

# La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador

## Reflexiones en torno a la doctrina jurisprudencial

Juan MUÑOZ SANCHEZ,  
Juan Carlos LOPEZ CABALLERO  
y Carlos LARRAÑAGA JUNQUERA

### I. INTRODUCCION

En los últimos años se ha ido configurando una línea jurisprudencial sobre el delito de tráfico de drogas que supone una importante restricción del tipo penal. Nos referimos a aquellos pronunciamientos de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que declaran la atipicidad del "consumo compartido" y de ciertos casos de donación a drogodependientes.

Esta tesis jurisprudencial, hoy mayoritaria, choca frontalmente con la interpretación tradicional que, al menos hasta 1983 y desde la Reforma de 1988, el Tribunal Supremo ha mantenido sobre el alcance del tipo penal contenido en el artículo 344 del Código Penal de 1973, cuyo tenor literal aparece reproducido en el actual artículo 368, y en virtud de la cual no se permitía ningún resquicio de impunidad en las conductas favorecedoras del consumo de drogas, de modo particular, en los supuestos de donación. Tesis tradicional que permanece como doctrina minoritaria en la actual jurisprudencia.

Aun cuando esa nueva jurisprudencia no es aceptada de forma unánime por el Tribunal Supremo, y a pesar de que la fundamentación de la impunidad no siempre se efectúa con la necesaria claridad conceptual y el rigor dogmático exigibles, lo cierto es que constituye una clara manifestación contraria al enfoque exclusivamente represivo que hoy impera sobre el problema de la droga<sup>1</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista dogmático, supone una interpretación que viene a profundizar en la idea de restringir los delitos de peligro abstracto, en la línea de hacerlos compatibles con el principio de culpabilidad<sup>2</sup>.

El presente trabajo tiene por objeto plantearnos, al hilo de esa línea jurisprudencial, la relevancia jurídica penal que puede tener la administración controlada de heroína en el marco de un programa deshabitador.

El tema no sólo presenta un interés dogmático si-

no que además tiene una gran trascendencia político criminal.

El análisis dogmático lo centraremos, en primer lugar, en considerar si tal comportamiento resulta abarcado por el tipo penal del artículo 368 del Código Penal, atendiendo a la nueva jurisprudencia antes referida, y que ha nacido con ocasión de los supuestos de "consumo compartido" y de los casos de entrega de tales sustancias a drogodependientes por personas allegadas, sea con fines de deshabitación o sea para mitigar los efectos nocivos del síndrome de abstinencia.

En un segundo apartado, abordaremos la antijuricidad de la conducta, y en particular si el suministro de heroína como tratamiento deshabitador, en caso de que se entendiera como una conducta típica, puede estar amparado por la causa de justificación prevista en el artículo 20, 7º del Código Penal, en el sentido de considerar tal consumo un tratamiento médico alternativo.

Por último, se analizará la cuestión desde el prisma de la responsabilidad administrativa que pudiera derivarse tanto para el personal sanitario como para los destinatarios de tales sustancias.

Su trascendencia político criminal deriva de la importancia que para los heroinómanos tendría un tratamiento alternativo de carácter terapéutico, sobre todo después del constatado fracaso en otros programas terapéuticos. Además, esta propuesta se enmarca en el debate entre la alternativa que propone una profundización en la represión de todas las conductas relativas al consumo de drogas y la que aboga por un cambio radical de perspectiva que lleve consigo una limitación de los contenidos punitivos, con la que se pone el énfasis en actuaciones de tipo preventivo y asistencial, incidentes sobre la demanda de la droga en lugar de sobre la oferta.

### I. ESTRUCTURA Y NATURALEZA DEL DELITO DE TRAFICO DE DROGAS

El Código Penal protege la salud pública castigando las conductas que, referidas a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tiendan a promover su consumo por parte de los ciudadanos.

La constatación de la nocividad que el consumo

<sup>1</sup> Sobre la tendencia que propone una profundización en la represión de todas las conductas relativas al tráfico de drogas, véase Díez Ripollés, *La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente* en ADPCP 1987, pp. 347 y ss.; del mismo, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Tecnos 1989, pp. 11-58.

<sup>2</sup> Véase un análisis de las distintas vías de restricción de los delitos de peligro abstracto en Muñoz Sánchez, *El agente provocador*, Tirant lo Blanch 1995, pp. 78-82.

de tales sustancias provoca en la salud de la ciudadanía determina que el legislador, para lograr una más eficaz protección de dicho bien jurídico, recurra a la técnica de los llamados “delitos de peligro abstracto”; en virtud de ella se anticipa la barrera de la protección penal a la realización de la conducta tenida por peligrosa, no siendo necesario, por tanto, constatar un peligro efectivo del bien jurídico. El legislador describe sólo un determinado comportamiento que es observado generalmente como peligroso. El delito se consuma con la mera realización descrita en el tipo, sin que se exija la puesta en peligro concreto del bien jurídico, ni siquiera que la acción concreta sea peligrosa para la salud pública<sup>3</sup>.

Las conductas punibles, que el legislador considera que son peligrosas generalmente para la salud pública, vienen formuladas de modo muy amplio en el artículo 368 del vigente Código Penal.

Según dicho artículo se castiga a “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” discriminando el castigo en función de la nocividad que la sustancia tenga para la salud, esto es, según sean “drogas duras” o “blandas”.

El núcleo de la configuración legal del delito de tráfico de drogas radica, pues, en la promoción del consumo de tales sustancias, de modo que cualquier conducta que tienda a acercar la droga a eventuales consumidores, entra de lleno en la tipicidad del artículo 368 del CP<sup>4</sup>.

Se trata, en suma, de prohibir todo el ciclo económico que subyace en el tráfico de drogas, castigando las conductas de cultivo o elaboración de las drogas, e incluso las anteriores —caso del artículo 371 del CP sobre precursores—, culminando con la sanción de su puesta a disposición del consumidor<sup>5</sup>.

La naturaleza de delito de peligro acarrea dos importantes consecuencias, que suponen una mayor amplitud, si cabe, en la configuración legal del delito

contemplado en el artículo 368 del CP.

Son las siguientes:

a) De un lado, el que como regla general no se suelen admitir las formas imperfectas de ejecución en dicho delito, pues la mera actividad preparatoria de un futuro tráfico ya está abarcada por el tenor literal del tipo penal, dando lugar a su consumación<sup>6</sup>.

b) En segundo lugar, el que generalmente no se conciba la participación en el delito, en el sentido de que cualquier contribución, por mínima que sea, a esa promoción del consumo ajeno constituye ya un caso de autoría<sup>7</sup>.

Esta amplia formulación legal del tipo tiene una importante excepción en nuestro Derecho, cual es la relativa a la atipicidad de la posesión de drogas sin una ulterior finalidad de tráfico o promoción de su consumo por terceros.

Por tanto, quien posee droga para su propio consumo, cualquiera que sea la naturaleza de la sustancia, está al margen del Derecho penal<sup>8</sup>.

## 1. El delito de tráfico de drogas como delito de peligro abstracto

Como se ha apuntado, la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido configurando la naturaleza del tipo delictivo del artículo 368 del CP como un delito de peligro “abstracto”.

Ahora bien, bajo tal caracterización es posible un distinto entendimiento del objeto de protección de estos delitos, en función de cómo se entienda la situación de peligro que se trata de evitar.

