



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN CRIMINOLOGÍA

Departamento de Derecho Público General

Área de Derecho Penal

Curso 2016/2017

**PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO
LEGITIMACIÓN DE LOS DELITOS
RELACIONADOS CON DROGAS**

Alumno: Daniel Andrés Largo González

Tutora: Lina Mariola Díaz Cortés

Mes: Junio

Año: 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN CRIMINOLOGÍA

Departamento de Derecho Público General

Área de Derecho Penal

**PROTECCIÓN DE LA SALUD
COMO LEGITIMACIÓN DE LOS
DELITOS RELACIONADOS CON
DROGAS**

**HEALTH PROTECTION AS
LEGITIMATION OF DRUG
OFFENSES**

Nombre del estudiante: Daniel Andrés Largo González
e-mail del estudiante: dlargg00@usal.es

Tutora: Lina Mariola Díaz Cortés

RESUMEN

Cuando el Código Penal, en el artículo 368, castiga los actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o la posesión de las mismas con alguno de estos fines; no determina qué sustancias deben entenderse como droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Es decir, deja sin determinar algo tan importante como es el objeto sobre el que recae el delito y que activa la antijuridicidad de esas conductas.

Este trabajo se centrará en analizar; primero, qué se entiende por “drogas” a efectos penales, concepto que debería estar vinculado a la protección del bien jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación penal de las mencionadas conductas (salud pública) y; segundo, si la protección de dicho bien jurídico realmente está presente en el concepto concreto de droga y, en su caso, de qué manera.

PALABRAS CLAVE: drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, bien jurídico, fiscalización, convenios internacionales.

ABSTRACT

When the Criminal Code, on the article 368, punishes those who carry out acts of cultivation, preparation or trafficking, or who otherwise favour or facilitate the unlawful consumption of toxic drugs, narcotics or psychotropic substances, or who possess them for those purposes; it's not determining what substances should be understood as toxic drugs, narcotics or psychotropic substances. That means, it leaves undetermined something with such importance as the object of the offence, that makes those acts illegal.

This work will focus on the analysis; firstly, of the legal meaning of drugs, meaning that should be connected to the legal asset protected with the criminal definition of the already mentioned acts (public health) and; secondly, if that legal meaning is really considering that legal asset and how, in that case.

KEYWORDS: drugs, narcotics, psychotropic substances, legal asset protected, drug control strategy, international conventions.

Contenido

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	1
INTRODUCCIÓN	2
1.- CONCEPTO DE DROGA EN EL DERECHO PENAL	5
1.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS.....	5
1.2. EL OBJETO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS	10
1.2.1. Concepto de droga, estupefaciente y sustancia psicotrópica	10
1.2.2. Discusión ley penal en blanco/elementos normativos	15
1.3. HACIA UN CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE DROGA BASADO EN LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO	22
1.3.1. El bien jurídico: entre la salud pública y la individual	24
1.3.2. Concepto jurídico penal de droga	24
2. LOS CONVENIOS DE FISCALIZACIÓN DE DROGAS.....	27
2.1. LA CONVENCION ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES ..	28
2.1.1. Proceso de modificación de las Listas	29
2.2. EL CONVENIO SOBRE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1971..	31
2.2.1. Proceso de modificación de las Listas	32
2.3. LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1988.....	33
2.3.1. Proceso de modificación de las Tablas	35
2.4. CUESTIONES DERIVADAS DE LOS CONVENIOS	36
2.4.1. Comisión de Estupefacientes (CND)	37
2.4.2. Organización Mundial de la Salud (OMS)	38
2.4.3. Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (INCB)	39

2.4.4. Problemática vinculada a la práctica de ciertas entidades	40
3. CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFÍA	50

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

OMS	Organización Mundial de la Salud
CND	Comisión de Estupefacientes (en inglés, <i>Commission on Narcotic Drugs</i>)
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en inglés, <i>Economic and Social Council</i>)
INCB	Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (en inglés, <i>International Narcotics Control Board</i>)
CEF	Comité de Expertos en Farmacodependencia

INTRODUCCIÓN

El origen y legitimación primera de la sanción penal de cualquier conducta se encuentra en la existencia de bienes jurídicos de obligada protección y en la posibilidad de que esa conducta pueda dañarlos o ponerlos en peligro (delitos de peligro) o en el hecho de que efectivamente los dañe (delitos de lesión). Esto supone que cualquier sanción penal, para ser legítima, deberá ser necesaria para proteger determinados bienes jurídicos.

Dicho de otro modo, en un Estado Social y Democrático de Derecho uno de los principios fundamentales del Derecho Penal es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en virtud del cual, “*como pone de manifiesto la doctrina mayoritaria, todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico*”¹. La mayoría de la doctrina, además, considera esencial que el determinado bien jurídico que se pretende proteger debe tener su reflejo en la Constitución².

Por ello, cuando el Código Penal, en el artículo 368, castiga los actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o la posesión de las mismas con alguno de estos fines; y no determina qué sustancias deben entenderse como droga tóxica,

¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 21.

En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 11 y ss.; y también STC 24/2004, de 24 de febrero: “(...) *la imposición de sanciones penales solo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos (...)*”.

² “*Al bien jurídico generalmente se le atribuyen diversas funciones, como (...) la función de guía en la interpretación (...) clave en esta clase de delitos (tráfico de drogas), permitiendo saber qué comportamientos quedan incluidos en el ámbito de aplicación de los preceptos y excluir las conductas que (...) son incapaces de afectar al bien jurídico protegido. Sin embargo, lo cierto es que las dificultades aparecen cuando se intenta concretar el concepto de bien jurídico (...), algo que, desde nuestro punto de vista, puede conseguirse razonablemente a través de la vinculación del bien jurídico a la Constitución. De esta forma, el ilícito penal puede concretarse únicamente en la lesión o puesta en peligro de un valor constitucionalmente relevante.*” PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto”, op. cit., p. 21

En el mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº43, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.; del mismo *Introducción a la teoría del delito*, op. cit., pp. 11 y ss.; y también SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002, p. 114.

estupefaciente o sustancia psicotrópica; parece lógico acudir al bien jurídico que la norma pretende proteger para dotar de contenido a la misma.

Es decir, si la literalidad del artículo deja sin determinar algo tan importante como es el objeto sobre el que recae el delito y que activa la antijuridicidad de las conductas en él recogidas; acudiendo al interés protegido por esta, quizá seamos capaces de concretar el objeto de la misma.

En este trabajo, por tanto, se analizará, primero, el concepto de “droga” a efectos penales, concepto que deberá estar vinculado a la protección del bien jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación penal de las mencionadas conductas (salud pública) y; segundo, si la protección de dicho bien jurídico realmente está presente en el concepto concreto de droga y, en su caso, de qué manera.

Para su elaboración, la metodología utilizada ha sido, fundamentalmente, el recurso a diferentes fuentes bibliográficas de todo tipo (doctrinales, normativas y jurisprudenciales) relacionadas con el tema que se pretendía tratar.

El primer paso, evidentemente, fue decidir cuál sería ese tema (la ausencia de un concepto claro de droga a nivel penal); para a continuación analizar tanto el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas, como las distintas soluciones que ya se habían aportado para dar contenido al indeterminado objeto de dichos delitos (básicamente, son dos las teorías existentes: teoría de la ley penal en blanco y teoría de los elementos normativos); y finalmente, aportar un concepto jurídico penal basado en la protección del bien jurídico.

No obstante, y a pesar de la aparente plenitud teórica que pudiera suponer lo anterior, la continua obtención de información hizo que fuera necesario el planteamiento de un segundo apartado orientado al análisis de lo que sucede fuera de toda discusión doctrinal. Esto es, que independientemente de la posición doctrinal en la nos situemos, la realidad es que existen unos Convenios Internacionales que tanto *de facto* como *de iure* están determinando el concepto de droga. Por tanto, era necesario el estudio de estos para lograr una comprensión holística de la materia.

Por último, se recogen las conclusiones alcanzadas a lo largo del trabajo, resumiendo y completando las que ya se han ido sentando en los respectivos apartados.

1.- CONCEPTO DE DROGA EN EL DERECHO PENAL

1.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Los delitos de tráfico de drogas se recogen en el Capítulo III (“*De los delitos contra la salud pública*”) del Título XVII (“*De los delitos contra la seguridad colectiva*”) del Libro II del Código Penal. Concretamente el delito que ahora nos interesa se encuentra regulado en el art. 368 del siguiente modo:

“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”.

De acuerdo con lo anterior, tanto la mayoría de la doctrina³ como la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴ entienden que el bien jurídico que subyace en estos delitos es la salud pública. Encontramos aquí el primer problema, ¿qué es la salud pública?

Tomando como referencia la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud se trataría de un “*estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”⁵. A nivel individual, ese bienestar se

³ En ese sentido, ACALE SANCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 18 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 33 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.LVI, 2003, pp. 94 y ss.; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, op. cit., p. 114; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución formativa, Doctrinal, y Jurisprudencial)*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 54 y ss.

⁴ ROJ SSTS 3842/2004, de 3 de junio; 676/2005, de 7 de febrero; 685/2005, de 8 de febrero; 2153/2005, de 11 de abril; 1703/2007, de 1 de marzo.

⁵ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>)

concretaría en el individuo, en el bienestar físico, mental y social del sujeto concreto. Pero la característica “pública” hace referencia a un “*nivel de salud óptimo en una sociedad concreta, que solo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido (...). Se trata de un concepto abstracto claramente vinculado a uno individual*”⁶. Salud pública entendida, por tanto, como salud colectiva o como la suma de la salud de todos los individuos; y cuyo necesario reflejo constitucional se encuentra en el art. 43 de la Constitución⁷.

De este modo, la salud pública se configura como un bien jurídico colectivo, digno de protección penal, pero complementario de la salud individual⁸. Según MAJÓN-CABEZA OLMEDA, “*salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el CP, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos de la pública, pues de lo contrario estaríamos hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento. Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia*”⁹.

Se debe tener cuidado, sin embargo, con esta concepción de salud pública vinculada a la salud individual pues, “*desde esta perspectiva, se considera que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona particular, puesto que no puede pretenderse que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual ya*

⁶ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., p.41.

⁷ Art. 43 CE: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.

⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto”, op. cit., p.23.

⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, op. cit., p.101.

que ello implicaría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen”¹⁰. ¿Podría esto suponer la imposición por parte del Estado de unos modelos de salud a nivel individual para garantizar la salud pública? ¿Hasta qué punto puede defenderse una salud pública sin llegar a un paternalismo extremo del Estado? ¿Estamos hablando entonces de protección de la salud, o de imposición de determinados modelos de perfeccionismo moral?

Otra de las críticas a la afirmación de que es la salud pública el bien jurídico protegido por estos tipos penales es la existencia de drogas legales, como el alcohol o el tabaco, pues también lesionarían la salud pública, poniendo en entredicho que sea precisamente la salud lo que se pretende proteger con la tipificación de los delitos de tráfico de drogas. En este sentido, SEQUEROS SAZATORNIL habla sobre “*la averiguación del interés dominante (...) que pueda desvelarnos algo tan elemental como la justificación de por qué se consideran determinadas sustancias como proscritas y no se hace mención a otras más nocivas para la salud, pero de uso y abuso inveterado en los países de nuestro entorno. No resulta difícil advertir la concurrencia de intereses espurios, como los políticos y económicos que, entrando en conflicto ético con el altruismo que debe presidir la protección de la salud, ponen en tela de juicio la finalidad definitiva de su regulación*”¹¹.

Parece, por tanto, que no está del todo claro que sea únicamente la salud el único interés protegido por estos delitos. Como vemos, además de la salud pública, existen otras concepciones diferentes sobre el bien jurídico protegido, entre ellas, que lo que se protegería sería el interés del Estado en la producción y el comercio de las sustancias cuyo tráfico (en sentido amplio), fuera del control estatal, es ilegal¹².

¹⁰ REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]”, en *Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas)*, *Comentarios a la legislación penal*. Tomo II., Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, pp. 62 y 63.

