

7. POLÍTICA CRIMINAL

1. CONCEPTE DE POLÍTICA CRIMINAL

La Política criminal utilitza dades de la criminologia per tal de reformar el Codi Penal. Ens trobem davant una nova disciplina relativament nova ja que la Criminologia ho és.

Normalment s'utilitza la expressió de política criminal en dos sentits:

- 1.- Política criminal com un sector de política general.
- 2.- Disciplina de dret penal.

1.1.- Política criminal com un sector de la política general.

La política criminal com part de la política general dirigida a combatre, disminuir i rebaixar els fets delictius i els seus efectes. Són totes les decisions adoptades des de l'àmbit públic per tractar el fet criminal i les conseqüències. La política criminal pot abastar una diversitat d'àmbits més enllà del estrictament penal, com econòmic, social o educatiu.

1.2.- Política criminal como disciplina del dret penal.

La política criminal planteja valoracions i propostes de reforma del dret penal. Te per objecte realitzar una resposta davant de qualsevol fet delictiu articulant aquesta mitjançant el dret penal.

La política criminal constitueix un complement de les ciències jurídic -penals ja que planteja reformes del dret penal vigent per tal de millorar la funció preventiva del delictu.

La criminologia proporciona la informació de la realitat del fenomen criminal, a partir de les quals poden plantejar determinades opcions de política criminal. La decisió polític – criminal no es deriva de forma directa dels resultats de la investigació criminològica sinó que te en compte diverses variants i aquests sempre han d'estar regits pels principis i drets fonamentals recollits a la Constitució i als diferents Tractats internacionals.

2. LA ACTUACIÓ POLICIAL

Una de les informacions que te en compte la política criminal es conèixer les diferents explicacions del funcionament de la policia i com la pràctica policial afecta el fenomen criminal i senyala els diferents mecanismes de control del poder discrecional de la policia.

El poder discrecional de la policia pot ser definit com qualsevol pressa de decisió que no està estrictament regida per regles legals sinó que es troba regida per un judici personal del policia.

Es reconeix la necessitat del poder discrecional de la policia però en cap cas s'ha d'acceptar sense reserves la seva aplicació.

En general la actuació de la policia depèn de la avaluació que fa ella mateixa en termes de cost – benefici davant de diferents possibilitats d'accions .

El control del poder policial com tot organisme administratiu de l'Estat que posseeix certa autoritat es realitza mitjançant accions preventives – reactives de control interno des de la mateixa policia i accions externes des de els poders del Estat tal com són el poder legislatiu , executiu i judicial.

2.1.- La discrecional policial.

Existeixen espais de discrecionalitat de la policia respecte a la seva funció de prevenció i repressió del delictes que són inevitables.

La policia realitza una selecció del gran número d'incidents que poden ser una infracció penal i els selecciona en funció de certes prioritats.

La policia interpreta la llei i al realitzar-la diferents persones poden variar la seva interpretació.

La discrecionalitat pot ser positiva al poder resoldre diferents incidents per vies diferents a la penal però es un perill al poder esdevenir una porta a pràctiques discriminatòries e il·legals.

2.2.- Les pràctiques discriminatòries .

Diferents estudis senyalen com aspectes a tenir en compte el següent:

a.- La policia no intervé en tots els incidents criminals que arriben al seu coneixement i a vegades algunes actuacions policials no obren un procediment penal.

b.- Certs grups tenen mes possibilitats de ser objecte de la intervenció policial. Les classes socials mes baixes, minories estrangeres, racials i ètniques tenen una major atenció policial.

c.- Existeix una sobre representació de víctimes que formen part de minories ètniques i el seu tracte que obtenen del sistema penal i de la policia es pot curós.

d.- Els membres de la policia creen una cultura amb una sèrie de regles informals, codis i ritus que ajuden a suportar la tensió del treball policial. Com principals característiques són la desconfiança o sospita en que es basa la feina policial, la solidaritat interna i un cert aïllament social dels policies.

2.3.- Explicacions sobre la pràctica policial.

Les explicacions dels factors extra legals que determinen la actuació policial que a vegades pot portar a una certa discriminació de certs col·lectius són:

a.- Explicacions culturals.- En els sistemes democràtics la policia ha d'obtenir resultats en prevenció i repressió del delictes sempre garantint el deure de respectar exquisidament tots els drets de les persones.

b.- Explicacions estructurals.- La policia desenvolupa la seva activitat en l'espai públic on normalment estan ocupats per grups socials i econòmics marginats.

S'ha de tenir en compte que la policia al ser un cos visible en el recau la autoritat dona peu a la crítica per part de la majoria de sectors de la societat fent que les seves relacions socials puguin ser tenses fent-los responsables del desenvolupament i dels bons resultats de les normes penals i de les actuacions de política criminal adoptades per la Administració quan els policies només son el braç executor d'aquestes normes amb un grau de discrecionalitat que cada vegada més limitat per tal d'impedir pràctiques discriminatòries e il·legals.

3.-VALORACIÓ CRÍTICA DE LA LEGISLACIÓ SANCIONADORA EN MATÈRIA DE DROGUES A L'ORDENAMENT ESPANYOL

L'ordenament jurídic espanyol regula el tema del tràfic i consum de drogues amb una normativa sancionadora de tipus penal i administratiu que s'inscriu plenament en el corrent denominat prohibicionista en aquesta matèria.

