



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Público General

Derecho Penal

Curso 2020/2021

**EL DELITO DE TRÁFICO DE
DROGAS
TRATAMIENTO Y EVOLUCIÓN**

Nombre del/la estudiante: Marta Calzada Toledo

Tutor: Fernando Pérez Álvarez

Mes: junio

Año: 2021

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Público General

Derecho Penal

**EL DELITO DEL TRÁFICO DE
DROGAS. TRATAMIENTO Y
EVOLUCIÓN.**

**THE CRIME OF DRUG
TRAFFICKING. TREATMENT AND
EVOLUTION**

Nombre del/la estudiante: Marta Calzada Toledo
e-mail del/a estudiante: Martacalzada@usal.es

Tutor/a: Fernando Pérez Álvarez

RESUMEN:

El delito del tráfico de drogas se configura como un delito de peligro cuya tipificación nace de la necesidad de proteger la salud pública debido a su expansión y al impacto de los efectos de las drogas. Tanto los organismos internacionales como los diversos Estados han tratado de dar respuesta a lo largo de los años, optando siempre por emplear el Derecho Penal como respuesta, aplicando políticas prohibicionistas que buscan la represión y el castigo de los comportamientos relacionados con el tráfico de drogas. Sin embargo, no se debe ignorar que la relación del ser humano con las drogas se remonta a sus mismos inicios de modo que para poder entender la dimensión del fenómeno de las drogas es necesario conocer la evolución legislativa de su tratamiento. Es por esto que a lo largo de este trabajo se va a tratar de dar un enfoque lo mas amplio posible al problema, tratando los siguientes aspectos: qué son las drogas, cual es el bien jurídico protegido tanto desde la perspectiva internacional como desde la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la evolución del problema a lo largo de la historia, la regulación internacional y la regulación en España en concreto de la respuesta al tráfico de drogas, así como la política prohibicionista adoptada y las posibles alternativas que existen al tratamiento del problema.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, salud pública, prohibicionismo y legalización.

ABSTRACT

The crime of drug trafficking is configured as a crime of danger whose classification arises from the need to protect public health due to its expansion and the impact of the effects of drugs. Both international organizations and the various States have tried to respond over the years, always choosing to use Criminal Law as a response, applying prohibitionist policies that seek the repression and punishment of behaviors related to drug trafficking. However, it should not be ignored that the human being's relationship with drugs dates back to its very beginnings, so that in order to understand the dimension of the drug phenomenon, it is necessary to know the legislative evolution of its treatment.

That is why throughout this work we will try to give the widest possible approach to the problem, dealing with the following aspects: what are drugs, what is the protected legal asset both from the international perspective and from the jurisprudence of the

Supreme Court, the evolution of the problem throughout history, international regulation, and regulation in Spain in particular of the response to drug trafficking, as well as the prohibitionist policy adopted and the possible alternatives that exist to treat the problem.

KEYWORDS: Drug traffic, narcotics, psychotropic substances, public health, prohibition and legalization.

ABREVIATURAS:

Art: Artículo.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

LO: Ley Orgánica.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

INDICE:

INTRODUCCIÓN.....	6
1. DROGAS ¿QUÉ SON? DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONCEPTO DE DROGA. ...	7
2. LAS DROGAS EN EL DERECHO PENAL ¿POR QUÉ APARECE TIPIFICADO EL TRÁFICO?.....	10
3. DROGAS COMO PROBLEMA DE SALUD DE LA SOCIEDAD. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	12
3.1. Régimen de fiscalización de drogas.....	14
3.2. La salud pública como bien jurídico protegido en nuestra legislación.	18
3.2.1. Breve vistazo a la jurisprudencia.	18
4. LUCHA CONTRA LA DROGA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS.	24
4.1. Las drogas y las primeras civilizaciones.....	24
4.2. Cambio de perspectiva en materia de drogas, hacia una política prohibicionista internacional.	26
4.3. La lucha contra las drogas desde la legislación española.....	28
4.3.1. Los códigos penales decimonónicos.	29
4.3.2. Códigos penales del S. XX y sus respectivas modificaciones.	30
4.3.3. Código penal de 1995 y sus sucesivas reformas hasta la actualidad.....	33
5. PROHIBICIONISMO VS LEGALIZACIÓN ¿HACIA UN CAMBIO DE PERSPECTIVA?	36
5.1. El prohibicionismo.	37
5.2. Legalización como alternativa al punitivismo.....	40
6. CONCLUSIONES.	43
BIBLIOGRAFÍA.	47

INTRODUCCIÓN.

El tráfico de drogas como delito está muy presente hoy en día en nuestra sociedad y es que afecta a un bien tan importante y necesario como es la salud pública. Sin embargo, no es un problema nuevo ya que lleva preocupando a la sociedad en su conjunto durante siglos. En las últimas décadas esta preocupación por poner freno a la situación se ha cristalizado en la elaboración de tratados internacionales que han promovido la aplicación de una fuerte represión y castigo de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas tratando de evitar su consumo prohibiendo que estas circulen y se expandan. Estas políticas se basan en un empleo del Derecho Penal como estrategia de respuesta clásica para tratar de conseguir proteger la salud pública y calmar las preocupaciones de la ciudadanía ante un problema que se extiende y cuya incidencia va en aumento. Este empleo del punitivismo del Estado lo vemos también en el caso concreto de España donde a lo largo de las sucesivas reformas se va conformando como estrategia de respuesta empleada por los poderes públicos ya no tanto para conseguir abordar el problema de un modo eficaz sino para conseguir el favor de la opinión pública y transmitir una sensación de seguridad.

Sin embargo, en los últimos tiempos han aparecido opiniones contrarias al empleo de estas políticas las cuales defienden que la estrategia tradicional de respuesta ante el fenómeno de las drogas esta siendo mas perjudicial que beneficiosa. Y abogan por un cambio en el enfoque de estas políticas para tratar de conseguir una respuesta efectiva para tratar un problema que pone en peligro la salud de la sociedad en su conjunto.

1. DROGAS ¿QUÉ SON? DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONCEPTO DE DROGA.

Para empezar a tratar el tema de las drogas como delito y como problema social lo primero que debemos hacer es dar una definición del concepto de droga. A lo largo de la historia se han ido dando diversas definiciones de las sustancias psicoactivas ya que el consumo de drogas es una práctica que lleva existiendo desde que el mundo es mundo.

En la obra de Antonio Escohotado “Historia general de las drogas” encontramos esos inicios de las referencias a las drogas y su uso, y los encontramos dentro de la cultura griega, más concretamente mencionados como fármacos dentro de la medicina. En el *Corpus Hipocráticum*¹ se define droga como “*sustancias que actúan enfriando, calentando, secando, humedeciendo, contrayendo y relajando, o haciendo dormir*”. Esta definición se suma al término *Pharmakon* que los griegos empleaban y que significa a la vez remedio y veneno, esto nos viene a decir que consideraban que el hecho que un fármaco fuera beneficioso o perjudicial no dependía de la sustancia sino de la dosis que se administrara². De modo que desde la perspectiva de esta definición las drogas no eran buenas o malas *per sé*, sino que eso dependía del uso que se les diera.

En la actualidad el concepto de droga es muy amplio, de ahí que nos encontremos con múltiples definiciones que tratan de abordar y definir el concepto de droga, esta vez desde un enfoque muy diferente al que se le dio en los primeros siglos.

Para empezar nos referimos a la definición que le da la Real Academia Española (RAE), y según esta el término droga tiene dos definiciones, por un lado “*sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes*” y por otro lado “*sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno*”³, de cuya diferenciación podemos observar que el término droga no tiene una definición exacta ya que es empleada para designar tanto las sustancias psicoactivas que hay en la naturaleza como aquellas sintéticas creadas por el ser humano.

Otra definición que debemos tener en cuenta es la que da la OMS que en su *Glosario de términos de alcohol y drogas* da una definición de drogas multidisciplinar ya que según

¹ Constituye un conjunto de escritos médicos que data de los siglos V y IV A.C.

² Escohotado, A. (1999). *Historia General de las Drogas: Incluyendo el Apendice Fenomenologia de las Drogas*. Espasa Calpe Mexicana. p. 203-206.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed. [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado por última vez el 27/04/2021 en: <https://dle.rae.es/droga>].

desde qué perspectiva se enfoque la definición cambia, así pues define el término drogas por un lado desde el enfoque de la medicina como *“toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos”*, y por otra parte en lenguaje coloquial nos viene a decir que *“el término suele referirse concretamente a las sustancias psicoactivas y, a menudo, de forma aún más concreta, a las drogas ilegales”*⁴. En este caso vemos que la perspectiva médica define el concepto de drogas desde los efectos que causa en el organismo, mientras que la definición coloquial lo hace en función de la tipificación del tipo de sustancia.

Otras definiciones importantes de la OMS son aquellas mencionadas en los informes realizados por el Comité de Expertos de la OMS en Farmacodependencia. Estos Comités han realizado numerosos informes tratando la temática de las drogas ya que supone un tema de salud pública de gran relevancia, a lo largo de los años han ido definiendo el concepto de droga y elaborando una serie de listas donde van introduciendo las diversas sustancias psicoactivas que van apareciendo en la sociedad, catalogándolas en las listas de fiscalización internacional⁵. En concreto cabe destacar el 20º informe realizado en 1974 (informe técnico nº 551/1974) en el cual define droga de la siguiente manera *“se entiende por fármaco o droga toda sustancia que, introducida en el organismo vivo, puede modificar una o más de sus funciones”*, y diferenciándolo de esta define las drogas causantes de dependencia como *“es aquella cuya interacción con un organismo vivo puede provocar un estado de dependencia física, psíquica o de ambos tipos”*⁶.

Y más recientemente la OMS definió el concepto de droga como *“Droga es toda sustancia terapéutica o no que, introducida en el organismo por cualquier vía de administración, produce una alteración, de algún modo, del natural funcionamiento del sistema nervioso central del individuo y es, además, susceptible de crear dependencia, ya sea psicológica, física o ambas”*.

⁴ World Health Organization. (1994). *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud. p. 33.

⁵ Esta lista fue elaborada en la Convención única sobre estupefacientes del 30 de marzo de 1961 (Nueva York) y supone el primer tratado internacional para el tratamiento y control de las drogas a nivel internacional. Las drogas aparecen clasificadas en base a criterios relacionados con el uso de la concreta sustancia y el riesgo de abuso que presentan.

⁶ OMS, 20º *Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia*, nº 551, Ginebra, 1974, p. 15-18.

Por último, si acudimos al diccionario panhispánico del español jurídico⁷ encontramos que define droga como “*droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica*”, y más concretamente define droga tóxica como “*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*”. Y en cuanto a la definición de sustancia estupefaciente y psicotrópica las define como “*sustancia, natural o sintética [...]*” en relación a los convenios internacionales: Convención Única de las Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961⁸ y Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971, respectivamente, y a las diversas listas dentro de las cuales se clasifican las sustancias.

Así pues, a través de estas definiciones podemos comprobar que las drogas tienen una gran variedad de definiciones, sin embargo, todas tienen en común un aspecto, y es que para definir las se hace referencia a los efectos que producen en el organismo humano, es decir, se las define en cuanto a los efectos que produce su consumo. Y es que es ahí donde reside su relevancia, donde nace la preocupación en cuanto a sus efectos sobre la salud. Es a raíz de estas definiciones que vamos a ir viendo el por qué de la “guerra contra la droga”, añadiéndole el mundo oscuro en el que se haya sumida con todos los tipos de conductas prohibidas que se relacionan con ellas, con su consumo, su producción y su tráfico. Pero principalmente nos vamos a centrar en el enfoque legislativo que se le da a la lucha contra este problema que se ha convertido en una lacra para nuestra sociedad.

Por todo esto, una vez visto qué son las drogas, vamos a pasar a analizar el porqué de su tipificación y de la lucha a lo largo de los años en contra de su consumo.

⁷ Diccionario elaborado conjuntamente en 2014 por la Real Academia Española (RAE) y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

⁸ La Convención define estupefacientes como “*sustancias destinadas a mitigar el dolor cuyo uso indebido puede dar lugar a una toxicomanía*”. Y junto a la definición de estupefaciente define una serie de sustancias que se consideran nocivas para el ser humano y que se incluyen en la lista de fiscalización de drogas (Tráfico de drogas. (s/f). Recuperado el 29 de abril de 2021, de Wolterskluwer.es website: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>).

2. LAS DROGAS EN EL DERECHO PENAL ¿POR QUÉ APARECE TIPIFICADO EL TRÁFICO?

Para poder empezar a analizar este punto lo primero que debemos hacer es tratar el concepto de droga desde la perspectiva del derecho Penal, en este caso los delitos relacionados con las drogas aparecen recogidos en el Código Penal en el Título VXII “De los delitos contra la seguridad colectiva”, Capítulo III “De los delitos contra la salud pública”, en los arts. 368 y ss. CP.

Más concretamente en el art. 368 CP aparece tipificado el tráfico de drogas. Este artículo fue modificado por la reforma de la LO 5/2010 dice así: *“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. [...]”*.

Analizando la redacción de este artículo podemos ver que hay diversas peculiaridades que debemos tener en cuenta. En primer lugar, se trata de un delito de tipo abierto⁹ ya que las conductas castigadas no constituyen una enumeración taxativa, sino que se dejan abiertos para que se analice en cada caso concreto de manera que así se puede abarcar casi la totalidad de las conductas que se relacionen con las drogas y su consumo¹⁰.

