

# LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS EN ESPAÑA\*

Juan Muñoz Sánchez

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad de Málaga

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Modelos actuales de política sobre drogas. 3. El modelo español: desde un modelo prohibicionista a un modelo integrado. 4. Análisis crítico de los resultados obtenidos en España con el modelo prohibicionista. 5. Intentos doctrinales y jurisprudenciales de racionalización de la política criminal de drogas. A) Interpretaciones que tratan de adaptar el actual modelo represivo a las exigencias de la política de reducción de daños. B) Propuestas de modificación legislativa. 6. Límites y problemas que plantean los programas de reducción de daños. Nota bibliográfica.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar la evolución de la política criminal de drogas en España en los últimos años.

Para ello voy a comenzar exponiendo los actuales modelos de política de drogas, deteniéndome en el modelo acogido por nuestro ordenamiento jurídico. Una vez analizada la política criminal de drogas adoptada por el legislador español, me ocuparé de la situación actual de las drogas en España y de la evolución que ha tenido esa política en los últimos años. En concreto, analizaré si se han conseguido los

finés propuestos y los efectos colaterales que ha tenido tal política.

Por último, trataré los problemas que plantea la coexistencia de un modelo prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial, los distintos intentos de la jurisprudencia y la doctrina para ofrecer una respuesta racionalizadora de los problemas que plantea la actual regulación legal de las drogas y los límites que presenta el actual modelo para el desarrollo de una política de reducción de daños, así como una propuesta de reforma legal que ofrezca viabilidad legal a los distintos programas de reducción de daños.

\* Ponencia presentada en el curso "La persistente realidad del tráfico de drogas" de la XI Edición de la Escuela de Verano del Poder Judicial. A Coruña. Junio/Julio 2007.

## 2. MODELOS ACTUALES DE POLÍTICA SOBRE DROGAS

En la década de los 80 se generalizó la opinión de que la política sobre drogas desarrollada estaba resultando un fracaso. Ello dio lugar a dos tendencias contrapuestas y a una vía intermedia que conforman los tres modelos actuales de política de drogas.

a. La primera de ellas insiste en la necesidad de incrementar la persecución, sobre todo penal, de esas conductas. Atribuye los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado el modelo represivo.

Esta tendencia representa el **modelo prohibicionista** o de represión absoluta.

Es una opción de política criminal que parte de la convicción de que la única forma de luchar contra las drogas ilegales es la represión penal a fin de impedir el acceso de los individuos a tales sustancias mediante la amenaza de la pena. Este modelo viene configurado a nivel internacional por la Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 y en España por el Código Penal vigente.

b. La segunda tendencia cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista. Pone de manifiesto el fracaso en el objetivo propuesto de erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas; cuestiona los efectos colaterales contraproducentes que conlleva, como el que haya originado organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad o que los recursos del sistema judicial penal se vean desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas, y llama la atención sobre que la protección a la salud a que aspira resulta notablemente distorsionada, en el sentido de que no se respeta el principio de que la salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada y porque la prohibición convierte a la droga en un producto de escasa calidad que es fuente de muchos daños a la salud de los consumidores,

estando ligados muchos de ellos a la ilegalidad de las drogas y no a la drogas mismas.

Esta opción representa el **modelo de despenalización controlada** que propone una política alternativa con los siguientes rasgos:

1. La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia de los consumidores.

2. No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos.

3. Debería existir un estricto control administrativo de la producción y venta de drogas.

4. Debería castigarse penalmente el suministro de drogas a menores de edad o a personas carentes de capacidad de decisión autónoma.

Este modelo se ha concretado en diversas propuestas que han tenido lugar en distintos países: la propuesta suiza de Joset-Albrecht, que propone la despenalización del consumo y del tráfico del cannabis, castigándose sólo las conductas de difusión de drogas; la propuesta de ley del Partido Radical Italiano, que propone un régimen de monopolio distinto para cada sustancia psicoactivas; el Manifiesto de Málaga por una nueva política sobre drogas, elaborado por el Grupo de Estudios de Política Criminal, que propone un régimen de comercio controlado, similar al control administrativo de los medicamentos.

c. Una vía intermedia entre estos dos modelos es la **política de reducción de daños**, que no cuestiona la actual política represiva, ni se pronuncia a favor de la despenalización controlada.

Se ha ido configurando como un modelo de racionalización de la actual política sobre drogas que asume el fracaso del prohibicionismo en su objetivo de eliminar o reducir el consumo, así como los daños colaterales a la salud a que da lugar el enfoque represivo. Se centra en contrarrestar los daños del enfoque represivo en los ciudadanos y, en especial, en minimizar los daños a la salud de los consumidores.

Estas políticas terminan configurándose en algunos casos como auténticas alternativas a la

política represiva, si bien en ámbitos limitados e integrando las contradicciones derivadas del enfoque general represivo adoptado.

La constatación de que estas políticas de reducción de daños han disminuido las muertes asociadas a la droga y las enfermedades infecciosas en los drogodependientes ha empujado a las instancias internacionales y nacionales a integrarla en el modelo prohibicionista, surgiendo así un nuevo modelo de política sobre drogas, **el modelo global, integrado y equilibrado**.

Esta nueva orientación opta por un “enfoque global, equilibrado y coordinado” que abarque el control de la oferta y la reducción de la demanda, de modo que se refuercen mutuamente. Sin negar los planteamientos prohibicionistas, apuesta también por una decidida reducción de la demanda mediante el fortalecimiento de los tratamientos, la rehabilitación y la reinserción social de los toxicómanos.

El primer documento donde aparece este nuevo enfoque es la Declaración de la Sección especial de la Asamblea de Naciones Unidas, celebrada en Nueva York los días 8 al 10 de junio de 1998 (<http://www.pnsd.msc.es>). En su Declaración política se observa un nuevo planteamiento de Naciones Unidas en relación con el problema de las drogas. A diferencia de la Convención de Viena de 1988, que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales con el propósito de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos con el fin de controlar la oferta, la Declaración de 1998 presta una particular atención, sin precedentes, a la reducción de la demanda. Así reconoce que “la reducción de la demanda es un pilar fundamental del enfoque global para la lucha contra el problema de la droga” y adquiere “el compromiso político, social, sanitario y educativo sostenido de invertir en programas de reducción de la demanda que contribuyan a reducir los problemas de salud pública, mejorar la salud y el bienestar personal, promover la integración social y económica, fortalecer los regímenes familiares y hacer a las comunidades más seguras”. A pesar de su apuesta decidida

por la reducción de la demanda, la citada Declaración no utiliza en ningún momento los términos “reducción de daños”.

Este nuevo enfoque global, integrado y equilibrado es la base del planteamiento de la Unión Europea relativo al problema de las drogas en el nuevo siglo. A diferencia de la Declaración de la Sección especial de la Asamblea de Naciones Unidas de 1998, aquí se opta claramente por la reducción de daños.

La Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2000-2004) (Nota del Comité de Representantes al Consejo de 1 de diciembre de 1999 nº doc. prec 12555/99 COR-DROGUE 64. REVZ), que abarca todas las actividades de la Unión Europea en relación con las drogas, propugna entre los objetivos prioritarios una reducción sustancial de la incidencia de los daños para la salud relacionados con las drogas. Y el Plan de acción de la Unión Europea en materia de lucha contra las drogas (2000-2004) (COM (1999) de 26.05.1999), instrumento crucial para trasladar la estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra las drogas (2000-2004) en acciones concretas, hace hincapié en la reducción de la demanda como pauta de un enfoque integrado del problema de las drogas, y recomienda adoptar un planteamiento más dinámico para la prevención y la reducción de riesgos asociados para la salud.

