



CONSTITUCION, DERECHOS FUNDAMENTALES Y SISTEMA PENAL

J.C. Carbonell Mateu
J.L. González Cussac
E.Orts Berenguer

www.cienciaspenales.net

[www.cienciaspenales.net]

JOSE LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI - ISIDORO BLANCO CORDERO

ESTRATEGIAS REPRESIVAS VERSUS POLÍTICAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS:
LAS DROGAS EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

**CONSTITUCIÓN,
DERECHOS
FUNDAMENTALES Y
SISTEMA PENAL**

*(Semblanzas y estudios con motivo
del setenta aniversario del profesor
Tomás Salvador Vives Antón)*

TOMO I

J. C. CARBONELL MATEU

J. L. GONZÁLEZ CUSSAC

E. ORTS BERENGUER

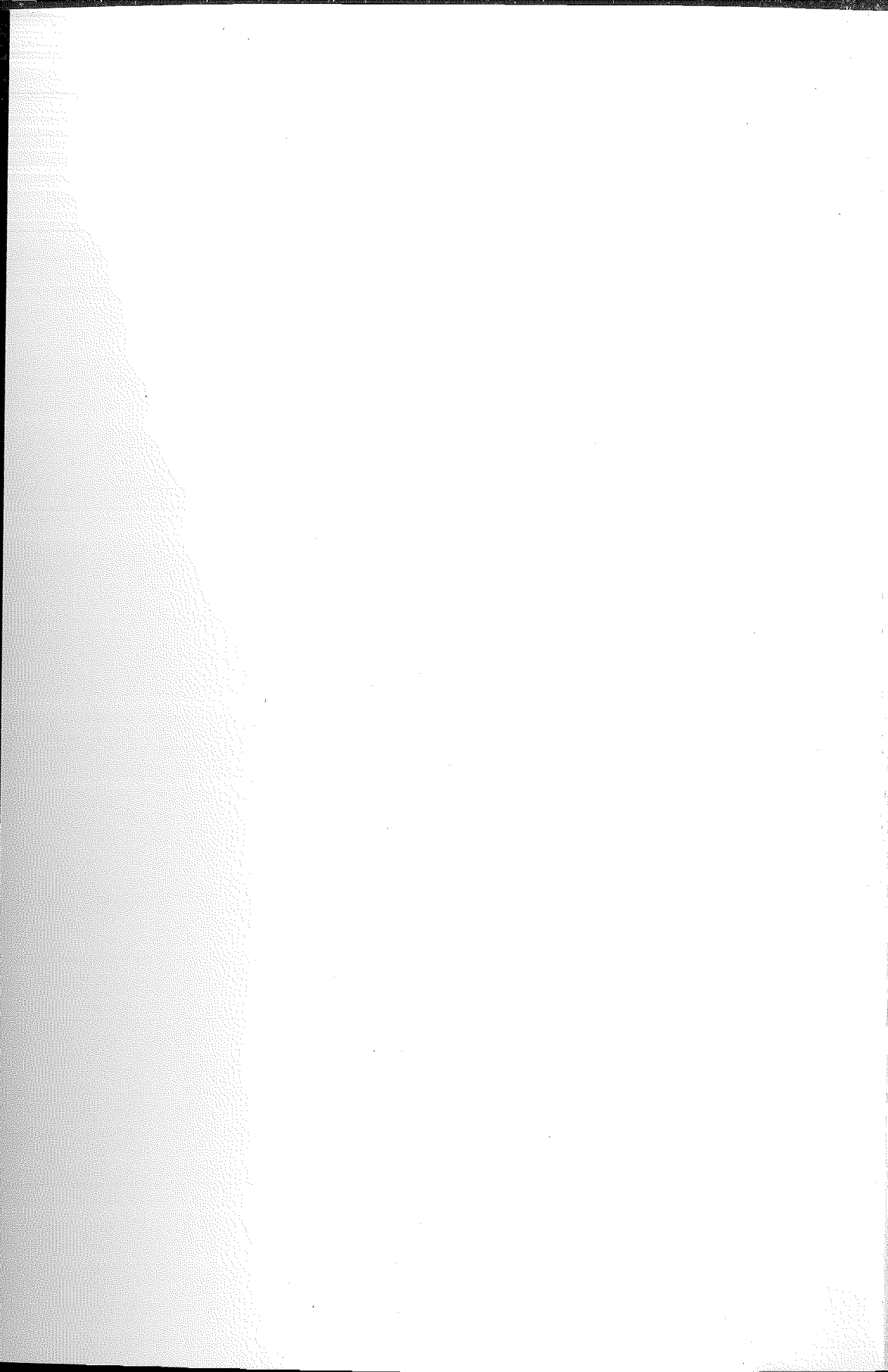
(Directores)

M. L. CUERDA ARNAU

(Coordinadora)

tirant lo blanch

Valencia, 2009



Estrategias represivas versus políticas de reducción de daños: las drogas en un Estado social y democrático de Derecho

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI
Catedrático de Derecho penal. UPV/EHU
Director del Instituto Vasco de Criminología
Presidente de la AIDP-IAPL

ISIDORO BLANCO CORDERO
Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Vigo
Secretario General Adjunto de la AIDP-IAPL

Sumario: I. Introducción. II. La vía represiva de los Convenios internacionales. Margen de maniobra. III. Los programas de reducción de daños. IV. Las políticas de reducción de daños en el contexto de los Convenios internacionales de las Naciones Unidas. V. Las políticas de reducción de daños en la Unión Europea. VI. Políticas de reducción de daños en España. VII. La necesidad de modificación de la política internacional de fiscalización de drogas. VIII. La necesaria normalización del tratamiento de las drogas en un Estado social y democrático de Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

La salud, derecho humano fundamental reconocido por el art. 25 de la Declaración Universal, puede verse claramente menoscabada por el consumo de determinadas sustancias peligrosas, entre las que destacan especialmente las drogas, de aquí la exigencia de intervención estatal que, para ser legítima, ha de respetar, como es natural, los principios constitucionales y propios del Estado de Derecho¹. Las drogas no son las únicas sustancias peligrosas para la salud; sin embargo se encuentran sometidas a un tratamiento jurídico bien distinto del que reciben otras sustancias de efectos psicoactivos similares.

