

Modelo de política criminal de drogas en España: la tenencia para el consumo y el tráfico de drogas

Marilha Gabriela Reverendo Garau

Como citar este artigo: REVERENDO GARAU, Marilha Gabriela. Modelo de política criminal de drogas en España: la tenencia para el consumo y el tráfico de drogas. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 211-242, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v6p211-242](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v6p211-242).



MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS EN ESPAÑA: LA TENENCIA PARA EL CONSUMO Y EL TRÁFICO DE DROGAS

DRUG CRIMINAL POLICY MODEL IN SPAIN: POSSESSION FOR DRUG USE AND TRAFFICKING

Marilha Gabriela Reverendo Garau

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade de Málaga.

Data de recebimento: 14/09/2020

Data de aceite: 12/11/2020

Última versão do autor em: 19/11/2020

Área: Criminologia e Política Criminal

Resumen:

La norma básica actual del tráfico de drogas está redactada en el artículo 368 del Código Penal español. La imprecisión en la descripción legal de la conducta típica constituye un paradigma de lo que la Doctrina Penal denomina un tipo abierto. La existencia de tipos penales imprecisos provoca la posibilidad de que existan posturas discrepantes y contradictorias, en muchos casos, por parte de los Juzgados y Tribunales que han de aplicar la norma. El análisis parte del histórico de las políticas públicas y legislativas de España, presentando leyes pasadas y actuales, comparando los cambios en el tratamiento de las conductas relativas al tráfico y al consumo de sustancia psicoactivas. A partir de la presentación de las particularidades jurídicos-penales, son analizadas tratamientos legales y jurisprudenciales para diferenciar a los casos de posesión para el consumo y para el tráfico de drogas.

Palabras clave:

Legislación de drogas; Tráfico de drogas; Tenencia de drogas.

Abstract:

The current basic norm for drug trafficking is drawn up in article 368 of the Spanish Penal Code. The imprecision of the legal description of the typical behavior constitutes a paradigm of what the Penal Doctrine calls an open type. The existence of imprecise criminal types causes the possibility of discrepant and contradictory positions, in many cases, on the part of the Courts and Tribunals that apply the norm. The analysis starts from the history of public and legislative policies in Spain, presenting past and current laws, comparing the changes in the treatment of behaviors related to trafficking and the consumption of psychoactive substances. From the presentation of the legal-criminal particularities, legal and jurisprudential treatments are analyzed to differentiate cases of possession for consumption and drug trafficking.

Keywords:

Drug legislation; Drug trafficking; Possession of drugs.

Sumário: 1. Introducción: las primeras disposiciones relacionados con las drogas en España; 2. El marco prohibicionista y las alteraciones legislativas a lo largo de la historia; 3. Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos relativos a la droga; 4. Atipicidad del consumo y del consumo compartido; 4.1. El consumo compartido; 4.2. Infracciones administrativas para el uso de drogas; 5. Conclusiones;

1. Introducción: las primeras disposiciones relacionados con las drogas em España

España se incorporó en 1971 a la política criminal sobre drogas dirigida por Naciones Unidas en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961. Con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1971, no existía una regulación específica de los delitos relativos a drogas ilegales, sino que se presentaba como una cualificación de otros delitos contra la salud pública, cuando la conducta estuviera relacionada con drogas tóxicas y estupefacientes¹.

El Código Penal de 1822 tenía un capítulo para tratar de los crímenes contra la salud pública que prohibía la dispensación de drogas por los boticarios, sin receta. Posteriormente, en la edición de los

¹ El art. 344 de Código penal constituía una norma penal en blanco, cuyo complemento se encontraba en los artículos anteriores.

Códigos de 1848 y 1850 fueran incluidas sanciones para aquellos que sin permiso fabricasen drogas. Ya en 1855 la Ley Orgánica de Sanidad, impuso obligaciones con relación al despacho de psicofármacos. En 18 de abril de 1860 fueran promulgadas las Reales Ordenanzas de Farmacia regulando la actividad de los profesionales farmacéuticos con relación a la elaboración y a la venta de medicamento, sustancias tóxicas y vegetales. El Código Penal de 1870 ratificó esa legislación (BALLESTER, 1990, pp. 32-33).

Las convenciones internacionales a principios del siglo XX surgen como resultado de la guerra del opio, conflicto conocido entre Inglaterra y China, fruto de la disputa imperialista en Asia. Patrocinadas por Estados Unidos, las convenciones tienen inicialmente el objetivo de controlar el comercio del opio y sus derivados. Los países signatarios se comprometieron a prohibir el uso de opio y de cocaína en sus territorios, si tales usos no obedecían las recomendaciones médicas. En ese año se ha firmado la Convención Internacional del Opio, la Convención de la Haya el 25 de enero de 1912.

Desde entonces hasta el año 1918 productos como la cocaína, la morfina, el opio y el hachís, eran productos disponibles para venta en los comercios. El consumo de las sustancias no revelaba ningún tipo de problema social. Por eso la cuestión no tenía atención por parte de los medios de comunicaciones, sino para referirse a eventos relacionados con las drogas en otros países, como algo lejano de la realidad española.

En 1918 fueran aprobadas medidas² para ratificación del Convenio de Haya³, implementándose las primeras medidas para regulación del comercio del opio, de la hoja de coca, cocaína y sus sustancias derivadas. La urgencia en la confirmación del Convenio emerge del hecho de que la Primera Guerra Mundial tuvo influencia en el aumento del consumo de drogas entre los combatientes que, por su voluntad se unieron a los Aliados. El creciente uso de las sustancias estupefacientes influyó en la adopción de políticas prohibicionistas y en la expresión que lo definió como el “problema de las drogas” (USÓ, 2003, p. 193). El decreto de 31 de julio de 1918 también prohibió la posesión de esas sustancias para finalidad recreativa, por consiguiente, se formó un mercado ilícito para aquellos que no tenían acceso a las recetas.

² Real Orden Circular de 27 de febrero y el Real Decreto de 31 de julio.

³ Firmado en 1912, ratificado en 1919 y en vigor en 1922.

Al largo del año de 1928, el gobierno tenía una gran preocupación en adecuarse a la Convención Internacional de Opio por medio de la elaboración de una legislación sobre drogas. En 30 de abril de 1928 se firmó un Real Decreto Ley que restringió la distribución y venta de estupefacientes por el Estado. Se sancionaba con multa la posesión, importación, comercio, circulación de estupefacientes, con el fin de evitar acceso libre a las sustancias sin prescripción médica justificada. Las medidas tenían por objetivo controlar el mercado persiguiendo a los traficantes y producir así una represión contra los consumidores de drogas.

En la segunda república hubo una profundización de las políticas prohibicionistas por la aprobación del Decreto de 3 de agosto de 1932 y de la promulgación de Código Penal de 1932, así como de la Ley de Vagos y Maleantes. El Decreto prohibió la importación y fabricación de morfina e heroína, en el territorio de España y en sus colonias, pero el Código penal no incluyó el tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes en sus disposiciones. Aunque el Código Penal de 1932 no tenga incluso la mención al tráfico de drogas en sus disposiciones, el 4 de agosto de 1933, Ley de Vagos y Maleantes incluyó como estados peligrosos a los ebrios y *toxicómanos* habituales. Esa legislación sirvió para reprimir consumidores y traficantes de drogas hasta los años 70.

La segunda guerra, así como la primera, interrumpió las conferencias internacionales. Tan pronto como los aliados comenzaron el reparto de Europa y Asia, la recién creada ONU pasa a encargarse de los protocolos firmados por la Liga de las Naciones. En los años 1948 y 1953 otros dos protocolos se firman el primero en París y el segundo en Nueva York.