Especial importancia en la configuración de la política en materia de drogas en la Unión Europea tiene la Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2004 relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia (DO L 165 03.07.2003), que establece el deber de los Estados miembros de fijar como objetivo de salud pública la prevención de la drogodependencia y la reducción de los riesgos asociados a ésta. En concreto establece que los Estados miembros deben:

- ofrecer información y asesoramiento a los consumidores de drogas para facilitar la reducción de riesgos y facilitar su acceso a los servicios oportunos

- proporcionar tratamientos sin droga, así como tratamientos de sustitución de opiáceos
- facilitar a los drogodependientes encarcelados un acceso similar a los servicios que se prestan a los drogodependientes que están en libertad
- proporcionar el acceso a la distribución de preservativos y material de inyección, así como programas y centros para su intercambio

El Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre la aplicación de la citada Recomendación (COM (2007) 199 final de 18.04.2007) pone de manifiesto que todos los Estados miembros disponen de políticas e iniciativas que reflejan en gran medida las de la recomendación: casi todos los Estados miembros disponen de una política para promover la integración adecuada de los servicios sanitarios y los especializados en reducción de daños, todos los Estados miembros ofrecen tratamientos contra las drogas, como el tratamiento de sustitución de opiáceos, y que en la mayoría de los países se dispone de programas de intercambio de agujas y jeringas.

La Estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (Nota de la Secretaría General al Consejo Europeo 150/74, de 22 de noviembre de 2004) y el Plan de acción en materia de lucha contra las drogas (2005-2012) (Boletín Oficial de la Unión Europea 2005/C 168/01) insisten en que el enfoque integrado, multidisciplinario y equilibrado que combina reducción de la demanda y control de la oferta seguirá siendo la base del planteamiento de la Unión Europea relativo al problema de la droga en el futuro y pretenden fomentar la utilización de los instrumentos existentes y desarrollar nuevos instrumentos.

Por último, la Decisión Marco del Consejo relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (Consejo de la Unión Europea DG H II 279/04, de 20 de septiembre de 2004) presenta una diferencia importante res-

pecto a la Convención de Viena de 1988, pues se excluye de las conductas que deben ser castigadas penalmente la posesión, la adquisición o el cultivo con fines de consumo personal.

### 3. EL MODELO ESPAÑOL: DESDE UN MODELO PROHIBICIONISTA A UN MODELO INTEGRADO

En la Convención de Viena de 1988 se recogen una serie de prescripciones a los Estados Partes para que adopten las medidas necesarias con el objeto de tipificar como delitos en su derecho interno un amplio catálogo de conductas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se propone criminalizar todos los comportamientos relacionados con el tráfico y consumo de drogas, incluidos la posesión, la adquisición o el cultivo para el consumo personal. Nuestro país, como Estado Parte de la Convención, ha acogido plenamente estas directrices.

La regulación del tráfico de drogas que ofrece el Código Penal vigente procede de la reforma operada en el Código penal anterior por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, completada con las modificaciones realizadas por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Aunque la Reforma de 1988 precedió a la Convención, es una realidad que se formuló siguiendo los distintos borradores de la Convención. Tal sintonía se muestra ya en la Exposición de Motivos de la Ley, donde se atribuye a la reforma la finalidad de aumentar la eficacia preventiva general de los preceptos penales por la vía de aumentar las penas y ampliar los tipos agravados.

Esta aptitud represiva se manifiesta claramente en la amplia formulación legal del tipo básico del delito de tráfico de drogas. El artículo 368 del Código Penal castiga a *“los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o, de cualquier otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, es-*

*tupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con esos fines”.*

El núcleo de la configuración legal del delito de tráfico de drogas radica, pues, en la promoción del consumo de tales sustancias, de modo que cualquier conducta que tienda a acercar la droga a eventuales consumidores, entra de lleno en la tipicidad del artículo 368, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no.

Se castiga también la posesión de la droga “con aquellos fines”. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia interpretan que con esta expresión se está haciendo referencia a todos los fines expresados en el precepto, es decir, que es punible la posesión con alguno de los siguientes fines: el cultivo, la elaboración, el tráfico o el favorecimiento, facilitación o promoción del consumo ilegal.

La reforma cumplió ampliamente las demandas internacionales respecto a la creación de tipos agravados; no sólo se han mantenido los existentes, ampliando su ámbito de punición, sino que se han creado nuevas agravaciones. En la actualidad su número supera las propuestas por la Convención y las que coinciden, su contenido es mayor en el Código penal español:

Se prestó una especial atención a la propuesta internacional de elevar las penas en estos delitos, lo que hace de una manera extraordinaria: se imponen penas de prisión siempre superiores a un año y que pueden superar fácilmente la pena del homicidio.

Nuestro legislador ha mostrado una aptitud más moderada dentro de la opción represiva en dos aspectos en los que se separa, al menos parcialmente, de las propuestas de las Naciones Unidas. Por un lado, mantiene la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no y, por otro lado, no da el paso demandado por la Convención de castigar las conductas orientadas al consumo personal. Sin embargo, solo parcialmente se puede afirmar que nuestro legislador no haya acogido la pretensión de las Naciones Unidas de castigar también la posesión para el consumo personal

porque si bien no se castiga penalmente, si se sanciona administrativamente. La Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992 ha puesto fin a la ausencia de toda previsión sancionadora de la tenencia y el consumo de drogas, al considerar infracciones graves contra la seguridad ciudadana las siguientes conductas:

- el consumo de drogas en lugares públicos, vías, establecimientos o transportes públicos (art. 25.1).
- la tenencia ilícita de esas sustancias aunque no estuvieran destinadas al tráfico (art. 25.1).
- el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para el consumo (art. 25.1).
- 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 de los mismos (art. 23. i).

Estas conductas están sancionadas con multas que pueden llegar hasta cinco millones de pesetas, la retirada de armas y de las licencias o permisos correspondientes, la suspensión del permiso de conducir vehículos de motor hasta tres meses y la correspondiente incautación de los instrumentos y efectos, o de las drogas.

Por otra parte hemos de tener en cuenta la Ley 17/1967, de 8 de abril, de normas reguladoras sobre estupefacientes que prohíbe cualquier uso de estupefacientes “con excepción de las cantidades necesarias para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes” y el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre sobre fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos que prohíbe todo uso de estas sustancias, salvo para fines científicos.

De todo lo anterior podemos deducir que nuestro ordenamiento jurídico conforma un modelo netamente prohibicionista que se caracteriza por la dureza represiva y su intransi-

gencia legislativa en contra de cualquier contacto con las drogas.

Junto a estas medidas centradas en el control de la oferta, en España en los últimos años se ha realizado un esfuerzo importante de cara a la reducción de la demanda introduciendo paulatinamente una política de reducción de daños asociados al consumo. A principios de 1999, la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas impulsó un proceso para elaborar la Estrategia Nacional sobre drogas 2000-2008, mediante el RD 1911/1999, de 17 de diciembre. Entre sus objetivos generales se destaca la reducción de la demanda (prevención del consumo, reducción de daños, asistencia e integración social) y la reducción de la oferta. En el Plan de acción 2005-2008 se recoge, dentro del eje de trabajo de la asistencia integral, una serie de acciones dirigidas a la reducción y prevención de daños sobrevenidos por el consumo de drogas.

Cabe destacar entre las políticas desarrolladas en España en los últimos años la dispensación de metadona oral a los heroinómanos, los Programas de distribución de jeringuillas a ese mismo grupo, la creación de Salas de consumo y las experiencias que suministran heroína a heroinómanos en el marco de un programa de deshabitación.

Llama la atención que este impulso del control de la demanda, basado en medidas dirigidas a la reducción del daño asociado al consumo, no haya tenido un reflejo normativo y que se haya encuadrado en un modelo legal netamente prohibicionista, que, como más adelante analizaremos, presenta serias dificultades para llevar a cabo una política de reducción de daños.

Podemos afirmar, por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico conforma un modelo netamente prohibicionista que se caracteriza por la dureza represiva, que se ha complementado en los últimos años con una política de reducción de daños asociados al consumo. Se trata, por tanto, de un modelo integrado que aún el control de la oferta basado en el prohibicionismo y la reducción de la demanda

basada en una política de reducción de daños asociados al consumo.