¹¹ SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, op. cit., p.66. Sobre otras razones que legitiman la política criminal sobre drogas, DÍAZ CORTÉS, L.M., “Las razones de la legitimidad de las políticas criminales frente a las drogas ilícitas: análisis a partir de los modelos de control jurídico (I)” *Diario La Ley*, nº 8858, 8 de noviembre de 2016.

¹² COBO DEL ROSAL, M., “Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, 1977, p.160 y ss.

Otra de estas concepciones sostendría que el interés protegido detrás de estos delitos sería la libertad del consumidor, puesto que las sustancias a las que se hace referencia crean dependencia en el sujeto y disminuyen su voluntad, por lo que su capacidad de decisión se vería afectada¹³.

Incluso se habla de un delito pluriofensivo, en el sentido de que “*los delitos de tráfico de drogas sirven a la protección de distintos bienes jurídicos, concretamente, la salud pública, intereses económicos o políticos, o incluso la seguridad en general*”¹⁴.

La afectación de la salud pública es, a su vez, dependiente de la forma en que se ha procedido a tipificar el delito de tráfico de drogas. Según la doctrina¹⁵ y jurisprudencia¹⁶ mayoritarias, se trata de un delito de peligro abstracto y, “*como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión*”¹⁷.

Basta, por tanto, con la mera puesta en peligro del bien jurídico para sancionar la conducta, sin que sea necesario el daño real. No obstante, debe darse esa efectiva puesta en peligro (que normalmente será presumida). Así ya en la ROJ STS 1985/1993, de 25 de marzo, el Tribunal Supremo decía que, “*aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del art. 344 constituye un delito de peligro abstracto, no cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto, pues ello vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia. El peligro ha de ser siempre una potencialidad*

¹³ *Ídem*, p.156.

¹⁴ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., p.39.

¹⁵ ACALE SANCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, op. cit., pp.26 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., pp.44 y 45; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, op. cit., pp.97 y 101; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, op. cit., pp.70 y ss.; VALLE MUÑIZ, J.M./MORALES GARCÍA, O., “Artículo 368”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p.1390.

¹⁶ ROJ SSTS 3842/2004, de 3 de junio; 676/2005, de 7 de febrero, 7989/2006, de 27 de diciembre; 793/2007, de 7 de febrero; 2752/2007, de 7 de mayo.

¹⁷ STS 2153/2005, de 11 de abril.

de daño, por lo que el peligro abstracto solo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño. Por ello, si en el caso concreto puede concluirse que no hay peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de la antijuridicidad del acto, por lo que no se da en él la adecuación a tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el Legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia y, por ende, sin contenido material de antijuridicidad (...)”.

Y por la misma línea parece ir también la ROJ STS 2153/2005, de 11 de abril, al señalar que *“lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido (...). En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico”*.

Según MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *“para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deben determinarse esas personas”*¹⁸.

De todo esto se pueden extraer algunas cuestiones, cuanto menos, curiosas. Por un lado, si, como se ha visto, el bien jurídico digno de protección es colectivo y el delito se configura como delito de peligro abstracto, no se exige una lesión efectiva de la salud de ninguna persona concreta. Dicho de otro modo, se está sancionando una posible lesión de la salud, no de alguien en particular, sino de terceras personas en general. Esto ha permitido excluir del tipo, en ocasiones, supuestos como el autoconsumo, el consumo compartido o la venta de pequeñas cantidades a persona determinada¹⁹.

¹⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, op. cit., p.95.

¹⁹ En otras ocasiones, *“la jurisprudencia ha afirmado el peligro y la tipicidad, condenando plenamente, apreciando una atenuación de la responsabilidad o, incluso, proponiendo un indulto”* (PEDREIRA

Por otro lado, la consumación del delito se produce con la mera actividad, sin que haya resultado dañoso alguno. “*Se adelanta la consumación a un momento en el que ni siquiera es preciso que algún consumidor entre en contacto con las drogas*”²⁰.

1.2. EL OBJETO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

1.2.1. Concepto de droga, estupefaciente y sustancia psicotrópica

Cuando el art. 368 CP sanciona el cultivo, la elaboración, el tráfico, el favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o la posesión de estas con aquellos fines, no determina a qué sustancias concretas se refiere, o cuáles son los criterios para entender que una determinada sustancia es droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Dicho de otro modo, no define cuál es el objeto sobre el que recae la antijuridicidad de la acción; cuestión no poco importante pues, ante la ausencia de un concepto claro, aparecen numerosos conceptos posibles (como se verá a continuación), con el consecuente daño al principio de seguridad jurídica y, en última instancia a la tutela judicial efectiva.

1.2.1.1. RAE

Una primera aproximación a estos conceptos la proporciona el Diccionario de la Lengua Española²¹, de la Real Academia Española, que los define del siguiente modo.

Según este, droga sería aquella “*sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes*” o aquella “*sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno*”.

GONZÁLEZ, F.M., “El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto”, op. cit., p.28).

²⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto”, op. cit., p.28.

²¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., Espasa, Madrid, 2014. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>)

Por estupefaciente entiende aquella “*sustancia que altera la sensibilidad y puede producir efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos, y cuyo uso continuado crea adicción*”.

Y, finalmente, psicotrópico sería aquella “*sustancia psicoactiva (que actúa sobre el sistema nervioso, alterando las funciones psíquicas) que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad*”.

Aunque se trata de definiciones demasiado generales y amplias, se puede realizar la siguiente observación: las tres (droga tóxica, sustancia estupefaciente y sustancia psicotrópica), aunque con ciertas particularidades propias, en principio, podrían englobarse dentro del mismo concepto como sustancias que actúan sobre el sistema nervioso.

Si vamos un paso más allá y consultamos el Diccionario del Español Jurídico²², de reciente publicación (2016), los mismos conceptos se definen del siguiente modo.

El concepto de droga aparece definido como “*droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica*”; siendo droga tóxica aquella “*sustancia natural o sintética cuyo consumo reiterado provoca dependencia psíquica, tolerancia y dependencia física de sus efectos, y que, conforme entiende mayoritariamente la jurisprudencia y la doctrina, debe estar recogida en alguna de las listas de productos que figuran en los anexos a los convenios internacionales sobre la represión del tráfico de estupefacientes ratificados por España*”; o directamente “*estupefaciente o sustancia psicotrópica*”.

Sustancia estupefaciente se define como aquella “*sustancia, natural o sintética, incluida en la Lista I (cannabis, cocaína, heroína, metadona, morfina, opio, etc.) o en la Lista II (codeína, etilmorfina, etc.) de la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes (1961) y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca*”.

²² Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial, *Diccionario del español jurídico*, Espasa, Madrid, 2016. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>)

Por último, sustancia psicotrópica se define como aquella “*sustancia, natural o sintética, incluida en las Listas I, II, III y IV (DMA, MDMA; MMDA, mescalina, LSD, anfetamina, diazepam, bromazepam, lorazepam, etc.) del Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas (1971) y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca*”.

Se confirma, por tanto, que el objeto del delito es único y no debe entenderse como una clasificación tripartita; tanto los estupefacientes como los psicotrópicos entran dentro del concepto de droga, aunque después sus efectos sobre el organismo difieran.

1.2.1.2. Normativa internacional

Estas dos últimas definiciones de sustancias estupefacientes y psicotrópicas se derivan de disposiciones normativas internacionales que no proporcionan una definición concreta de dichas sustancias, pero sí proporcionan listados en los que enumeran sustancias con esa denominación. Concretamente, son los siguientes: la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 de mayo de 1972 (según esta, serían estupefacientes las sustancias contenidas en las Listas I y II); el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 (según este, serían sustancias psicotrópicas las contenidas en las Listas I, II, III y IV); y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que se remite a los listados ya mencionados.

1.2.1.3. Jurisprudencia

Si, como se ha visto, las definiciones del Diccionario del Español Jurídico y de la normativa internacional se fundamentan en la remisión a los Listados contenidos en los Convenios; parece lógico entender que en el mismo sentido irá la doctrina jurisprudencial, dado que en su práctica habitual deben emplear estos instrumentos jurídicos.

Por tanto, para la jurisprudencia mayoritaria²³ serán drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas todas aquellas así recogidas en los Convenios ya mencionados, ratificados por España (parte del Derecho Español, por tanto), y aquellas otras que hayan sido catalogadas como tales por normas estatales.

Esta concepción tiene la ventaja de proporcionar seguridad jurídica, ya que la remisión a las Listas permite conocer de antemano el contenido de las mismas y, por tanto, las sustancias susceptibles de desencadenar el delito. Es decir, quien cometa las conductas típicas con alguna de las sustancias presentes en los Listados, no cabe duda de que está cometiendo el delito. No obstante, ¿sería esta concepción exclusiva, en el sentido de que únicamente podrían ser objeto del delito las sustancias presentes en los Listados? ¿O tendrían cabida también otras sustancias?

1.2.1.4. Doctrina

Como no puede ser de otra forma, la disparidad de opiniones presentes en la doctrina tampoco ayuda a la hora de conceptualizar el objeto. Según refleja JOSHI JUBERT²⁴, existen opiniones de todos los tipos.

Existe desde un sector doctrinal que “*entiende que dichos términos (droga tóxica, estupefaciente y sustancia psicotrópica) designan un mismo objeto*”²⁵, hasta otro que “*atribuye distinto significado a cada uno de los términos*”²⁶.

²³ Como la mayoría de la jurisprudencia suscribe la teoría de la ley penal en blanco que se verá más adelante, ver pp. 13 a 19 del presente trabajo.

²⁴ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., pp. 52 y 53.

²⁵ REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]”, en *Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas), Comentarios a la legislación penal*. Op. cit., p. 172; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 566; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 784; PRIETO RODRIGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 30.

²⁶ RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 944; CÓRDOBA RODA, J., “El delito de tráfico de drogas”, en *Estudios penales y criminológicos, vol. IV, Cursos y Congresos nº18*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981, p. 20.

Otra parte de la doctrina entendería “*por droga (...), siguiendo el criterio propuesto por la OMS, aquella sustancia natural o sintética cuya consumición repetida, en dosis diversas provoca en las personas: 1º el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (dependencia psíquica), 2º la tendencia a aumentar la dosis (tolerancia) y 3º la dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia*”²⁷

Para otros autores²⁸, de la misma manera que pasaba con la jurisprudencia, la solución vendría en los Listados de los Convenios internacionales ya mencionados (Convención Única de 1961 y Convenio de 1971).

1.2.1.5. Otras definiciones

Además de estas definiciones estrictamente jurídicas y enfocadas a la práctica; que, como se verá más adelante, ocasionan problemas interesantes; el concepto de droga se ha definido, también, desde otros ámbitos. Así, “*desde una perspectiva médica se ha entendido por droga toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones*”. “*Farmacológicamente, se considera a las drogas como sustancias que actúan sobre la corteza cerebral modificando la psicología o actividad mental de los seres humanos*”. Y atendiendo a una concepción fenomenológica (en función de los efectos producidos por estas sustancias) “*drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas son sustancias naturales o sintéticas que provocan los siguientes efectos: un deseo incontenible de o una necesidad de continuar consumiendo la sustancia,*

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 566; CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986, p. 342; VIVES ANTÓN, T. M., “Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, en *Drogas: Aspectos jurídicos y medico legales*, 1986, p. 265; BERISTAIN IPIÑA, A., “Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica”, en *Delitos contra la Salud Pública*, 1977, p. 56; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1987, T.40, nº2, p. 387.

²⁸ REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas...”, op. cit., p.169; RODRIGUEZ RAMOS, L., “Contrabando y/o tráfico de drogas”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

tendencia a aumentar la dosis, dependencia física a los efectos de la droga y síndrome de abstinencia”²⁹.

1.2.2. Discusión ley penal en blanco/elementos normativos

Cuando se plantea cualquier reflexión sobre la determinación del concepto de droga, inevitablemente es necesario aludir al tema que ahora nos ocupa y que no es otro que la discusión sobre si el tipo penal que sanciona el cultivo, la elaboración, el tráfico, el favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se trata de un tipo completo o de una norma penal en blanco.

