

La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Málaga

1. INTRODUCCION

El presente trabajo pretende analizar las últimas tendencias internacionales y españolas que se están apreciando en relación con la problemática del tráfico y consumo de drogas. Nos encontramos en un momento especialmente interesante, ya que en Naciones Unidas se está preparando un nuevo proyecto de Convención al considerar insuficientes las existentes. El Parlamento europeo ha decidido tomar cartas en el asunto urgiendo a los Estados miembros a realizar una determinada política al respecto, y el Parlamento y Gobierno españoles están desarrollando en este campo una actividad inusitada hasta hace poco tiempo. Además, en buena medida, no se trata simplemente de mayores preocupaciones o actuaciones, sino de un cambio de sesgo significativo.

En cualquier caso se trata de un análisis de política social y no meramente político-criminal. Si hubiera optado por esto último, como suele ser frecuente entre los penalistas, se hubiera perdido la debida perspectiva en un fenómeno que sólo parcialmente debe ser abordado de modo represivo. Ello explica que con frecuencia me ocupe de aspectos ligados a la reducción de la demanda, y no sólo de la oferta, por más que, una vez definidas las pautas globales de actuación, cuando se trata de entrar en detalles atienda básicamente a los ligados a la vertiente represiva.

El doble análisis internacional y nacional, y la confrontación realizada entre ellos, resulta por otro lado de especial interés en un momento en que se cuestiona que España mantenga la debida coordinación con la política internacional vigente, además de ser desde cualquier punto de vista imprescindible dada la interconexión que se registra entre los ámbitos nacional e internacional desde hace bastante tiempo.

2. TENDENCIAS RECIENTES EN NACIONES UNIDAS

Podemos considerar a las resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea general de las Naciones Unidas, adoptadas el 14 de diciembre de 1984, como el inicio de una política sobre drogas del citado organismo que va a poseer caracteres peculiares respecto a las etapas anteriores. Las resoluciones, denominadas respectivamente «Campaña internacional contra el tráfico de drogas» y «Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas», muestran una serie de notas comunes (1): Ante todo, la calificación del narcotráfico y del uso indebido de drogas como un problema que merece tratamiento urgente y máxima prioridad. Como justificación de tal actitud se alude a la grave amenaza que tales actividades implican para el desarrollo económico y social de los pueblos, para su salud pública y bienestar físico y moral, con especial incidencia sobre la juventud, y para su seguridad. Interesante resulta destacar, igualmente, la ausencia de distinciones entre la demanda y el consumo de drogas por un lado y su producción y tráfico por otro, a la hora de calificar todos esos comportamientos como actividades ilícitas y criminales, necesitadas de prevención y de sanción.

Pero lo que va a condicionar decisivamente la actitud de las Naciones Unidas a partir de ese momento es la idea de que una lucha eficaz contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas exige la adopción de medidas adicionales a las hasta ahora utilizadas: En consecuencia, la primera de las Resoluciones citadas pide a la Comisión de Estupeficientes, a través del Consejo Económico y Social, «que comience con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que contemple en conjunto los aspectos del problema y, en especial, los no previstos en los instrumentos existentes». Ello va a dar lugar, como se verá, a una flexión significativa en la política criminal sobre las drogas en los órganos competentes de las Naciones Unidas.

El requerimiento realizado por la Asamblea general es entendido, quizá porque esa era su pretensión, en clave represiva. A continuación van a emanar de la Comisión de estupeficientes una pluralidad de documentos de trabajo que contienen, en una proporción abrumadora, una serie de propuestas encaminadas a intensificar las actuales medidas represivas del narcotráfico, así como a idear otras nuevas que cubran aspectos hasta ahora no atendidos.

Sólo un mes tras la aprobación de las citadas Resoluciones aparece el documento titulado «Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico», configurado como una Nota del Secretario General (2). En él, además de comenzarse a estudiar medi-

(1) Véase «Declaración sobre la lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas». Departamento de información pública. Naciones Unidas. Abril 1985, y «Campaña internacional contra el tráfico de drogas» Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985. Consejo Económico y Social. Naciones Unidas.