<sup>3</sup> Aluden a ello, admitiendo con carácter excepcional las formas imperfectas: De la Cuesta *El marco*, cit., p. 396; Pneto Rodríguez, *El delito*, cit., p. 189; Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., p. 65; Muñoz Conde, *Derecho Penal*, cit., p. 572; Valle Muñiz/Morales García, *Comentarios*, cit., pp. 1001-1002; Carmona Salgado, *Curso de*, cit., p. 160. En la jurisprudencia la línea mayoritaria no admite la apreciación de la tentativa: así la STS de 14 de mayo de 1990 A. 9520 sostiene que “la mera ejecución de un acto exterior correspondiente a cualquiera de las acciones típicas contenidas en el parágrafo 1º del artículo 344 del Código Penal presupone la consumación delictiva”. En el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 1995 A. 1837 señala que “el delito contra la salud pública por tráfico de drogas es de riesgo abstracto o de peligro general; y, por lo tanto, de consumación anticipada, bastando la mera tenencia con ese destino aunque no llegen a realizarse actos de tráfico, pues la comercialización y el lucro caen más allá de la consumación, que así es independiente del resultado”.

<sup>4</sup> En este sentido Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., p.65. Muñoz Conde, *Derecho Penal*, cit., pp. 572-573; Carmona Salgado, *Curso de*, cit., p. 165. Criterio también sostenido por la STS de 16 de junio de 1995 A. 4577, según la cual “La amplia redacción del artículo 344 —hoy 368 CP de 1995— del Código Penal permite encuadrar en el tipo delictivo cualquier actividad de cultivo, elaboración, tráfico, tenencia o cualquiera otra de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que a su vez determina un concepto extensivo de autoría que excluye la aplicación, al menos en principio, de formas de participación...”

<sup>5</sup> Así lo ha venido entendiendo tradicionalmente la doctrina. Carbonell Mateu, *Consideraciones técnico jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas en La problemática*, cit., p. 345; García-Pablos, *Bases para una política criminal de la droga en La problemática*, cit., p. 385; Torio López, *Problemas político-criminales en materia de drogadicción en Delitos contra*, cit., p. 497 y 508-513; Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., p. 64; Muñoz Conde, *Derecho Penal*, cit., pp. 570-571. Coincide en ello la jurisprudencia: así las SSTS de 2 de noviembre de 1992 A. 8866; 18 de diciembre de 1992 A. 16.446; 22 de noviembre de 1993 A. 1488; 14 de abril de 1993 A. 3264; 7 de junio de 1993 A. 4851; 7 de febrero de 1994 A. 713

<sup>3</sup> En relación al concepto de peligro Cfr. Torio López, *Los delitos de peligro hipotético*, ADPCP 1981, pp. 827-828; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español Parte General II. Teoría jurídica del delito/ 1*, Tecnos 1997, pp. 105-110; Bacigalupo, *Problemas dogmáticos del delito de tráfico de drogas (artículo 334) en La problemática de la droga en España*, Edersa 1986, pp. 96-102.

<sup>4</sup> Así Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., pp. 58-60; Conde Pumpido Ferreiro, *El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones en La problemática*, cit., p. 119; Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch 1997, 11ª ed., p. 569; Boix Reig, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch 1993, p. 343; Valle Muñiz/Morales García, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi 1996, p. 1001; Carmona Salgado, *Curso de Derecho penal español. Parte Especial II*, Marcial Pons 1997, p. 157.

<sup>5</sup> La doctrina coincide en señalar que la configuración legal del delito de tráfico de drogas da lugar a un tipo abierto que intrinseca los principios de legalidad y seguridad jurídica, conduciendo a una desmesurada amplitud del ámbito de lo punible: De la Cuesta, *El marco normativo de las drogas en España*, en RGLJ 1988 n° 3, p. 396; Pneto Rodríguez, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Bosch 1986, pp. 185-186; Vives Antón, *Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes en Delitos contra la salud pública*, Valencia 1977, pp. 545 y ss.; Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., pp. 58-59; Muñoz Conde, *Derecho Penal*, cit., p. 570; Valle Muñiz /Morales García, *Comentarios*, cit., p. 1001; Carmona Salgado, *Curso de*, cit., p. 157.

En efecto, bajo el concepto de peligro caben diferentes interpretaciones sobre cuándo se da la situación peligrosa y, especialmente, si basta con la mera realización de la conducta tenida por tal o si, por contra, es preciso la comprobación de su peligrosidad en el caso concreto.

Y es evidente que en función de una u otra caracterización de ese peligro se producirá, correlativamente, una ampliación o restricción de la tipicidad penal, de los comportamientos prohibidos.

En los delitos de peligro abstracto, entendidos en sentido "puro", no se exige en el correspondiente tipo penal la realización de un peligro efectivo para el bien jurídico protegido. El legislador describe en estos delitos sólo un determinado comportamiento que es tenido generalmente como peligroso, de modo que el delito se considera consumado con la mera realización de la conducta descrita en el tipo.

No se supedita su sanción, pues, a la puesta en peligro concreto del bien jurídico y ni siquiera a que la acción realizada en particular sea peligrosa<sup>9</sup>

Con un tal entendimiento, el delito de tráfico de drogas se daría con la mera realización de cualquier conducta que tienda a promover el consumo ilegal de tales sustancias, con independencia de que la droga haya podido llegar o no a sus eventuales destinatarios<sup>10</sup>.

Sin embargo, un sector doctrinal y una importante corriente jurisprudencial que se va abriendo paso, sostienen que el entendimiento del delito de tráfico de estupefacientes como un delito de peligro abstracto, *en sentido puro*, llevaría a configurar este delito como un delito de mera actividad, de desobediencia formal a la norma, que sería contrario al principio de culpabilidad y que, en suma, vulneraría el derecho constitucional a la presunción de inocencia<sup>11</sup>.

Por ello no resulta extraño que la jurisprudencia más reciente haya tratado de restringir la punibilidad del delito de tráfico de drogas, y que esta línea de interpretación restringida se haya impuesto finalmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo afirmarse que constituye actualmente la tesis mayoritaria<sup>12</sup>.

## 2. Interpretaciones restrictivas

La doctrina defiende la idea de restringir la punibilidad de los delitos de peligro abstracto en general, bien exigiendo la peligrosidad *ex ante* de la acción<sup>13</sup>, bien admitiendo la prueba en contrario *ex post* de la no producción de un resultado de peligro en el caso concreto<sup>14</sup>, o bien, finalmente, configurando ciertos delitos de peligro abstracto como delitos de "peligro hipotético": es decir, entendiendo que el "tipo no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito". Se trata de exigir, además de la peligrosidad de la acción, la posibilidad de producción del resultado de peligro, o lo que es lo mismo, que el juez ha de verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste<sup>15</sup>.

Conforme a estas variantes se puede decir que no se dará la tipicidad del delito de tráfico de drogas en aquellos casos en los que el peligro que caracteriza la acción de este delito quede totalmente excluido, bien porque la acción no es peligrosa "ex ante", o bien porque no ha producido un resultado de peligro para el bien jurídico o falta la posibilidad del resultado peligroso.