Aquest corrent prohibicionista, amb petites variants, és el que inspira la legislació en matèria de drogues de gairebé tots els ordenaments jurídics estatals actuals així com la regulació internacional emanada de les Nacions Unides a través de diversos tractats que són els que inspiren i guien les regulacions internes dels estats membres.

Així doncs, la regulació espanyola en aquesta matèria incorpora com a eix central del seu contingut, la premissa que el dret penal i sancionador en general constitueix l'instrument bàsic i preeminent en la política criminal sobre drogues, i que l'objectiu d'aquesta política ha de ser el d'impedir en la mesura del possible el contacte dels potencials usuaris amb les substàncies, basant-se per aconseguir-ho en una forta repressió de qualsevol conducta relacionada amb la seva difusió.

En concret, dins l'ordenament espanyol, els principis i continguts que inspiren els tractats internacionals en matèria de drogues, es concreten en una normativa sancionadora que actua a dos nivells diferents.

Per una banda, com hem pogut apreciar anteriorment, tenim la regulació penal de la matèria, que inclou els articles 368 i següents del Codi penal, que inclouen la prohibició de tota conducta afavoridora del consum elaboració o distribució de drogues, i per altra banda tenim la regulació de la llei orgànica 4/2015 de protecció

de la seguretat ciutadana, que sanciona administrativament determinats supòsits de consum propi i tinença destinada a aquest consum.

Aquesta regulació prohibicionista ha estat tradicionalment, objecte de crítica per una part de la doctrina, tant pel que fa al contingut concret de la normativa vigent, com pel que fa a la inadequació de la política criminal prohibicionista i els efectes contraproductius als que dona lloc.

Pel que fa a les crítiques concretes als termes en els quals està formulada la regulació sancionadora en l'ordenament espanyol, podem sintetitzar-les seguint l'exposició que en fa GONZÁLEZ ZORRILLA (1999)², de la manera que a continuació s'exposa.

En primer lloc, el contingut actual de la regulació en matèria de drogues posa en qüestió principis bàsics i generalment acceptats del dret penal com ara els principis d'ofensivitat i el d'intervenció mínima, que es desprenen del de legalitat proclamat constitucionalment.

En base al primer d'aquests principis, i tenint en compte que el dret penal és el recurs més lesiu al qual pot recórrer l'Estat, ha de reservar-se el seu ús només per fer front a conductes que lesionin greument drets de tercers, excloent la seva aplicació de supòsits que impliquin només conductes de tipus immoral i no lesius per a tercers (principi de separació entre dret i moral).

Això no es compliria en l'actual regulació penal en matèria de drogues, ja que si bé formalment el que es prohibeix són les conductes de difusió i promoció del consum, el que es busca en definitiva és impedir aquest consum que es veu indirectament penalitzat per l'aplicació d'aquesta normativa.

Així, en definitiva, el que es fa, és penalitzar, tot i que de manera indirecta, el consum de drogues, tot i que és una conducta no lesiva per a tercers, i la sanció de la qual només pot considerar-se basada en criteris moralistes que no respecten la separació entre dret i moral.

Pel que fa al principi d'intervenció mínima, suposa reservar l'aplicació del dret penal a aquells supòsits en els quals no hi hagi una forma de resposta menys lesiva per als drets de les persones.

Igualment, aquest principi suposa que la intervenció penal ha de ser proporcionada al dany causat per la infracció i no produir efectes més lesius socialment que la pròpia conducta que es tracta d'evitar (principi de proporcionalitat abstracta i concreta).

² GONZÁLEZ ZORRILLA, C; *Políticas Criminales*; ja citat anteriorment

En el cas de la política criminal en matèria de drogues, doncs, aquest principi queda en entredit si tenim en compte els efectes nocius que es deriven de la política prohibicionista i que afecten tant a la salut i integració social dels propis consumidors com a la seguretat ciutadana. En aquest sentit, no està demostrat que una possible disminució de consum aconseguida a través de la política repressiva suposi uns danys menors que els que es deriven de l'aplicació d'aquesta política d'il·legalitat, tal com manifesta WODAK (1995)³.

Un segon aspecte que ha estat objecte de forta crítica doctrinal és el que té a veure amb la falta de concreció a l'hora de fixar el contingut concret del bé jurídic protegit i per tant la línia divisòria entre les conductes lesives per aquest bé i per tant delictives i les conductes no lesives i per tant impunes.

Els delictes relacionats amb la droga s'inscriuen dins el codi penal, en l'apartat dedicat als delictes contra la salut pública, però ja d'entrada es pot apreciar una diferència significativa amb la resta de delictes inclosos en aquest capítol, ja que mentre en aquests, es pretén protegir en front d'un engany o un abús susceptible de causar un dany no consentit pels possibles usuaris de la substància objecte de la conducta prohibida, en el cas de les drogues, en la majoria de casos els riscos que comporten són coneguts i acceptats pels seus consumidors. Això, en opinió d'alguns autors, suposa una incoherència ja que del conjunt de la regulació penal en matèria de protecció de la salut pública se'n desprèn que un criteri bàsic de punició és el de la falta de voluntarietat en el consum de les substàncies nocives, cosa que no succeeix en el cas de les drogues.

Un altre aspecte relacionat amb el bé jurídic protegit en aquests delictes fa referència als criteris aplicats per la jurisprudència, en absència de previsió legal expressa, a l'hora de determinar quan hi ha o no una lesió d'aquest bé jurídic.

