

**LEGISLACION PENAL SOBRE EL TRAFICO DE DROGAS  
EN ESPAÑA\***  
**(Estudio jurídico-criminológico comparado)**

Antonio BERISTAIN

*Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad del País Vasco.*

---

\* Texto básico para la conferencia pronunciada en la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, el día 23 de octubre de 1984. Con más amplitud y documentación aparecerá publicado en el Tomo IV de *Comentarios a la Legislación Penal*, con el título «Delitos de tráfico ilegal de drogas». (Edit. Edersa, Madrid).



## **I. EL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL**

El problema del abuso y tráfico de drogas y sustancias psicotrópicas exige ser tratado desde el primer momento con máximo rigor técnico y, simultáneamente, con el que Aranguren llama «buen talante». El que de veras quiere conocer la realidad de las drogas, debe verla a través de todos los colores, a todas sus luces, a la del sol, en la penumbra y hasta en la oscuridad. No hay, pues, un único estado de ánimo apto para este conocimiento; pero hay, sí, una jerarquía de estados de ánimo y en lo alto de ella está buen talante, la esperanza, la confianza, la fe, la paz. Desde la perspectiva, a caballo entre la dogmática jurídico-penal y la interdisciplinariedad humana de la Criminología, vamos a leer y comentar la legislación española.

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio (BOE del 27), titulada «de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal», introduce notables modificaciones en el art. 344 del Código que incrimina el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Actualmente, entrada ya en vigor dicha Ley Orgánica 8/1983, el nuevo texto dice así:

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

Se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia.

Si los actos anteriores fueren realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial. La sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en

establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los Tribunales, además de imponer la pena superior en grado, podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.

b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses o un año.

c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en el artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código».

Si se compara este texto con el que aparecía en su correspondiente «Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal», publicado en el B.O.C. (Congreso de los Diputados, 25 febrero de 1983), se constatan bastantes mejoras introducidas en la discusión de las Cortes.

Como paso previo para estudiar la normativa actualmente vigente, parece de interés conocer el texto del artículo 344 del Código penal vigente hasta junio de 1983. Decía así:

«Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 20.000 a un millón de pesetas».

«El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.

Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en este artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código».

## **2. CONSIDERACIONES CRIMINOLOGICAS**

La droga es un grave problema social, económico, jurídico, policial, religioso y político que exige generosa e inteligente atención –local, étnica e internacional– de los juristas y de los no juristas.

La gravedad del tema y la interconexión con tantos campos de la ciencia y de la vida en sus factores etiológicos, en sus consecuencias y en sus más o menos

posible soluciones obliga a una profunda investigación interdisciplinar, a una reforma radical de la normativa legal nacional e internacional, a una modernización de las instituciones y personas que intervienen directamente en la praxis para aminorar lo más posible esta epidemia del siglo XX.

Para lograr una Política criminal eficaz con los traficantes (y los drogadictos) interesa estudiar previamente los diversos factores que inciden en estos problemas: su personalidad, sus condiciones y perturbaciones sociales anteriores, sus experiencias delictivas previas, el contexto social en el comienzo de la carrera de la droga, la característica de cada dependencia de droga, la dinámica del medio donde se desarrolla la escena de la droga, y los influjos de la Política criminal y de los controles sociales en aumentar o disminuir la drogodependencia.

Entre los *factores etiológicos* que han de tener en cuenta los especialistas en Política criminal para resolver los problemas del consumo y tráfico ilegal, no en último lugar influye la carencia y/o debilidad de valores espirituales. Por otra parte no nos atrevemos a negar que ciertas drogas, ciertas culturas de droga pueden abrir caminos más nobles que los de algunas culturas actualmente dominantes para renovar e intensificar la convivencia lúdica y la respuesta amorosa a preguntas y sentimientos trascendentes.

En la problemática de las drogas se debe distinguir tres campos diferentes: el de los drogadictos, el de los traficantes y el de los drogadictos-trafficantes. La investigación, la legislación y la praxis deben ocuparse de estos grupos tan diversos pero tan unidos entre sí.

Los investigadores han de aclarar, en cuanto se pueda, la metodología del contagio de la droga, cómo influyen algunas drogas blandas en la escalada de la droga, la diferencia entre el traficante y el drogadicto y la personalidad de éste (para poder conseguir su repersonalización).

Los drogadictos necesitan instituciones de deshabituación y resocialización. Estas instituciones, que hoy en día suponen económicamente un voluminoso gasto, cuentan entre nosotros con insuficiente respaldo científico. Muchos de estos centros se basan en una imagen equivocada, poco científica, del drogadicto pues le ven como irrecuperable y, además, olvidan la etapa más importante de su curación, la reinserción social que ha de seguir a la deshabituación. Se preocupan de que el enfermo viva aislado durante un determinado tiempo para lograr la deshabituación y superar el síndrome de abstinencia que hoy en día se puede cuidar con medios relativamente fáciles, por ejemplo con una cura de sueño; pero esas instituciones no suelen preocuparse suficientemente del problema más difícil: cómo evitar la reincidencia cuando el «curado» vuelva a la vida común. En España se preocupa especialmente de este segundo paso el Centro de Onoterapia, de Madrid, que lleva dadas unas 25 altas provisionales a toxicómanos que han acudido a su sistema integral. Este Centro parte de una realidad importante olvidada a veces: que la dependencia de estupefacientes más que un problema personal o un problema de mera dependencia física, es un problema social pues la experiencia ha demostrado que muchas veces la familia boicotea el tratamiento puesto que «necesita» al heroinómano como necesita el cubo de la basura donde deposita todo lo malo. Mientras haya uno tan malo que se droga, todos los demás somos buenísimos.

Algunas instituciones llegan a tratamientos violadores de los derechos humanos, como parece que sucede en el Centro de San Patrignano, ubicado en la región de Emilia Romagna, en el cual se encuentran 370 jóvenes que luchan contra la heroína. Su director, junto con otros 13 colaboradores, han sido acusados de secuestro y de malos tratos, pues a veces para superar el síndrome de abstinencia se empleaban métodos violentos, incluso el encadenar a los jóvenes.

El contagio de la droga suele seguir con frecuencia varios pasos que conviene desvelar con argumentos convincentes, para facilitar la lucha posterior: 1.º la drogodependencia es una conducta aprendida, 2.º por mimetismo de otra persona, y 3.º cada aprendiz participa en extender (ilegalmente y en secreto) el consumo y el abuso de la intoxicación. La cannabis suele ser, según algunos, la iniciadora en la escalada hacia la heroína. Pero, con más fuerza de lo que se dice, actúan como iniciadores también el alcohol, la nicotina y, con frecuencia, ciertos medicamentos.

El alto número de minitraficantes drogadictos puede llevar a una equiparación genérica del traficante con el enfermo, que aboque a equivocaciones en su tratamiento jurídico, penal y clínico. También conviene reflexionar acerca de la posible exageración de la importancia unilateral de las sustancias químicas, y lo poco que se tiene en cuenta la dimensión social y cultural. La criminalidad grave de los drogadictos no parece que sea menor que en los otros delincuentes. Por lo general, la carrera de la droga va paralela con la carrera criminal, y resulta difícil analizar cuál de las dos carreras ha empezado antes.

En la publicación colectiva, coordinada por Bernhard Schmidtbreick, «Erfahrungen aus der ambulanten Arbeit mit Suchtkranken», se oyen voces autorizadas en favor del tratamiento ambulatorio de los drogadictos y, con determinadas condiciones, en favor del uso de la metadona (tan criticada en Alemania) para la resocialización.

Recordemos que, como indica Francisco Alonso-Fernández, desde que el mundo humano está habitado por seres pensantes y sufrientes consume droga para eliminar los sufrimientos físicos, los sufrimientos psicológicos, para estimular el desarrollo del pensamiento y de los sentimientos. No vamos a pensar que podemos erradicar la droga. Vamos a proponernos limitar esa pandemia que existe en el mundo, con un propósito realista, y además, proteger a nuestras juventudes, que es donde la droga hace más víctimas.

Muchos especialistas de aquende y de allende quisieran que los jóvenes y los adultos de hoy y de mañana no precisen drogas para poder realizarse en su trabajo, en su descanso y en su diversión; que rechacen intuitiva e intelectualmente las sensaciones que no broten espontáneamente, aunque puedan formar parte del individuo; que reconozcan que en algunas circunstancias las drogas pueden ayudar a muchos si se administran con justicia, con inteligencia y con prudencia. Para lograrlo necesitamos estudiar más científicamente el enigmático fondo del mundo de las drogas, y colaborar en la prevención y/o profilaxis de la farmacodependencia y del tráfico, acudiendo sólo en última instancia a las antinómicas sanciones penal-repersonalizadoras para la protección y desarrollo de los valores humanos.

Suele discutirse si para mejor proteger los diversos bienes jurídicos implicados en las drogas conviene incriminar el tráfico de estas sustancias tal y como lo hacen los sistemas penales en los países que han firmado los Convenios de las Naciones Unidas. En sentido contrario se elevan las voces de algunos teóricos, como L. Hulsman y otros. Según este autor, debe dejarse plena libertad de comercio, cultivo, propaganda, etc., de las drogas, sobre todo de las leves. Otro problema sería concretar el medio —si existe— de llegar a implantar esa libertad de tráfico sin producirse, como algunos opinan, una crisis social en los campos afectados por este complejo problema.

En cambio, la mayoría de los especialistas consideran necesaria la *incriminación penal* del tráfico de las drogas. No les parece admisible el paralelismo con la criticada «ley seca» de los Estados Unidos. Resultan convincentes los motivos que

suelen aducirse en favor de la política criminal dominante, aunque no solucione el problema real tan grave y enigmático que algún autor califica de suicidio colectivo.

Tradicionalmente, ya desde el siglo XIX, todos los tratadistas hispanos coinciden, aunque con diversos matices, en reconocer la necesidad de incriminar el tráfico de drogas (quizás no de todas). Cobo del Rosal, después de abordar el problema, concluye en favor de la necesaria incriminación del tráfico ilegal: «Un Estado que pretenda, seriamente, hacer posible la libertad de la persona debe, de forma necesaria, poner los medios para que esto así suceda, y someter, en consecuencia, a su control, los productos cuyo uso no intervenido, en efecto, la contradicen... En nombre, pues, de la libertad, se castiga el «tráfico» de determinadas sustancias, selectivamente concretadas.

Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son conscientes de la necesidad de actuar con energía y con discreción (subrayan con frecuencia la necesidad de nuevas investigaciones) dada la gravedad y la complejidad del problema que brota de y aboca a tantos campos de la sociedad. Atinadamente, la Memoria elevada al Gobierno de S.M. insiste en la «auténtica enjundia del problema social de la drogadicción» al tiempo que constata que «el tráfico y consumo de drogas y estupefacientes ha motivado 7.242 causas, en el año 1982, con incremento de 571 sobre el año anterior, lo que representa 8'55 por ciento, habiendo aumentado también, aunque levemente, del 0'81 al 0'83, el porcentaje de este conjunto de procedimientos en relación con el global». Este aumento es poco expresivo del debido reflejo en los procesos penales del problema social.

### 3. LEGISLACION EN OTROS PAISES

Muchos de los países cercanos culturalmente (más o menos) a nosotros y que han firmado los Convenios Internacionales de 1961 y 1971, como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Italia, Japón, Polonia, República Federal de Alemania, República Democrática de Alemania, Suecia, Suiza, Turquía y Yugoslavia, ofrecen una serie de rasgos *coincidentes*, pero también brindan notables diferencias. Entre los rasgos coincidentes hemos de subrayar, principalmente, que todos estos países emplean sanciones penales para reprimir actos más o menos graves de tráfico de drogas, y que la opinión pública reprocha este tráfico especialmente cuando las víctimas son jóvenes. En todos los países se imponen penas privativas de libertad y multa. Las penas privativas suelen oscilar entre uno y diez años, por ejemplo en Alemania Occidental (hasta 1981), en Austria, Noruega, República Democrática Alemana, Suecia, Yugoslavia. Aplican penas de menos duración, por ejemplo, Dinamarca, Polonia y (en parte) Holanda. En cambio, aplica penas incluso hasta de cadena perpetua Turquía, y este país, en algunos supuestos de tráfico organizado por alguna asociación o que haya causado alguna muerte puede llegar a la pena capital.

En Austria, Italia, Suiza, Yugoslavia y en algunos Estados de Norteamérica la posesión en pequeñas cantidades queda impune, o sólo conlleva sanciones administrativas. Por el contrario, algunos países, como la República Federal de Alemania, consideran delito aun la tenencia para el propio consumo de cualquier clase de droga, aunque sea de las blandas (norma que quizás deba considerarse anti-constitucional).

Muchas legislaciones dejan sin efecto la pena, en ciertos supuestos, si el drogadicto se somete a un tratamiento terapéutico de deshabitación; por ejemplo, Austria, Dinamarca, Francia, Noruega, República Federal de Alemania y Suiza.

Las Convenciones de las Naciones Unidas de 1961 y 1971 dejan también abierta esta puerta para la no punición. De modo semejante el Proyecto del Código penal internacional de Cherif Basiouni (art. XV, sección 3). En ciertos Estados, como Grecia y Turquía, la legislación que sanciona a los traficantes suele distinguir entre drogadictos y no drogadictos.

Según las Estadísticas Criminales Internacionales últimamente aparecidas, en febrero de 1984, de la *Organización Internacional de Policía Criminal* referidas a los años 1979-1980, el porcentaje de infracciones en materia de drogas en los años 1979 y 1980 por cada 100.000 habitantes oscilan en cantidades muy diversas; por ejemplo, en España 24, en Francia 20, en Dinamarca 92, en los Países Bajos 53 y 58, en Austria 72, en Bahamas 400.

#### **4. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO. SALUD FISICA Y DESARROLLO SOCIAL. (DATOS ESTADISTICOS).**

El bien jurídico protegido en este artículo resulta difícil de concretar pues proviene de (y se extiende a) ramificaciones en sectores diversos de la salud individual, de la salud pública, del orden público, de la economía, de las finanzas, etc. y se complica a través de dimensiones históricas, políticas y culturales. Sin embargo, por varios motivos, se puede aceptar como bien jurídico *principalmente* protegido *la salud pública*, tal y como dice la rúbrica de la sección 2.ª del Título V (De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general) del Libro II del Código penal, donde se ubica el artículo 344.