En esta dirección de restricción del tipo se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial mayoritaria en los últimos años:

a) En cuanto al bien jurídico que se trata de proteger con este precepto, se comparte la idea de que se trata de un "bien jurídico colectivo", "social", "abstracto", "carente de individualización, pues se refiere a la generalidad"<sup>16</sup>.

Razón por la cual esta línea jurisprudencial establece que los supuestos de compartir un consumidor la droga con un pequeño grupo de personas de su entorno son atípicos, siempre que por las circunstancias del caso "se descarte el peligro a la salud general". Así la sentencia de 16 de septiembre de 1996 afirma que "en estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho".

b) Por otro lado son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que exigen la peligrosidad de la acción: Así las SSTs de 19 de mayo de 1993 y la

1997 fundamentan tales restricciones en los principios básicos del Ordenamiento Penal.

<sup>9</sup> Véase, por todos, Cerezo Mir, *Curso de*, cit., p. 105.

<sup>10</sup> Señalan que la estructura del delito de tráfico de drogas es de un delito de peligro abstracto Rey Huidobro, *El delito de tráfico de estupefacientes*, Bosch 1987, pp. 87-89; Bacigalupo, *Problemas dogmáticos*, cit., pp. 93-95; Cobo del Rosal, *Consideraciones generales sobre el denominado "tráfico de drogas lógicas o estupefacientes en Delitos contra*, cit., pp. 159-164; Carbonel Mateu, *Consideraciones*, cit., p. 105; Boix Reig, *Derecho penal*, cit., p. 354; Díez Ripollés, *Los delitos*, cit., p. 62; Valle Muñoz/Morales García, *Comentarios*, cit., p. 354

<sup>11</sup> Véase una crítica al entendimiento del delito de tráfico de estupefacientes como un delito de peligro abstracto, en sentido puro, en Bacigalupo, *Problemas dogmáticos*, cit., pp. 96-102.

<sup>12</sup> Crítica que ha encontrado eco en la jurisprudencia. Así la STS de 22 de febrero de 1993 A. 1488 afirma que los delitos de peligro abstracto son difícilmente compatibles con el principio de culpabilidad, pues "la creación de un peligro meramente ficto sólo puede dar lugar a una culpabilidad ficticia". En el mismo sentido la STS de 29 de mayo de 1993 A. 4282 sostiene que "el peligro abstracto no debe ser entendido como peligro presunto, de forma que cualquier acción que cumpla objetivamente la acción legal se entienda ya "per se", peligrosa...., pues el tipo de presunción vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia".

<sup>13</sup> Las SSTs de 28 de octubre de 1996 y de 22 de enero de

1997 fundamentan tales restricciones en los principios básicos del Ordenamiento Penal.

<sup>14</sup> Así Escriba Gregori, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch 1976, pp. 72 y ss.; Mir Puig, *Derecho penal Parte general*, PPU 1996, 4ª ed., pp. 209-210

<sup>15</sup> Cfr. Barbero Santos, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto* ADPCP 1973, pp. 489, 495 y ss.; Benstain, *Resultado y delitos de peligro*, Revista de la Facultad de Derecho de La Universidad de Madrid vol. XIII nº 34-35-36 1969, pp. 457-459

<sup>16</sup> Véase Torio López, *Los delitos*, cit., p. 828.

<sup>17</sup> Así las SSTs de 22 de febrero de 1993 A. 1488; 29 de mayo de 1993 A. 4282; 9 de febrero de 1994 A. 685 o la de 16 de septiembre de 1996 A. 6617.

de 12 de septiembre de 1994 van a exigir, para que se pueda entender cometido el delito de tráfico de drogas, que "el peligro, como riesgo de lesión del bien jurídico protegido, se encuentre realmente presente en la acción..."<sup>17</sup>.

c) Finalmente, alguna resolución como la sentencia de 7 de febrero de 1994<sup>18</sup> admite la prueba en contrario en el caso concreto, al decir que: "el peligro abstracto propio del tipo del artículo 344 —hoy 368 del CP— y que integra el basamento de su antijuridicidad material, no implica que haya de presumirse tal peligro "iuris et de iure", sino, al contrario, si en el caso concreto se acredita la ausencia de tal contenido de riesgo... no se cumple en tal clase de conductas la adecuación al tipo del artículo 344".

La sentencia de 11 de diciembre de 1995<sup>19</sup> resume esta línea jurisprudencial señalando en este sentido que "una reciente línea jurisprudencial...viene reduciendo la extensión del artículo 344 del Código Penal —hoy 368— en aquellos supuestos en los que es posible excluir la tipicidad cuando el peligro que caracteriza la acción queda excluido, debiendo analizarse en cada caso si la conducta es la adecuada para producir los resultados que la ley quiere evitar".

En definitiva esta corriente jurisprudencial ha aplicado los criterios elaborados por la doctrina para la restricción de los delitos de peligro abstracto al tipo legal del artículo 368, reduciendo así el excesivo ámbito de punibilidad del delito de tráfico de drogas. Sin embargo, no siempre lo hace con la necesaria claridad conceptual ni con el rigor dogmático exigible, pues en unas sentencias, como vimos anteriormente, se exige la peligrosidad de la acción, en otras admite la prueba en contrario *ex post* de la no producción de un resultado de peligro o requiere como elemento del tipo junto a la peligrosidad de la acción la posibilidad de un resultado peligroso para la salud pública.

En nuestra opinión es rechazable por razones sistemáticas la prueba en contrario *ex post* de la no producción de un resultado de peligro. Si partimos de que el acusado debe de aportar la prueba, ello sería contrario al principio *in dubio pro reo*. Si, por el contrario, es el Tribunal quien debe de aportar la prueba de la peligrosidad concreta entonces el delito de tráfico de drogas se convertiría de *facto* en un delito de peligro concreto.

Tampoco nos parece admisible incluir en el tipo acciones que desde una perspectiva *ex ante* sean peligrosas si no existe posibilidad de un contacto entre la acción y el objeto de protección, la salud

pública. De manera que en aquellas hipótesis en que la salud pública no puede entrar en el radio de efectividad del acto está excluida la tipicidad. Ocurre así cuando se realiza una entrega de heroína a un toxicómano con fines de deshabitación o de hacer frente al síndrome de abstinencia sin excluir de antemano la posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas. En este caso la acción de entrega de heroína merece el calificativo de peligrosa en cuanto que acerca la droga al consumidor, pero si en la situación concreta no es posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, esto es, no existe posibilidad de difusión de la droga entre terceras personas, no puede producirse un peligro efectivo para la salud pública.

Por ello consideramos que la fundamentación dogmática que permite explicar la restricción del ámbito de punibilidad del delito de tráfico de drogas es que el tipo legal del artículo 368 presenta las características que definen el delito de peligro hipotético o por lo menos cabe una reducción teleológica del tipo en ese sentido<sup>20</sup>.

1. En efecto, de un lado, y en cuanto que el tipo agravado del delito exige que se trate de sustancias o productos que "causen grave daño a la salud" y su tipo básico que éstos "causen daño a la salud" ("en los demás casos" como dice el artículo 368), el delito en su conjunto está exigiendo que el objeto de la acción —las drogas o estupefacientes— han de ser sustancias que causen en cualquier caso daño a la salud; por otro lado, como lo que se trata de evitar es el consumo de tales sustancias, se comprueba fácilmente que la acción de promover, favorecer o facilitar su consumo, en la medida que acerca la droga al consumidor, merece el calificativo de peligrosa para la salud pública.