(2) Véase «Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico». Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985.

das represivas que van a resultar más perfiladas en documentos posteriores, se contienen propuestas notablemente duras, que luego no volverán a aparecer. Así se propone calificar al tráfico ilícito de drogas como delito grave contra la humanidad, de naturaleza imprescriptible, y que, en cualquier caso, debe implicar la imposición de sanciones penales rigurosas (3). Por lo demás, en el Preámbulo del Proyecto de Convención, el énfasis no es colocado en la protección de la salud física, ni siquiera moral, de la colectividad, sino en el atentado que el tráfico y consumo ilícitos implican a la identidad e integración de los pueblos, en la medida en que corrompen sus estructuras políticas y administrativas, impiden su desarrollo económico y social y menoscaban su seguridad y soberanía (4).

No obstante, el documento de trabajo decisivo en estos momentos es el titulado «Aplicación y elaboración de instrumentos internacionales sobre la fiscalización de estupefacientes y sustancias psicotrópicas», y subtítulo «Elaboración de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas» que, configurado como un Informe del Secretario General, contiene un Proyecto preliminar de Convención elaborado por éste a instancias de la Comisión de estupefacientes ajustándose a los 14 elementos que la Comisión, en su 9.º Período extraordinario de sesiones, estimó que debían incorporarse a un primer proyecto de Convención (5). Merece la pena que nos detengamos en él, pues constituye un magnífico ejemplo de las nuevas tendencias político-criminales en el seno de las Naciones Unidas, además de ser el embrión de lo que pretende ser un nuevo Convenio internacional sobre el narcotráfico.

En primer lugar, y en clara oposición a la polémica europea al respecto, no sólo pasa por alto cualquier distinción entre lo que se ha venido a denominar drogas duras y blandas, sino que por la vía de las precisiones terminológicas introduce en su artículo 1 un concepto de cannabis que expresamente se quiere que sea más amplio que el de los Convenios de 1961 y 1971: Se incluyen «todas las partes de la planta de cannabis que no figuren en la Lista I de dichas Convenciones», es decir, también las semillas, las hojas no unidas a las sumidades... etc. (6).

En segundo lugar, en cuanto a lo que ha de entenderse por «tráfico ilícito», actividad a la que, de un modo u otro y a diferencia de los Convenios internacionales vigentes, va exclusivamente referido el proyecto de Convenio, se observa que si bien sólo se menciona la «posesión con intención de distribuir», se incluyen igualmente actividades de «entrega en cualquier condición», o «facilitación» de las conductas de tráfico en sentido estricto, conductas todas ellas no mencionadas

(3) Véase el Proyecto de Convención incluido en el citado documento.

(4) Véase *Ibidem*.

(5) Véase, con el título recogido en texto, documento E/CN.7/1987/2 de 17 de junio de 1986.

(6) Véase definición de lo que se entiende por cannabis en el art. 1.1.b) de la Convención única de 1961.

expresamente, ni siquiera más allá del concepto de «tráfico ilícito», en los Convenios existentes (7).

En tercer lugar, por lo que se refiere a los grados de participación y ejecución, se aprecian importantes novedades. Así el ámbito de conductas punibles sufre una considerable ampliación al pasar a considerarse delito independiente un amplio número de conductas que sólo un criterio generoso permitirá calificar a todas ellas como de recepción. Se trata de la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, entendiéndose por «producto» los bienes habidos del tráfico ilícito, incluyendo en tal concepto «la propiedad de cualquier tipo material o inmaterial, mueble o raíz, física o intangible, y las escrituras e instrumentos que prueben un derecho sobre dicha propiedad o un interés en ella», y estimándose que «blanqueo» alude al «acto de ocultar o encubrir la naturaleza, origen, disposición, movimiento o propiedad verdaderos del producto» (8).

