países, con Portugal, que descriminalizó la posesión de drogas en el año 2000⁹⁴, y Chequia, que descriminalizó la tenencia de pequeñas cantidades desde el 1 de enero de 2010⁹⁵, a la vanguardia. Pero la brecha entre la legalización y la despenalización es todavía muy grande.

La puerta a la reforma no está completamente cerrada⁹⁶. Una de las iniciativas de la Estrategia sobre drogas de la Unión Europea para el periodo 2005-2012 fue el encargo de un informe sobre el mercado de droga como si fuera un mercado legal, con el resultado de que señalaba al refuerzo de la prohibición como el causante de daños sustanciales que podían haberse previsto, suponiendo un reto para los próximos diez años el encontrar una manera constructiva de lograr avances por medio de la regulación de los mercados del cannabis como han puesto en evidencia algunas administraciones locales y movimientos de base organizados que han puesto en marcha varias directrices sobre buenas prácticas acerca del cultivo colectivo de cannabis.

Señala la STS 484/2015, de 7 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3981), sobre la actividad de un club de cannabis, que “No ignora esta Sala el debate social y también político sobre la cuestión implicada tras el asunto que se examina. No es función de un Tribunal interferir en ese debate, que sobrepasa el ámbito nacional y en el que se contraponen posiciones y se barajan argumentos en favor y en contra de soluciones que propugnan mayor tolerancia en oposición a las estrategias prohibicionistas. Menos todavía es función suya la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado”.

Y añade: “Siendo muy generalizada y estando contrastada sanitariamente la convicción de que el consumo de drogas y estupefacientes es perjudicial para la salud pública, también de las llamadas drogas blandas, se arguye que podría ser más eficaz o arrojar en conjunto más réditos que perjuicios una política de mayor tolerancia acompañada de

⁹⁴ DOMOSTAWSKI, A.: *Políticas sobre drogas en Portugal. Beneficios de la descriminalización del consumo de drogas*, Open Society Foundations, Nueva York, 2011, pág. 28.

⁹⁵ STÖVER H. y PLENERT, M.: "Opciones políticas de control de drogas en relación con el tráfico y el consumo en Alemania y Europa", en AA.VV. (MATHIEU H. y NIÑO GUARNIZO, C. Editores): *De la represión a la regulación: propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Friedrich Ebert Stiftung (FES), Bogotá, 2013, pág. 353.

⁹⁶ BLICKMAN, T.: *op. cit.* pág. 2.

rigurosos controles y reglamentación, huyendo del prohibicionismo absoluto”. Al hilo de lo que ya comentaba Díez Ripollés en 1988.

Ya la anteriormente citada Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de la UE declaraba impunes estas conductas si se realizan con la intención de consumo personal.

La sentencia STS 484/2015, a la vista de esta norma, apela a la activación del mecanismo de la cuestión prejudicial para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un consumo asociativo concebido de manera tan amplia (la sentencia condena en casación la actividad de un club de cannabis absueltos en las dos instancias previas).

Y para ello se refiere a la no persecución en algunos miembros de la UE de supuestos asimilables (Países Bajos, significativamente) en determinadas circunstancias a causa y en base a un principio de oportunidad que rige en su proceso penal y a la forma de funcionamiento de su Fiscalía.

Se refiere esta sentencia a la actividad que se desarrolla en los coffeeshops, establecimientos típicos de los Países Bajos, regulados en el art. 11 de la Dutch Opium Law en condiciones severas. El art. 2, párrafo 2 de la Decisión marco, sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 gramos de cannabis) que ha permitido incluso la apertura de un club social de cannabis con reglamentación muy estricta. Las reglas e instrucciones previstas en la Opium Law deben ser respetadas. El suministro y la producción, son perseguibles en todo caso.

En Uruguay la Ley nº 19.972 regula la producción, distribución y venta de cannabis. Se tolera su plantación, cultivo y cosecha doméstica, entre otros fines, para el consumo personal o compartido. Como tal se entiende el cultivo de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta un máximo de 480 gramos. Queda igualmente legitimada la plantación, cultivo y cosecha de plantas por clubes de membresía, que funcionarán bajo control del denominado Instituto de Regulación y Control del Cannabis. Deben estar autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación y en las condiciones definidas reglamentariamente. El número de socios no puede sobrepasar los cuarenta y cinco. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de recolección un máximo de acopio proporcional al número de socios y conforme

a la cantidad que se estableciere para el consumo no medicinal de dicha sustancia -40 gramos mensuales por usuario-.