¹ T.S. VIVES ANTÓN, "Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes", en J. BOIX y otros, *Drogas: aspectos jurídicos y médico-legales*, Palma de Mallorca, 1986, págs. 261-289.

Las llamadas drogas institucionalizadas (alcohol, tabaco...) suelen quedar al margen de todo tratamiento penal (salvo por contrabando) y sujetas, cada vez más, a un régimen administrativo de control.

Los medicamentos, por su parte, son sustancias socialmente muy bien consideradas por sus efectos curativos (o diagnósticos) o por su eficacia para corregir o modificar funciones orgánicas humanas o animales. Pero su uso descontrolado puede ser extremadamente nocivo para la salud, por lo que se encuentran sometidos a un régimen jurídico específico de control tanto desde el prisma administrativo, como en el orden jurídico penal. Desde esta última perspectiva la intervención gira en torno al llamado *delito farmacológico o farmacéutico*. Tipificado en los arts. 361 y 362, entre los delitos contra la salud pública, a través de éste se castigan determinadas conductas² punibles no sólo cuando se cometen de manera intencional (dolosa), sino también si tienen lugar por grave imprudencia (art. 367). Como es obvio, los comportamientos sólo resultan penalmente sancionados si infringen la regulación administrativa en vigor, configurándose así los tipos penales, en parte, como tipos penales en blanco. Por otro lado, se trata de delitos de peligro concreto, pues la intervención penal sólo ha de tener lugar cuando mediante la realización de los comportamientos punibles se "pongan en peligro la vida o la salud de las personas".

Con todo, las sustancias nocivas para la salud que más problemas generan a nivel mundial son las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Volcada la política internacional desde comienzos del siglo XX en una estrategia ciega y casi exclusivamente punitiva, durante los años 80 y 90 del siglo pasado se extendieron las denominadas "estrategias de salud pública", consistentes en completar la intervención anterior con el desarrollo de programas terapéuticos dirigidos a poner fin al consumo de droga por parte de los drogodependientes³. Los resultados terapéuticos de estas estrategias fueron,

² Expendición o despacho de medicamentos deteriorados o caducados (art. 361); incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia de los medicamentos (art. 361); sustitución de un medicamento por otro (art. 361); alteración (en la fabricación o elaboración o con posterioridad) de la cantidad, dosis o composición genuina —conforme a lo autorizado o declarado— de un medicamento, privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica (art. 362); imitación o simulación de medicamentos o de sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, dándoles apariencia de verdaderos, con ánimo de expenderlos o utilizarlos de cualquier manera (art. 362); con conocimiento de su alteración y con el propósito de expenderlos o destinarlos al uso, depositar, anunciar o hacer publicidad, ofrecer, exhibir, vender, facilitar o utilizarlos (art. 362).

³ J.A. DEL CERRO ESTEBAN, "Programas para la reducción de riesgos y daños derivados de las drogodependencias. Aspectos jurídicos", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de*

sin embargo, decepcionantes, de aquí que, como reacción a esta insatisfactoria situación, aparecieran progresivamente los programas de reducción de riesgos y daños⁴, que desde una perspectiva más realista persiguen minimizar los efectos negativos del abuso de las sustancias (sin requerir por tanto la abstinencia) y favorecer, en su caso, la eventual superación de la adicción⁵. Ciertamente, esta intervención sobre adictos no es fácil y no deja de suscitar cuestiones de legalidad, debido al férreo régimen punitivo al que están sometidas las sustancias estupefacientes.

II. LA VÍA REPRESIVA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES. MARGEN DE MANIOBRA

Los Convenios internacionales sobre fiscalización de drogas han seguido una tendencia claramente punitiva⁶, liderada por los EE.UU. y basada en la idea de tolerancia cero, optando en consecuencia por la vía represiva como modo de intervención más efectivo frente al tráfico y consumo de drogas. Los compromisos asumidos en el marco de Naciones Unidas —a través de la Convención Única (1961), del Convenio sobre sustancias psicotrópicas (1971) y de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (1988)— obligan en este sentido y con bastante claridad a todos los Estados Partes a perseguir y castigar la mayor parte de las conductas de contacto con las sustancias internacionalmente proscritas.

Centrándonos en la última de las Convenciones, ésta ordena así a los Estados la tipificación como infracción *intencional* de las conductas de producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, oferta para venta, distribución, entrega del modo que sea, despacho, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica (art. 3.1.a) i). También

Criminología, 16, 2002, pág. 10.

⁴ Sobre las denominaciones de esta estrategia, *cfr.* X. ARANA / I. GERMÁN, "Programas de testado de sustancias: intervención en reducción de riesgos y daños como estrategia de prevención en materia de drogas", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, págs. 159-160.

⁵ Sobre los conceptos de reducción del riesgo y del daño en el contexto de las Naciones Unidas, United Nations International Drug Control Programme (UNDCP), *Demand Reduction - A glossary of Terms*, New York, 2000, págs. 31 y 32, y 64.