Por otra parte, el tipo no requiere ni la lesión ni la puesta en peligro concreto de este bien. Pero tampoco basta cualquier acción de "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas", formalmente coincidente con el tipo, pues la tipicidad depende de si el acto puede afectar de algún modo a la salud pública. Se puede decir que el sentido del tipo a partir de su propio tenor literal es neutralizar acciones peligrosas, es decir, acciones aptas para la producción de un peligro del bien jurídico de la salud pública<sup>21</sup>.

2. En segundo lugar, una interpretación teleológica de la norma permite afirmar que, dado que el resultado que se trata de impedir es la difusión de la droga entre terceras personas, no basta con lo anterior, esto es, con que la acción sea adecuada para originar un peligro a la salud pública, sino que se exige además que en la situación concreta sea posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para la salud pública<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> STS de 19 de mayo de 1993 A. 4282; STS de 12 de septiembre de 1994 A. 7204. Asimismo las SSTS de 22 de febrero de 1993 A. 1488 y 14 de abril de 1993 A. 3264 requieren como elemento del tipo penal "la adecuación de la acción a la producción de determinados resultados sobre la salud pública", la de 12 de septiembre de 1994 A. 7024 declara atípica la conducta por "su comportamiento inocuo para la potencial creación del riesgo" y las SSTS de 28 de octubre de 1996 y de 22 de enero de 1997 declaran impune la entrega de una cantidad mínima de droga porque "prácticamente cancela sus posibilidades de difusión, pudiendo excluirse la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido".

<sup>18</sup> STS de 7 de febrero de 1994 A. 713.

<sup>19</sup> STS de 11 de diciembre de 1995 A. 9236.

<sup>20</sup> Así se manifiesta Muñoz Conde, *Derecho Penal*, cit., p. 572.

<sup>21</sup> En este sentido Muñoz Sánchez, *El agente*, cit., p. 81.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

### III. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL “CONSUMO COMPARTIDO” Y DE “LA DONACION DE DROGAS A DROGODEPENDIENTES POR PERSONAS ALLEGADAS CON FINES DE DESHABITUACION O PARA EVITAR LOS RIESGOS DE LA CRISIS DE ABSTINENCIA”

En base a esta reducción teleológica del tipo del artículo 368 del CP, esta corriente jurisprudencial sostiene la atipicidad de dos supuestos distintos:

a) Los casos del llamado “consumo compartido”, es decir, la adquisición de drogas que una persona efectúa para su posterior e inmediato consumo en forma conjunta con otros consumidores y, de otro lado,

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

A. Aún cuando los casos del llamado “consumo compartido” no son de aplicación lineal al supuesto que aquí nos planteamos conviene apuntar la fundamentación sobre la que se hace descansar la atipicidad de tales comportamientos.

Los supuestos en los que un consumidor comparte la droga adquirida con otra o varias personas de su entorno, deben ser extraídos del ámbito de la tipicidad del delito de tráfico de drogas porque no se aprecia en tales conductas un peligro abstracto para el bien jurídico protegido ni la acción es en sí misma adecuada para crearlo.

Esta doctrina viene siendo aceptada de forma mayoritaria por el Tribunal Supremo<sup>23</sup>. Las circunstancias en las que tiene que producirse el consumo compartido para excluir el peligro a la salud pública son las siguientes:

1. Que esté totalmente descartada la posibilidad de difusión de la droga entre el público. De ahí que se exija que tal consumo se realice en un recinto cerrado y que las cantidades adquiridas y repartidas no rebasen los límites propios para un consumo inmediato.

2. Que no haya existido contraprestación.

3. Que la otra u otras personas consuman la droga voluntariamente, en presencia de quien la entrega.

B. El segundo supuesto, de entrega de drogas a adictos con fines de deshabituación o para evitar los riesgos que tales crisis originan, no es aceptado unánimemente por la jurisprudencia siendo aún controvertido, si bien en los últimos pronunciamientos se va consolidando como mayoritaria tal opinión en la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Partiendo del mismo fundamento que en los casos de consumo compartido, la tesis que considera atípico tal caso de donación se formula en palabras

de la importante STS de 16 de septiembre de 1996<sup>24</sup> así: “En los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 —hoy 368— del Código Penal. En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho”.

Este planteamiento aparece por primera vez en la STS de 29 de mayo de 1993<sup>25</sup> donde se afirma que: “Si bien es cierto que entre las conductas comprendidas en el citado artículo 344 está la de “facilitar” el consumo de la droga por terceros, se hace preciso por razones sociales, humanitarias y la finalidad de la norma distinguir, a efectos de su relevancia penal, los tipos o fines de la “facilitación”, diferenciando los supuestos en los que se pretende promover la expansión del producto de aquellos otros en que la finalidad es reducir el consumo de una persona adicta a efectos de una paulatina deshabituación hasta el posterior ingreso en un centro de desintoxicación, en cuyo caso la acción no debe de considerarse penalmente típica”.

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

Son los siguientes:

1. Que no se produzca difusión de la droga entre terceros.

2. Que no exista contraprestación alguna como consecuencia de la donación.

3. Que la donación lo sea para el consumo inmediato, en presencia o no de quien entrega la droga.

4. Que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, o con fines de deshabituación.

5. Que se trate de cantidades mínimas.

El fundamento de la impunidad, como ya se ha indicado, viene determinado porque, aun cuando se trata de actos de tráfico, éstos no producen difusión de las drogas entre terceras personas indeterminadas, que es el resultado final que se pretende impedir y se prohíbe en el artículo 368 del CP.

Volviendo al punto de vista del peligro abstracto a la salud pública, éste no aparece primordialmente excluido porque lo que se pretende no es crear un peligro para la salud del destinatario de la droga si-

<sup>24</sup> STS de 16 de septiembre de 1996 A. 6617.

<sup>25</sup> STS de 29 de mayo de 1996 A. 4282. Planteamiento que se ha mantenido, en forma reiterada, por el Tribunal Supremo en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1993 A. 6093; 16 de septiembre de 1993 A. 6695; 7 de febrero de 1994 A. 713, 8 de abril de 1994 A. 2902, 12 de septiembre de 1994 A. 7204, 23 de diciembre de 1994 A. 9551; 11 de diciembre de 1995 A. 9236, 16 de enero de 1995 A. 76; 25 de enero de 1996 A. 296, 8 de febrero de 1996 A. 813, culminando con la STS de 16 de septiembre de 1996, antes citada.

<sup>23</sup> Así, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1992 A. 10.446; 2 de noviembre de 1992 A. 8866; 27 de septiembre de 1993 A. 7683; 6 de octubre de 1993 A. 7291; 14 de abril de 1993 A. 3264; 9 de febrero de 1994 A. 685; 3 de marzo de 1994 A. 1690; 16 de marzo de 1994 A. 2324; 17 de junio de 1994 A. 5174; 19 de julio de 1994 A. 6654; 10 de noviembre de 1994 A. 8900; 20 de marzo de 1996 A. 2461 o 5 de febrero de 1996 A. 793.

no procurar, por el contrario, la recuperación del mismo controlando y disminuyendo su adicción; más bien, lo es porque la "facilitación" que se produce no esta dirigida a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretamente a una determinada, a cuya rehabilitación se pretende auxiliar excluyendo expresamente el que llegue a ser destinada a terceros.