En aquest aspecte la jurisprudència del Tribunal Suprem és contradictòria i així, mentre una línia jurisprudencial defensa que en la seva qualitat de delicte de perill abstracte, cal, a més de la adequació de la conducta al text del tipus penal, que l'acció en sí mateixa sigui apta per afectar la salut pública, mitjançant la capacitat de difusió a la col·lectivitat, (STS de 25-03-1993 i 19-06-1995) una altra línia jurisprudencial defensa que és suficient l'afectació a una persona determinada, encara que no hagi existit aquesta possibilitat de difusió col·lectiva (STS de 16-4-1991, 16-10-1991 i 7-11-1991).

La primera d'aquestes línies jurisprudencials és la que ha seguit el Tribunal Suprem en un bon nombre de sentències, per considerar atípiques determinades conductes com ara l'autoconsum compartit, la invitació

³ P.A. O'HARE – R. NEWCOMBE – A. MATTHEWS – E.C. BUNING – E. DRUCKER. *La reducción de los daños relacionados con las drogas*. Editado por Grup Igia, Barcelona, julio de 1995.

entre addictes i el subministrament a addictes amb el propòsit d'alleujar el patiment provocat per la síndrome d'abstinència i els cas de venda de quantitats insignificants (MONTERO 2005⁴).

Aquesta dificultat a l'hora de concretar el contingut i límits exactes del bé jurídic protegit ha dut a la situació actual, en la que coexisteixen , dues línies jurisprudencials que en síntesi, adopten, respectivament, la posició de sancionar tota conducta de difusió o afavoriment, fent una interpretació literal dels articles del codi penal, i en el sentit oposat, la de considerar que determinats supòsits que literalment encaixen en el tipus penal han de quedar impunes pel fet que no suposen un veritable risc per aquest bé jurídic que és la salut pública.

El fet que aquestes línies jurisprudencials siguin coetànies suposa un factor important d'inseguretat jurídica que podria tenir també afectacions al principi d'igualtat davant la llei, doncs implica que el mateix Tribunal Suprem aplica solucions diferents a casos bàsicament iguals (així, per exemple STS de 9-2-1994 i STS de 6-4-1996, o igualment contradictòries, STS de 12-09-2003 i 16-06-2003).

Per alguns autors, com MONTERO, Fco. Javier⁵, la introducció per part del Tribunal Suprem de la doctrina de limitació de la punibilitat en determinats casos per falta de lesivitat, suposa una difuminació de la clara barrera que el legislador va voler imposar entre autoconsum impune i repressió de la difusió a tercers en tot cas.

Per altres, com BORJA JIMÉNEZ, Emiliano⁶, per contra, la interpretació extensa dels preceptes del codi penal, donada la seva vaguetat, suposa convertir aquest delictes en una mera infracció formal, sense bé jurídic tutelat.

Una altra qüestió estretament relacionada amb la que té a veure amb la concreció del bé jurídic protegit és la relativa a la vaguetat dels termes en que està formulada la prohibició en el codi penal amb la fórmula "...els que d'altra manera promoguin facilitin o afavoreixin el consum". Això, en opinió d'alguns autors configura un tipus penal obert que atempta contra els principis de legalitat i seguretat jurídica, ja que impedeix conèixer, partint del mateix articulat, l'abast de la prohibició i les conductes concretes prohibides.

Amb una fórmula d'aquest tipus, les conductes prohibides no queden descrites en el tipus penal, tal com exigeix el principi de legalitat, i cal que siguin els tribunals els que amb les seves resolucions determinin en cada cas si una acció concreta s'ha de considera inclosa o no dins els verbs utilitzats pel legislador.

⁴ MONTERO LA RUBIA, F. Javier; *Supuestos de atipicidad en el tráfico de drogas (2005)*. Publicat a noticiasjuridicas.com

⁵ MONTERO LA RUBIA, F. Javier; *Supuestos de atipicidad*. Ja citat anteriorment

⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política criminal*. Edita: Tirant lo Blanch. València 2003.

En definitiva i a falta de previsió legal, és la jurisprudència la que ha de fixar el contingut concret de la prohibició.

Això fa que quedin difuminats els límits entre actes prohibits i permesos així com el propi bé jurídic que es tracta de protegir (Diez Ripollés 1989, citat per Gonzalez Zorrilla 1999⁷).

És en base a aquesta vaguetat de la llei que s'ha pogut donar la doble línia jurisprudencial que esmentàvem més amunt, i que no ha fet més que agreujar la inseguretat jurídica entorn a aquest delictes.

Un altre dels aspectes criticats de l'actual regulació en matèria de drogues és el relatiu a la distinció entre drogues legals i il·legals, sent objecte de prohibició les primeres i estant el consum i venda permesos pel que fa a les segones.

El cas paradigmàtic el constitueixen l'alcohol i el tabac, que actualment són admeses de manera general com a drogues i no obstant la seva producció i distribució és legal i en molts casos realitzada pel propi estat, tot i que els seus efectes nocius i addictius són clarament superiors a algunes de les drogues prohibides.

En la legislació espanyola no hi apareix cap criteri objectiu que permeti justificar el fet que determinades substàncies estiguin prohibides mentre que d'altres amb igual potencial addictiu i d'igual o superior nocivitat per a la salut des seus consumidors, són considerades plenament legals.

En absència de criteris científics que justifiquin aquesta distinció en base als efectes concrets de les substàncies o en base a la seva nocivitat, la jurisprudència l'ha fonamentat en criteris purament formals.