⁶ Así, por lo que respecta al Convenio de Viena de 1988, *cfr.* J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales: Evolución reciente", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, T.40, Fasc. 2, 1987, págs. 347-400.

considera que han de incriminarse el cultivo de la adormidera, coca o cannabis para producir éstupefacientes y su posesión o compra con objeto de producción, fabricación, u otras actividades enumeradas en el apartado i). Por lo que respecta a la posesión de drogas para el consumo personal, en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en el Convenio de 1971 (art. 3(2)), debe ser objeto de tipificación penal, pero respetando los principios constitucionales y los conceptos básicos del sistema jurídico del Estado.

La lectura de los convenios pone de manifiesto de manera meridianamente clara el pequeño margen de maniobra que existe para realizar políticas que promuevan la salud de los drogodependientes⁷. En realidad, los Convenios internacionales enfatizan los aspectos represivos y prohibitivos, y dejan de lado (al menos aparentemente) las cuestiones socio-sanitarias; conceptos como el de reducción de riesgos, desarrollados sólo en las últimas dos décadas con el objetivo de disminuir los daños que causan las drogas a la salud individual y colectiva, así como al bienestar económico y social, y que conviven hoy con las previsiones represivas⁸, no pudieron obviamente ser tenidos en cuenta por unos convenios que se redactaron con anterioridad a su aparición.

III. LOS PROGRAMAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS

Los programas de reducción de riesgos y daños surgen con el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos del consumo de drogas y mejorar las condiciones de vida de los usuarios. Sin cuestionar directamente el modelo prohibicionista, parten de la asunción del fracaso de éste en cuanto al logro del fin perseguido: la reducción o eliminación del consumo de drogas⁹ y, de forma más modesta que las propuestas ultrapunitivas, erigen en objetivo fundamental de la intervención la reducción de riesgos y daños (principalmente para la salud) asociados al consumo de drogas, promoviendo una interven-

⁷ Sobre el escaso margen de maniobra que dejan los Convenios, cfr. N. DORN & A. JAMIESON (eds.), *European Drug Laws: the Room of manoeuvre. The full report of a comparative legal study into national drug laws of France, Germany, Italy, Spain, the Netherlands and Sweden and their relation to three international drugs conventions*, London, 2001.

⁸ J. MUÑOZ-SÁNCHEZ, "Problemas legales de las políticas de reducción de daños", *Eguzki-lore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, pág. 45.

⁹ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, "El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal", *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. jul. 2005, vol.18, no.1 [citado 11 diciembre.2008], págs. 199-212. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0952005000100008&lng=es&nrm=iso>.

ción en la comunidad lo más normalizada posible, que potencie la participación social y el respeto de la libertad individual.

Los primeros programas de reducción de daños consistían en la distribución de jeringuillas estériles y la dispensación de metadona a adictos a opiáceos. Ahora bien, en los últimos años han ido apareciendo experiencias ciertamente innovadoras, como la apertura de salas de consumo higiénico o narcosalas, los programas de testado (*testing*), e incluso la administración controlada de heroína en el marco de un tratamiento deshabitador o la autorización del consumo de cannabis con fines terapéuticos.

Los programas de testado (análisis *in situ* de las sustancias) se aplican en particular en las zonas de ocio de los jóvenes en las que se lleva a cabo un consumo ilícito de drogas¹⁰. A través de ellos se persigue facilitar a las personas interesadas el conocimiento de la composición de las sustancias que ya han decidido consumir, sobre todo para determinar la concentración de ingrediente activo y, en su caso, detectar una posible adulteración, lo que puede contribuir a la reducción de las muertes o enfermedades derivadas de la impureza y/o adulteración de las sustancias. Son programas que permiten alertar sobre sustancias desconocidas o nuevas, así como suministrar información adecuada para que el consumidor adopte decisiones conscientes, todo ello sin olvidar que el contacto con los adictos puede servir para concienciarles de los riesgos asociados al consumo y orientarles hacia el abandono de las drogas.

En las dependencias de las salas de consumo higiénico los toxicómanos pueden consumir las drogas (ilegales) que ellos mismos aporten, en condiciones higiénicas y bajo la supervisión de profesionales sanitarios, garantizando así la esterilización de los materiales, una asistencia eficaz en caso de reacciones agudas y la detección de posibles enfermedades para facilitar su tratamiento. Con estas salas se persigue reducir la mortalidad por sobredosis y las prácticas de riesgo que llevan aparejadas los consumos de droga (como la transmisión de enfermedades). También se pretende derivar a los consumidores a centros de servicios sociales y de tratamiento de las drogodependencias, así como a la red sanitaria ordinaria. Todo ello para mejorar la supervivencia, la calidad de vida de los consumidores de droga y la salud pública en general.

¹⁰ Cfr. sobre este programa, J. ROVIRA / V. IBÁÑEZ, "Testeo y análisis de sustancias como práctica para una reducción de riesgos", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, págs. 61 - 76; X. ARANA / I. GERMÁN, *cit.*, págs. 153 - 195.

IV. LAS POLÍTICAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS EN EL CONTEXTO DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LAS NACIONES UNIDAS

Algunas políticas de reducción de riesgos y daños no han sido bien acogidas a nivel internacional, especialmente en el seno de las Naciones Unidas donde existen posturas encontradas¹¹. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), órgano encargado de controlar la aplicación de las tres convenciones sobre drogas de las Naciones Unidas, se ha mostrado extremadamente reacia a estas iniciativas. En 2002, el presidente de la JIFE llegó a calificar a "la entrega de jeringuillas (...)" como una incitación al uso indebido de drogas contraria a las disposiciones de los convenios¹².