#### 4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN ESPAÑA CON EL MODELO PROHIBICIONISTA

Los casi 20 años de vigencia de este modelo prohibicionista nos permiten realizar un análisis crítico de los resultados obtenidos, así como analizar las tendencias que han aflorado en la doctrina científica y en la jurisprudencia orientadas a ofrecer una respuesta racionalizadora de los problemas que plantea la regulación legal de las drogas.

Respecto a si se han logrado los fines propuestos, es evidente que después de 20 años de vigencia del modelo prohibicionista no se puede afirmar que se haya disminuido el tráfico y el consumo de las drogas ilegales; al contrario, ha existido un aumento progresivo del consumo de estas sustancias y un aumento de la disponibilidad de las mismas.

El Informe anual de 2007 del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanía, la Encuesta Domiciliaria sobre Abuso de Drogas en España 2005-2006 y el Informe de la Encuesta estatal sobre uso de drogas en estudiantes de enseñanzas secundarias (ESTUDES 2006-2007) constatan que en los países miembros de la Unión Europea y, en particular, en España en los últimos años, desde 1994 a 2006, se ha producido un aumento progresivo del consumo de cocaína en polvo, vía esnifada, y del cannabis y que ha aumentado la percepción de una mayor disponibilidad de las drogas ilegales.

Por lo que se refiere a los países miembros de la Unión Europea, el Informe anual de 2007 del Observatorio Europeo de las Drogas y Toxicomanía declara que desde los años 90 se ha experimentado en Europa una escalada en el consumo de cannabis y que tal tendencia al alza se ha estabilizado, aunque en niveles

máximos históricos. Se estima que más de 70 millones de europeos entre 15 y 64 años han consumido alguna vez esta sustancia, prevalencia del consumo a lo largo de la vida, lo que supone una cuarta parte (22%) de las personas comprendidas entre 15 y 64 años. En el consumo en el último año se declaran niveles de consumo más bajos, aunque siguen estando a un nivel considerable. Se estima que más de 23 millones de europeos adultos consumieron cannabis durante el último año, lo que equivale a un 7% de las personas comprendidas entre 15 y 64 años. Respecto a las personas que consumen cannabis más frecuentemente, prevalencia del consumo en el último mes, se estima que 13,4 millones de europeos adultos han consumido esta droga en el último mes, lo que corresponde a una media del 4% de las personas comprendidas entre 15 y 64 años.

Respecto al consumo de cocaína, el citado Informe estima que 12 millones de europeos adultos han consumido alguna vez esta sustancia, alrededor de un 4% de los europeos adultos y que en el último año 4,5 millones de europeos adultos consumieron cocaína, lo que supone una revisión al alza con respecto a los 3,5 millones que se mencionan en el Informe de 2006. Los últimos datos no respaldan los indicios de estabilización en el consumo de cocaína a los que se hacía referencia en el Informe de 2006. En todos los países se han registrado incrementos en la prevalencia del consumo de esta sustancia en el último año dentro del grupo de edad de 15 a 64 años, aunque se puede hablar de cierta estabilización en España y Reino Unido, los Estados con los niveles de prevalencia más altos. Italia y Dinamarca muestran aumentos significativos.

Este Informe no aporta datos sobre la percepción de la disponibilidad de estas drogas ilegales.

La Encuesta domiciliaria sobre Abuso de Drogas en España 2005-2006 permite constatar esta tendencia en el consumo de estas sustancias en España. Respecto al consumo de cannabis en España, la Encuesta confirma que se ha estabilizado la experimentación y el consumo esporádico, pero sigue aumentando

el consumo mensual (del 7% en 2003 se ha pasado a un 8,7% en 2005) y el consumo diario (de un 1,5 en 2003 a un 2% en 2005). Se estima que el 28,6% de la población entre 15 y 64 años en España ha probado alguna vez en su vida esta sustancia, el 11,2% la consumió alguna vez en el último año, el 8,7% la consumió alguna vez en el último mes y el 2% la consume a diario.

Por lo que se refiere al consumo de cocaína, las tendencias temporales han aumentado en los últimos años. Así la proporción de consumidores en los últimos 12 meses pasó de 1,8% en 1995 a 2,7% en 2003 y a un 3% en 2005. En el consumo actual (último mes) las cifras ascendieron de un 0,9 en 1995 a 1,1% en 2005.

Esta Encuesta aporta otro dato significativo sobre el tráfico de estas sustancias ilegales: la disponibilidad de drogas percibida. En general, la población española percibe que es bastante fácil acceder a las drogas de comercio ilegal. Más del 43% de la población entre 15 y 64 años considera fácil o relativamente fácil conseguir cualquiera de las principales drogas de comercio ilegal en un plazo de 24 horas. Si se trata de cannabis el porcentaje asciende al 55,9% y de cocaína se reduce al 42,8%.

La tendencia respecto a la disponibilidad percibida es un aumento creciente entre 2001 y 2005, aumento de 4 puntos en relación al cannabis y 3 puntos por lo que se refiere a la cocaína respecto al 2003.

Por último, el Informe de la Encuesta estatal sobre uso de drogas en estudiantes de enseñanzas secundarias 2006-2007 confirma respecto a esta población la tendencia al alza en la prevalencia del consumo de cannabis y la cocaína, si bien desde 2004 al 2006 se ha observado un importante descenso. Los datos respecto al consumo de cannabis son los siguientes: un 36,20% de los estudiantes de secundaria han consumido cannabis alguna vez en su vida, un 20,1% son consumidores actuales y un 11,9% lo han hecho más de 10 veces en el último mes. A pesar de los niveles altos de consumo, se observa un descenso

significativo respecto a 2004, tanto en la proporción que ha consumido alguna vez (42,7% en 2004 a 36,2% en 2006) como en los que la consumen actualmente (25,1% en 2004 a 20,1% en 2006).

En el consumo de cocaína, desde 1994 hasta 2006 se constata un ascenso en todos los índices de prevalencia: respecto a los estudiantes que han consumido alguna vez, se pasa de un 2,5% en 1994 a un 5,75% en 2006, en el consumo en los últimos 12 meses de 1,75% en 1994 a 4,15% en 2006 y en el consumo actual, los últimos 30 días, de 1,05% en 1994 a un 2,35% en 2006. También respecto al consumo de cocaína se aprecia un descenso importante desde 2004 al 2006 en todas las prevalencias de consumo. La prevalencia del consumo alguna vez en la vida en 2004 alcanzó el 9,05%, en los últimos 12 meses un 7,5% y en los últimos 30 días 3,85%.

Por lo que respecta a la disponibilidad percibida, tanto en el cannabis como en la cocaína se constata un aumento progresivo desde 1994 hasta 2004 y un descenso desde este año hasta 2006. En 1994 el 30,8% de los estudiantes españoles pensaba que era fácil o muy fácil conseguir cannabis; este porcentaje aumenta hasta un 71,8% en 2004 y cae al 66,8% en el 2006. Igual ocurre con la cocaína pero con índices menores: en 1994 el porcentaje de estudiantes que consideraban fácil o muy fácil adquirir cocaína era de 26,7%, en 2004 asciende hasta 46,7% y en 2006 desciende a un 37,4%.

Es cierto que estos estudios también ponen de manifiesto que se han disminuido los problemas más graves relacionados con el consumo de drogas, como las muertes relacionadas con el consumo de drogas y el número de inyectores de drogas infectados por SIDA. Según el Informe anual de 2007 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Europa registró un fuerte incremento de las muertes provocadas por el consumo de drogas durante la década de los años ochenta y principios de los años noventa, coincidiendo con la expansión del consumo de heroína y el consumo de esta droga por vía parenteral. Entre 1990 y 2000 las muertes por consumo de

droga aumentaron, aunque de forma menos destacada. Desde el año 2000 ha disminuido el número de muertes relacionadas con las drogas: un 6% en 2001, 14% en 2002 y 5% en 2003. Pero este descenso no ha continuado en 2004 y 2005. Se concluye que, después de alcanzar niveles máximos de muertes entre 1999 y 2001, seguidos de un claro descenso durante dos o tres años, se ha observado un aumento en el número de muertes notificadas en los años 2004 y 2005. En Europa la sobredosis por opiáceos es una de las causas principales de muerte entre los jóvenes, en especial entre la población masculina en las zonas urbanas. En España se sigue produciendo entre 800 y 900 muertes anuales directamente relacionadas con el consumo de drogas.