Ciertamente, el tráfico ilegal de las drogas fuertes (y quizás también de las leves), con el subsiguiente uso y consumo excesivo, produce procesos patológicos en el usuario. Actualmente, en los países de nuestro mundo cultural ese uso indebido, a veces, puede incluso ocasionar la muerte, tanto por el consumo como por la privación súbita. Los toxicómanos padecen mayor morbilidad (cirrosis de los hippies, esterilidad, etc.), aunque puede dudarse si ésta procede directamente del consumo de drogas o como lógica consecuencia de su deficiente respuesta inmunitaria, o de sus limitaciones higiénico-sanitarias, o de su desnutrición, o de otros factores conexos con su estilo de vida. Muchos estados de depresión y perturbaciones mentales transitorias atribuidas al consumo de drogas puede que sean en realidad causa, y no efecto, de tal consumo. Más de un deportista ha fallecido víctima de dosis excesivas de «doping». La «dependencia física» merece también la consideración de enfermedad, según ciertos médicos. En este supuesto, el número de enfermos por drogas en algunos países, no sólo en Norteamérica, alcanza cifras muy dignas de consideración para el legislador, el juez y los ciudadanos.

El concepto de salud/enfermedad aquí utilizado es muy amplio, a la luz de las indicaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud e incluyen también lo relativo al autodominio de la persona. Nadie discute que las drogas pueden rebajar los frenos inhibitorios de la voluntad (Cfr. Sentencia del 27 de septiembre de 1983).

Además, debe reconocerse la incidencia de las drogas en la delincuencia, especialmente en cierta clase de criminalidad como pueden ser los delitos contra la propiedad, la conducción indebida de vehículos de motor bajo el efecto de la drogadicción, ciertas estafas frecuentemente para obtener recetas médicas, atracos para conseguir dinero o para robar drogas, lesiones, incluso asesinato y no

pocas infracciones administrativas. La energía criminal y la violencia ciega de muchas personas aumenta cuando actúan bajo los efectos del síndrome de abstinencia.

Las estadísticas nacionales e internacionales confirman la frecuencia y gravedad de los delitos cometidos conduciendo vehículos de motor, incluso aeronaves, bajo la influencia de drogas (o de alcohol).

También conviene tomar en consideración los delitos de contrabando y sus cifras, más o menos conocidas, con tan voluminosas pérdidas para el interés fiscal del Estado.

Entre las consecuencias negativas del tráfico (y abuso) de las drogas algunas inciden en el ámbito del Derecho civil y, a veces, alcanzan importancia notable por lo que conviene recordarlas al hablar del *múltiple* bien jurídico que el art. 344 protege. Por ejemplo, el consumo excesivo de la droga puede dar lugar a una declaración de incapacidad de proveer en defensa de sus propios intereses, con el subsiguiente y lógico nombramiento de la correspondiente tutela. También cabe una incapacidad por razón de enfermedad mental; incapacidades y tutelas que en algunos casos afectarán no sólo al aspecto matrimonial sino también a los actos de la vida civil afectante al cuidado de la persona, así como a sus deberes familiares y sociales. En otros supuestos surgirá una prodigalidad que legitime la declaración de incapacidad y tutela. A tenor del art. 633, párrafo segundo, del Código civil, pueden quedar incapacitados para testar los que por drogodependencia no se hallen en su cabal juicio. En cuanto a los problemas matrimoniales merece tenerse en cuenta la posible incidencia de la toxicomanía en la nulidad del matrimonio por falta del consentimiento o por error sobre cualidad personal del otro cónyuge, y en posibles causas de separación y de divorcio. El art. 82 (4.º) dice: «Son causas de separación... el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia».

En el ámbito laboral merece la pena recordar que según el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, «el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador».

2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo».

Algún autorizado especialista piensa que el bien jurídico protegido, tal como suele formularse, peca de falta de certeza, concreción y utilidad. El considera, en cambio, como el bien jurídico protegido el control estatal sobre el «ciclo de la droga», porque el Estado tiene un interés directo y específico en torno al problema del comercio ilegal de las drogas, como se evidencia, por ejemplo, en el art. 1.º de la Ley 17/67 de 8 de abril.

El bien jurídico es, como se deduce de lo hasta aquí indicado, múltiple, desde la salud física y moral de la humanidad, hasta su equilibrio y desarrollo social y económico, pasando por la calidad de vida de los ciudadanos. Incluye también y de manera especial el monopolio de control del Estado sobre determinadas sustancias (como indicaremos al hablar del contrabando).

Según datos aportados por la Agencia EFE (Diario *Deia*, 10-3-1984) durante el año 1983 en el Estado Español se contabilizaron 892 atracos y robos a farmacias de los que 534 ocurrieron en Madrid. Alrededor de 11.000 personas fueron detenidas ese mismo año, que se distribuyen en algo más de 2.000 por tenencia ilícita y otras

nueve mil por tráfico. De todas ellas, 8.830 eran de nacionalidad española y 1.813 extranjeros.

En cuanto a las edades de los detenidos, más del 50% estaban comprendidos entre los 15 y 25 años; cerca del 20% entre los 26 y 30; alrededor del 10% entre los 16 y los 18 años, o los 31 y 40; un 5% por los de más de 40 años; un 0,5% por los menores de 16 años.

En el mismo informe se considera que un millón de personas tiene problema con algún tipo de droga (dura o blanda); otros dos millones sufren una clara dependencia del alcohol; y a todos ellos se han de añadir los que no pueden «desengancharse» de los analgésicos y tranquilizantes, que constituyen otros dos millones.

Las secuelas más trágicas de este problema se centran en el número de muertos por sobredosis. Durante el año 1983, fallecieron por este motivo en el Estado Español 93 personas, lo que supone casi duplicar la cifra de 1981; en que se registraron 57 muertes por esta causa, así como también un claro incremento sobre 1982, año en el que la sobredosis mató a 79 drogodependientes. Se calcula en medio millón de personas mayores de 15 años que consumen hachís. Unas 80.000 personas son adictas de opiáceos y LSD, unas 60.000 personas consumen regularmente cocaína.

En el País Vasco, según los datos recogidos por el *Centro Coordinador de las drogodependencias* (del Departamento de Sanidad y Seguridad Social) hay 176.332 bebedores excesivos; 40.817 sospechosos alcohólicos; 96.319 consumidores habituales de cannabis; 42.450 consumidores habituales de alucinógenos; 6.531 consumidores habituales de cocaína (enero de 1984). El consumo de drogas ilegales en el año 1981 osciló entre los 4.500 y los 7.000 millones de pesetas.

El número de fallecimientos por drogas es difícil de averiguar ya que las familias lo ocultan. Algunos informes indican que el número de fallecidos por drogas en Euskadi durante 1981 pudo llegar a ser de 80; según el estudio del Centro Coordinador de las drogodependencias, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, del Gobierno Vasco, titulado *Los jóvenes y las drogas* (enero 1984). En Francia durante 1983 murieron 190 personas víctimas de la droga. Cfr. *Derniers Nouvelles d'Alsace*, 17 marzo 1984, y J. FRANCESCHI, «Bilan de la lutte contre le trafic de stupefiants. Communication devant le conseil des Ministres du 15 février 1984», en *Revue de la Police Nationale*, n.º 120, Février 1984, pp. 4 s.

## 5. CONCEPTO DE DROGAS

Para la interpretación del tipo objetivo del art. 344 del Código penal la mayoría de los autores insisten en la importancia básica de delimitar y estudiar el concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ni las leyes ni los estudios teóricos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, han logrado todavía superar la imprecisión y la confusión terminológica y conceptual en este punto. A este respecto pueden y deben aportar bastante luz los médicos, especialmente los farmacólogos y los psiquiatras. Adelantando la conclusión a la que abocaremos, podemos decir ya desde ahora que estos tres términos significan tres especies de una realidad genérica –las drogas– que en Derecho penal español son las sustancias incluidas en –y añadidas a– las *Listas* de los Convenios Internacionales. La triple diversificación específica interesa al penalista, pero menos que la división dual entre drogas que el lenguaje popular denomina «duras» y «blandas».

Como indica Mariano Jiménez Huerta, el concepto, significado y alcance de drogas, estupefacientes y psicotrópicos es genérico y amplio pues tienen su cuna en las ciencias naturales «adquiere connotación histórica matizada más cada día de un enramado sociológico y de un fondo criminógeno y trasciende al ámbito jurídico, en el que es objeto de preocupación y examen en diversos ordenamientos del mismo: internacional, constitucional, administrativo, penal, procesal y penitenciario».

En España, como en otras naciones, la legislación y la doctrina carecen de límites precisos al emplear las palabras drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas. Algunos comentaristas defienden esta apertura por la naturaleza histórica cambiante del objeto.

## TERMINOLOGIA JURIDICA INTERNACIONAL

Los documentos internacionales, en sus textos –traducciones– oficiales en castellano, suelen emplear principalmente los términos de estupefacientes, drogas, preparados y sustancias psicotrópicas. Más que definir estos términos, los describen casuísticamente detallando en varias *Listas* las sustancias concretas que incluyen bajo la rúbrica correspondiente. A este respecto merece especial atención la Convención Unica de las Naciones Unidas de 1961, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y, en su tanto, el Proyecto de Código penal internacional de Cherif Bassiouni.

La Convención Unica de las Naciones Unidas de 1961 no define qué entiende por droga, aunque usa este término en su art. 32. En cambio, sí detalla qué entiende por estupefacientes y por preparados, en el artículo primero: *preparado* es una mezcla sólida o líquida que contenga un estupefaciente; y *estupefaciente* cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas. La Lista I incluye sustancias como la heroína (diacetylmorfina), la metadona, la morfina, el opio, la hoja de coca, la cocaína, la cannabis y la resina de cannabis. La Lista II incluye, por ejemplo, la codeína y la etilmorfina.

El Convenio de 1971 sobre sustancias psicotrópicas tampoco define la droga; en cambio, sí describe qué entiende por preparado: una o más sustancias psicotrópicas en forma dosificada y toda solución o mezcla en cualquier estado físico que contenga una o más sustancias psicotrópicas. Por sustancia psicotrópica entiende cualquier sustancia natural o sintética o cualquier materia natural de las Listas I, II o IV, que figuran al final del Convenio.

El art. 2 del Convenio de 1971, al regular los criterios por los que se ha de incluir cualquier sustancia (no sujeta aún a fiscalización) en alguna de las Listas I, II, III o IV, ofrece indirectamente una descripción –bastante lograda– de las sustancias psicotrópicas. Según el número 4 del artículo 2, «La Organización Mundial de la Salud ha de comprobar:

- a) que la sustancia puede producir
  - I) 1. un estado de dependencia y  
2. estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo o
  - II) un uso indebido análogo y efectos nocivos parecidos a los de una sustancia de la lista I, II, III o IV, y

b) que hay pruebas suficientes de que la sustancia es o puede ser objeto de un uso indebido tal que constituya un problema sanitario y social que justifique la fiscalización internacional de la sustancia».

El conjunto de estos requisitos, exigidos por el Convenio de 1971, puede ilustrar acerca de cuáles son las sustancias que, *de lege ferenda*, merecen el nombre de drogas.

## TERMINOLOGÍA ESPAÑOLA ADMINISTRATIVA

La Ley 17/1967, de 8 de abril de 1967, al adaptar la legislación española a lo establecido en el Convenio Unico de 1961, en su artículo dos, entiende por *estupefacientes* las sustancias, naturales o sintéticas, incluidas en las Listas I y II de las anexas al Convenio de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio, y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca; y tendrán la consideración de «géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las Listas anexas al citado convenio». El artículo primero de la ley española sigue también fielmente las formulaciones del Convenio, al entender por *preparado* una mezcla, sólida o líquida, que contenga un estupefaciente.

## Terminología penal española

El Código penal, en su artículo 344, en la redacción actual se refiere a «drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas». En la formulación anterior a la reforma de 1983 hablaba de «drogas tóxicas o estupefacientes». Anteriormente, en 1944 usaba la misma expresión. El Código Penal de 1932, en sus artículos correspondientes 346 y ss. trataba de «medicamentos», «sustancias nocivas a la salud», y de «productos químicos que puedan causar grandes estragos». Pero, no empleaba las palabras drogas tóxicas, ni estupefacientes. El Código penal de 1928, en su artículo 558, se refería al «tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes», y, en su artículo 781, hablaba «de drogas tóxicas y demás estupefacientes».

La *Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación social*, de 4 de agosto de 1970, trata de los *toxicómanos* como estados que pueden ser índices de peligrosidad. En el mismo sentido se refiere a los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos (artículo 2, números 7 y 8).

En el art. 344 del Código Penal (drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas) la palabra estupefacientes podría entenederse como adjetivo de *drogas*. Algunas sentencias del Tribunal Supremo (Sent. del 16 de octubre de 1968, Aranzadi, 4.311) emplean en este sentido la expresión de «drogas estupefacientes». Pero, tal interpretación no parece admisible por múltiples razones: otras fórmulas semejantes del Código penal, de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación social, y del Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencias de 23 de diciembre de 1966, de 3 de diciembre de 1970) muestran con claridad que entienden y emplean la palabra estupefacientes como sustantivo.

La terminología del Código penal, de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social y de algunas sentencias del Tribunal Supremo puede interpretarse como trivalente, descriptiva de tres conceptos: drogas tóxicas por una parte, estupefacientes por otra, y sustancias psicotrópicas por otra. El primer término y el

segundo significarían las sustancias incluidas en las Listas I, II y IV del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961, en relación con la Ley española de 1967; y el tercero las indicadas en las Listas I, II, III y IV del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971. Entre otros argumentos, para esta interpretación, pueden aducirse la voluntad del legislador, varias sentencias del Tribunal Supremo, la opinión doctrinal y la legislación comparada, por ejemplo la legislación francesa de 1953 y 1970. Como ya sabemos, el art. 2, de la Ley 17/67, de 8 de abril, establece que a efectos de esta ley «se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidos en las Listas I y II de las anexas al Convenio Unico de 1961 de las Naciones Unidas» y «tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos, o que se incluyen en lo sucesivo, en la IV de las Listas anexas al citado Convenio».