Por el momento, de todo lo manifestado se puede deducir que existen esas dos posturas diferenciadas: la primera, que entiende que el tipo penal contiene elementos normativos suficientes para determinar el concepto de droga, de manera que será el Juez en cada caso quien determine qué es droga; y la segunda, que entiende que se trata de un tipo penal en blanco, siendo necesario su complemento a través de los Listados internacionales de fiscalización contenidos en la Convención Única de 1961, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

1.2.2.1. Teoría de la ley penal en blanco

Desde esta posición, el objeto del delito no viene determinado en el propio tipo penal, sino que será necesario acudir a normativa extra-penal, en concreto a los Listados de los Convenios internacionales ratificados por España, para conocer si la sustancia concreta sobre la que recaen las conductas tipificadas son susceptibles de activar la ilicitud de la conducta. De modo que, las conductas serán penalmente relevantes y habrá delito cuando las sustancias sobre las que recaigan se encuentren en los Listados Internacionales; siendo conductas atípicas en caso contrario.

²⁹ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., pp.48 y 49.

Además, esta teoría se refuerza cuando nos damos cuenta de que, una vez firmados los Convenios Internacionales sobre drogas, estos pasan a ser parte de nuestro Derecho Interno; lo que obliga a “*sancionar penalmente los comportamientos relacionados con las drogas allí recogidas*”³⁰.

En este sentido se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Supremo. Así, en la ROJ STS 4199/1990, de 1 de junio, en el Fundamento de Derecho segundo se dice que “*El concepto de droga tóxica o estupefacientes utilizado en el art. 344 del Código Penal por su excesiva amplitud ha necesitado una interpretación restrictiva que, en aras del debido respeto a los principios de seguridad jurídica y legalidad, se ha realizado a través de una referencia concreta a las normas recogidas en Convenios Internacionales a contar desde el momento de su vigencia en España como consecuencia de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» una vez ratificados conforme a nuestras normas internas. Así pues, se trata de un concepto en blanco para cuya determinación precisa ha de acudir a unas disposiciones ajenas al Código Penal, de modo que una reforma o ampliación en estas últimas implica la consiguiente modificación, no de la Ley penal, pero sí del alcance concreto de ésta*”.

La misma idea se refleja en la ROJ STS 3235/1993, de 21 de mayo, Fundamento de Derecho cuarto: “*Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo, por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado - art. 96 de la Constitución- utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo de ser una concreta sustancia psicotrópica o estupefaciente, lo que convierte a los preceptos que sancionan las conductas de cultivo, elaboración o tráfico o la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, en preceptos penales en blanco que obligan a llenar la norma punitiva -en este caso, en cuanto al concepto de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- con preceptos y normativa extrapenal*”.

³⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las convenciones de Naciones Unidas. El sistema de Listas. Clasificación en función del daño a la salud. La pureza de la droga”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y otros, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 55.

Otro ejemplo en el mismo sentido sería la ROJ STS 4120/1994, de 27 de mayo, en su Fundamento de Derecho segundo: *“El Código Penal no da un concepto o definición de drogas. (...) Contamos pues con una definición auténtica extrapenal -el art. 344 constituye una norma penal en blanco que ha de completarse con normativas fuera de su texto- cuya eficacia se encuentra en el art. 96.I de la Constitución, referida a la fuerza y eficacia de los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España, que solo reputa sustancias psicotrópicas las de las listas I, II, III y IV”*.

Del mismo modo la ROJ STS 4269/1994, de 1 de junio, en su Fundamento de Derecho segundo refleja que *“(...) los Convenios Internacionales ratificados por nuestra Nación se convierten en Ley Interna del Reino (artículo 96 de la Constitución Española), vis atractiva que se refuerza en el caso del artículo 344 del Código Penal, ley penal en blanco que exige el complemento de otra ley extrapenal sustantiva para su desarrollo”*.

También la ROJ STS 883/1996, de 12 de febrero, en su Fundamento de Derecho octavo manifiesta que *“el artículo 344 castiga determinadas conductas que precisan de normas extrapenales configuradoras del tipo penal, tales son los Convenios Internacionales incorporados al ordenamiento Jurídico como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución. Así pues, los Convenios de Estupefacientes de las Naciones Unidas de 1961 y de Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971, también el Protocolo de Ginebra de 1972 y sus Listas Anexas, adquieren carta de naturaleza penal obligatoria nada menos que a través de la propia Constitución. No cabe mayor respeto al principio de legalidad”*.

La teoría de la ley penal en blanco también se confirma en la ROJ STS 1825/2001, de 7 de marzo, cuando en su Fundamento de Derecho primero afirma que *“el art. 368 del Código penal contiene una norma penal en blanco en cuanto parte de la estructura de la norma, la definición del supuesto de hecho punible, no se contiene en la propia norma penal, sino que se remite a una norma distinta que complementa el tipo penal. (...) los Tratados Internacionales, art. 96 CE, válidamente celebrados una vez publicados oficialmente forman parte del ordenamiento interno (...)”*.

Y de nuevo, la ROJ STS 89/2003, de 16 de enero, en su Fundamento de Derecho quinto, afirma que *“el tipo delictivo cuya indebida aplicación aquí se denuncia -el art.*

371 del Código Penal- castiga con las correspondientes penas, entre otras conductas, una serie de actividades (fabricación, transporte, distribución, comercio, etc.) relacionadas con "materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, (...), y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en futuros Convenios de la misma naturaleza ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, ...", de modo que constituye, por una parte, una norma penal en blanco, que ha de ser integrada con las correspondientes normas extrapenales, y, por otra, es un delito de mera actividad”.

En el mismo sentido, la ROJ STS 1957/2006, de 31 de marzo, en su Fundamento de Derecho segundo, confirma esta idea del siguiente modo: “(...) el art. 368 define el núcleo esencial de la prohibición -las conductas de cultivo, elaboración y tráfico o la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo- y establece que su objeto material son las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas, a las que anuda una consecuencia punitiva. Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado - art. 96 de la Constitución - utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópica o estupefaciente, lo que convierte al precepto del art. 368 del Código Penal en una norma penal en blanco que obliga a integrarla -en este caso, en cuanto al concepto de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- con preceptos y normas extrapenales”.

Finalmente, un último ejemplo sería el Fundamento de Derecho primero de la ROJ STS 4747/2013, de 24 de septiembre, al manifestar que “(...) hemos venido interpretando que nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado (...). Por ello la norma del artículo 368 del Código Penal ha de integrarse por remisión a esas disposiciones extrapenales, sin que puedan considerarse típica, sin quebranto del principio de legalidad, los comportamientos en aquella norma penal definidos por el mero hecho de que la sustancia se considere tóxica. Basta recordar a tal efecto los ejemplos del tabaco o el alcohol”.

Consecuencias de la ley penal en blanco

A primera vista, desde esta postura importa poco, o por lo menos se da por supuesto, el daño al bien jurídico protegido que se pretende proteger (salud pública), pues parece que la sanción no viene por el daño al mismo, sino por la inclusión o no de la sustancia concreta en el Listado correspondiente. De este modo, si la sustancia concreta se encuentra prevista en los Listados, los comportamientos relacionados con esta podrán ser objeto de sanción penal; pero no en caso contrario. Y todo ello con independencia del nivel de afectación concreto al bien jurídico protegido (salud pública). De aquí se desprenden a su vez dos consecuencias.

La primera, es que se pueden estar sancionando conductas en las que no se vulnera el bien jurídico por las especificidades del caso concreto (cantidades ínfimas, principio activo mínimo, etc.).

La segunda es que no se sancionan conductas relacionadas con sustancias nuevas no incluidas en los Listados, y que sin embargo sí pueden estar vulnerando el bien jurídico protegido³¹.

Una tercera consecuencia de esta postura, positiva en este caso, es la seguridad jurídica, así como el principio de legalidad, que se desprenden de la determinación de las sustancias concretas sobre las que puede recaer el tipo (se trata de listas cerradas cuyo contenido se puede averiguar antes de realizar la conducta).

Del mismo modo, esta postura permite la aplicación de los principios de irretroactividad desfavorable y retroactividad favorable³²; de modo que conductas realizadas hoy con sustancias que no se incluirán en los Listados hasta mañana, no serán susceptibles de sanción penal; y, del mismo modo, conductas realizadas ayer con sustancias que hoy ya no se encuentran listadas, dejarán de ser susceptible de sanción.

³¹ Sobre este tipo de sustancias, ver GARCIA REPETTO, R. y SORIA, M. L., “Drogas emergentes: una perspectiva medicolegal”, en *Revista española de Medicina Legal*, 2011, pp. 76 a 82.

³² JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., p. 56.

1.2.2.2. Teoría de los elementos normativos

Para los partidarios de esta segunda teoría, el tipo penal se trataría de una norma completa y contendría elementos normativos suficientes para que el juez pudiese determinar, en cada caso concreto, el objeto del delito. Es decir, sería el juez, en cada caso, quien determinase si la sustancia concreta sobre la que recaen las conductas del tipo activa la antijuridicidad de estas. Y la manera de determinar esa activación o no tendría en cuenta la finalidad penal del tipo, es decir, la protección del bien jurídico. Por tanto, sería el juez, en cada caso, quien determinase si esa sustancia afecta al bien jurídico (salud pública) para, en caso afirmativo, poder subsumir los hechos bajo ese tipo penal.

Vemos, de este modo, que el elemento central de esta postura es el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de las conductas; si se daña este o no. De hecho, algunos autores mantienen que la remisión a los Convenios sería una cuestión interpretativa que quedaría al arbitrio judicial³³ o, dicho de otro modo, no tendrían más valor que el meramente orientativo en el proceso de interpretación del juez³⁴.

Según JOSHI JUBERT, *“lo que importa desde este punto de vista es la construcción de un concepto penal de droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica que tenga en cuenta las concretas finalidades del Derecho Penal”*³⁵.

³³ *Ídem*, p. 58.

³⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las convenciones de Naciones Unidas. El sistema de Listas. Clasificación en función del daño a la salud. La pureza de la droga”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y otros, *El delito de tráfico de drogas*, op. cit., p. 54.

No obstante, no puedo estar del todo de acuerdo con esta idea, pues una vez ratificados los Convenios (y, por tanto, los Listados en ellos contenidos), estos pasan a formar parte del Derecho interno, siendo obligatorio su cumplimiento desde ese momento. Una consecuencia inmediata de esto es que, aunque tomemos como partida la posición de los elementos normativos, cuando nos encontremos ante sustancias contempladas en los Convenios, sin lugar a dudas, estas van activar de manera automática la antijuridicidad de las conductas tipificadas. Por tanto, la interpretación del juez, propia de la teoría de los elementos normativos, solo tendría cabida respecto de sustancias no previstas en los Listados.

³⁵ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., p. 58.

Como ocurría con la teoría de la ley penal en blanco, también en este sentido se ha llegado a pronunciar la jurisprudencia. Así, la ROJ STS 3997/1995, de 7 de julio, en su Fundamento de Derecho cuarto, manifiesta que “(...) *un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el art. 344 CP -a diferencia de lo que sostiene el recurrente- no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco se deben entender aquéllas que sólo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionada por el art. 344 CP se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en "ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico", o de otro modo "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con aquellos fines", es decir en una conducta que el texto del art. 344 CP describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma. Ciertamente es frecuente que para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta Sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1.961, como lo hace también la sentencia recurrida. Pero de ello no es correcto deducir que el art. 344 CP constituye una ley penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el art. 344 CP, sino que clasifican, con arreglo a criterios científicos, las sustancias alcanzadas por la definición de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos y, por lo tanto, no complementan el tipo penal, sino que constituyen un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo”.*

Y del mismo modo, la ROJ STS 1979/1997, de 18 de marzo, en su Fundamento de Derecho cuarto, hace referencia a la sentencia anterior para confirmar su argumento: “*Es preciso recordar que, conforme señala con precisión la S.TS. 849/1995, de 7 de julio, «un estudio cuidadoso de la estructura normativa demuestra que el artículo 344 del Código penal (obviamente se refiere al de 1973) no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo»*”.