En 2005 los índices de nuevas infecciones entre consumidores de drogas por vía parenteral era bajo en la mayoría de los países. Estos resultados son consecuencias de la mayor oferta de medidas de prevención, tratamiento y reducción de daños. Una mayor facilidad de acceso a tratamientos y un mayor repertorio de enfoques, incluyendo tratamientos de sustitución, mejoran los índices de retención en el tratamiento, lo cual contribuye de forma importante a reducir las muertes relacionadas con las drogas.

Por otra parte en Europa se han incrementado los programas de reducción de daños. El suministro de agujas y jeringuillas constituye una práctica en todos los países, y las Salas de consumo son consideradas por algunos Estados miembros de la Unión Europea como un componente vital dentro de sus respuestas a algunas formas de consumo problemático. Actualmente hay más de 70 Salas de consumo en la Unión Europea y Noruega: alrededor de 40 en los Países Bajos, 25 en Alemania, 6 en España y otro tanto en Luxemburgo y noruega.

En cualquier caso los problemas graves no han desaparecido: en España entre los inyectores de droga más del 30% continúan infectados de SIDA y más del 70% por el virus de la hepatitis C. Y, aunque se ha disminuido fuertemente el ascenso del SIDA y de la hepatitis,

se siguen produciendo todavía muchas infecciones.

Por otra parte, las denuncias por consumo y/o tenencia ilícita de drogas en 2005 han ascendido a 173.096, lo que supone un incremento del 255% respecto al año 1998, con 67.677, y continúa la tendencia alcista. En Europa las infracciones relacionadas con el cannabis aumentaron un 36% en el periodo entre el año 2000 y el 2005. El Informe anual de 2007 de la OEDT afirma que esta situación podría estar cambiando, ya que la mayoría de los países experimentan un cierto descenso en las infracciones relacionadas con el cannabis; descenso que se relaciona con la idea de que los cuerpos y las fuerzas de seguridad persigan con menos vehemencia el consumo de esta droga.

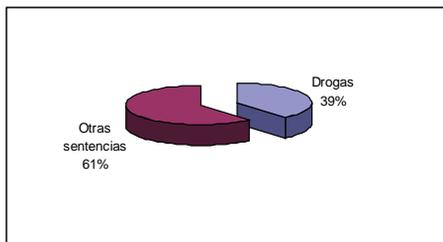
Por lo que se refiere a los efectos colaterales que conlleva esta política criminal de drogas, me centraré en los efectos que produce en la Administración de Justicia. Para ello expondré los resultados de un estudio empírico realizado por el Instituto de Criminología de la Universidad de Málaga sobre la relación entre las drogas y la delincuencia, a partir de los datos suministrados por la jurisdicción penal.

Este Proyecto, subvencionado por el Consejo General del Poder Judicial, trataba de estudiar las sentencias penales dictadas en España en 1999. Se revisaron 41.590 sentencias penales; de ellas se han analizado 11.313 sentencias relacionadas con las drogas, que se corresponden con 12.476 inculpados y 14.297 imputaciones. De este estudio se extraen una serie de datos relevantes a los efectos que aquí nos interesan.

1. La Administración de Justicia dedica gran parte de sus recursos materiales y personales a resolver hechos delictivos vinculados con las drogas. Del conjunto de sentencias penales vistas por los tribunales españoles más de 1 de cada 3 tienen relación con las drogas. Las drogas aparecen en el 40% del total de las sentencias.

### a. Tribunal Supremo:

Figura 1. Sentencias del Tribunal supremo



De las 1854 sentencias dictadas, 721 estaban vinculadas a drogas, esto es, el 40%.

De estas el 67% se refieren a delitos contra la salud pública

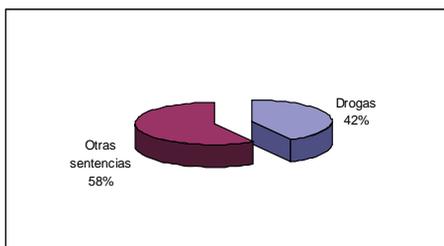
Tabla 1. Casos vinculados con las drogas en las sentencias del Tribunal Supremo

	Frecuencia	Porcentaje
Salud pública	859	56,6
Propiedad	311	20,5
Contrabando	151	9,9
Integridad personal	63	4,1
Falsedades	28	1,8
Tenencia armas	24	1,6
Libertad sexual	20	1,3
Detención ilegal	19	1,2
Blanqueo de capitales	6	,4
Seguridad del tráfico	5	,3
Otros delitos	31	2,0
Total	1517	100,0

### b. Audiencia nacional

Un 42% de las sentencias en primera instancia dictadas por la Audiencia Nacional está relacionada con la drogas.

Figura 2. Sentencias de la Audiencia Nacional



De éstas el 72,4% son delitos contra la salud pública, y si sumamos los delitos de contrabando resultan 90%

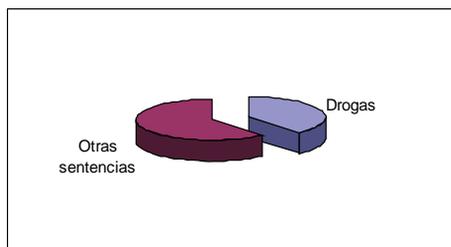
**Tabla 2. Casos relacionados con la droga en las sentencias de la Audiencia Nacional**

	Frecuencia	Porcentaje
Salud pública	21	72,4
Falsedad	5	17,2
Total	29	100,0

### c. Audiencias provinciales en primera instancia

Casi un 39% de las sentencias de primera instancias de las Audiencias provinciales tiene relación con las drogas.

**Figura 3. Sentencias en primera instancia de las Audiencias Provinciales**



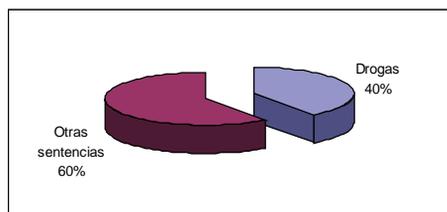
De ellas el 62,5% corresponden a delitos contra la salud pública.

**Tabla 3. Casos relacionados con las drogas en las sentencias en primera instancia de las Audiencias Provinciales**

	Frecuencia	Porcentaje
Salud pública	556	62,5
Patrimonio	235	26,4
Integridad personal	45	5,1
Libertad sexual	10	1,1
Tenencia ilícita de armas	10	1,1
Falsedades	6	,7
Seguridad del tráfico	5	,6
Detención ilegal	4	,4
Contrabando	3	,3
Otros delitos	16	1,8
Total	890	100,0

### d. Audiencias provinciales en segunda instancia

**Figura 4. Sentencias en segunda instancia en las Audiencias Provinciales**



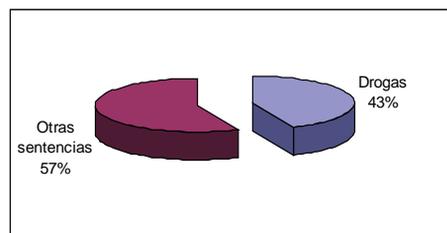
El 40% de las sentencias penales están relacionadas con drogas. De estas corresponden a delitos contra la salud pública cerca del 60%.