Així, a falta de tota previsió legal expressa en la matèria, l'únic criteri distintiu entre drogues legals i prohibides és el de la inclusió o no en les llistes que contenen els tractats internacionals en la matèria, dels quals Espanya forma part.

En definitiva doncs, la jurisprudència distingeix entre drogues prohibides i legals en base a la seva inclusió en les llistes dels esmentats tractats.

Això però no suposa cap clarificació de la situació respecte a la legislació espanyola, ja que els esmentats tractats tampoc ofereixen cap criteri objectiu o científic que justifiqui la inclusió en les seves llistes d'unes substàncies i l'exclusió d'altres, i justifiquen la prohibició amb el criteri últim de la inclusió, constituint així un cercle viciós en el que la inclusió en les llistes es justifica pel fet de ser substàncies prohibides i la prohibició pel fet d'estar incloses a les llistes.

⁷ DIEZ RIPOLLÉS, José Luís; *El control penal...*; ja citat anteriorment

D'aquesta manera, i en la mesura que aquesta diferenciació entre drogues de caràcter legal i prohibides només pot ser de caràcter cultural i de major o menor permissivitat social alguns autors sostenen que en la base de la legislació antidroga no hi ha la pretensió de protecció de cap bé jurídic sinó la pretensió de mantenir la cohesió moral, amb la qual cosa la justificació última de la normativa antidroga seria de tipus moralista. Altres per contra, creuen que la justificació de la distinció ha de buscar-se en l'arrelament i difusió social de les drogues legals i en els interessos econòmics legítims que hi ha darrere de la seva producció i difusió. En aquest sentit, consideren que tot i que puguin afectar el bé jurídic salut pública, l'estat no pot actuar d'altra manera que tolerant la seva difusió, ja que tota prohibició al respecte suposaria uns perjudicis majors que els que es deriven del seu consum i en aquest sentit posen com a exemple la llei seca dels Estats Units.

La no prohibició de les drogues legals suposaria doncs, un cas de inexigibilitat en el que l'estat ha de violar el seu deure de tutela de salut pública enfront d'aquest tipus de substàncies davant la impossibilitat d'obrar de manera diferent sense causar uns perjudicis superiors. En aquest sentit trobem autors com BORJA JIMÉNEZ⁸.

Cal dir però que aquest mateix argument dels danys més greus derivats de la prohibició és una crítica que actualment es fa també a tota la legislació en matèria de drogues que segueix els postulats prohibicionistes, i no obstant se segueix mantenint la mateixa política punitiva.

A més del tema de la distinció entre drogues legals i il·legals es planteja també el de la distinció entre les denominades drogues dures i toves; o en les paraules del legislador, entre drogues susceptibles de causar un greu dany a la salut i les que no.

En aquest aspecte, el codi penal tampoc facilita cap criteri de referència de manera que correspondrà a la jurisprudència decidir en cada cas si la droga objecte de conducta il·legal és de les que causa greu dany a la salut o de les que no.

Doctrinalment s'han elaborat diferents hipòtesis en base a les qual distingir entre drogues toves i dures, entre les que podem assenyalar les següents: 1) prenent en consideració les qualitats genèriques de les substàncies; 2) per la consideració a la creació de dependència física; 3) per afectar la capacitat d'autodeterminació i decisió dels individus; 4) per la seva valoració en el cas concret; 5) criteri mixt d'aptitud

⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política...*; Ja citat anteriorment

en abstracte per causar dany i idoneïtat per causar-ne en el cas concret (JOSHI JUBERT, citat per MORILLAS⁹).

D'aquests criteris, l'emprat més freqüentment per la jurisprudència és el de la incidència en abstracte, això és, atenent a les qualitats genèriques de la substància, sense necessitat de tenir en compte els efectes produïts en el cas concret.

Si bé existeix unanimitat jurisprudencial a l'hora de considerar que la cocaïna, l'heroïna, les amfetamines i els seus derivats, l'speed, el crack i la morfina són drogues dures i el cànnabis i els seus derivats, toves, en altres substàncies com ara els barbitúrics, la jurisprudència també ha estat canviant.

A això, cal afegir-hi les dificultats a l'hora de qualificar els danys de drogues de nova aparició, amb la qual cosa sovint els tribunals no tenen criteris amb nivell científic suficient per realitzar la seva valoració.

També en aquesta qüestió, doncs, hi ha disparitat de criteris entre doctrina i jurisprudència i fins i tot dins aquesta última (MORILLAS¹⁰).

D'aquesta disparitat de criteris, com en altres apartats, se'n veu afectat el principi de legalitat que exigeix la concreció de les conductes punibles en el text de la llei, i el principi de seguretat jurídica.

De la regulació actual i en opinió d'alguns contradictòria, de prohibició de tot acte de foment del consum o difusió de les drogues per una banda i autoconsum lícit per altra banda, se'n deriva un altre factor d'inseguretat jurídica que no es pot resoldre en base al text de la llei, com és el de distingir la possessió de drogues destinada al propi consum de la destinada al tràfic o venda.

La diferenciació és de vital importància ja que en el primer cas, estarem davant d'una conducta impune o bé sancionable administrativament segons els casos, mentre que en el segon cas la conducta és punible penalment i susceptible de ser sancionada amb elevades penes de presó.

Com ja hem dit la vaguetat dels termes amb que estan redactats els tipus penals relatius al tràfic de drogues, fan que aquesta distinció no es pugui resoldre en base als textos legals, i sigui, per tant, la jurisprudència la que hagi de precisar en última instància on es troba la línia divisòria entre la possessió per al consum i la destinada al tràfic.