Además, podemos observar que lo que se penaliza no es el consumo, a pesar de que según las definiciones dadas se ve que los efectos que produce su consumo es lo que caracteriza a las drogas, sino que las conductas tipificadas son el cultivo, la elaboración, el tráfico y conductas análogas que faciliten su consumo. Es decir, lo que se prohíbe y se trata de evitar es que las drogas estén en circulación y sean accesibles por la población en general, se trata de abordar el problema dificultando su consumo.

⁹ Según la definición del Diccionario panhispánico del español jurídico es una *“clase de tipo de delito que, de modo excepcional, exige expresamente la antijuridicidad (con ese nombre o con otro término equivalente) de la conducta, obligando con ello al juez a completar de ese modo la descripción típica [...]”*.

¹⁰ Jurídicas, N. (2007). El delito de tráfico de drogas y el principio de proporcionalidad · Noticias Jurídicas. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4328-el-delito-de-traffic-de-drogas-y-el-principio-de-proporcionalidad/>.

Otro punto que observamos en la redacción de este art. 368 CP es que no se define el concepto de droga, no se dice qué entiende el legislador por droga ni se dan referencias sobre textos a los que dirigirnó a buscar su concreto contenido. Por ello para saber a qué sustancias en concreto se refiere debemos acudir a los textos internacionales que abordan este tema como pueden ser en las listas de fiscalización de sustancias que hemos mencionado antes de la Convención Única sobre estupefacientes de 1961 o al Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971, así como a los diferentes informes realizados por la OMS por el Comité de expertos en farmacodependencia.

Se trata, pues, de una norma penal en blanco (impropia¹¹) en la que para concretar el contenido de la misma debemos remitirnos a acuerdos y convenios internacionales que hayan sido publicados y ratificados por España ya que, tal y como se desprende del art. 96 CE y art. 1.5 CC, solo así su contenido adquiere fuerza vinculante en nuestro país¹².

Y no solo eso, sino que también se trata de un delito de peligro abstracto en la medida en que las conductas que castiga este art. 368 CP son aquellas que presumen un peligro para el bien jurídico protegido, que en este caso es la salud pública¹³. Por ello este delito no requiere un resultado ya que se entiende que con solo llevar a cabo el acto se está poniendo en peligro la salud pública como principio fundamental en nuestra sociedad.

Por último, debemos analizar el hecho de que en el mismo artículo se establece que todas estas conductas relacionadas con las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicoactivas son ilícitas por tratarse de sustancias que causan un “grave daño a la salud”, y es que la salud constituye el bien jurídico protegido de este tipo penal. De modo que el elemento central de este delito es que la sustancia de la que se trate se considere como perjudicial para la salud, es decir, que sea lesiva en cuanto a los textos internacionales en la materia y que los efectos que causen tengan similitud con los que producen drogas ya identificadas como dañinas para la salud.

Y no solo eso, sino que además de tener que ser consideradas como drogas tóxicas (las perjudiciales para la salud), se establecen diferencias entre las que afectan muy

¹¹ Es una ley penal en blanco impropia ya que remite a cuerpos normativos distintos al CP, como son los convenios internacionales en materia de drogas ratificados por España. Souto, M. A. (2005). Las leyes penales en blanco. *Nuevo Foro Penal*, 68, 13., p. 18.

¹² Pérez, T. M. (2005). El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (38), 93-116. p. 97-98.

¹³ Marín, A. J. (2007). Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 61(2028), 7-27. p. 11.

gravemente y las que no, siendo esta clasificación importante en cuanto a la variación de las penas¹⁴. Así pues, constituye un elemento del tipo la nocividad de la droga de la que se trate ya que en función de los efectos que causen las penas aplicadas serán diferentes. Y esa nocividad se debe ver no solo en remisión a los textos internacionales sino también en base a criterios médicos y farmacológicos, aunque está ampliamente extendida la diferenciación dualista que se hace entre drogas duras y drogas blandas.

Una vez vistos los puntos más relevantes de este delito del tráfico de drogas debemos pasar a analizar el bien jurídico protegido, y es que, este es el punto central del delito ya que de su necesidad de protección nace la penalización de las conductas que se consideran que pueden afectar la salud pública, ponerla en peligro.

3. DROGAS COMO PROBLEMA DE SALUD DE LA SOCIEDAD. LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Como ya hemos visto, el delito de tráfico de drogas es un delito de peligro, esto quiere decir que basta con que la conducta sea potencialmente peligrosa para el bien jurídico que se protege¹⁵, la salud pública. Pero hay que puntualizar que se trata de un delito de peligro para la colectividad, para el conjunto de la sociedad, por eso el bien jurídico es la salud pública y no la individual. De ahí que lo que se castiga no es el consumo individual, sino que es la puesta a disposición y la facilitación de estas sustancias.

El autor Alonso R. Peña define la salud pública como “*aquel nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos, o al conjunto de condiciones que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos*”¹⁶. Esta definición nos confirma que no se trata de salud individual (ya que sería una intromisión por parte del Estado en la esfera privada de cada uno), no es el mismo concepto ya que no es tan fácilmente medible como el de la salud individual. De modo que se aprecia en función de la existencia de factores (en este caso sustancias) que por sus especiales efectos y generación de dependencia pueden afectar gravemente a la salud de los ciudadanos.

¹⁴ Conde, F. M. (2015). Derecho penal. Parte especial. TIRANT LO BLANCH. p. 551.

¹⁵ *Ibid.* p. 553.

¹⁶ Peña Cabrera Freyre, A. (2009). Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales. JURISTAS EDITORES E.I.R.L. p. 86.

En esta misma línea cabe mencionar la definición de Araceli Manjón-Cabeza Olmeda que da una definición de la salud pública desde la perspectiva del tráfico de drogas y la entiende como “*la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave*”¹⁷. Con esta definición podemos ver más claro el hecho de que el verdadero peligro del consumo de drogas, el que hace que sea tan necesaria la regulación de las drogas y el que motiva el establecimiento de la salud pública como bien jurídico de este tipo de conductas, es el hecho de que el consumo y tráfico de drogas es un problema que afecta a nivel mundial. No se trata de un problema que ocurra solo en un determinado lugar o ambiente, sino que no conoce de fronteras, se expande y está en constante movimiento.

Para darle más profundidad al tema debemos hablar de la protección de esta salud pública desde organismos internacionales, en concreto vamos a hablar de la OMS.

Para empezar, resulta importante el enfoque de la OMS como organismo creado para velar por la salud¹⁸. La OMS define la salud como “*estado completo de bienestar físico, mental y social, y no ha de entenderse solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades*”¹⁹; y considera la salud pública como un concepto social y político “*destinado a mejorar la salud, prolongar la vida y mejorar la calidad de vida de las poblaciones mediante la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y otras formas de intervención sanitaria*”²⁰. Así pues, la salud pública es un concepto más político-social en el cual la tutela de la salud de cada individuo se proyecta sobre la sociedad en su conjunto por tratarse de un problema que no se haya circunscrito, sino que afecta o puede afectar a toda la sociedad por igual²¹. De modo que a través de la búsqueda

¹⁷ Olmeda, A. M. C. (2003). Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des) protección de menores e incapaces. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 56(1), 45-112. p. 95.

¹⁸ Es un órgano especializado de las Naciones Unidas en 1948 y su función principal es servir como organismo coordinador y directivo en los asuntos de sanitarios y de salud pública internacional (OMS, 34º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia, nº 942, Ginebra, 2006).

¹⁹ Definición extraída de la constitución de la OMS (2014, se puede consultar en <https://apps.who.int/gb/bd/s/index.html>).

²⁰ World Health Organization. (1998). *Promoción de la salud: glosario* (No. WHO/HPR/HEP/98.1). Ginebra: Organización Mundial de la Salud. p. 12.

²¹ López, A. E. (2012). El delito de tráfico de drogas. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (10), p. 94-124. p. 94-95.

y protección del bienestar general se está garantizando la protección de la salud de cada individuo.

Más concretamente en relación con la temática de las drogas cabe destacar su elaboración de diversos informes cuya función es tratar de buscar una respuesta que consiga abordar este problema de consumo de drogas en la sociedad, tal y como recoge en su 20º informe, *“el interés y la inquietud generales que suscitan los problemas personales, sanitarios y sociales que plantea el consumo, al margen de la practica medica aceptable, de ciertas drogas causantes de dependencia”*²². En dichos informes los expertos de la OMS van catalogando las diversas sustancias que generan dependencia y que van apareciendo en la sociedad en función de sus efectos y su lesividad tratando así de facilitar una respuesta ante la preocupación por la salud.

Y es que resulta innegable que en la sociedad existen drogas y que muchas de ellas son necesarias para el tratamiento médico de dolores y padecimientos, sin embargo, estas mismas drogas pueden ser objeto de abuso y, en consecuencia, gravemente perjudiciales. Por esto la OMS destaca que *“un régimen de fiscalización de drogas eficaz y acorde con el espíritu de los tratados para la fiscalización de drogas debe, por lo tanto, alcanzar el justo equilibrio entre la importancia otorgada a estos dos objetivos”*²³, esto es, a través de una adecuada fiscalización el objetivo es garantizar que toda la población tenga acceso a los medicamentos y fármacos necesarios, pero con un control que permita evitar de una manera efectiva los usos indebidos.

3.1. Régimen de fiscalización de drogas.

A nivel de regulación internacional en materia de drogas, hay que mencionar dos convenciones que hay tenido un papel relevante en la lucha contra las drogas ya que dichos convenios elaboraron las listas de fiscalización de drogas que sirven como referencia a la hora de considerar si el tráfico, cultivo, venta... de una determinada sustancia está sujeta a prohibición.

Si bien es cierto que antes de 1961 hubo otros muchos tratados de fiscalización de drogas que trataron de abordar el asunto, no es hasta la Convención Única que se le da un enfoque

²² OMS, 20º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia. *Op. Cit.*, p. 8

²³ OMS (2011) *Garantizando el equilibrio en las políticas nacionales sobre sustancias fiscalizadas: Orientación para la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos fiscalizados*, p. 1. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.

más prohibicionista e introdujo obligaciones penales que permitieron la criminalización de determinadas conductas en las cuales se hallaran involucradas las sustancias fiscalizadas en sus listas²⁴.

La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 es un tratado internacional de las Naciones Unidas y fue la primera convención a nivel internacional en la cual se trató el tema de las drogas y se acordó que se tratada de un tema que preocupaba a todos los países por igual. Y así se hizo constar, se indicó que por un lado se realizó dicha convención debido a la preocupación por “*la salud física y mental*” y se reconoció que “*el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin*”, y en contraposición a esto también entendían que “*la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad*”²⁵. Es por esta doble perspectiva de las drogas como cura necesaria pero también como enfermedad de la sociedad²⁶, y ante el aumento de la preocupación por la salud de la sociedad que las diferentes partes de la convención deciden intervenir y prohibir de manera tajante y absoluta en todos los países firmantes los usos no relacionados con la medicina o la ciencia de tres plantas en concreto y sus derivados: el cannabis, el opio y la hoja de coca.

De esta convención debemos destacar su artículo 22²⁷ ya que es el primero en el que se menciona la salud pública, y se la menciona como el objeto de la protección que deben adoptar los países a la hora de prohibir el cultivo de las sustancias incluidas en las listas. Vemos pues que la salud pública es la piedra angular del delito de tráfico de drogas desde los primeros tratados y que es su protección la que impulsa toda la política prohibicionista que se adoptó a raíz de este tratado. Esto mismo se ve reflejado en la elaboración de las

²⁴ Bewley-Taylor, D., & Jelsma, M. (2011). Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica. Serie reforma legislativa en materia de drogas, 1.

²⁵ Extractos obtenidos del preámbulo de la Convención Única de 1961, en concreto del Protocolo de 1972 que la modifica (Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes, hecho en Nueva York el 8 de agosto de 1975. Ratificado por España el 25 de marzo de 1972. BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981).

²⁶ Contraposición que habíamos visto al hablar de la definición griega de drogas, mediante el concepto *Pharmakon* que identificaba a la droga como remedio y veneno al mismo tiempo.

²⁷ Art. 22 Convención Única: “*Cuando las condiciones existentes en el país o en un territorio de una Parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta del cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo*”.

listas (tanto la lista realizada por la convención Única de Estupeficientes de 1961 como la elaborada por la convención sobre sustancias psicotrópicas de 1971 que veremos más adelante)²⁸ y los motivos de inclusión de las drogas en una y en otra ya que se hace en función de la adicción que causen y de los nocivos que sean para la salud.

Tabla 1. Elaborada por la Comisión Global de Política de Drogas. (2019).

Convención Única de 1961 sobre Estupeficientes

LISTA I	LISTA II	LISTA III	LISTA IV
Sustancias que son muy adictivas o de probable uso indebido, y precursores que se pueden convertir en estupeficientes que son igualmente adictivos y también de probable uso indebido (p. ej., cannabis, opio, heroína, metadona, cocaína, hoja de coca, oxycodona)	Sustancias que son menos adictivas y cuyo uso indebido es menos probable que las de la Lista I (p. ej., codeína, dextropropoxifeno)	Preparados que contienen una cantidad baja de estupeficientes, son poco susceptibles de uso indebido y están exonerados de la mayoría de medidas de fiscalización impuestas sobre las sustancias que contienen (p. ej., <2,5 % codeína, <0,1 % cocaína)	Determinados estupeficientes también enumerados en la Lista I considerados como "particularmente nocivos por sus propiedades adictivas" y con escaso o nulo valor terapéutico (p. ej., cannabis, heroína)

Por último, a nivel internacional tenemos que hablar del Convenio sobre sustancias psicoactivas de 1971, el cual también se trata de un tratado internacional de la ONU en materia de fiscalización de sustancias, pero solo en referencia a las sustancias psicoactivas²⁹. Vemos que se estableció una diferenciación entre estupeficientes y sustancias psicoactivas cuya finalidad no es otra sino permitir que se flexibilizaran las prohibiciones en favor de las farmacéuticas para poder emplear esas sustancias incluidas en las listas de sustancias prohibidas en la Convención Única en la elaboración de sus productos³⁰, pero únicamente con fines médicos y de investigación.