**Tabla 4. Casos relacionados con las drogas en las sentencias en segunda instancia de las Audiencias Provinciales**

	Frecuencia	Porcentaje
Seguridad del tráfico	5516	56,8
Patrimonio	1987	20,4
Salud pública	830	8,5
Desobediencia	633	6,5
Integridad personal	262	2,7
Resistencia/Atentado a la autoridad	215	2,2
Quebrantamiento de condena	82	,8
Falsedades	55	,6
Amenazas	26	,3
Tenencia ilícita de armas	22	,2
Daños	18	,2
Libertad sexual	12	,1
Otros	57	,6
Total	9715	100,0

### e. Juzgados de lo Penal

**Figura 5. Sentencias de los Juzgados de lo Penal**



El 43% tienen relación con drogas. Aquí solo 9,6% es de delitos contra la salud pública, en función de la competencia de estos juzgados.

**Tabla 5. Casos relacionados con drogas en sentencias de Juzgados de lo Penal**

	Frecuencia	Porcentaje
Seguridad del tráfico	1346	63,5
Patrimonio	319	15,0
Salud pública	204	9,6
Desobediencia	88	4,1
Integridad personal	71	3,3
Quebrantamiento de condena	28	1,3
Falsedades	19	,9
Tenencia ilícita de armas	9	,4
Libertad sexual	2	,1
Otros	33	1,5
Total	2119	100,0

2. Las **eximentes** introducidas en el nuevo Código penal para excluir la responsabilidad de las personas sometidas a la acción de las drogas rara vez se aplican. Las eximentes incompletas y atenuante de grave adicción se aprecian con más frecuencia, aunque también en niveles bajos.

En las sentencias en primera instancia de las Audiencias provinciales se recoge

- Eximente por síndrome de abstinencia en un 0,2% del total de imputados
- Eximente incompleta por intoxicación en un 1,6% de los imputados
- Eximente incompleta por síndrome de abstinencia en un 0,3% de los imputados

En los Juzgados de lo Penal no se apreció ninguna eximente.

En cuanto a la atenuante de grave adicción, se aprecia en las Audiencias provinciales en primera instancia en el 11,5% de los imputados y la atenuante muy cualificada de grave adicción en un 2,1%. En los Juzgados de lo Penal se apreció en un 9,3% de los inculpados.

3. Los autores de estos delitos no suelen ser **reincidentes**: 3 de cada 4 inculpados por delito de tráfico de drogas no tiene antecedentes penales.

4. Se confirma que la actual regulación de los delitos de tráfico de drogas **impide gradual adecuadamente la diversa responsabilidad de los intervinientes**: apenas se aprecian grados de ejecución distintos de la consumación.

## 5. INTENTOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE RACIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS

La actual política criminal de drogas y sus efectos ha determinado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se ocupen de ofrecer soluciones racionalizadoras a los problemas que plantea en la práctica y que se propongan cambios de orientación en la misma.

El marco legal deja muy poco margen a una política de reducción de daños que trata de minimizar los daños que este enfoque represivo produce en los ciudadanos y en particular en los consumidores de droga. Sin embargo, en la actualidad tanto en nuestro país como en los países de nuestro entorno cultural coexisten una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial. Tal convivencia presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica.

Por lo que se refiere a las **contradicciones**, hay que destacar que desde la perspectiva de la reducción de daños se acepta el fenómeno del consumo de las drogas, pero desde la perspectiva legal se sigue prohibiendo tal consumo. Ello determina contradicciones como que mediante un programa nos ocupemos de crear condiciones higiénicas de consumo o se repartan jeringuillas limpias a los consumidores, pero no se pueda controlar la calidad de la sustancia consumida, o no se permita al con-

sumidor obtener esta sustancia de forma legal, ni siquiera se considere lícita la mera tenencia de esa sustancia para el consumo.

En relación con las **tensiones** que generan en la práctica la coexistencia de estos dos modelos, se constata que tales tensiones han tenido un efecto dinamizador de la actual política de drogas, pues al intentar solucionarlas se han dado pasos importantes de cara a una mayor racionalización de la política de drogas. En este sentido es importante destacar que en los últimos años se ha realizado en España un esfuerzo doctrinal y jurisprudencial orientado a ofrecer una respuesta racionalizadora de los problemas que plantea la regulación legal de las drogas.

Por una parte, se ha ido afianzando una interesante jurisprudencia que en base a consideraciones de orden teleológico-valorativa ha realizado una interpretación restrictiva de los tipos penales que, sin llegar a contradecir el Derecho positivo vigente, ha permitido aproximar su aplicación a las exigencias de una política criminal más abierta a la realidad social. Con ello se ha conseguido introducir criterios de corrección de la excesiva amplitud dada por la tipificación penal con el fin de dejar fuera del Derecho penal supuestos que no suponen peligro para la salud pública y, sin embargo, contribuyen de manera decidida a reducir los daños asociados al consumo de drogas ilegales.

Por otra parte, y, atendiendo a las mismas consideraciones, la doctrina mayoritaria interpreta restrictivamente los preceptos de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, dejando al margen de la sanción administrativa conductas inofensivas para la seguridad ciudadana, como son el consumo privado y, sobre todo, la tenencia para tal consumo.

Estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales han permitido en la práctica flexibilizar la política criminal impuesta por el legislador y han dado una cobertura legal a las distintas iniciativas que se ofrecen desde la perspectiva de la política de reducción de daño.

## A) INTERPRETACIONES QUE TRATAN DE ADAPTAR EL ACTUAL MODELO REPRESIVO A LAS EXIGENCIAS DE LA POLÍTICA DE REDUCCIÓN DE DAÑOS

Las interpretaciones que tratan de conformar el sistema legal vigente a una política de reducción de daños se han dado, si bien con distinto alcance, tanto a nivel jurídico-penal, como en el ámbito sancionador administrativo.

A nivel penal, la doctrinal jurisprudencial, hoy totalmente consolidada, se caracteriza por que trata de aplicar los criterios elaborados por la doctrina para la restricción de los delitos de peligro abstracto al tipo penal del artículo 368 del Código penal, reduciendo así el excesivo ámbito de punibilidad del delito de tráfico de drogas. Según el Tribunal Supremo, el delito de tráfico de drogas se concibe como un tipo que, si bien no reclama la producción de un peligro efectivo para la salud pública, sí exige una acción apta para producir tal peligro. Es decir, el tipo penal requiere una acción que por sus posibilidades materiales sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública y la posibilidad de un resultado de peligro para la salud pública; esto es, que el juez verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y la salud pública, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para ésta.

En base a esta reducción teleológica del tipo del art. 368 del Código penal, la jurisprudencia sostiene la atipicidad de dos supuestos:

a. Los casos del llamado **“consumo compartido**.

b. Los casos de **donación de drogas por personas allegadas a personas adictas, con fines de deshabitación o para evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina**.

A. Bajo la denominación de **“consumo compartido”** la jurisprudencia agrupa tres supuestos distintos:

1. Lo que se ha denominado indistintamente “servidor de la posesión”, “posesión en nombre de los demás”, que aluden a aquellos casos donde varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común con el fin de que uno adquiera la sustancia que se ha de consumir conjuntamente [SSTS 18 de diciembre de 1992 (*Tol 400708*), 7 de junio de 1993 (*Tol 400925*), 11 de febrero de 1994 (*Tol 402878*), 27 de enero de 1995 (*Tol 403258*), 3 de marzo de 1995 (*Tol 405261*), 23 de mayo de 1995 (*Tol 405054*), 2 de noviembre de 2002 (*Tol 229126*), 27 de febrero de 2003 (*Tol 265679*), 14 de junio de 2004 (*Tol 487732*), 2 de marzo de 2006 (*Tol 863891*), 20 de mayo de 2008 (*Tol 331002*)].