Las críticas más duras se dirigen, en cualquier caso, contra las salas de consumo higiénico o narcosalas que, a juicio de la JIFE, violan los tratados internacionales. En particular, se entiende vulnerado el art. 4 de la Convención de 1961, que obliga a las Partes a limitar la producción, la fabricación, la importación, la exportación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes exclusivamente a fines médicos y científicos. En su informe de 2007 la JIFE ve con "preocupación" que existan tales salas en algunos países europeos y advierte que en estos locales las "personas pueden abusar con impunidad de drogas adquiridas ilegalmente" en violación de los tratados internacionales. Por eso, insta "a los gobiernos (...) a que cierren esas instalaciones y proporcionen servicios médicos apropiados, basados en pruebas científicas, e instalaciones adecuadas de tratamiento a las personas drogodependientes"¹³.

Sin embargo, no todo son críticas en el seno de las Naciones Unidas respecto de las políticas de reducción de daños. Ya en 1998 la *Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas* señalaba expresamente que "las políticas de reducción de la demanda deberán: i. Estar orientadas hacia la prevención del uso de drogas y la reducción de las consecuencias negativas de su uso indebido; (...) iv. Contribuir al desarrollo y mantenimiento

¹¹ Cfr. Transnational Institute, *Informe sobre políticas de drogas*, 12, marzo 2005.

¹² Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito, *Update*, diciembre 2002, "Entrevista con el Dr. Philip O. Emafo, Presidente de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)", pág. 7.

¹³ *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2007*, Naciones Unidas, Nueva York, 2008, Rec. 24.

de un entorno favorable"¹⁴. Más contundente, el informe del año 2002 de los expertos legales de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONNUDD) llegaba a la conclusión, contra de la opinión de la JIFE, de que la mayoría de las medidas de reducción de daños no vulneran los convenios. Es más, de acuerdo con dicho informe, los *Principios rectores de la reducción de la demanda de drogas* ordenan la aplicación de ciertas políticas de reducción de daños, que ofrecen un ambiente de mayor apoyo a los consumidores de drogas¹⁵. Este es el caso del tratamiento de sustitución con metadona, que difícilmente puede considerarse atentatorio contra la letra y el espíritu de los tratados y presenta muchas ventajas y pocos inconvenientes¹⁶.

Por lo que respecta a las salas de consumo higiénico, el informe, tras constatar que animar a los adictos a utilizar las narcosalas podría ser, en principio, constitutivo bien de instigación o inducción al consumo ilegal de drogas (art. 3, 1 (c)(iii) Convenio de Viena de 1988), bien de asistencia, facilitación o asesoramiento para el consumo ilícito de drogas (art. 3, 1 (c)(iv), entiende, sin embargo, con muchos expertos, que faltaría por lo común el elemento intencional requerido por el art. 3 del Convenio. Sería, en efecto, costoso acreditar que con las salas de consumo se pretende incitar o inducir al uso ilícito de drogas. Por el contrario, en tales supuestos lo buscado es más bien proporcionar condiciones más sanas para los adictos por vía intravenosa a fin de reducir el riesgo de contagio de enfermedades y, en su caso, ofrecer información y orientación¹⁷. La misma argumentación se utiliza para considerar compatible con los convenios el intercambio de jeringuillas, que tienen el objetivo directo de reducir el riesgo de contagio de enfermedades (especialmente el VIH) en consumidores de drogas por vía intravenosa que comparten agujas y jeringuillas¹⁸.

En principio, más difícil de conciliar con los convenios internacionales parece el testado de sustancias. Si bien a corto plazo puede ser una estrategia beneficiosa para reducir las muertes y los costes derivados del tratamiento de intoxicación por drogas, a largo plazo, salvo que vaya acompañada por un asesoramiento y otras formas de reducción de la demanda, no parece que

¹⁴ "Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas". Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Nueva York, 8 - 10 de junio de 1998.

¹⁵ United Nations. International Narcotics Control Board. *Flexibility of treaty provisions as regards harm reduction approaches*, E/INCB/2002/W.13/SS.5, preparado por la Sección de Asuntos Legales del PNUFID para la 75 Sesión de la JIFE, 30 de septiembre, 2002, n° 12.

¹⁶ *Ibidem*, n° 17.

¹⁷ *Ibidem*, ns. 27 y 28.

¹⁸ *Ibidem*, n° 30.

combata el abuso de drogas. Puede incluso enviar un falso mensaje de que el consumo de drogas no causa graves daños a la salud, especialmente en los jóvenes, y provocar un aumento en el uso de tales sustancias, algo claramente contrario a los convenios internacionales. Con todo, de acuerdo con los expertos de las Naciones Unidas, ello no significa que tales actividades hayan de constituir delitos de acuerdo con el art. 3 del Convenio de Viena de 1988, porque de nuevo podría alegarse la falta del elemento intencional requerido¹⁹.

V. LAS POLÍTICAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea es una firme partidaria de las políticas de reducción de daños en materia de drogas²⁰. Un elemento fundamental de esta política es la *Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2003 relativa a la prevención y la reducción de los daños para la salud asociados a la drogodependencia*²¹, cuyo objetivo es proporcionar un alto nivel de protección de la salud pública mediante la prevención de la drogodependencia y la reducción de los riesgos de mortalidad y morbilidad asociados a ésta. De acuerdo con el *Plan de Acción de la Unión Europea en Materia de Drogas (2005-2008)*²², la estrategia europea por lo que se refiere a la demanda ha de tender a conseguir como "resultado identificable" la "reducción mensurable del consumo de drogas, de la dependencia y de los riesgos sociales y sanitarios relacionados con las drogas, mediante la elaboración y la mejora de un amplio sistema de reducción de la demanda basado en el conocimiento, que sea eficaz e integrado y que comprenda medidas de prevención, intervención precoz, reducción de los daños, rehabilitación e integración social en los Estados miembros de la UE".

