

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2013 / 2014
Convocatoria: Julio

Análisis del tipo atenuado de tráfico de drogas del artículo 368.2 del Código Penal

Realizado por el alumno Natacha Gomes De Jesús

Tutorizado por el Profesor **José Ulises Hernández Plasencia**

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

Resumen

El nuevo precepto del art. 368.2 del Código Penal, aporta importantes modificaciones a nuestro Ordenamiento Jurídico, permite la aplicación de un tipo atenuado que venía demandando la sociedad, aportando significativos resultados. Es innegable la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en nuestra sociedad, siendo en este punto, donde el legislador debe dar respuestas más acordes con la realidad que vivimos.

Es necesario analizar un sistema político criminal con penas menos restrictivas, proyectando un enfoque reparador y no sancionador. Deben analizarse de forma separada, y darle un tratamiento legal diferenciador. Continúan ilustrándonos acerca del aumento permanente de detenidos, incautaciones, incremento de consumo, sin dotar al Ordenamiento Jurídico de medidas efectivas que puedan significar un cambio.

La insatisfacción que produce el examen de la situación anterior, ha llevado a reclamar un cambio sustancial en la política criminal en materia de drogas, esta modificación del art. 368.2 del Código Penal, es un primer paso que busca romper con la situación prohibicionista de estas sustancias y racionalizar, normalizar, el trato con las drogas.

Abstract

The new provision of Art. 368.2 of the Criminal Code provides important changes to our legal system, allows the implementation of a dimmed kind, that had been demanding society, providing significant results.

It is undeniable the presence of toxic drugs, narcotics or psychotropic substances in our society, being at this point, where the legislator should give more consistent responses to the reality we live. It is necessary to analyze a criminal political system with less restrictive penalties, projecting a peaceful and non-punitive approach. Should be analyzed separately, and give it a distinctive legal treatment.

They continue enlightening us about the permanent increase arrested, seizures, an increase of consumption, without providing the legal system of effective measures that can bring a change. The dissatisfaction that produces consideration of the above situation, has led to calls for a radical change in the criminal drug policy. This modification of art. 368.2 of the Criminal Code, is a first step that seeks to break the prohibitionist status of these substances and rationalize, standardize, treatment with drugs.

Índice

1. Introducción	5
2. Artículo 368 segundo párrafo modificado por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	7
2.3. Requisitos	8
2.3.1 Escasa entidad del hecho	9
2.3.2. Circunstancias personales del culpable	11
3. Límites respecto a los art. 369. bis y 370 del Código Penal	13
4. Carácter retroactivo de la reforma del art. 368.2 del Código Penal	14
5. Aplicación jurisprudencial art. 368.2 del Código Penal	16
6. Límites mínimos de tipicidad	18
6.1 Autoconsumo	18
6.2 Consumo compartido	20
6.3 Dosis psicoactivas	23
6.3 Infracción administrativa	24
7. Propuesta final sobre la despenalización de los actos de cultivo, elaboración y promoción de la sustancia psicotrópica Cannabis	25
7.1 Modelo político	26
7.2 Fracaso del modelo	27
7.3 Justificación	28
8. Conclusiones	29
9. Bibliografía	31

1. Introducción

Las reformas penales pueden responder a desiguales motivos por parte del legislador, algunos determinados por la adecuación legislativa a la realidad y a la petición social, incorporando, actualizando, o haciendo desaparecer conductas incluidas en el catálogo de delitos. En otras situaciones el legislador recoge la opinión de Jueces y Magistrados, encargados de interpretar y aplicar las leyes, es el caso del artículo 368.2 del código penal, en lo sucesivo art. 368.2 del CP. Se acoge a lo establecido por la doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo, que estimó oportuna la proposición de modificación de este precepto penal.

Permite la introducción de una cláusula de carácter elástico, atenuando la rigurosidad con la que eran castigados determinados hechos que encontraban su fundamento en el antiguo art. 368 del CP. Hace posible la entrada de un escalón entre los tres años a los nueve años de prisión previstos para el castigo del tráfico de drogas, moderando de una forma significativa el rigor desplegado hasta dicha reforma, aportando al juzgador la posibilidad de aplicación de penas más leves para los supuestos de menor relevancia, que se adecuen a los requisitos exigidos por el legislador. Responde a la necesidad de permitir a los Tribunales de Justicia dar una respuesta más adecuada conforme al principio de culpabilidad y proporcionalidad.

Adaptar nuestra legislación a los reclamos de la sociedad variará en función del tipo de necesidad, diferenciando entre procesos breves y de resolución inmediata y otros cuyo debate se extiende en el tiempo, generando procesos largos y dificultosos, como es el caso del consumo de estupefacientes. Citamos como ejemplo de lo anteriormente mencionado el vigente artículo 368 redactado por el apartado centésimo cuarto del artículo único de L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, trascurriendo entre ambas un periodo de 15 años.

No podemos obviar el hecho de que nuestra sociedad ya está completamente contaminada por el tráfico y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias

psicotrópicas; la respuesta lógica desde esta primera afirmación, es la necesidad ya mencionada, de adaptar nuestro Ordenamiento Jurídico a una política criminal más sensata y tendente a regular un consumo controlado que resulte más seguro, proporcionando un entorno de consumo seguro y de mayor fiabilidad que suponga un mayor control, evitando problemas sanitarios, aportando mayores garantías en cuanto al consumo.

Debemos analizar si las políticas prohibitivas, enfocadas a penas más restrictivas de libertad, han logrado un avance en nuestra sociedad, disminuyendo el consumo, y obteniendo como consecuencia jurídica mejores resultados en cuanto a la protección del bien jurídico protegido, la salud pública.

El principal objetivo de este trabajo de investigación, es analizar el presente art. 368.2 CP, en base a su interpretación, poder determinar el grado de satisfacción de esta reforma, que permite modular el reproche penal con mayor grado de acierto, aproximándolo a una realidad social, que demanda un tratamiento diferenciado para cada caso en concreto, diferenciando cada conducta en base a las circunstancias que le envuelven.

Respondiendo al precepto legal contenido en el art.368.2º C.P. proponemos para finalizar este proyecto la futura implantación en nuestro país, de la despenalización controlada de los actos de cultivo, elaboración y promoción de la sustancia psicotrópica Cannabis.

2. Artículo 368.2 modificado por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La L.O. 5/2010 presenta significativas reformas para nuestro sistema penal, ejemplo de esto es la modificación del art. 368 CP. En virtud de este precepto, posibilita a los Tribunales a imponer la pena inferior en grado. Para dicha aplicación se requiere la existencia de dos requisitos que el legislador estimó oportunos, a los cuales me referiré más adelante. Resulta interesante señalar que cualquier sistema de justicia penal debe respetar los derechos fundamentales del culpable, aportando castigos en base a penas proporcionales a la infracción cometida.