2. Lo que denomina “recíprocas invitaciones entre adictos” o “consumo colectivo compartido”, que se refiere a aquellos supuestos en los que varios drogodependientes comparten el consumo de droga [SSTS de 2 de noviembre de 1992 (*Tol 398520*), 25 de marzo de 1993 (*Tol 402330*), 14 de abril de 1993 (*Tol 401116*), 29 de mayo de 1993 (*Tol 400878*), 27 de junio de 1993 (*Tol 400784*), 27 de septiembre de 1993 (*Tol 401325*), 3 de marzo de 1994 (*Tol 398657*), 17 de junio de 1994 (*Tol 402537*), 19 de julio de 1994 (*Tol 403701*), 28 de marzo de 1995 (*Tol 403245*), 28 de octubre de 1996 (*Tol 406471*), 10 de diciembre de 1998 (*Tol 77581*), 22 de diciembre de 1998 (*Tol 115250*), 2 de marzo de 2001 (*Tol 36142*), 19 de diciembre de 2002 (*Tol 229716*), 1 de enero de 2003 (*Tol 265551*), 27 de marzo de 2003 (*Tol 265679*), 24 de agosto de 2003 (*Tol 274507*)].

3. Y, por último, la entrega o invitación gratuita de droga para su consumo inmediato a personas adictas [SSTS 14 de febrero de 1994 (*Tol 404165*), 2 de noviembre de 1995 (*Tol 404970*), 25 de enero de 1996 (*Tol 405916*), 5 de febrero de 1996 (*Tol 406206*), 26 de diciembre de 1996 (*Tol 405934*)] y excepcionalmente a personas no adictas [22 de febrero de 1993 (*Tol 6479*), 10 de noviembre de 1994 (*Tol 404881*), 19 de febrero de 1996 (*Tol 406522*), 23 de octubre de 1996 (*Tol 406285*)].

La exclusión de la tipicidad en esta constelación de casos se fundamenta en la inexistencia del peligro general de difusión, de facilitación o de promoción del consumo entre terceras personas indiscriminadamente, que es elemento del tipo del art. 368 del Código penal. Este fundamento se ha venido reiterando desde las primeras sentencias hasta la actualidad. Así la STS de 22 de febrero de 1993 (*Tol 6479*) declara que “*se debe excluir la tipicidad en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de estos delitos quede totalmente excluido... es posible afirmar la exclusión de la tipicidad en aquellos casos en los que está totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público*”. En este sentido las SSTS 25 de marzo de 1993 (*Tol 402330*), 14 de abril de 1993 (*Tol 401116*), 25 de junio de 1993 (*Tol 400784*), 27 de septiembre de 1993 (*Tol 402325*), 3 de marzo de 1994 (*Tol 298657*), 16 de marzo de 1994 (*Tol 404119*), 17 de junio de 1994 (*Tol 402537*), 19 de julio de 1994 (*Tol 403701*), 10 de noviembre de 1994 (*Tol 404881*), 27 de enero de 1995 (*Tol 403258*), 3 de marzo de 1995 (*Tol 405261*), 28 de marzo de 1995 (*Tol 403245*), 23 de mayo de 1995 (*Tol 405054*), 2 de noviembre de 1995 (*Tol 404970*), 5 de febrero de 1996 (*Tol 406206*), 23 de noviembre de 1996 (*Tol 406488*), 18 de noviembre de 1996 (*Tol 406578*), 26 de diciembre de 1996 (*Tol 405934*), 19 de diciembre de 2002 (*Tol 229716*), 19 de junio de 2004 (*Tol 614292*), 20 de enero de 2005 (*Tol 639307*), 29 de abril de 2005 (*Tol 725643*), 19 de enero de 2006 (*Tol 866155*), 24 de septiembre de 2006 (*Tol 1002357*), 21 de noviembre de 2006 (*Tol 1006870*).

En otras sentencias [SSTS 18 de diciembre de 1992 (*Tol 400708*), 29 de mayo de 1993 (*Tol 400878*), 11 de febrero de 1994 (*Tol 402895*), 29 de septiembre de 2005 (*Tol 738371*), 5 de mayo de 2005 (*Tol 648865*)] se fundamenta la atipicidad en la ausencia del tipo subjetivo, afirmando que “*se excluye el factor tendencial de transmitir la droga a terceras personas*”. Este elemento subjetivo no es necesario analizarlo si previamente se descarta el tipo objetivo por falta del elemento de peligro abstracto.

Para poder afirmar que falta el elemento del tipo de peligro general o abstracto, es decir, que queda totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas, el Tribunal Supremo viene exigiendo los siguientes requisitos o condiciones:

- a. que la acción tenga lugar en un recinto o círculo cerrado,
- b. no haya existido contraprestación alguna,
- c. que la cantidad de droga no rebase el límite de un consumo normal,
- d. ha de tratarse de un consumo inmediato.

Estos requisitos se exigen de forma unánime por toda la jurisprudencia. Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 (Tol 6479), 3 de junio de 1993 (Tol 402372), 27 de septiembre de 1993 (Tol 401325), 17 de junio de 1994 (Tol 402537), 10 de noviembre de 1994 (Tol 404881), 28 de marzo de 1995 (Tol 403245), 18 de noviembre de 1996 (Tol 406578), 31 de marzo de 1998 (Tol 78602), 9 de febrero de 2000 (Tol 15579), 14 de marzo de 2003 (Tol 156498), 27 de febrero de 2003 (Tol 265679), 18 de septiembre de 2003 (Tol 316506), 19 de junio de 2004 (Tol 614292), 20 de enero de 2005 (Tol 639307), 27 de septiembre de 2005 (Tol 718591), 12 de diciembre de 2005 (Tol 28463), 12 de enero de 2006 (Tol 821079), 13 de febrero de 2006 (Tol 850061), 6 de abril de 2006 (Tol 935077), 14 de septiembre de 2006 (Tol 1014132), 17 de enero de 2007 (Tol 1044188), 21 de septiembre de 2007 (Tol 213972), 5 de diciembre de 2007 (Tol 229901), 14 de mayo de 2008 (Tol 330996).

Además, se requiere otra exigencia en relación con la naturaleza de los destinatarios. La mayoría de las sentencias condicionan la impunidad a que se trate de personas adictas, o, al menos, habituadas al consumo. Así las SSTS de 23 de mayo de 1995 (Tol 405054), 2 de noviembre de 1995 (Tol 404970), 18 de noviembre de 1996 (Tol 406578), 31 de marzo de 1998 (Tol 78602), 4 de mayo de 1998 (Tol 77110), 18 de septiembre de 2003 (Tol

316506), 5 de mayo de 2005 (Tol 648865), 12 de enero de 2006 (Tol 815707), 13 de marzo de 2006 (Tol 925397), 2 de marzo de 2006 (Tol 863891), 12 de diciembre de 2006 (Tol 1026953), 12 de julio de 2007 (Tol 229901), 12 de junio de 2008 (Tol 343768). Otras sentencias, por el contrario, declaran la impunidad por falta del peligro de difusión incontrolada entre múltiples consumidores aun cuando el destinatario no sea adicto o persona habituada al consumo. Así las SSTS de 22 de febrero de 1993 (Tol 6475), 19 de octubre de 1996 (Tol 406522).

**B.** Respecto al segundo supuesto, **la entrega de droga por parte de personas allegadas a personas adictas con el fin de deshabitación o de evitar los riesgos que la crisis de abstinencia origina**, no se puede afirmar que la jurisprudencia haya mantenido de forma unánime la atipicidad de la conducta. Se han distinguido dos posiciones en la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Una línea jurisprudencial minoritaria afirma la tipicidad de tales conductas. Así la STS de 14 de octubre de 1994 (Tol 404497) declara que *“la entrega de sustancias psicotrópicas a una persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso ayudarla a calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal”*, basando tal decisión en que con la entrega de la droga *“no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción”*.

La posición mayoritaria, por el contrario, sostiene la atipicidad de la conducta, consolidándose esta corriente jurisprudencial hasta el punto que desde 1994 todos los pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo aceptan la tesis de la impunidad.