Este fundamento explica que en algunas de las sentencias del Tribunal Supremo que comparten esta doctrina se declare la punibilidad cuando la entrega de la droga, aun efectuada con esos fines, se haga de forma que no garantice su no difusión entre terceras personas distintas al destinatario.

Así la sentencia de 23 de diciembre de 1995<sup>26</sup> declara típica la conducta porque "al no tratarse de entrega directa ni, por tanto, consumo inmediato no podría controlarse el peligro de difusión a terceros", o porque "la cantidad y pluralidad de las sustancias... significa en sí misma más posibilidades de "corte", que facilita grandemente la ampliación de su difusión..." (STS 8 de febrero de 1996,<sup>27</sup>).

Podemos resumir esta línea jurisprudencial diciendo que concibe el delito de tráfico de drogas como un tipo que si bien no reclama, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro "concreto", la producción de un peligro efectivo, si exige una acción apta para producir un peligro para el bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito. Es decir, el tipo requiere:

a) Una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada, según un juicio de pronóstico, como peligrosa para la salud pública.

b) La posibilidad de un resultado peligroso para la salud pública, esto es, que el juez verifique si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la acción y la salud pública, en cuya virtud hubiese podido producirse un peligro efectivo para ésta.

Esta línea jurisprudencial, que como se dijo es hoy mayoritaria en el Tribunal Supremo, ha sido, no obstante, contestada en otras resoluciones que van a cuestionar el modo en que se han de tratar las situaciones de abstinencia de un drogadicto. En esta tesis, minoritaria, el Tribunal Supremo considera que "la entrega de la sustancia de tal clase — heroína— cualquiera que sea la intención que la presida e incluso la de ayudarle para calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal del artículo 344 —hoy 368—"<sup>28</sup>. El fundamento de esta línea interpretativa radica en considerar que "no se auxilia a quien vive momentos de alteración por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, de la forma en que procedió la encarada —entrega de pequeñas cantidades de droga—, sino con el correspondiente tratamiento médico a que se le debe someter, pues facilitar más droga en tales casos propicia el mantenimiento de la dependencia y, lo que puede ser peor, el abandono del

tratamiento curativo que se siga o la ruina completa de la persona que se pretende auxiliar"<sup>29</sup>.

Esta argumentación jurídica ha sido combatida recientemente en la ya citada sentencia de 16 de septiembre de 1996, cuando afirma que "el supuesto concreto en el que el toxicómano se ve inmerso, pronto para la explosión mental que el síndrome de abstinencia representa, no se soluciona de inmediato con tratamientos médicos ni, por el contrario, se agrava la dependencia porque se busquen remedios urgentes e inmediatos....", añadiendo, acto seguido, que "... otra cosa es que agotada esta vía excepcional, facilitando un consumo curativo o paliativo del mal... no se aborden después los medios que la medicina ofrece al respecto".

La cuestión que se discute, por tanto, es si este consumo de droga puede ser calificado como consumo curativo o paliativo del mal.

En la sentencia que se comenta así se configura, si bien como remedio excepcional, en el sentido de que la entrega de drogas en este contexto sólo cumple una finalidad curativa inmediata, pero exigiendo que cumplido su limitado fin, se abra el paso al pertinente tratamiento médico.

#### IV. SIGNIFICACION JURIDICO PENAL DE LA ADMINISTRACION CONTROLADA DE HEROINA A DROGODEPENDIENTES CON FINES DE DESHABITUACION

Con estas premisas se puede abordar la significación jurídico penal de la administración controlada de heroína a drogodependientes con fines de deshabituación.

##### 1. La exclusión de la tipicidad

a) *La consideración del comportamiento como conducta no abarcada en el delito del tráfico de drogas*

La administración controlada de heroína a drogodependientes con fines de deshabituación podría considerarse excluida de la tipicidad del artículo 368 del Código Penal, siempre y cuando se acepte —en consonancia con la línea jurisprudencial restrictiva expuesta— que tal delito no debe entenderse como un delito de peligro abstracto *puro*.

En efecto, en la medida que la administración de heroína a drogodependientes se haga en el marco de un tratamiento deshabituador y en cuanto se excluya toda posibilidad de difusión de la droga más allá de su destinatario concreto, la conducta no supone "promover", "favorecer" o "facilitar" el consumo de drogas a terceros indeterminados, que es el resultado que trata de evitar la norma penal.

Ello se corresponde con el dato de que tal conducta no pone en peligro la salud pública: en primer lugar, no puede ser calificada de peligrosa para el bien jurídico de la salud pública si con ella se procu-

<sup>26</sup> STS de 23 de diciembre de 1995 A. 9551.

<sup>27</sup> STS de 8 de febrero de 1996 A. 813.

<sup>28</sup> Así las SSTs 11 de junio de 1992 A. 5200; 1 de octubre de 1993 A. 8093; 23 de junio de 1994 A. 5382; 6 de octubre de 1994 A. 7916

<sup>29</sup> STS de 29 de enero de 1996 A. 151.

ra la recuperación del drogadicto, controlando y disminuyendo su consumo. Y en segundo lugar, y fundamentalmente, no existe posibilidad de que la droga llegue a terceras personas, pues la "facilitación" que se produce no está destinada a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretamente a una determinada, a cuya rehabilitación se pretende auxiliar, excluyendo expresamente el que llegue a terceras personas.

Por tanto, la conducta examinada será atípica siempre que se den las siguientes condiciones:

1) Que el destinatario de la droga sea un drogodependiente.

2) Que el consumo sea voluntario y sin contraprestación alguna.

3) Que se le suministre directamente la droga.

La conducta sería por el contrario típica si se permitiese al drogodependiente consumirla en otro lugar. La razón de ello radica en que en tales casos la droga así entregada escapa al control de quien la entrega y existe la posibilidad de su ulterior difusión entre terceras personas, dando lugar a una acción peligrosa para el bien jurídico protegido.

4) Que la administración de la droga se realice en el marco de un tratamiento deshabitador para evitar los riesgos de la crisis de abstinencia.

Este requisito exige que el drogadicto acepte y siga las indicaciones médicas del tratamiento.

5) Tratándose de un tratamiento curativo o, al menos, paliativo, sería necesario que se llevara a cabo, directamente o bajo su dirección, por profesionales habilitados para prescribir un tratamiento de tal naturaleza.

Bajo estas condiciones se puede, en atención a la jurisprudencia existente para los casos de donación antes aludida, afirmar que la administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa rehabilitador no plantea problemas jurídico-penales por no estar tipificada como conducta punible en nuestro Código Penal.

#### b) *Algunos inconvenientes que puede presentar dicha tesis*

No obstante, la tesis acabada de exponer presenta algunos inconvenientes, que es preciso destacar:

En primer lugar, el que se deriva de una jurisprudencia minoritaria contradictoria con la tesis antes expuesta y que, como se anticipó anteriormente, va a considerar siempre típica la donación de drogas, con independencia de la finalidad perseguida con la entrega.

En segundo lugar, que la tesis de la impunidad de la donación con fines altruistas no se corresponde linealmente con la administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabitador.