La Lista III del Convenio de 1961 no se incluye en las drogas (en el sentido jurídico penal) a diferencia de las otras Listas, porque a tenor del art. 3.4, de dicho Convenio, esta Lista III incluye los preparados que «dadas las sustancias que contiene, no se presta a uso indebido y no puede producir efectos nocivos».

Las tres formulaciones de la legislación española designan tres especies de una misma entidad genérica. Apoyamos nuestra exégesis en la terminología de nuestro más alto Tribunal en España, en los nombres que emplean los Convenios internacionales y en las fórmulas legales españolas que adaptan y aplican esos Convenios o Tratados. Desde el punto de vista científico farmacológico parece que entre drogas tóxicas, fármacos tóxicos, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, median diferencias más importantes que para el penalista. En el campo del Derecho penal estos términos tienen los principales puntos coincidentes, aunque no todos.

El Código penal al hablar de drogas tóxicas, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, describe entidades equivalentes, pero no idénticas. Estas diferentes expresiones son, a veces, meros giros estilísticos de los que tanto abusa el legislador español. Por ejemplo, en el artículo 340 bis a, párrafo primero, habla de drogas tóxicas o estupefacientes, sin mencionar las sustancias psicotrópicas. Y después, en el artículo 344, en cambio, habla de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Algo similar sucede en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 que emplea dos fórmulas distintas en el artículo 332: en el número primero habla de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; en el número cinco habla de «drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas» (se omite el «sustancias»). Esta última expresión se repite en el artículo 334, 1.º (con una errata que no tiene importancia mayor).

Históricamente, antes de la reforma del 15 de noviembre de 1971, el artículo 344 del Código penal era una ley penal en blanco con referencia a los artículos anteriores. Pero, desde 1971 la formulación se ha obscurecido; no está claramente redactada como ley penal en blanco. Pero, muy probablemente la *voluntas legislatoris* era que en el artículo 344 las drogas contuviesen todas y solas las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas enumeradas en las Listas del Derecho Internacional, aunque no lo ha formulado con precisión. Desde que entró en vigor la Constitución de 1978, el juez está vinculado por la ley para incluir bajo el concepto de drogas tóxicas o estupefacientes o sustancias psicotrópicas todas y solas las sustancias a que se refieren las normativas internacionales de 1961 y 1971 tal y como han sido publicadas oficialmente en España.

El artículo 96, n.º 1, de la Constitución, al consagrar la recepción automática de los Convenios internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, como parte del ordenamiento interno, y el artículo 1.º, 5, del

Código Civil, al establecer que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales serán de aplicación directa en España en tanto hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, nos obligan a interpretar el art. 344 del Código penal como ley penal en blanco en relación con las normas internacionales correspondientes.

La autonomía del Derecho penal nacional resulta equívoca en la perspectiva internacionalista si no se admite la distinción entre tratados *self-executing* y tratados *non self-executing*. Los tratados sobre materia penal, generalmente, se consideran *non self-executing*, pero en lo referente al significado del objeto material de estos delitos del art. 344 deben considerarse vinculantes.

Por lo tanto, los Tratados y Convenios internacionales firmados por España, y las leyes administrativas y fiscales referentes a estas sustancias, así como sus Listas anexas, le pueden y deben servir al juez de criterio orientador y vinculante para decidir qué sustancias deben considerarse «drogas». No son vinculantes respecto a cómo han de ser definidos los delitos. Los textos legales internacionales, concretamente el Convenio de 1961, en su artículo 36 e n.º 4, y la Convención de 1971, en su artículo 22 n.º 5, dicen expresamente que debe mantenerse en este punto el principio de la naturaleza «primaria» (autónoma) del Derecho penal pues reconocen que los delitos han de ser definidos de conformidad con la legislación nacional de cada parte y que ninguna de las disposiciones del presente artículo valdrá por encima de la respectiva legislación nacional.

El juez español deberá, pues, condenar al que mediante actos de tráfico promueva el consumo ilegal de una droga incluida en alguna de las Listas I, II y IV del Convenio de 1961, y de la Ley de 1967, o en las Listas, I, II, III y IV del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 aunque le conste (como puede suceder) que, según la ciencia farmacológica y los expertos forenses criminológicos, esa sustancia en el caso concreto no produce los efectos nocivos propios de las sustancias incluidas en aquellas Listas. Si el consumo de esa concreta droga en cuestión se considera conducta socialmente adecuada en España, aunque no en otras naciones, el Gobierno español debía haber formulado alguna reserva al Convenio de 1961, y las reservas que admite el artículo 32 del Convenio de sustancias psicotrópicas de 1971. La dimensión internacional de este tráfico delictivo impide mantener a ultranza –sin la venia del legislador– las peculiaridades nacionales. Prescindimos aquí de estudiar detenidamente los motivos, más o menos fundados, de no penalizar el uso del alcohol, del tabaco y de otras drogas que cumplen determinadas funciones en nuestro círculo cultural, social, histórico, económico e incluso religioso.

Aunque el Convenio de 1961, como el de 1971, pretenden vincular las Partes respecto al concepto de droga, sin embargo ante todo y principalmente, regulan el control no penal del problema de las drogas y sólo excepcionalmente admiten o aconsejan las sanciones penales.

Además, el Convenio de 1961 permite que no se prohíba la producción, fabricación, exportación, importación, comercio, posesión o uso de los estupefacientes de la Lista IV, si a juicio de las Partes «las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos».

El Tribunal, si respeta el principio de legalidad, carece de base para condenar a quien trafica con una sustancia con caracteres similares a las drogas conocidas, si tal sustancia no figura en las Listas de los Convenios Internacionales.

Tal como está formulado el art. 344 en el contexto legal español, las Listas suponen para el Tribunal una presunción *iuris et de iure* de que sus sustancias poseen las cualidades necesarias para el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado.

### Doctrina española

La doctrina dogmático-penal y crimonológica en España estudia detenidamente, como antes decíamos, el contenido del objeto material del art. 344. Luzón Peña admite como principio general que el Tribunal debe considerar como droga aquella sustancia que está incluida en las Listas de los Tratados internacionales, pero hay que advertir la excepción cuando se pueda demostrar que alguna sustancia concreta no es subsumible en alguno de los elementos del concepto de drogas tóxicas o estupefaciente, sin que ése sea el caso de la cannabis y sus derivados, ni siquiera los menos nocivos, como la griffa o marihuana: pues tal sustancia es nociva (tóxica) aunque lo sea en un grado escaso, su consumo reiterado puede crear dependencia psíquica, ya que no física (droga), y puede afectar a la sensibilidad (estupefaciente). Según Córdoba Roda, hay que atender a los preceptos internacionales, pero no basta, puesto que es preciso además que la sustancia concreta, en atención al bien jurídico protegido por la norma, resulte idónea para originar una significativa perturbación de la salud.

Las autorizadas opiniones de éstos y otros comentaristas españoles muestran la necesidad de que el Código penal formule con más claridad el contenido del objeto material de los delitos del art. 344, dada su importancia básica. Además, los autores de la nueva norma penal deben exponer los motivos *de lege ferenda* para incluir tal o cual sustancia dentro del concepto de droga.

A la luz de los especialistas deben declararse drogas en el Derecho penal aquellas sustancias cuyo uso y tráfico indebido puede producir resultados notablemente peligrosos a la salud individual, al modo de comportarse, a la economía pública, a la salud física y moral de la humanidad, entrañe un notable peligro social y económico para la humanidad y un mal grave para el individuo, de modo semejante a como los produce las sustancias incluidas en las listas de los Convenios de las Naciones Unidas.

En sentido parecido se expresa el Consejo de Europa, en su atinada y densa Resolución(73)6, sobre los aspectos penales del abuso de drogas, adoptada por el comité de Ministros el 19 de enero de 1973, y revisada posteriormente. En esta Resolución el término «droga» comprende todas las sustancias que, en razón de sus propiedades psico-activas y otras, puede abocar a un uso abusivo y algunas veces a un estado de dependencia. Anteriormente, la Asamblea consultiva del Consejo de Europa, en la Recomendación 609 (1970) relativa a la toxicomanía (texto adoptado por la Asamblea el 21 de septiembre de 1970), definía menos científicamente la droga como aquella sustancia que las autoridades competentes consideran susceptible de engendrar un abuso capaz de crear un gran problema para la sociedad y la salud pública.

En conclusión, desde que está vigente la Constitución de 1978, el art. 344 debe considerarse una ley penal en blanco pues deben incluirse en él las sustancias comprendidas en las Listas I, II, y IV del Convenio de 1961, y las sustancias psicotrópicas de acuerdo con el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, y las demás que adquieran consideración de estupefacientes o sustancias psicotrópicas en el ámbito internacional con arreglo al Convenio respectivo, más las que se declaren expresamente tales dentro de España.

*De lege ferenda* el legislador penal español debía formular una definición de droga con referencia a los Tratados internacionales y a la doctrina de los especialistas en las ciencias criminológicas. Mientras no haya un concepto claro y concreto, caben las opiniones divergentes expuestas y razonadas por algunos comentaristas.

Opinamos, con Muñoz Conde, que en la práctica es difícil establecer este concepto penal objetivo de droga, porque la nocividad de una sustancia depende (según indican muchos especialistas: médicos, farmacólogos, psicólogos, sociólogos) de las más variadas circunstancias personales, ambientales, etc. Esto no obsta para que el tráfico de sustancias que no causaren grave daño a la salud y a la seguridad pública, etc. o que, en todo caso, no causaren objetivamente más daño que otras de tráfico permitido, deberían quedar fuera del Código penal.

Una vez más aparece la conveniencia o la necesidad de relacionar la dimensión dogmático-penal-formal con la empírico-criminológico-material. En este sentido el Consejo de Europa, en su Resolución sobre «Los aspectos penales del abuso de las drogas» (73)<sup>6</sup> formula expresamente el concepto criminológico cuando dice «A los fines de la presente resolución, por término *droga* se entiende toda sustancia que en razón de sus propiedades psico-activas, y otras, es capaz de abocar el uso abusivo y algunas veces de producir estado de dependencia». Y, por otra parte, en el capítulo B, «lo que se refiere a la legislación», se manifiesta en favor de un concepto dogmático-penal concreta y claramente determinado por la legislación nacional-internacional, es decir, las *Listas*, completadas por cada Estado. Posteriormente, en 1983, consciente de la necesidad de un concepto claro y concreto, en la Nota enviada por el Secretariado General a los gobiernos de los Estados Miembros, pide le respondan concretando el concepto de drogas, y así lo hacen una docena de Estados, insistiendo la mayor parte de ellos en un concepto cerrado de Listas nominativas de qué debe entenderse en la legislación penal de cada Estado como drogas. Específicamente hablan de, y detallan, las Listas: Irlanda, Luxemburgo, Noruega y la República Federal de Alemania.

## 6. DROGAS DURAS Y BLANDAS

Otro de los aciertos de la Reforma de junio de 1983 se refiere, como hemos indicado, a la diversificación radical en todos los distintos tipos según se trate de drogas que causan grave daño a la salud por un lado, y las demás por otro. Ya hace tiempo, Fernández Albor exigía referencia en el Código penal a los diversos efectos nocivos de las drogas.

Cuando el párrafo primero del artículo 344 habla de las sustancias que causen grave daño a la salud está pensando en las generalmente denominadas *drogas duras*, por ejemplo, la heroína. En cambio, cuando en el mismo párrafo dice «en los demás casos» se debe entender los supuestos de las llamadas *drogas blandas* o drogas leves, como la griffa o marihuana, la cannabis y sus derivados que, generalmente producen menos daño a la salud. Parece acertada esta diferenciación que sigue parte (solo parte) de la legislación comparada, aunque se reconozca que hay también argumentos en contra. Algunos especialistas los formulan insistentemente. Recuerdan que, con frecuencia, la intensidad y extensión del peligro y/o daño depende, tanto o más que de la droga en sí, de las circunstancias ambientales y sociales, de la complejidad física y psíquica del usuario, de la dosis y pureza de la droga, de las mezclas con alcohol u otras sustancias, etc. Los efectos psicológicos dependen no sólo de la sustancia material de la droga, sino también y en gran proporción del medio ambiente y de las circunstancias sociales. Además,

no puede olvidarse el problema de la «escalada»; muchos de los adictos a la heroína y otras drogas fuertes han empezado por la griffa o marihuana u otras sustancias leves.

Recordemos, como ejemplo, el reciente informe publicado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, en el sentido de que las *drogas blandas*, en concreto la marihuana, si se toman en cantidades importantes puede producir estados de delirio semejantes a los producidos por las drogas llamadas duras, como el LSD, la psilobicina, la mescalina, etc. Sobre esta base intervino en el pleno del Congreso (con motivo de la discusión del Proyecto de 1983) el Señor Barrero López contra la despenalización de las denominadas drogas «blandas», de los derivados del cannabis.

Desde el punto de vista médico y psicológico, en este problema tan importante, ofrecen amplia información los Profesores J. Guimón, J. Segarra y Gisbert Calabuig, en España, J. M. Roux, D. Touzeau y P. Hantzberg, en Francia, Siney Cohen en California y Karl-Ludwig Täscher, en Alemania.

El Tribunal Supremo recientemente va tomando postura, en algunas Sentencias posteriores a la Ley Orgánica de junio de 1983, acerca de qué drogas deben considerarse duras y cuáles blandas. Por ejemplo, la Sentencia del 11 de noviembre de 1983 considera droga que causa grave daño a la salud la cocaína; la Sentencia de 29 de octubre de 1983 estima la heroína también como droga dura. En cambio, la Sentencia del 10 de noviembre de 1983 considera que el hachís no es gravemente dañosa para la salud. En sentido parecido, también las Sentencias del 7 de noviembre de 1983 y 16 de noviembre del mismo año.

Como anotamos en otro lugar, esta distinción más bien acertada entre drogas fuertes y leves no debería abocar a que el tráfico con las segundas nunca sea sancionado con penas pecuniarias, como —por desgracia— sucede en la legislación vigente española.

Para terminar este capítulo, tengamos presente que el bien jurídico preotegido en el art. 344 no es sólo la salud pública.