Esta tesis se formula en palabras de la STS de 16 de septiembre de 1996 (Tol 406288) de la siguiente forma: *“En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos por un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al*

*delito si de ninguna forma se potencia los actos o verbos contenidos en el art. 344— hoy 368— del Código penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuricidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho”.*

Este planteamiento aparece por primera vez en la STS de 29 de mayo de 1993 (*Tol 400878*), donde se afirma que “*Si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado art. 344 está la de facilitar el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de facilitación, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabituación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe considerarse plenamente típica*”. Esta doctrina se ha mantenido de forma reiterada en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1993 (*Tol 406859*), 16 de septiembre de 1993 (*Tol 402166*), 7 de febrero de 1994 (*Tol 404745*), 8 de abril de 1994 (*Tol 404602*), 16 de enero de 1995 (*Tol 403259*), 11 de diciembre de 1995 (*Tol 404913*), 25 de enero de 1996 (*Tol 405916*), 8 de febrero de 1996 (*Tol 406276*), 18 de noviembre de 1996 (*Tol 406578*), 3 de febrero de 1997 (*Tol 408222*), 18 de mayo de 1997 (*Tol 407546*), 11 de junio de 1997 (*Tol 407102*), 10 de noviembre de 1997 (*Tol 408530*), 18 de septiembre de 1997 (*Tol 408129*), 3 de noviembre de 1997 (*Tol 408185*), 4 de diciembre de 1997 (*Tol 407124*), 22 de enero de 1998 (*Tol 8402*), 15 de abril de 1998 (*Tol 77786*), 20 de julio de 1998 (*Tol 205268*), 22 de septiembre de 2000 (*Tol 7207*), 10 de julio de 2001 (*Tol 66847*), 11 de noviembre de 2001 (*Tol 440381*), 21 de noviembre de 2002 (*Tol 229814*), 5 de abril de 2004 (*Tol 392767*), 28 de junio de 2004 (*Tol 483669*), 8 de junio de 2006 (*Tol 969527*), 12 de marzo de 2007 (*Tol 1050599*), 21 de noviembre de 2007 (*Tol 177295*)

El conjunto de estas resoluciones señalan los requisitos que deben concurrir en estos casos de donación de drogas para que no se consideren incluidos en el tipo penal. Son los siguientes:

- a. Que no exista difusión de la droga respecto de terceros.
- b. Que no exista contraprestación alguna.
- c. Que la donación lo sea para el consumo inmediato, en presencia o no de quien entrega la droga.
- d. Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al destinatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, con fines de deshabituación, o con fines de evitar el consumo clandestino.
- e. Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como ya se ha indicado, viene determinado porque, aun cuando se trate de actos de tráfico, estos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se pretende impedir y que se prohíbe en el art. 368 [SSTS 19 de enero de 2004 (*Tol 348612*), 5 de abril de 2004 (*Tol 392767*), 28 de junio de 2004 (*Tol 483669*), 8 de junio de 2006 (*Tol 964527*), 12 de febrero de 2007 (*Tol 1050599*)].

En relación con la responsabilidad administrativa, la jurisprudencia del Tribunal supremo difiere de la interpretación restrictiva que realiza la doctrina dominante. Para el alto Tribunal la tenencia de droga para el consumo es ilícita y, por tanto, sancionable en virtud del artículo 25.1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana. La STS de la Sala III de 28 de septiembre de 1998 (*Tol 43669*) sienta como doctrina legal que la tenencia de drogas sancionable administrativamente es aquella en que la tenencia está destinada al consumo personal, rechazando que pueda entenderse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades para el propio consumo porque en la norma no se formula distinción ni excepción de clase alguna. Según esta doctrina el concepto de tenencia ilegal debe deducirse de lo dis-

puesto en el art. 22 de la Ley 17/1967 sobre estupefacientes, en el que se relaciona específicamente los usos permitidos (“los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a esta ley”) y, en consecuencia, considera prohibidos cualquier otro.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, sostiene que una interpretación sistemática y teleológica de los preceptos de esta Ley conduce a establecer que el consumo de droga que se sanciona administrativamente es el realizado en lugares públicos y no el que se realiza en privado y que la tenencia ilícita de drogas de carácter administrativo es aquella que suponga exhibición en lugares público.

En relación con la prohibición del consumo se argumenta que lo que fundamenta la infracción administrativa no es el mero consumo, sino el lugar donde se realiza el consumo. El carácter público del lugar del consumo es lo que fundamenta que ese comportamiento sea peligroso para la seguridad ciudadana. La *ratio* del precepto sería evitar el consumo de drogas en presencia de otras personas, en orden a evitar que tal conducta pueda promover o favorecer, de uno u otro modo, el consumo ilegal de sustancias prohibidas.

Cabe deducir a *sensu contrario* que el consumo de drogas en lugares que no tengan la consideración de públicos no es constitutivo de infracción administrativa y, por tanto, no debe ser calificado de hecho jurídicamente prohibido. No obstante, en virtud de la Ley 87/1967, de 8 de abril de normas reguladoras sobre estupefacientes, cabe interpretar que dicho consumo en el ámbito privado sigue estando prohibido, pues el art. 22 de esta Ley no permite otros usos de los estupefacientes que “los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a esta ley”.

Sin embargo, más allá de esta genérica prohibición de uso, que no dispone ninguna sanción, no existe ningún precepto que prohíba taxativamente el consumo personal de droga en privado.

En relación con la tenencia ilícita de drogas se argumenta, en primer lugar, que parece

lógico que la tenencia, acto preparatorio y el *prius* lógico del posterior consumo, sólo se sancione cuando lo sea exclusivamente en lugares públicos, como ocurre con el consumo; de lo contrario se dará la incongruencia legal de que el consumo privado no constituyen infracción administrativa, pero sí el momento inmediatamente anterior al consumo.

Por otra parte, se interpreta el precepto atendiendo al bien jurídico que se pretende proteger; esto es, se trata de determinar la anti-juricidad material. Con arreglo a este criterio, se trata de precisar en qué condiciones o circunstancias la tenencia de droga es susceptible de atentar o poner en peligro la seguridad ciudadana, concluyéndose que la única forma en que dicha tenencia puede poner en peligro la seguridad ciudadana es cuando se hace exhibición u ostentación pública de la misma, mientras que la posesión de la droga con la finalidad de autocomsumo no puede poner en peligro la seguridad ciudadana.

Esta doctrina jurisprudencial que interpreta restrictivamente el tipo penal, excluyendo de la sanción penal aquellos casos en los que quede totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas indeterminadas, y la interpretación restrictiva de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, que no considera ilícito administrativo la tenencia para el consumo privado, permiten abrir ciertos ámbitos a la impunidad, que posibilitan la realización de interesantes iniciativas dirigidas a reducir los daños que el consumo de drogas puede llegar a producir, como la creación de establecimientos donde los toxicómanos puedan adquirir y consumir droga, la administración controlada de heroína en el marco de un programa deshabitador, o el programa de recogida de drogas ilegales para su análisis toxicológico entregando el resultado a las personas que hubieran entregado la droga.

## B) PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

A parte de esta interpretación restrictiva de los tipos penales y de los preceptos que esta-

blecen la responsabilidad administrativa por el consumo y la tenencia ilícita de las drogas, la jurisprudencia ha venido propugnando una modificación legislativa que distinga, a efectos de pena, entre el tráfico de cantidades pequeñas de droga y actos de tráfico importantes. En este sentido el **Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su sesión de 25 de octubre de 2005** aprueba dos propuestas alternativas al amparo del art. 4.3 del Código penal, en relación con el artículo 368 del mismo texto: la redactada por el magistrado D. José Antonio Martín Pallín, que propone añadir al citado artículo “que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño a la salud”; y la redactada por el magistrado D. Andrés Martínez Arrieta, en el sentido de “añadir un párrafo segundo al artículo 368 con el siguiente texto: “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.