El derecho es ponderación y medida, radicando su importancia en la esfera del derecho penal, ya que incide directamente en la libertad individual, privar a un sujeto de su libertad es un hecho que debe estar jurídicamente motivado, el castigo debe ser proporcional al delito cometido y las consecuencias que produce en la sociedad, deberán vulnerar el bien jurídico protegido.

Este nuevo precepto fue una propuesta recogida por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II de 25 de Octubre de 2005, por el que se modifica el art. 368.2º CP, que establece :

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369bis y 370».

Con la introducción de este tipo atenuado se está dotando a los operadores jurídicos de una herramienta que le permite aplicar el precepto penal a cada caso en concreto y no castigando con rigurosidad aquellos sujetos que carecen de culpabilidad, ya sea por su conducta como drogodependiente o bien de forma proporcional por la escasa cantidad del hecho. Permite a los tribunales imponer la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero, en consideración a la poca entidad del ilícito penal y a las circunstancias personales del reo. Facilita a los Jueces y Tribunales un elemento

valioso, que permite según cada caso en concreto la aplicación de este tipo atenuado en base al principio de proporcionalidad y de culpabilidad. De esta forma podemos decir: se aplican penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas según las circunstancias¹.

Es relevante destacar el ámbito discrecional en base a lo señalado por dicho precepto, determinar el carácter discrecional que se le atribuye al juzgador, la posibilidad de imponer este tipo atenuado según concurren las circunstancias exigidas en el propio precepto, podemos indicar que no es un tipo ex lege, de tal manera que según cada caso en concreto los Tribunales tendrán que interpretar si se ajusta a lo señalado por el art. 368.2 CP².

2.1. Requisitos

Para la aplicación de este tipo atenuado se requiere la presencia de dos circunstancias que refleja el precepto legal³, es importante señalar que se trata de un ejercicio de discrecionalidad reglada, debiendo estar debidamente motivado en la resolución judicial, al tratarse de un aspecto discrecional, la justificación y motivación de la sentencia realzan su importancia, en caso contrario podríamos encontrarnos con una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que como sabemos se encuentra regulado en el art. 24.1 de nuestra Constitución Española⁴. No obstante de lo anteriormente indicado, las garantías de un proceso penal permite el control en casación, por la vía de la infracción de ley en base al art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵.

¹ STS núm. 32/2011 de 25 de Enero. La primera sentencia en aplicar este nuevo tipo privilegiado, la cual establece: "...ofrecimiento en venta por el condenado a funcionarios policiales de paisano de sustancias estupefácientes, en concreto, se le ocupó en posesión de 0'650 gramos de cocaína con una concentración del 14'4 % y de once pastillas de 2-CB (feniletilamina, diseñada a partir de la mezcalina), que igualmente tenía destinadas a la venta, sustancias que han sido valoradas en 56'94 euros....".

² García Joaquín Giménez, Personas jurídicas y tráfico de drogas, pág. 286

³ STS 5112/2011 "*...podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho -lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad- y a las circunstancias personales del autor - que nos reconduce al área de la culpabilidad...*"

⁴ SAP 646/2011 de 16 de junio de 2011

⁵ Sequeros Sazatornil Fernando, La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código Penal de 2010, Diario La Ley, Nº 7534, 23 de diciembre, 2010.

Es tarea por parte del juzgador, analizar si concurren ambos requisitos, debido al fuerte impacto que ha producido esta introducción del segundo párrafo del art. 368 CP, implica en cierta medida un abuso de su implantación, con esto me refiero a la pretensión por parte de abogados en el ejercicio de su defensa, al intentar incluir los actos de su defendido dentro del marco legal del tipo atenuado. Por tal motivo Jueces y Magistrados deben analizar la presencia de estos requisitos para la correcta aplicación del tipo atenuado.

Con este tipo atenuado se mejora la proporcionalidad ampliando el arbitrio judicial, cada enjuiciamiento es una actividad individualizada, el principio de proporcionalidad debe estar presente en todo proceso penal, así se desprende de varias sentencias, entre ellas STS 827/2010 de 22 de junio. Principio que es reconocido a nivel internacional, según establece el art. II-109 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que nos indica la gran relevancia que presenta este principio en cuanto a un proceso penal se refiere⁶.

La primera sentencia en aplicar el tipo atenuado (STS 32/2011 de 25 de enero), tiene en cuenta estos dos requisitos, los hechos ocurridos encajan dentro de lo establecido por el art. 368.2 CP, consideran que se está en presencia de un vendedor de papelinas que en todo caso constituye el último eslabón de la venta al menudeo, un sujeto que en base a sus antecedentes puede acreditarse que es adicto al consumo de drogas, de tal manera que los Jueces consideran que los hechos ocurridos y las circunstancias del culpable encajan en el tipo atenuado, al tener en cuenta la escasa gravedad del hecho y la menor culpabilidad del culpable⁷.

2.2.1 Escasa entidad del hecho

En primer lugar tenemos la escasa entidad del hecho⁸, en este sentido pueden encuadrarse en función de los medios, modos o formas con que lo realizó y también las

⁶ Artículo II-109 "...La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción".

⁷ García Joaquín Giménez, Personas jurídicas y tráfico de drogas, pág. 290

⁸ STS 51/2011 de 11 de Febrero. Según la cual: "cinco "papelinas" de heroína, con un peso neto total de 1'8 gramos último eslabón en la cadena de venta de droga "al menudeo" "un hecho de escasa relevancia, ya que se trata de la posesión de tan sólo cinco "papelinas" de heroína, con un peso neto total de 1'8 gramos y cuyo valor económico no ha sido establecido..."

circunstancias de todo tipo concurrentes. Por ejemplo si la droga encontrada es de escasa cantidad o es para el autoconsumo, ya que los tribunales la consideran insignificante⁹. Este requisito encuentra su justificación jurídica en la menor antijuridicidad del hecho, y por tanto, escasa entidad del hecho, de tal manera que el bien jurídico protegido, la salud pública, no se ve gravemente afectado.

La importancia de este requisito se ve reflejada en varias sentencias, dotándole de prioridad frente al segundo requisito, las circunstancias personales del culpable, los Jueces y Tribunales consideran como clave principal la escasa entidad del hecho porque incide de forma directa con el bien jurídico protegido, al tratarse de cantidades insignificantes y por lo tanto ser considerados el último eslabón, su incidencia en la sociedad refleja un menor impacto y por ende menor daño a la salud pública. Es por este motivo que una vez considerado la no existencia de este requisito, queda cancelada la posibilidad de aplicar el tipo atenuado.