2. El marco prohibicionista y las alteraciones legislativas a lo largo de la historia

A pesar de las regulaciones anteriormente presentadas, en los años 30 el uso recreativo era raro y marginal y prácticamente sin una reglamentación legal. Eso porque, como explicado por Gamella y Jiménez (2004, pp. 30) el país tuvo una tradición autónoma, resultado de la presencia española en norte de África en los años 40 y 50. Así, en grandes ciudades, Madrid, Barcelona y ciudades de Andalucía, se han establecido redes de consumidores y vendedores, alentados de forma ponderada, por veteranos de guerra que sirvieron en África. Esta práctica fue ignorada por la policía, ya que los consumidores en aquella época eran los propios veteranos de guerra, prostitutas, borrachos y criminales mezquinos.

Pero en la década de 60, el escenario mundial pasa a utilizar el cannabis como símbolo de la contracultura y de la rebeldía, ostentado principalmente por los jóvenes de clases medias y altas. Así, la droga deja de ser considerada propia de grupos marginados minoritarios. En el escenario mundial, Rosa del Olmo (1988, pp. 34) explica que ese desbordamiento de la droga fue inexplicable, ya que no era propio de guetos urbanos, de los negros, mexicanos y clases marginadas en general, sino que pasó a formar parte de la rutina de jóvenes blancos de la clase media norteamericana.

Por el fomento de los EE.UU. fueron editados acuerdos internacionales a lo largo de la primera mitad del siglo con el fin de regular y controlar el mercado de drogas. Pero el marco fundamental ocurrió en 1961 cuando fue firmada la Convención Única sobre Estupefacientes con el objetivo de unificar todos los tratados internacionales anteriores, para globalizar la política de drogas.

Así en el año de 1971 España se incorporó a la política criminal diseñada por las Naciones Unidas en el Convenio Único de 1961. En ese año, la Ley 44/1971 de 15 de noviembre de reforma del Código penal, tipifica de modo expreso el delito de tráfico de drogas y sustancias estupefacientes con la aplicación de la pena de prisión.

La legislación tipificó de modo expreso el cultivo, la fabricación, la elaboración, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso. Además, el artículo 344 pasó a considerar a la tenencia como punible⁴.

El 23 de mayo de 1975, la Sentencia nº 730 del Tribunal Supremo (STS) esclareció que la tenencia a la que se refería el Código penal estaba relacionada con el tráfico de drogas, ratificando que la posesión para consumo personal no podía ser considerada un ilícito penal⁵. La Corte Suprema española decidió que el consumo y la posesión de droga no eran delito. Tal decisión se consolidó como doctrina jurisprudencial en los años siguientes, para establecer que el consumo privado, sea individual o colectivo, así como compartir drogas a título gratuito, sin intención de

⁴ Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas. (Artículo 344, Ley 44/1971)

⁵ STS 730/1975, de 23 de noviembre.

obtener beneficios no deberían ser castigados con el principio fundado en dos importantes conceptos: el de la intimidad y el de la compasión, frutos del fin de la dictadura en 1976 y de la larga tradición católica.

La regulación del art. 344 fue muy criticada por la doctrina porque, como explica Muñoz Sánchez (2014, p. 12) no respetaba el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Así, para salvaguardar la seguridad jurídica, de forma que el arbitrio judicial no devenga en indeterminación de las conductas y de las penas, tuvo lugar su reforma mediante la Ley Orgánica 8/1983 de reforma urgente y parcial del Código penal.

La reforma dejó fuera del tipo penal la tenencia para consumo, así como había sido establecido por la jurisprudencia. Así se consolidó en la ley lo que era ya una doctrina jurisprudencial, al declarar que la tenencia para tráfico era la única punible. Además, fue excluida la expresión “o de otro modo”. El texto legal reiteró la disposición del Proyecto de Código penal de 1980 que pasó a distinguir el tratamiento penal según se trate de sustancia que causen o no grave daño a la salud. Los casos de bajo daño suponen una rebaja de las penas⁶.

Esta reforma fue bien recibida por la doctrina de la época por observar los principios de la seguridad jurídica y de legalidad (Arzamendi de la Cuesta, 1988, p. 198) y también ha sido clasificada como progresista, adecuada y conveniente ya que culminó una reforma de los delitos de tráfico de droga. Cumple resaltar que se bajaran las penas con relación a la legislación anterior de 1971. Además, se redujeron y precisaron de manera más estrecha los comportamientos punibles.

Solo el cultivo, la fabricación y el tráfico de drogas se tipifican. Las conductas referentes a la donación fueran excluidas del texto legal. Así se dejó de castigar la invitación al consumo compartido, eliminando la expresión “de otro modo”, tan abierta e imprecisa. Se añadió una referencia a las sustancias psicotrópicas, debido a la adhesión por España del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas en 1971.

La principal crítica a esa legislación fue la ausencia de referencia sobre los tipos de drogas mencionados ya que el texto de la ley no especifica cual son las “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias

⁶ Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos (Artículo 344 tras la reforma de 1983).

psicotrópicas”. Así, el artículo 344 del Código penal se definió como una ley penal en blanco ya que fue una norma penal incompleta, que no describe completamente la conducta sancionada, demandando de otra norma penal para dar pleno sentido a esa. Por eso para definir las especies de drogas hay que recurrir a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, con base en el artículo 2 de la ley 17/1967 y en el artículo 1 del Real Decreto 2829/1977.

En 25 de noviembre de 1985 el Pleno del Senado publicó las conclusiones de las investigaciones de la Comisión Especial sobre problema del tráfico y consumo de drogas en España⁷. La comisión formada en mayo del año anterior tuvo por objetivo conocer los problemas relacionados a las drogas.

El informe (1985) describe las propensiones de la sociedad española al consumo de drogas, acentuando que la ampliación del alcoholismo desde el inicio del franquismo fue favorecida por la falta de control de los puntos de venta, así como por la publicidad y su difusión a los menores de edad. Se identificaba que las sustancias más consumidas eran aquellas legales: alcohol y tabaco. La sustancia ilegal más usada era el cannabis, mientras que los alucinógenos tenían consumo residual.

La heroína fue apuntada como la droga que ocasionaba más problemas sociales. Aun así, se constataba el aumento del consumo de cocaína y la asociación del uso de esa sustancia a una imagen de prestigio social. En aquel tiempo se alertó sobre el hecho de que España se tornó en el principal productor de anfetaminas en Europa, principal proveedor de la droga en el continente.

En el análisis del Senado se distinguía los usuarios de las drogas entre tres grupos: consumidores ocasionales, abusantes y drogodependientes. Se presentaban recomendaciones relativas a las líneas de actuación general del Gobierno para tener en cuenta al tratar de la cuestión, con foco en la prevención de la demanda, en la reducción de la oferta y en el tratamiento del drogodependiente.

Se indicaba que la represión de la oferta no debería ser la única forma de actuación, ya que la droga puede ser sustituida por otra similar. Además, concluyó que el coste económico y social de la política de prevención es más pequeño que las actuaciones fundadas en la represión. Por eso el

⁷ Disponible en: <http://www.senado.es/legis2/publicaciones/pdf/senado/bocg/10206.PDF>. Consulta: 21 de mayo 2020.

gobierno debía promover políticas públicas en centros educativos de prevención dirigidas a los grupos de riesgo. Se recomendaba que las acciones de prevención no se basen en el fomento del miedo y de la abstinencia ya que los efectos de esas medidas son equivocadas y contraproducentes. Para fines del tratamiento aclaró sobre la necesidad de mejorar la formación de los profesionales de la salud y de asistencial público y social con el objetivo de reinsertar el drogodependiente a través de un tratamiento voluntario. Para eso era fundamental la participación de la familia.

En relación a la reducción de la oferta, se consideraba que la legislación penal debería adaptarse a los cambios sociales. Así, las prácticas legislativas deberían seguir basándose en la penalización del tráfico de drogas mientras la despenalización del consumo sea la regla. Eso porque el ejercicio del Estado en la forma del Derecho penal en relación a los consumidores de drogas genera la marginalización social. Todavía, con relación a los traficantes, el informe recomendó el aumento de las penas bases y también de las circunstancias agravantes. El aumento y mejora de la coordinación de las infraestructuras y herramientas de las autoridades para la represión al tráfico también fue señalada.