Consecuencias de los elementos normativos.

Desde esta postura, el concepto de droga no viene únicamente determinado por los Listados internacionales, sino que deberá determinarse en cada caso concreto según

los propios fines del Derecho Penal; los cuales no son otros que la protección de bienes jurídicos, y en el caso de conductas relacionadas con drogas, la salud pública.

No obstante, desde el momento en que los Convenios Internacionales pasan a formar parte del Derecho interno, pasan a ser de obligado cumplimiento. Por lo que las sustancias en ellos recogidas pasarían automáticamente a formar parte de esa definición de droga, independientemente de su grado de vulneración efectivo al bien jurídico.

De este modo, los principios de seguridad jurídica, legalidad, irretroactividad y retroactividad favorable que eran característicos de la teoría de la ley penal en blanco, pasarían también a estar presentes aquí respecto de las sustancias listadas en los Convenios. La diferencia en cuanto a estos principios vendría, en este caso, de la mano de aquellas sustancias no listadas pero que, en el caso concreto y atendiendo al bien jurídico, el juez pudiera determinar como drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En esos casos, los principios de seguridad jurídica y legalidad decaerían a favor del principio de exclusiva protección del bien jurídico.

1.3. HACIA UN CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE DROGA BASADO EN LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

De lo hasta ahora visto se pueden extraer dos conclusiones principales: la primera, es que no queda del todo claro cuál es el concreto bien jurídico protegido por el artículo 368 del Código Penal; la segunda, y en parte también por el motivo anterior, que no existe un concepto claro de droga.

Me parece, por tanto, necesario abordar en este apartado la creación de un concepto de droga que dé respuesta a los interrogantes anteriores y a la vez sea útil y efectivo para la práctica judicial.

No es esta la primera vez que se plantea la creación de un criterio de estas características, ni será, seguramente, la última. Autores como MUÑOZ CONDE, PRIETO RODRIGUEZ o JOSHI JUBERT ya han abordado en alguna ocasión esta necesidad de construcción de un concepto de sustancia tóxica que facilite la determinación del objeto

contenido en el tipo del artículo 368³⁶. De hecho, el concepto que se presenta a continuación tendrá bastantes puntos en común con esos otros precedentes.

Desde la teoría de los elementos normativos, vista en el apartado anterior, la principal característica del concepto vendría en la protección del bien jurídico. Este trabajo ya se inició resaltando el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos propio del Derecho Penal, según el cual para sancionar una conducta y que dicha sanción sea legítima, la conducta deberá atentar o poner en peligro algún bien jurídico.

Por tanto, se procederá, en primer lugar, a recordar desde qué bien jurídico se va a definir el objeto; para, en segundo lugar, proceder a realizar esa definición a través de determinadas características que deberían tener las sustancias para ser consideradas como drogas tóxicas.

No obstante, antes de empezar es necesario realizar un apunte en relación a la otra teoría sobre el concepto de droga tóxica (teoría de la ley penal en blanco), pues si bien concibe dicho concepto como algo cerrado (solo las sustancias enumeradas en los Listados internacionales), desde un punto de vista práctico, también va a influenciar la elaboración del concepto que se realizará en este apartado.

Como ya se ha dicho en apartados anteriores, desde el momento en que los Convenios Internacionales pasan a formar parte del Derecho interno, pasan a ser de obligado cumplimiento. Por lo que las sustancias en ellos recogidas pasarían automáticamente a formar parte de cualquier concepto de droga que se pretenda elaborar, independientemente de su grado de vulneración efectiva al bien jurídico.

Esto quiere decir que el concepto que se tratará de perfilar a continuación será válido, en principio, únicamente para aquellas sustancias no previstas en los Convenios,

³⁶ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., pp. 61 a 98; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 567: “Lo que en todo caso hay que destacar es que su inclusión en los delitos que aquí se estudian dependerá de criterios jurídicopenales y políticocriminales distintos a los puramente administrativos o jurídicos internacionales”; PRIETO RODRIGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, op. cit., p. 177: “el concepto jurídico penal de droga cumplirá los siguientes requisitos: 1. Ser incluíble en el concepto empírico de droga, atendida su naturaleza y efectos, 2. Peligrosidad o nocividad de la sustancia, 3. Carácter orientativo de las listas internacionales y administrativas”.

pues respecto de las sustancias listadas no existiría ninguna duda sobre si son susceptibles de generar el delito; lo son desde el momento en que entran en las Listas³⁷.

1.3.1. El bien jurídico: entre la salud pública y la individual

Como ya se planteó al comienzo de este trabajo, y como se desprende también del propio Código Penal, el bien jurídico que subyace en estos delitos es la salud pública. Ante esto caben dos opciones: entender que, cuando se habla de salud pública, únicamente se está haciendo referencia a esa salud pública como algo desvinculado de la salud individual; o, por el contrario, entender que salud pública y salud individual se encuentran vinculadas.

Una concepción del bien jurídico “salud pública” desconectada del bien jurídico “salud individual” podría tener como consecuencia que, ante una sustancia que dañase la salud individual, podría entenderse que no se daña la salud pública por no tratarse de una cantidad suficiente para ello. Es evidente que cuanto mayor sea la cantidad de la sustancia, mayor es la posibilidad de expansión de la misma y, por tanto, mayor es también la posibilidad de que afecte a más personas.

Por tanto, considero que la manera de entender esta salud pública no debe ser desconectada de la salud individual, no se puede desvincular la salud individual de la salud pública. *“Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga”*³⁸.

1.3.2. Concepto jurídico penal de droga

Desde esta perspectiva dual, por tanto, para que una sustancia fuera entendida como droga a nivel penal, primero, debería ser susceptible de dañar la salud individual por las características intrínsecas lesivas para la salud de dicha sustancia; y, segundo,

³⁷ Cosa distinta será que su inclusión en esos Listados verdaderamente obedezca, o no, a cuestiones relacionadas con la protección de la salud como bien jurídico; cuestiones estas que se abordan en la segunda parte de este trabajo.

³⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, op. cit., p.101.

debería ser susceptible de dañar la salud pública por la capacidad de expansión de la misma, capacidad que vendrá determinada normalmente por la cantidad (a mayor cantidad, mayor posibilidad de expansión y mayor posibilidad de afectar a la salud pública).

Por lo que se refiere a esas características lesivas intrínsecas y dado que, al fin y al cabo, el bien jurídico es la salud, será desde ámbitos como la Medicina o la Farmacología desde donde deba venir la determinación de las mismas. Algunos criterios a tener en cuenta podrían ser: la aparición de tolerancia (necesidad de recurrir cada vez a mayor cantidad de sustancia para alcanzar los efectos deseados); síndrome de abstinencia (malestar clínicamente significativo o deterioro de la actividad laboral, social o en cualquier otro ámbito importante de actividad, provocado por la reducción del uso prolongado de la sustancia; y/o aparición de una necesidad irresistible de volver a tomar la sustancia); uso compulsivo de la sustancia (cuando se consume en mayor cantidad a la que se pretendía, o con mayor frecuencia, o durante un periodo de tiempo más largo, cuando existe un deseo persistente o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo, cuando se reducen de forma significativa las actividades sociales y laborales debido al consumo, cuando se continua consumiendo la sustancia a pesar de tener conciencia de los problemas que dicho consumo está generando); patrones desadaptativos de consumo que conllevan un deterioro o malestar clínicamente significativos que da lugar al incumplimiento de obligaciones o al consumo en situaciones en las que es peligroso; o determinado grado de intoxicación (efectos fisiológicos directos de la sustancia sobre el sistema nervioso)³⁹.

Una vez determinadas las características intrínsecas de la sustancia, todavía sería necesario comprobar si la sustancia en el caso concreto posee la pureza suficiente, o porcentaje de principio activo, suficiente para afectar a la salud individual. De esta necesidad se derivarían, al menos, dos consecuencias prácticas: primero, habría que analizar ese grado de pureza en el caso concreto; y, segundo, habría que determinar cuál sería el porcentaje mínimo de principio activo de cada sustancia susceptible de causar efectos lesivos para la salud por las características propias de la sustancia.

³⁹ ASOCIACIÓN ESTADOUNIDENSE DE PSIQUIATRÍA, “Trastornos relacionados con sustancias y trastornos adictivos” en *DSM-5. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, 2014.

Por último, y dado que el bien jurídico explícitamente protegido es la salud pública, se debería estar ante una cantidad de sustancia suficientemente grande para poder afirmar la puesta en peligro de la salud pública. De nuevo, la consecuencia práctica derivada es que se debería determinar cuándo estamos ante una cantidad suficiente.

En resumen, por tanto, para que una sustancia fuera considerada como droga tóxica, y ser subsumible en el objeto material del tipo del art. 368 CP, debería cumplir tres criterios⁴⁰: primero, ser una sustancia perjudicial para la salud, por sí misma (lo que implica que debe ser idónea en abstracto para afectar a la salud individual, idoneidad que vendrá dada a través de criterios propios de la Medicina y la Farmacología); segundo, ser una sustancia perjudicial para la salud, en el caso concreto (lo que implica que debe ser una sustancia idónea en concreto para afectar a la salud individual, idoneidad que vendrá dada a través del grado de pureza de la sustancia en el caso concreto); por último, deberá ser una cantidad significativa, es decir, tratarse de una cantidad suficientemente alta para poder ser difundida entre una masa de población significativa y poner en peligro, de ese modo, a la salud pública.

⁴⁰ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, op. cit., pp. 95 y 96.

2. LOS CONVENIOS DE FISCALIZACIÓN DE DROGAS

Llegados a este punto, es necesario recuperar la idea de que, desde el momento en que los Convenios Internacionales pasan a formar parte del Derecho interno, pasan a ser de obligado cumplimiento para los Estados. Como ya se ha visto, esto quiere decir que independientemente de la teoría sobre el concepto de droga desde la que se parta, los Convenios Internacionales siempre van a tener gran trascendencia, pues respecto de las sustancias en ellos recogidas no habrá ninguna duda acerca de su conceptualización como droga.

Dicho de otro modo, las sustancias recogidas en los Listados de los Convenios Internacionales sobre fiscalización de drogas serán, sin ninguna duda, consideradas como drogas mientras se encuentren recogidas en estos, y desde el momento en que dichos Convenios pasen a formar parte del Derecho interno de cada Estado.

Parece interesante, por tanto, conocer cómo funciona el proceso de fiscalización y en qué se basa la introducción y expulsión de las sustancias en esos Listados. Si, como también se ha visto, el bien jurídico que se pretende proteger con los delitos de tráfico de drogas es la salud pública, parece lógico pensar que la protección de la salud debería ser, al menos, uno de los motivos para la inclusión de sustancias en dichos Listados.

Esta parte, por tanto, versará sobre el proceso y criterios para la inclusión/exclusión de sustancias en los Listados contenidos en los Convenios Internacionales de fiscalización de drogas; teniendo siempre de fondo los siguientes interrogantes: ¿cómo se incluyen/excluyen sustancias de los Listados?, ¿quién es competente para tomar esas decisiones?, ¿se tiene en cuenta la afectación de la salud, o son otros los criterios?

Sin embargo, antes de entrar propiamente en el análisis de los Convenios, es necesario determinar cuáles son esos Convenios.