Para los próximos años las políticas de reducción de daños constituyen una prioridad, tal y como se deduce de la *Estrategia Europea en Materia de Lucha contra las Drogas (2005-2012)*²³, la cual, en el marco de reducción de la

¹⁹ *Ibidem*, ns. 33 y 34.

²⁰ Sobre la situación en la UE *cfr.* D. BALLOTTA / P.P. MERINO / D. HEDRICH. "Políticas de reducción de riesgos desde una perspectiva europea", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, págs. 79-92.

²¹ DO L 165 de 3.7.2003.

²² CONSEJO, *Plan de Acción de la Unión Europea en Materia de Drogas (2005-2008)*, 2005/C 168/01, DO C 168/1, 8.7.2005.

²³ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Estrategia Europea en Materia de Lucha contra las Drogas (2005-2012)*, Bruselas, 22 de noviembre de 2004.

demanda, contempla claramente la aplicación de programas de reducción de los daños (como impedir que la población se inicie en el consumo de drogas, la creación de programas de tratamiento, etc.), considerados como elementos complementarios para “contribuir en última instancia a reducir el consumo y la dependencia de las drogas y a reducir las consecuencias para la salud y la sociedad derivadas de las drogas”²⁴.

Según el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT), en el campo de la reducción de daños a nivel europeo destacan especialmente los programas de tratamiento de sustitución a base de opiáceos y los programas de intercambio de jeringuillas, cuya finalidad es reducir el número de muertes por sobredosis y la propagación de enfermedades infecciosas. Existe también un informe de este organismo (2004) en el que se exponen los resultados de un estudio sobre las salas de consumo higiénico —las más cuestionadas en el contexto de las Naciones Unidas—, en el que se destacan especialmente los aspectos positivos de las mismas en el contexto de la reducción de daños²⁵.

VI. POLÍTICAS DE REDUCCIÓN DE DAÑOS EN ESPAÑA

Los programas de reducción de daños aplicados en España son principalmente los Centros de Emergencia Social, las Unidades Móviles, las Oficinas de Farmacia (vías principales de distribución de jeringuillas), los programas de intercambio de jeringuillas (pijs) y las salas de inyección segura o de venopunción. Estas últimas funcionan en Madrid, País Vasco y Cataluña, dotadas de condiciones higiénicas y sometidas a control sanitario, y en ellas se lleva a cabo incluso el análisis de la calidad de las sustancias. Las denominaciones que reciben los tres centros existentes de estas características son: en la Comunidad de Madrid “Dispositivo Asistencial de Venopunción (DAVE)”, en Cataluña “dispositivo de consumo higiénico” y en el País Vasco “Sala de Consumo supervisada de Munduko Medikiak”²⁶.

En Derecho español el consumo e incluso la tenencia de drogas para el propio consumo son comportamientos ilícitos, aunque no se encuentran sancio-

²⁴ *Ibidem*, n° 23.

²⁵ También se ponen en evidencia los riesgos asociados a las mismas, *cfr.* H. DAGMAR, *European report on drug consumption rooms*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, 2004.

²⁶ Plan Nacional Sobre Drogas, <http://www.pnsd.msc.es/eu/Categoria3/prevenci/areaAsistencia/tipologia.htm>

nados penalmente, sino por la vía administrativa. La Ley de estupefacientes de 1967 (Ley 17/1967, de 8 de abril), todavía vigente, declaró en su día ilícito todo consumo no terapéutico, pero sin consecuencias sancionadoras. Ahora bien, veinticinco años después, la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero de 1992, incluyó entre las "infracciones graves" contra la seguridad ciudadana,

- el "consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos" (art. 25,l);
- "la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos" (art. 23,h);
- "la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" (art. 25,l), y
- el abandono en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos de útiles o instrumentos utilizados para su consumo (art. 25,l).

La tipificación de la tenencia es, además, muy amplia y permite, desde su literalidad, la sanción de cualquier modalidad de tenencia administrativamente no autorizada²⁷.

El Código Penal regula los delitos relacionados con las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los arts. 368-378. La modalidad básica se contiene en el art. 368 CP, que castiga la ejecución dolosa (basta el dolo eventual para la jurisprudencia) de actos de cultivo, elaboración o tráfico, o que, de otro modo, promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la posesión con tales fines. Con estas expresiones, llenas de ambigüedad y dadas a interpretaciones múltiples, se quiere cubrir, en línea con la normativa internacional, cualquier actividad perteneciente al ciclo económico e integrada en los segmentos de la producción o difusión del producto. Esto abarca, junto a la compraventa, conductas como el almacenamiento, depósito, transporte, tránsito, intermediación o devolución; también se incluye, sin duda, la donación.

²⁷ Esta amplitud sólo puede limitarse mediante una interpretación sistemática y teleológica, algo que no admite el Tribunal Supremo, el cual en su sentencia de 28 de septiembre de 1998 (Sala 3ª) se muestra contrario a restringir el alcance de la infracción contra la seguridad ciudadana a los supuestos de tenencia en público. Cfr. críticamente, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, "La tenencia de drogas para autoconsumo Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª Secc. 6ª) de 28 de septiembre de 1998", *La Ley*, 2, 1999, págs. 1873-1881.