Com gairebé en tots els casos en que es deixa a la jurisprudència la tasca de precisar l'abast i límits d'una prohibició penal sense criteris legals de referència, aquesta no adopta, a l'hora de resoldre, criteris unànimes,

⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Coordinador Estudios Jurídico – Penales y Político – Criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines. Editorial Dykinson, SL Madrid (2003).

¹⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Coordinador Estudios Jurídico – Penales y Político – Criminales..... Ja citat anteriorment.

amb la qual cosa es donen situacions de disparitat judicial difícilment compatibles amb els principis de legalitat penal, de seguretat jurídica i d'igualtat.

En el cas concret de la distinció entre possessió per al consum o per al tràfic, el Tribunal Suprem es basa fonamentalment en dos criteris, que són la condició de consumidor del posseïdor i la quantitat de droga posseïda.

No obstant, un cop determinada la condició de consumidor, la jurisprudència es variable a l'hora de considerar quan la quantitat posseïda és compatible amb l'autoconsum i quan no, de manera que la distinció no és possible en base únicament a criteris quantitius (per exemple STS de 12-12-1994 i 4-2-1991).

Per intentar concretar més els termes de la prohibició en aquells casos en la quantitat posseïda pot ser compatible tant amb l'autoconsum com el tràfic, el Tribunal Suprem ha recorregut a altres criteris que tenen a veure amb les circumstàncies concretes del fet o amb les circumstàncies personals de l'autor.

En el primer grup tindriem factors com ara que la possessió vagi acompanyada de la tinença d'estris destinats a la manipulació o distribució de la mateixa, el lloc on s'hagi trobat, l'existència de pluralitat de drogues o la presentació i dosificació del producte.

Dins el segon grup hi hauria la possessió de diners excessius en relació als ingressos del posseïdor, els seus antecedents com a traficant, la fama pública com a traficant de l'acusat, la seva situació d'atur, etc.

Aquestes circumstàncies personals referides a l'autor que la jurisprudència té sovint en compte, són circumstàncies referides a situacions de marginació i exclusió social que encaixen amb l'estereotip del consumidor-traficant i suposen en definitiva el recurs a criteris moralistes per decidir en la disjuntiva entre possessió per al consum o per al tràfic, segons GONZÁLEZ ZORRILLA¹¹, la qual cosa resulta difícilment compatible amb el principi d'igualtat.

En definitiva doncs, també en aquest tema es dona, davant del silenci de la llei, una solució jurisprudencial no unànime, amb l'afectació que això té en els principis de seguretat jurídica i d'igualtat.

A més d'això, les solucions jurisprudencials sovint suposen el recurs a criteris de tipus moralista que comporten una penalització de situacions de pobresa o marginació que és igualment incompatible amb el principi d'igualtat.

Aquesta vaguetat legislativa que es dona en el tema de la possessió i que fa que la qüestió hagi de ser resolta per la jurisprudència, es fa també extensiva alguns dels subtipus agreujats en relació al tràfic de drogues.

¹¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C; *Políticas Criminales en materia...*; ja citat anteriorment

Així, es preveu la imposició de la pena superior en grau quan la quantitat de les substàncies sigui de notòria importància (art 369.1.6a CP) o quan les conductes siguin d'extrema gravetat (art. 370.3a CP).

Enlloc però s'explica que s'ha d'entendre per notòria importància o extrema gravetat, de manera que és la jurisprudència la que en última instància ha de definir els continguts concrets d'aquests termes amb la qual cosa novament ens trobem davant d'un tipus ambigu i indeterminat que pot entrar en contradicció amb el principi de legalitat i el de taxativitat que d'ell deriva, així com amb els de seguretat jurídica i igualtat, des del moment que pot ser objecte de diferents interpretacions per part del tribunals. Un exemple d'aquesta jurisprudència variable el podem trobar en la STS de 6-9-2001 que realitza una crítica dels criteris jurisprudencials seguits fins al moment i n'adopta de nous per definir la notòria importància de les quantitats de droga.

També en aquest cas, es deixa a la jurisprudència la diferenciació dels dos tipus agreujats que hem esmentat, de manera que no es vulneri el principi de "non bis in idem" considerant que l'extrema gravetat pugui venir donada per la quantitat de droga (MORILLAS¹²).

Un altre punt de la regulació en relació a les drogues que és font d'inseguretat jurídica degut a la insuficient claredat dels preceptes legals, és la relativa a la influència de la drogodependència en la imputabilitat del delinqüent.

Així, hi ha jurisprudència contradictòria a l'hora d'apreciar la drogoaddicció intensa i de llarga durada com a fonament d'una eximent incompleta, i mentre unes sentències l'admeten, considerant que en aquests casos les facultats intel·lectuals i volitives del subjecte necessàriament estaran afectades (STS de 23-3-1998), d'altres de coetànies neguen aquesta possibilitat, i no accepten que les facultats mentals s'hagin de considerar afectades pel sol fet de la dependència (STS de 30-10-1998).

També hi ha jurisprudència vacil·lant a l'hora de definir-se sobre quines són les possibilitats de consideració de la dependència en la legislació actual.

Així el text del Codi penal preveu específicament l'eximent, l'eximent incompleta, i l'atenuant d'addicció greu. La disparitat jurisprudencial es dona en el moment de d'admetre o no la possibilitat d'una atenuant per analogia en els casos d'addicció no greu. A favor d'aquesta possibilitat STS de 28-2-2001 i de 28-9-2001. En contra STS de 5-9-2001.