En efecto, en la tesis jurisprudencial proclive a considerar impunes ciertos casos de donación, se barajan dos supuestos diferentes, aunque aparezcan a veces expuestos de forma conjunta.

Son los casos de entrega de droga para paliar los

efectos del síndrome de abstinencia en el drogodependiente, de un lado, y, de otro, los supuestos en los que se trata de conseguir la deshabitación del adicto mediante la entrega periódica de tales sustancias.

Pues bien, del primer grupo de casos, que podríamos calificar de tratamiento de choque —evitación del síndrome— se diferencia el que es objeto de estudio en que no se trata de una entrega de heroína al drogodependiente inveterado como un remedio excepcional para evitar o paliar los riesgos que la crisis de abstinencia produce —único supuesto admitido en la STS de 16 de septiembre de 1996—, sino que se trata de una administración continuada de tal sustancia, integrando tal ingesta repetida en un contexto rehabilitador.

Por otra parte, en relación a la entrega con fines de deshabitación, la jurisprudencia comentada alude por lo general a una vinculación afectiva, más o menos próxima, entre el dador y el receptor de las drogas, lo que evidentemente no es el caso de estudio.

## 2. Solución en el ámbito de la justificación si la conducta se considerase típica

Por estas razones, y para el caso de que se entendiera que, conforme a esta otra interpretación jurisprudencial, en un supuesto como el que es objeto de estudio se da ya la tipicidad, cabe, no obstante ello, alcanzar la impunidad en el ámbito de la justificación y, en particular, por medio de la causa de exención de la responsabilidad criminal contenida en el artículo 20.7º del Código Penal: el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El que una conducta como la que analizamos, caso de que se estime típica, pueda estar amparada en dicha causa de justificación se basa, en nuestra opinión, en que la legislación vigente ampara la administración de estupefacientes con fines de deshabitación de drogodependientes, aunque su administración en un tratamiento deshabitador no se halle expresamente regulada.

Tal afirmación se fundamenta, en primer lugar, en el principio general de que el uso de estupefacientes como tratamiento deshabitador de toxicómanos no está prohibido, con carácter general, por la Ley; en segundo lugar, en que nuestra legislación reconoce expresamente la administración de metadona y otras sustancias estupefacientes a toxicómanos con fines de deshabitación y, por último, en que la Ley de estupefacientes de 1967 autoriza el uso de la heroína a los fines de investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos.

Vamos a pasar a demostrar estas tres premisas para después perfilar la conducta sometida a consideración de forma que se considere ajustada a derecho, aunque se califique como típica.

### A. *El uso de sustancias estupefacientes, como tratamiento deshabitador de toxicómanos, no está prohibido, con carácter general, por la Ley*

En efecto, la Ley 17/1967 de 8 de abril, de estu-



pefacientes<sup>30</sup> autoriza el uso de éstos como tratamiento deshabitador de toxicómanos y establece una regulación de la administración de los mismos. Así el artículo 22 de la citada Ley señala que *"no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente Ley..."*

Por su parte, los artículos 25 y 26 regulan los centros que podrán realizar dicho tratamiento indicando el primero de ellos que *"La Dirección General de Sanidad... establecerá los centros de asistencia especializados que sean necesarios para el tratamiento médico, aislamiento curativo y rehabilitación de aquellos enfermos que hayan de someterse a tratamiento de desintoxicación"* y el apartado a) del artículo 26, asigna al Servicio de Control de Estupefacientes la obligación de *"suministrar los estupefacientes que sean necesarios para el normal funcionamiento de dichos centros asistenciales y a controlar su posesión y consumo..."*

Finalmente, el artículo 77.1 dispone que *"solamente los servicios de la Dirección General de Sanidad podrán autorizar dosis extraterapéuticas de estupefacientes a toxicómanos, dentro de una pauta de deshabitación, la cual se efectuará con carácter de internamiento cuando dicho centro directivo lo estime procedente"*.

Lo que deba entenderse por "estupefaciente" viene aclarado expresamente en la Ley antes citada, disponiendo en su artículo 2 que *"A los efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las Listas I y II de las anexas al Convenio Unico de 1961 de las Naciones Unidas sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio por el procedimiento que reglamentariamente se establezca"*.

En las listas indicadas de la Convención Unica de 1961<sup>31</sup> aparecen como estupefacientes, entre otros, la heroína y la metadona.

Por otra parte hay que tener en cuenta que la vigente Ley del Medicamento, de 20 de diciembre de 1990<sup>32</sup>, considera a las sustancias estupefacientes como medicamento, denominándolas precisamente "medicamentos-estupefacientes", según se desprende de los artículos 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b, en relación con lo prevenido en el artículo 8.1 de dicha Ley.

Por su configuración de "medicamentos especiales" (aparecen regulados en la Sección Tercera "Medicamentos estupefacientes y psicótopos" del Capítulo IV "Medicamentos especiales" del Título II "De los medicamentos" de la Ley), tales sustancias quedan sometidas a las disposiciones de la Ley del

Medicamento, así como a su legislación especial, conforme al artículo 41 de la Ley citada<sup>33</sup>.

#### B. Nuestra legislación reconoce expresamente la administración de metadona y otras sustancias estupefacientes a toxicómanos con fines de deshabitación

La administración de una sustancia estupefaciente, como es la metadona, a toxicómanos con fines de deshabitación viene gozando de reconocimiento expreso en nuestra legislación desde 1983<sup>34</sup>.

En la actualidad, el régimen de su aplicación se halla contenido en el Real Decreto 75/1990 de 19 de enero<sup>35</sup>, que ha ampliado el uso a otras sustancias, también estupefacientes, mencionadas en su lista anexa a los efectos de un tratamiento deshabitador de toxicómanos.

Los requisitos a los que se someten los tratamientos con opiáceos a personas dependientes de tales sustancias son, según dicha normativa, los siguientes:

a) Centro autorizado o acreditado administrativamente.

El artículo 2 de dicho Real Decreto señala, en su apartado 1, que: *"Los tratamientos a que hace referencia la presente norma serán realizados únicamente por centros o servicios sanitarios públicos, o privados sin ánimo de lucro, debidamente acreditados para ello por los órganos competentes de la administración sanitaria de la Comunidad Autónoma o, en su caso, por los organismos competentes del Ministerio de Sanidad y Consumo"*.

b) Prescripción por facultativo.

El artículo 3.1 señala que: *"La prescripción de los tratamientos regulados en la presente norma será realizada por los facultativos de los centros o servicios acreditados"*.

c) Administración de los estupefacientes en forma oral.

El artículo 3.4 dispone que *"Los medicamentos utilizados para estos tratamientos serán prescritos, formulados, dispensados y administrados en solución oral extemporánea, siempre que sea posible"*.

d) Acreditación de la drogodependencia de la persona a tratar.

El artículo 9 del citado Real Decreto, modificado por RD de 15 de enero de 1996<sup>36</sup> exige, a efectos de la inclusión en los programas de tratamiento referidos, un previo diagnóstico confirmado de dependencia a opiáceos.