Con todo, la jurisprudencia²⁸ realiza una interpretación restrictiva, partiendo de la naturaleza de peligro abstracto de esta figura delictiva²⁹, y entiende que no hay antijuridicidad material en determinados supuestos, como cuando se entregan cantidades ínfimas de droga, o en los supuestos de entregas de droga no retribuidas y para su consumo inmediato si no existe peligro de difusión indeterminada o entre sujetos no drogodependientes, como cuando tiene lugar en el seno de la comunidad de adictos para el consumo compartido (o hasta la adquisición y tenencia de drogas en nombre de un grupo); también se excluye del tráfico la donación de pequeñas cantidades entre consumidores habituales pertenecientes a un círculo de amistad, con objeto de eludir la crisis de abstinencia o de asegurarse un trato recíproco en el futuro, cuando quien carezca de la droga sea el que en ese momento la entrega.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, el autoconsumo y la posesión para el consumo propio son atípicos, pero no los comportamientos que de cualquier otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas. Esto permitiría subsumir en el tipo penal algunas de las políticas de reducción de riesgos a las que hemos aludido, sobre todo cuando se da un contacto con la sustancia ilícita por parte de los implicados en las mismas³⁰.

En efecto, a partir de mera literalidad del art. 368, la conducta de quienes trabajan o permiten la creación de las salas de consumo higiénico podría ser calificada como conducta típica, pues de algún modo se facilita el consumo ilegal. Ahora bien, la aplicación de los criterios jurisprudenciales de carácter teleológico³¹ acabados de exponer, permite defender la conclusión de la impunidad. Cuando se proporciona un lugar higiénico para el consumo a un toxicómano determinado queda excluida cualquier difusión a terceros distintos de los concretos adictos, que por su propia adicción se ven obligados al consumo; por tanto, estas conductas no promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas de terceros indeterminados³². Por ello, siempre que

²⁸ Ampliamente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de drogas, C. GRANADOS PÉREZ, "Análisis de cuestiones de interés abordadas por la jurisprudencia penal en relación al delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas", en Consejo General del Poder Judicial, *Jurisprudencia Penal (2005-2007)*, Colección Estudios de Derecho Judicial, 120, 2008, págs. 199-295.

²⁹ STS de 3 de mayo de 2004.

³⁰ J.A. DEL CERRO ESTEBAN, *cit.*, pág. 18.

³¹ M.L. MAQUEDA ABREU, "Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas", *La Ley*, 4624, 9 septiembre 1998.

³² J. MUÑOZ SÁNCHEZ, "Problemas legales de las políticas de reducción de daños", *Eguzki-lore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 16, 2002, págs. 54-55.

se trate de estrategias cuya finalidad sea proporcionar un local con condiciones higiénico-sanitarias adecuadas para el consumo, sólo se permita el acceso a adictos a las drogas concretos y determinados, no se tolere el tráfico y no se administre la droga directamente por el personal, quedará excluido el peligro para el bien jurídico³³. Tampoco se generará una responsabilidad administrativa, al no darse un consumo en un lugar público, pues el acceso a la narcosala está restringido exclusivamente a los drogodependientes.

En cuanto a los programas de testado (*testing*), dejando al margen el hecho de que generalmente involucran cantidades muy pequeñas de droga (lo que podría llevar a afirmar su atipicidad por cantidad insignificante)³⁴, el comportamiento de quien analiza la droga es atípico porque no la recibe ni para consumirla ni para traficar con ella: se trata de una entrega voluntaria y gratuita de una pequeña cantidad de droga, que será objeto de destrucción tras el análisis. Este comportamiento no supone la puesta en peligro del bien jurídico, de acuerdo con los parámetros desarrollados por la jurisprudencia³⁵. De otra parte, la legislación permite la tenencia de drogas ilícitas con objeto de su análisis científico³⁶.

También cabe afirmar la ausencia de peligro para la salud pública en los supuestos de administración de opiáceos en el marco de un tratamiento de deshabituación³⁷, cuando el tratamiento se administra cumpliendo con los requisitos fijados por la jurisprudencia: esto es, que el destinatario sea un drogodependiente, que no exista contraprestación alguna, que la droga se suministre para su consumo inmediato (que no se la pueda llevar, porque surgiría el peligro de difusión) y que la administración de la sustancia se haga en el marco de un tratamiento de deshabituación. En estos supuestos —y aun cuando admitido jurisprudencialmente el dolo eventual, quien sabe que está suministrando sustancias estupefacientes para el consumo por parte de terceras personas realizaría la conducta dolosa—, faltaría igualmente la intención de favorecer o facilitar el tráfico ilegal de drogas, pues lo que se pretende es

³³ J. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *ibidem*, págs. 55-56.

³⁴ El Acuerdo del Pleno no-jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 3 de febrero de 2005 sobre el principio de los mínimos psicoactivos en relación con la interpretación del art. 368 CP, dispone que va a "continuar manteniendo el criterio del instituto nacional de toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa".

³⁵ J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *cit.*, pág. 57.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ J. MUÑOZ SÁNCHEZ/ C. LARRAÑAGA JUNQUERA / J.C. LÓPEZ CABALLERO, "La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador", *Jueces para la democracia*, 30, 1997, págs. 62 ss.

simplemente administrar un tratamiento curativo deshabitador³⁸. Además, la legislación de estupefacientes permite el suministro en el marco de un tratamiento de deshabitación, y la normativa de algunas comunidades autónomas autoriza incluso este tipo de actuaciones, supuestos que, en su caso, resultarían justificados por esta vía³⁹. Aún más, dado que en estos casos el consumo sería lícito, cabría plantearse de nuevo si no sería un comportamiento atípico, por falta del elemento típico del "consumo ilegal".