Cuatro Estados de Estados Unidos -Colorado, Washington, Oregón y Alaska- han legalizado el uso recreativo de la marihuana, apuntando que otros veinte lo habían hecho, desde 1996, para exclusivo uso medicinal. Las normas respectivas presentan diferencias: Coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En Oregón (donde la normativa entró en vigor en julio de 2015) se permite el cultivo de 4 plantas y la tenencia para el consumo personal de hasta 8 onzas (1 onza son 28,3495231 gramos). Además, se exige licencia para la producción, tratamiento y venta de marihuana. Este tipo de autorización específica se impone también en el Estado de Colorado, donde el número de plantas que se pueden cultivar se eleva a seis. Una onza es la cantidad máxima que se puede portar o entregar gratuitamente a un tercero (siempre que sea mayor de 21 años).

En todo caso la distribución y venta ilegal de marihuana sigue conformando un delito federal de acuerdo con la Controlled Substances Act (CSA). El Departamento de Justicia publicó el 29 de agosto de 2013 una guía dirigida a los Fiscales Federales en la que se incluyen los criterios a seguir ante esta realidad, confiando en que los controles establecidos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.

A mediados de los 90, los activistas pro cannabis en España desarrollaron una manera de sortear las restricciones para el cultivo del cannabis para uso personal y comenzaron a comprometerse en el cultivo colectivo de cannabis. Este modelo conocido como Clubes Sociales de Cannabis pronto fue copiado por varios países europeos en la idea de que el modelo era conforme con las convenciones de Naciones Unidas sobre control de drogas. Ese modelo es ahora frecuentemente mencionado en los debates sobre la reforma en las políticas sobre drogas.

Estas conductas de autoorganización del consumo se caracterizan por desvincular el consumo de droga de la oferta ilícita mediante la gestión por los propios consumidores del ciclo completo de producción y distribución, cumpliendo el objetivo primordial de la legislación administrativa específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de controlar y limitar la oferta, lo que impedirá una difusión indiscriminada de la droga mediante su distribución entre grupos de personas identificadas, garantizando un consumo controlado (se evita acudir al circuito ilegal y al contacto con la delincuencia habitual) y responsable

mediante el aseguramiento de la calidad de la sustancia, la prevención del consumo abusivo y su realización en un contexto socialmente normalizado⁹⁷.

Después de 100 años de control internacional de drogas y medio siglo de las Convenciones de las Naciones Unidas, las paradojas, inconsistencias, ambigüedades y tensiones inherentes a ellas se merecen una re-evaluación seria⁹⁸.

V. CONCLUSIONES

Las drogas siempre han estado presentes en nuestro entorno. Hoy en día, vivimos en una sociedad en la que es relativamente fácil obtenerlas. Las causas que empujan a su consumo son muy diversas y complejas, y han ido aumentando a medida que aumentaba también la complejidad de la sociedad moderna y empeoraban las condiciones de vida.

He comenzado este trabajo contextualizando la situación actual de las mismas en relación con el Derecho penal español. El análisis de Derecho penal comparado me ha permitido poner de manifiesto la diversidad de las penas que las rodean, cuya gravedad depende de cada país, siendo sorprendente las variaciones en las mismas muy especialmente en Francia, que tiene una de las reglamentaciones más duras en cuanto a la posesión de drogas, pudiendo ser condenado el delincuente al pago de una multa alcanza 7 millones y medio de euros. En contraste, la pena de multa máxima en España es de 30.000 euros.

El cannabis (*cannabis sativa*) ha sido uno de los ejes principales en torno a los cuales ha girado mi investigación, toda vez que, de existir una despenalización en relación con ciertas sustancias, sin duda esta sería la primera, al ser la protagonista en la actualidad de un encendido debate social y de una jurisprudencia altamente contradictoria, lo que evidencia la división existente no solo en el seno de la sociedad, sino también en el poder judicial.