<sup>30</sup> Ley 17/1967, de 8 de abril, normas reguladoras por las que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de Naciones Unidas. BOE nº 86 de 11 de abril de 1967

<sup>31</sup> Ratificada por España el 3 de febrero de 1966, BOE de 22 de abril de 1966. El protocolo de su enmienda de Nueva York de 8 de agosto de 1975 se ratificó por España el 4 de enero de 1977, BOE de 15 de febrero de 1977

<sup>32</sup> BOE de 22 de diciembre de 1990.

<sup>33</sup> El artículo 1.1 de la Ley del Medicamento incluye en su ámbito de aplicación "la ordenación de su uso racional y la intervención de estupefacientes y psicótopos". Y concretamente señala en su artículo 41 que "las sustancias medicinales estupefacientes incluidas en la Convención Unica de Estupefacientes y las sustancias psicótopas incluidas en el Convenio sobre Sustancias Psicótopas y los medicamentos que las contienen, se regiran por esta Ley y su legislación especial".

<sup>34</sup> Regulado por medio de las Ordenes 20 de mayo de 1983, 31 de octubre de 1985 y de la Resolución de 22 de noviembre de 1985 de la Dirección General de Salud Pública. Véase De la Cuesta, *El marco*, cit., pp. 381-382.

<sup>35</sup> BOE nº 20 de 23 de enero de 1990

<sup>36</sup> BOE nº 44 de 20 de febrero de 1996



e) Informes periódicos a organismos superiores.

El artículo 10 del RD citado impone la obligación al responsable facultativo de los centros o servicios acreditados para los tratamientos referidos, de informar trimestralmente a la comisión o a los órganos administrativos competentes del Ministerio de todas las vicisitudes de interés que hayan tenido lugar con ocasión de su aplicación.

C. *La Ley de estupefacientes autoriza el uso de la heroína a los fines de investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos*

De lo expuesto, resulta que la utilización de ciertos estupefacientes con fines de deshabituación de drogodependientes está reconocido en nuestro Derecho sometándose, únicamente, su aplicación al cumplimiento de determinados requisitos.

La cuestión radica en saber si es posible usar con idénticos fines otro tipo de estupefacientes, cuya administración no se halle expresamente regulada, como es el caso que aquí analizamos.

A nuestro juicio, la respuesta a dicho interrogante puede considerarse positiva y, en consecuencia, se estima que se podría efectuar un programa de deshabituación de drogodependientes usando otro tipo de sustancias, distintas a las expresamente autorizadas en el RD 75/1990 ya referido y, concretamente, aplicando directamente la heroína.

a) Uso de la heroína a los fines de investigación médica y científica.

No es óbice a ello el que la heroína tenga la consideración de "artículo o género prohibido", conforme al artículo 2.2 de la Ley de estupefacientes, y su remisión a la Lista IV del Convenio Unico de 1961, pues ese mismo precepto autoriza la posesión y uso de las sustancias estupefacientes prohibidas a los fines de "investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Dirección General de Sanidad".

Una interpretación *amplia* del concepto de investigación médica y científica comprendería el caso que analizamos, como fórmula para ensayar un tratamiento alternativo con estupefacientes distintos de los ya reglamentados.

De otro lado, el artículo 59 de la Ley del Medicamento, define lo que debe entenderse por ensayo clínico diciendo que "A los efectos de esta Ley se entiende por ensayo clínico toda evaluación experimental de una sustancia o medicamento, a través de su administración o aplicación a seres humanos, orientada hacia algunos de los siguientes fines: establecer su eficacia para una indicación terapéutica, profiláctica o diagnóstica determinada...."

b) Tratamiento médico alternativo.

Los destinatarios de tal programa de deshabituación deben ser personas adictas en las que se ha constatado el fracaso de otros programas de recuperación, por lo que la decisión de aplicar otro tratamiento constituye una decisión típicamente médica, en el sentido de que, constatada la ineficacia del tratamiento hasta entonces seguido con el paciente

para una mejora de su salud, se hace uso de otras posibilidades de actuación con otros medios.

Tal decisión podría estar amparada en la causa de justificación antes aludida si se considera que la administración de heroína se hace en un contexto rehabilitador o, al menos, con una pretensión de no empeoramiento, con criterios médicos, contando en todo caso con el consentimiento del afectado y como medio para evitar los sufrimientos que el síndrome de abstinencia a tal sustancia provoca en el consumidor.

El recurso a un tratamiento alternativo como el que se propone se enmarca, sin dificultad, en el ámbito de las facultades que corresponden al colectivo sanitario para conseguir una mejora de la salud de un muy particular grupo social, el de los drogodependientes, y que se infieren de la Ley General de la Sanidad<sup>37</sup>, en sus artículos 1, 3, 6, apartado 5 y 10, apartado 6.

c) Deber de la administración sanitaria.

Conforme a estos preceptos, el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 de la CE de 1978 determina el correspondiente deber en la administración sanitaria de realizar todas las actuaciones que sean necesarias para lograr la sanación y la rehabilitación funcional y social del paciente.

Y no cabe duda que, aun en los reducidos márgenes de una actuación científica o investigadora, es facultad del médico el intentar tal recuperación usando todos los medios a su alcance.

El que el medicamento-estupefaciente a usar —la heroína— sea de por sí nocivo a la salud, no anula lo dicho, pues los estupefacientes cuya administración se autorizan expresamente para el tratamiento deshabituador de toxicómanos también lo son.

Y por otro lado, no se puede olvidar la especial característica que se da en este tipo de personas, cual es el que la adicción a la heroína no permite fácilmente el recurso a sustitutivos como medio deshabituador, lo que explica, por lo demás, el alto índice de fracasos en estos otros programas. Para este colectivo tan singular de adictos a la heroína, el suministro controlado de la sustancia cumple de entrada una función paliativa (artículo 8.1. de la Ley del Medicamento) muy importante, paso previo a un ulterior tratamiento deshabituador, con la ventaja añadida de no acudir a otras sustancias no consumidas y por ello no deseadas por el drogodependiente.

d) Ponderación de los intereses en conflicto.

En la ponderación de los intereses en conflicto, hay que tener en cuenta otro factor no menos importante y es el relativo a que una administración de heroína en tal contexto constituye además una forma de asegurar un control sobre la nocividad del producto, evitándose los riesgos añadidos para la salud del adicto que conlleva su adquisición en el mercado ilícito.

Todo ello sin olvidar las implicaciones psicológicas, sociales y familiares que la adicción a este tipo de sustancias provoca y que, sin duda, deben también ser tenidas en cuenta desde el punto de vista

<sup>37</sup> Ley 14/1986 de 25 de abril. BOE nº 102 de 29 de abril.

de mejorar o, al menos, no empeorar la salud del afectado.

#### D. Configuración de la conducta de administración de heroína a toxicómanos para que desde esta perspectiva se considere conforme a Derecho

De todo lo anterior, deducimos que la entrega controlada de heroína a toxicómanos se considerará, aun en el caso de que se considere típica, conforme a Derecho siempre que se den los siguientes requisitos:

1. Elaboración del pertinente programa de actuación.

Se ha de definir esta actuación como "Proyecto de atención a drogodependientes".

En consecuencia, es preciso incardinar tal actuación en tal contexto programático, en atención a lo ya visto sobre el uso y posesión de sustancias estupefacientes prohibidas, como la heroína, en la medida que es requisito de la pertinente autorización administrativa la existencia de un proyecto médico-científico de investigación. Y lo mismo habría que decir si la iniciativa se inscribe en el ámbito de un ensayo clínico en los términos establecidos en la Ley del Medicamento.