El informe recomendó la implementación de medidas más restrictas con relación a la publicidad de las drogas legales, sobremodo relacionada a los puntos de ventas y el acceso a los menores de edad. Así se recomendó la reducción de los lugares de consumo donde se produce un daño a terceros.

Esta supuesta “permisividad” con respecto a las drogas y la despenalización formal del usuario hizo que España sufriera gran presión internacional en los años ochenta, luego durante la crisis de la heroína, siendo acusada de violar las convenciones internacionales (GAMELLA; JIMENEZ, 2004, pp. 12). El Gobierno de España ha sido muy criticado por la tolerancia con el consumo y la tenencia de drogas blandas. La Convención de Viena representó un cambio desde el punto de vista internacional ya que además de la cuestión de la salud pública, centra su atención en las repercusiones político-sociales, culturales y económicas que resultan de los delitos de drogas. En este sentido, el preámbulo de la Convención de Viena reconoce que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional, así como que la erradicación del tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional.

Desde ese punto, el Derecho penal pasa a ser tratado como el único sistema de control social con potencial de mitigar el problema.

Por eso hay una preocupación por la inclusión de los actos preparatorios (el cultivo, los precursores químicos, etc.), así como la punición de las conductas orientadas al consumo personal y el aumento de las penas. Así, en el ámbito europeo, el asunto fue tratado desde esa línea de pensamiento. En este sentido la decisión del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2004⁸.

En este marco internacional España fue sometida a una gran presión interna e externa en el sentido de endurecer la legislación de drogas. Entonces se aprobó, en 24 de marzo la Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. La Ley Orgánica 1/1988 determinó un cambio en dirección de la política pública de drogas.

La Ley Orgánica 1/1988 produce una ruptura con los proyectos e intentos de la reforma de 1983, con el objetivo de incrementar la represión contra el tráfico de drogas. Aunque se mantiene la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no, se ampliaron las penas, de manera desproporcionada. Se añaden conductas punibles que reiteraban el problema de la cláusula abierta de incriminación ya que se incluye conductas contributivas al consumo, al incluir la cláusula “a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo”.

Se pasa a tener la punición y la represión como los medios más eficaces para resolución de los conflictos relacionados a las drogas⁹.

En 1986 tuvieron lugar las reuniones para preparación de la convención de 1988. En esas reuniones expertos españoles representaban la Delegación del Gobierno para el PNSD. Esas negociaciones se han convertido en un actor activo en los espacios internacionales para trato de los asuntos de drogas. Así, según Díez Ripollés (1993, p. 14), la reforma se basaba en los puntos preparados para la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Esa convención que fue firmada en firmada en 1988 y ratificada en 1990 fue la base para la reforma.

⁸ Consejo de Europa 2004/757/JAI de 25 de octubre de 2004.

⁹ Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas, si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos. (Artículo 344 del CP de 1988).

Como se ha visto hasta aquí, la Reforma de 1988 incluyó una buena parte de los elementos de la Convención de Viena de 1988. La nueva regulación de 1992 supone, según su propia exposición de motivos, la introducción de medidas penales ya incluidas en el Proyecto del Código penal de 1992, para sí cumplir los plazos exigidos en la convención. Sequeros Sazatornil (2000, p. 1544) explica que, a pesar de la justificativa para la elaboración de la normativa, eso no significaba el cumplimiento de una obligación a que estaba sujeta España ante los demás Estados de la Convención, sino, una manera coordinada con lo que se estaba haciendo en todos los países de nuestra orbita cultural. Además, eso supone una contribución a un proyecto de integración del Derecho Criminal en escala mundial.

En el Proyecto de Código penal de 1992 se incluyeron “todas las indicaciones de la Conferencia de Viena de 1988 (OLIVARES, 1992, p. 67). Aunque no se da el paso de la punición de las conductas orientadas al consumo personal se sanciona administrativamente el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, más conocida como “Ley Corcuera”¹⁰.

La reforma otra vez más se ha enfocado en el incremento represivo y también en la introducción de nuevos delitos y agravaciones. Según Díez Ripollés (1993, p. 45) hubo una imperfección en la técnica legislativa utilizada ya que, en algunos casos se hizo una copia literal de preceptos de la Convención que no fueran articulados a los marcos jurídicos ni tampoco a los conceptos españoles, como si fuera una “colonización jurídica” (DE LA CUESTA, 1998, p. 2).

Por lo tanto, la reforma consolidó aquello que se inició en la Reforma de 1988. Díez Ripollés (1993, p. 45) clasificó España como un “alumno aventajado”, ya que, por las reformas del CP incluyó puntos aún no abordados en el marco internacional, con la única finalidad de satisfacer y reducir las críticas de los organismos internacionales.

Muñoz Sánchez (2008, p. 213) entiende que el legislador ha tenido una posición moderada dentro de la opción represiva respecto al objeto

¹⁰ 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 (Artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992).

material, al marcar la distinción entre drogas susceptibles de causar graves daños y las que no. Además, el legislador no ha acogido la pretensión de las Naciones Unidas de castigar la posesión para el consumo, aunque si se sanciona administrativamente.

En el mismo año, el 21 de febrero también ha sido editada la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que puso fin a laguna de previsión de sanción para la tenencia y el consumo de drogas. Por fuerza de la legislación se pasó a considerar infracciones graves contra la seguridad ciudadana el consumo de drogas en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes público; la tenencia ilícita de esas sustancias aunque no destinadas al tráfico; el abandono de los sitios de útiles o instrumentos utilizados para el consumo; la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de las drogas en lugares o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados.

Poco tiempo después, en 23 de noviembre de 1995, se aprobó un nuevo Código penal, por la Ley Orgánica 10/1995. Arzamendi de la Cuesta (1998, p. 1) explica que la política criminal, en algunos puntos, tomó un nuevo rumbo asentado en una “perspectiva racional y progresista”. Sin embargo, en relación de drogas no ha sido así, ya que mantuvo una línea vinculada a las reformas de 1988 y 1992.

El Código penal de 1995 reproduce en el artículo 368 el contenido del artículo 344 del Código Penal de 1973, sosteniendo el sistema de incriminación de conductas indefinidas con el objetivo de alcanzar todas las fases del delito del tráfico de ilegal de drogas, reiterada por la expresión “u otro modo”. Esa disposición tiene por finalidad evitar lagunas en los comportamientos relacionados a la producción, venta y distribución, y actos que faciliten el consumo ilegal.

El artículo 368 del Código Penal se refiere aquellas conductas que están relacionadas con el consumo ilegal. Este punto ha causado grandes críticas y discusiones (MENGUEZ, 1995, p. 571) ya que la Ley 8 de abril de 1967 atribuyó al Estado el control absoluto sobre los actos relativos a las sustancias, control ese justificado por los fines terapéuticos, industriales, científicos y docentes. Así, las conductas incriminadas en la norma penal son aquellas que se planean únicamente sobre el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas dirigidas a la difusión de la droga a un tercero, cuando sea en contra de la ley.

La LO 15/2003 modificó el Código penal de 1995. La tipificación de las conductas que lo describen, a efectos penales, se encuentra en

los arts. 368 a 372 CP, y se complementa con las disposiciones penales que aparecen en los artículos que 373 al 378 CP. Se puede decir que en su conjunto tales preceptos son los que el legislador ha estimado apropiados para comandar la política criminal de combate y prevención de estos delitos.

La reforma de 15/2003 estableció dos niveles agravatorios independientes e incluyó la responsabilidad de las personas jurídicas en estos delitos, aun cuando estas, de acuerdo con la Parte General de Código penal, sean personas incapaces de estar en sometidas a responsabilidad penal. Además, ha ampliado el artículo 87 del Código Penal de 2 a 5 años la pena que podría ser suspendida en su ejecución mediante la certificación, por un centro o servicio público o privado homologado, de que el condenado está sometido a tratamiento para tal fin. Cumple resaltar que esta suspensión de la ejecución de la pena no requiere una declaración de la atenuación por drogadicción, sino que el delito sea causa de la dependencia a drogas tóxicas.