## 7. DOS DELITOS FUNDAMENTALES

Como indicábamos antes, uno de los principales logros de la reforma de 1983 es la clara distinción entre las conductas incriminadas (los tráficos ilegales de drogas) por una parte, y por otra la no-tipificación de la mera tenencia para el propio uso (aunque sea indebido) de drogas. La posesión sólo se incrimina cuando se tiene la droga para traficar con ella. Según el Código penal actual se sanciona a:

- 1.º Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal (mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico).
- 2.º Los que poseyeran las drogas con el fin de traficar.

De ambas acciones tipificadas el *sujeto activo* puede ser cualquier persona. En algunos supuestos quizás tenga aplicación el nuevo art. 15 bis, cuando el que trafique actúe como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación de la misma, aunque no concurren en él y sí en la dicha entidad las condiciones que la figura del delito requiere para el supuesto tráfico. Pero, en general, los sujetos activos serán personas físicas y con frecuencia drogadictos. Detrás de ellos se mueven entre bastidores (algunos muy ocultos) jefes, administradores o encargados de organizaciones nacionales y multinacionales.

### 1.º *Promoción del consumo ilegal de drogas*

La conducta que tipifica el legislador consiste —dicho brevemente— en promover, favorecer o facilitar (mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico) el consumo ilegal de drogas.

La redacción actual logra describir, con técnica algo mejor que el texto vigente antes de la Ley Orgánica de junio de 1983, cuál es la conducta prohibida. Ahora se habla de consumo donde antes se hablaba de uso, y se sustituye la enumeración casuística y excesivamente amplia y vaga de ejecutar ilegítimamente actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general o de otro modo, por la expresión de «mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico».

A la luz de los Convenios Internacionales, de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la legislación y doctrina nacional y comparada, podemos decir que por promoción habrá que considerar cualquier género de propaganda, formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras en los casos prohibidos por el art. 18. 1. de la Ley de 8 de abril de 1967, excepto en los casos en que medie la debida autorización legal. Por favorecimiento o facilitación debe entenderse todos y solos los actos de auxilio que se preste a quienes consumen ilegalmente y/o a quienes promueven el consumo ilegal. Aquí el legislador se refiere a los intermediarios en el tráfico y a quienes cultivan o fabrican tales sustancias para destinarlas al consumo ilegal. Estas conductas de promoción, favorecimiento o facilitación han de llevarse a cabo mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o de posesión con el fin de traficar.

La Ley de 1967 brinda un fecundo criterio interpretativo respecto al *tráfico*, en su art. 15, cuando establece que «Constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma».

Son atípicos los actos de cultivo, fabricación o tráfico cuando no se promueve, facilita o favorece el consumo ilegal, es decir, cuando se cumplen las normas nacionales e internacionales respecto a las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas para usos médicos, terapéuticos, de investigación, etc. No está, por tanto, incriminado el tráfico, ni el cultivo de drogas con fines industriales, científicos y docentes autorizados, con arreglo a la Ley de 8 de abril de 1967.

Según establece, repetidamente, nuestro más alto Tribunal (Sentencias de 25 octubre 1979, 11 febrero 1980), el Código pretende incriminar desde los actos de producción de drogas (cultivo, elaboración, fabricación), pasando por los actos preparatorios o auxiliares del tráfico de las mismas (tenencia, transporte) y los constitutivos o integrantes con carácter principal de dicho tráfico (venta, donación), hasta llegar finalmente a los denominados actos de proselitismo (promoción, favorecimiento, facilitación) mediante los cuales de una u otra manera se inicia, fomenta, estimula o propicia el consumo ilegal de drogas.

Algunas sentencias han condenado al autor de simple donación y/o de invitación recíproca al consumo de drogas (Sentencia 18 marzo 1980) por considerar tales actos incluidos en la promoción o en el favorecimiento, puesto que el donante «promueve, favorece y facilita el uso de dicha sustancia» (Sentencia 10 junio 1980). Otras sentencias, en cambio, como la de 20 de octubre de 1980, dan un paso decisivo en otra dirección de interpretación más «progresiva» (y discutible, cfr. el n.º 1 del art. 3 del Código Civil), y declaran que no se incrimina la entrega de drogas que está presidida por la intención de asegurar (por reciprocidad para

ocasiones similares inversas) el propio consumo, y no por la intención de favorecer o facilitar su uso. Por lo tanto, este tipo de actos de transmisión que todo consumidor practica, en uno u otro momento, puede ser calificados también en la nueva redacción del art. 344, no como actos de propio y verdadero tráfico de droga sino como actos de mero consumo que lleva a cabo (no un delincuente sino) un enfermo.

En este campo, además, la Jurisprudencia ha consolidado el criterio tradicional de que el *onus probandi*, la obligación de prueba, recae en el acusador. En caso de duda, el Tribunal debe inclinarse a no sancionar la donación entre consumidores. En realidad muchas veces el Tribunal se encontrará ante situaciones difíciles de deslindar pues todos –o casi todos– los consumidores de drogas abocan, pronto o tarde, en intermediario o en pequeño traficante para poder obtener la suma de dinero que necesita diariamente para conseguir la dosis de hachís o de heroína que consume.

Entre los simples intermediarios o proveedores (prescindiendo de que sean drogadictos) y los verdaderos traficantes («los padrinos») no hay solución de continuidad, y resulta difícil establecer cuándo llegan a merecer condena como traficantes quienes inician este pequeño comercio gratuito o casi gratuito.

## 2.º *Posesión con el fin de traficar*

La segunda modalidad gira alrededor de la posesión para traficar. Esta formulación del tipo objetivo logra con claridad dejar fuera del Código penal la mera tenencia de droga para el consumo propio, pues incrimina la tenencia para el subsiguiente tráfico, pero no para la donación o intercambio con otro usuario (drogadicto generalmente).

Gran parte de la doctrina nacional y extranjera, así como buena parte de la jurisprudencia (desde hace algunos años), se inclinan por deslindar claramente la tenencia para el uso propio o para el intercambio entre usuarios que no debe ser incriminada por una parte, y por otra la tenencia para el tráfico que sí debe ser incriminada.

No parece que baste para considerar incluido en tenencia *para traficar* el dato de su gratuidad u onerosidad, pues ciertos obsequios y regalos de droga pueden y deben ser considerados típicos o incriminados en el art. 344 si y porque son conducentes, tendentes, a promover, favorecer o facilitar el consumo y/o el tráfico. En cambio, aunque excepcionalmente, puede considerarse justificada (pero no atípica) la entrega onerosa de droga si el precio es bajo y el minivendedor necesita (estado de necesidad) ese dinero con el fin de conseguir droga para su autoconsumo, para evitar o superar su síndrome de abstinencia.

En este sentido se han manifestado algunas sentencias. Con especial claridad trató este difícil y frecuente problema la Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de la Audiencia Nacional, en la Sentencia ya citada de 20 de octubre de 1980 (ponente Luis A. Burón Barba, actual Fiscal General del Estado). Considera que el hecho de la transmisión ocasional de droga realizada por un toxicómano a otro, no mercede la calificación de tráfico ilegal.

El Tribunal Supremo (Sentencia 14 noviembre de 1983) constata la dificultad para fijar criterios que puedan servir de distinción entre la tenencia destinada al tráfico y la tenencia destinada al uso propio, y admite como criterio, entre otros, la condición de drogadicto del tenedor de la droga, el lugar donde sea aprehendida, su domicilio, la calle, bares o lugares de la diversión, etc. donde la droga se comercializa y sobre todo la cantidad de droga intervenida, como hechos o circunstancias externas que sirven para inducir el propósito final de la tenencia.

Otro indicio de que la droga está destinada al tráfico será encontrar en poder del proveedor instrumentos para la venta o para la medición, como puede ser una balanza de precisión. En caso de duda sobre si la tenencia es para el tráfico, el Tribunal (Sentencia del 30 de septiembre de 1983) debe inclinarse en beneficio o en pro del reo.

Algunos autorizados especialistas propugnan que se debe incriminar también la tenencia para el uso (una minoría pide la sanción penal incluso para el mero uso) por motivos médicos y de Política criminal. El texto del Convenio de 1961 toma una postura ambivalente al respecto pues, aunque el art. 36, 1. a) considera delito la mera posesión, sin embargo en el apartado siguiente 36, 1. b) declara que las Partes podrán (en vez de declarar culpables a las personas autoras de ese delito por mera posesión o de sancionarlas penalmente) someterlas a medidas de tratamiento, educación, readaptación social... De modo semejante, aunque no idéntico, se manifiesta el Convenio de 1971, en su art. 22, 1. b).

En Derecho comparado algunos países incriminan, en *cierto sentido*, la mera tenencia. Subrayamos la observación de *en cierto sentido* no sólo porque la sanción oscila entre extremos muy diversos, desde penas graves privativas de libertad o pecuniarias a simples medidas de deshabitación, sino también y principalmente porque las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales distan mucho de ser unívocas (incluso en Estados Unidos).

El Consejo de Europa aconseja que a los usuarios, en caso que la legislación les imponga una sanción penal, se les suspenda la ejecución de la pena si se someten a un tratamiento terapéutico. Muchas leyes nacionales acogen esta posibilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la suspensión condicional de la persecución del delito.

El resultado de estas acciones no necesita llegar a producir una lesión del bien jurídico protegido (múltiple). Basta la acción de traficar (el ataque a la salud y seguridad públicas) pues son delitos de peligro, como indica repetidamente el Tribunal Supremo (Sents. 15-XII-82; 29-XI-82; 30-V-81, etc.) y explicaremos enseguida.

## **8. NATURALEZA JURIDICA. DELITOS DE PELIGRO.**

El art. 344 describe un delito, no de lesión, sino de peligro. Y no de peligro concreto ni de peligro hipotético, sino más bien un delito de peligro abstracto, por diversas consideraciones a la luz de la moderna dogmática cada día más completa en este campo. Aquí ha de tenerse en cuenta la complejidad del bien jurídico protegido (que no es sólo la salud individual ni sólo la salud pública), la dimensión cultural de algunas drogas en determinados países y ambientes, la plurivalencia de los efectos de muchas drogas según las circunstancias personales y sociales del usuario, las conquistas doctrinales sobre el fin de la norma jurídico-penal y sobre la mayor aceptación de la concreta valoración judicial acerca de las conductas socialmente adecuadas así como las adquisiciones teóricas acerca de la previsibilidad objetiva del resultado y del curso causal en cuanto elemento común de todo delito de resultado (aunque no todo peligro equivale a resultado), no solo en los delitos de imprudencia.

Son delitos de peligro abstracto por la probabilidad de una puesta de peligro de la salud de los ciudadanos en cuanto posibles víctimas de futura drogodependencia (paralelismo con los delitos de falso testimonio, parágrafos 153 y ss. del Código penal alemán), y en cuanto la posible subsecuente pérdida de autodirec-

ción personal o la posible supresión del poder de inhibición en los actualmente drogodependientes (por paralelismo con la embriaguez), y también –aunque secundariamente– por la probabilidad de una puesta en peligro de la seguridad de los ciudadanos en cuanto posibles sujetos pasivos de posibles delitos futuros cometidos por los drogadictos (víctimas éstos a su vez, de la drogodependencia). No consideramos el tráfico de drogas en el Código penal español actual como delito de peligro hipotético pues no parece preciso acreditar –*hic et nunc*– la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de la acción) y la potencialidad peligrosa del resultado o la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* del resultado) como exigencias del tipo objetivo. De *lege ferenda* parece deseable tipificar estos delitos como de peligro hipotético para que los jueces, puedan y deban aplicar criterios inmediatos de antijuridicidad material.

En los delitos de protección del medio ambiente el legislador quizás no puede prescindir de regularlos como delitos de peligro abstracto, de manera que el juez debe y puede establecer un juicio axiológico para decidir (según los conocimientos *generales*) si tal acción es capaz –*in genere*– para polucionar el medio ambiente, y si el imputado poseía ese conocimiento o, al menos, podía y debía tenerlo. Pero, de *lege ferenda* en el campo del tráfico de drogas y sus efectos, parece que el Tribunal podía y debía formular una apreciación valorativa para decidir (según los conocimientos *concretos*) si la sustancia en discusión es capaz –*en concreto*– para dañar, y si el acusado en el caso particular poseía ese conocimiento o debía tenerlo aquí y ahora.

A tenor de lo dicho anteriormente, se comprende que el núcleo del tipo puede formularse con el verbo traficar en cuanto significa negociar, enriquecerse... a costa de un peligro posible contra la salud pública y contra el monopolio de control estatal, etc. El verbo traficar, en sentido amplio, que incluye también el cultivo, la propaganda, etc., puede ser el común denominador de la formulación típica de todas las diversas figuras básicas. El ataque contra el bien jurídico (múltiple) no es necesario aboque a una lesión concreta determinada, sino que basta el peligro de que tal perjuicio llegue a producirse realmente. Múltiples Sentencias del Tribunal Supremo (del 10 de octubre de 1982), califican los delitos de este art. 344 como delitos de peligro abstracto que no precisan para su consumación el resultado lesivo concreto, pues basta que se den los dos elementos: el externo representado por la ejecución de actos de tráfico de las drogas y el elemento interno o psicológico constituido por el conocimiento del agente de carecer de autorización legal para realizar las conductas llevadas a cabo. No faltan Sentencias (como la del 22 de octubre de 1982) que manejan otra terminología y, después de considerar estos delitos como de peligro abstracto, dicen que no se necesita resultado alguno. Por el contexto se comprende que consideran como resultado sólo el perjuicio o la lesión real y el peligro concreto. Otros especialistas creen preferible hablar de delitos de resultado incluyendo tanto los delitos de lesión como los delitos de peligro, en oposición a los delitos meramente formales o de simple actividad, como por ejemplo, el delito de conducir sin el debido permiso (art. 344, bis c, derogado por la Ley Orgánica 8/1983).

Se considera aquí, siguiendo a Bettiol y Jescheck, que el concepto de delito de peligro conlleva cierta valoración axiológica, más o menos genérica, pues se entiende como peligro en el campo jurídico penal algo real, no mero juicio de probabilidad, que coincide con un estado situacional que probablemente abocará a la lesión del bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto los indicios de la peligrosidad se hayan fijados de forma vinculante en la propia ley, mientras que en los delitos de peligro concreto la causación del resultado ha de constatarse por el Juez como elemento del tipo.