En este punto puedo indicar la razonable importancia que Jueces y Tribunales atribuyen a dicho requisito, ya que de la escasa cantidad del hecho depende su impacto en la sociedad, no podemos equiparar al traficante de drogas, que trafica con cantidades significantes según Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2001, con el último eslabón en la cadena de venta de droga "al menudeo", este sujeto por norma general acude al tráfico de drogas para autofinanciarse su propio consumo, el daño que ocasiona este sujeto en la sociedad se ve considerablemente reducido. Este precepto penal busca proteger la salud pública, de tal manera que puedo decir según lo reflejado en numerosas sentencias (citadas a lo largo de este trabajo), que estos hechos no lesionan de forma considerable el bien jurídico protegido¹⁰.

La escasa entidad del hecho, al estar conectada con el principio de insignificancia, tiene en cuenta la cantidad de droga y su calidad, debe tratarse de cantidades superiores de los mínimos psicoactivos, a los cuales me referiré más adelante; de esta forma se establece que deberán ser cantidades superiores a:

⁹ STS de 14 de mayo de 1990, ha fijado el consumo medio diario de cocaína en un gramo y medio, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología.

¹⁰ STS núm. 191/2014 de 10 marzo.

- 50 miligramos de cocaína
- 1 miligramo de heroína
- 10 gramos de hachís
- 20 miligramos de LSD
- 20 miligramos de MDMA ó 2 miligramos de morfina.

Este requisito es esencial para poder aplicar el tipo atenuado, ya que en base al mismo podemos determinar la menor incidencia el daño que pueda ocasionar al bien jurídico protegido.

2.2.3 Las circunstancias personales del culpable

En este sentido debe analizarse la conducta criminal y las situaciones personales que envuelven al sujeto, para poder efectuar la individualización penológica. En virtud de lo expresado anteriormente deben analizarse todas las situaciones que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, es decir que se tendrán en consideración datos relevantes, tales como la edad, formación intelectual y cultural, actividades profesionales que desempeñe el individuo, así como también el entorno familiar y social en que se desarrolla. Con este criterio Jueces y Tribunales pueden determinar en cierta medida, la inclusión del individuo en la sociedad, cuales son las posibilidades que el sujeto se integre a la sociedad, esto debe ser valorado en base a datos personales, así como los motivos que le han llevado a cometer el ilícito penal.

Todas estas circunstancias deben ser valoradas teniendo en cuenta la menor o mayor gravedad del hecho¹¹. Estas circunstancias deben ser distintas a las que establece el art. 21 del Código Penal, el cual regula las causas que atenúan la responsabilidad criminal.

Es una tarea individualizada por parte del juzgador, que debe tener en cuenta las circunstancias del culpable.

Esta reforma ofrece la posibilidad, según las circunstancias del culpable, de evitar la pena privativa de libertad mínima de tres años que establecía el art. 368 del CP. Una pena que es posible llegar a considerar desproporcionada para casos concretos, por

¹¹ STS 927/2004, de 14 de julio.

ejemplo el drogodependiente, cuando aparecen las señales del síndrome de dependencia, la prioridad para el sujeto es el consumo de drogas. El sujeto experimenta un conjunto de manifestaciones fisiológicas, comportamentales y cognitivas, donde la prioridad para el sujeto es el consumo de drogas, esta experiencia refleja en el individuo menor control de sus comportamientos, ya que al ser la máxima prioridad el consumo de drogas tóxicas, realiza cualquier acto que le permita llevar a cabo dicho consumo¹².

La presencia de estas dos circunstancias, gravedad del hecho y las circunstancias personales del culpable no son determinantes para la aplicación de este precepto, esto resulta fundamental, ya que en muchas ocasiones el sujeto alega alguna de estas situaciones, siendo muy habitual este segundo requisito las circunstancias personales del culpable.

Este requisito juega un papel secundario en el art. 368.2 CP, en este sentido Jueces y Tribunales consideran como requisito esencial la escasa entidad del hecho, lo cual tiene su razón de ser, ya que no podemos olvidar que el bien jurídico protegido es la salud pública, en caso de existir cualquier tipo de circunstancia de carácter predominantemente subjetivo como el caso de los drogodependientes, ventas para autofinanciarse, no dedicarse de manera habitual a esta actividad, no son circunstancias que permitan la aplicación del tipo atenuado del 368.2 CP, de no existir el requisito de escasa entidad del hecho, de tal manera que podría considerarse lesionado el bien jurídico protegido¹³.

En el caso de los antecedentes penales, la carencia de los mismos no puede atribuir al sujeto un factor personal relevante, sino que se entiende como neutro, de tal manera que puede beneficiar al culpable en cuanto a no aplicar la agravante por reincidencia, o bien verse favorecido en el caso de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en base a lo regulado en el art. 80 del Código Penal. Pero en ninguna caso puede ser considerado una circunstancia personal que indique la aplicación del tipo atenuado.

¹² Suárez-Mira Rodríguez, Carlos, La Imputabilidad del Consumidor de Drogas, pág. 239

¹³ STS núm. 191/2014 de 10 marzo.

3. Límites respecto a los art. 369 bis y 370 del Código Penal

La modificación del art. 368.2 refleja límites en cuanto a la aplicación del tipo atenuado, para determinados preceptos penales, así se desprende de su redacción “*No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370*”.

Se excluye la aplicación de la pena inferior en grado cuando concurren alguna agravación de los mencionados art. 369 bis y 370. Situación que parece lógica, ya que permitiría rebajar la pena a un tipo agravado.

El legislador quiso establecer límites más restrictivos a conductas más gravosas. En este aspecto el precepto penal sufrió ligeros cambios, ya que Durante la tramitación parlamentaria de dicho Proyecto, se aceptó la enmienda nº 462 del Grupo Parlamentario Socialista, que estaba planteada en base al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005, dicha enmienda proponía la supresión de la referencia al art. 369 CP, por otra parte se excluyó del precepto el término “excepcionalmente” que podría haber supuesto serios problemas de interpretación y aplicación. De esta forma el actual precepto quedó redactando excluyendo la aplicación de este tipo atenuado cuando concurren las circunstancias del art. 369 bis y 370.

En base a la Doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Penal año Judicial 2010-2011, establece la siguiente compatibilidad y límites en cuanto a la aplicación del tipo atenuado del art. 368.2. La sentencia nº 344/2011 de 28 de abril de 2011, nos indica una propia regla de exclusión, en base a esto sólo se consideran excluidas aquellos casos en que el sujeto pertenece a una organización delictiva, regulado en el art 369 bis y los casos de utilización de menores de 18 años o disminuidos psíquicos, la condición de jefe, administrador o encargado de las organizaciones encaminadas a favorecer la comisión del delito o los supuestos de extrema gravedad, por su parte regulado en el art. 370.

Este límite no excluye el carácter discrecional del art. 368.2, ya que recordemos que este precepto establece un primer e indispensable requisito, la escasa entidad del

hecho, que nos proporciona como consecuencia jurídica una situación incompatible en los casos de notoria importancia, tipo agravado regulado en el art. 369.5.