Aunque los antecedentes del Sistema Internacional de Fiscalización de drogas se remontan a principios del siglo XX, concretamente a la Convención Internacional del Opio celebrada en Shanghái en 1909 (primera Conferencia Internacional en discutir y analizar los problemas en torno a las drogas) que, además, sentó las bases para el que

sería el primer Tratado Internacional de fiscalización de drogas que se acordó unos años después en la Convención Internacional del Opio de la Haya, en 1912⁴¹; aquí se hará referencia únicamente a los Convenios más recientes y que actualmente determinan el Sistema Internacional de Fiscalización. Estos convenios son la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

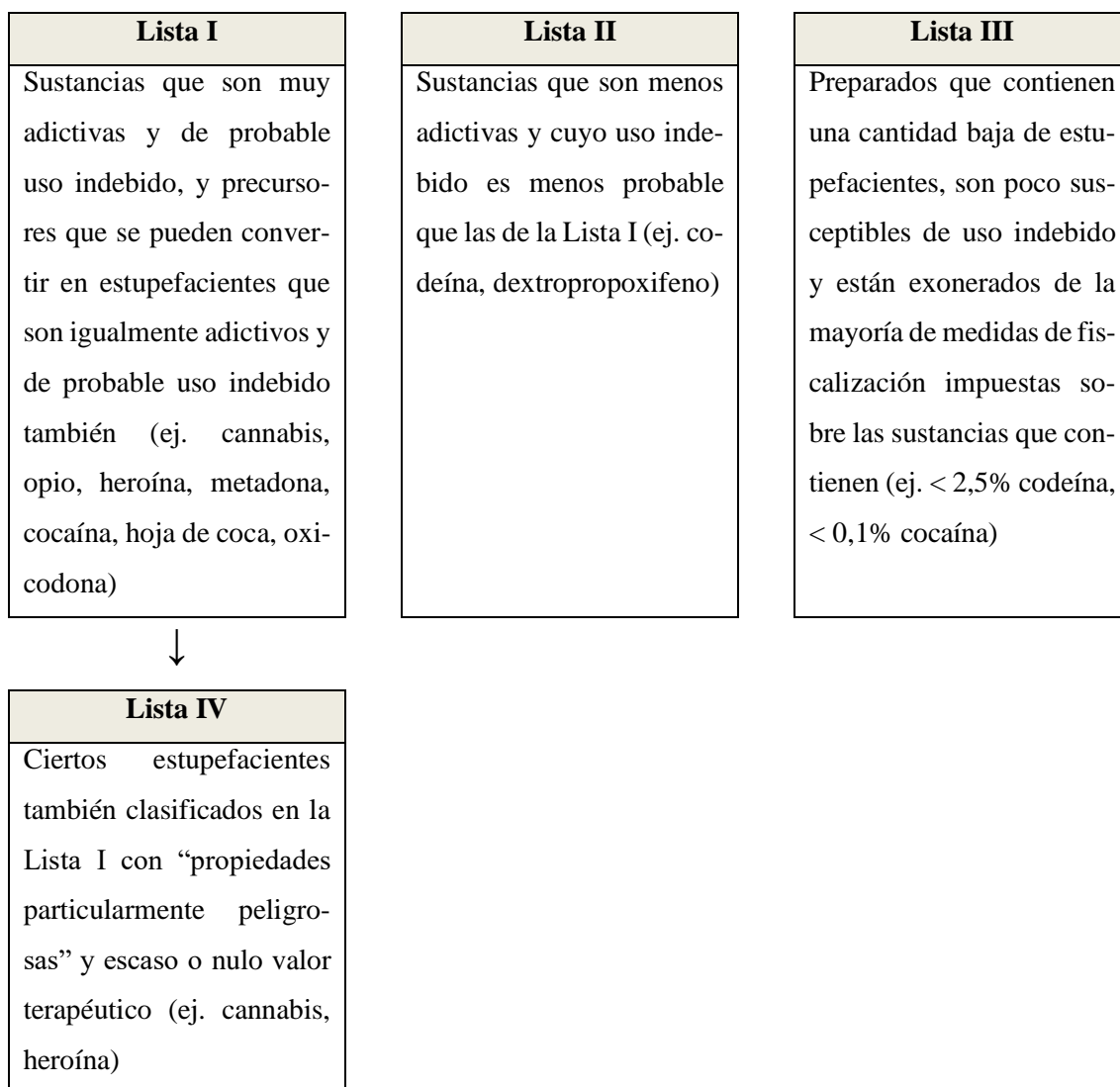
Estos tres instrumentos internacionales conforman el actual Sistema Internacional de Fiscalización y lo hacen a través de un marco legal en el que se recogen diferentes medidas de control, aplicables tanto a nivel nacional como internacional, con dos objetivos principales: primero, garantizar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicoactivas para fines médicos y científicos; y segundo, prevenir el desvío de estas sustancias hacia canales ilegales.

2.1. LA CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES

La Convención Única de 1961 sobre estupefacientes surge por la necesidad de actualizar y unificar los diferentes acuerdos internacionales que, hasta entonces, se habían ido desarrollando desde la Convención Internacional del Opio (1912); creando, de este modo, un sistema de fiscalización unificado y universal.

Esta Convención incluye cuatro Listados con las sustancias controladas, de acuerdo a su valor terapéutico y riesgo potencial de abuso, y prevé en su artículo 3 un proceso que permite modificar esos Listados sin necesidad de modificar el texto del artículo.

⁴¹ *This day in history: The Shanghai Opium Commission, 1909.* (Disponible en: <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/this-day-in-history-the-shanghai-opium-commission-1909.html>)



Fuente: JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, primera edición, Transnational Institute 2015. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>).

2.1.1. Proceso de modificación de las Listas

La Convención Única de 1961 prevé el proceso para modificar sus Listados anexos en el artículo 3 (*Modificación de la esfera de aplicación de la fiscalización*).

Cuando alguna de las Partes o la Organización Mundial de la Salud (OMS en adelante) posean datos que puedan suponer una modificación de las Listas, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas, facilitándole esos datos. Este, a su vez, dará traslado de la notificación al resto de Partes, a la Comisión de Estupefacientes (en adelante CND) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante, ECOSOC) y a la OMS, en el caso de que la notificación venga de una de las Partes.

Cuando la notificación se refiera a una sustancia que no se encuentra en las Listas, para la inclusión de esta en las mismas, la OMS deberá comprobar que dicha sustancia cumple alguno de los siguientes criterios: se presta a uso indebido⁴², puede producir efectos nocivos parecidos a los de los estupefacientes que ya aparecen en las Listas, puede ser transformada en un producto que se preste a un uso indebido similar o puede ser transformada en un producto que pueda producir efectos nocivos semejantes.

En base al análisis de la sustancia y su adecuación a alguno de estos criterios, la OMS emite una recomendación a la CND, que finalmente decidirá sobre la inclusión o no de la sustancia de conformidad con la recomendación.

Del mismo modo, si la notificación se refiere a alguna sustancia o preparado que ya se encuentra en las Listas, también deberá la OMS emitir una recomendación en base a los criterios ya vistos, para que la CND pueda modificar las Listas de conformidad con dicha recomendación, bien transfiriendo un estupefaciente de la Lista I a la Lista II, o viceversa; bien retirando un estupefaciente o preparado de las Listas.

La decisión adoptada por la CND se comunicará por el Secretario General a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los Estados no miembros que sean Parte en la Convención, a la OMS y a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (en adelante INCB); y entrará en vigor en la fecha en que se reciba esa comunicación.

No obstante, cualquier decisión de la CND que modifique las Listas puede ser revisada por el ECOSOC si alguna de las Partes lo solicita en el plazo de 90 días a partir de la comunicación, presentando la solicitud al Secretario General junto con la información pertinente en que se base dicha solicitud.

⁴² Es curiosa la referencia que realizan tanto la Convención Única como el Convenio de 1971 al “*uso indebido*” de una sustancia, pues este “*uso*” puede determinar la calificación de la OMS, pero no queda definido qué debe entenderse como “*indebido*”. Si atendemos al resto del articulado de los Convenios, parece que uno de los fines es garantizar la existencia de una cantidad adecuada de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para fines médicos y científicos; por lo que podría entenderse que el “*uso debido*” es aquel que tiene dichos fines. Sin embargo, es esta una cuestión que no aclaran los Convenios y que queda abierta a la interpretación de cada uno y, en primer lugar, de la OMS.

El Secretario General transmitirá copias de la solicitud de revisión y de la información recibida al resto de Partes, a la CND y a la OMS; y las invitará a que formulen las observaciones que crean oportunas dentro de un plazo de 90 días.

Finalmente, el ECOSOC podrá confirmar, modificar o revocar la decisión de la CND de manera definitiva.

2.2. EL CONVENIO SOBRE SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1971

Este nuevo Convenio surge para dar respuesta a la necesidad de control y clasificar, de nuevo en cuatro Listas, una nueva gama de sustancias que se pusieron de moda en los años sesenta: las sustancias psicotrópicas.

En general, y en comparación con la Convención Única, la estructura de fiscalización del Convenio de 1971 es menos rígida. Algunos de los motivos pueden ser, por un lado, los *“intereses de los países productores y exportadores más importantes que lo intentaron todo para restringir el alcance del control al mínimo y debilitar las medidas de fiscalización de forma que no obstaculizaran el libre comercio internacional”*; y por otro, *“la presión ejercida por la gran industria farmacéutica de Europa y los Estados Unidos, que temían que sus productos se vieran sometidos a los rigurosos controles de la Convención Única”*⁴³.

Como en el caso de la Convención Única, también este Convenio incluye cuatro Listados en los que se organizan, según su valor terapéutico y amenaza para la salud, las sustancias sujetas a fiscalización. Y, del mismo modo, en su artículo 2 recoge el proceso para la modificación de dichos Listados.

Lista I	Lista II	Lista III	Lista IV
Estupefacientes que presentan un alto	Estupefacientes que presentan un	Estupefacientes que presentan un	Estupefacientes que presentan un riesgo de uso indebido y

⁴³ JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, primera edición, Transnational Institute 2015, pp. 5-6. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>)

riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza especialmente grave para la salud pública, con escaso o nulo valor terapéutico (ej. LSD, MDMA, catinona)	riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza grave para la salud pública, con un valor terapéutico de bajo a moderado (ej. dronabinol, anfetaminas)	riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza grave para la salud pública, con un valor terapéutico de moderado a alto (ej. barbitúricos, buprenorfina)	que constituyen una amenaza menor para la salud pública, con un alto valor terapéutico (ej. tranquilizantes, incluido el diazepam)
---	---	--	--

Fuente: JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, primera edición, Transnational Institute 2015. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>).

2.2.1. Proceso de modificación de las Listas

El Convenio de 1971 prevé el proceso para modificar sus Listados anexos en el artículo 2 (*Alcance de la fiscalización de sustancias*), proceso que es prácticamente el mismo que el previsto en la Convención Única.

Cuando alguno de los Estados Parte o la OMS tenga información acerca de una sustancia no sujeta a fiscalización internacional que, a su juicio, exija la inclusión de la misma en alguno de los Listados; o tenga información que justifique la transferencia de una sustancia de una Lista a otra, o la eliminación de una sustancia de las Listas; hará una notificación al Secretario General facilitándole esa información. Este, a su vez, transmitirá esa notificación al resto de Partes, a la CND y a la OMS, en el caso de que la notificación venga de una de las Partes.

Realizada la notificación, la OMS deberá comprobar: primero, que la sustancia pueda producir un estado de dependencia y una estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones, o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo; o que la sustancia tenga un uso indebido y efectos nocivos análogos a los de otra sustancia ya incluida en alguno de los Listados; y segundo que haya pruebas suficientes de que la

sustancia es o puede ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social.

En base a estos criterios, la OMS emitirá un dictamen (determinante en cuestiones médicas y científicas) y cualesquiera recomendaciones sobre las medidas de fiscalización que resulten apropiadas conforme a este. Pero será de nuevo la CND quien finalmente determine; en base a dicho dictamen, pero también en base a factores económicos, sociales, jurídicos, administrativos y de cualquier otra índole que considere oportunos; la incorporación a las Listas, transferencia o retirada de la sustancia.

La decisión adoptada por la CND se comunicará por el Secretario General a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los Estados no miembros que sean Parte en el Convenio, a la OMS y a la INCB; y, por norma general, entrará en vigor 180 días después de la fecha en que se haya realizado esa comunicación.

Como ya ocurría en la Convención Única, también aquí existe un proceso de revisión de las decisiones tomadas por la CND. Las decisiones de modificación de las Listas tomadas por la CND están sujetas a revisión del ECOSOC cuando lo solicite alguna de las Partes, dentro del plazo de 180 días tras la recepción de la notificación de la decisión.