Además, pasa a considerarse delito independiente ciertos actos que ni siquiera es seguro que siempre debieran merecer el calificativo de preparatorios, como la fabricación, distribución o posesión de materiales o equipos destinados a la producción o fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (9). Por lo demás, frente a la punición genérica de los actos preparatorios en los vigentes instrumentos internacionales sobre drogas (10), se prefiere concretar hablando de la «ayuda, incitación o consejo para cometer cualquier delito», conductas que se mencionan expresamente junto a las ya habitualmente recogidas de «participación deliberada, confabulación para cometer, tentativa de cometer»; pero lo verdaderamente significativo reside en que todo este conjunto de grados de participación y ejecución ya no están referidos exclusivamente al tráfico ilícito, sino que también rigen para las actividades delictivas ligadas a la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto, e incluso para las vinculadas a la fabricación, distribución o posesión de materiales o equipos destinados a la producción o fabricación ilícita de drogas (11). Lo anterior conlleva un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal.

Se pretende asimismo introducir de manera generalizada determinadas técnicas policiales que pudieran parecer cercanas a la figura de delito provocado y al uso de agentes provocadores. Es el caso de lo que se denomina «entrega vigilada», consistente en autorizar «el paso a través del territorio de una o más partes, con el conocimiento y bajo la vigilancia de sus organismos de represión, de expediciones ilícitas de sustancias fiscalizadas, con objeto de vigilar su traslado y de in-

(7) Véase art. 36.1.a) del Convenio de 1961 y art. 1.i del proyecto de Convención que estamos estudiando.

(8) Véanse arts. 1.j) y n), 2.1.c), y 3.2 del proyecto de Convención.

(9) Véase art. 2.1.b) del proyecto de Convención.

(10) Véanse arts. 36.2.a) ii) del Convenio de 1961 y 22.2a) ii) del Convenio de 1971.

(11) Véase art. 2.1.d) del proyecto de Convención.

dentificar y poner a disposición de la justicia a los individuos, sociedades u otras entidades jurídicas que hayan participado en su envío, transporte, entrega, ocultación o recepción» (12).

Todo este conjunto de comportamientos delictivos, a diferencia de lo que sucede en los Convenios existentes (13), es considerado en todo momento como delitos graves, lo que comporta, además de unas penas más elevadas, que se aplique respecto a todos ellos el principio de la justicia mundial, que en los actuales Convenios sólo rige para los delitos más importantes (14).

En cuanto a las penas, se quiere asegurar la imposición de penas de prisión de larga duración, no se menciona para nada la posibilidad, introducida por el Protocolo de 25 de marzo de 1972 que enmendó a la Convención de 1961 y contenida desde un principio en el Convenio de 1971, de suspender el fallo o la condena, o de sustituir ésta, siempre que el traficante-consumidor se someta a un tratamiento rehabilitador (15); por el contrario, se previene frente a eventuales tendencias a conceder demasiado pronto la libertad o la libertad condicional, y se insiste, sin duda bajo una perspectiva agravatoria, en que las multas deben ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad del delito (16).

Especialmente significativa es la importancia y amplitud otorgada a la pena de comiso, que se regula detalladamente, al igual que las medidas procesales previas a ella; el énfasis no recae sobre el decomiso de los «bienes o propiedades involucradas en la perpetración del delito», que por supuesto también se establece (17), sino en lo que se denomina la «congelación», «incautación» y, finalmente, «confiscación» del *producto*: Entendiendo por lo primero la «prohibición de trasladar, convertir, disponer o mover», por lo segundo la asunción de «la custodia o control», y por el tercero la «privación de la propiedad», todo ello referido al «producto» (18). Se establece una regulación en virtud de la cual no sólo los tribunales penales sino igualmente los civiles e incluso una autoridad no judicial pueden dar la orden de congelación e incautación del producto, orden que puede dictarse «antes de que se formule la acusación, pero dentro de un plazo razonable»; por lo que respecta a la denominada «confiscación», la pueden dictar tanto tribunales penales como civiles, y no sólo respecto a bienes o

(12) Véanse arts. 1.d) y 7 del proyecto de Convención.

(13) Véanse arts. 36.1.a) del Convenio de 1961 y 22.1.a) del Convenio de 1971.

(14) Véanse arts. 2.6 del proyecto de Convención, 36.2.a) iv del Convenio de 1961 y 22.2.a) iv del Convenio de 1971.