Resulta interesante señalar la falta de sentido que puede tener constituir un tipo agravado por el daño que puede ocasionar a la salud pública, al ser considerada de notoria importancia la droga incautada; o el precepto regulado en el art. 369.4, cuando estas sustancias se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, personas más vulnerables en nuestro entorno social y que requieren de mayores mecanismos de protección, y al mismo tiempo regular la degradación de la pena, cuando ya se ha establecido la presencia de un tipo agravado.

La introducción de estos límites, considero que aportan una mayor seguridad jurídica, el tipo atenuado tiene su proyección en base a la proporcionalidad de los hechos y las circunstancias del culpable, no podría ser posible aplicar un tipo privilegiado a un sujeto que trafica con cantidades de notoria importancia o bien utilizando menores o disminuidos psíquicos para tal fin, estos últimos son personas vulnerables y deben regularse todos los mecánicos para su protección.

El tipo atenuado regulado en el art. 368.2 CP no puede ser compatible en ningún caso con situaciones ya consideradas por el legislador como agravantes.

4. Carácter retroactivo de la reforma del art. 368.2 CP

Su regulación está constituida en la disposición transitoria segunda de la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. La cual dispone “*Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial...*”

Según establece esta disposición transitoria pueden ser consideradas las sentencias firmes para la revisión de la pena impuesta, ciertamente es una situación que

beneficia al reo y deberán atenderse a todas las medidas posibles para hacer efectiva estas revisiones.¹⁴

No puede vulnerarse el derecho a una tutela judicial efectiva, en base al art. 24 CE, y así lo estiman oportuno los Jueces y Tribunales, que señalan la importancia de este aspecto de la reforma, la doctrina entiende que deberán ser revisadas todas aquellas sentencias en los casos que son considerados merecedores del tipo atenuado, debemos tener presente que se trata de la libertad del individuo, no parece razonable privarle de su libertad por unos hechos ocurridos que encajan dentro de un tipo atenuado, o castigarle con una pena más elevada.

Dichas sentencias deberán ser revisadas en casación, ya que así lo regula la LO. 5/2010, pero también nuestra Constitución, la tutela judicial efectiva es un derecho que no debe ser vulnerado, si existe una reforma que favorece la situación actual del reo, por un delito cometido que es actualmente considerado un tipo atenuado debemos proporcionar al reo la posibilidad de revisión, de esta forma se ajusta a lo regulado en el nuevo precepto, la aplicación de la ley más favorable no debe entender de momentos preclusivos.

La jurisprudencia muestra una actitud favorable a la revisión de estas sentencias. Entendiéndose que a pesar de su condición facultativa es un precepto legal y deben de cumplir con la norma, aún más al tratarse de situaciones que benefician al reo¹⁵.

El verdadero resultado de estas reformas es, con todo, el progresivo socavamiento de los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho, que ve cómo se incriminan comportamientos que poco o nada tienen que ver con el bien jurídico que se dice proteger.¹⁶

Nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de tráfico de drogas ha dado un importante paso hacia una legislación menos restrictiva, la revisión de estas sentencias cuenta con una garantía constitucional, deben ser revisadas y poder ajustar este nuevo

¹⁴ STS núm. 5112/2001 de 19 de julio.

¹⁵ Véase art. Doctrinal de Fernández Ros, Juan Francisco, La venta al por menor del adicto a las drogas para autofinanciarse, Noticias Jurídicas, abril, 2011.

¹⁶ De la Cuesta Arzamendi José Luis, La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal, pág. 32

tipo atenuado a todas aquellas merecedoras de su revisión, por ser considerados los hechos dentro del marco que indica el art. 368.2 CP.

5. Aplicación jurisprudencial art. 368.2 CP.

La aplicación de este nuevo tipo atenuado se esta realizando de forma considerable, a continuación expondré brevemente algunas de las sentencias que han aplicado este nuevo e interesante precepto penal:

STS 32/2011 de 25 de enero, como ya mencione anteriormente, es la primera sentencia que aplica el tipo atenuado regulado en el art. 368.2 CP, en este caso quedan comprobados los hechos que se ajustan al nuevo tipo atenuado, al tratarse de un vendedor de papelinas que constituye el último eslabón de la venta de drogas tóxicas, por otra parte queda acreditado la condición de adicto al consumo de drogas; se reúnen los dos requisitos que establece dicho precepto.

STS 168/2011 de 22 de marzo, de los hechos probados en esta sentencia se conoce que era una mujer que trabajaba en un club de alterne y facilitaba cocaína a sus clientes. En este caso prevalece la escasa entidad del hecho, al tratarse de 28 papelinas con un peso total de 11'346 gramos de cocaína con una concentración del 24'8%. Las circunstancias personales del sujeto se ven reflejadas en un entorno de prostitución y condiciones de trabajo que eran propensas a la realización del delito. Con la aplicación del tipo atenuado la pena impuesta fue de un año de prisión y seis meses y multa de 600 euros, frente a la condena de tres años de prisión que se le impuso en la instancia.

STS 241/2011 de 11 de abril, STS 242/2011 de 6 de abril, STS 420/2011 de 17 de mayo, en dichas sentencias el aspecto relevante es la escasa entidad del hecho, la aplicación del tipo atenuado es posible ya que se trata de cantidades insignificantes por ejemplo 3 gramos de cocaína con concentración del 36,22%, una papelina de cocaína de 0,51 gramos con concentración de 49,93%.

STS 1020/2013 de 27 de diciembre, aprecia los dos requisitos exigidos por el art. 368.2 CP, siendo aplicable el tipo atenuado, la pena impuesta es de un año y diez meses, se tiene en cuenta principalmente la escasa entidad del hecho. De la sentencia se

puede extraer principalmente que la cantidad de droga es un hecho probado, por lo tanto no se discute, sino el destino de la misma, en este caso son catorce envoltorios de cocaína (0,446 gr. con riqueza del 67%), lo que se cree es para la venta plural de esta droga, que considero esta bastante justificado, de lo contrario no sería necesario la división de la droga en dichos envoltorios.

Este caso resulta interesante desde el punto de vista que la pena impuesta en caso de aplicar el art. 368.2 sería de un año y seis meses, pero estiman oportuno una moderada elevación del mínimo, ya que a pesar de ser considerados ambos requisitos, la escasa entidad del hecho y las circunstancias del culpable, este último no puede ser considerado como tal, ya que la recurrente no identifica qué circunstancias personales o datos que abonen la levedad del hecho.