La solicitud de revisión se presenta al Secretario General, junto con la información pertinente en que se base dicha solicitud, y este transmitirá copias de la misma y de la información recibida al resto de Partes, a la CND y a la OMS; y las invitará a que formulen las observaciones que crean oportunas dentro de un plazo de 90 días.

Finalmente, el ECOSOC, teniendo presentes esas observaciones, podrá confirmar, modificar o revocar la decisión de la CND.

2.3. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DE 1988

Más que una Convención extra para la fiscalización de sustancias, como habían sido las dos anteriores, la Convención de 1988 nace con la intención, como se indica en su propia denominación, de combatir la producción ilícita, la posesión y el tráfico de

drogas, llegando a incluir cláusulas de cooperación jurídica internacional como es la extradición.

A lo largo de los años setenta y ochenta se incrementa la producción ilícita de drogas debido al aumento de la demanda, sobre todo, de cannabis, cocaína y heroína con fines no terapéuticos, y especialmente en los países desarrollados. El tráfico de drogas a nivel internacional se convirtió en un negocio muy rentable para los grupos delictivos, negocio que proporcionaba grandes cantidades de dinero y de manera muy rápida.

Como consecuencia de esta expansión, la lucha contra las drogas se intensificó hasta transformarse en una verdadera guerra. *“En los Estados Unidos, que era el mercado de sustancias controladas que estaba creciendo más rápidamente, la respuesta política consistió en declarar la guerra a la oferta extranjera en lugar de analizar y abordar los motivos que estimulaban la demanda nacional”*⁴⁴.

Encabezada por Estados Unidos, esta “*guerra contra las drogas*” suponía la oposición tanto al tráfico como al consumo; y supuso una guerra en sentido literal puesto que implicó el despliegue de las fuerzas especiales del ejército estadounidense en la lucha contra la destrucción de cultivos de coca, laboratorios de cocaína y redes de narcotraficantes existentes en los países productores.

En este contexto, y bajo la presión de los Estados Unidos para que el resto del mundo se sumara a ellos en su guerra a las drogas, las Naciones Unidas convocaron otra conferencia para negociar lo que se convertiría en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Al igual que en los anteriores instrumentos internacionales, también la Convención de 1988 anexa dos Cuadros en los que se listan precursores, reactivos y disolventes que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas. E igualmente, en su artículo 12 recoge el proceso para la modificación de dichos Cuadros.

⁴⁴ JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, op. cit., pp. 7-8.

Tabla I
Precusores de sustancias psicotrópicas, como efedrina, piperonal, safrol, ácido fenilacético, ácido lisérgico y algunos reactivos clave usados para la conversión de morfina en heroína, así como el permanganato potásico, usado en la extracción de cocaína

Tabla II
Una amplia gama de reactivos y disolventes que se pueden usar en la producción ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero también tienen usos industriales lícitos extendidos, como acetona, éter etílico, tolueno y ácido sulfúrico

Fuente: JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, primera edición, Transnational Institute 2015. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>).

2.3.1. Proceso de modificación de las Tablas

En este caso, el proceso de modificación de los Cuadros anexos a la Convención se regula en el artículo 12 de la misma (*Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas*). Como se verá, es un proceso similar a los ya vistos hasta ahora, pero con alguna modificación en cuanto a los sujetos protagonistas.

Cuando alguno de los Estados Parte o la INCB tengan información acerca de una sustancia no sujeta a fiscalización internacional que, a su juicio, exija la inclusión de la misma en alguno de los Cuadros; o tengan información que justifique la transferencia de una sustancia de un Cuadro a otro, o la retirada de una sustancia de los mismos; harán una notificación al Secretario General facilitándole esa información. Este, a su vez, transmitirá esa notificación al resto de Partes, a la CND y a la INCB, en el caso de que la notificación venga de una de las Partes.

Realizada la notificación, la INCB deberá comprobar: que la sustancia se emplea con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y que el volumen y la magnitud de la fabricación de ilícita de un estupefaciente o de una sustancia psicotrópica crean graves problemas sanitarios o sociales

En base a estos criterios, la INCB emitirá un dictamen (determinante en cuanto a los aspectos científicos) y cualesquiera recomendaciones sobre las medidas de fiscalización que resulten apropiadas conforme a este. Pero será de nuevo la CND quien finalmente determine; en base a dicho dictamen, y también teniendo en cuenta otros factores pertinentes; la incorporación a los Cuadros, la transferencia o retirada de la sustancia.

La decisión adoptada por la CND se comunicará por el Secretario General a todos los Estados y otras entidades sean Partes en la Convención o puedan llegar a serlo y a la INCB; y, por norma general, entrará en vigor 180 días después de la fecha en que se haya realizado esa comunicación.

También en esta Convención se prevé un proceso de revisión de las decisiones tomadas por la CND. Las decisiones de modificación de los Cuadros tomadas por la CND están sujetas a revisión del ECOSOC cuando lo solicite alguna de las Partes, dentro del plazo de 180 días tras la recepción de la notificación de la decisión.

La solicitud de revisión se presenta al Secretario General, junto con la información pertinente en que se base dicha solicitud, y este transmitirá copias de la misma y de la información recibida al resto de Partes, a la CND y a la INCB; y las invitará a que formulen las observaciones que crean oportunas dentro de un plazo de 90 días.

Finalmente, el ECOSOC, teniendo presentes esas observaciones, podrá confirmar o revocar la decisión de la CND.

2.4. CUESTIONES DERIVADAS DE LOS CONVENIOS

Visto cómo funcionan los Tratados internacionales de fiscalización de sustancias en cuanto al proceso de modificación de los Listados de fiscalización, a continuación, se procederá a analizar brevemente las entidades involucradas en dicho proceso, sus competencias en el mismo y cierta problemática derivada de la práctica habitual de las mismas.

2.4.1. Comisión de Estupefacientes (CND)

La Comisión de Estupefacientes es un foro multilateral, compuesto por 53 Estados Miembros, creado por el Consejo Económico y Social mediante la resolución 9 (I) de 1946 con la finalidad de asistir al Consejo en la supervisión de la aplicación de los Tratados de fiscalización internacional de drogas.

Las funciones de la Comisión aparecen enumeradas en los artículos 8 de la Convención Única de 1961, 17 del Convenio de 1971 y 21 de la Convención de 1988.

Según la Convención Única de 1961, la Comisión tiene autoridad para modificar las Listas (conforme al art. 3); señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de esta; hacer recomendaciones para la aplicación de las disposiciones de la Convención, y en particular recomendar programas de investigación científica e intercambio de información de carácter científico o técnico; y señalar a la atención de los Estados no Partes las decisiones o recomendaciones que adopte en cumplimiento de la Convención, para que estos examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

En el Convenio de 1971 los cometidos reservados a la Comisión son algo más reducidos; pero, a grandes rasgos, están muy relacionados con los anteriores. En concreto, la Comisión podrá examinar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos del Convenio y la aplicación de sus disposiciones y podrá hacer recomendaciones al efecto; y, como antes, la Comisión tiene autoridad para modificar las Listas (conforme los arts. 2 y 3).

Por último, según la Convención de 1988, la Comisión tendrá autoridad, de nuevo, para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de la Convención, y, en particular, podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de la información recibida de las Partes; podrá señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma; podrá enmendar el Cuadro I y el Cuadro II (procedimiento establecido en el art. 12); y podrá señalar a la

atención de los Estados no Partes las decisiones y recomendaciones que a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

Entre las funciones de la Comisión, por tanto, se encuentra la facultad de decisión sobre la clasificación, reclasificación o retirada de sustancias del sistema de fiscalización previsto en los Tratados; decisión que puede tener su base en las recomendaciones de la OMS (cuando se trate de sustancias de la Convención Única de 1961 y del Convenio de 1971) o de la INCB (cuando se trate de los precursores de la Convención de 1988).

2.4.2. Organización Mundial de la Salud (OMS)

El papel de la OMS en el proceso de clasificación de sustancias se recoge tanto en la Convención Única como en el Convenio de 1971. Según estos, la OMS tiene dos funciones fundamentales: notificar al Secretario General cuando posea datos que puedan exigir una modificación de los Listados (inclusión, reclasificación o retirada), y facilitarle esos datos; y comprobar y evaluar la afectación de la sustancia a la salud, así como las propiedades terapéuticas de la misma y su potencial uso no autorizado, para posteriormente emitir una recomendación relativa a la fiscalización a la CND, que deberá decidir cómo actuar frente a la sustancia analizada.

El examen de las sustancias para su clasificación es llevado a cabo por el Comité de Expertos en Farmacodependencia (en adelante, CEF), que asesora al director general de la OMS sobre la recomendación que debe trasladar a la CND. El examen consta de dos partes: el examen preliminar y el examen crítico.

El examen preliminar se efectúa con el fin de decidir si es necesario pasar a un examen crítico. El criterio para decidir si es necesario realizar el examen crítico es la existencia de información que pueda justificar la inclusión de la sustancia en las listas,

por ejemplo, información de que un abuso efectivo del fármaco acarrea problemas sociales y de salud pública en más de un país⁴⁵. Si no se identifica este tipo de información, el CEF resolverá que no existen datos suficientes como para requerir un examen crítico.

El examen crítico, por su parte, “*es muy detallado, e incluye el estudio de la química, la farmacología, la toxicología, la dependencia y los potenciales de “uso indebido” de una sustancia, además de sus aplicaciones terapéuticas (...) uso industrial, comercio, efectos en la salud pública, dependencia y uso no autorizado, producción ilícita y tráfico, y otros factores con una perspectiva médica y de salud pública general*”⁴⁶.

2.4.3. Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (INCB)

La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes es un órgano de fiscalización independiente y cuasi judicial, establecido en el año 1968 por la Convención Única, encargado de vigilar la aplicación de los Tratados de fiscalización internacional de drogas.

La Junta se compone de 13 miembros; que, por su competencia, imparcialidad y desinterés, inspiren confianza general; designados por el Consejo del siguiente modo: 3 miembros que posean experiencia médica, farmacológica o farmacéutica, elegidos de una lista de 5 personas, por lo menos, propuestas por la Organización Mundial de la Salud; y 10 miembros elegidos de una lista de personas propuestas por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y por las Partes que no sean miembros de las Naciones Unidas.

Las funciones de la Junta aparecen en los artículos 9, 13, 14 y 15 de la Convención Única de 1961; 18 y 19 del Convenio de 1971; y 12, 22 y 23 de la Convención de 1988. En términos generales, es competencia de la Junta asegurarse de que haya “*suministros de drogas adecuados para fines médicos y científicos y que no se produzcan desviaciones*”

⁴⁵ Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, 33º informe, OMS, Ginebra, 2003, p. 15. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <http://apps.who.int/medicinedocs/es/d/Js4898s/>).

⁴⁶ HALLAM, C., BEWLEY-TAYLOR, D. Y JELSMA, M., “La clasificación en el sistema internacional de control de drogas” en *Serie Reforma legislativa en materia de drogas*, No. 25, Transnational Institute, 2014, p. 6. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/la-clasificacion-en-el-sistema-internacional-de-control-de-drogas>).

de drogas de fuentes lícitas a canales ilícitos”; vigilar “la fiscalización que aplican los gobiernos a los productos químicos utilizados en la fabricación ilícita de drogas y asistirles para prevenir la desviación de esos productos químicos hacia el tráfico ilícito”; determinar “las deficiencias de los sistemas de fiscalización nacionales e internacionales y contribuir a corregir esas situaciones; y evaluar “los productos químicos utilizados en la fabricación ilícita de drogas, a fin de determinar si deben ser sometidos a fiscalización internacional”⁴⁷.

Entre sus funciones, por tanto, se encuentra la facultad de evaluar los precursores utilizados la fabricación de drogas, y de emitir una recomendación conforme a dicha evaluación que deberá ser tenida en cuenta por la CND cuando decida sobre la clasificación, reclasificación o retirada de esos precursores del sistema de fiscalización previsto en la Convención de 1988 (función similar a la de la OMS en el proceso de clasificación, reclasificación o retirada de sustancias de los Listados de la Convención Única de 1961 y del Convenio de 1971).