Esta misma justificación aparece recogida en el preámbulo de dicho Convenio donde reconocen, además de que el uso indebido de sustancias es un riesgo para la salud pública, que “*el uso de sustancias sicotrópicas para fines médicos y científicos es indispensable y que no debe restringirse indebidamente su disponibilidad para tales fines*”³¹. Por ello la

²⁸ Tabla 1 y Tabla 2.

²⁹ Del mismo modo la Convención Única trataba solo de las drogas definidas como estupeficientes.

³⁰ Comisión Global de Política de Drogas. (2019). *La clasificación de sustancias psicoactivas. Cuando se dejó atrás a la ciencia.*

³¹ Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971. Ratificado por España el 16 de agosto de 1976. BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976.

importancia de este Convenio radica en que se permite el uso de determinadas sustancias psicoactivas, pero solo con usos médicos y en pequeñas cantidades.

Tabla 2. Elaborada por la Comisión Global de Política de Drogas. (2019).

Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971

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

Si bien la fiscalización de las diversas drogas no responde únicamente a su nocividad para la salud en cuanto a criterios médicos³², sino que además de responder a aspectos derivados de un estudio farmacológico de las sustancias, su inclusión también depende en gran medida de los antecedentes culturales e históricos de la civilización ya que hay sustancias que son legales, como el alcohol o el tabaco, pero que son igualmente perjudiciales para la salud³³. Asimismo observamos que hay sustancias introducidas en las listas que aparecen en la misma cuando sus efectos no son equiparables, del mismo modo que no lo son las dosis que se necesitan para alcanzar ese efecto. Así es esta diferenciación entre drogas introducidas en las listas y drogas que no la que establece la distinción ampliamente extendida entre “drogas legales y drogas ilegales”³⁴. Y es esta definición la que acaba condicionando que una droga sea nociva o no para la salud pública, no según sus efectos por el consumo, sino a efectos de su prohibición y de la elaboración de políticas prohibicionistas.

Como podemos ver, la preocupación por la salud pública a nivel internacional impulsó la celebración de estos tratados internacionales con el fin último de protegerla, de tratar de poner freno a una problemática de tal magnitud como es el tráfico de drogas y su consumo. Las listas de fiscalización suponen para aquellos países que ratifican los tratados el tener que aplicar una política prohibicionista hacia el tráfico que las sustancias que se encuentran en las diversas listas, convirtiéndolas así en drogas ilegales. Se trata

³² Conde, F. M.: *Op. Cit.* p. 549-550.

³³ Comisión Global de Política de Drogas.: *Op. Cit.*, p. 7-11.

³⁴ Zorrilla, C. G. (1997). Drogas y control social. revista Poder y Control N. p. 3-4.

pues de una prohibición de carácter absoluta y general a nivel internacional caracterizada por tratar de lograr un control riguroso sobre las drogas. Esto puede ser considerado como la instauración de la “guerra contra las drogas”³⁵, la política prohibicionista que más adelante veremos y que caracteriza la lucha contra las drogas en nuestra sociedad.

3.2. La salud pública como bien jurídico protegido en nuestra legislación.

La salud pública aparece recogida en nuestra Constitución en el art 43 CE³⁶ reconociendo el derecho a la salud y estableciendo que es labor de los poderes públicos tutelarla a través de las medidas que estimen pertinentes.

Esto es, la salud pública es un derecho fundamental para nuestra sociedad, sin embargo, esto no es lo único que legitima a este bien jurídico para merecer protección penal. Para justificar la aplicación del *Ius puniendi* del Estado debe tratarse de un bien que tenga la suficiente importancia social y que además necesite de esa protección. En este caso se trata de un bien social fundamental (ya que aparece recogido en la Constitución), pero además afecta gravemente a los individuos, a todos los que se ven involucrados en el mundo de las drogas. Pero hay que matizar que no todas las sustancias afectan del mismo modo, por ello hay que dirigirse a las listas elaboradas por los convenios internacionales para comprobar qué sustancias afectan en qué medidas y si es necesario poner en marcha todo el organismo penal. Así la salud pública como bien jurídico merece protección penal, pero graduada, aplicada en función de la sustancia ante la que nos encontremos³⁷.

3.2.1. Breve vistazo a la jurisprudencia.

También debemos mencionar la forma y contenido que se le ha ido dando al concepto de salud pública a través de los pronunciamientos de los Tribunales en diversas sentencias, y es que en materia de drogas la jurisprudencia existente es amplísima.

En primer lugar, en las STS del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1970 o en la STS 4 de junio de 1990 se pone de manifiesto el hecho de que lo que se pretende proteger es la

³⁵ Slapak, S., & Grigoravicius, M. (2007). “Consumo de drogas”: la construcción de un problema social. *Anuario de investigaciones*, 14, 239-249.

³⁶ Artículo 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”.

³⁷ MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *Ius puniendi*», en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela 1989 1990, pp. 204 y ss.

salud pública y por ello lo que se penaliza es el daño que se hace a la sociedad³⁸ a través de las conductas de tráfico y puesta a disposición de las drogas.

Más concretamente, en la STS de 7 de noviembre de 2000, el Tribunal Supremo da un concepto más preciso y desde una perspectiva penal de la salud pública al decir que *“la salud pública, como tal, no constituye una entidad real de naturaleza biológica, sino una manera verbal de señalar un peligro no permitido dentro del orden social. En el caso del delito de tráfico de drogas este peligro no permitido no depende, por lo tanto, de las consecuencias biológicas generales que la acción pueda generar, sino de la exclusión total del consumo de ciertas sustancias que persigue el legislador”*³⁹. En esta sentencia el legislador deja claro que el hecho de que se castigue el tráfico de determinadas sustancias nace de la prohibición de estas en nuestra sociedad, prohibición que viene dada de la introducción de dichas drogas en las listas internacionales de fiscalización que hemos visto con anterioridad⁴⁰.

Posteriormente, en la sentencia de 11 de abril de 2005 el Tribunal aborda de una manera más directa el tema y dice 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”*⁴¹. Aquí el legislador hace hincapié en el hecho de que el bien jurídico protegido es la salud pública, y es más, deja claro que la gran cantidad de conductas que se ven castigadas están justificadas en el hecho de que se pone en peligro la salud pública. Con esta sentencia el Tribunal está queriendo decir que el tráfico de drogas se trata de un delito de peligro y que para que la conducta sea punible no solo debe ser antijurídica, sino que además debe producir o ser susceptible de producir una lesión del bien jurídico que se protege⁴².

³⁸ Marín, A. J. *Op. Cit.*, p. 12.

³⁹ STS 1701/2000, de 7 de noviembre.

⁴⁰ Listas realizadas en la Convención Única de 1961 y por el Convenio de sustancias psicoactivas de 1971.

⁴¹ STS nº 444/2005, de 11 de abril.

⁴² Esta consideración del delito del art. 368 CP como delito de peligro lo encontramos también la STS de 24 de octubre de 2007 el Tribunal señala que *“el bien jurídico protegido por el tipo del art. 368 CP es la salud pública, que se ve seriamente comprometida por los efectos más o menos nocivos que produce el consumo de sustancias estupefacientes. [...] Por ello mismo, el legislador ha adelantado las líneas de defensa de ese valor público y común, sancionando un amplio espectro de conductas que se declaran delictivas por el sólo hecho de poner en peligro la salud pública. De ahí que la doctrina científica y*

De esta sentencia también hay que destacar la aclaración que hace sobre cuándo se considera que se está afectando la salud pública, y lo hace cuando el Tribunal dice “*el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del eventual comprador, sino que se lo debe referir a la difusión misma de la droga, dado que eso es lo que la ley penal quiere evitar. Es preciso subrayar que el bien jurídico "salud pública" no se forma con la suma de las saludes individuales. Lo que el legislador ha querido impedir no son estos daños individuales, que hubiera podido alcanzar con el tipo penal de las lesiones, sino algo distinto*”⁴³. El Tribunal está recalcando que la salud pública no se mide en función de cuánto daño puede hacer una determinada sustancia a una persona (esto es su salud individual), sino en cómo esa conducta de tráfico o cultivo o distribución relacionada con esa sustancia puede afectar a nivel más global, esto es, extenderse e involucrar a un gran número de personas. Y, entonces, esto añade otra perspectiva al problema ya que ya no solo se está castigando el tráfico de drogas (y todas las conductas en el delito incluidas) por el hecho de tratarse de drogas ilegales y nocivas, sino que además hay que tener en cuenta la cantidad que esté en juego en el caso concreto. No cualquier cantidad va a ser considerada como peligrosa para la salud pública ya que para eso debe de poder afectar a una multitud de sujetos.

Esta afirmación la encontramos también en la STS de 11 de diciembre de 2000: “*cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo*”⁴⁴. De estas afirmaciones de la jurisprudencia extraemos que los criterios para considerar como ilícito el tráfico de drogas depende no solo de la droga implicada sino de su cantidad y la posibilidad de que esta pudiera afectar a un amplio número de personas de manera que se pueda considerar afectada la salud pública.

En relación al contenido del bien jurídico salud pública la sentencia del 6 de noviembre de 2015 reafirma lo ya indicado por el Tribunal anteriormente y es que “*la salud pública*

jurisprudencial sean contestes en que el mencionado tipo penal es de los llamados de riesgo abstracto o de resultado cortado”. Así en esta sentencia el Tribunal afirma que este delito del art. 368 CP es un delito de peligro abstracto. (STS nº 861/2007, de 24 de octubre).

⁴³ Extracto de la STS 444/2005, de 11 de abril; pero que a su vez aparece originalmente en la STS de 13 de octubre de 2003.

⁴⁴ STS nº 1889/2000, de 11 de diciembre.

*como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras*⁴⁵.

De este vistazo a la jurisprudencia podemos ver que el Tribunal es claro cuando define la salud pública como un concepto diferenciado de la salud individual, un bien jurídico con su propia entidad y que su fundamento está no tanto en la nocividad de la sustancia⁴⁶ sino en que la cantidad de la sustancia en el caso concreto sea de suficiente magnitud como para ser susceptible de extenderse y afectar a múltiples sujetos.

Para poder entender mejor esta tendencia de la jurisprudencia a la hora de aplicar las penas a los delitos de drogas debemos hablar de la cantidad como condicionante de las penas. El delito de tráfico de drogas tiene dos elementos: el tipo objetivo, que es el hecho de que la sustancia se trate de una droga tóxica, nociva para la salud⁴⁷; y el tipo subjetivo, que se refiere a la intención, que se busque *“promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceras personas”*⁴⁸. Analizando esta afirmación vemos que está relacionada con la cantidad de la droga de la que se trate ya que esta condicionará la puesta en peligro o no de la salud pública, y en consecuencia la consideración como un delito.

Para poder entender esta consideración de la jurisprudencia primero debemos hablar de un principio que aparece recogido en la STS de 11 de abril de 2005 y que cobra especial importancia, este es el *“principio de insignificancia”* de la cantidad de droga que es objeto del tráfico ilícito. Según dicho principio *“cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo”*⁴⁹. Este principio es el que ha orientado la práctica de los Tribunales para considerar si los supuestos a los que se enfrentaban eran susceptibles de considerarse como delitos por poner en peligro la salud pública. Así que los Tribunales son solo deben observar si la droga en cuestión es ilegal, sino que además deben tener en

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial nº 56/2015, Sección Tercera, de 6 de noviembre de 2015.

⁴⁶ Que también es un factor determinante ya que la nocividad de una sustancia es la que condiciona su consideración como “droga ilegal”.

⁴⁷ Como hemos visto de manera amplia anteriormente, la consideración de las drogas como “drogas tóxicas” y por tanto ilegales, a falta de una definición en la norma, se hace acudiendo a los tratados internacionales en materia de drogas, los ya vistos la Convención Única de 1961 y el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971.

⁴⁸ Conde, F. M.: *Op. Cit.* p. 553.

⁴⁹ STS nº 444/2005, de 11 de abril.

cuenta la cantidad de la que se tarta ya que según esta se considerará que existe la intención necesaria para que concurra el tipo subjetivo, es decir, intención de *promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceras personas*⁵⁰.

Así, la cantidad marca la intención, determina si estamos ante tráfico o autoconsumo⁵¹. A este respecto surge la duda de ¿Qué cantidad de droga es considerada como lícita? ¿Dónde se encuentra el límite entre la tipicidad y la atipicidad? La respuesta la encontramos en las listas elaboradas por la Instituto Nacional de Toxicología en función de los pronunciamientos del Tribunal Supremo. En un informe elaborado en 2003 tras una reunión del pleno del Tribunal supremo estableció la cantidad de sustancias que establecía el límite entre tipicidad y atipicidad de las conductas en base a la dosis mínima a partir de la cual se considera que la droga tiene efectos en el organismo. Y, por otro lado, en 2001 elaboró una tabla en cuanto a las cantidades que se consideran de autoconsumo, entendiendo que dichas cantidades cuando se adquieren cubren el autoconsumo de 5 días⁵².