¹² MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Coordinador Estudios Jurídico – Penales y Político – Criminales..... Ja citat anteriorment.

Igualment la possibilitat d'apreciar l'atenuant de addicció greu com a molt qualificada ha estat també objecte de diferències jurisprudencials. Així, a favor, Interlocutòria del TS de 17-1-2001; i en contra STS de 20-10-2000 (MORILLAS¹³).

Podem veure, doncs com també en aquest punt la redacció actual del Codi penal dona lloc a situacions d'una total inseguretat jurídica, en aquest cas pel que fa a les conseqüències del delictes, ja que l'apreciació d'una o altra de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal donarà lloc en definitiva a diferents conseqüències punitives per al condemnat.

Una altra crítica clàssica a l'actual regulació en matèria de drogues és la que fa referència a la gravetat de les penes previstes, que en alguns casos són superiors a les previstes per a l'homicidi.

Així, s'ha arribat a argumentar que donada la desproporció de pena en comparació amb altres delictes, i la seva configuració com a delictes de perill abstracte, el bé jurídic protegit no pot ser la salut pública, ja que en aquest cas s'infringiria el principi de proporcionalitat (MORILLAS¹⁴).

En aquest sentit, GÓMEZ RECIO, Fernando¹⁵ assenyala també la paradoxa de mentre les penes previstes en els restants tipus delictius s'han anat atenuant en atenció als principis d'humanitat, justícia i reinserció, les previstes per al tràfic de drogues han experimentat una exacerbació punitiva que sembla no haver-se acabat encara.

Les crítiques a la regulació actual en matèria de drogues no afecten només la seva modalitat penal, sinó arriben també a la seva vessant administrativa, representada per la llei orgànica 4/2015 de protecció de la seguretat ciutadana.

La regulació d'aquesta llei, a l'igual que la del Codi Penal, s'inscriu de ple dins la política prohibicionista avui vigent en matèria de drogues, i estén l'àmbit sancionador més enllà del dret penal, a conductes que pretesament suposen una agressió a la seguretat ciutadana.

¹³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Coordinador Estudios Jurídico – Penales y Político – Criminales..... Ja citat anteriorment.

¹⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Coordinador Estudios Jurídico – Penales y Político – Criminales..... Ja citat anteriorment.

¹⁵ GÓMEZ RECIO, Fernando; *El delito de tráfico de drogas tras la L.O. 15/03 o la definitiva pérdida del sentido de la medida*. Publicado en noticiajuridicas.com.

En concret, el seu article 36.16 sanciona el consum de drogues en determinats llocs (llocs públics) i la tinença il·lícita de substàncies d'aquesta naturalesa.

Enlloc, però especifica quan la tinença de drogues és il·lícita, amb la qual cosa tenim que novament, seran els tribunals qui hauran d'establir quina és la conducta concreta objecte de prohibició.

Torna a ser evident, la inseguretat jurídica generada pels termes en que s'expressa la llei i que no permeten saber, en base a les seves pròpies disposicions, quina és la conducta que se sanciona.

No obstant això, i en tractar-se d'una sanció administrativa, el Tribunal Constitucional ha considerat en STC de 18-11-1993 que aquest precepte és conforme a la Constitució i que per determinar quan la tinença és il·lícita s'haurà de recórrer a la llei 17/1967 sobre normes reguladores d'estupefaents, resultant en conclusió, que és il·legal tota tinença destinada al propi consum.

A pesar de l'esmentada sentència, alguns autors consideren difícilment justificable constitucionalment la sanció de la tinença per al propi consum, quan aquest mateix consum és lícit, i consideren que darrere d'aquesta prohibició no hi ha el més mínim interès jurídic mereixedor de tutela per part de l'ordenament, amb la qual cosa la limitació a la llibertat individual que suposa aquesta norma està mancada de tot fonament que la justifiqui (BORJA JIMÉNEZ¹⁶).

El conjunt de crítiques que fins ara hem exposat fan referència al contingut concret de les normes penals i administratives que sancionen les activitats relacionades amb les drogues.

Des de molts àmbits però, es realitza també una crítica més general, no referida a aspectes concrets sinó al conjunt de la regulació en aquesta matèria.

La normativa fins ara examinada suposa el nucli fonamental de la política criminal en matèria de drogues, que s'inscriu plenament dins els postulats del denominat prohibicionisme.

4. CAS PRÀCTIC DE PROPOSTES DE POLÍTICA CRIMINAL PEL CONSUM I TRÀFIC DE DROGUES

Malgrat les polítiques prohibicionistes a nivell internacional, a finals del anys 90 la estimació de Nacions Unides era que existien uns 180 milions de persones de tot el món que consumien drogues il·lícites.

¹⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política...*; Ja citat anteriorment.

Al mateix temps, el mercat il·legal resulta tan lucratiu que si s'unissin en un trust els traficants de cocaïna ocuparien el primer lloc per sobre de les grans empreses transnacionals existents a l'actualitat d'altres negocis com l'energia o l'automoció.

En el cas espanyol també s'han pogut veure els efectes negatius de la tendència prohibicionista, alhora que no han aconseguit reduir el seu consum.