Por otra parte encontramos aquellos casos donde se estima son incompatibles con el tipo atenuado, ejemplo de ello:

STS 344/2011 de 28 de abril y STS 485/2011 de 25 de mayo. En estos casos no es posible la aplicación del tipo atenuado ya que no consta la escasa entidad del hecho, por ejemplo 100 pastillas de MDMA, de lo anteriormente expuesto resulta interesante recordar la importancia que constituye la escasa entidad del hecho, ya que a falta de este requisito no es posible la aplicación del tipo atenuado del art. 368.2 CP.

SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 6ª de 4 de diciembre de 2012 (núm. 547/2012), en este caso la defensa solicita la aplicación del art. 368.2 del CP con carácter subsidiario. Su argumento se basa en la carencia de antecedentes y la supuesta escasa entidad del hecho, una vez probados los hechos puede indicarse que no se trata de una escasa cantidad, fueron cuatro ventas aisladas de heroína, tampoco es posible apreciar como circunstancias personales la carencia de antecedentes. Los antecedentes como expuse anteriormente es una condición que beneficia al reo en el sentido de no aplicar la agravante por reincidencia, pero no es posible considerarla como una circunstancia personal que le llevo a cometer el ilícito penal.

Como consecuencia del delito cometido el culpable es castigado con una pena de tres años y nueve meses de prisión y multa de 150 euros con un día de responsabilidad

personal y subsidiaria para caso de impago,

SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 2ª de 3 de diciembre de 2013, de los hechos probados en dicha sentencia se desprende que los sujetos se dedican de forma regular al transporte de cocaína a gran escala, tampoco se aprecian circunstancias personales que puedan ser consideradas para la aplicación del tipo atenuado.

El carácter discrecional de este nuevo tipo atenuado de algunas de las sentencias anteriormente expuestas podemos observar que dependerá del criterio unificado. En este sentido pueden existir discrepancias entre las Audiencias Provinciales.

Este hecho no debe generar inseguridad jurídica, y es por tal motivo que cada sentencia debe estar debidamente motivada, pero sería idóneo dar un paso más en nuestro Ordenamiento Jurídico por ejemplo en base a un sistema menos prohibicionista y restrictivo de derechos.

6. Límites mínimos de tipicidad

6.1 Autoconsumo

Como ya sabemos el autoconsumo en nuestro Ordenamiento Jurídico es una figura atípica, pero en determinados casos, Jueces y Magistrados, se ven en la tarea de delimitar el carácter punitivo o no de una situación en concreto.

En los casos en que el sujeto tiene en su posesión drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, destinada para el autoconsumo de su poseedor, para considerar tal conducta como no delictiva, es preciso valorar ciertos factores, como por ejemplo cantidad de droga incautada, condición de consumidor; de tal manera que si la droga incautada es para el autoconsumo, se considera como una conducta atípica, así se desprende de diversas sentencias¹⁷.

El Tribunal Supremo se basa en el principio de insignificancia, de modo que el grave daño causado a la sociedad, desaparece en los supuestos de cantidades

¹⁷ Ejemplo de ello: STS núm. 5920/1996 de 28 de octubre y STS 9063/2000 de 11 de diciembre.

insignificantes y por lo tanto se aleja del tipo delictivo, con independencia de si se transmite gratuitamente o mediando precio.

Este tipo atenuado del art. 368.2 CP se ve en numerosas ocasiones rozando el límite con la conducta atípica del autoconsumo, los jueces se han visto en la tarea de delimitar cada situación, si de las pruebas aportadas durante el proceso no puede desprenderse la condición de consumidor, ya sea por carecer de datos suficientes o la inexistencia de las mismas, no podrá admitirse la degradación. No puede ser considerada una conducta atípica cuando la venta de determinadas drogas tóxicas es considerada una actividad habitual y continuada. Podrá ser considerada como una conducta atípica, si concurren las circunstancias de consumidor habitual o drogodependiente y una única venta detectada atendiendo a la escasa cuantía de la sustancia intervenida¹⁸.

La importancia radica en saber si estamos ante una situación de autoconsumo y no de tráfico, según la finalidad que persiga dicha droga, delimitar la presencia de tráfico de drogas, al ser estas destinadas para la distribución a terceras personas. Es un hecho que solo puede delimitarse en cada caso en concreto.

Se basa en primer lugar en alegar si es para el consumo propio y demostrar su condición de consumidor y la cantidad que posee. Siendo preciso acudir a la prueba indiciaria y poder determinar el destino que pretende darse a la sustancia incautada al sujeto, debe poder probarse el destino para autoconsumo de lo contrario no podríamos estar presentes antes una conducta atípica, y deberá ser considerada dentro del precepto penal¹⁹. Su interpretación está sujeta a elementos subjetivos y objetivos que concurren en el hecho que se enjuicia.

Es importante en este punto señalar la tabla del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. El Tribunal Supremo utiliza dicho informe como referencia para determinar las dosis medias de consumo diario.

¹⁸STS núm. 859/2013 de 21 octubre

¹⁹ Granados Pérez, Carlos, Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el Tráfico de Drogas, pág. 57

SUSTANCIA	PREVISIÓN DE 3 A 5 DÍAS DE CONSUMO
Heroína	3 grs. máximo
Cocaína	7,5 grs. máximo
Marihuana	100 grs. máximo
Hachís	25 grs. máximo
LSD	3 grs. máximo
Sulfato de anfetamina	900 grs. máximo
Metanfetamina	300 grs. máximo
MDA	1.440 grs. máximo
Tankimazín	75 grs. máximo
Rohipnol	50 grs. máximo

6.2 Consumo compartido

Otra de las conductas que en ocasiones alegan los sujetos es la llamada teoría del consumo compartido. En este caso estaríamos ante una situación atípica y no ante un tipo atenuado, pero en numerables ocasiones Jueces y Tribunales han tenido que delimitar esta conducta atípica. Es preciso señalar que en varias de las sentencias objeto de análisis en este trabajo de investigación, demuestran un gran número de casos donde el sujeto alude a esta teoría del consumo compartido, el culpable se basa en la existencia de un consumo compartido y en lugar cerrado, de esta forma alegan esta conducta atípica.

En otros casos se considera que de no justificarse la existencia de consumo compartido debe ser aplicado el tipo atenuado del art. 368.2 CP, precisamente al alegar la escasa cantidad de la droga incautada y concurrir las circunstancias personales de consumidor habitual de drogas tóxicas. De estas sentencias se desprende por otra parte, que en estos casos de consumo compartido no logran acreditarse las circunstancias que califiquen al sujeto como drogodependiente, suelen ser consumidores de fin de semana

o en algunos otros casos consumidores habituales²⁰.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en el caso del autoconsumo, entiende que cuando se trata de supuestos de autoconsumo plural con otros consumidores es una conducta atípica, para ello deben darse las siguientes circunstancias:

1. Que la droga sea facilitada por quien la posee, para su consumo inmediato.
2. La cantidad a consumidor debe ser pequeña
3. La acción debe producirse en un lugar cerrado sin riesgo de acceso a terceros.
4. Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.
5. Los consumidores deben ser adictos y no personas que se está introduciendo a ello.²¹

Es importante señalar que deben de cumplirse los requisitos para que los Tribunales determinen que es consumo compartido, ya que de no existir tales requisitos se entenderá que las cantidades halladas son para el tráfico ilegal.