Desde esta perspectiva, parece acertado incluir la mayoría de (no todos) estos delitos entre los de consumación anticipada, como aparece al estudiar la consumación y las formas imperfectas de ejecución, de manera que la consumación objetiva no se anticipe sobre la subjetiva, de modo semejante a como sucede en la utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos del art. 516 bis.

Sería aconsejable, *de lege ferenda*, que la acción de traficar con tal droga sea peligrosa y conocida como peligrosa para el bien jurídico protegido (múltiple), en grado mayor o menor según que el legislador formule estos delitos como de peligro abstracto o de peligro hipotético.

## 9. Tipo subjetivo y formas imperfectas de ejecución.

La caracterización dogmática de estos delitos nos conduce a negar la posibilidad (salvo en casos muy excepcionales) de supuestos de delito culposos pues esta clase de delitos, por su misma naturaleza, llevan en sí mismos el dolo. En este sentido se manifiestan Córdoba Roda y Rodríguez Devesa, entre otros. Dicho con otras palabras, sólo pueden ser delitos dolosos porque la propia definición típica emplea términos de sentido final característicos de los delitos de intención. Por lo tanto, quedan fuera del tipo, el cultivo, la fabricación o el suministro de los productos en cuestión si el sujeto actúa creyendo, con error invencible de tipo (elemento esencial), que no estaban destinados al consumo ilegal. Si el autor ignora (o yerra sobre) la peligrosidad de la sustancia (resulta a veces difícil el límite que separa algunas drogas blandas frente a las medicinas permitidas) el Tribunal deberá valorar su capacidad axiológica al respecto en el supuesto concreto para juzgar si el error era invencible o vencible.

Brevemente, con Muñoz Conde, se puede decir, que, además del conocimiento del carácter perjudicial para la salud de los posibles usuarios de la droga (salud de la colectividad) se necesita el conocimiento y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el consumo *ilegal* de los compradores y/o de otras personas. De tal manera que cuando se pretenda únicamente favorecer el consumo propio, entonces falta el dolo.

Nuestro Tribunal Supremo, a veces, considera estos delitos como incluíbles entre los llamados de consumación anticipada por creer que acogen en la descripción típica una serie de verbos nucleares, el cumplimiento de los cuales aunque, no lleva todavía aparejado el daño —el perjuicio de la salud o bienestar de la sociedad, etc.— sin embargo perfecciona el delito, eliminando así sus formas imperfectas, como son la tentativa y la frustración (Sentencias 8 abril de 1980, 4 junio 1980).

En sentido contrario se manifiestan el *Convenio Unico de 1961* y el *Convenio sobre sustancias Psicotrópicas de 1971* que hablan de posibles formas de tentativa y frustración en sus artículos 36, 2.9) II) y 22.2.a) II), respectivamente. Un sector minoritario de la doctrina considera los delitos de peligro abstracto como delitos de resultado en los cuales cabe tanto la tentativa como la frustración.

En general, pues, no parece posible las formas imperfectas de ejecución porque estos tipos se consuman por la mera actividad de tráfico. Pero, como indica Córdoba Roda, algunas modalidades del art. 344 exigen la producción de un resultado en la esfera fenoménica de la realidad objetiva, y en tales modalidades (elaboración y fabricación) cabe exigir la producción de este resultado y, por lo tanto, la posibilidad de formas imperfectas de ejecución.

## 10. Delitos agravados

El párrafo segundo del artículo que comentamos establece una cualificación de primer grado que obliga al Tribunal a imponer las penas superiores en grado, en cuatro supuestos:

1. «Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años».
2. «En centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios»
3. «Cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas»
4. «Cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia».

Ninguno de estos supuestos figuraba en la legislación vigente antes de junio de 1983. La agravación en los supuestos primero y tercero aparece ya en el artículo 326 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980. Ambos se mantienen, acertadamente, en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal, aunque cuando el autor pertenece a una organización la pena tiene una agravación especial; desaparecen los otros dos casos (2.º y 4.º).

Cuando el culpable pertenece a una organización que tenga como finalidad difundir la droga se dará concurso de delitos con el tipificado en el art. 173, 1.º, que sanciona como asociaciones ilícitas a las «que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión».

La agravación por razón de cantidad de droga (cuando la cantidad poseída para traficar fuera de notoria importancia) deja un margen a la discreción judicial. El tribunal deberá tener en cuenta aquí no sólo la cantidad voluminosa y/o ponderable de la droga sino también su calidad, así como las circunstancias sociales y personales. Así, la Sentencia del 7 de noviembre de 1983, subraya que, para determinar la notoria importancia de la cantidad, se ha de tener también en cuenta, además de la cantidad, su calidad en relación con el ámbito que es susceptible de tener el tráfico a que está destinada dicha sustancia; considera la tenencia de 13 kilos de hachís y 100 gramos de aceite de la misma sustancia como cantidad notoria. En el mismo sentido, la Sentencia del 10 de noviembre de 1983 estima que la cantidad ocupada al condenado, de dos kilos y medio de hachís, debe estimarse de notoria importancia, dado el crecido número de cigarrillos que con la misma pudiera fabricarse. La Sentencia del 16 de noviembre de 1983 estima que la cantidad de 42,60 gramos de hachís no es susceptible de considerarse de notoria importancia.

La cantidad mayor o menor de droga traficada sirve también para distinguir el propósito final de la tenencia, para el propio consumo o para el tráfico (Sentencia 14 noviembre 1983).

La determinación de si la cantidad concreta de droga supera el límite del delito básico tipificado en el párrafo 1.º exige un juicio axiológico del Tribunal. Ese juicio valorativo parece compatible con el principio de legalidad, pues la individualización judicial resulta imprescindible en supuestos como éste.

El aumento de la sanción cuando se difunden las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en centros docentes, en unidades militares o en las cárceles no parece respuesta inteligente ni práctica, a la luz de la moderna política criminal. Especialmente trágico es el problema de las drogas en las instituciones penitenciarias de España y de muchísimos otros países; pero, la cuestión debe plantearse en términos distintos.

Nuestras prisiones albergan muchos internos en mayor o menor grado drogadictos, pues según la Memoria de la dirección General de Instituciones Penitenciarias de 1980, el 80 por ciento de la población reclusa española se droga. La mayoría de nuestras cárceles carecen de personas y de medios especializados para atender a esos miles de drogadictos.

Entre los internos españoles predomina el consumo de hachís, siendo casi excepcionales los barbitúricos, LSD-25, morfina y anfetaminas. El número de recuperaciones que se obtiene en las instituciones penitenciarias en cuanto a trastornos somáticos quizás sea completo; pero, por desgracia, en las recuperaciones psicológicas, al contrario, se considera la reincidencia como lo normal. En el estudio del Prof. Carlos García Valdés, sobre los sujetos que la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social etiqueta como toxicómanos, y sobre la medida penal (de seguridad) de aislamiento curativo en casas de templanza, se constata lo poco que se atiende a este problema en España en comparación con la totalidad de personas internas que consumen drogas. Transcribimos a continuación alguno de sus elocuentes cuadros estadísticos.

### Existencia, en final de los años que se indican, de los sometidos a medidas de seguridad

Consistentes en tratamiento de alcohólicos y drogadictos (hasta 1972) y tratamiento de toxicómanos, exclusivamente, a partir de 1973 hasta la actualidad

	AÑOS									
	1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968	1969	1970	
Hombres .....	25	24	25	14	13	10	10	23	19	
Mujeres .....	5	8	1	1	—	—	1	11	5	
TOTAL .....	30	36	26	15	13	10	11	24	24	

	AÑOS									
	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980
Hombres .....	32	68	27	17	32	31	24	50	25	16
Mujeres .....	3	2	5	2	1	2	1	2	2	—
TOTAL .....	35	70	32	19	33	33	25	52	27	16

\* Hasta el año 1972 las cifras comprenden alcohólicos y drogadictos.  
A partir de 1973 las cifras que se aportan son exclusivamente de toxicómanos.

## Porcentajes comparativos de toxicómanos sujetos a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social por toxicomanías

AÑOS	Población reclusa al 31 de dicbre.	Sometidos a medidas de seguridad	En tratamiento por toxicomanía (%)
1974 .....	14.764	982	1,93
1975 .....	8.440	826	4,00
1976 .....	9.937	736	4,33
1977 .....	9.392	459	5,45
1978 .....	10.463	171	13,26
1979 .....	13.627	49	15,08
1980 .....	17.669	39	11,76

En Alemania, en la mayoría de los países europeos, y en Estados Unidos, el número de delincuentes condenados a sanciones privativas de libertad por delitos contra la legislación penal de las drogas aumenta de una manera muy notable en los últimos años. Merecen transcribirse los datos siguientes respecto a la República Federal de Alemania.

Años	Total	Hombres	Mujeres
1974	7.086	6.205	881 = 12,4 %
1976	8.798	7.429	1.369 = 15,6 %
1981	17.054	14.211	2.843 = 16,7 %

Según afirma el Director General adjunto de la administración penitenciaria y de los servicios de la probación, William Rentzmann, si la administración penitenciaria danesa puede responder a las metas humanas propuestas en este campo es principalmente porque dispone de suficientes fondos para aumentar el número de cárceles (más pequeñas) destinadas a los delincuentes en el mundo de las drogas, y porque los efectivos personales han aumentado intensamente. Esta solución parece muy costosa por el momento, pero en un futuro se manifestará menos onerosa para la sociedad que los regímenes de máxima seguridad y las medidas de control degradantes contra los toxicómanos y traficantes.

A la luz de las modernas doctrinas y experiencias quedan anticuados el art. 2,7.º y 8.º y el art. 6,5º y 6.º de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación social. Según estos artículos, los toxicómanos y los que trafican con drogas, si concurren ciertos requisitos, pueden ser declarados peligrosos y se les pueden aplicar serias medidas penales que, tal como se ejecutan, merecen más bien el calificativo de penas. En concreto, a los toxicómanos, según el art. 5, se les aplicarán, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes sanciones:

- a) Aislamiento curativo en casa de templanza
- b) Tratamiento ambulatorio,

- c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo
- d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados,
- e) Además, incautación de los efectos ocupados.

A los que se consideran peligrosos por promover o realizar el tráfico ilícito de drogas, fomentar el consumo y los dueños, empresarios o gerentes de los establecimientos correspondientes se les impondrán simultáneamente las tres sanciones siguientes:

- a) Internamiento en un establecimiento de reeducación o trabajo.
- b) Incautación del dinero y efectos procedentes.
- c) Multa.

Sucesivamente se les aplicará la prohibición de residir en el lugar o territorios que se designe y sumisión a la vigilancia de los delegados. Además, se decretará la clausura del establecimiento o local».

Urge reformar radicalmente esta legislación. Para la futura reforma puede ayudar conocer los estudios del Consejo de Europa. En Estrasburgo, del 14 al 16 de marzo de 1983, el grupo Pompidou, es decir el *Grupo de cooperación en materia de lucha contra el abuso y el tráfico ilícito de drogas*, celebró el Simposio sobre la asistencia social a los toxicómanos graves; reunió a los representantes de sus Países Miembros (Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Suecia y Turquía). Posteriormente, las autoridades competentes han formulado las conclusiones y recomendaciones de ese Simposio. De ellas nos interesan aquí recordar, al menos, las siguientes:

–No hay toxicómanos de los cuales se pueda decir que su caso es tan «desesperado» que la única solución sea seguir drogándose, aunque pertenezcan al grupo de los llamados toxicómanos fuertes, «*toxicomane lourde*» (*hard-core addict*).

–En los centros de tratamiento para toxicómanos debidamente dotados puede lograrse, más o menos, el 30% de resocialización.

–Cada país debe estudiar y adoptar las modalidades más de acuerdo con sus circunstancias socioculturales. (Las Comunidades Autónomas deben tomar parte activa y diferencial).

–Más que tratar de solucionar el problema de toxicomanía (de las personas) conviene procurar resolver el problema de cada toxicómano teniendo, ante todo, en cuenta sus circunstancias familiares profesionales y comunitarias.

En parecido sentido se expresan los asistentes a la 7.ª Reunión de la Comisión permanente del Grupo Pompidou, del 27 al 29 de abril de 1983, en Strasburgo, y la 6.ª Conferencia bienal de Directores de Instituciones Penitenciarias, celebrada en el Consejo de Europa, en Strasburgo, del 1.º al 3 de julio de 1983.

El párrafo tercero añade una pena (la inhabilitación especial) cuando los culpables son facultativos o funcionarios públicos que realicen los actos punibles con abuso de su profesión. No tendrá lugar la pena de inhabilitación especial si realizan los actos como y en cuanto simple ciudadanos. El término facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

Este párrafo mejora parcialmente el correspondiente párrafo vigente hasta la Ley Orgánica de junio de 1983, al detallar el ámbito del facultativo. Pero, parece

criticable la reforma en cuanto amplía el campo de la agravación pues incluye también al funcionario público.

Esta pena de inhabilitación se puede añadir probablemente a todos los supuestos, tanto a los básicos como a los cualificados, aunque el texto legal no habla con la deseada claridad pues se refiere a «los actos anteriores», es decir, los regulados en los párrafos primero y segundo.

Además, adolece de cierta ambigüedad pues da pie a dos interpretaciones: Una entendiendo que la posterior agravación del párrafo cuarto (en los casos de extrema gravedad obliga al Tribunal a imponer la pena superior en grado) se refiere a toda la pena, y por lo tanto también a ésta de inhabilitación, de manera que se puede llegar a la inhabilitación absoluta. Otra interpretación entenderá que la agravación del párrafo cuarto se refiere tanto a la pena de libertad como a la pecuniaria, pero no a la inhabilitación que siempre permanecerá especial.

En resumen, si se opta por la primera interpretación, cuando el autor sea facultativo o funcionario público la pena que le corresponde puede oscilar desde arresto mayor e inhabilitación especial de seis años y un día a doce años en los casos más leves, hasta reclusión menor y multa de 30.000 a 3.750.000 pesetas e inhabilitación absoluta de seis años y un día a doce años en los casos más graves. La inhabilitación absoluta le privará al condenado de los derechos que indican los artículos 35 y 40 del Código penal.