Hay una condición para la suspensión de la ejecución en el artículo 87.4 a que el tratamiento no sea interrumpido. El Código penal preveía hasta entonces que el comienzo del tratamiento puede ser realizado antes o después de la ejecución de la sentencia, eso porque el tribunal requerirá atestado sobre el inicio del tratamiento de deshabituación. Ello supone que al tiempo de su adopción no ha sido iniciado y permite acordar la sustitución de la pena por un tratamiento futuro para la deshabituación. Este modelo es un desafío para las organizaciones dedicadas a la rehabilitación de toxicómanos que podrán realizar sus propuestas de desintoxicación a las personas adictas con problemas penales, afirmando su deshabituación con la suspensión de la ejecución de la pena.

La reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en materia de los delitos relativos a drogas ilegales con un reajuste en las penas establecidas.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica se explica que la reforma se realiza en conformidad con las normas internacionales, en concreto, la decisión marco 2004/757/JAI del Código, de 25 de octubre de 2004, relativa el establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos, las penas aplicables en ámbito del tráfico de drogas. Por otro lado, ampara también la previsión del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, al crear un tipo privilegiado, que rebaja la pena en caso de menor gravedad del hecho y por las circuns-

tancias penales del culpable sobre la reducción de la pena, siempre que no ocurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis y 370 del Código Penal.

También se introduce la regulación en el art. 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por las personas que pertenezcan a una organización criminal. Además, se incorporó el Capítulo VI al Título XXII del Libro II, los delitos de pertenencia a organizaciones y grupos criminales. Ambas invenciones legales crean significativos puntos jurídicos relacionados al concurso derivado, en vista de la posibilidad de que una conducta de tráfico de drogas realizada por una persona que sea parte de una organización criminosa puede incurrir en tipos penales codificados en diversas normas.

El art. 368 recibió una nueva redacción por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

Por lo que se refiere a la penalidad, se ha reducido considerablemente el límite máximo de la pena de prisión establecida en el art. 368 CP cuando las conductas tipificadas en el mismo se realicen con sustancias o productos causantes de grave daño a la salud, estableciendo la pena privativa de libertad de prisión de tres a seis años, cuando en la regulación anterior estaban castigadas con la pena de prisión de tres a nueve años. Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 no se hace ninguna indicación sobre el fundamento de tal modificación, en el Proyecto de la misma se indicaba que respondía a que el límite de nueve años de prisión ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal.

La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido un nuevo párrafo en el art. 368 CP que confiere a los Tribunales la decisión de imponer la pena

inferior en grado a las señaladas en el párrafo primero, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Discrecionalidad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los arts. 369 *bis* y 370.

Así la reforma del art. 368 CP afecta a la aplicación de penas privativas de libertad cuando el objeto material del delito son drogas que causan grave daño a la salud y establece la posibilidad de atenuación de las penas establecidas en dicho artículo en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

3. Análisis doctrinal y jurisprudencial de los delitos relativos a la droga

La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran que el bien jurídico tutelado en los delitos relativos a la droga es la salud pública. La salud pública tiene respaldo constitucional en el artículo 43.1, que reconoce el derecho de protección a la salud por el poder público a través de las medidas y prestaciones necesarias. Este bien jurídico de la salud pública tiene un carácter colectivo. Ello implica que a través de estos preceptos se protege la salud de la sociedad en general, de manera que la salud individual de cada uno de los ciudadanos se protege solo de manera indirecta, esto es, en la medida que la protección de la salud pública repercute en la protección de los ciudadanos (RIPOLLÉS; SÁNCHEZ, 2012, p. 49).

En el entendimiento de Acale Sánchez (2002, p. 20) la salud pública tiene que ser vista como un bien jurídico que se construye con la suma de la cada una de las saludes individuales, pero hay independencia de esta hasta el punto de que para entender que el bien jurídico fue afectado, no es preciso constatar siquiera la afectación negativa a la salud individual. En ese sentido, aunque la protección de la salud pública alcance a la salud individual, no puede resumir ni confundir con esta.

Rey Huidobro (1999, p. 63) también sigue esa línea al decir que cuándo el código alude a la salud pública no intenta referirse exclusivamente a enfermedad que afectan de forma epidémica la población, sino cualquier alteración de las condiciones individuales, mismo que sociales. Para el, cuándo se trata de salud pública se hace referencia a un valor universal y no exclusivamente nacional. Así puede afectar también intereses externos, por eso es indiferente si la droga se produce destinada a consumación externa o interna.

Por otro lado, si bien se considera un delito de peligro abstracto, el legislador exige nocividad en las sustancias objeto del delito, lo cual

deberá acreditarse en el juicio, “sin que ello convierta al delito examinado en un delito de peligro concreto, pues también los delitos de peligro abstracto exigen la prueba de la peligrosidad para el bien jurídico protegido” (SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

La jurisprudencia no ha sido unánime en ese sentido.

La Sentencia 890/2014 de 23 de diciembre del Tribunal Supremo entendió que el delito contra la salud pública tiene por objetivo la protección del destinatario de la droga, o sea, el consumidor o adquiriente. Este entendimiento utilizó como punto de partida los delitos contra la integridad física del sujeto pasivo de esos delitos. La decisión resalta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud pública de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud conforma la colectividad.

Así, para esa Sala, el ataque a la salud pública no tiene que ser real o efectivo, sino que sea potencial, pero tiene que incidir materialmente en la salud, basta con que sea potencial. En todo caso hay que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede debe tener condiciones de afectarla. Por eso, cuando la sustancia es de ínfima cantidad que no se pueda afectar la salud del destinatario de la sustancia, no hay agresión a la salud pública que es el bien esencialmente protegido en estas figuras delictivas.

La sentencia 861/2005 de 24 de octubre del STS entendió que hay un aspecto doble en relación con el punto de protección del bien jurídico. Si, por un lado, la salud de la persona que toma estupefacientes tiene que ser tutelada, de igual manera la comunidad social que se ve perturbada y alcanzada por el uso de las sustancias. Así han entendido que el legislador ha adelantado las líneas de defensa de ese valor público común, sancionando un amplio número de conductas que se clasifican como delictivas por el solo hecho de poner en peligro la salud pública. Por ese entendimiento el tipo penal se consuma cuando se realiza la conducta típica fijada por el legislador, sin la necesidad de que la sustancia haya llegado al poder de quien la iba consumir, ni que su consumo haya ocasionado concretos resultados perjudiciales a la salud, ya que es un tipo de consumación anticipada y de peligro abstracto.

De igual modo, la Sentencia 444/2005, de 11 de abril de la Sala 2ª del STS señaló que se sanciona la puesta en peligro del bien jurídico, por eso, debe ser excluido del tipo aquellas conductas en las que se puede excluir totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. Se requiere que el hecho no sólo infrinja una norma

objetiva, sino que también produzca la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que por la infracción formal de la norma haya un riesgo para el bien jurídico de la salud pública.

De cierta manera en la jurisprudencia hay consenso en relación con la potencial capacidad de generar riesgo abstracto para la aplicación del tipo, así, cuando no existe posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo no se realiza el tipo.

En nuestro entendimiento, eso no quiere decir que, llegado el momento de determinar la efectiva lesión del bien jurídico colectivo de la salud pública, se puede atender a la afección a la salud de personas individuales. Eso es posible cuando estos individuos considerados en sus circunstancias personales, ambientales y culturales, sea en condiciones de representar adecuadamente al conjunto de la sociedad cuya la salud se quiere proteger. En ese sentido, Díez Ripollés (2011, p. 141) entendió que la persona o personas aisladas que pudieren resultar afectadas en su salud individual no solo son el objeto material del delito, sino en la medida en que representan la sociedad se convierten en un sujeto pasivo social representado.