Així doncs que, després d'haver analitzat el fenomen del consum i tràfic de drogues tòxiques i substàncies estupefaents, i haver valorat críticament les mesures que hi ha desenvolupades a l'actualitat per poder posar-hi fre, passem a articular una sèrie de propostes concretes per tal de proposar un nou replantejament de la política criminal en matèria de drogues.

Aquestes accions o propostes les poden dividir en :

a) ACCIONS JURÍDIQUES:

1. Legalització i despenalitzar del consum i del tràfic.

Quan es parla de legalització cal tenir en compte que aquesta pot ser total o parcial. Total implica la legalització absoluta amb la desincriminació de totes les conductes. Parcial o intermèdia quan es tracta, per exemple, de la desincriminació del posseïdor i el consumidor o de la permissivitat respecte de les drogues amb menys risc o anomenades toves, de tal forma que encara es deixa un marc més o menys ampli de punibilitat, tot i que naturalment inferior que en el cas de la tendència prohibitiva com a estratègia principal.

En el nostre cas, en primer lloc, defensem la legalització per coincidir amb els seus arguments expressats inicialment respecte el debat plantejat sobre la prohibició o legalització. En segon lloc, paral·lelament a la despenalització proposem la regulació de la comercialització d'aquestes substàncies prioritzant així el consum amb garanties de seguretat per a la salut, i només deixant a l'àmbit penal la repressió contra les màfies que actuin al marge d'aquest marc legalitzat. Juntament amb tot això, respecte el risc de consums abusius caldrà prioritzar les mesures assistencials, així com les preventives, potenciant finalment la normalització del consum i la integració adequada d'aquestes substàncies com a eina essencial per a evitar aquests possibles consums desmesurats.

2. Control del poder públic (Estat) a l'elaboració, distribució i venda de les drogues.

A la legalització o desincriminació de les drogues seguiria, com a complement indispensable, un sentiment d'acceptació moral que permetés segons NEUMAN¹⁷ el següent:

¹⁷ NEUMAN, Elías. *La legalización de las drogas...*; ja citat anteriorment.

a.- La informació completa sense retalls sobre la conducta per una bona salut i el que implica les drogues.

b.- El control de qualitat de les substàncies.

c.- L'ajuda assistencial a qui ho necessiti per tots els mitjans terapèutics aplicables i els que puguin en un futur trobar-se.

d.- L'expedició comercial de drogues en farmàcies, hospitals, sanatoris, clíniques, ambulàncies i serveis especialitzats pel personal idoni i con l'asèpsia deguda. Els hospitals podran proporcionar i aplicar gratuïtament drogues, davant de certes circumstàncies socials o personals i la valoració assistencial.

e.- L'Estat imposi i administri els impostos, ajudes i subsidis necessaris per la prevenció, assistència i rehabilitació de consumidors i addictes.

3. Nova concreció de les accions penades.

Segons BORJA JIMÉNEZ, Emiliano¹⁸ realitza les següents demandes en el cas de la legalització de les drogues:

1.- S'han de crear noves conductes delictives en relació a il·legítima elaboració, expedició, distribució i venda de drogues tòxiques ja que aquestes no mantindrien la mateixa punitivitat tan greu que existeix ara.

2.- Només caldria mantenir tipus penals similars als actuals quan es promogui, afavoreixi o faciliti el consum de drogues entre menors d'edat o incapaços.

A més, en aquests casos caldria redefinir el concepte de droga a partir de criteris mèdics i no purament formals.

b) ACCIONS SOCIALS:

1. Educatives. Informatives i sensibilitzadores. Preventives. Assistencials

¹⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de política...*; ja citat anteriorment

El primer nivell estarien les accions preventives que tenen l'objectiu de la realització de programes d'informació i sensibilització pública on sobre tot s'han d'involucrar els mitjans de comunicació, institucions escolars i la família. Aquesta informació és essencial que sigui objectiva, advertint dels costos que pot generar el consum d'aquestes substàncies però sense negar les seves potencialitats beneficioses.

En el segon nivell estarien les accions assistencials amb l'objectiu d'augmentar la qualitat de vida i la cobertura sanitària i social que reben els problemes derivats del consum de drogues. Primer els serveis generals més propers als ciutadans com serveis socials comunitaris i centres de salut. En segon lloc correspon als centres i serveis de tractament especialitzat com centres provincials de drogodependents, Equips de salut mental, unitats hospitalaris de desintoxicació. En tercer lloc s'han d'incloure els centres, serveis i programes destinats a la rehabilitació i reinserció social de drogodependents.

En el tercer nivell hauria de crear-se una xarxa de serveis especialitzats com pisos de reinserció, centre d'artesans per drogodependents i centres de dia destinats als drogodependents que han superat la fase d'intoxicació.

L'educació, conscienciació i adopció de valors i responsabilitats per part de tots els nivells de la societat es un procés que requereix temps. També la transformació d'una indústria tant potent i submergida com el narcotràfic, Legalitzar la producció i comercialització de totes les drogues de la nit al dia pot comportar dolentes conseqüències per la salut pública, ja que sense una consciència prèvia d'aquest procés i una informació suficient a curt termini podria generar problemes. Per tot això la legalització s'hauria de realitzar mitjançant un calendari de transició en el qual s'avançarien etapes a mesura que es mostressin millories en el índexs de consum abusi i drogodependència. El que primer caldria aconseguir és reconèixer el paper de les drogues al llarg de la Història i en les diferents cultures, per desdibuixar la imatge criminalitzada i marginada de l'usuari d'aquestes substàncies, alhora que també s'hauria de tenir present els danys que ha causat el consum d'una determinada substància no integrada culturalment en un determinat context, i la contribució de les respostes repressives a incrementar aquesta problemàtica.