Si se prefiere la segunda interpretación –que nos parece la más justa a la luz del texto legal, de sus antecedentes, de la jurisprudencia y del Derecho comparado– la inhabilitación será siempre especial. Durante el tiempo que le corresponda (de seis meses y un día a doce años) el penado no podrá ejercer su profesión u oficio, y si es eclesiástico se limitarán los efectos de la pena a los cargos, derechos y honores que no tuviere por la iglesia, y a la asignación que tuviere derecho a percibir por razón de su cargo eclesiástico (artículos 40 y 41 del Código penal).

La Propuesta de Anteproyecto de 1983, en su art. 332, omite lo relativo al funcionario público, y sólo mantiene lo referente al facultativo; es decir que vuelve a la legislación de los años setenta, casi literalmente. La única diferencia consiste en que se explicita que la inhabilitación se extiende a los médicos y a las personas con título sanitario, al farmacéutico y a sus dependientes. El art. 332 no se expresa con la debida claridad pues el n.º 5 también obliga al Tribunal a imponer «la pena superior en grado» pero no especifica si se refiere sólo a la pena privativa de libertad y a la pecuniaria, o si también se extiende la agravación a la inhabilitación especial. Parece que esta última permanece sin agravación puesto que, cuando se trata de sustancias que no causen grave daño a la salud, se establece la pena de prisión de dos a cuatro años y la multa de 12 a 24 meses, sin decir nada acerca de la inhabilitación (en el mismo n.º 5).

*De lege ferenda* nos parece que la agravación (la inhabilitación especial) debe aplicarse siempre que intervenga un facultativo con abuso de su profesión, incluso cuando se trate de drogas leves, pero nunca debe llegar a inhabilitación absoluta.

## **11. El establecimiento público y la empresa como tipos cualificados**

El párrafo cuarto describe varios supuestos agravados, con una segunda cualificación, mediante una técnica poco afortunada en cuanto al fondo y en cuanto a la forma. No parece claro ni cuáles ni cuántos son los diversos supuestos, pues pueden entenderse por separado o en diversos conjuntos. En la primera

lectura serían tres supuestos: 1.º los de extrema gravedad; 2.º cuando los hechos se realicen en establecimiento público; 3.º si se trata de jefes, administradores o encargados de una organización.

Si la «y» del comienzo del párrafo debe entenderse copulativamente –pues ha desaparecido la coma que había en el Proyecto de 1982– los supuestos serían dos: 1.º casos de extrema gravedad y que los hechos se realicen en establecimientos públicos; 2.º casos de extrema gravedad y que se trate de jefes, administradores o encargados de una organización.

Qué supuestos deban considerarse como casos de extrema gravedad queda al arbitrio de los Tribunales. Y no hay jurisprudencia al respecto en España puesto que hasta ahora estos supuestos quedaban reducidos, (dada la formulación del artículo hasta 1983) a los hechos que se ejecutaban en establecimiento público. La finalidad de este párrafo era el poder decretar la medida de clausura del establecimiento, de un mes a un año.

El Código, al incriminar a los jefes, los administradores y los encargados de esas organizaciones, intenta cubrir el ámbito de las personas que, de una u otra manera, dirigen la actividad principal de promoción o favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante los actos que se especifican en el párrafo primero (actos de cultivo, fabricación o tráfico o posesión para traficar).

Como jefes deberán considerarse en algunos casos los dueños o gerentes, en otros aquéllos que dirigen la organización correspondiente; los administradores serán tanto los miembros del Consejo de Administración como quienes de hecho administran total o parcialmente la organización referida; los encargados serán los que controlan –en cualquier sentido– tal o cual parte de la organización. Esta ha de estar dedicada exclusiva o parcialmente a la actividad arriba indicada de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. El legislador ha pretendido aquí, desde un inteligente punto de vista, llegar los centros neurálgicos en donde y desde donde se trafica, es decir, ha pretendido llegar a los grandes padrinos. La finalidad parece acertada, pero el camino escogido no tanto.

Actualmente, en estos dos o tres supuestos a que se refiere el vigente párrafo 4.º, la pena puede ser muy grave, y el tribunal tiene obligación de imponerla (no así en el Proyecto de 1982). Cuando se trata de drogas que causen grave daño a la salud la pena en el caso mínimo será de prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 pesetas, pero puede llegar a reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 ptas.

Los Tribunales, además de imponer esa pena superior en grado, podrán, si lo consideran justo, decretar alguna de las medidas siguientes:

- «a) clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.
- b) suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.
- c) prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años»

Estas tres medidas se transcriben literalmente del Proyecto de Ley de Reforma del Código penal (Orgánica) de 1982.

En opinión de algún comentarista estas tres medidas que el Tribunal *puede* decretar merecen la calificación de medidas *penales* o medidas de *seguridad*, aunque no consten como tales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ni

en otro artículo del Código Penal, pero sí están reguladas en este art. 344. Parece más acertado verlas como medidas de tipo administrativo cuya inobservancia constituirá un delito de quebrantamiento de condena.

La reforma de junio de 1983 ha añadido un párrafo —el 5.º— con el deseo de salvaguardar los derechos de los trabajadores. Para ello establece que, cuando cualquiera de esas medidas sea aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa. Acertadamente indica Rodríguez Devesa que estas medidas difícilmente podrán ser controladas por la administración de justicia, y no parece fácil imaginar qué género de intervención puede tener el Estado para salvaguardar los derechos de los trabajadores si éstos pierden su puesto de trabajo a causa de la clausura de la empresa o disolución de la sociedad. Merece ponerse en relación esta norma del Código penal con la que establece la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, en su art. 5, n.º 8, cuando habla de la «(C)lausura del local o establecimiento de un mes a un año. Esta clausura no afectará a las obligaciones laborales de la empresa con el personal que preste servicios en el establecimiento».

El Proyecto de Ley de Reforma parcial del Código penal (orgánica) de 1982 formulaba estos tipos agravados también en su art. 344, párrafo 4.º, con casi el mismo texto; las únicas diferencias consistían en que la agravación era facultativa tanto respecto a la pena como respecto a las medidas, y en que ahora se ha suprimido la coma que separaba el supuesto primero del supuesto segundo. Decía: «en los casos de extrema gravedad, y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes»... Enrique Ruiz Vadillo constata que el Proyecto de 1982 formula, en este párrafo 4.º, tres supuestos: los casos de extrema gravedad, cuando los hechos sean realizados en establecimiento público, y cuando se trate de jefes administradores encargados, etc.

Una fórmula más técnica de los supuestos, actualmente regulados en el párrafo 4.º del art. 344, nos ofrece la Propuesta de Anteproyecto (1983), en su art. 332, números 5.º y 6.º, que retornan básicamente —aunque con matices nuevos— a los párrafos 5 y 6 del art. 326 del Proyecto de Reforma de 1980. El número 5.º incrimina con penas más graves a los autores cuando pertenecen a una organización que tenga como finalidad difundir las drogas. Y, en el número 6, cuando los hechos se ejecutan en establecimiento público, el Tribunal teniendo en cuenta lo regulado en el art. 168, acerca de las medidas de seguridad, podrá decretar la medida de clausura del establecimiento por tiempo de dos meses a seis años. Esta medida podrá tener carácter definitivo si el establecimiento guardare relación con una organización que tuviere como fin la explotación y difusión del uso de drogas tóxicas o estupefacientes o psicotrópicos. En el art. 138, n.º 2, ante el peligro de que salgan perjudicados los trabajadores, se autoriza al Tribunal para «proponer a la administración que disponga la intervención de la empresa».

## **12. Derecho Penal Internacional, Reincidencia, habitualidad y extradición. Contrabando.**

El párrafo último del art. 344 mantiene (salvo en una palabra insignificante) la fórmula del texto anteriormente vigente, y establece que (como el art. 452 bis f, referido a los delitos de prostitución) las condenas de Tribunales extranjeros en estos delitos se tendrán en cuenta en lo que se refiera a la reincidencia, lo mismo que si hubieran sido condenas de Tribunales españoles. Si se acepta el criterio tradicional acerca de la reincidencia como agravante, debe considerarse acertado el mantener este precepto, aunque desde el punto de vista de la eficacia, su

aplicabilidad en la práctica parece muy discutible, ya que ésta depende de las instituciones policiales y judiciales supranacionales; especialmente se echa en falta los oportunos registros internacionales. Los modernos estudios dogmáticos y criminológicos insisten en la incongruencia de considerar la reincidencia como agravante genérica, en el sentido y alcance tradicional.

En la Propuesta de Anteproyecto (1983), al omitirse en el libro primero la reincidencia como agravante, desaparece también en este párrafo la referencia a la misma. Pero, en cambio, se establece que esas condenas surtirán los mismos efectos que si hubieran sido dictadas por Tribunales españoles «a los fines de apreciar en el reo la habitualidad». Esta –la *habitualidad*– se tiene en cuenta en el art. 100 (de la Propuesta) para que el tribunal imponga a los delincuentes habituales el internamiento en un centro de terapia social, en algunos casos, por un tiempo inferior a 5 años.

Lamentablemente, el art. 344, tal como se ha reformado en 1983, no se hace eco del convenio Único de 1961 que, en su art. 36, n.º 2, supera el principio de territorialidad y establece el principio de *universalidad* de la ley penal para los delitos de tráfico de drogas. Dicho n.º 2 determina que «a reserva de las limitaciones que imponga la Constitución respectiva... cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto». Hubiera sido de desear y de esperar que el legislador hubiese introducido en nuestro art. 344 un párrafo que estableciese, poco más o menos, lo que ya consta en el art. 288 de nuestro Código penal respecto a los delitos de falsificación de moneda donde se dice que «(L)as sanciones establecidas se aplicarán aun cuando los hechos hayan sido ejecutados en el extranjero, considerándose como infracciones independientes las realizadas en distintos países». Si no se establecen y cumplen estas normas un traficante puede vivir en España y desde aquí coordinar el mercado ilegal de drogas en otros países sin ser perseguido por la justicia. Esos países pueden, a lo más, pedir su extradición.

Con mejor técnica, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal (1983), en su art. 10, acoge este criterio supranacional y establece que las leyes penales españolas serán también aplicables a los españoles o extranjeros que hayan cometido fuera del territorio nacional delitos de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

De modo semejante el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, en su art. 22, n.º 2, pide que se aplique a estos delitos el principio de universalidad de la ley superando el principio exclusivo de la territorialidad, pues el art. 22, 2 establece que

«si se ha cometido en diferentes países una serie de actos relacionados entre sí que constituyan delitos de conformidad con el párrafo 1, cada uno de esos actos será considerado como un delito distinto»

El mismo art. 22, n.º 2, pide también que estos delitos se incluyan entre los que dan lugar a la extradición en los Tratados correspondientes. Dice textualmente:

«b) Es deseable que los delitos a que se refieren el párrafo 1 y el inciso II) del apartado a) del párrafo 2 se incluyan entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado o que pueda concertarse entre las Partes, y sean delitos que den lugar a extradición entre cualquiera de las Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado o acuerdo de reciprocidad, a reserva de que la extradición sea concedida con arreglo a la legislación de la Parte a la que se haya pedido, y de que esta Parte tenga derecho a negarse a proceder a la detención o a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave».

También el Convenio Unico de 1961, en su formulación vigente (B.O.E., 4 nov. 1981), en su art. 36, 2, IV, b), pide que esos delitos consumados o no (confabulación para cometerlos, tentativa, actos preparatorios, operaciones financieras a tales delitos) se considerarán incluidos en los tratados de extradición ya celebrados o que se vayan a celebrar entre las Partes.

Nuestro Tribunal Supremo en algunas Sentencias (S. 20-XI-1981) recuerda las dimensiones internacionales de estos delitos.

El Proyecto de Código penal Internacional de Cherif Bassiouni dedica su artículo XV, de la parte especial, a los «Delitos relativos a las drogas», y en él incrimina «el hecho de, a sabiendas, cultivar, fabricar, importar, exportar, vender, distribuir o poseer cualquier *sustancia controlada* sin licencia o autorización del Estado, conforme a las leyes y reglamentos dictados en ejecución de las disposiciones de los *Convenios Internacionales Aplicables*».

El Tribunal penal Internacional será competente a la luz del art. III, de la parte general, del mismo *Proyecto de Código penal Internacional*, para conocer todos los delitos relativos a las drogas, y si el Tribunal penal Internacional declina su competencia serán competentes:

- «a) la Parte Contratante en cuyo territorio se haya cometido el crimen o delito en todo o en parte;
  - b) cualquiera de las Partes Contratantes de las que el acusado sea nacional;
  - c) cualquiera de las Partes Contratantes de las que sea nacional la víctima;
  - d) cualquier otra Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre el acusado».
- Así se evita que cualquier traficante quede impune. El art. 9 (sección 8) establece las medidas oportunas para salvaguardar el principio de *non bis in idem*.

Los actos de tráfico de drogas con frecuencia entrarán en relación con los actos de *contrabando*. Estos últimos están incriminados en la nueva Ley Orgánica 7/13 de junio de 1982 (BOE, n.º 191, de 30 de julio), por motivos cuantitativos y/o cualitativos. Las infracciones previstas en el apartado 1 del artículo primero se considerarán delitos (no meras infracciones administrativas) si el valor de los géneros o efectos (en nuestro caso las drogas) supera el millón de pesetas.

Aunque no alcancen ese tope económico, también se considerarán delito «cuando el objeto de contrabando sean drogas, estupefacientes...» (art. 1.º, 3). Como ya sabemos cualquier droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica se considera géneros o efectos estancados, según el art. 1.º, 1, 3.º de la Ley de Contrabando en relación con el art. 2.º, 1, de la Ley de 8 de abril de 1967.

La Guardia Civil incautó durante el año 1983 mercancías de contrabando por valor de 14.500 millones de pesetas. De ellos, 4.558 millones correspondieron a drogas; fueron detenidas 9.465 personas por contrabando, el año anterior lo fueron 14.584 personas.

La sanción por delitos de contrabando será la prisión menor en su grado medio o máximo y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos, si son géneros estancados (drogas) sin autorización, de valor igual o mayor a un millón de pesetas. En cambio, a los hechos constitutivos de delito por *el objeto* (droga, en nuestro caso) —prescindiendo de su valor— les corresponderá la pena de prisión menor en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de las drogas.