Las tablas quedan así:

	Dosis mínima atipicidad	Cantidad autoconsumo
Marihuana		100 grs
Hachís	10 mg / 0,01 gr	25 grs.
Cocaína	50 mg / 0,05 gr	7,5 grs
Heroína	0,66 mg / 0,00066 gr	3 grs
LSD	20 mg / 0,000005 gr	3 mgrs
Anfetamina		900 mgrs
MDMA	20 mg / 0,02 gr	1.440 mgrs
Morfina	2 mg/ 0,002 gr	10 grs

Tabla 3. Elaboración propia⁵³.

⁵⁰ Conde, F. M.: *Op. Cit.* p. 553.

⁵¹ Las conductas de autoconsumo entran dentro de la legalidad ya que por su entidad se considera que no causa incidencia en la salud pública, siempre y cuando cumpla los requisitos de consumir en un lugar cerrado, ser una cantidad que permita el consumo inmediato, que sea un consumo esporádico y sin trascendencia social realizado en intimidad, y si se trata de un consumo en grupo que sea pequeño (Olmeda, A. M. C. *Op. Cit.*, p. 47).

⁵² Cantidades de drogas para consumo. Delito penal. Cantidad mínima para surgir efecto. (2012, marzo 22). Recuperado el 1 de mayo de 2021, de Seguridadpublica.es website: <https://seguridadpublica.es>.

⁵³ Tabla de elaboración propia en base a los datos extraídos del Instituto Nacional de Toxicología (Cantidades de drogas para consumo. Delito penal. Cantidad mínima para surgir efecto. *Op. Cit.*).

Así, el Tribunal emplea estas listas para considerar si la salud pública se ve o no comprometida en cada caso, de modo que si la cantidad sobrepasa las dosis de autoconsumo se tratará de un delito de tráfico de drogas que atenta contra la salud pública⁵⁴.

Esta consideración de la jurisprudencia, teniendo en cuenta tanto la nocividad de la sustancia como la cantidad para ver si concurre la puesta en peligro del bien jurídico protegido (y así aplicar las penas por el delito del tráfico de drogas) han sido mantenidas a lo largo del tiempo, si bien hay variaciones en cuanto a la cantidad de la sustancia, la trayectoria es la misma en líneas generales. Esto lo vemos reflejado en la sentencia del 12 de abril de 2021: *“La jurisprudencia de esta Sala (STS 646/2011, de 16 de junio, entre otras), añade que la necesidad de que se valoren los dos elementos de los que depende la aplicación del subtipo (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse con la exigencia de que se pondere la distinta intensidad y cualificación de cada uno”*⁵⁵.

Una vez vistos los diversos pronunciamientos del Tribunal en conjunto, vemos que en la jurisprudencia, de manera constante, la motivación para tipificar los delitos del tráfico de drogas y la justificación para la aplicación de las penas es la protección de la salud pública. Y que la salud pública no se debe medir por cómo la droga causa daños en la salud de quien las consume, sino por el número de sujetos que se pueden ver afectados por la distribución de la sustancia en concreto. De ahí que para considerar que se cumplen los presupuestos para que se trate de un delito de tráfico de drogas se deban cumplir el tipo objetivo y el subjetivo de manera conjunta. Pudiendo aplicar penas atenuadas⁵⁶ en función de la cantidad de droga, esto es, cuando esta supera las cantidades mínimas, pero sin llegar a ser de tal magnitud como para considerarse que se ve gravemente afectada la salud pública. De modo que el delito de tráfico de drogas admite penas atenuadas, posibilidad que aparece recogida en el art. 368 párrafo 2º CP *“No obstante lo dispuesto*

⁵⁴ La jurisprudencia del Tribunal en este aspecto es amplia y podemos observar que se siguen estos mismos criterios en sentencias como STS 1778/2000 de 21 de noviembre, STS 1889/2000 de 11 de diciembre, STS 298/2004 de 12 de marzo, STS 62/2009 de 30 de enero, entre otras.

⁵⁵ STS nº 310/2021 de 12 de abril de 2021.

⁵⁶ Esta posibilidad de aplicar el tipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 CP la ha manifestado el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia en sentencias como: STS 33/2011, de 26 de enero, STS 482/2011 de 31 de mayo, STS 542/2011 de 14 de junio, STS 646/2011, de 16 de junio, STS 1359/2011, de 15 de diciembre, STS 193/2012, de 22 de marzo, STS 397/2012, de 25 de mayo, STS 506/2012, de 11 de junio y STS 869/2012, de 31 de octubre.

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

4. LUCHA CONTRA LA DROGA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE TRÁFICO DE DROGAS.

Una vez visto y analizado el tráfico de drogas y el bien jurídico que se protege con la tipificación del delito, vamos a pasar a ver la regulación de este delito en la legislación española a lo largo del tiempo. Y es que frente al tráfico de drogas la respuesta del Estado ha ido variando según la ideología social del momento, viéndose siempre influenciada por el ámbito internacional y las respuestas de los organismos internacionales y de otros estados frente al mismo problema de las drogas. Como ya se ha visto al inicio del presente trabajo, las drogas son sustancias que llevan coexistiendo con el ser humano desde el inicio de los tiempos. Sin embargo, no siempre ha sido un problema de la magnitud que ha adquirido en los últimos tiempos.

Analizar la evolución de la legislación española debe situarnos en los antecedentes históricos para ver el recorrido que ha tenido el tratamiento de las drogas a lo largo de la historia a nivel mundial en las diversas culturas y etapas, y así darle una perspectiva más profunda al problema y ver como la problemática de las drogas tiene sus raíces bien profundas y ligadas a la historia de la humanidad.

4.1. Las drogas y las primeras civilizaciones⁵⁷.

En la Antigüedad el consumo de drogas era una conducta común y que poco tiene que ver con la que se realiza hoy en día. En los inicios, las sustancias psicoactivas eran empleadas “en cultos mágico-religiosos y en actividades médico-terapéuticas”. Esto es, el consumo estaba relacionado con actividades culturales y religiosas, así como relacionados con prácticas curativas⁵⁸, usos que se realizaban en diversas culturas tal y como reflejan los escritos que se han ido encontrando. Por ejemplo, se han encontrado

⁵⁷ Slapak, S., & Grigoravicius, M. Op. Cit. p. 240.

⁵⁸ Recordemos que las sustancias psicoactivas, como decía Antonio Escohotado, eran vistas como veneno, pero también como remedio ya que por sus propiedades podía ser beneficioso para tratar diversos padecimientos humanos.

referencias al uso de sustancias psicoactivas⁵⁹ en varias tablillas sumerias que se remontan al tercer milenio a.C, en el Código de Hammurabi⁶⁰ que corresponde al S. 18 a.C, en el antiguo Egipto hay constancia de su uso en el Papiro Ebers⁶¹ del S. 12 a.C, entre otros. En estos documentos se ve reflejado, pero casi de un modo anecdótico, como los seres humanos han consumido sustancias psicoactivas desde sus orígenes, si bien este consumo dista mucho de el de la actualidad. Para poder comprender la evolución que ha tenido vamos a ver un poco más su evolución.

En la Antigua Grecia (1200 a.C – 146 a.C) el consumo de sustancias psicoactivas se separa de la cultura y la religión y aparecen sus usos farmacológicos⁶² donde el uso de las drogas y sus efectos viene determinado por la dosis empleada, no siendo la sustancia buena o mala *per se*, y no estando este consumo regulado de ninguna manera. Aquí se empieza a apreciar la consideración de las drogas como perjudiciales, sin embargo, no por la sustancia en concreto sino según la dosis empleada, pudiendo ser beneficiosa para el ser humano.

Sin embargo, esta concepción de las sustancias psicoactivas desaparece con la aparición de la iglesia en la época del Imperio Romano (aproximadamente en el S. IV d.C). Estas religiones precristianas consideraron el uso de estas sustancias como comportamientos satánicos y relacionados con la brujería, completamente contrarios a sus creencias de modo que se inició una época de persecución de aquellas personas que empleaban estas sustancias psicoactivas. Así se inicia la represión del consumo de sustancias psicoactivas de un modo salvaje, pero cabe destacar que esta persecución no era por ser las sustancias psicoactivas consideradas como dañinas para la salud, sino por la consideración de su uso como contrario a la moral y las creencias religiosas, como un ataque contra la religión cristiana.

Durante la Edad Media y el Renacimiento (siglos XV – XVI) se empieza a ver la influencia de la medicina árabe y se vuelve a abrir en Europa la puerta de la farmacología, en concreto a las prácticas médicas con sustancias psicoactivas. Y más tarde, en los siglos

⁵⁹ Si bien se trata de un consumo de las sustancias en su modo natural y con muy poco tratamiento ya que se empleaban técnicas muy rudimentarias para extraer los principios activos, o ni siquiera. Son sustancias obtenidas del cáñamo, adormidera, belladona, mandrágora, cafeína, cocaína, opio, entre otras.

⁶⁰ Se trata de unos de los conjuntos de leyes más antiguos de la humanidad, desarrollado en Mesopotamia.

⁶¹ Es un tratado médico y de farmacología que corresponde aproximadamente al año 1500 a.C.

⁶² “*Phármakon*”, droga como veneno y como remedio.

XVI -XVIII, se produce un cambio drástico ya que la religión deja de dominar la sociedad de un modo imperante y se abre camino la ciencia. Esto se evidencia en el hecho de que la utilización de las sustancias psicoactivas deja de ser perseguida y su empleo pasa a ser considerado como uso científico dentro de las disciplinas de química, botánica y bioquímica. Así pues, en un siglo la sociedad dio un cambio drástico en cuanto al tratamiento del consumo y usos de las sustancias psicoactivas, se pasó de un prohibicionismo radical a ser una materia de la ciencia moderna con aplicaciones de gran utilidad.

Y a partir de este cambio, en el siglo XIX se empiezan a sintetizar las sustancias que hoy son más conocidas como drogas, se aíslan los principios activos y se empiezan a combinar elaborando sustancias psicoactivas y estupefacientes mucho más complejos y con grandes aplicaciones en la farmacología y la medicina, y se comienzan a comercializar, sin ningún tipo de barrera legal ya que no se considera que sean sustancias dañinas para la salud a nivel global ni suponen un peligro para la sociedad, como en la actualidad. De modo que no se ve problema en que los ciudadanos tengan acceso libre a ellas para su consumo.

4.2. Cambio de perspectiva en materia de drogas, hacia una política prohibicionista internacional.

Así pues, como hemos visto, el fenómeno del consumo de drogas fue evolucionando a lo largo de la historia sin aplicarse ningún tipo de regulación. No es que el consumo de drogas fuera algo poco frecuente, sino que no se le prestaba atención.

Sin embargo, en el S. XX cambiaron las cosas. En concreto el cambio comienza a gestarse en Estados Unidos⁶³ ya que se comienza a asociar el consumo de determinadas sustancias con los nuevos núcleos marginales que surgen en las ciudades formados por inmigrantes de diferentes razas, y esto produce que se condene moralmente su consumo. y por otra parte las farmacéuticas empiezan a limitar la venta de estas sustancias con la intención de monopolizar el mercado y controlar un negocio enormemente beneficioso⁶⁴. Así se ponen

⁶³ La Harrison Act de 1914 en EEUU es la primera ley en penalizar la distribución de opiáceos (Zorrilla, C. G. *Op. Cit.* p. 8).

⁶⁴ López, A. E. *Op. Cit.* p. 94.

límites físicos⁶⁵ y morales al autoconsumo, límites que nacen más de preocupaciones de orden público y de seguridad ciudadana⁶⁶ que de salud.

Así se cambia la visión que se tenía de las drogas y de aquellos que las consumían, se da un enfoque moralista que los concibe como sujetos que viven al margen de la sociedad⁶⁷ y se relacionan con actividades criminales, se configura así la figura del toxicómano⁶⁸. Y en consecuencia surge la necesidad de elaborar leyes que penalicen y castiguen a los consumidores para tratar de evitar que este fenómeno se extienda, pero no tanto el consumo como la expansión de ese determinado perfil de toxicómano como sujeto inmigrante perteneciente a los grupos marginales y con tendencias criminales⁶⁹, y cuyo estilo de vida y valores son completamente opuestos a los de la sociedad.

Es esta visión de la política de EEUU la que se acaba extendiendo a nivel internacional y es el origen de la Conferencia de Shanghái de 1909⁷⁰ donde se regula la producción y comercialización de determinadas sustancias (principalmente el opio)⁷¹. Esta conferencia supone el punto de partida de la legislación internacional en materia de drogas y motiva la normativa internacional en materia de fiscalización de drogas que ya hemos visto en el apartado anterior⁷². Y es a través de los diversos tratados y convenciones internacionales que se va cristalizando el prohibicionismo como la regla general ante las drogas⁷³, justificando la aplicación de penas desmedidas que buscan el control y la represión de este nuevo conjunto de criminales, tratando a todos indiferentemente de la conducta realizada.

De modo que, viendo esta evolución internacional podemos apreciar que la respuesta de los Estados ante las drogas responde más a una sensibilización de la sociedad y al miedo generado en torno a la figura del toxicómano, miedo que responde más a la imagen creada

⁶⁵ Se abole el libre acceso a narcóticos y se sustituye por sedantes a los cuales se accede con receta médica (Zorrilla. C. G. *Op. Cit.* p. 9).