El artículo 368 en su redacción actual, entendido como la voluntad de combatir ciertas sustancias de manera represiva, no funciona del todo (aunque es comprensible). No son pocos los países que están buscando otras maneras de enfrentar este fenómeno, especialmente teniendo en cuenta la facultad social, económica y judicial de la guerra abierta contra el narcotráfico. ¿Podríamos estar avanzando hacia un proceso de descriminalización de algunas de las conductas tipificadas como delito en la actualidad? Entre tanto, autores como Díez

⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J: *op.cit.*, págs. 68-77.

⁹⁸ BEWLEY-TAYLOR, D. y JELSMA, M.: *op.cit.*, pág. 18.

Ripollés y Muñoz Sánchez proponen alternativas como la organización autónoma del consumo de drogas, puesto en marcha por países como Uruguay. Naciones tan importantes como Canadá y algunos de los estados de EE. UU. también parecen estar avanzando hacia una regularización del mercado de cannabis, y en los Países Bajos está en marcha un proyecto en este sentido. Lo cierto es que estas políticas, que alejan a los drogodependientes del mercado ilegal y de la marginalidad proporcionándoles establecimientos para el consumo que cuentan con condiciones idóneas de higiene, dejan un saldo positivo a nivel social. Al evitar que se consuma cannabis en las calles, se evita también su propagación y el daño a la salud de terceras personas que, muy razonablemente, no deseen ni oler el humo de quienes sí fuman. Esto, considero, no solo no daña, sino que ayuda a proteger el bien jurídico que el Derecho penal pretende amparar, que, en última instancia, no es otro que la salud pública.

La desaparición del mercado ilegal por innecesario, el alivio para el sistema judicial, el fin de la estigmatización de los consumidores y la minimización de los riesgos para la salud son solo algunos de los argumentos adicionales que apoyarían una propuesta de *lege ferenda* orientada a adaptar el Derecho penal a una realidad social⁹⁹ en la que, en un año normal, más de dos millones de españoles hacen uso del cannabis. Una propuesta de *lege ferenda* que se apoyaría, además, en textos legales distintos al Código Penal, puesto que, recordemos, el mismo no describe las sustancias tóxicas prohibidas como tales, de manera que o bien el propio Código Penal debería modificar su artículo 368 para excluir solamente el cannabis (opción improbable por su elevada especificidad), o bien debería cambiarse en el mínimo indispensable su redacción para excluir lo que a partir de la reforma los textos legales a los que se remitirá para definir las sustancias prohibidas considerarán digno de tal nombre (en ningún caso el cannabis). Abogo, en consecuencia, por el abandono de la política prohibicionista en lo que concierne específicamente al mismo (y no a otras drogas, que requerirían su propio análisis individualizado y en profundidad) y por avanzar hacia su plena legalización, de manera que ciertas acciones actualmente prohibidas en el Código Penal en relación con el mismo dejen de estarlo, siempre previo dictamen de los principales expertos en la materia y en base a una posición realista. No olvido en ningún momento que el cannabis, a pesar de su uso terapéutico, es una droga cuyo abuso puede conllevar trastornos físicos y psíquicos, de manera que debe hallarse el equilibrio idóneo entre la protección de un bien

⁹⁹ ARANA, X.: *op.cit.*, pág.9.

jurídico tan trascendental como la salud pública y la libertad, siendo para ello necesario, considero, que el legislador se replantee la solución ofrecida al problema de las drogas¹⁰⁰.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.: *Salud pública y drogas tóxicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ARMENTA, A., JELSMA, M., METAAL, P.: "Drogas ilegales: la búsqueda del equilibrio", en AA.VV. (FRERES, C., SANAHUJA, J.A. Coords.): *América Latina y la Unión Europea. Estrategias para una asociación necesaria*, 1.ª ed., Ed. Icaria, Barcelona, 2006, pág. 453-472.

BELTRÁN CATALÁ, D.: "Derecho a la libertad: penalización del consumo o legalización de las drogas", en *Eguzkilore*, núm. 6, 1992, pág. 79-90.

BRETONES ALCARAZ, F.J.: *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020.