Por lo indicado se deduce que algunas de las conductas tipificadas como delito en el art. 344 del Código penal merecen también esta calificación, según la Ley de Contrabando. La práctica de la doble sanción en este campo parece «con-

traría a una correcta interpretación de los preceptos legales», como prueba Vives Antón. Surge, pues, un concurso ideal heterogéneo de delitos, pues de una sola acción brotan dos delitos diferentes, del delito del art. 344 y el delito de contrabando. En el único hecho material de introducir drogas sin cumplir los correspondientes trámites legales se distinguen los dos elementos formales de una conducta: en cuanto posesión de sustancias para traficar (al introducir clandestinamente), que pueden perjudicar (poner en peligro) el bien jurídico protegido en el art. 344 (la salud pública, etc., según hemos indicado) afecta al Código penal, pero en cuanto elude el pago del impuesto afecta al erario público (Sentencia 20 enero de 1982) y a la Ley de Contrabando que lo protege.

Por lo tanto, se debe acudir al art. 71 del Código penal que regula el concurso de delitos. En estos casos, el Tribunal impondrá la pena correspondiente al delito en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse penando separadamente los delitos. En el supuesto de que esta pena superase tal límite, deberán sancionarse los delitos por separado.

No se aplicará el art. 68 que se refiere al concurso de leyes, a hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código penal, aunque algunos autores con serios argumentos consideran que aquí estamos ante un concurso de leyes pues el bien jurídico protegido en la sanción de contrabando es en el fondo el mismo que en el artículo del Código penal.

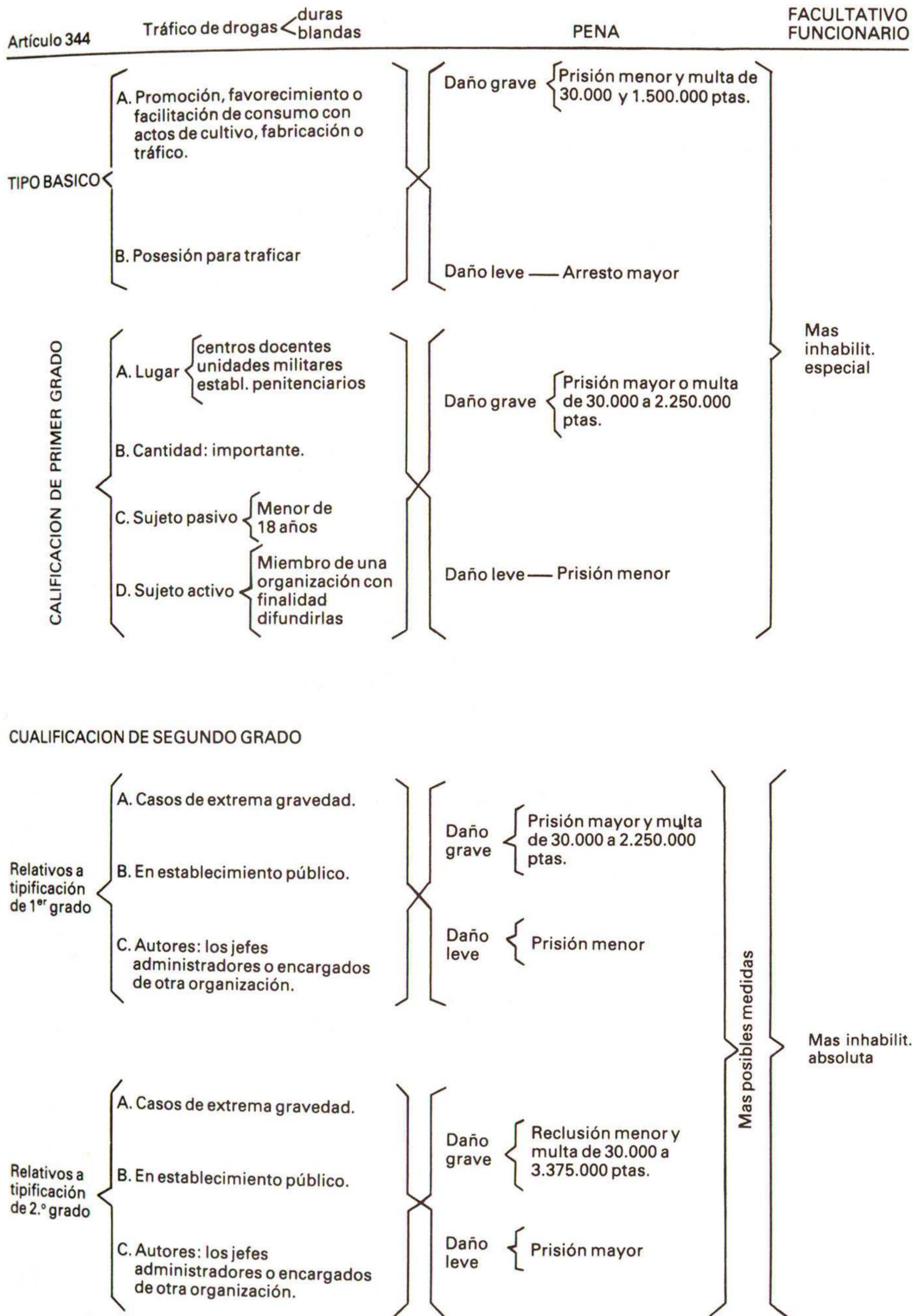
### **13. SANCIONES CORRESPONDIENTES**

En este campo la reforma de 1983 ha dado un paso adelante acertado al intentar superar la excesiva discrecionalidad que la formulación hasta ahora vigente concedía a los Tribunales que, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podían imponer una pena compuesta que socilaba desde seis meses de privación de libertad y 10.000 pesetas de multa hasta veinte años de privación de libertad y millón y medio de pesetas de multa (más la inhabilitación correspondiente, si el autor era facultativo y actuaba con abuso de su profesión).

Las penas oscilan ahora desde arresto mayor (un mes y un día de privación de libertad) hasta reclusión menor (viente años de privación de libertad) más la multa de 30.000 a 375.000 ptas. y las posibles medidas penales, más la inhabilitación que prescribe el párrafo tercero y que hemos comentado en su lugar. El abanico abarca más amplitud que antes de la reforma de junio de 1983, pero el actual art. 344 introduce a nivel legal más elementos de determinación legal y, por lo tanto, deja menos campo a la determinación judicial. Antes, los únicos criterios legales eran «las circunstancias del culpable y del hecho» para la cuantía de la pena, por una parte, y por otra, para la posible medida (clausura del establecimiento) el Código exigía que los casos fueran de extrema gravedad y se ejecutasen los hechos «en establecimiento público» y que se tuvieran en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable. En cambio, ahora han aumentado los criterios legales que, de alguna manera, vinculan al juez: la distinción de drogas blandas y duras, el difundirse entre menores de 18 años, en centros docentes, en unidades militares o en establecimientos penitenciarios, que el culpable pertenezca a una organización, que la cantidad poseída sea de notoria importancia, que el caso sea de extrema gravedad, que los hechos se realicen en establecimiento público, y por fin que los autores sean jefes, administradores o encargados de una organización.

En el cuadro que se adjunta se indican las penas que corresponden a los diversos supuestos en la legislación actualmente vigente. Hay dos tipos básicos,

## ESQUEMA 1



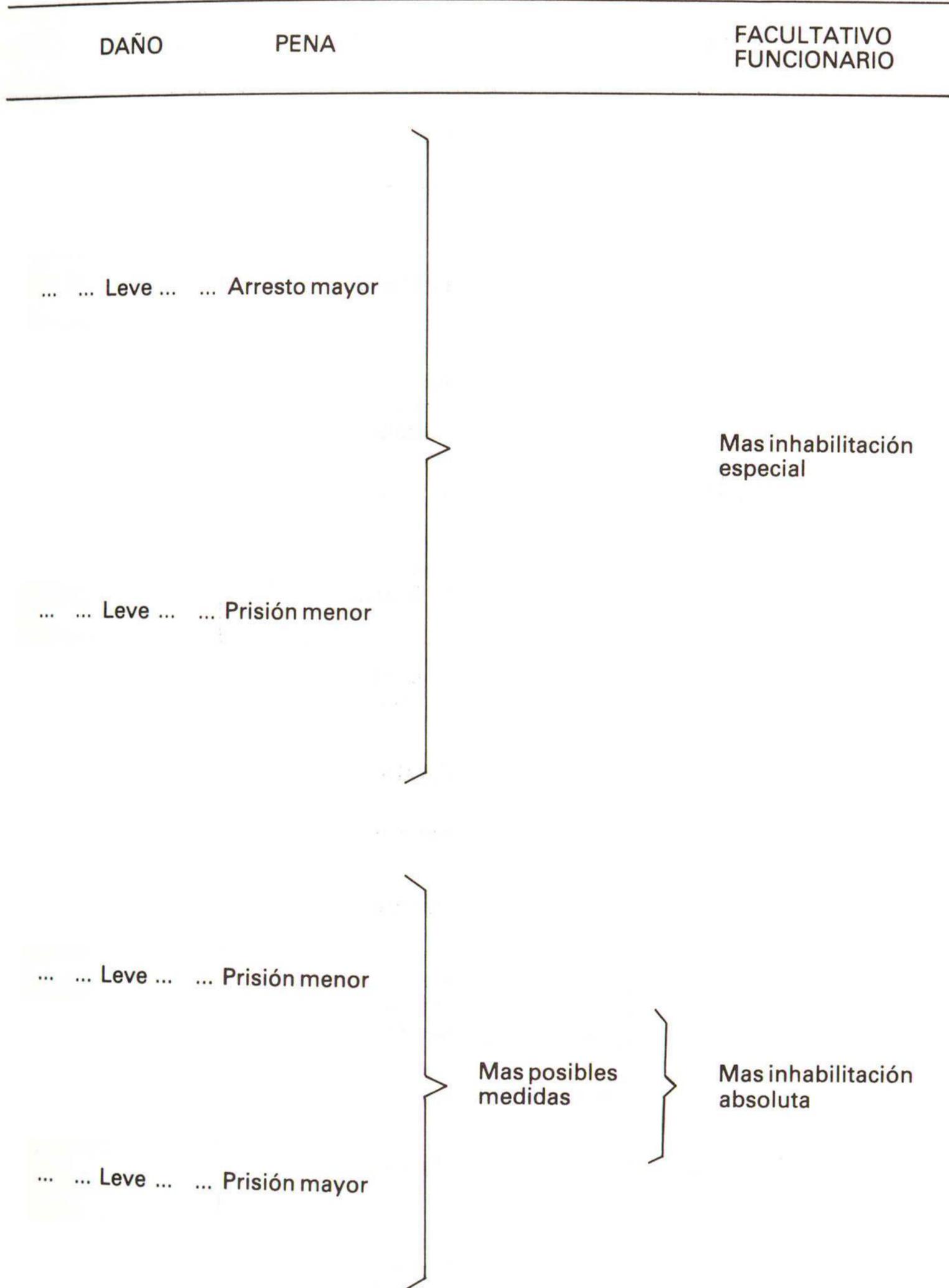
## ESQUEMA 2 (A)

### Tráfico de drogas blandas

Art. 344	TIPOS																				
TIPO BASICO	<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 5%; border: none;">{</td> <td style="width: 75%; border: none;"> <p>A. Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico.</p> </td> <td style="width: 20%; border: none;">}</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>B. Posesión para traficar.</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> </table>	{	<p>A. Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico.</p>	}	...	...	{	<p>B. Posesión para traficar.</p>	}	...	...										
{	<p>A. Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico.</p>	}	...	...																	
{	<p>B. Posesión para traficar.</p>	}	...	...																	
CUALIFICACION DE PRIMER GRADO																					
	<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 5%; border: none;">{</td> <td style="width: 75%; border: none;"> <p>A. Lugar      centros docentes                   unidades militares                   establ. penitenciarios</p> </td> <td style="width: 20%; border: none;">}</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>B. Cantidad: importante</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>C. Sujeto pasivo      Menor de 18 años</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>D. Sujeto activo      Miembro de organización con finalidad difundir</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> </table>	{	<p>A. Lugar      centros docentes                   unidades militares                   establ. penitenciarios</p>	}	...	...	{	<p>B. Cantidad: importante</p>	}	...	...	{	<p>C. Sujeto pasivo      Menor de 18 años</p>	}	...	...	{	<p>D. Sujeto activo      Miembro de organización con finalidad difundir</p>	}	...	...
{	<p>A. Lugar      centros docentes                   unidades militares                   establ. penitenciarios</p>	}	...	...																	
{	<p>B. Cantidad: importante</p>	}	...	...																	
{	<p>C. Sujeto pasivo      Menor de 18 años</p>	}	...	...																	
{	<p>D. Sujeto activo      Miembro de organización con finalidad difundir</p>	}	...	...																	
CUALIFICACION DE SEGUNDO GRADO																					
Relativos a tipificación de 1.º grado	<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 5%; border: none;">{</td> <td style="width: 75%; border: none;"> <p>A. Casos de extrema gravedad</p> </td> <td style="width: 20%; border: none;">}</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>B. En establecimiento público.</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> </table>	{	<p>A. Casos de extrema gravedad</p>	}	...	...	{	<p>B. En establecimiento público.</p>	}	...	...	{	<p>C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</p>	}	...	...					
{	<p>A. Casos de extrema gravedad</p>	}	...	...																	
{	<p>B. En establecimiento público.</p>	}	...	...																	
{	<p>C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</p>	}	...	...																	
Relativos a tipificación de 2.º grado	<table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 5%; border: none;">{</td> <td style="width: 75%; border: none;"> <p>A. Casos de extrema gravedad.</p> </td> <td style="width: 20%; border: none;">}</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> <td style="width: 10%; border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>B. En establecimiento público.</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> <tr> <td style="border: none;">{</td> <td style="border: none;"> <p>C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</p> </td> <td style="border: none;">}</td> <td style="border: none;">...</td> <td style="border: none;">...</td> </tr> </table>	{	<p>A. Casos de extrema gravedad.</p>	}	...	...	{	<p>B. En establecimiento público.</p>	}	...	...	{	<p>C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</p>	}	...	...					
{	<p>A. Casos de extrema gravedad.</p>	}	...	...																	
{	<p>B. En establecimiento público.</p>	}	...	...																	
{	<p>C. Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</p>	}	...	...																	