⁶⁶ Slapak, S., & Grigoravicius, M. *Op. Cit.* p. 242.

⁶⁷ Inmigrantes, negros, chinos y chicanos, principalmente varones jóvenes y habitantes de *ghettos* de grandes ciudades.

⁶⁸ Zorrilla, C. G. *Op. Cit.* p. 8-9.

⁶⁹ Lo que se hace es encubrir al resto de consumidores que pasan a consumir las drogas vendidas por las farmacéuticas, dejando expuestos como toxicómanos a quienes siguen recurriendo a las sustancias penalizadas.

⁷⁰ No se trató de una regulación como tal, sino más bien de una serie de indicaciones para tratar de controlar la circulación del opio a nivel internacional que no incluía sanciones ni medidas prohibicionistas.

⁷¹ Slapak, S., & Grigoravicius, M. *Op. Cit.* p. 242.

⁷² La Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 y el Convenio de Viena de 1971.

⁷³ Slapak, S., & Grigoravicius, M. *Op. Cit.* p. 242.

de ellos que a la peligrosidad real que pueden tener. Así pues, esta respuesta se basa en contentar a la opinión pública, responder a sus demandas y conseguir transmitir control y preocupación por la seguridad ciudadana, lo que se conoce como “legislación simbólica”⁷⁴. Esto se traduce en la elaboración de penas excesivas que responden con gran dureza ante el tráfico de sustancias y todas las conductas relacionadas, penas que van más dirigidas a demostrar que el Estado está dispuesto a acabar con el problema y buscar tranquilizar a la opinión pública más que a conseguir resolver la problemática de un modo eficiente y centrándose en el toxicómano⁷⁵. La aplicación de estas medidas punitivas a consecuencia de esta tendencia prohibicionista va teniendo su reflejo en los diferentes países del mundo.

Una vez visto el panorama internacional de respuesta ante las drogas vamos a pasar a analizar la evolución legislativa en España, cómo el estado español se ha ido enfrentando al tráfico y consumo de drogas a lo largo de estos últimos siglos.

4.3. La lucha contra las drogas desde la legislación española.

En España la legislación en materia de drogas es muy amplia y ha sido objeto de numerosas reformas a lo largo del tiempo que se han ido produciendo en un intento de tratar de abordar el tráfico de drogas, y de adaptar su normativa a las indicaciones de los organismos y tratados internacionales que han ido estableciendo diversos patrones de respuesta. Así, para poder conocer el tema en perspectiva debemos empezar por los orígenes del tratamiento jurídico del delito del tráfico de drogas, esto es, la normativa anterior al Código Penal de 1973.

⁷⁴ El término “legislación simbólica” hace referencia a una serie de leyes sobre temas relevantes en la sociedad del momento elaboradas por el legislador, pero cuya finalidad no es dar una respuesta a ese problema o a esa situación, sino que tiene una función más política o de propaganda. Es decir, con esas normas lo que el legislador busca es generar la apariencia de que tiene un interés en actuar sobre ese tema de actualidad que está preocupando a la ciudadanía, pero realmente no está elaborando una norma que vaya a dar una solución a dicho problema. El propósito de esas leyes está dirigido a ganarse el favor de la ciudadanía tratando de convencerles de que está tomando cartas en el asunto, sin buscar la eficacia de las mismas. La “legislación simbólica” suele ser un arma empleada para recabar votos de una manera fácil y rápida ya que solo se basa en la apariencia, no requiere efectos reales (Amado, J. A. G., & Perfil, V. T. mi. (s/f). *Dura lex*. Recuperado el 27 de mayo de 2021, de Blogspot.com website: <https://garciamado.blogspot.com/search?q=legislaci%C3%B3n+simb%C3%B3lica>).

⁷⁵ Zorrilla. C. G. *Op. Cit.* p. 10

4.3.1. Los códigos penales decimonónicos⁷⁶.

Antes de hablar de los códigos penales decimonónicos, primero debemos hacer referencia a las “ordenanzas de farmacia” que hubo en España y datan de los años 1800 y 1860. Estas ordenanzas establecían un control de la actividad farmacéutica con el objetivo de limitar la elaboración y venta de productos o sustancias que hoy definiríamos como drogas, de modo que se buscaba dar garantías sanitarias a los ciudadanos controlando el acceso de estos a las diferentes sustancias⁷⁷. Esta fue la primera regulación en España de las sustancias que hoy son más conocidas como drogas, y vemos que ya la intención del legislador era controlar el acceso de la ciudadanía a las drogas.

En el siglo XIX se suceden cuatro Códigos Penales en los cuales, si bien no aparece la definición del delito de “tráfico de drogas” como tal, sí que aparecen tipificadas conductas relacionadas con las drogas y donde el bien jurídico que se busca proteger es la salud pública. En este periodo encontramos, en primer lugar, el código de 1822, en este se menciona la palabra “droga” como tal en el art. 366⁷⁸ sin embargo el artículo hace referencia a los boticarios, con lo que no se trata de un delito de tráfico de drogas sino de puesta a disposición de estas sin consentimiento médico. Así en este CP se evidencia que lo que se está castigando es la puesta en peligro de la salud pública.

Después en 1848 se elabora otro CP de tintes más autoritarios, y al igual que en el anterior, los delitos relacionados con las drogas aparecen contemplados como delitos contra la salud pública. En este CP sí que figuran los delitos relativos a las drogas, ya que se incluyen como delitos la elaboración y el tráfico de sustancias “nocivas para la salud”⁷⁹,

⁷⁶ Molina Mansilla, M. D. C. (2006). Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX.

⁷⁷ Sarmiento, F. J. P. (1992). Ciencia y farmacia en la España decimonónica. *Ayer*, (7), 153-191.

⁷⁸ Art. 366. *“Ningún boticario ni practicante de botica venderá ni despachará veneno alguno, ni droga que pueda ser nociva á la salud, ni bebida ni medicamento en cuya confección ó preparación entre parte alguna venenosa, ó que pueda ser nociva, ni menos esta parte sola, sin receta de médico ó cirujano aprobado. El que hiciere lo contrario pagará una multa de veinte y cinco á cien duros, si de la bebida, droga ó medicamento que diere no se hubiere seguido daño alguno. Pero si se hubiere seguido daño, acreditado en debida forma, el boticario ó practicante de botica, además de pagar la multa referida, sufrirá una reclusión de seis meses á cuatro años”.*

⁷⁹ No se refiere el CP a drogas como tal, sino que cambia el término “drogas” por “sustancias nocivas para la salud o productos químicos”.

delitos que aparecen contenidos en los artículos 246⁸⁰ y 247⁸¹ de tal CP. En este código comienza a perfilarse mejor el delito del tráfico de drogas. El CP posterior fue el de 1850, con apenas relevancia ya que no modificó el CP de 1848 en materia de drogas, únicamente cambió la numeración.

Por último, de este siglo tenemos el CP de 1870 que sigue la misma estructura que los anteriores e incluye las drogas dentro de los delitos contra la salud pública. En este código los delitos de drogas aparecen tipificados en los artículos 351⁸² y ss CP, sin embargo, la diferencia con los anteriores códigos es que este se hallaba completado con las ordenanzas de farmacia de 1860 que controlaban la elaboración y distribución de productos o sustancias nocivas para la salud.

4.3.2. Códigos penales del S. XX y sus respectivas modificaciones.

Los Códigos penales posteriores al de 1870 no modificaron la regulación en materia de drogas, sino que reiteraban la de dicho código. Así que no es hasta 1971 que se empiezan a producir cambios en España.

La siguiente reforma del CP en materia de drogas es en 1971 con la Ley 44/1971 de 15 de noviembre⁸³ por la que se reforma el CP de 1944 la cual prohibía bajo pena cualquier venta o comercialización de drogas tóxicas o estupefacientes. Esta reforma fue motivada por la ratificación por parte de España de la Convención Única de 1961 y como reacción frente a la nueva cultura juvenil que llegaba a España desde otros países⁸⁴. Así, el art. 344⁸⁵ del CP de 1944 queda modificado, sigue encontrándose dentro del capítulo de los delitos contra la salud pública, pero con esta reforma pasa a aplicarse una fuerte represión penal respecto del cultivo, fabricación, transporte, tenencia, venta, donación y tráfico en

⁸⁰ Art. 246 CP: *“El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas á la salud ó productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, ó los despachare ó vendiere ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 50 á 500 duros”.*

⁸¹ Art. 247 CP: *“El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas á la salud ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrarle sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros”.*

⁸² Art. 351 CP: *“El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas á la salud, ó productos químicos que puedan causar grandes estragos para expenderlos, ó los despachare, ó vendiere, ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas”.*

⁸³ Reforma que se realizó en la España franquista.

⁸⁴ Sanz Mulas, N. (2017). Política criminal. Salamanca: Ratio Legis. p. 226-227.

⁸⁵ Art. 344 CP: *“Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación, tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas”.*

general. Esto supone un gran salto respecto de las regulaciones anteriores en las cuales permitían la venta de sustancias psicoactivas en las farmacias, pues se pasó a prohibir hasta el consumo de un modo tajante.

En la elaboración de esta reforma cabe destacar la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970⁸⁶ la cual internaba a aquellos que llevaran a cabo conductas relacionadas con las drogas. En suma, esta ley más la nueva reforma convirtieron a la droga y a sus consumidores en una nueva lacra de la sociedad⁸⁷, un nuevo mal que se extendía y contra el cual había que reaccionar con toda la dureza que se pudiera.

Sin embargo, esta ley no fue todo lo eficaz que se pretendía ya que su ambigüedad dejaba al arbitrio de los tribunales el decidir cuándo un comportamiento entraba dentro del tipo y la pena que se podía aplicar. Además, la población carcelaria comenzó a aumentar a pesar de que el consumo de drogas como la cocaína o el Hachís (entre otros) siguió extendiéndose, incluso con más intensidad que antes de la reforma⁸⁸.

Esta situación hizo necesaria una nueva reforma de CP, la del 25 de junio de 1983 a través de la LO 8/1983. Con esta reforma se trató de concretar las conductas punibles para tratar de delimitar el delito del tráfico de drogas. En razón a esto se eliminó del art. 344⁸⁹ la parte de la anterior regulación donde decía “*o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso*” evitando así la punibilidad de cualquier conducta relacionada con las drogas⁹⁰. Del mismo modo para tratar de concretar las conductas punibles se establece, por primera vez, una distinción entre “drogas gravemente nocivas para la salud” y “drogas no tan nocivas”⁹¹, castigando las primeras de manera severa y atenuando las penas de las segundas⁹². De este modo vemos que con esta ley el legislador define de una manera más

⁸⁶ Esta ley se elaboró con la idea de prevenir un daño social (como la propia ley indica), trata de poner freno a determinadas conductas que ponen en riesgo a la sociedad en su conjunto y que empezaban a surgir en la sociedad del momento. Se trataba de castigar conductas como: la mendicidad, homosexualidad, vandalismo, pornografía, y el tráfico y consumo de drogas. La idea era que estas conductas eran antisociales y ponían en peligro a la sociedad, con lo cual debían ser perseguidas y castigadas (Gómez, A. S. (1974). Ley de peligrosidad y rehabilitación social. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 27(2), 221-264).

⁸⁷ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 227.

⁸⁸ Muñoz Conde, F., & Aunión Acosta, B. (1991). Drogas y derecho penal. 147-157.

⁸⁹ Art. 244 CP: “*Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación, o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos*”.

⁹⁰ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* P. 227.

⁹¹ Son las conocidas en la actualidad como “drogas duras” y “drogas blandas”.

⁹² Muñoz Conde, F., & Aunión Acosta, B. *Op. Cit.* p. 150.

precisa los delitos del tráfico de drogas y las conductas típicas del delito, y el legislador trata de evitar el castigo indiscriminado buscando dejar fuera conductas que, por sus circunstancias concretas en atención a factores como el tipo de droga, la cantidad o la conducta concreta carecen de relevancia y no son susceptibles de causar un daño en el bien jurídico protegido por su escasa entidad.

Sin embargo, el fenómeno de la droga se seguía extendiendo, la alarma social se centrada en la figura del drogodependiente como sujeto peligroso, cada vez más relacionado con conductas violentas y muertes debidas a las sobredosis⁹³. Todo esto contribuyó a que la opinión pública (nacional e internacional) se dirigiera contra el gobierno por considerar ineficaz la legislación del momento en materia de tráfico de drogas, exigiendo penas más duras y un mayor control ya que acusaban a la reforma del 83 de ser excesivamente indulgente y favorecer el consumo de drogas.

Ante esta presión social y el aumento de la alarma generalizada en cuanto al consumo de drogas se produce la contrarreforma LO 1/1988 de 24 de marzo que supuso una reacción fuertemente represiva, volviendo a la formulación del delito que había en la reforma de 1971 permitiendo el castigo de todo tipo de conductas relacionadas con las drogas⁹⁴. Además, asistimos a la inclusión de determinadas conductas agravantes y elevación de las penas y la creación de la “Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas”⁹⁵ buscando aumentar el castigo de las conductas relacionadas con las drogas⁹⁶. Esta reforma supuso un aumento desproporcionado de la represión que buscaba más que dar una solución al problema calmar a la ciudadanía y conseguir el favor de la opinión pública que se había mostrado tan descontenta con la anterior reforma.