CID MOLINÉ, J.: "El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: Alternativas a la pena de prisión", en AA.VV. (LARRAURI PIJOAN, E., Dir.), *Política criminal*, CGPJ, Madrid, 1999, pág.119-148.

CIMAS GIMÉNEZ, M.C.: "Delitos relativos al narcotráfico. Visión general", en AA.VV. (CIMAS GIMÉNEZ, M.C., Dir.): *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Manuales de Formación Continuada 37, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 13-22.

CRUZ BLANCA, M.J.: "Drogas y menores de edad", en AA.VV. (MORILLAS CUEVAS, L.: Coord.): *Estudios Jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dyckinson, Madrid, 2003, pág. 379-405.

DE CHOISEUL-PRASLIN, C.H.: "El papel de la represión sobre el mercado de las drogas", en AA.VV. (PANTOJA, L. y GURIDI, L., Dir.): *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pág.67-82.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pág. 347-400.

¹⁰⁰ ACALE SÁNCHEZ, M.: *op. cit.*, pág. 16.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. Y MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: “Licitud de la autoorganización del consumo de drogas”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 75, 2012, pág. 49-77.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M.: “El delito de tráfico de drogas: las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal”, en AA.VV. (MORILLAS CUEVAS, L. Coord.): *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 231-274.

DOMOSTAWSKI, A.: *Políticas sobre drogas en Portugal. Beneficios de la descriminalización del consumo de drogas*, Open Society Foundations, Nueva York, 2011.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: "Los supuestos de atipicidad", en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Dir.): *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 65-113.

ESCOHOTADO ESPINOSA, A., “Historia y sociología de las drogas”, en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 123-138.

- “Conjeturas y experiencias”, en AA.VV. (PANTOJA, L. y GURIDI, L., Dir.): *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, pág. 165-172.

ESQUINAS VALVERDE, P: “Las legislaciones penales sobre tráfico de drogas vigentes en Alemania, Austria y Suiza”, en AA.VV. (MORILLAS CUEVA, L., Coord.): *Estudios Jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág 437- 469.

GONZÁLEZ ZORRILLAS, C.: "Política(s) criminal(es) en materia de drogas (Prohibicionismo versus reducción de daños), en AA.VV. (LARRAURI PIJOAN, E., Dir.): *Política criminal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 233-295.

JIMÉNEZ MORIANO, O.: *El delito de tráfico ilegal de drogas en España*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1999.

LEGANÉS GÓMEZ, S. y ORTOLÁ BOTELLA, M.E.: *Criminología. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARAVÉR GÓMEZ, M.: "La doctrina del consumo compartido en el delito de tráfico de drogas", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2019, pág. 1-58.

MARTÍN PARDO, A.: "Derecho administrativo sancionador y consumo de cannabis: una exposición crítica al hilo de las últimas reformas legales en la materia", en *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2017, pág. 73-91.

MOLINA PÉREZ, T.: "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas", en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII, 2005, pág. 93-116.

MONTERO LA RUBIA, F.J.: *Delitos contra la salud pública*. Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: "La relevancia penal de los clubes de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-22, 2015, pág. 1-50.

NUÑEZ PAZ, M.A. y GUILLÉN LÓPEZ, G.: "Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código Penal", en *Revista Penal*, núm. 22, 2008, pág. 80-108.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., "Tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis y 370)", en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Directores): *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 419-127.

- "El tipo básico", en AA.VV. (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. Dir.): *El delito de tráfico de drogas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 21-65.

REY HUIDOBRO, L.F.: "La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en materia de tráfico de drogas", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2010, pág. 149-164.

- *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ROMÁN GOBERNADO, B.E.: "Delitos contra la salud pública. Convenios internacionales", en AA.VV. (CIMÁS GIMÉNEZ, M.C., Dir.): *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Manuales de Formación Continuada 37, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 217- 279.

SÁNCHEZ MELGAR, J.: "La reforma penal en el delito de narcotráfico: elementos jurídicos y su configuración en la jurisprudencia. Nuevas perspectivas de cambio", en AA.VV. (CIMÁS GIMÉNEZ, M.C., Dir.): *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, Manuales de Formación Continuada 37, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 23-106.

SERRANO, M.: "Control de drogas, seguridad y derechos humanos", en AA.VV. (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., Coord.): *Democracia y Seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pág 343-370.