Obedece a un carácter discrecional por parte de Jueces y Magistrado; decidir si concurren tales circunstancias, para determinar que existe una situación atípica; debe poder acreditarse que no existe "fin de traficar" con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias como pueden ser:

- Las modalidades de la posesión
- El lugar en que se encuentra
- La existencia de material o instrumentos adecuados a ese fin
- La capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga
- La actitud adoptada al producirse la ocupación
- Su condición o no de consumidor de tales sustancias.

Acreditada la posesión de la sustancia estupefaciente acompañada de alguna de las circunstancias expresadas anteriormente, permite alcanzar la deducción razonable, según los casos, de que la tenencia del estupefaciente está destinada al tráfico.

²⁰ Auto núm. 1048/2011 de 14 julio Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª.

²¹ Granados Pérez, Carlos, Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tráfico de drogas, págs. 59 y 60

Esta situación atípica debe tener cierto control por parte de los Jueces, ya que según se desprende de varias Sentencias²², es una teoría muy manifestada por el sujeto que se presume es culpable de un delito de tráfico de drogas, es por tal motivo que se deben cumplir todos los requisitos para determinar la existencia o no de esta situación atípica.

Si existen indicios para determinar que no es consumo compartido como el caso de “declaraciones de los agentes que vieron la venta y contradicciones entre las declaraciones de vendedor y comprador”²³ Es posible determinar la no existencia de dicha conducta atípica.

Puede desprenderse de la STS núm. 84/2012 de 15 febrero que al no concurrir los requisitos que establecen los tribunales como necesarios para poder considerar esta situación de atípica, se desestima el recurso interpuesto por el acusado, ya que se entiende, no reúnen los requisitos necesarios, “no consta la condición de adictos de todos ellos, ni siquiera como consumidores de fin de semana”.

Su aplicación debe ser de forma restrictiva y se exige que se cumplan los requisitos expuestos por la Jurisprudencia, de lo contrario no puede ser de aplicación una figura atípica. Tras analizar los requisitos exigidos en base a la escasa cantidad del hecho y las circunstancias personales de los presuntos consumidores no puede acreditarse dicha conducta atípica, siendo considerada como un tipo delictivo regulado en el art. 368.2 CP.

La base de esta teoría radica en que el precepto penal del art. 368 busca proteger la salud pública, que es un bien jurídico colectivo, no existe tal peligro en el caso del consumo compartido cuando las cantidades que consuman estén dentro de los límites establecidos y sea para un consumo inmediato. Pero nuevamente estamos antes situaciones que deben valorar los jueces, radicando la importancia en las cantidades encontradas, para poder determinar según esas circunstancias si es posible rebajar la pena y aplicar un tipo atenuado.

²² Una reiterada doctrina jurisprudencial, exige que deben cumplirse los requisitos señalados por la jurisprudencia para poder acreditar la existencia de una conducta atípica, en este caso el consumo compartido. STS núm. 1383/2011 de 21 diciembre y STS 210/2008 de 22 de Abril.

²³ STS núm. 483/2014 de 4 de febrero.

6.3 Dosis psicoactivas

El delito de tráfico de drogas tóxicas son delitos de peligro con los que se pretende evitar una futura lesión del bien jurídico protegido, la salud pública.

La mera presencia de una determinada cantidad de droga no puede implicar la existencia de un tipo delictivo, debe estar acompañado de cierto riesgo; para determinar este riesgo es preciso en primer lugar establecer parámetros que establezcan las cantidades significativas que podrían suponer un daño al bien jurídico protegido y en segundo lugar analizar las circunstancias concretas del caso en relación al autor del delito. En el Código Penal no está regulado la cantidad a partir de la cual será subsumible el tipo; de esta forma se deja un amplio margen de interpretación a los Tribunales²⁴.

La jurisprudencia con el transcurrir del tiempo es quien, ha marcado las pautas de lo que se considera una cantidad insignificante o todo lo contrario aquellas que resultan de notoria importancia para crear una situación de riesgo. Se puede ver expresado en la sentencia 298/2004 de 12 de marzo, donde se indica el límite cuantitativo y cualitativo mínimo, este límite resulta fundamental, pues el ámbito del tipo no puede ampliarse de una forma que resulte desmesurada, de tal manera que aquellas cantidades que se consideran insignificantes por carecer de efectos potencialmente dañinos sean enjuiciados dentro de parámetros idóneos.

Se conoce como dosis inicial psicoactiva aquella cantidad mínima de una sustancia química que tiene efecto en el organismo. El Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo el 24 de enero del 2003 con el objeto de proceder a la unificación de criterios solicita al Instituto Nacional de Toxicología un informe, que es realizado en diciembre de ese mismo año²⁵.

El Informe fue objeto de un resumen por el gabinete técnico del Tribunal Supremo que lo remitió a todos los magistrados con las dosis mínimas psicoactivas de 6

²⁴ Mayán Santos, María Encarnación, La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, pág 23

²⁵ Informe del Servicio de Información Toxicológico del Instituto Nacional de Toxicología 12691 de 22 de diciembre del 2003.

sustancias. Este resumen del informe fue mantenido por un Acuerdo no jurisdiccional de Sala el 3 de febrero del 2005²⁶.

Los límites entre tipicidad y atipicidad lo marcan las siguientes cantidades:

- Heroína 0,66 mg/0,00066 gr.
- Cocaína 50 mg/ 0,05 gr.
- Hachís 10 mg/ 0,01 gr.
- LSD 20 mg/ 0,000005 gr.
- MDMA (Éxtasis) 20 mg/ 0,02 gr.
- Morfina 2 mg/ 0,002 gr.

Estas cantidades son simples referencias, y por lo tanto son susceptibles de matizaciones, que dependerá de cada caso concreto, nada impide que sean cuestionadas según el caso, de tal manera que si se aportan dictámenes periciales contradictorios no impedirá a Salas sentenciadoras de su facultad de valorar dichos informes; siendo razonable este inciso, ya que un proceso penal se caracteriza por el principio contradictorio, y deben tener en cuenta determinadas circunstancias, por ejemplo el porcentaje de riqueza de la sustancia, ya que está nos indicará el grave daño que puede causar a la salud pública.

6.4 Infracción administrativa

Los comportamientos relacionados con el consumo de las drogas están regulados desde el Derecho administrativo sancionador, y desde el Derecho penal, en aquellos casos que constituye un delito. Su regulación está basado en el art. 25 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.²⁷

²⁶ STS 1104/2004, de 17 de febrero.