Además, la Junta tiene prevista la obligación de redactar un informe anual sobre su labor en el que figure un análisis de la información de que disponga y, en los casos adecuados, una relación de las explicaciones, si las hubo, dadas por las Partes o solicitadas a ellas, junto con cualesquiera observaciones y recomendaciones que la Junta desee formular; y la facultad de emitir los informes complementarios que considere necesarios (art. 15 Convención Única, art. 18 Convenio 1971 y art. 23 Convención 1988).

2.4.4. Problemática vinculada a la práctica de ciertas entidades

2.4.4.1. Toma de decisiones en la Comisión

Como ya se ha visto, la decisión sobre la clasificación, reclasificación o retirada de sustancias del sistema de fiscalización previsto en los Tratados le corresponde a la CND, en base a las recomendaciones que reciba de la OMS o de la INCB (Convenciones

⁴⁷ *Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Mandato y funciones.* En la web de la Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/drogas/jife.html>)

de 1961 y 1971, y Convención de 1988, respectivamente); recomendaciones que los propios Convenios reconocen como determinantes en cuestiones médicas y científicas.

Pero, además de estos factores, que podrían catalogarse como factores de protección de la salud, la CND puede basar su decisión en otros muy distintos, enumerados también en el articulado: factores económicos, sociales, jurídicos, administrativos y de otra índole que considere oportunos y pertinentes⁴⁸.

Se deduce, por tanto, que la protección de la salud es, tan solo, un factor más a tener en cuenta, que podría decaer a favor de otros factores llegado el caso.

Esto se complementa con el hecho de que la CND es una comisión política en la que los Gobiernos de los Estados Miembros están, a menudo, representados por personas que no poseen conocimientos especializados en cuestiones de política de drogas. Comisión política cuyas decisiones, por otro lado, “*son fruto de prolongadas negociaciones políticas y se toman por consenso*”⁴⁹. Lo que plantea el interrogante de hasta qué punto las decisiones sobre fiscalización obedecen a necesidades de salud pública o, por contra, a necesidades u objetivos políticos.

Algunos autores, como SAMPER PIZANO, también ven aquí un cambio de justificación en la fiscalización de las sustancias: “*En un comienzo, algunas drogas fueron rechazadas porque producían efectos inconvenientes en la capacidad de razonar, como el opio, la heroína y la morfina (...). Con el tiempo, el rechazo de estas sustancias se sustentó en juicios médicos sobre la condición indeseable de sus efectos para la salud. La discriminación hoy obedece a valoraciones más políticas que, siguiendo criterios de moral subjetiva, dividen las drogas entre dañinas e inocuas. La satanización que caracteriza la actual clasificación internacional de drogas ilegales corresponde a decisiones políticas que trascienden el campo de las ciencias: las drogas ya no son buenas o malas,*

⁴⁸ Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, art. 2.5; y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, art. 12.5.

⁴⁹ JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, op. cit., p. 13. Según estos, “*los Gobiernos están representados en las negociaciones por funcionarios de los ministerios de Relaciones Exteriores, Interior, Salud, Justicia, y Defensa, entre otros, o por los representantes de sus misiones diplomáticas en Viena. A menudo, estas personas carecen de conocimientos especializados en temas de política de drogas, por lo que no siempre están en disposición de hacer avanzar el debate*”.

*sino peligrosas o no peligrosas. Con este criterio se han conformado listas de sustancias prohibidas sin reparar en el tipo de daño que producen ni los tratamientos que podrían curar, prevenir o regular su uso*⁵⁰.

Listas de sustancias prohibidas no por el daño que producen a la salud, sino por otros factores (morales, políticos, económicos, etc.).

2.4.4.2. Extralimitaciones de la Junta

Esa misma línea de argumentación sirve para este segundo apartado. “*Cuando la Junta Internacional para la Fiscalización de las Drogas de Naciones Unidas desplazó a la Organización Mundial de la Salud, que antes decidía por razones médicas, y asumió la decisión de prohibir o autorizar drogas, se confirmó que los criterios de prohibición se manejan en terreno político y que, hacia el futuro, el debate sobre una política alternativa a la actual estrategia represiva tendrá que ser planteado en el mismo escenario político*”⁵¹.

Cuando SAMPER PIZANO habla del desplazamiento de la OMS por la Junta, sin lugar a dudas se está refiriendo a la facultad que la Convención de 1988 le otorga sobre la evaluación de los precursores utilizados en la fabricación de drogas, y la emisión de una recomendación conforme a dicha evaluación (facultad de la OMS en el proceso de clasificación, reclasificación o retirada de sustancias de los Listados de la Convención Única de 1961 y del Convenio de 1971) que deberá ser tenida en cuenta por la CND cuando decida sobre la clasificación, reclasificación o retirada de esas sustancias.

Sin embargo, ese desplazamiento puede estar refiriéndose también a un verdadero exceso de la Junta en sus funciones, pretendiendo extender las facultades que le otorga la Convención de 1988 a los otros dos Convenios y suplantando, por tanto, a la OMS.

⁵⁰ SAMPER PIZANO, E., *Drogas. Prohibición o legalización*. Random House Mondadori, Bogotá, 2013, p. 111.

⁵¹ *Ídem*, p. 113.

Un ejemplo de esta marginación de la OMS e intromisión de la INCB puede verse en el proceso de fiscalización de la ketamina.

“La ketamina es un anestésico utilizado en procedimientos quirúrgicos y de diagnóstico veterinario y humano, y su uso es de importancia capital en muchas zonas del mundo en desarrollo, donde a menudo es el único agente anestésico disponible. La ketamina es fácil de usar, sobre todo en entornos poco desarrollados y de emergencia donde no se dan condiciones de control clínico; además, no suprime la función respiratoria, y es seguro en términos de sobredosis cuando se utiliza bajo supervisión médica”. Sin embargo, “también se usa con fines recreativos como alucinógeno, una forma de consumo que ha ido aumentando en los últimos años, lo cual ha dado lugar a intentos para controlar la sustancia en el marco del derecho internacional”⁵².

Por este motivo, en su 34ª reunión en 2006, y tras llevar a cabo un examen preliminar en 2003 (33ª reunión), la OMS a través del CEF, realiza un examen crítico de la sustancia que concluye con la recomendación de que no existían pruebas suficientes para fiscalizar la ketamina a nivel internacional⁵³. Se observa que los casos de dependencia en el ser humano son muy limitados, que la utilización de la sustancia como anestésico está muy extendida y su uso terapéutico se extiende a 70 de los 74 países que habían respondido al cuestionario de la OMS.

No obstante, ese mismo año, durante el 49º periodo de sesiones de la CND se aprobó una resolución que instaba *“a los Estados Miembros a que consideren la posibilidad de fiscalizar el uso de la ketamina incluyendo esa sustancia en la lista de sustancias sometidas a fiscalización con arreglo a su legislación nacional”*⁵⁴. ¿Qué ocurrió entonces? Si la OMS había recomendado no haber lugar a la clasificación de la ketamina, ¿por qué la CND insta a los Estados a ello?

⁵² HALLAM, C., BEWLEY-TAYLOR, D. Y JELSMA, M., “La clasificación en el sistema internacional de control de drogas”, op. cit., p. 9.

⁵³ Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, 34º informe, OMS, Ginebra, 2006, p. 11. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: http://www.who.int/medicines/areas/quality_safety/reports/en/)

⁵⁴ Resolución 49/6, Inclusión de la ketamina entre las sustancias sometidas a fiscalización. Naciones Unidas, Comisión de Estupeficientes, Informe sobre el 49º período de sesiones (8 de diciembre de 2005 y 13 a 17 de marzo de 2006), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales, 2006, Suplemento No. 8, pp. 30-31. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/49_Session_2006/CND_49_Session.html).

Pues bien, la INCB en su informe anual de 2004 ya alentaba “*a la comunidad internacional a que considere seriamente la iniciación del procedimiento, esbozado en el Convenio de 1971, para que la ketamina quede sometida a fiscalización internacional*”⁵⁵, y en su informe anual de 2005 “*insta a la OMS a que acelere el examen de esa sustancia para determinar si se debe recomendar que sea sometida a fiscalización internacional*”⁵⁶.

A partir de 2006, y tras la resolución de la CND instando a los Estados a fiscalizar de manera interna la sustancia, la INCB sigue insistiendo en sus informes anuales en la fiscalización de la ketamina en el plano nacional, haciendo referencia a la resolución de la CND⁵⁷.

En la siguiente reunión del CEF tras la resolución de la CND en 2006 (35ª reunión), celebrada en 2012, se vuelve a insistir en la recomendación previa en contra de la clasificación: “*someter la ketamina a fiscalización internacional repercutiría negativamente en la disponibilidad y accesibilidad de esta sustancia. Esto, a su vez, limitaría el acceso a intervenciones quirúrgicas esenciales y de urgencia, lo cual provocaría una*

⁵⁵ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2004, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, párr. 390. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2004/AR_2004_Spanish.pdf)

⁵⁶ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2005, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 104, Recomendación 44. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2005/AR_2005_Spanish.pdf).

⁵⁷ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2006, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, párr.199-204. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2006/AR_2006_Spanish.pdf).

Informe correspondiente a 2007, párr. 222-225. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_2007_Spanish.pdf)

Informe correspondiente a 2008, párr. 281-289. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2008/AR_2008_Spanish.pdf)

Informe correspondiente a 2009, párr. 249-259. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2009/AR_09_Spanish.pdf)

crisis de salud pública en los donde no existe ningún otro anestésico de reemplazo asequible”⁵⁸.

Se ve, por tanto, cómo la INCB pretende “*incrementar la presión sobre la OMS a través de los Estados miembros para que la sustancia quedara sometida a fiscalización nacional, y en última instancia, internacional. Para asegurarse de ello, a pesar de que en 2006 el CEF había recomendado no incluir la ketamina en las listas de clasificación (y posiblemente a causa de ello), la INCB y varios Estados partes desplegaron una enérgica campaña para fiscalizar la sustancia a través de una red de leyes nacionales, eludiendo de hecho la recomendación de la OMS (aunque este es el organismo al que las convenciones pertinentes encomiendan la tarea de emitir recomendaciones científicas y con base médica sobre cuestiones de clasificación)*”⁵⁹, y creando una especie de sistema de fiscalización paralelo⁶⁰ al previsto en los Convenios; fiscalización, además, no basada en una situación científica de la concreta situación, sino en la alarma generada por la INCB y la respuesta de los Estados a nivel interno.

A día de hoy, la ketamina sigue sin estar incluida en los Listados de las Convenciones, pero son varios los Estados que han procedido a su fiscalización a nivel interno. En España se realiza a través de la Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos⁶¹.

⁵⁸ Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, 35º informe, OMS, Ginebra, 2012, p. 9. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: http://www.who.int/medicines/areas/quality_safety/reports/en/)

⁵⁹ HALLAM, C., BEWLEY-TAYLOR, D. Y JELSMA, M., “La clasificación en el sistema internacional de control de drogas”, op. cit., p. 10.

⁶⁰ El proceso de fiscalización de la ketamina por parte de los Estados a nivel interno no es único. El proceso seguido con otras sustancias, como el khat, es muy similar, y refleja de nuevo la intromisión de la INCB en las funciones de la CND. Sobre este tema ver KLEIN, A., METAAL, P. Y JELSMA, M., “Rumiando la prohibición del khat. La globalización del control y la regulación de un antiguo estimulante”, en *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, No. 17, Transnational Institute, 2012. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/files/download/dlr17s.pdf>)

⁶¹ Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-16025)

3. CONCLUSIONES

Conviene recordar en este último apartado la cuestión principal que ha estado presente a lo largo de todo el trabajo y que no es otra que averiguar a qué sustancias se está refiriendo el Código Penal cuando sanciona determinadas conductas relacionadas con las drogas. Lo que estaba claro es que, fuese cual fuese el concepto de droga al que se llegase, dicho concepto debería ser conforme con el bien jurídico que penalmente se pretende proteger: la salud pública.