VII. LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA POLÍTICA INTERNACIONAL DE FISCALIZACIÓN DE DROGAS

La intensidad y dureza de la intervención penal en materia de drogas ha dado lugar a unos resultados nefastos tanto desde el prisma de la protección de la salud como en el plano del propio Estado de Derecho⁴⁰. Además de afectar claramente al precio de la droga —con su incidencia en los beneficios e influencia de las organizaciones de traficantes y sus repercusiones en cuanto a la marginación social de los consumidores de escasos recursos económicos—, el prohibicionismo ciego contribuye igualmente a generar graves problemas de salud: la baja calidad y frecuente adulteración de las sustancias distribuidas, que tanto tienen que ver con las muertes por sobredosis, fácilmente podría superarse mediante un adecuado control de la producción y venta de la droga. De otra parte, las exigencias de introducción de excepciones a los principios penales y procesales con objeto de asegurar una eficacia en la persecución y sanción de los comportamientos punibles constituyen una constante en la política represiva en materia de drogas, que acaba contaminando a todo el Derecho penal. Y qué decir del plano internacional, donde la estrategia represiva norteamericana se viene traduciendo desde la última parte del siglo pasado en la política de "certificación", así como en una intensa militarización de las regiones más afectadas, con presencia activa de las distintas agencias y organismos norteamericanos (como la *DEA -Drug Enforcement Administration*).

³⁸ Con carácter general, considera J.A. DEL CERRO ESTEBAN (*cit.*, pág. 19) que las estrategias de reducción de riesgos son atípicas por ausencia de peligro para el bien jurídico, o por falta de dolo.

³⁹ J. MUÑOZ SÁNCHEZ/ C. LARRAÑAGA JUNQUERA / J.C. LÓPEZ CABALLERO, *cit.*, págs. 63 ss.

⁴⁰ P. LAURENZO COPELLO, "Drogas y Estado de derecho: Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva", *Jueces para la democracia*, 24, 1994, págs. 11-17.

Frén-te a la política de "tolerancia cero" ligada a las estrategias represivas, la línea de reducción de riesgos y daños se presenta como una estrategia mucho más racional y adecuada desde el prisma de la protección de la salud individual y colectiva y su intensificación permitiría hacer frente a no pocos de los problemas mencionados. Es por ello que las dudas sobre su conformidad con la legalidad internacional deberían despejarse cuanto antes a través de la apropiada inserción en los textos internacionales de las previsiones oportunas que permitan superar las condenas procedentes de la JIFE. Y es que no son pocos los retos nuevos para la salud que no existían en el momento de la elaboración de algunos de los Convenios, como la Convención de 1961 y el Convenio de 1971 y que, por tanto no pudieron tenerse en cuenta a la hora de su tramitación y aprobación⁴¹. En este sentido, es de propugnar la ruptura con la pretensión de sancionar penalmente cualquier contacto con la droga, así como el refuerzo de las interpretaciones teleológicas de los tratados que abren espacios al desarrollo de estas políticas. Si, conforme al n° 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los tratados han de "interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"⁴², no cabe olvidar en esta materia que el fin de cualquier política de fiscalización de drogas ha de ser la tutela de la salud pública⁴³, una meta que no debería quedar oscurecida por meras consideraciones de seguridad pública. Del art.25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se deriva el derecho de toda persona a la salud y el bienestar, así como a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; pues bien, de conformidad con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, es éste el criterio a prevalecer cuando exista un conflicto entre las obligaciones de los Estados Miembros asumidas a partir de la Carta y las derivadas de otras fuentes o instrumentos internacionales⁴⁴.

⁴¹ United Nations. International Narcotics Control Board. *Flexibility of treaty provisions as regards harm reduction approaches*, E/INCB/2002/W.13/SS.5, preparado por la Sección de Asuntos Legales del PNUFID para la 75 Sesión de la JIFE, 30 de septiembre, 2002, n° 35.

⁴² Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

⁴³ El Preámbulo tanto de la Convención Única de 1961 como del Convenio de 1971 parten de la preocupación de las partes por "la salud física y moral de la humanidad". El Convenio de Viena de 1988 señala igualmente en su Preámbulo la preocupación por "la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos".

⁴⁴ Comisión de Estupefacientes, "Perfeccionamiento de la fiscalización de drogas para adecuarla a la finalidad para la que fue creada: Aprovechando la experiencia de diez años de acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas". Informe del Director Ejecuti-

A la luz de lo anterior, el conflicto entre, de un lado, la obligación derivada de los tratados sobre fiscalización de drogas —que requiere el castigo de todo contacto con la droga, incluso cuando se persiga evitar un daño para la salud del toxicómano— y, por el otro, el deber de los Estados de proteger la salud, debería siempre resolverse a favor de este último, por lo que si de la letra de los tratados resulta que algunas políticas de reducción de riesgos parecen prohibidas, a través de una interpretación teleológica que tome como punto de referencia que su finalidad es proteger la salud, debería defenderse su licitud.

Esta ha sido la línea seguida, con ocasión del informe (51° período de sesiones) de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas de 2008, por diversos participantes, los cuales destacaron la importancia cada vez mayor que va alcanzado la reducción de los daños en la política relacionada con las drogas⁴⁵. Críticos con la opinión de la JIFE de que determinadas medidas adoptadas para velar por la salud pública y los derechos humanos en sus Estados, como las salas de consumo de drogas, son contrarias a los textos internacionales, en sus intervenciones subrayaron cómo los tratados de fiscalización internacional de drogas tienen por objeto velar por la salud de las personas y por la salud pública en general y han de aplicarse siempre con pleno respeto de los instrumentos en materia de derechos humanos y poniendo igualmente de manifiesto las nuevas amenazas a la salud, que obligan a actuaciones innovadoras para reducir las consecuencias sanitarias y sociales perjudiciales del uso de las drogas⁴⁶.