2. Prescripción por facultativo.

La reglamentación existente sobre el uso con fines de deshabituación de estupefacientes, el RD 75/1990 ya citado impone la presencia de un facultativo para la prescripción de aquéllos, por lo que, coherentemente, tal debe ser aquí también el criterio. Además, al caracterizarse el uso de heroína como tratamiento alternativo, es claro que debe exigirse también la pauta médica del tratamiento.

3. Consentimiento del interesado.

La aplicación de la causa de justificación invocada exige, en consonancia con la doctrina general del tratamiento médico, contar con la aquiescencia del interesado. Consentimiento que por imperativo de la Ley General de Sanidad, ya citada, artículo 10, apartados 5 y 10, ha de ser *informado*, en el sentido de que el paciente debe saber los riesgos y consecuencias que su admisión produce, así como otras alternativas de deshabituación.

4. Acreditación de su condición de toxicómano.

Este requisito es coherente con el ya existente para la aplicación de otras sustancias estupefacientes en los casos reglamentados, y es especialmente indicado aquí, dado que la actuación que estudiamos parte de la constatación del fracaso de otras vías de deshabituación.

5. Sujeción por el interesado a la pauta deshabituadora marcada por el facultativo.

Este requisito responde a la necesidad de asegurar, por un lado, que el destino de la droga entregada sea el correcto y, de otro, que el paciente pueda alcanzar la deshabituación pretendida.

Es responsabilidad de los encargados de la entrega de heroína controlar que ésta se consuma por el interesado y que además siga las indicaciones médicas del tratamiento, debiendo suspenderse el

tratamiento de la sustancia en cuanto se constate el apartamiento de dichas prescripciones.

La mayor nocividad de la heroína, su evidente demanda por otros consumidores y su configuración como estupefaciente "prohibido", aconsejan que el consumo de la droga entregada sea inmediato y en presencia de los facultativos responsables del proyecto.

6. Carácter desinteresado del sometimiento al tratamiento.

Por último, el sometimiento al tratamiento alternativo que se propone debe ser en todo caso gratuito, sin expectativa de remuneración alguna por quienes decidan someterse al mismo.

#### E. Conclusión sobre la posible justificación de la conducta

Bajo estas condiciones, creemos que es posible configurar la entrega controlada de heroína a drogodependientes como una decisión estrictamente médica respecto de un tratamiento alternativo, encuadrable en la eximente del artículo 20.7 del Código Penal, al estar amparada tal conducta en los derechos que en el ejercicio de su profesión la Ley General de Sanidad atribuye al personal médico y sanitario en la atención a la salud de la ciudadanía.

Ahora bien, por exigencias de la Ley de estupefacientes, habrá de encuadrarse, necesariamente, en el ámbito de un proyecto científico o de investigación, o en los estrictos márgenes de un experimento clínico.

Pero si se trata de escudriñar nuevas alternativas a tan importante problema sanitario y social, como el que representan en nuestra sociedad los drogodependientes de la heroína, no parece que afirmar en tales casos la impunidad de la conducta sea algo excesivo y desproporcionado.

En todo caso, la limitada operatividad de la propuesta —por exigencias del artículo 2 de la Ley de estupefacientes— puede representar, si la iniciativa resulta exitosa, una vía muy importante para una aplicación más amplia de dicha experiencia, a través de su expresa regulación legal. Para ello sería necesaria la reforma de la Ley de estupefacientes y la regulación expresa de la administración de heroína como tratamiento deshabituador<sup>36</sup>.

## V. ANALISIS DE OTRAS RESPONSABILIDADES

Por último, hemos de referirnos a si esta actuación daría lugar a una responsabilidad administrativa.

A estos efectos, hay que atender al artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1992, de 2 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana<sup>37</sup>, donde se

<sup>36</sup> La Ley de estupefacientes ha quedado desfasada y se considera por la doctrina que es absolutamente imprescindible la aprobación de una nueva ley que regule los aspectos de tratamiento y rehabilitación de los toxicómanos. Véase De la Cuesta, *El marco*, cit., p. 386; Pneto Rodríguez, *El delito*, cit., pp. 83 y ss.

<sup>37</sup> BOE nº 46 de 22 de febrero de 1992.

establece que: "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 constituyan infracción penal...."

No cabe duda que la tenencia de heroína, por parte de los responsables del proyecto médico-científico de deshabituación de toxicómanos, no realiza el supuesto de hecho previsto en la norma, pues la tenencia de esta droga es lícita, al estar autorizada en el marco del proyecto de deshabituación; además, tal posesión no se da en lugares, vías o establecimientos públicos, sino en centros acreditados para ello.

Por otro lado, este precepto debe ser interpretado

conforme a la Exposición de Motivos de la Ley y a su artículo 1, donde se establece que el fin de esta Ley no es más que la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos. Pues bien, parece claro que el programa médico-científico que se propone de deshabituación de estas personas lejos de afectar a esa seguridad, la potenciaría desde el momento que el fin perseguido es la deshabituación del toxicómano, con la lógica consecuencia de eliminar tensión social en un grupo de riesgo como el que conforman los toxicómanos.

En conclusión, de la conducta objeto de estudio no se deriva responsabilidad administrativa alguna.



**A. PAU PEDRÓN**  
**Rilke en Toledo**  
Edición especial  
5.000 ptas.



**J. R. CAPELLA**  
**Fruta prohibida**  
296 pp.  
2.600 ptas. (r.)  
4.000 ptas. (c.)



**B. CLAVERO**  
**Happy Constitution**  
277 pp.  
2.500 ptas.



**R. DEL ÁGUILA**  
**Manual de Ciencia Política**  
514 pp.  
5.000 ptas.



**J. J. BUSTOS Y H. HORMAZABAL**  
**Lecciones de Derecho penal. Volumen I**  
200 pp.  
2.500 ptas.

- L. DE SEBASTIAN, *Neoliberalismo global*  
A. BAYLOS Y J. TIRRADILLOS, *Derecho penal del trabajo (2.ª ed. renovada)*  
A. M. PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*  
G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil (2.ª ed.)*  
C. CARCOVA, *La opacidad del derecho*  
F. LETAMENDIA, *Juego de espejos. Conflictos nacionales centro-periferia*  
A. FERNANDEZ ÁLVAREZ, *Manual de Economía y Política de la Unión Europea*  
A. LIPIETZ, *Elegir la audacia*  
D. GUERRERO, *Historia del pensamiento económico heterodoxo*  
J. TERRADILLOS (FD.), *Derecho penal del medio ambiente*  
L. COLLADO Y M. C. PIQUERAS, *El subsidio por desempleo*  
M. RAMÍREZ (ED.), *El Parlamento a debate*  
B. VALDES DE LA VEGA, *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*  
P. RODRÍGUEZ RAMOS, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*  
R. GALLARDO MOYA, *Democracia sindical interna*  
M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*  
P. BARCELLONA, *El individualismo propietario*  
P. MONTES, *El desorden neoliberal (2.ª ed.)*

**TROTTA** Sagasta, 33 • 28004 Madrid Tel. 593 90 40 / Fax: 593 91 11 / trota@infor.net.es