La última de las reformas (antes de la reforma que dio lugar a nuestro actual CP) es la reforma LO 8/1992 de 23 de diciembre que surge para adaptar la normativa española a la

⁹³ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 227.

⁹⁴ El nuevo art. 344 CP queda redactado 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 la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos”*.

⁹⁵ Fiscalía creada con la Ley 5/1988 con la función de intervenir en los procesos penales iniciados en materia de delitos de drogas aso como coordinar la respuesta a nivel nacional ante estos delitos (Portal Plan Nacional sobre Drogas - Fiscalía Antidroga. (s/f). Recuperado el 2 de junio de 2021, de Gob.es website: https://pnsd.sanidad.gob.es/pnsd/controlOferta/control/control_otros.htm).

⁹⁶ Marín, A. J. *Op. cit.* p. 9.

Convención de Viena de 1988 ya que la anterior reforma del CP se había demostrado insuficiente tras este convenio⁹⁷. En concreto en materia de drogas esta reforma supuso que España se sumara a la corriente prohibicionista internacional aplicando políticas de “tolerancia 0” contra el delito del tráfico de drogas e incluyendo una regulación de nuevas conductas como son la entrega vigilada y el castigo del blanqueo de capitales. Esta reforma se vio, además, completada con la LO 1/1992 por la que se aprueba la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana⁹⁸ con la cual se buscaba, entre otras cosas, perseguir la visibilidad del consumo, pero ya no penalmente sino a través de sanciones administrativas⁹⁹.

Como podemos observar, la tendencia española en las diversas reformas de la legislación en cuanto al tratamiento del delito del tráfico de drogas es aplicar una fuerte prohibición, buscando castigar el mayor número de conductas posibles y llegando a establecer penas desproporcionadas. Reformas que no son tanto motivadas por la gravedad de la situación sino más bien por la presión de la opinión pública y la opinión internacional que demandan una respuesta tajante que no deje lugar a la las drogas en la sociedad.

Tras esta serie de reformas llega finalmente la LO 10/1995 por la que se instala el CP actual.

4.3.3. Código penal de 1995 y sus sucesivas reformas hasta la actualidad.

Con la LO 10/1995 se aprueba el Código Penal que sigue vigente a día de hoy, en el cual se pasa a tipificar el delito del tráfico de drogas en el art. 368 CP¹⁰⁰ (antes se encontraba en el art. 344 CP) dentro del capítulo II dedicado a los delitos contra la salud pública. A pesar de ser considerado el “CP de la democracia” lo cierto es que no redujo las penas, sino que mantuvo la fuerte represión que caracterizaba a sus predecesores, manteniendo la larga lista de conductas agravantes y la fórmula de “o de otro modo” que permite

⁹⁷ Marín, A. J. *Op. cit.* p. 9.

⁹⁸ En su art. 25 se regula la respuesta ante el consumo de drogas de la siguiente manera: “*Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo*”.

⁹⁹ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 228 y 229.

¹⁰⁰ El art. 368 dice así: “*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 nueve 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*”.

castigar todo tipo de conductas relacionadas con las drogas¹⁰¹. Así que vemos que sigue respondiendo a la corriente internacional caracterizada por una política prohibicionista, a veces incluso desproporcionada.

Sin embargo, un cambio de esta ley fue que se dirige una mayor atención a la figura del drogodependiente ya no como criminal sino más como víctima, entendiendo que los efectos de las drogas modifican la conciencia del sujeto no siendo este siempre consciente de sus actos¹⁰², esto lo vemos reflejado en el art. 20 CP donde en el párrafo 2º, hablando de las conductas exentas de responsabilidad penal señala que “*El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos [...]*”. Con la redacción de este artículo se evidencia que ya no se ve al drogadicto solo como criminal que merece todo el peso de la ley, sino que también puede ser una víctima de las drogas y sustancias tóxicas que circulan por la sociedad, un sujeto desviado que no necesariamente tiene que encajar con el perfil “demonizado” creado por la opinión pública.

Después de esta reforma de 1995, no es hasta 2010 que vuelve a realizarse otra reforma relevante en materia del delito del tráfico de drogas. Esta es con la LO 5/2010 de 22 de junio que surge con la intención de individualizar las penas¹⁰³ y modular la responsabilidad del autor en cada caso pudiendo aplicar penas en función de la entidad del hecho ya que la rigidez de la norma anterior lo impedía. Así, con esta reforma se introduce el segundo párrafo del art. 368 CP¹⁰⁴, que permite aplicar una pena inferior en grado según las circunstancias del hecho lo hagan de escasa relevancia para la protección de la salud pública. Y en la misma línea, adaptando la Decisión Marco 2004/JAI del Consejo de 25 de octubre¹⁰⁵, se disminuyen las penas de prisión ya que se busca no tanto

¹⁰¹ Pérez, T. M. (2011). Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española. *Anuario jurídico y económico escorialense*, (44), 303-316.

¹⁰² Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 228 y 229.

¹⁰³ López, A. E. *Op. Cit.*, p. 95.

¹⁰⁴ Art. 368 CP párrafo 2º: “*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370*”.

¹⁰⁵ Mediante esta Decisión, el Consejo de la Unión Europea establece un plan de actuación a nivel internacional de los distintos Estados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas mediante la aplicación de una serie de normas mínimas sobre la persecución y el castigo de quienes realicen dichas conductas de tráfico, dando una serie de indicaciones sobre los elementos centrales del tráfico de drogas para conseguir armonizar las concepciones de los diversos estados. Un aspecto importante de esta Decisión es que la respuesta penal ante el tráfico debe ser subsidiaria y proporcionada a la conducta.

un castigo ejemplar como una proporción entre la conducta y el castigo recibido por ello¹⁰⁶.

Así, vemos con esta reforma de 2010 la represión y el castigo del tráfico de drogas se suaviza, no tanto porque el problema deje de importar sino porque se busca cumplir con el principio de proporcionalidad de la respuesta penal de modo que esta configuración de los delitos permite a los Tribunales adecuar las penas en cada caso consiguiendo una aplicación de la ley más justa.

Por último, nos encontramos con la reforma LO 1/2015 de 30 de marzo que no modificó en gran cosa la tipificación del delito del tráfico de drogas. En lo esencial del delito se mantiene igual a como figura tras la reforma de 2010, añadiéndose una nueva regulación del decomiso de drogas.

Así, una vez finalizado el análisis de todo el recorrido legislativo de la legislación española en materia de drogas salta a la vista que el Estado español ha dado un enfoque prohibicionista en todas y cada una de las reformas, si bien el tipo de represión ha ido variando de intensidad, el objetivo es siempre el mismo, perseguir el tráfico ilícito de drogas y todas las conductas que se encuentran relacionadas de modo que no queden lagunas de regulación, y castigarlo de un modo severo y ejemplar buscando con la pena no solo castigar al culpable sino que sirva de ejemplo. Además, otro aspecto importante de la evolución legislativa es el peso que ha tenido en cada reforma la opinión pública. Según hemos podido ver la concepción del drogodependiente y de la droga ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y ha ido cobrando importancia en la sociedad a pasos agigantados convirtiéndose en un problema de talla mundial, y es que es principalmente a raíz de la globalización y la apertura internacional de España, que empieza a recibir las influencias internacionales, y entre ellas la concepción del tráfico y el consumo de drogas como un problema social y moral que exige una lucha para su erradicación.

Así se implanta en España el prohibicionismo como modelo de respuesta ante el tráfico de drogas viendo cómo con cada reforma del Código Penal se van endureciendo las penas y añadiendo nuevas conductas, incluyendo en la gran mayoría de las reformas una redacción abierta del delito que permite incluir dentro del delito del tipo prácticamente cualquier conducta relacionada con las drogas. Además, cabe destacar como las reformas responden más a las presiones recibidas por el gobierno desde la opinión pública,

¹⁰⁶ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 230

demandando la necesidad de reformar las leyes y endurecer las penas, ya que, si bien el tráfico de drogas pone en riesgo la salud pública, vemos como las penas se centran más en el castigo ejemplar y en adoptar una posición de tolerancia cero que en una actuación eficaz para tratar de paliar este fenómeno.

Por todo ello podemos concluir que, presentando el delito del tráfico de drogas un peligro real y grave contra la salud y que está en constante expansión, vemos como la política española (al igual que la del resto de estados del entorno europeo a nivel internacional) se centra en la represión y el castigo prohibiendo tajantemente cualquier conducta relacionada con las drogas. Y que esta respuesta está más motivada por la opinión pública y las demandas de los ciudadanos que reaccionan ante el miedo creado por la figura del drogadicto, perfilada por los delitos que los rodean y la influencia de los medios de comunicación, que por una verdadera preocupación por salvaguardar la salud pública, conformándose la mayor parte de la regulación de este delito en una “legislación simbólica”.

5. PROHIBICIONISMO VS LEGALIZACIÓN ¿HACIA UN CAMBIO DE PERSPECTIVA?

Como hemos visto a lo largo de todo el trabajo, la relación de la sociedad con el consumo de drogas fue evolucionando pasando de permitirse su uso de una manera libre y en múltiples disciplinas, a una restricción de su empleo cada vez mayor y persecución de su consumo. Esto es, desde los inicios de los Estados modernos, la preocupación por el consumo de drogas y la protección de la salud pública han derivado en la adopción de políticas prohibicionistas basadas en la “tolerancia 0”.

Esta práctica judicial se ve (en el caso concreto de España) a través del empleo de fórmulas abiertas que permiten castigar todo tipo de conductas relacionadas con el tráfico de drogas, el hecho de que sea un delito de peligro abstracto que permite castigar ya no solo la comisión sino el peligro que supone para la salud pública¹⁰⁷, así como un gran número de agravantes que permiten aplicar penas más severas.

Así, esta corriente prohibicionista es la que se ha aplicado en la gran parte de los Estados como estrategia de lucha contra la droga. Sin embargo, en los últimos años han ido surgiendo corrientes partidarias de la legalización que lo que buscan es una suavización

¹⁰⁷ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 232.

de las penas y poner freno al castigo del Estado de todo tipo de conductas a través de la despenalización de aquellas que se encuentran dentro de la esfera individual de cada uno como son el autoconsumo y la posesión de dosis para el autoconsumo¹⁰⁸. Sin embargo, vamos a conocer ambas posturas un poco más en profundidad.

5.1. El prohibicionismo.

El prohibicionismo se ha ido consolidando como la respuesta tradicional ante las drogas a lo largo de la historia, como hemos podido comprobar. Sin embargo, en los últimos años se ha ido extendiendo la idea de que la respuesta punitivista del Estado, centrándose en una prohibición radical, no es eficaz ya que está claro que el problema del tráfico de drogas está muy lejos de ser controlado.

Son cada vez más las voces que sostienen que el prohibicionismo no solo no está siendo una respuesta eficaz, sino que incluso contribuye a empeorar la situación ya que criminalizan hasta tal punto el tráfico de drogas que cualquiera que realice una conducta considerada como incluida dentro del ámbito de la penalización es etiquetado como “drogadicto” y como tal se le aparta de la sociedad¹⁰⁹. Este tipo de políticas por parte del Estado van más dirigidas a la lucha contra las figuras más “pequeñas” del tráfico, castigando a los camellos y traficantes, pero permitiendo que los grandes traficantes no solo queden impunes, sino que se beneficien enormemente convirtiendo la droga en algo difícil de adquirir y que por lo tanto quien quiere conseguirla está dispuesto a pagar precios mucho más altos¹¹⁰ y por calidades muy cuestionables. Esto refuerza la idea de que estamos ante la aplicación de políticas simbólicas que buscan dar la sensación de estar luchando contra el problema, pero no aplicando medidas que tengan un verdadero impacto.

Es más, con estas políticas prohibicionistas lo que se está consiguiendo es estigmatizar y criminalizar a los consumidores de estas sustancias ilícitas¹¹¹. Son sujetos que acaban en prisión por conductas de poca entidad pero que la aplicación de las penas previstas en el CP les etiqueta ya como “drogadictos” y como tal ya son apartados, son considerados como una carga a la sociedad pertenecientes a clases marginales, una carga de la que

¹⁰⁸ Pizano, E. S. (2013). Drogas: prohibición o legalización. Debate. p. 234.

¹⁰⁹ Expósito López, L. (2016). Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico-penal sustantivo y procesal. p. 571.

¹¹⁰ Zorrilla. C. G. Op. Cit. p. 10.

¹¹¹ Slapak, S., & Grigoravicius, M. Op. Cit. p. 244.

nadie quiere hacerse cargo. Y los mecanismos de tratamiento que se prevén no hacen sino reforzar esa idea de los consumidores de drogas como “enfermos”, como sujetos diferentes a los demás a los cuales hay que intentar de algún modo introducir en la sociedad, pero sin ser ya realmente parte de ella¹¹². Son sujetos que no solo no van a rehabilitarse, sino que se van a separar definitivamente de la sociedad empujados por la etiqueta de “drogadicto” y “delincuente”¹¹³ la cual una vez puesta se convierte en un estigma que va a pasar a justificar todos sus comportamientos de cara a una sociedad que los mira desconfiada, esperando que cometan otro error para condenarlos por ello.