En definitiva, serà necessari la construcció de projectes de divulgació e informació precisa sobre l'ús i els riscos de les drogues, de forma que cada persona, com a consumidora, sàpiga les possibles conseqüències dels seus actes. Aquests projectes han de centrar-se de forma especial en la població jove, sobre tot en els joves de perfil social de mes risc.

L'elaboració de polítiques de prevenció, fent incís a l'estudi i el combat de les causes que porten a qualsevol persona a consumir una droga de forma perjudicial per la seva salut, així com l'estructuració de programes d'educació i protecció a nens i adolescents. Per suposat també polítiques d'ajuda als que pateixen dependència de qualsevol droga.

L'establiment de certes normes, regulacions i sancions sobre el consum, com la obligatorietat de majoria d'edat i l'adquisició en establiments legalment autoritzats (així es controla l'adulteració amb la fi de que el consum es desenvolupi dintre dels paràmetres legals i responguin a principis de salut pública).

c) ACCIONS INTERNACIONALS:

1. Necessitat d'una mateixa política criminal en tota la comunitat internacional per tal de no impossibilitar l'eficàcia de les mesures implementades per un Estat.

A l'actualitat el tràfic de drogues és una constant en els països civilitzats la lluita que mantenen els governs davant de qualsevol manifestació il·lícita de consum de droga. Atenent a la regulació del tràfic de drogues en el dret comparat no difereixen molt les polítiques entre els diferents països on una forta punibilitat és la constant. L'anomenat cas d'Holanda, així com en d'altres països europeus com Suïssa o el Regne Unit, i en alguns estats americans, ha servit per demostrar que el fet de no reprimir el consum de marihuana, a través de la repressió de la seva venda, sinó apostant per la seva canalització i control, no ha comportat un increment d'aquest consum en comparació amb d'altres països que segueixen l'estratègia repressiva de tota manifestació d'aquest ús de les drogues, com és el cas espanyol, així com també s'ha pogut constatar la incidència que aquesta estratègia ha tingut per reduir les actuacions policials, judicials i carcelari que en els països que aposten per la punició ocupa un volum elevat dels casos relacionats amb la criminalitat. En tot cas, però el que també ha quedat reflexat en el cas Holandès és la necessitat d'articular solucions d'aquest tipus en el pla internacional, ja que en cas contrari l'implementació d'aquestes estratègies despenalitzades en un país aïlladament comporta l'afluència de consumidors d'altres països convertint-se en un destí privilegiat i en un reclam per al consum de les substàncies despenalitzades.

La dimensió internacional és bàsica per l'efectivitat de les propostes encara que no han de servir com coartada per a no començar a implementar-les i impulsar-les de forma gradual i experimental en diferents països.

A la legalització o no incriminació i despenalització de les drogues en un context internacional seguiria una millor destinació dels esforços humans i materials per part dels Estats que podrien fer front a altres problemes de les societats actuals encara que degut a la gran diferència entre Estats s'hauria d'acordar un sistema d'ajudes per part dels països més potents cap els altres per unificar tots els esforços en l'actual societat globalitzada en que ens movem.

Tal com demanen diferents Resolucions de diferents associacions o Lligues antiprohibicionistes :

- És urgent i necessari trobar una institució que, en cooperació amb el Consell de Comunitats Europees . el Consell d'Europa y la Organització Mundial de la Salut per posar en marxa a Europa un procés d'unificació de la despenalització de les drogues per incidir a nivell mundial en la necessària unificació de les mesures de política criminal implementades a tots els països.

Totes aquestes propostes s'han d'entendre com a cerca de noves respostes a aquest problema del consum i tràfic de drogues que es troba pràcticament com un dels principals problemes en qualsevol país d'avui en dia.

De totes les propostes les jurídiques semblen les mes agosarades però on realment hi ha d'haver el gran canvi és en les propostes socials amb una transformació profunda de la concepció del fenomen del consum i tràfic de drogues per part de la societat així com l'establiment d'accions socials molt diverses però totes elles molt importants per tal de poder assegurar l'èxit del canvi de política criminal.

Donades les característiques d'aquest fenomen s'han d'entendre les propostes com a compromisos que s'han de dur a terme internacionalment i abocant a tot els països suficients mitjans per poder acompanyar les accions judicials amb les accions socials que si han de ser dotades de tots els elements materials i humans per que arribin a ser efectives.

En definitiva aquesta és una proposta que buscar donar una resposta més humana i respectuosa amb la concepció de l'individu com a potencialment apte per prendre les seves decisions. En tot cas, coneguts els efectes negatius que poden comportar un abús d'aquestes substàncies, cal donar-los a conèixer, però no aprofitant aquest pretext com justificació per prendre de les mans de les persones el seu dret a decidir.

En aquesta solució pot servir l'opinió del professor NEUMAN¹⁹ quan diu " En deixar que els homes prenguin les seves decisions sense reprimir-los, però si alertant-los sense dramatitzacions , sense bogeria, sense moure tabús que els transformen en mercaderies, sense deixar que el control penals castigui a les víctimes de les drogues, perquè aquesta repressió només ha servit per incrementar el preu del producte. **El prohibicionisme no ha pogut prohibir res**".

¹⁹ NEUMAN, Elías. *La legalización de las drogas.....*; ja citat anteriorment.