(15) La introducción de tal posibilidad en los citados Convenios, artículos 36.1.b) y 22.1.b) respectivamente, supuso un cambio importante en la actitud político-criminal hacia las drogas, que ahora, si no suprimirse, parece que sí quiere dejarse en un segundo plano.

(16) Véanse arts. 2.2 y 2.7 del proyecto de Convención. Pienso que en el art. 2.7, dado el contexto, se quiere aludir a la libertad condicional, y no la provisional como dice el texto.

(17) Véase art. 2.2.c) del proyecto de Convención.

(18) Lo que se entiende por «producto» ya ha sido señalado más arriba; la definición de los otros conceptos citados se encuentra en el art. 1.h), p) y g) respectivamente del proyecto de Convención.

derechos de una persona condenada en cualquier jurisdicción si se considera que el producto procede del tráfico ilícito, sino incluso respecto a bienes o derechos de personas que no han sido condenadas, ni siquiera procesadas, si el tribunal considera que «hay pruebas suficientes de que el propietario sabía que el producto procedía directa o indirectamente del tráfico ilícito... o que era utilizado para dicho tráfico». Por lo demás, cuando se trate de probar si el producto procedía directa o indirectamente del tráfico ilícito y si el interesado lo conocía, se establece la obligación de velar porque se tomen en consideración determinadas vías indirectas de prueba, que en el fondo dan pie a operar a partir de presunciones en contra del reo o propietario afectado; tal obligación rige igualmente cuando se esté determinando el origen del producto y su conocimiento por el propietario de cara a la sustanciación de responsabilidades por cualesquiera de los delitos contemplados en el artículo 2 del proyecto de Convención. En cualquier caso, se precisa que la congelación, incautación y confiscación no deben «prejudicar los derechos o intereses de terceros de buena fe» (19).

Por otro lado, se pide un esfuerzo a las Partes para que establezcan unos plazos de prescripción, respecto a los delitos contemplados en la Convención, que sean claramente disuasorios para los posibles delincuentes (20).

Se establecen reglas tendentes a facilitar la extradición o, en su defecto, a asegurar el enjuiciamiento del delincuente que van más allá de lo establecido en los Convenios sobre drogas actualmente vigentes. Así desaparece la posibilidad de negar la extradición si se considera que el delito «no es suficientemente grave» (21), o en aplicación del principio de personalidad siempre que no venga exigido su respeto en la Constitución de la Parte requerida, o si el delito no fue cometido en el territorio de la Parte requirente siempre que se haya querido que tuviera efectos en él, o si es un delito de carácter o motivación política. Las Partes deberán juzgar al delincuente que se encuentre en su territorio habiendo cometido el delito fuera de él, no sólo cuando deniegue la extradición por la Parte requerida, sino también cuando, siendo un delito susceptible de extradición, la Parte no ha sido requerida para ello. En casos de jurisdicción concurrente no se denegará la extradición si la Parte requirente «está en mejores condiciones de probar los hechos pertinentes y de enjuiciar al delincuente» (22).

(19) La congelación, incautación y confiscación, a salvo lo acabado de señalar en texto, pueden extenderse, facultativamente, a propiedades o haberes adquiridos de otras fuentes legítimas en la medida en que el producto forme parte de ellas, y en cualquier caso la pertenencia del producto a propiedades o haberes adquiridos de fuentes legítimas no deberá obstaculizar tales medidas ni la sustanciación de responsabilidades delictivas.

Véase respecto a todo lo anterior art. 2.2.d) y art. 3 del proyecto de Convención.

(20) Véase art. 2.7 del proyecto de Convención.

(21) Contemplada en el art. 36.2.b)iv de la Convención de 1961 y en el art. 22.2.b) del Convenio de 1971.

(22) Véase art. 4 del proyecto de Convención.