Por otra parte, el prohibicionismo utiliza un doble rasero que hace dudar sobre las verdaderas intenciones de la respuesta penal empleada y de las políticas seguidas. Y esto es, la persecución de las drogas se ampara en la existencia de la salud pública como bien jurídico que debe ser protegido, pero en ese caso ¿por qué hay sustancias como el tabaco o el alcohol que se pueden consumir con libertad? Y es que estas sustancias que son legales se han demostrado igual o incluso más perjudiciales para la salud que otras sustancias ilegales como la marihuana o el hachís¹¹⁴. Hoy en día el consumo de tabaco y de alcohol constituye un problema sanitario serio, según varios estudios de la OMS el alcohol¹¹⁵ causa más de 3 millones de muertes en el mundo y más de 200 enfermedades y trastornos; y por otro lado el tabaco¹¹⁶ al año es el causante de más de 8 millones de muertes (tanto por el consumo directo como por estar expuesto a él).

De hecho, para ser conscientes de la gravedad del asunto un informe de la OMS de 2019 revela que en 2015 el número mundial de consumidores de tabaco era de 1.351.000 millones de personas¹¹⁷. Y en cuanto al alcohol, en un comunicado de Ginebra de 2018 se estimó que en el mundo hay más de 2.300 millones de bebedores¹¹⁸. Y si estos datos los comparamos con los datos obtenidos en el Informe Europeo sobre Drogas de 2019

¹¹² Zorrilla. C. G. *Op. Cit.* P. 13.

¹¹³ *Ibid.* p. 12-14.

¹¹⁴ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 237.

¹¹⁵ Alcohol. (s/f). Recuperado el 23 de junio de 2021, de Who.int website: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>

¹¹⁶ Tabaco. (s/f). Recuperado el 23 de junio de 2021, de Who.int website: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>

¹¹⁷ WHO global report on trends in prevalence of tobacco use 2000–2025, third edition. Geneva: World Health Organization; 2019. p. 15-16.

¹¹⁸ El consumo nocivo de alcohol mata a más de 3 millones de personas al año, en su mayoría hombres. (s/f). Recuperado el 24 de junio de 2021, de Who.int website: <https://www.who.int/es/news/item/21-09-2018-harmful-use-of-alcohol-kills-more-than-3-million-people-each-year--most-of-them-men>

según el estudio de EMCDDA¹¹⁹, vemos que el consumo a lo largo de 2019 de cannabis fue de 24,7 millones de personas, el de la cocaína de 3,9 millones, el consumo del MDMA de 2,6 millones y por último de las anfetaminas de 1,7 millones de personas¹²⁰.

Así pues, estos datos evidencian que el consumo de tabaco y de alcohol, en comparación con el de las drogas ilegales, es un problema que tiene una incidencia mucho mayor a nivel mundial ya que el número de personas a las que afecta multiplica el de afectados por el resto de drogas ilegales. Suponen un verdadero problema de salud a nivel global y que hacen dudar sobre el por qué entonces su consumo está regularizado y permitido cuando el resto de sustancias están tan perseguidas. Y es que, como hemos visto, la incidencia que tienen el tabaco y el alcohol ponen realmente en peligro a la salud pública y en ese caso ¿no debería ilegalizarse por verse afectado este bien jurídico?

Nos encontramos así con que el castigo del consumo de determinadas drogas consideradas como ilícitas viene dado, más que por la búsqueda de la protección de la salud, por el carácter cultural y la consideración moral que tiene la sociedad sobre estas sustancias¹²¹ ya que su consumo está mejor visto y normalizado, y no se relaciona con los “drogadictos” sino que su uso se relaciona con todo tipo de clases. De modo que esta diferenciación entre drogas legales e ilegales no responde únicamente al peligro que suponen para la salud (en concreto para la salud pública a la hora de analizar las conductas) sino que se asienta en precedentes históricos ya que el consumo de alcohol y tabaco ha existido siempre en la sociedad, pero de un modo permitido¹²² lo que ha hecho arraigar la idea de que por el hecho de estar permitido su consumo es menos peligroso, no tan nocivo para la salud¹²³.

Se trata cuando menos de una paradoja y parece más un intento de justificar el recurso a la acción penal cada vez que se trata de hacer frente a una demanda de actuación por parte de la ciudadanía que observa con miedo el mundo de la droga.

¹¹⁹ European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. Es el centro de referencia a nivel europeo de información sobre las drogas y la adicción a las mismas.

¹²⁰ De las Drogas, O. E. (2019). Informe Europeo sobre Drogas 2019: tendencias y novedades. p. 15.

¹²¹ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 238.

¹²² Al contrario que el resto de drogas las cuales, a pesar de que han sido empleadas por la humanidad desde sus inicios, estas sí que han sido objeto de prohibición a lo largo de la mayor parte de la historia, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo.

¹²³ Comisión Global de Política de Drogas.: *Op. Cit.*, p. 11-12.

Lo que queda claro es que el prohibicionismo no está funcionando, de hecho, ha acabado generando una relación de retroalimentación ya que se pretende responder con un aumento de la represión a los problemas que genera la aplicación de las medidas prohibicionistas que agravan la situación, y que hacen que la ciudadanía demande más medidas. Se trata de un bucle que evidencia que las políticas de prohibición y las drogas ilegales están íntimamente unidas y que una hace subsistir a la otra¹²⁴. Tras tantas décadas empleando la misma respuesta se evidencia que el Derecho Penal no es la respuesta adecuada para tratar de controlar el tráfico y consumo de drogas ya que su incidencia ha incluso aumentado¹²⁵.

De modo que está claro que las voces que reclaman un cambio de política quizá deban ser escuchadas.

5.2. Legalización como alternativa al punitivismo.

Ante todos estos defectos de la política punitiva surge la duda de si hay alguna alternativa que consiga cambiar este panorama político criminal que se tambalea ya que el fenómeno de las drogas y sus efectos se siguen extendiendo, destrozando la vida de aquellos con los que se cruza.

Surge así la corriente que aboga por la legalización como nuevo enfoque para responder ante las drogas. La legalización lo que persigue es un cambio del papel del Estado en la lucha contra las drogas, su actuación iría más encaminada al control y la regulación del mercado de la droga, cambiando el punitivismo por un carácter más asistencial y preventivo invirtiendo más recursos en política social que en la elaboración de penas¹²⁶. Lo que se busca es no anteponer la salud pública a toda costa sobre la libertad individual, permitiendo el consumo de determinadas drogas pero siempre con un control del Estado, tratando así de encontrar el equilibrio entre la tolerancia y la protección de la ciudadanía¹²⁷. En concreto la corriente de la legalización habla de permitir el consumo de marihuana ya que es la sustancias que tiene un uso más extendido y que en cuanto a sus efectos derivados de su consumo son considerados de menor entidad a los de la cocaína o la heroína, por ejemplo.

¹²⁴ Pizano, E. S. *Op. Cit.* p. 115.

¹²⁵ Expósito López, L. *Op. Cit.* p. 572.

¹²⁶ Restrepo, A. (2013). Guerra contra las drogas, consumidores de marihuana y legalización. *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (13), 69-80. p. 75.

¹²⁷ Expósito López, L. *Op. Cit.* p. 573.

Se trata de dar un cambio radical a la situación, colocando al Estado como agente encargado de limitar la producción y la venta. El objetivo es conseguir que se reduzca el poder de los grandes carteles de la droga e intentar descriminalizar la figura de los consumidores para evitar el estigma de drogadicto y todo lo que arrastra, tratando así de reducir la población carcelaria y reducir la incidencia de los crímenes que se relacionan con las drogas¹²⁸.

Si bien es cierto que con estas políticas no se conseguiría acabar con el consumo, sí que reducirían notablemente el riesgo del consumo actual ya que la droga sería accesible sin necesidad de recurrir a traficantes e implicaciones peligrosas con los cárteles de la droga. Además, la calidad de las sustancias consumidas estaría sometida a unos estándares de calidad controlados por el Estado lo cual también incidiría de manera positiva en la salud pública ya que parte del daño que puede causar una droga en el organismo puede venir de su composición¹²⁹ o del proceso de elaboración que se siga si no es el adecuado.

Y, lo que es más, esta regulación conseguiría un aumento de ingresos y en consecuencia un mayor número de recursos para aplicar políticas preventivas que incidieran más en los orígenes del problema y no tanto en el castigo indiscriminado de las conductas¹³⁰. Y es que la aplicación del derecho penal ya ha demostrado no ser capaz de dar una solución al problema, además de ser una solución más costosa para el Estado ya que no debemos olvidar que para proteger la salud de los ciudadanos es precisa su voluntad¹³¹, por eso la mejor solución son las políticas que aboguen por introducir al ciudadano y su educación y concienciación sobre el problema como elemento central en la lucha contra las drogas.

Sin embargo, los argumentos en contra de la legalización siguen ganando la batalla ya que principalmente los poderes políticos se sirven del uso de la respuesta penal como elemento para ganarse el favor de la opinión pública la cual solo parece ver satisfecha su necesidad de seguridad con la aplicación de penas mayores y más represivas¹³².

Junto a esto aparecen argumentos en contra de la legalización de tipo moralista alegando que el consumo de droga es perjudicial y por lo tanto debe ser rechazado por todo el mundo no debiéndose permitir ya que con su consumo, por mucho que sea para uno solo,

¹²⁸ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 241.

¹²⁹ Restrepo, A. *Op Cit.* p. 77

¹³⁰ Sanz Mulas, N. *Op. Cit.* p. 242.

¹³¹ Muñoz Conde, F., & Aunión Acosta, B. *Op. Cit.* p. 153.

¹³² Pizano, E. S. *Op. Cit.* p. 247-254.

se dañan derechos de terceros¹³³. Pero, ¿hasta qué punto el autoconsumo puede ser un daño para terceros? Ya que distribuir una sustancia sí que afecta a terceros, sin embargo, el consumo para uno mismo entra dentro de la esfera individual de cada sujeto donde tiene derecho a decidir sobre qué vicios quiere practicar y cuáles no. Es por esto que la legalización aboga por una menor intromisión del Estado en esa dimensión de los individuos¹³⁴.

Otro de los factores fundamentales a tener en cuenta al analizar la negativa a la legalización es la preocupación por el aumento de la criminalidad ya que históricamente la droga está relacionada con gran cantidad de delitos violentos impulsados por el estado que produce en quien consume dichas sustancias. Sin embargo, se debe tener presente que muchas veces estos índices de criminalidad asociados con las drogas son ilusorios. Sí que hay consumidores que bajo los efectos de las drogas cometen delitos, pero no hay que confundirlos que aquellos que cometen delitos para poder costearse las drogas o para conseguirlas¹³⁵. Además, en un ámbito en el que cualquier conducta relacionada con las drogas está prohibida resulta inevitable hablar de criminalidad al hablar de drogas, lo que no quiere decir que su consumo sea el causante directo. De hecho, hay un gran número de estudios que han analizado la relación entre el consumo de drogas y la violencia e indican que, si bien puede haber relación, no es un factor determinante ya que hay otros muchos que debe concurrir¹³⁶.

Y, por último, uno de los argumentos que más se emplea y que preocupa en mayor medida en cuanto a la legalización, es que el hecho de abrir las puertas al consumo de un modo legal va a aumentar el número de consumidores, y lo que es más preocupante, de consumidores jóvenes¹³⁷. Si que es cierto que el hecho de que las drogas sean algo prohibido puede hacer que resulte más llamativa, pero hay que tener en cuenta que su distribución estaría controlada por el Estado, y que además iría aparejada con políticas de prevención y educación que buscarían evitar un consumo descontrolado, al igual que pasa con las campañas para el consumo de tabaco y del alcohol.

¹³³ Cachanosky, I. (2010). Un análisis acerca de la legalización de las drogas. *Laissez-Faire*, 33, 27-44. p. 28-29.

¹³⁴ Restrepo, A. *Op. Cit.* p. 77-78.

¹³⁵ Cachanosky, I. *Op Cit.*, p. 35-38.

¹³⁶ Antillano, A., & Zubillaga, V. (2014). La conexión drogas ilícitas violencia. Una revisión de la literatura y consideraciones a la luz de la experiencia venezolana. *Espacio abierto*, 23(1), 129-148. p. 127.

¹³⁷ Cachanosky, I. *Op. Cit.* p. 39-41.

Una vez vistos los argumentos a favor y en contra de la prohibición y la legalización podemos concluir que resulta evidente que la política prohibicionista no es la respuesta adecuada en la lucha contra las drogas, de hecho, las posturas excesivamente rígidas adoptadas por parte de los Estados han contribuido a empeorar la situación y acabar convirtiendo la droga en un problema descontrolado que se alimenta de la respuesta punitiva. Pero, a pesar de que resulta necesario este cambio, y cada vez se extiende más la idea de la necesidad de un cambio en las políticas empleadas, la legalización propuesta como alternativa sigue generando mucha desconfianza. Son muchas las opiniones que defienden que con la legalización lejos de solucionar el problema, lo que se conseguiría es una expansión del consumo de drogas y de todos los problemas que ello acarrea. De modo que el debate entre legalización y prohibición se ha convertido en un intento de buscar una solución a una situación que está claro que no puede continuar, pero donde la respuesta no se ve clara y genera incluso más inseguridades que la situación actual.

Cabe mencionar, por último, el caso de Holanda donde como política para sustituir el prohibicionismo se ha optado por la “descriminalización de facto de la tenencia, la compra y la venta de cantidades para el consumo personal de cannabis”¹³⁸ que lo que busca es no tanto legalizar el consumo de determinadas sustancias, sino aplicar más políticas de prevención del consumo y de rehabilitación para tratar de evitar que los eslabones más “pequeños” de la cadena del tráfico de drogas acaben en prisión. No se trata pues de una legalización como tal, sino de un enfoque más permisivo y tolerante que trata de buscar otras alternativas a la clásica respuesta del derecho penal.