STÖVER H. y PLENERT, M.: "Opciones políticas de control de drogas en relación con el tráfico y el consumo en Alemania y Europa", en AA.VV. (MATHIEU H. y NIÑO GUARNIZO, C. Editores): *De la represión a la regulación: propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Friedrich Ebert Stiftung (FES), Bogotá, 2013, pág. 303-386.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Drogas y derecho penal", en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 171-210.

TEROL TOMÁS, A.: "Efectos de las drogas sobre el cerebro: patologías derivadas. Bases neurobiológicas de la adicción", en AA.VV. (IBÁÑEZ SOLAZ, M.F. Dir.): *Drogodependencia y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 31-110.

TORRES FERNÁNDEZ M.E.: "La eximente de miedo insuperable del artículo 20.6ª del Código Penal en delitos de tráfico de drogas", en AA.VV. (MORILLAS CUEVAS, L., coord.): *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 275-335.

VII. JURISPRUDENCIA

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 20 de diciembre de 1983 (rec. núm. 354/1983). ECLI: ES: TS: 1983:354.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 22 de mayo de 1989 (rec. núm. 936/1986). ECLI: ES: TS: 1989:3102.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 6 de febrero de 1990 (rec. núm. 41/1986). ECLI: ES:TS: 1990: 957.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 25 de marzo de 1993 (rec. núm. 131/1990). ECLI: ES: TS: 1993:15688.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 25 de marzo de 1993 (rec. núm. 572/1990). ECLI: ES: TS: 1993:15814.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 17 de marzo de 1994 (rec. núm. 3344/1992). ECLI: ES: TS: 1994:1813.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 28 de octubre de 1996 (rec. núm. 519/1996). ECLI: ES: TS: 1996:5920.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 25 de noviembre de 1996 (rec. núm. 2969/1995). ECLI: ES: TS: 1996:6646.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 25 de noviembre de 1996 (rec. núm. 535/1996). ECLI: ES: TS: 1996:6653.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 22 de octubre de 1997 (rec. núm. 1479/1996). ECLI: ES: TS: 1997:6268.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 27 de marzo de 2002 (rec. núm. 1278/2000). ECLI: ES: TS: 2002:2247.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 24 de julio de 2002 (rec. núm. 882/2001). ECLI: ES: TS: 2002:5677.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 17 de febrero de 2003 (rec. núm. 81/2002). ECLI: ES: TS: 2003:1000.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 21 de junio de 2003 (rec. núm. 423/2002). ECLI: ES: TS: 2003:4335.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 23 de julio de 2003 (rec. núm. 1333/2002). ECLI: ES: TS: 2003:5315.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 28 de enero de 2004 (rec. núm. 3011/2001). ECLI: ES: TS: 2004:399.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 10 de febrero de 2004 (rec. núm. 1378/2002). ECLI: ES: TS: 2004:816.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 20 de febrero de 2004 (rec. núm. 976/2003). ECLI: ES: TS: 2004:1128.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 4 de julio de 2007 (rec. núm. 563/2007). ECLI: ES: TS: 2007:4534.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 20 de abril de 2011 (rec. núm. 2183/2010). ECLI: ES: TS: 2011:2164.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 4 de noviembre 2013 (rec. núm. 528/2013). ECLI: ES: TS: 2013:5455.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 12 de diciembre de 2013 (rec. núm. 534/2013). ECLI: ES: TS: 2013:6198.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 10 de junio de 2015 (rec. núm. 2261/2014). ECLI:ES:TS:2015:2595.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 7 de septiembre de 2015 (rec. núm. 1765/2014). ECLI: ES:TS:2015:3981.

STS (Sala Segunda de lo Penal) de 5 de octubre de 2015 (rec. núm. 755/2015). ECLI: ES:TS:2015:4902.

STS (Sala de lo Penal) de 27 de marzo de 2017 (rec. núm. 1232/2016). ECLI: ES:TS:2017/1069.

STS (Sala de lo Penal) de 8 de julio de 2020 (rec. núm. 4006/2018). ECLI: ES:TS:2020:2833.

STC (Sala Primera) de 13 de febrero de 1996. ECLI:ES:TC:1996:24.