²⁷ Artículo 25: 1. Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.

2. Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine.

Con la aprobación de la ley Orgánica, el consumo de sustancias en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, constituyen una infracción grave. Lo fundamental en esta conducta no es precisamente el consumo de una sustancia o estupefaciente, su importancia radica en el consumo en vía pública.

Al igual que el Derecho penal protege un bien jurídico; esta infracción implica la lesión o peligro de un bien jurídico protegido, en este sentido la seguridad ciudadana, es por tal motivo que se hace referencia al consumo en vía pública.

Por otra parte el precepto regula el abandono en lugares públicos de los instrumentos para el consumo, estamos en presencia de una infracción de peligro que pretende proteger la salud pública, en concreto, prevenir el riesgo de contagio de determinadas enfermedades. Este aspecto de la ley me resulta interesante ya que esta enfocado a sancionar conductas, que pueden resultar peligrosas para la sociedad, y más aún en el ámbito de los drogodependientes que en su estado de necesidad, utilizan este material creando un riesgo para su salud, así como la propagación de enfermedades. Se debe regular estas conductas para evitar entornos inseguros para el consumo y que exista control por parte del Estado.

Por último en este aspecto destacar el objeto del Real decreto 1079/1993, de 2 de julio, que regula la remisión administrativa de penas en materia de drogas. Conforme a este Real Decreto, atendiendo al fin rehabilitador, la suspensión de la sanción se podrá aplicar a quienes sean consumidores frecuentes o habituales, pudiendo llegar a la remisión total y definitiva en los casos en que el infractor lleve a cabo satisfactoriamente su tratamiento de deshabituación

7. Propuesta final sobre la despenalización de los actos de cultivo, elaboración y promoción de la sustancia psicotrópica Cannabis.

La reforma del art. 368 del CP, establece un nuevo paso hacia una proyección de políticas criminales menos restrictivas, permitiendo la aplicación de un tipo privilegiado, un tipo atenuado que establece un punto de partida hacia la despenalización de los actos

de cultivo, elaboración y promoción de la sustancia psicotrópica Cannabis, por ser esta considerada como una droga blanda²⁸.

En España nos encontramos ciertas contradicciones legales al referirnos a esta droga, ya que a pesar de estar castigado su cultivo, elaboración y tráfico, entendiéndose por estas acciones típicas que nombra el art. 368 CP, la venta de la semilla esta totalmente permitida, encontrándola en muchas tiendas abiertas al público donde cualquier persona interesada puede adquirir dichas semillas y todo lo necesario para su cultivo y posterior cosecha.

No podemos obviar el hecho de que el consumo del cannabis esta aumentando en Europa considerablemente, tanto para uso recreativo como medicinal, lo cierto es que cada gobierno lo trata de una forma diferente, unos optan por medidas más represivas, y otros han permitido políticas menos restrictivas. Estas diferencias con el transcurrir del tiempo van tendiendo a normalizarse. Es un fenómeno social que no esta en manos del legislador reprimir y debe tratarlo de una forma más adecuada a la realidad social²⁹.

Una comparativa con países dentro del entorno europeo, como el caso de Holanda muy conocida por su alto nivel de permisividad con respecto a esta droga en el año 1976 con su conocida Ley del Opio, establece los límites para controlar su circulación y separarla de las llamadas drogas duras, como la cocaína o la heroína. Permite el uso y venta de hasta 5 gramos en los muy conocidos y populares *Coffeeshops*.

Por otra parte, Portugal que en 2001 fue el primero en despenalizar la posesión de drogas, ya fuera marihuana, cocaína, heroína o metanfetamina. La dosis máxima de hachís permitida es de cinco gramos. La de marihuana no puede sobrepasar los 25 gramos. Por encima de ambas cantidades, se presume la venta de droga y se imponen sanciones³⁰.

7.1 Modelo prohibicionista

²⁸ Joshi Jubert, Ujala. Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, pág. 93

²⁹ Arana Xabier, Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención, pág. 134

³⁰ Soto, Susana, Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención, pág. 153.

En España el actual modelo político sobre drogas se encuentra regulado en las siguientes legislaciones:

- Ley 17/1967 de 8 de abril, sobre normas reguladoras por las que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas.
- Ley Orgánica 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2010, de 20 de diciembre.

7.2 Fracaso del modelo prohibicionista

Datos recientes constatan que en los países miembros de la Unión Europea y, en particular en España, en los últimos años, desde 1995 a 2008, se ha producido un aumento progresivo del consumo de cocaína en polvo y del cannabis, las dos sustancias que más se consumen en el mercado ilegal. Desde los años noventa se ha experimentado en Europa una escalada en el consumo de cannabis, y que tal tendencia al alza se ha estabilizado, con una reducción en los últimos años, pero manteniéndose en unos niveles máximos históricos³¹.

Tales porcentajes aumentan si los datos se refieren a jóvenes adultos (15-34 años) o jóvenes (15-24 años): El 31,6% de todos los jóvenes adultos europeos consumieron cannabis alguna vez, el 12,6% lo hicieron durante el último año, el 6,9% consumieron en el último mes, el 16% de los jóvenes consumieron cannabis el último año y el 8,4% de los jóvenes consumieron cannabis el último mes³².

En base a estos datos podemos concluir que el actual modelo prohibicionista que ha legislado en nuestro país en los últimos veinte años se aleja de los propósitos de

³¹ Según informe anual de 2010 del Observatorio de las Drogas y Toxicomanía, en base a la Encuesta Domiciliaria sobre Alcohol y Drogas en España (EDADES 2009/2010) y el Informe de la Encuesta Estatal sobre Uso de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Secundaria (ESTUDES) 1994-2008. Se estima que más de 75 millones y medio de europeos entre 15 y 64 años han consumido alguna vez cannabis, lo que supone más de 1 de cada 5 europeos comprendidos entre 15 y 64 años. Respecto a las personas que consumen cannabis más frecuentemente, se estima que 12 millones y medio de europeos adultos han consumido drogas en el último mes. También aquí se produce una revisión a la baja respecto a los 13 millones que se mencionaban en el Informe de 2007.

³² Muñoz Sánchez Juan, Personas jurídicas y tráfico de drogas, 297.

disminuir y controlar el consumo y tráfico de esta sustancia psicotrópica. Al contrario hemos aumentado y estabilizado en niveles muy altos.

La Política alternativa de despenalización controlada, debe ser desarrollada en un sistema controlado de dispensación, distinguiendo entre el cannabis y sus derivados y las restantes sustancias psicoactivas. Para el cannabis y sus derivados podrían ser dispensados en lugares autorizados a mayores de edad y sin disminución psíquica. Creándose lugares de consumo y se debería potenciar las asociaciones de consumidores para fomentar el consumo responsable y evitar un consumo problemático. Debe regularse los usos terapéuticos del cannabis, así como regular los existentes clubes privados de consumidores de cannabis³³.