6. CONCLUSIONES.

Una vez vistos todos los puntos podemos sacar una serie de conclusiones en cuanto al delito del tráfico de drogas y la evolución de su regulación:

- En primer lugar, en cuanto a las drogas vemos que no se trata de un término cuya concepción este claramente delimitada. Hay una gran variedad de definiciones y diversos enfoques según desde que disciplina se trate de definir qué se entiende por drogas. Pero en términos generales se definen por el efecto que causan en el organismo humano una vez que son consumidas y es que son estos efectos los que hacen que las drogas sean un tema tan controvertido y causa de toda la política antidrogas instaurada.

¹³⁸ Expósito López, L. *Op. Cit.* p. 688-689.

- En cuanto a la tipificación del delito de tráfico de drogas en el Código Penal vemos que se configura como un delito de peligro donde con la sola puesta en riesgo del bien jurídico protegido se entiende que la conducta es típica y antijurídica de modo que debe ser castigada. Además, esto se completa con una redacción abierta que permite abarcar prácticamente la totalidad de las conductas que se relacionen con el delito del tráfico de drogas. Sin embargo, debemos tener presente que no se prohíbe el consumo, lo que se pretende castigar son todas las conductas que estén relacionadas con el cultivo, la elaboración y la distribución de las diversas sustancias, es decir, lo que busca evitar la tipificación de estos delitos es la circulación de las drogas por la sociedad y su expansión.

Por último, el CP no incluye una definición de qué considera drogas ilegales o a que sustancias se refieren las prohibiciones, con lo que se trata de una norma penal en blanco que se remite a diversos convenios y tratados internacionales en los cuales aparecen fiscalizadas las sustancias ilegales y a las cuales se aplican estas medidas de prohibición.

- Como piedra angular en la configuración del delito tenemos el bien jurídico que justifica la penalización del tráfico de drogas, y este es la salud pública. Y es que las drogas y su expansión que no conoce de fronteras conforma un problema que afecta a una gran cantidad de sujetos al mismo tiempo, de ahí que se justifique la aplicación del derecho penal para tratar de protegerla.
- La regulación internacional en materia de drogas surge de la necesidad de dar una respuesta coordinada en cuanto a la protección de la salud pública que se estaba viendo afectada ya que el fenómeno de las drogas no entiende de fronteras. Por ello, ante el problema de su expansión se celebraron dos convenciones en las cuales se elaboraron unas listas de fiscalización de drogas donde se incluyeron aquellas sustancias que por sus efectos y su especial adicción debían ser objeto de prohibición por los distintos Estados, dejando a decisión de cada uno que políticas aplicar y como conseguir controlar esas sustancias incluidas en las listas. Y es esta inclusión o no en las listas la que determina el hecho de estas ante una droga “legal” o “ilegal”. Con estas convenciones se cristaliza la política prohibicionista como respuesta ante las drogas, y se empieza a aplicar con dureza la política de tolerancia 0.
- En el caso concreto de la regulación en España de este delito como protección de la salud pública, tras un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede ver claramente que es la protección de este bien jurídico la que motiva el establecimiento

de penas tan severas para el castigo de las conductas de tráfico, distribución y elaboración. Y del mismo modo que su protección es la causa de aplicar penas también puede suponer que una determinada conducta no sea antijurídica por no ser de la suficiente entidad como para poner en peligro la salud pública. Asimismo, resulta muy relevante el factor de la cantidad de droga que se halle implicada en la realización del tipo ya que esta también va a condicionar que se trate de un supuesto donde se está poniendo en peligro la salud pública o no ya que desde el Instituto Nacional de Toxicología se han establecido una serie de cantidades según las cuales no se puede considerar que vayan a ser distribuidas y por lo tanto que no van a trascender del sujeto y por ende no van a afectar a la salud de nadie más que la suya, son las cantidades para el autoconsumo. De modo que la afección del bien jurídico se ve no solo en cuanto a la toxicidad de la sustancia y su inclusión entre las drogas ilegales, sino que también por la cantidad.

- Al hablar de la evolución del tratamiento del delito del tráfico de drogas y las respuestas de los Estados, el uso de drogas en la sociedad se remonta hasta los orígenes mismos de la humanidad. Las drogas formaban parte de la vida cotidiana hasta que en la época del imperio romano comienzan las preocupaciones por su consumo y se inicia lo que serían las primeras políticas de persecución de las drogas y de sus consumidores de una respuesta que se ha mantenido a lo largo de los siglos. Sin embargo, los orígenes más recientes del tratamiento del tráfico de drogas los encontramos en el S. XX donde la sociedad reacciona no ya tanto al consumo como a los sujetos que consumen droga y a las circunstancias de marginalidad y peligrosidad que los rodean que hacen que los ciudadanos acudan a los poderes públicos demandando respuestas y que garanticen su seguridad. Y es ante esta opinión pública que se configura la política prohibicionista entendida como una aplicación del punitivismo del Estado que busca más que dar una verdadera solución al problema, conseguir calmar a la ciudadanía y ganarse su favor. Se consolida así una “legislación simbólica” caracterizada por la aplicación de penas extremadamente severas, llegando incluso a saltarse el principio de proporcionalidad.
- La evolución de esta respuesta en la legislación española sigue el mismo camino que la evolución internacional ya que la aparición del delito de tráfico de drogas como tal aparece en el CP de 1971 motivado por la convención internacional en materia de fiscalización de sustancias que se había celebrado; de modo que España se sumó

a la aplicación de las políticas prohibicionistas. A partir de su tipificación, la redacción del delito y las conductas típicas han ido variando motivadas por las demandas de la opinión pública ante una preocupación cada vez mayor ante el fenómeno de las drogas, por ello la tipificación del delito del tráfico de drogas ha ido sufriendo variaciones en las diversas reformas, muchas de ellas empleadas como instrumento político. Lo que si caracteriza la regulación del delito es el empleo de una fórmula abierta que permite introducir prácticamente todas las conductas que se relacionen con el tráfico de drogas, la consideración de que el drogadicto no solo puede ser un criminal, sino que también puede ser una víctima, y por último la regulación de las penas en función de la entidad de las conductas y el peligro que estas puedan suponer para el bien jurídico protegido. Así, a pesar de que España sigue la tendencia prohibicionista que marca el ámbito internacional, se trata de una prohibición que trata de disminuir la represión exacerbada y aplicar penas que sean proporcionales a las conductas realizadas.

- Por último, nos encontramos con el debate entre la legalización y la prohibición. Tras décadas de aplicación de políticas prohibicionistas han ido surgiendo cada vez más opiniones que ponen en duda la eficacia de estas políticas. Se plantean si esta respuesta que se remonta a casi cien años atrás no debería ser cambiada ya que lejos de dar solución al problema, han acabado generando una relación de retroalimentación pasando a estar íntimamente ligadas a las drogas, incluso empeorando la situación.

Por ello se han empezado a plantear políticas alternativas a este castigo indiscriminado que buscan hacer las “paces” con las drogas y no buscar tanto castigar, si no más prevenir. Son corrientes como la legalización que buscan una mayor implicación del Estado como agente de control en la regulación de la venta de determinadas sustancias, así como la aplicación de políticas dirigidas a la prevención del consumo y la educación del ciudadano ya que el mejor modo de proteger la salud pública es conseguir que la sociedad sea consciente de este problema y colabore activamente en su protección. Sin embargo, esta dicotomía política aun dista mucho de tener una solución clara ya que a pesar de que el prohibicionismo no se sostiene más, las alternativas que se plantean siguen despertando inquietud y miedo en la ciudadanía que se muestra recelosa ante una apertura a determinadas sustancias que sería toda una novedad y que resulta muy complicado prever los efectos que tendrá.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alcohol. (s/f). Recuperado el 23 de junio de 2021, de Who.int website: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>
- Amado, J. A. G., & Perfil, V. T. mi. (s/f). Dura lex. Recuperado el 27 de mayo de 2021, de Blogspot.com website: <https://garciamado.blogspot.com/search?q=legislaci%C3%B3n+simb%C3%B3lica>
- Antillano, A., & Zubillaga, V. (2014). La conexión drogas ilícitas violencia. Una revisión de la literatura y consideraciones a la luz de la experiencia venezolana. *Espacio abierto*, 23(1), 129-148.
- Bewley-Taylor, D., & Jelsma, M. (2011). Cincuenta años de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: una relectura crítica. Serie reforma legislativa en materia de drogas, 1.
- Cachanosky, I. (2010). Un análisis acerca de la legalización de las drogas. *Laissez-Faire*, 33, 27-44.
- Cantidades de drogas para consumo. Delito penal. Cantidad mínima para surtir efecto. (2012, marzo 22). Recuperado el 1 de mayo de 2021, de Seguridadpublica.es website: <https://seguridadpublica.es>.
- Comisión Global de Política de Drogas. (2019). *La clasificación de sustancias psicoactivas. Cuando se dejó atrás a la ciencia*.
- Conde, F. M. (2015). Derecho penal. Parte especial. TIRANT LO BLANCH.
- De las Drogas, O. E. (2019). Informe Europeo sobre Drogas 2019: tendencias y novedades.
- Definición extraída de la constitución de la OMS (2014, se puede consultar en <https://apps.who.int/gb/bd/s/index.html>).
- El consumo nocivo de alcohol mata a más de 3 millones de personas al año, en su mayoría hombres. (s/f). Recuperado el 24 de junio de 2021, de Who.int website: <https://www.who.int/es/news/item/21-09-2018-harmful-use-of-alcohol-kills-more-than-3-million-people-each-year--most-of-them-men>
- Escohotado, A. (1999). *Historia General de las Drogas: Incluyendo el Apéndice Fenomenología de las Drogas*. Espasa Calpe Mexicana.
- Expósito López, L. (2016). Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico-penal sustantivo y procesal.
- Gómez, A. S. (1974). Ley de peligrosidad y rehabilitación social. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 27(2), 221-264.

- Jurídicas, N. (2007). El delito de tráfico de drogas y el principio de proporcionalidad ·Noticias Jurídicas. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4328-el-delito-de-trafico-de-drogas-y-el-principio-de-proporcionalidad/>.
- López, A. E. (2012). El delito de tráfico de drogas. *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, (10), p. 94-124.
- Marín, A. J. (2007). Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 61(2028), 7-27.
- MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius puniendi», en Estudios penales y criminológicos XIV, Santiago de Compostela 1989 1990, pp. 204 y ss.
- Molina Mansilla, M. D. C. (2006). Evolución de la normativa española en materia de tráfico de drogas durante el siglo XIX.
- Muñoz Conde, F., & Aunión Acosta, B. (1991). Drogas y derecho penal. 147-157.
- Olmeda, A. M. C. (2003). Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des) protección de menores e incapaces. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 56(1), 45-112.
- OMS, 20º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia, nº 551, Ginebra, 1974.
- OMS, 34º Informe técnico del Comité de Expertos en Farmacodependencia, nº 942, Ginebra, 2006.
- OMS (2011) *Garantizando el equilibrio en las políticas nacionales sobre sustancias fiscalizadas: Orientación para la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos fiscalizados*, p. 1. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2009). Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales. JURISTAS EDITORES E.I.R.L.
- Pérez, T. M. (2005). El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (38), 93-116.
- Pérez, T. M. (2011). Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (44), 303-316.
- Pizano, E. S. (2013). Drogas: prohibición o legalización. Debate.

- Portal Plan Nacional sobre Drogas - Fiscalía Antidroga. (s/f). Recuperado el 2 de junio de 2021, de Gob.es website:
https://pnsd.sanidad.gob.es/pnsd/controlOferta/control/control_otros.htm
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Consultado por última vez el 27/04/2021 en: <https://dle.rae.es/droga>].
- Restrepo, A. (2013). Guerra contra las drogas, consumidores de marihuana y legalización. URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, (13), 69-80.
- Sanz Mulas, N. (2017). Política criminal. Salamanca: Ratio Legis. p. 226-227.
- Sarmiento, F. J. P. (1992). Ciencia y farmacia en la España decimonónica. Ayer, (7), 153-191.
- Slapak, S., & Grigoravicius, M. (2007). “Consumo de drogas”: la construcción de un problema social. *Anuario de investigaciones*, 14, 239-249.
- Souto, M. A. (2005). Las leyes penales en blanco. Nuevo Foro Penal, 68, 13.
- Tabaco. (s/f). Recuperado el 23 de junio de 2021, de Who.int website:
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/tobacco>
- Tráfico de drogas. (s/f). Recuperado el 29 de abril de 2021, de Wolterskluwer.es website: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>).
- World Health Organization. (1994). *Glosario de términos de alcohol y drogas*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- World Health Organization. (1998). *Promoción de la salud: glosario* (No. WHO/HPR/HEP/98.1). Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- WHO global report on trends in prevalence of tobacco use 2000–2025, third edition. Geneva: World Health Organization; 2019.
- Zorrilla, C. G. (1997). Drogas y control social. revista Poder y Control N.

SENTENCIAS:

- STS nº 1701/2000, de 7 de noviembre.
- STS nº 1889/2000, de 11 de diciembre
- STS nº 444/2005, de 11 de abril.
- STS nº 861/2007, de 24 de octubre.
- SAP nº 56/2015, Sección 3º, de 6 de noviembre de 2015.
- STS nº 310/2021 de 12 de abril de 2021.