La atención al riesgo de difusión de la droga tiene relación directa con la condición colectiva del bien jurídico de la salud pública. En la tutela de bienes colectivos de peligro, hay un peligro común, ya que se refiere a una pluralidad de individuos. En el peligro concreto, la acción tiene que referirse a personas individuales, con independencia de identidad. Según Díez Ripollés y Muñoz Sánchez (2012, p. 22) aunque se exija un riesgo general de peligro, la acción concretamente peligrosa puede referirse a personas individuales. Estas personas se limitan a personificar el correspondiente peligro para la colectividad, a la que representa.

Por consiguiente, sí la conducta se configurase de modo que solo resulte peligrosa para una única persona o personas previamente determinadas por su identidad o singularidad, no se puede decir que hay un peligro común, ya que no existe afectación de una pluralidad indeterminada de personas.

El objeto material del delito son las drogas, las sustancias estupefacientes y las sustancias psicotrópicas¹¹, cuya extensión constituye objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial. El Código Penal no ofrece un concepto de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

¹¹ Las sustancias psicotrópicas fueran incluidas en el Código en la Reforma por la LO 1/1988.

Para la Organización Mundial de Salud la droga es toda sustancia que cuando introducida en un organismo vivo puede modificar una o varias funciones de éste, con la capacidad de generar dependencia por el deseo de usar la sustancia de modo continuado, sea para obtener sus efectos o para evitar el malestar por su falta.

Desde el punto de vista de la ciencia, para que una sustancia sea considerada droga tiene que actuar sobre el sistema nervioso central u otros sistemas del cuerpo humano. Además, tiene que producir tolerancia, lo que significa decir que, para que produzca el mismo efecto del principio de su uso, hay que tener un aumento progresivo de dosis. La sustancia también tiene que producir una dependencia física, en el sentido que sean producidos cambios fisiológicos por la interrupción del consumo. O producir una dependencia psicológica, revelada en un sentimiento de satisfacción y búsqueda de la repetición de la experiencia (JUBERT, 1999, p. 63).

La jurisprudencia, por el contrario, se basa en el contenido de las Listas aprobadas por los Convenios Internacionales ora suscritos por España para demarcar aquello que entiende como drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Las Listas se modifican de acuerdo con los cambios científicos que se introducen a lo largo de la historia.

La Ley 17/1967 en el apartado primero del artículo 2 considera sustancias estupefacientes aquellas incluidas en la lista I y II de las anexas al Convenio Único, sean las sustancias sintéticas o naturales. El Real Decreto 1194/2011 de 19 de agosto establece el procedimiento por medio del cual una sustancia natural o sintética, que no las incluidas en las listas I y II de las anexas, sea considerada una sustancia estupefaciente en el ámbito nacional.

Además, el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de Viena, de 21 de febrero de 1971, ratificado en 2 de febrero de 1973, entiende, por la fuerza del artículo 1 línea e, por sustancia psicotrópica “cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier material natural de las listas I, II, III e IV”.

Rey Hui Huidobro (1999, p. 105) entiende que drogas tóxicas son un género al que pertenecen los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Para ello, los términos estupefacientes y psicotrópicos sólo especifican la forma en que actúan. Así, la pluralidad de elementos empleados en la definición del objeto material del delito no sería necesaria, ya que se podía hacer referencia o a estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o a drogas tóxicas.

Acale Sánchez (2002, p. 37) explica que, a pesar del empleo del plural, al referirse al objeto material del delito, existirá un único delito de tráfico o difusión de drogas, aunque en una misma ocasión se trafique o se difundan drogas de distintas clases. Así, la autora entiende (*ibidem*, p. 76-78) que la interpretación correcta es entender que las listas sirven de apoyo para la interpretación jurisprudencial, así se puede deducir que un concepto penal de drogas tóxicas por lo cual, las listas sirven de criterio orientativo.

Esta formulación tan amplia del tipo recibe críticas porque implicaría una vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica, ya que equipara grados de ejecución imperfecta con la consumación y formas de participación al hecho con la autoría:

Un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinto de la autoría, equiparando valorativamente comportamientos que no pueden considerarse equivalentes (GARCÍA, 2009, p. 29).

Acale Sánchez (2002, p. 32) afirma que “el legislador deja señalado donde empiezan las conductas típicas (con el cultivo o la elaboración) y donde finalizan (con la puesta en circulación de las mercancías). Así, si la conducta típica comienza con los actos de cultivo o elaboración, aquellas que sean anteriores a estos actos, como, por ejemplo, la tenencia de productos que van a ser utilizados para el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas será castigada, en su caso, por el delito del 371 CP”.

El artículo 368 debe ser interpretado para su aplicación cuando se ejecuten actos que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, o se lleve a cabo, con la conducta alguno de los actos concretos que el propio tipo menciona. Actos que sean de cultivo, elaboración o comercialización.

La conducta de tráfico no se agota en las operaciones de comerciar, negociar, contratar y vender, sino tiene un significado mucho más amplio que se relaciona con la circulación y el tránsito de las sustancias. La jurisprudencia ya ha sostenido que el tráfico de drogas alcanza además del intercambio de dinero o cualquier bien o valor equivalente, también los actos de difusión y transmisión.

Según Acale Sánchez (2002, p. 44-46) el tráfico requiere la presencia de dos sujetos, el que entrega la droga y aquel que entrega algo en cam-

bio de la droga. Así, el concepto de tráfico requiere la entrega de drogas a cambio de algo que substituya su valor económico. De esa manera si opera el ánimo de lucro expreso en la sustantividad al acto de traficar. En el entendimiento de la autora, los actos de donación se castigan penalmente no en la forma de tráfico, sino en la modalidad “otro modo”.

La conducta de transporte en sentido estricto no sería un acto de tráfico de drogas ya que no supone entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa de valor a cambio de la droga, sino un acto a partir del cual se hace llegar a la droga a los consumidores directos o al comprador (*ibidem*, p. 47-58). Por eso, en la opinión de la autora, sería más adecuado encuadrarle en las conductas de “promover, facilitar o favorecer el consumo ajeno”.

Ya Rey Huidobro (1999, p. 47-58) entiende que el término “tráfico” alude a castigar todas las conductas descritas en el artículo 15 de la Ley de Estupefacientes, que, por tratar de una norma penal en blanco, deja eso para otros sectores del ordenamiento jurídico. Así, serían incluidas las conductas de almacenamiento y depósito, siempre que los estupefacientes vayan destinados al tráfico con terceras personas, también los actos de importación, exportación y tránsito, siendo todos actos de transporte. De igual modo, la adquisición cuando la sustancia adquirida se vaya a destinar a terceras personas y al consumo personal y la donación siempre que la cesión gratuita sea encaminada a promover, favorecer o facilitar la expansión del producto.

Así, sería trasladar la droga a una o más personas, mismo que a título no oneroso. Hay una translación de la pose del dominio o de la posesión (SANTOZIL, 2000, p. 20). Por ese entendimiento, hay que incluir en el concepto de la conducta todos aquellos actos que, a título oneroso o gratuito, trasladen el dominio o la posesión a una tercera persona. El Tribunal Supremo entiende que el tráfico en el momento de venta o transmisión de la droga cultivada y ya elaborada. Por esa lógica el acto de cultivar no puede estar incluso en esa conducta. Eso porque el propio Tribunal afirma que trasladar el dominio o posesión de la droga, no hay que expandirse eso a la elaboración o el cultivo.

Para Rey Huidobro (1999, p. 57) es indiferente que el transporte sea realizado por cuenta propia o de tercero, si el aquel que efectúa sabe que son productos estupefacientes pues si desconoce este hecho, hay en verdad una autoría mediata, por media de la cual, la conducta del ejecutor debe quedar impune por falta de dolo, atribuyéndose la práctica del delito aquella persona que se aprovechó de la ignorancia del ejecutor.