7.3 Justificación

Se propone dicho psicotrópico para su despenalización partiendo de la consideración que con carácter general la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha venido contemplando como drogas duras todas, excepto las derivadas de la cannabis sativa y algunos psicotrópicos y teniendo en cuenta las sucesivas consideraciones en cuestión de salud, economía y porcentajes de consumo que se detallaran a continuación:

- Efectos y perjuicios

Respecto a los efectos del consumo de cannabis, la OMS³⁴ enumera los siguientes: dificulta el desarrollo cognitivo y la capacidad de estudio; entorpece la acción psicomotora y especialmente en el uso de maquinaria pesada entraña un alto grado de probabilidad de sufrir un accidente. En cuanto a sus consecuencias sobre la salud, menciona la virtud de su consumo en tratamientos de cáncer. No existen datos que indiquen la muerte de alguna persona por causa del consumo de esta planta.

³³ Desde hace varios años, diversos colectivos en torno a la *Federación de Asociaciones Cannábicas (FAC)*, se han puesto práctica los denominados *Clubs Sociales de Cannabis*, donde personas adultas consumidoras de esta sustancia se asocian para producirla y distribuirla entre sus socios, con el objetivo de reducir riesgos asociados al consumo y prevenir posibles daños.

³⁴ Organización Mundial de la Salud.

Mientras que drogas totalmente legales como el caso tabaco conduce, como principal causa, a la muerte de alrededor de 10 millones de personas en todo el mundo³⁵.

- Factores económicos

La defensa de la despenalización del Cannabis va más allá de sus efectos para entroncarse en torno a factores económicos en dos vertientes, el ahorro en el gasto de la lucha contra el tráfico y consumo y el potencial fiscalizador que entraña su uso como droga³⁶.

Las asociaciones cannábicas calculan que los consumidores de marihuana invierten cada mes en España 86,9 millones de euros en comprar esta sustancia, haciendo un total de 1.163 millones de euros comprando esta sustancia, dichas asociaciones defienden que si toda la marihuana se adquiriera en sus locales, donde tributa el IVA, reportarían al Estado 177 millones de euros en impuestos³⁷.

³⁵ En este sentido puede consultarse la página web de la Asociación Madrileña de Estudios sobre el Cannabis (Amec), fundada en 1995.

³⁶ Un cálculo de la AMEC (Asociación Madrileña de Estudios sobre el Cannabis), con datos sobre un ejercicio de 2003, situaba en 2.500 millones de euros los beneficios económicos para el Estado español si despenalizara todas las drogas, dividido en 1.500 en impuestos y otros 1.000 millones en ahorro de gastos, incluyendo lucha policial, juicios y gastos de las personas privadas de su libertad.

³⁷ Véase artículo de opinión: Del Rosal Fernando. El cannabis ante la perspectiva de la legalización. Eldiario.es. Las Palmas de Gran Canaria. 27 de abril del 2014.

4. Conclusiones

Primero: Una vez analizado la reciente reforma del art. 368.2 del Código Penal, en primer lugar es interesante hacer mención al gran acierto por parte del legislador de introducir este segundo párrafo, este tipo atenuado deja de pertenecer al ámbito de la excepcionalidad para ser regulado dentro de nuestro sistema penal, siempre que concurren los requisitos exigidos por parte del legislador, en cuanto a la menor antijuricidad y menor culpabilidad. La labor de investigación se ha centrado en la proyección jurisprudencial en relación con la aplicación de este nuevo tipo atenuado, que permite ajustar dicho precepto a cada caso concreto. En ciertos aspectos se puede considerar como un avance hacia un sistema menos restrictivo de derechos.

Segundo: Para poder castigar cualquier conducta delictiva es necesario poder analizar todas las circunstancias. Se venían aplicando penas muy elevadas para conductas que encajaban dentro de un tipo atenuado. La evidente preocupación del legislador por proteger un bien jurídico de incalculable valor como es la salud pública, ha llevado a castigar conductas delictivas de forma desproporcionada.

Las políticas criminales en cuanto al tráfico de drogas deben avanzar hacia un sistema más permisivo, no podemos continuar anclados en el pasado, ya que de lo expuesto en este trabajo podemos observar como este sistema penal no aporta cambios significantes en nuestra sociedad.

Tercero: El consumo de drogas tóxicas aumentado en los últimos años, eso nos hace pensar que se requiere de un cambio que responda a la problemática actual. El hecho de castigar estas conductas no son reflejo de una mejora, deben implantarse políticas criminales tendentes al control del consumo.

No podemos reparar el daño causado por las drogas tóxicas durante todos estos años, pero si podemos ofrecer un cambio a las nuevas generaciones. Aquellos sujetos que libremente han decidido consumir estas sustancias, requieren de medios más seguros y controlados, para evitar peores consecuencias como el caso de contagio de enfermedades.

5. Bibliografía

- Álvarez García, F. Javier, Derecho Penal Español parte especial II, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.
- Arana, Xabier, Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención, (coordinadores Arana, Xabier y Markez, Iñaki), Editorial Dykinson S.L, Madrid, 2006.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal. CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999.
- Fernández Ros, Juan Francisco, La venta al por menor del adicto a las drogas para autofinanciarse: el nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal. Noticias Jurídicas, abril, 2011
- García Giménez, Joaquín, Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa, Cuadernos penales José María Lidón, Núm. 8, Dykinson S.L. Madrid, 2006.
- Granados Pérez, Carlos, Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el Tráfico de Drogas, La Ley, Madrid, 2007.
- Joshi Jubert, Ujala, Los delitos de tráfico de drogas I, Un estudio analítico del art. 368 CP. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- Martínez Rodríguez, José Antonio, El tráfico de drogas y la atipicidad de su tenencia. Editorial Bosch, Barcelona, 2012
- Mayán Santos, María Encarnación, La importancia de la cantidad y composición en los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Noticias Jurídicas, septiembre 2007.
- Morant Vidal, Jesús, El delito de tráfico de drogas, la práctica de Derecho, Valencia, 2005

- Sequeros Sazatornil, Fernando, Fiscal del Tribunal Supremo, La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código Penal de 2010: juicio crítico, Diario La Ley, Nº 7534, Sección Tribuna, 23 Dic. 2010, Editorial La Ley.
- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos, La imputabilidad del consumidor de drogas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- Soto, Susana, Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención, (coordinadores Arana, Xabier y Markez, Iñaki), Editorial Dykinson S.L, Madrid, 2006.
- Arana Berastegi, Xabier, Documento técnico para un debate social sobre el uso normalizado del cannabis, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Dirección de drogodependencias 2005.