## ESQUEMA 2 (B)

Tráfico de drogas blandas



## ESQUEMA 3 (A)

Tráfico de drogas duras

Art. 344	TIPOS																								
TIPO BASICO	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">A.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico.</td> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">}</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">B.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Posesión para traficar.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> </table>	A.	Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico.	}	...	...	B.	Posesión para traficar.	}																
A.	Promoción, favorecimiento o facilitación de consumo con actos de cultivo, fabricación o tráfico.	}	...	...																					
B.	Posesión para traficar.	}																							
CALIFICACION DE PRIMER GRADO	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">A.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Lugar</td> <td style="border-right: 1px solid black;">centros docentes unidades militares establ. penitenciarios</td> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">}</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">B.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Cantidad:</td> <td style="border-right: 1px solid black;">importante.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">C.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Sujeto pasivo</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Menor de 18 años</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">D.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Sujeto activo</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Miembro de organización con finalidad difundir</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> </table>	A.	Lugar	centros docentes unidades militares establ. penitenciarios	}	...	...	B.	Cantidad:	importante.	}			C.	Sujeto pasivo	Menor de 18 años	}			D.	Sujeto activo	Miembro de organización con finalidad difundir	}		
A.	Lugar	centros docentes unidades militares establ. penitenciarios	}	...	...																				
B.	Cantidad:	importante.	}																						
C.	Sujeto pasivo	Menor de 18 años	}																						
D.	Sujeto activo	Miembro de organización con finalidad difundir	}																						
CUALIFICACION DE SEGUNDO GRADO																									
Relativos a tipificación de 1.º grado	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">A.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Casos de extrema gravedad.</td> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">}</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">B.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">En establecimiento público.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">C.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> </table>	A.	Casos de extrema gravedad.	}	...	...	B.	En establecimiento público.	}			C.	Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.	}											
A.	Casos de extrema gravedad.	}	...	...																					
B.	En establecimiento público.	}																							
C.	Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.	}																							
Relativos a tipificación de 2.º grado	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">A.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Casos de extrema gravedad.</td> <td style="width: 5%; border-right: 1px solid black;">}</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> <td style="width: 10%; text-align: center;">...</td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">B.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">En establecimiento público.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td style="border-right: 1px solid black;">C.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.</td> <td style="border-right: 1px solid black;">}</td> <td></td> <td></td> </tr> </table>	A.	Casos de extrema gravedad.	}	...	...	B.	En establecimiento público.	}			C.	Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.	}											
A.	Casos de extrema gravedad.	}	...	...																					
B.	En establecimiento público.	}																							
C.	Autores: los jefes administradores o encargados de otra organización.	}																							

# ESQUEMA 3 (B)

Tráfico de drogas duras

DAÑO	PENA	FACULTATIVO FUNCIONARIO
... .. Grave ...	Prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.00 ptas.	Mas inhabilitación especial
... .. Grave ...	Prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 ptas.	
... .. Grave ...	Prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 ptas.	Mas inhabilitación absoluta
... .. Grave ...	Reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 ptas.	

dos cualificados de cada uno de estos tipos, y una pena adicional posible en todos ellos.

A los supuestos descritos en el párrafo 1.º del artículo 344 corresponde como pena el arresto mayor si las drogas no causan grave daño a la salud. En cambio, si las sustancias causan grave daño a la salud la pena es de prisión menor y multa de 30.000 a millón y medio de pesetas.

Los tipos cualificados en el párrafo siguiente (2.º) obligan al Tribunal a imponer penas más graves por motivos de la víctima, de la cantidad, del sujeto activo y/o de las circunstancias. En estos casos se impondrán las penas superiores en grado. Cuando las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de 18 años o en centros docentes, unidades militares, establecimientos penitenciarios o cuando el culpable pertenezca a una organización que tuviera como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia, si se trata de sustancias que causan grave daño a la salud, le pena será de prisión mayor y multa de 30.000 a 2.250.000 pesetas. Si se trata de sustancias que no causen grave daño a la salud, la pena será de prisión menor.

La segunda cualificación descrita en el párrafo cuarto obliga a imponer las penas superiores en grado. Este párrafo cuarto está formulado con poca claridad. Al decir «los Tribunales, además de imponer la pena superior en grado»..., quizás quiera indicar «además de imponer la *misma* pena superior en grado» de que habla el párrafo segundo; o quizás, en otro sentido, desea significar «además de imponer la pena superior» a la del párrafo segundo... Me inclino por la última



Participantes en la mesa redonda del día 30 de octubre: Juan José Goiriena, Prudencio Larrañaga, Laguardia...

exégesis. Pero, quizás puede interpretarse que este párrafo cuarto únicamente añade la posibilidad de decretar alguna de las medidas que se enumeran. Los jueces, lógicamente, deberán generalmente acogerse a esta interpretación más benévola y que parece la deseable, *de lege ferenda*. Tampoco queda claro si esta cualificación se establece en relación con el párrafo primero únicamente o si también se extiende al párrafo segundo. Parece más probable la última interpretación porque, de lo contrario, resultaría el absurdo de no poder decretar las medidas (de seguridad) en ninguno de los supuestos tan importantes que se tipifican en el párrafo segundo, por ejemplo, cuando se difundan las sustancias psicotrópicas entre menores de 18 años. Por lo tanto, creo que —como se indica en el esquema adjunto— hay que establecer esta cualificación en sendos grupos, según se refieran al párrafo primero o al párrafo segundo. Por lo tanto, a quien trafique con drogas fuertes le corresponde la pena de reclusión menor y multa de 30.000 a 3.375.000 pesetas; y a quien trafica con drogas leves se le impondrá la pena de prisión mayor (privación de libertad de seis años y un día a doce años). En los dos casos de esta segunda cualificación, los Tribunales podrán, además, decretar las medidas que y como se ha indicado antes.

En todos los supuestos cabe una tipificación particular cuando el delito lo lleva a cabo un facultativo o funcionario público con abuso de su profesión. Entonces el Tribunal le deberá imponer, además de la pena que le corresponda privativa de libertad y en su caso económica, la pena de inhabilitación especial o quizás la pena de inhabilitación absoluta en algún caso, según indicamos al comentar el párrafo tercero. Se considera facultativo a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes. En la Propuesta de Anteproyecto desaparece —acertadamente— esta cualificación especial para el funcionario público.

El actual art. 344 prescinde del párrafo 3.º tal como se formulaba en la legislación vigente hasta junio de 1983, que tomaba en consideración las circunstancias del culpable para que los Tribunales pudiesen poner la pena inferior o superior en un grado. Era excesivo tanto arbitrio judicial —aunque según Fernández Albor y algunas Sentencias del Tribunal Supremo cabía en ciertos supuestos el recurso de casación, pero era acertado tomar en consideración las peculiaridades del autor (y del hecho). Esta omisión en el texto actual parece lamentable, dada la especial calidad del injusto personal en estos delitos.

Como hemos visto, quedan varios puntos negativos y/o oscuros todavía en la legislación actual respecto a la penalidad. Parece incorrecto que al traficante con drogas blandas en ningún supuesto se le imponga una sanción pecuniaria mientras que al traficante con drogas duras se le impone en todos los casos, y en algunos hasta 3.375.000 pesetas. También parece criticable que en algunos supuestos la privación de libertad pueda llegar a reclusión menor, lo mismo que en el art. 407 al reo de homicidio (aunque en algunas legislaciones extranjeras se llega incluso a la pena de muerte, como en Turquía).

Con mejor técnica, la Prpuesta de Anteproyecto (1983), en su párrafo 4, autoriza a los Tribunales para que «atendidas las circunstancias del sujeto, la cantidad de droga poseída para traficar o que el tráfico se realiza para atender el propio consumo»... pueda imponer la pena inferior en grado a las señaladas en los párrafos 1 y 2. La personalidad de muchos traficantes debe considerarse, a la luz de autorizados especialistas, como delincuentes profesionales, difíciles de corregir, refractarios al trabajo. La personalidad de otros muchos traficantes, y mini-trafficantes, drogadictos y no drogadictos (que a través de este comercio consiguen droga para sí), también merece ser tomada en consideración para atenuar su pena y/o para aplicarles la suspensión condicional de la condena, como indican los

Convenios Internacionales, y el Consejo de Europa. Finalmente, la Propuesta «reincide» aquí en la severidad de las penas privativas de libertad, pues a tenor del n.º 5 del art. 332 la pena puede alcanzar una duración mayor que la imponible a los reos de homicidio (de 8 a 15 años, en el art. 139), ya que puede llegar a nueve años de privación de libertad, y según una interpretación más rigurosa llegaría hasta trece años y seis meses. Ya hemos indicado que estas penas abundan en la legislación de bastantes países cercanos culturalmente a nosotros.

#### **14. ASOCIACION DE LOS AFECTADOS POR LA DROGA EN GUIPUZCOA**

A la luz de lo anteriormente expuesto, pasamos ahora a contestar brevemente las preguntas que con tanta amabilidad nos ha formulado la *Asociación de los afectados por la droga en Guipúzcoa*.

«¿Puede afirmarse que un centro penitenciario actual es una escuela de delincuencia?».

– Sí, por desgracia, salvo escasas excepciones, puede y debe decirse que las instituciones penitenciarias, en nuestra sociedad actual, son universidades del crimen.

De lo dicho no se concluya que podemos cerrar *todos* los centros penitenciarios. Ojalá pudiéramos. Pero, en mi opinión, no podemos. Sí podemos, y debemos, hacerlos habitables.

Tampoco se concluya viendo a los funcionarios de instituciones penitenciarias como los culpables e la situación infrahumana de las cárceles. No. Los culpables somos todos. Y todos debemos conocer más estas realidades, para, después de conocidas, transformarlas radicalmente, según indican Gustav Radbruch, Dorado Montero, Manuel de Lardizábal y Uribe, y tantos otros. Las cárceles deben remodelarse radicalmente y urgentemente, o volvemos a los tiempos de la peor barbarie.

«¿Qué consideración le merece la legislación actual que equipara en culpa y pena al traficante con el fin de lucro que envía a personas drogadictas a comprar al extranjero, y que mientras deja buenos beneficios a los primeros, sólo alguna cantidad de droga a los segundos?».

– La legislación y la praxis española, hasta junio de 1983, daba pie a comentarios parecidos a éste, y aun a comentarios más críticos. Desde esa fecha, los artículos del Código penal, en su nueva formulación, se acercan algo a la postura que propugnan los especialistas y el Derecho comparado, aunque todavía no se ha logrado la deseable respuesta jurídico-penal unánime y coincidente. El Código penal en su artículo 344 ha introducido importantes y positivas innovaciones, como hemos visto anteriormente. Recordemos telegráficamente ahora: la distinción entre «sustancias que causen graves daños a la salud» y «los demás casos», imponiendo la pena más leve en este supuesto, es decir, cuando se refiere a las llamadas drogas blandas; la agravación de las penas en un grado «cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de 18 años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios»; también se agrava la pena en los supuestos en que intervienen los que vulgarmente se consideran grandes «padrinos»; es decir, personas que pertenecen «a una organización que tiene como finalidad difundir las drogas» o «cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia». Otro de

los aciertos de la nueva legislación, decíamos antes, es el tener en cuenta los supuestos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o por personas con autoridad. En estos casos se permite a los tribunales imponer la pena superior en grado, y, además, decretar medidas eficaces como son:

- a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.
- b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.
- c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito por tiempo de dos meses a dos años».

Por otra parte, a los ebrios habituales y toxicómanos si se reconoce en ellos peligrosidad social, la *Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social*, en su artículo 6, número 5, pide que «se les aplique, para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Aislamiento curativo en casas de templanza.
- b) Tratamiento ambulatorio.
- c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo.
- d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados...».

Esta legislación, si se cumpliese y si las autoridades competentes tuvieran medios necesarios a su disposición, evitaría mucho sufrimiento y muchas desgracias entre nosotros.

La *Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal* que redactó el Ministerio de Justicia a finales del año 1983 y que, por motivos de índole política, no parece que todavía ha entrado en vías de tramitación en las Cortes, en sus artículos 22 y 23 avanza por la línea que se va abriendo entre los especialistas, y brinda a los Jueces algunas normas legales atinadas para distinguir entre el delincuente no-drogadicto que actúa con plena responsabilidad, por una parte, y por otra el delincuente-drogadicto que actúa sin ninguna responsabilidad y, finalmente, el delincuente-drogadicto que actúa con poca responsabilidad. En el segundo caso, «cuando se halle en estado de intoxicación plena», quedará exento de responsabilidad. En el tercer caso, cuando se encuentre «en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole, que sin ser ordenada al hecho no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto», se le deberá atenuar la responsabilidad criminal. En el Título IV, al tratar de las medidas de seguridad, esta Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal presenta algunas medidas más de acuerdo con la nueva política criminal que las hasta ahora previstas en la legislación. De todas las maneras, hemos de esperar a que el legislador no se contente con la letra fría de la ley (fácil de redactar), y ponga al alcance de las autoridades competentes los medios necesarios para que esos internamientos en centros de deshabitación, esa sumisión a tratamiento externo en centros médicos o «unidad hospitalaria», etc., sean verdaderamente eficaces.

En pocas palabras, el nuevo Derecho penal tiende a adoptar unas medidas menos retributivas o carentes de esta dimensión, cuando se refiere a determinados delincuentes drogadictos. Una vez más conviene reconocer al Derecho penal como una pieza indispensable pero ambivalente, con efectos positivos y negati-

vos, en la respuesta interdisciplinar a la droga, y conviene investigar para aplicar o inventar algo mejor que el Derecho penal.

«¿Cree usted que un drogadicto que necesite medio, uno a más gramos diarios tiene conciencia criminológica en el momento de cometer un atraco, o actúa por un impulso vital de supervivencia que pretende llevarle a esta situación crítica?».

– El síndrome de abstinencia, a veces, provoca reacciones tan violentas y coaccionantes que la libertad del paciente queda muy mermada, o anulada. Otras veces, en cambio, el síndrome de abstinencia carece de base real, aunque el sujeto-paciente crea, más o menos, lo contrario. Frecuentemente estamos ante tragedias individuales y familiares que exigen mucha generosidad y mucha inteligencia por parte de la sociedad en todos sus estratos, como lo recuerda repetidas veces el Consejo de Europa.