Con relación a la conducta de la fabricación, por fuerza del Convenio de 1961, se pueden considerar todos los procedimientos además de la producción que permitan obtener estupefacientes, incluidos la refinación y la transformación de unos de los estupefacientes en otros derivados. Así, la separación de las hojas de coca y de cannabis, así como del opio u otras plantas que se obtienen esas sustancias, son considerados como conductas de fabricación.

La conducta de elaboración también está prevista en el Convenio de 1971. El artículo 1, línea i, entiende por fabricación los procesos que permiten obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancia psicotrópica en otra sustancia psicotrópica. También se contiene en el término la elaboración de preparados distintos de los realizados con receta en farmacia.

Ya el artículo 11 de la Ley de 8 de abril de 1967, recogiendo el contenido y lo preceptuado en los Convenios antecedentes, establece que se atenderá por fabricación de estupefacientes el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis química; y por fabricación de preparados de estupefacientes la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente.

Pero conviene decir que en la ley penal se contiene un concepto amplio de elaboración. En efecto, el término elaboración que utiliza el Código Penal es más extenso que el de fabricación, ya que comprende la obtención de cualquier producto, mediante mezclas u otro tipo de combinación, que tenga propiedades de las drogas, tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

4. Atipicidad del consumo y del consumo compartido

Como ya resta claro hasta ese punto del trabajo, la simple tenencia para el consumo no es considerada delito, ya que la propia redacción del tipo penal no incluye esa conducta, luego la posesión de drogas para el consumo personal es una conducta penalmente atípica.

Puesto que la salud pública es entendida como la suma de las saludes individuales, Joshi Jubert (p. 107) explica que a efectos penales el autoconsumo debe estimarse atípico ya que no pone peligro la salud pública, sino la salud individual. No puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular. Eso porque, el autoconsumo, aunque pueda perjudicar la salud individual, no tiene potencial de poner en riesgo

la salud pública por no suponer la difusión entre sujetos inconcretos. O sea, la conducta no es idónea para difundir o propagar el consumo de drogas tóxicas.

Para Diez Ripollés y Muñoz Sánchez (2012, p. 50-51) de acuerdo con la estructura típica del delito de aptitud para la producción de un daño, para que el comportamiento de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas sea penalmente relevante, es preciso que la acción concretamente realizada sea peligrosa para la salud pública. Tal exigencia se refiere a que la acción sea apta, idónea para producir un peligro para la salud pública. Tal aptitud se refiere a la capacidad de la conducta enjuiciada de realizar difusión indiscriminada de la droga. Y por difusión indiscriminada se entiende la diseminación y accesibilidad de la droga entre personas indeterminadas. Tal exigencia deja de fuera del tipo las conductas relacionadas con la demanda de la droga, no solo el autoconsumo y las conductas relacionadas con el consumo personal, tampoco el consumo compartido entre drogodependientes.

En España, la mera posesión de drogas no es constitutiva de un delito. Siempre que la posesión sea destinada al consumo propio o compartido y no se destine al tráfico ilegal de estupefacientes, no hay delito. Pero no siempre fue así. En función de la ratificación de la Convención Única de Estupefacientes de 1961 se aprobó la reforma del Código Penal por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

El artículo 344 preveía la punición para aquellos que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serían punidos con pena de prisión y multa.

Ante una fundada duda acerca de la punición tenencia para el consumo, se instauró una discusión doctrinal, que fue resuelta por el Tribunal Supremo. La decisión STS de 23 de mayo de 1975, declaró que la penalidad del artículo supra mencionado hacía referencia a la tenencia para el tráfico y no para el consumo.

La Ley Organiza 8/1983 no incluyó en la descripción del tipo penal la tenencia para el consumo. La expresión “o de otro modo” fue suprimida del texto legal y la distinción de tratamiento penal según la gravedad y potencial de daño conjetura una rebaja de las penas. Por la reforma producida por la Ley Orgánica 1/1988 el tipo básico del delito de tráfico de drogas fue otra vez reformulado. La expresión “de cual-

quier otro modo” ha sido recuperada y nuevos tipos penales agravados son creados. Además, se han introducido nuevas figuras típicas para la punición de aquellos que “se aprovechen de los efectos y beneficios derivados del tráfico de drogas”.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, STS 1038/1996 de 20 de diciembre de 1996, señaló que la posesión de droga para consumo propio no es una conducta delictiva y por eso hay necesidad de que sea elaborado un juicio que considere los datos objetivos del hecho. Para que la droga sea considerada como destinada al consumo, es necesario la prueba de la destinación para el consumo de la sustancia estupefaciente. Hay que considerar cantidad, variedad y pureza de la droga, así como la condición de drogodependiente o consumidor ocasionar de aquel que es el tenedor de la sustancia. Además, se ha considerado las circunstancias de la tenencia acompañada de dinero de naturaleza no justificada, tenencia de instrumentos para distribución, empaquetamiento, pesaje o adulteración de la droga. Por fin, se señaló la necesidad de acreditar a quien es el destinatario de la droga, ya que el tráfico presupone difusión entre terceros.

Más recientemente, la sentencia de 20 abril de 2017 del Tribunal Supremo indica que el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que el presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla.

Después de la unificación del criterio por la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004¹² deja clara la motivación del juicio en la determinación de que la posesión estaba preordenada al tráfico. Ya que el supuesto en el que se ha acreditado por la prueba directa, por la posesión objetiva de la droga, el elemento del tipo del artículo 368 del Código Penal se ha configurado. Ese particular ha sido reconocido por el acusado y reafirmado por los testigos policiales, bien como por los análisis periciales de la sustancia. El Tribunal Supremo en la Sentencia 650/2013 de mayo declaró que la mera fijación en

¹² STS (Sala de lo Penal) núm. 1087/2004, de 27 de septiembre.

gramos de la cantidad no es criterio bastante para diferenciar la posesión no delictiva de aquella que produce consecuencias penales. Todavía se entendió que hay que incurrir en responsabilidad penal cuando la droga se destina a terceros y no la hay cuando el poseedor la destina a su propio consumo. Por ello, la cantidad por sí misma no tiene la capacidad de distinguir la destinación de las sustancias, sino analizada en cada caso concreto ante el conjunto probatorio e indiciarios que la acompañan.

Imagen 1 - Tabla con cantidad de las sustancias dosis por sustancia

Sustancia Tóxica	Heroína	Cocaína	Haschís	LSD	MDMA	Afetamina	Mariguana
Dosis para consumo diario	0,6 gr 600 mg	1,5 gr	5 gr	0,6 mg	480 mg	0,18 gr 180 mg	20 gr
Dosis Máximas (5 días)	3 gr	7,5 gr	25 gr	3 mg	1.440 gr	900 mgrs	100 gr

4.1. El consumo compartido

La jurisprudencia en España ha consolidado una interpretación que considera no incluidos en el tipo básico del delito de tráfico de drogas lo que ha denominado consumo compartido. Se incluyen en el consumo compartido no sólo los casos de aportación por varios adictos de un fondo común para adquirir la sustancia que luego consumen conjuntamente, sino también la entrega o invitación gratuita de droga a adictos para compartir su consumo inmediato (RIPOLLÉS; SÁNCHEZ, 2012, p. 60).

La conducta de compra compartida, así como las adquisiciones en régimen de comunidad, permuta e invitación mutua al consumo compartido de la droga son consideradas como socialmente aceptadas

(GARCÍA, 2009, p. 42-44). Así, Orts Berenguer (2010, p. 23) explica que es un caso de “compra compartida”, ya que las aportaciones económicas son hechas por un grupo de personas con el objetivo común de adquisición de la droga por una persona para que todos los otros tengan acceso a ella.

Por ello se entiende que hay una ausencia de peligro para la salud pública (bien jurídico protegido). No se incurren en los actos de difusión o favorecimiento a terceros ajenos a la relación, ya que la droga se destina al consumo de un grupo de personas determinadas.

Por eso el Tribunal Supremo¹³ decidió que el consumo compartido es comparable a la atipicidad por consumo propio, por ello no es punible. Se ha mantenido la exclusión de la tipicidad por el consumo compartido con bases en el hecho de que no hay una incitación o promoción del consumo.