VIII. LA NECESARIA NORMALIZACIÓN DEL TRATAMIENTO DE LAS DROGAS EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. La exigencia de apertura de espacios seguros y amplios para las estrategias y políticas de reducción de riesgos y daños en materia de drogas no debe,

vo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito a modo de contribución al examen de los resultados del vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, 7 de mayo de 2008, E/CN.7/2008/CRP.17, págs. 21-22.

⁴⁵ Naciones Unidas. Comisión de Estupefacientes. Informe sobre el 51° período de sesiones (28 de noviembre de 2007 y 10 a 14 de marzo de 2008). Consejo Económico y Social. Documentos Oficiales, 2008. Suplemento N° 8. E/2008/28. E/CN.7/2008/15. Nueva York, 2008, n° 97.

⁴⁶ *Ibidem*, n° 62.

en cualquier caso, llevar a olvidar que en un Estado social y democrático de Derecho el cambio de enfoque a reivindicar debería traducirse en una plena normalización del tratamiento de las sustancias que denominamos drogas⁴⁷.

Hay que acabar, en efecto, con la demonización de estas sustancias y sujetar su régimen jurídico a los mismos parámetros que el resto de las sustancias peligrosas de características y efectos similares. La normalización de las drogas debería llevar así

- a reforzar la presencia de las sustancias psicoactivas en los programas generales de prevención y educación para la salud, de modo que los ciudadanos puedan contar con la orientación adecuada y necesaria para la toma de decisiones responsables al respecto; y
- a la sujeción de esas mismas sustancias a controles y restricciones administrativos y sanitarios similares (publicidad, distribución, consumo, etc.) a los del resto de sustancias peligrosas —en particular, los fármacos y medicamentos—, potenciando los mecanismos de prevención, pero sin cerrar de manera absoluta el acceso a las mismas por parte de aquellos adultos que, debidamente informados, deseen hacer uso de ellas y, muy en particular, de los drogodependientes que lo necesiten como mantenimiento a la espera de su deshabituación voluntaria y progresiva; así como
- a la restricción de la aplicación del Derecho penal a aquellos supuestos en que, con infracción de la reglamentación administrativa establecida, se ataque de manera intolerable a bienes jurídicos dignos y necesitados de protección penal, como son la salud individual y colectiva y los colectivos especialmente vulnerables (menores de edad e incapaces), supuestos en los que la mayor intensidad sancionadora debería, en todo caso, centrarse en el tráfico no autorizado de las drogas más peligrosas y en la promoción del consumo con fines mercantiles, con previsión de los correspondientes tipos cualificados en casos de abuso de situaciones de inferioridad, de realización de los hechos en el marco de organizaciones de traficantes o con incremento del riesgo para la salud. Esta intervención debería siempre producirse con estricto respeto del principio de

⁴⁷ Nuestra propuesta ya fue expuesta en el trabajo J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI / I. BLANCO CORDERO, "¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal", en A. Vega (Coord.), *Drogas. Qué política para qué prevención*, San Sebastián, 2002, págs. 187-214. Acerca de la normalización del uso del cannabis, X. ARANA BERASTEGI / I. GERMÁN MANCEBO, *Documento técnico para un debate social sobre el uso normalizado del cannabis*, Vitoria-Gasteiz, 2005.

lesividad, que obliga a que la intervención dirigida a la tutela de los bienes jurídicos se realice a través de tipos penales (no abiertos) de lesión o de peligro (al menos hipotético), que lleven aparejadas sanciones proporcionadas, admitiendo sólo excepcionalmente la sanción de los actos preparatorios. La intervención penal también debería dirigirse a tutelar el orden socioeconómico, particularmente afectado por las organizaciones de narcotraficantes, a cuyo efecto las figuras del blanqueo de capitales parecen especialmente apropiadas.

2. La normalización del tratamiento de las drogas debería igualmente alcanzar a la unificación del tratamiento jurídico de las adicciones o dependencias. Quizá con la finalidad de compensar de algún modo la intensidad represiva sobre los comportamientos relativos a las drogas, la legislación penal ha ido introduciendo disposiciones específicas relativas a la repercusión que la adicción a dichas sustancias ha de alcanzar en cuanto a la responsabilidad penal y a la hora de la eventual ejecución de las sanciones penales aplicables (arts. 20.2, 21.2, 87, 97, 21 CP). Ahora bien, como pone de manifiesto la moderna Psicología, el fenómeno de las adicciones excede con mucho del ámbito de las adicciones químicas. Al lado de éstas existen igualmente adicciones "sin drogas" (como el juego patológico, la adicción al sexo, a la comida, al trabajo, al teléfono, a Internet...) cuyos efectos, desde el prisma de la imputabilidad, pueden ser similares a los de las adicciones derivadas de las drogas. En efecto, el proceso de la dependencia y la incidencia de estas adicciones psicológicas en la imputabilidad resultan plenamente asimilables a los de las adicciones químicas, algo que debería ser tenido muy en cuenta a la hora de la exigencia de la responsabilidad penal. La eliminación de la referencia expresa a las "sustancias" por parte de las disposiciones que se ocupan de la regulación del síndrome de abstinencia o de los efectos atenuatorios de las adicciones, así como en el caso de la suspensión condicional de la pena aplicable a los hechos producidos por causa de la dependencia, y su extensión a todo tipo de dependencias (siempre que por su intensidad y efectos lo justifiquen) constituiría desde esta perspectiva un importante progreso en la línea normalizadora del tratamiento jurídico-penal de todas las adicciones⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Adicciones químicas y adicciones sin drogas. Su incidencia en la responsabilidad penal", en M. BAJO FERNÁNDEZ, A. JORGE BARREIRO, C.J. SUÁREZ GONZÁLEZ (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 1271-1301.