Por tanto, el objetivo de este trabajo era doble: por un lado, conocer qué sustancias son susceptibles de ser drogas a efectos penales y, por tanto, determinar que ciertas conductas previstas en el Código Penal sean delito; y por otro, confirmar que son precisamente esas sustancias y no otras las que determinan que esas conductas sean delito porque son susceptibles de dañar la salud pública.

En relación con el primer interrogante (¿qué es droga a efectos penales?) se ha visto que, mayoritariamente, existen dos posturas diferenciadas: la teoría de la ley penal en blanco, que entiende que los tipos penales sobre drogas están incompletos en lo referente al objeto, siendo necesario su complemento tanto a través de los Listados internacionales de fiscalización, como de los listados de fiscalización a nivel estatal; y la teoría de los elementos normativos, que entiende que el tipo penal contiene elementos normativos suficientes para determinar el concepto de droga, de manera que será el Juez en cada caso quien determine qué es droga.

Desde la postura de la ley penal en blanco, para considerar una sustancia como droga no importa tanto que esta dañe a la salud pública, como que se encuentre incluida en el Listado de fiscalización correspondiente. Por lo que será droga aquella sustancia que como tal aparezca fiscalizada en el correspondiente Listado.

Esta postura tiene ventajas como son el refuerzo de los principios de seguridad jurídica y legalidad, así como la posibilidad de aplicar los principios de irretroactividad desfavorable y retroactividad favorable; pero también inconvenientes como que se pueden sancionar conductas en las que no se vulnera la salud pública por las especificidades

del caso concreto o que no se sancionan conductas relacionadas con sustancias nuevas no incluidas en los Listados que sí pueden estar vulnerando la salud pública.

Desde la otra postura, la de los elementos normativos, sería el juez, en cada caso, quien determinase si la sustancia concreta sobre la que recaen las conductas del tipo activa la antijuridicidad de estas. Y la manera de determinar esa activación, o no, tendría en cuenta la finalidad penal del tipo, es decir, la protección del bien jurídico. Por tanto, sería el juez, en cada caso, quien determinase si esa sustancia afecta al bien jurídico (salud pública) para, en caso afirmativo, poder subsumir los hechos bajo ese tipo penal. Más acorde, por tanto, con la protección del bien jurídico.

No obstante, conviene darse cuenta de que desde el momento en que los Convenios Internacionales pasan a formar parte del Derecho interno, pasan a ser de obligado cumplimiento. Por lo que las sustancias en ellos recogidas pasarían automáticamente a formar parte de esa definición de droga, independientemente de su grado de vulneración efectivo al bien jurídico. Por lo que se puede decir que, o bien esa obligación de cumplimiento de la Ley está instaurando a la teoría de la ley penal en blanco como la única posible; o bien la valoración judicial típica de los elementos normativos quedaría reducida únicamente a las sustancias que no se encontrasen recogidas en los Listados, puesto que respecto de las efectivamente fiscalizadas no cabría duda alguna.

Por todo ello, no parece especialmente importante discutir sobre si una teoría se impone sobre la otra ya que, desde el momento en que existen Convenios Internacionales que fiscalizan sustancias, y estos pasan a formar parte del Derecho interno del Estado; de obligado cumplimiento, por tanto, para los Estados adheridos; queda claro el concepto de droga a nivel penal.

En este momento, por tanto, parece que la respuesta al interrogante sobre qué se considera droga a efectos penales ya queda respondida: la postura mayoritaria es considerar como drogas las sustancias contenidas en los Listados de fiscalización, existentes tanto a nivel internacional (sustancias fiscalizadas por los Convenios creados a tal efecto) como a nivel interno (sustancias fiscalizadas por el Estado).

Quedaría únicamente, por tanto, resolver el segundo interrogante: si esas sustancias fiscalizadas dañan o no la salud pública.

La respuesta a este interrogante se encuentra en el proceso de modificación de los Listados de fiscalización. Si el bien jurídico que se pretende proteger a nivel penal es la salud pública, parece lógico pensar que la protección de la salud debería ser, al menos, uno de los motivos para la inclusión de sustancias en dichos Listados.

Y así es, de la revisión de esos procesos previstos en los Convenios se desprende que uno de los criterios a tener en cuenta en la fiscalización de sustancias es la afectación de la salud. Son tres los Convenios internacionales encargados de regular la fiscalización de sustancias: la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988. Y en todos ellos aparece previsto un proceso de fiscalización de sustancias en el que, bien la Organización Mundial de la Salud (Convención Única de 1961 y Convenio de 1971), bien la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (Convención de las Naciones Unidas de 1988), tienen en cuenta, como criterio de fiscalización, el daño a la salud.

Concretamente, se debe comprobar que las sustancias puedan producir un estado de dependencia y una estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones, o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo; o que las sustancias tengan un uso indebido y efectos nocivos análogos a los de otras sustancias ya fiscalizadas; y que haya pruebas suficientes de que las sustancias son o pueden ser objeto de un uso indebido o de una fabricación ilícita tal que constituya un problema sanitario.

Sin embargo, como se ha visto, a la hora de tomar la decisión sobre la fiscalización, los Convenios prevén que la Comisión de Estupefacientes tenga en cuenta otros criterios: el Convenio de 1971 los concreta refiriéndose a “*factores económicos, sociales, jurídicos, administrativos y de cualquier otra índole que se consideren oportunos*”; mientras que la Convención de 1988 lo deja más abierto al tener en cuenta cualesquiera “*otros factores pertinentes*”.

La protección de la salud es, por tanto, tan solo un factor más a tener en cuenta, que podría decaer a favor de otros factores llegado el caso. Lo que quiere decir que, cuando se acude a los Listados internacionales para determinar el concepto de droga en el caso concreto, esa concreta sustancia puede haber sido fiscalizada, no por el daño a la salud, sino por otros criterios. Lo que no dejaría de ser paradójico pues el delito que se va a imponer por las conductas relacionadas con esa sustancia tienen como bien jurídico protegido la salud pública; salud que, con esa hipotética sustancia del caso concreto, puede no estar siendo vulnerada.

Por último, conviene recordar que las sustancias no se fiscalizan únicamente a nivel internacional, sino también a nivel interno de los Estados. Y también en este proceso de fiscalización se marginan los criterios relacionados con la salud, como ocurrió con la ketamina; pues, pese a que la Organización Mundial de la Salud recomendaba su no fiscalización, la continua insistencia e intromisión de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes tuvo como consecuencia que los Estados procediesen a su fiscalización a nivel interno.

BIBLIOGRAFÍA

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

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ASOCIACIÓN ESTADOUNIDENSE DE PSIQUIATRÍA, *DSM-5. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Editorial Médica Panamericana, 2014.

BERISTAIN IPIÑA, A., “Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica”, en *Delitos contra la Salud Pública*, 1977.

CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986.

COBO DEL ROSAL, M., “Consideraciones generales sobre el denominado tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, 1977.

CÓRDOBA RODA, J., “El delito de tráfico de drogas”, en *Estudios penales y criminológicos, vol. IV, Cursos y Congresos nº18*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981.

DÍAZ CORTÉS, L.M., “Las razones de la legitimidad de las políticas criminales frente a las drogas ilícitas: análisis a partir de los modelos de control jurídico (I)” *Diario La Ley*, nº 8858, 8 de noviembre de 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1987, T.40, nº2.

GARCÍA REPETTO, R. y SORIA, M. L., “Drogas emergentes: una perspectiva medicolegal”, en *Revista española de Medicina Legal*, 2011.

HALLAM, C., BEWLEY-TAYLOR, D. Y JELSMA, M., “La clasificación en el sistema internacional de control de drogas” en *Serie Reforma legislativa en materia de drogas*, No. 25, Transnational Institute, 2014. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/la-clasificacion-en-el-sistema-internacional-de-control-de-drogas>)

JELSMA, M. y ARMENTA A., *Las convenciones de drogas de la ONU. Guía básica*, primera edición, Transnational Institute 2015. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/es/publicacion/las-convenciones-de-drogas-de-la-onu>)

JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999.

KLEIN, A., METAAL, P. Y JELSMA, M., “Rumiando la prohibición del khat. La globalización del control y la regulación de un antiguo estimulante”, en *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, No. 17, Transnational Institute, 2012. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.tni.org/files/download/dlr17s.pdf>)

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 56, pp. 45 a 112, 2003.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “Concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Las convenciones de Naciones Unidas. El sistema de Listas. Clasificación en función del daño a la salud. La pureza de la droga”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y otros, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “El bien jurídico protegido. Otros intereses presentes en la tipificación. Delito de peligro abstracto”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y otros, *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1993.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1996.

REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [Arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]”, en *Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas)*, *Comentarios a la legislación penal*. Tomo II, Editorial Revista de derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Contrabando y/o tráfico de drogas”, en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989.

SAMPER PIZANO, E., *Drogas. Prohibición o legalización*, Random House Mondadori, Bogotá, 2013.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002.

SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución formativa, Doctrinal, y Jurisprudencial)*, La Ley, Madrid, 2000.

VALLE MUÑIZ, J.M./MORALES GARCÍA, O., “Artículo 368”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6ª edición, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

VIVES ANTÓN, T. M., “Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, en *Drogas: Aspectos jurídicos y medico legales*, 1986.

OTROS DOCUMENTOS

This day in history: The Shanghai Opium Commission, 1909. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/this-day-in-history-the-shanghai-opium-commission-1909.html>)

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Mandato y funciones. En la web de la Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/drogas/jife.html>)

Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, 33º informe, OMS, Ginebra, 2003. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: <http://apps.who.int/medicine-docs/es/d/Js4898s/>).

Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, 34º informe, OMS, Ginebra, 2006. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: http://www.who.int/medicines/areas/quality_safety/reports/en/)

Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia, 35º informe, OMS, Ginebra, 2012. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: http://www.who.int/medicines/areas/quality_safety/reports/en/)

Resolución 49/6, Inclusión de la ketamina entre las sustancias sometidas a fiscalización. Naciones Unidas, Comisión de Estupefacientes, Informe sobre el 49º período de sesiones (8 de diciembre de 2005 y 13 a 17 de marzo de 2006), Consejo Económico y Social. Documentos Oficiales, 2006, Suplemento No. 8.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/49_Session_2006/CND_49_Session.html).

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2004, Naciones Unidas, Nueva York, 2005.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2004/AR_2004_Spanish.pdf)

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2005, Naciones Unidas, Nueva York, 2006.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2005/AR_2005_Spanish.pdf).

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2006, Naciones Unidas, Nueva York, 2007.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2006/AR_2006_Spanish.pdf).

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2007, Naciones Unidas, Nueva York, 2008.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2007/AR_2007_Spanish.pdf)

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2008, Naciones Unidas, Nueva York, 2009.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2008/AR_2008_Spanish.pdf)

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2009, Naciones Unidas, Nueva York, 2010.

(Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2009/AR_09_Spanish.pdf)

Orden SAS/2712/2010, de 13 de octubre, por la que se incluye la sustancia Ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos. (Consultado por última vez el 22/05/17 en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-16025)

JURISPRUDENCIA

ROJ STS 4199/1990, de 1 de junio.

ROJ STS 3842/2004, de 3 de junio.

ROJ STS 1985/1993, de 25 de marzo.

ROJ STS 676/2005, de 7 de febrero.

ROJ STS 3235/1993, de 21 de mayo.

ROJ STS 685/2005, de 8 de febrero.

ROJ STS 4120/1994, de 27 de mayo.

ROJ STS 2153/2005, de 11 de abril.

ROJ STS 4269/1994, de 1 de junio.

ROJ STS 1957/2006, de 31 de marzo.

ROJ STS 3997/1995, de 7 de julio.

ROJ STS 7989/2006, de 27 de diciembre.

ROJ STS 883/1996, de 12 de febrero.

ROJ STS 793/2007, de 7 de febrero.

ROJ STS 1979/1997, de 18 de marzo.

ROJ STS 1703/2007, de 1 de marzo.

ROJ STS 1825/2001, de 7 de marzo.

ROJ STS 2752/2007, de 7 de mayo.

ROJ STS 89/2003, de 16 de enero.

ROJ STS 4747/2013, de 24 de septiem-
bre.

STC 24/2004, de 24 de febrero.