Así, el consumo compartido es considerado una conducta colectiva de consumidores en la que las funciones relativas a la adquisición y transporte están ya difundidas entre los miembros de aquel grupo.

El Tribunal Supremo estableció a lo largo de los años los requisitos para que el consumo compartido no suponga un riesgo para el bien jurídico:

1. Adicción – para que no haya un riesgo de implosionarles al consumo, los consumidores que se agrupan para fines del consumo compartido tienen que ser adictos. Aún que sea posible el consumo ocasional¹⁴, es importante la habituación del consumo;
2. Dosis mínima – la cantidad de droga no debe superar aquella que se tiene como dosis media destinada al consumo propio y principio activo de la sustancia. Así, la droga destinada al consumo ha de ser insignificante en el sentido de no suponer dolo de traficar. Cuando la cantidad es superada, la tenencia se supone destinación al tráfico de drogas;

¹³ (STS 1194/2003 de 18 de septiembre; STS 1312/2005 de 13 de noviembre o STS 1441/2000 de 22 de septiembre).

¹⁴ STS nº775/2004 de 14 de junio; STS nº210/2009, de 6 de marzo y STS nº718/2006, de 30 de junio; SAP Alicante, 2ª, nº449/2010, de 7 de junio; SAP Murcia, 3ª, nº64/2010, de 24 de septiembre; SAP Valencia, 5ª, nº728/2010, de 7 de diciembre.

3. Lugar cerrado – el consumo tiene que realizarse en lugar cerrado¹⁵ ya que la droga debe permanecer exclusivamente en el núcleo de personas que participan económicamente de ello. El requisito es importante ya que evita el contacto de terceros desconocidos con la droga y los impide que tengan posibilidad de participar del consumo y distribución.
4. Identificación – los consumidores tienen que ser personas ciertas y determinadas (SANCHEZ; RIPOLLÉS, 2012, p. 62-63).

Como ya resta claro hasta ese punto del trabajo, la simple tenencia para el consumo no es considerada delito, ya que la propia redacción del tipo penal no incluye esa conducta, luego la posesión de drogas para el consumo personal es una conducta penalmente atípica. Puesto que la salud pública es entendida como la suma de las saludes individuales, Joshi Jubert (1999, p. 107) explica que a efectos penales el autoconsumo debe estimarse atípico ya que no pone peligro la salud pública, sino la salud individual. No puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular. Eso porque, el autoconsumo, aunque pueda perjudicar la salud individual, no tiene potencial de poner en riesgo la salud pública por no suponer la difusión entre sujetos inconcretos. O sea, la conducta no es idónea para difundir o propagar el consumo de drogas tóxicas.

Muñoz Sánchez y Díez Ripollés (2012, p. 49-50) sostienen que el tipo penal del artículo 368 del CP presenta una estructura típica de un delito de peligro abstracto-concreto que exige que la acción sea apta o idónea para lesionar el bien jurídico de la salud pública. Por eso, el resultado que se trata de impedir por medio de la tipificación es la difusión de la droga entre terceras personas. Así, no es suficiente que con que la acción sea adecuada para originar un peligro para la salud pública, sino que se exige además que en la situación concreta sea posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera logrado causar un peligro efectivo para la salud pública.

Por esa misma lógica, el consumo colectivo de drogas, siempre que tiene lugar entre adultos y en la intimidad, pierde su carácter público.

¹⁵ Para la conceptualización de “lugar cerrado” STS nº210/2009, de 6 de marzo; STS nº765/2007, de 21 de septiembre; STS nº718/2006, de 30 de junio; referente a discotecas, SAP Girona, 3ª, 506/2004, de 10 de junio; lugares poco frecuentados, SAP Alicante, 3ª, 697/2007, de 5 de diciembre; bares, STS 718/2006, de 30 de junio; fiestas en carpas, SAP Zaragoza, 3ª, 76/2007, de 26 de noviembre.

Ya que no hay afectación de la salud pública, sólo la salud de individuos concretos que consienten su ingestión. Eso porque el cultivo compartido en un círculo cerrado de personas, previamente singularizadas e identificadas (SÁNCHEZ, 2015, p. 377), unidas por el interés común de consumir droga en condiciones seguras, no configura un riesgo para la salud pública, ya que no se crea un peligro común que afecte a una pluralidad indeterminada de personas. Por ello, cuando el consumo colectivo de drogas tiene lugar entre adultos y en la intimidad, pierde su transcendencia pública, no afectando la salud pública, sino la salud de individuos concretos.

Así, hay la posibilidad de un consumo compartido, de actuaciones asimilables al autoconsumo. Aunque se alcance a una colectividad, no es un número indeterminado de personas. No se puede afirmar que sería un comportamiento propio de la oferta de drogas, sino que se trata de comportamientos propios de la demanda, que pretenden que personas deseadas de consumir droga puedan hacerlo sin entrar en contacto con el mercado ilegal. El mismo se da para el cultivo con fines de compartir entre personas mayores y capaces.

4.2. Infracciones administrativas para el uso de drogas

Aún que el consumo de drogas no sea punible en la legislación penal española, hay previsión de sanciones de naturaleza administrativa para la tenencia y consumo en lugares público.

La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 1 de febrero de 1992, pasó a considerar infracción de naturaleza grave contra la seguridad ciudadana, el consumo en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes públicos. Además, se sancionaba la tenencia ilícita de las sustancias, aunque no estuviera destinadas al tráfico. También la tolerancia del consumo en establecimientos públicos pasó a ser una infracción administrativa. Esa legislación ha puesto fin a la ausencia de previsión sancionadora de la tenencia y del consumo en el ordenamiento jurídico español.

La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, ratificó que el consumo y la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares públicos es una infracción grave contra la seguridad ciudadana, aunque no sean destinadas al tráfico. El artículo 36.16 de la Ley Orgánica 4/2015 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sanciona:

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.

Esto quiere decir que está prohibido el consumo o la tenencia de cualquier tipo de sustancia en la vía pública, entendiéndose por vía pública cualquier tipo de transporte o establecimiento accesible a cualquier persona.

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana tipificó las infracciones en muy graves, graves y leves. El consumo o tenencia de drogas en lugares públicos está clasificado como una infracción grave, así como la plantación y cultivo ilícito de drogas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal. El artículo 39 de la Ley establece que las infracciones graves serán sancionadas con multa de 601 a 30.000 euros.

Serán infracciones graves (artículo 36):

16. El consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas a 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.

17. El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito.

18. 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.

19. La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

Sanciones (Artículo 39, Artículo 43)

De 601 a 30.000 euros por infracciones graves.

Las multas por infracciones graves se dividen en tres tramos, el grado mínimo comprenderá la multa de 601 a 10.400 euros;

el grado medio, de 10.401 a 20.200 euros, y el grado máximo, de 20.201 a 30.000 euros.

En cada grado, para la individualización de la multa se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública
- e) El grado de culpabilidad
- g) La capacidad económica del infractor

Como regla general, se impondrá la multa en grado mínimo. Se sancionará con multa en grado medio cuando se acredite la concurrencia, al menos, de unas de las siguientes circunstancias (Art. 33)

- a) La reincidencia, por la comisión en el término de dos años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado en resolución firme en vía administrativa.
- c) La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación. (Abogado delito posesión drogas Málaga).

Para ello se crea en el Ministerio del Interior un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana. Este registro contendrá:

- a) Datos personales del infractor.
- b) Infracción cometida
- c) Sanción o sanciones firmes en vía administrativa impuestas, con indicación de su alcance temporal, cuando proceda
- d) Lugar y fecha de la comisión de la infracción
- e) Órgano que haya impuesto la sanción

El tipo de infracción cometida condiciona la imposición de una multa en grado mínimo (entre 601 a 10.400 euros), medio (entre 10.401 a 20.200 euros) o máximo (20.201 a 30.000). La imposición del grado queda a criterio de la Administración pública que deberá considerar una serie de criterios como la entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública; el perjuicio causado; la alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento de la población de bienes y servicios; el perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana. Además, hay que considerarse el grado de culpabilidad y

la capacidad económica del infractor de la ley, así como el beneficio económico obtenido por la comisión de la infracción.