Este acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo viene precedido por una práctica extendida en ciertos tribunales que vienen solicitando un indulto parcial por pena excesiva o desproporcionada en los casos de aplicación del tipo básico del art. 368 cuando se refiere a tráfico de pequeñas cantidades de drogas que no sean susceptibles de causar grave daño a la salud, consistente en una reducción de la pena mínima de tres años a la pena inferior a un año, a los efectos de que se le pueda suspender la ejecución de la pena de prisión. También es usual que se solicite el indulto parcial en relación con la pena del tipo agravado del art. 369.1, cuya pena mínima, en caso de drogas susceptibles de causar grava daño a la salud, es de 9 años de prisión, cuando se trata de tráfico de pequeñas cantidades o en atención a las condiciones personales de los imputados.

En la última década, desde 1997 a 2007, en el Tribunal Supremo y en las Audiencias

provinciales se han planteado 83 solicitudes de indulto parcial por pena excesiva o desproporcionada. De este conjunto de peticiones de indulto, 28 se refieren al delito de tráfico de drogas, esto es, el 34% de los casos. Le sigue, con 18 solicitudes, las relativas al antiguo delito contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria.

## 6. LÍMITES Y PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS PROGRAMAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS

Sin negar el indudable avance que estas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales han representado, resulta ser una vía que presenta serios inconvenientes, que no conviene olvidar. Por una parte, se trata sólo de una interpretación que como tal ha sido contestada por otras resoluciones del Tribunal Supremo y, aunque actualmente esté totalmente consolidada, crea inseguridad jurídica, como lo demuestra que este tipo de iniciativas requieran el previo dictamen legal sobre su viabilidad. Por otro lado, tal construcción se ha realizado al hilo de supuestos individuales que aunque presenten analogía con las iniciativas antes referidas, sobre todo desde el punto de vista de la fundamentación de la impunidad, no se corresponden linealmente. Por último, estas iniciativas se han de presentar en el marco de un proyecto de investigación médica o científica para que no presenten problemas con la regulación administrativa de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pues, como vimos, en la Ley de estupefacientes de 1967 y en el RD que regula las sustancias psicotrópicas de 1977, solo autoriza la posesión o uso de estas sustancias con fines de investigación médica y científica.

Todo lo anterior supone, en la práctica, un freno considerable a la política de reducción de daños y pone de manifiesto que la solución es optar por otro modelo de control social que no se centre en la represión y persecución penales, como ocurre en la actualidad, sino que

ponga el énfasis en la prevención de la demanda y la asistencia de los consumidores, con una intervención preventiva basada en mensajes positivos y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos del consumo. Sólo con un cambio legislativo en este sentido se pueden hacer realidad los objetivos de la reducción de daños.

Desde el modelo actualmente vigente, se hace necesario e imprescindible para dar seguridad jurídica a las iniciativas de política de reducción de daños las siguientes reformas legislativas:

1. Una reformulación del tipo penal del art. 368 del Código penal, que excluya del tipo las conductas de entrega o fa-

cilitación de las drogas siempre que no supongan difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas.

2. Reforma de la Ley 17/1967 sobre estupefacientes y del RD 2829/1977 sobre sustancias psicotrópicas, que autorice la tenencia y uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con fines de consumo privado y de reducir los daños asociados al consumo.
3. Derogación del art. 25.1 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992, que considera infracción grave la tenencia ilícita de drogas aunque no estuviera destinada al tráfico, siempre que no constituyan infracción penal.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

### Ad. II.1

Sobre los modelos actuales de política de drogas vid. Díez RIPOLLÉS. “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”. *ADPCP*. 1987; DEL MISMO. “Tendencias político-criminales en materia de drogas” en *Jueces para la democracia* n.º 19. 1993; Díez RIPOLLÉS/LAURENZO COPELLO. *La actual política criminal de drogas*. 1993; GONZALEZ ZORRILLA. “Política(s) criminal(e)s en materia de drogas. (Prohibicionismo versus reducción de daños)” en *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º 4. 1999; Grupo de Estudios de Política Criminal. “Una alternativa a la actual política criminal de drogas”. 1992; JOSET-ALBRECHT. “Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelgesetzes”. *ZSR*. 1986; P.A. O’HARE. “Introducción: apuntes sobre el concepto de reducción de daños” en *La reducción de daños relacionados con las drogas*. Grupo IGIA. 1995, pp. 17-22; R. NEWCOMBE. “La reducción de los daños relacionados con las drogas: un marco conceptual para la teoría, la práctica y la investigación” en *La reducción de daños relacionados con las drogas*. IGIA. 1995; DE LA CUESTA ARZAMENDI. “Drogas y política criminal en el Derecho penal europeo” en “Delitos contra la salud pública”. *Cuadernos de Derecho Judicial* XXI. 1993; LAURENZO COPELLO. “Drogas y Estado de derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva” en *Jueces para la democracia*. 1995; MUÑOZ SÁNCHEZ. “Problemas legales de la política de reducción de daños” en *Eguzkilore* n.º 16. 2003; VÁZQUEZ GONZÁLEZ. “Algunas interpretaciones sobre la eficacia de la política criminal española en materia de drogas” en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*. 2004.

### Ad. III

Una relación bibliográfica limitada de las obras más importantes sobre la regulación de las drogas en el ordenamiento jurídico penal español: LUZÓN PEÑA. “Tráfico y consumo de drogas” en *La reforma penal*. 1982; ARROYO ZAPATERO. “Aspectos penales del tráfico de drogas”. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense*. Monográfico 6. 1983; DE LA CUESTA ARZAMENDI. “El marco normativo de la droga en España” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3. 1988, p. 396; DEL MISMO. “Política criminal en materia de drogas en España tras el nuevo Código penal” en *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1998, p. 95; VIVES ANTÓN. “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes” en *Delitos contra la salud pública*. 1977, pp. 545 y ss.; Díez RIPOLLÉS. *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. 1989; PRIETO RODRÍGUEZ. *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, 2ª ed. 1993; REY HUIDOBRO. “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad” en *Actualidad Penal* n.º 34. 1994; DEL MISMO. “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas” en *La Ley* 1996; JOSHI JUBERT. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del Art. 368 CP*. 1999; ACALE SÁNCHEZ. *Salud pública y drogas tóxicas*. 2002; MUÑOZ SÁNCHEZ/DÍEZ RIPOLLÉS. *Las drogas en la delincuencia*. 2004; MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte Especial*. 16ª ed. 2007; VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. 6ª ed. 2007.

**Ad. V.1**

Sobre la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo del Art. 368 del Código penal vid. REY HUIDOBRO. “El delito de tráfico de estupefacientes. El Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad” en *Actualidad penal*. 1994; GARCÍA RIVAS. “Criminalidad organizada y tráfico de drogas” en *Revista Penal*. 1998; MAQUEDA ABREU. “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas” en *La Ley*. 1998; MUÑOZ SÁNCHEZ/SOTO NAVARRO. “El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo” en *Revista de Derecho penal y Criminología* 2ª época nº 7 2001.

**Ad. V.2**

Respecto de la interpretación restrictiva de los preceptos de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana vid. PORTILLA CONTRERAS. “Infracciones graves relacionadas con el consumo, la tenencia de drogas y el abandono de instrumentos utilizados para el consumo” en COBO DEL ROSAL (dir) *Comentarios a la legislación penal*. T. XL Vol. I. 1994; TOMILLO CID. “Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídicos del consumo de drogas ilegales” en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5/1995.; FRIGOLS BRINES. “Sobre la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas para el propio consumo: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, sección 6ª, Sala III, de 28 de septiembre de 1998” en *Revista de Ciencias Penales* nº 1 Vol. 2º. 1999; QUERALT. “La tenencia de drogas para el autoconsumo” en *La Ley* 4370, 8 de abril 1999; BOLDOVA PASSAMAR. “Tenencia y consumo de drogas: los límites de las prohibiciones en el Derecho español.” *Actualidad Penal* nº 20. 2000 p. 8.

**Fecha de recepción de originales: 4 de septiembre de 2008**

**Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008**