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana establece los grados mínimo, medio y máximo para la graduación de las sanciones, orientada por el principio de la proporcionalidad. La regla es que la sanción parte del grado mínimo. Para la sanción con multa en grado medio, deberá acreditarse la concurrencia, al menos de una de las siguientes circunstancias:

1. La reincidencia, por la comisión en el término de 2 años de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa
2. La realización de hechos interviniendo violencia, amenaza o intimidación.
3. La ejecución de los hechos usando cualquier tipo de prenda u objeto que cubra el rostro, impidiendo o dificultando la identificación
4. Que en la comisión de la infracción se utilice a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección o en situación de vulnerabilidad

La infracción sólo se castigará con multa en grado máximo cuando los hechos revistan especial gravedad y así se justifique teniendo en cuenta el número y la entidad de las circunstancias concurrentes y los criterios en cada grado, ya que para la individualización de la multa, se tendrán en cuenta la entidad del riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública; cuantía del perjuicio causado; trascendencia del perjuicio para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana; la alteración ocasionada en el funcionamiento de los servicios públicos o en el abastecimiento a la población de bienes y servicios; el grado de culpabilidad; el beneficio económico obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción; la capacidad económica del infractor.

5. Conclusiones

Este trabajo presentó cómo lo sistema legal español aborda el tema de las drogas dentro de sus respectivas leyes penales y su aplicación en casos concretos, considerando las perspectivas legislativo, doctrinal y

jurisprudencial. En este sentido, se presentó la historia de las legislaciones editadas a lo largo de la historia. El análisis, sin embargo, buscó entender cómo la ley de drogas ha sido influenciada por los tratados internacionales sobre este tema. Desde el principio del siglo XIX han sido identificadas inúmeros textos nacionales e internacionales relativos a las cuestiones de la adicción, así como al tráfico de drogas, con el objetivo de criminalizar y fiscalizar conductas relativas a esa temática.

Aunque la legislación fue influenciada por el modelo prohibicionista y el de tolerancia cero con relación a las drogas, en el caso español, nunca, al largo de la historia, la legislación ha previsto una sanción penal para casos de consumo de drogas y sustancias estupefacientes. Por el contrario, el asunto es tratado por la esfera administrativa imponiendo una multa en casos específicos

En este sentido, la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de los tipos penales que involucran delitos de drogas refleja el tema desde la salud pública como el bien protegido, percibiéndola como la salud de toda la comunidad y no de un individuo específico, configurando, así, un delito de peligro que, por la discusión dentro del país europeo, debe ser de peligro abstracto-concreto, como la suma de saludes individuales indeterminadas. Incluso llama atención la centralidad de la pureza de la sustancia estupefaciente para delimitación del potencial de peligro de la droga para la salud pública, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

La descripción de conductas que engloban el tráfico de drogas ha sido muy amplia, considerando que prácticamente cualquier conducta que sea relacionada con las dichas drogas o sustancias estupefacientes trae consigo la comisión de un delito. La expresión del artículo 368 del Código Penal español “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico de drogas”, así como la amplia descripción de conductas en la Ley 11.343/06 en Brasil, revelan la dificultad de los sistemas en establecer un grado de participación, ya que en los dos casos la posesión de droga supone y presume una conducta consumada (de tráfico).

Este escenario, vinculado al silencio de los textos legislativos al presentar criterios que diferencian la posesión para el consumo y para el tráfico, exige la consolidación de interpretaciones judiciales que unifiquen la comprensión en relación con casos concretos, otorgando mayor seguridad jurídica al ciudadano ante el derecho penal.

En España la jurisprudencia ha fijado el análisis de la destinación de la droga al tráfico a partir de criterios de cantidad. La mera posesión

de drogas no constituye un delito de tráfico ya que puede destinarse al consumo. Todavía, el propósito con que se posee una determinada cantidad de droga, en los supuestos normales en que el mismo no es explicitado por el poseedor, es un hecho de conciencia, que no puede ser puesto de manifiesto por una prueba directa sino sólo deducido de la constelación de circunstancias que rodean la tenencia, de manera que es una deducción o inferencia del juzgador, lo que permite afirmar, en orden a la consideración del hecho como típico o atípico, que el presunto culpable se proponía traficar con la droga, o por el contrario consumirla.

Por cuenta de esto, la cantidad de drogas es considerada por la jurisprudencia como el punto de partida para que el juicio o tribunal juzgar sobre la destinación de la droga. Así, el Tribunal Supremo utiliza una tabla elaborada por el Instituto Nacional de Toxicología el 18 de octubre de 2001 sobre las dosis medias de consumo diario, que se mantiene en su jurisprudencia. El Instituto Nacional de Toxicología mantiene que un consumidor habitual suele adquirir para sí mismo la cantidad necesaria para 5 días. Así, a lo largo de los años, se ha fijado un marco en la jurisprudencia española, ya que presenta criterios para diferenciación del destino de la droga, considerando la cantidad, el consumo diario presunto del consumidor y la cantidad que sea razonable para el consumo de un número indeterminado de días.

Referencias

- BALLESTER, Beltrán. **Breve historia social y jurídica del consumo y tráfico de drogas**. Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1990, p. 31.
- BERENGUER, Orts, en AAVV. **Derecho Penal. Parte Especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, ISBN 978-84-9876-955-5.
- DE LA CUESTA, Arzamendi. **El marco normativo de la droga en España**. *RGLJ*, n. 3, 1988.
- DE LA CUESTA, Arzamendi. **Política criminal en materia de drogas en España tras el nuevo Código Penal**. Cuadernos de Derecho Penal, 1998.
- GAMELLA y JIMENEZ. **A Brief History of Cannabis Policies in Spain (1968–2003)**. *Journal of Drug Issues*, 2004.
- GAMELLA y JIMENEZ. **La Cultura Cannábica en España: La Construcción de una Tradición Ultramoderna**. 2015.
- GARCÍA, Álvarez. **El delito de tráfico de drogas**. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- HUIDOBRO, Rey. **El tráfico de drogas**. Tirant lo Blanc. Valencia, 1999.

JUBERT, Joshi. **Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP.** Bosh, 1999.

MENGUEZ, Moyna. **Código Penal. Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre del Código Penal.** Comentarios y jurisprudencia. Madrid, 1995.

MUÑOZ SANCHÉZ. **La evolución de la política criminal de drogas en España.** Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 2008.

MUÑOZ SANCHÉZ. **“La relevancia penal de los clubes de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial”.** Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014.

MUÑOZ SANCHÉZ. **“La sustracción del látex de la adormidera en plantaciones autorizadas”.** Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2008.

OLIVARES, Quintero. **El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo, en Drogas: aspectos jurídicos y médico legales.** Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1992.

RIPOLLÉS, Díez y SÁNCHEZ, Muñoz. **La licitud de la autoorganización del consumo de drogas.** Jueces para la Democracia n° 75, noviembre 2012.

RIPOLLÉS, Díez. **La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada.** Tirant lo Blanch, 1993.

RIPOLLÉS, Díez. **La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente.** ADPCP, 1987.

RIPOLLÉS, Díez. **Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.** 1989.

RIPOLLÉS, Díez. **Derecho penal. Parte General. En esquemas.** Tirant lo Blanch. 3ª ed. 2011.

ROSA DEL OLMO. **A Face Oculta da Droga.** Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SANCHEZ, Acale. **Salud pública y drogas tóxicas.** Tirant lo Blanch, 2002.

SANCHEZ, Aranguez. **Criterios Del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas.** Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 1-4-1999.

SAZATORNIL, Sequeros. **El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución Normativa, Doctrinal y Jurisprudencial.** La Ley, 2000.