El resto del proyecto de Convención se ocupa de ampliar las posibilidades de cooperación internacional en materia represiva, destacando, además de la «entrega vigilada», el abordaje, inspección y confiscación en alta mar de buques con matrícula o pabellón ajenos siempre que obtenga la autorización del país del pabellón, cuando existan motivos razonables para sospechar que se dedica al tráfico ilícito (23). También aspira a aumentar las actividades de fiscalización, no sólo reforzando las ya existentes, sino extendiéndolas a sectores hasta ahora no afectados, como el comercio de materiales o equipo susceptibles de ser destinados a la fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o imponiendo sanciones, aparentemente no penales, a los portadores comerciales que no tomen precauciones razonables para impedir que se utilicen sus medios de transporte para el tráfico ilícito (24).

En cualquier caso, falta todo tipo de referencias a medidas preventivas o rehabilitadoras de cara al uso indebido de estupefacientes o sustancias psicotrópicas esté o no vinculado al tráfico ilícito, a diferencia de lo que sucede en los Convenios vigentes (25).

Las opciones político-criminales del proyecto de Convención que acabamos de analizar reciben un fuerte espaldarazo en la Primera reunión interregional de jefes de organismos nacionales de represión del uso indebido de drogas (Honlea interregional), que tiene lugar a finales de julio de 1986 (26). Sólo en un segundo plano aparecen reflexiones relativas a la necesidad de incidir preventivamente sobre la demanda o a las medidas rehabilitadoras (27). Por otra parte, vuelve a enfatizarse la idea de que el problema de la droga no sólo afecta a «la salud y bienestar de los individuos, sino también a la estructura socio-económica de los países» (28).

Pero resultan de mucho mayor interés las observaciones presentadas al proyecto de Convención por parte de los diversos Gobiernos en el plazo abierto para ese fin, ya que nos permitirán conocer la medida en que la opción represiva adoptada por el proyecto encuentra eco internacional. Intentaré aludir de un modo sintético y sistemático a las principales tendencias observables (29). En cualquier caso, no estará de más decir que ninguna de las propuestas del proyecto ha sido objeto de un rechazo mayoritario por parte de los más de 60 países que han hecho observaciones.

La ampliación del concepto de cannabis tropieza con la oposición radical o matizada de un número significativo de países (30), alguno

(23) Véase art. 12 del proyecto de Convención, además del 5 a 7.

(24) Véanse arts. 8 a 11, 13 y 14 del proyecto de Convención.

(25) Véanse arts. 38 del Convenio de 1961 y 20 del Convenio de 1971.

(26) Véase documento E/CN.7/1987/3 de 16 de agosto de 1986, titulado «Situación y tendencias del uso indebido de drogas y del tráfico ilícito».

(27) Véase documento *ibidem*, págs. 6 y 13.

(28) *Ibidem*. pág. 10.

(29) Las observaciones están contenidas en los documentos E/CN.7/1987/2/Add.1 de 20 de diciembre de 1986, y E/CN.7/1987/2/Add.2, de 29 de enero de 1987.

(30) En el primer sentido, Holanda, Japón y Hungría, y en el segundo España y Australia. Por el contrario, Irlanda apoya la ampliación expresamente.

de los cuales insiste en la procedencia de diferenciar entre las sustancias según el grado de perjuicio social que causan (31). El concepto de tráfico ilícito utilizado es objeto de numerosas objeciones: Un primer grupo de países hace propuestas encaminadas a ampliar la definición, sea añadiendo términos más específicos para ciertas actividades de tráfico, sea considerando que la posesión no debe estar calificada por la intención de distribuir en la medida en que también debe atenderse a otras actividades de tráfico a las que puede estar orientada la posesión, sea pretendiendo introducir la adquisición a título gratuito (32). Otros se limitan a constatar la ampliación que supone el concepto propuesto frente al vigente en los Convenios actuales, y ofrecen diversas soluciones para que ello conste claramente y se eviten confusiones (33). Sin embargo, otros proponen remitirse estrictamente al concepto utilizado en las Convenciones vigentes (34), e incluso realizar ulteriores restricciones: Así algún país (35), dados los propósitos del proyecto de Convención y lo ya regulado en los Convenios vigentes, propone limitarse a actividades de importación-exportación y transporte siempre que, además, se trate de cantidades de importancia, otro propone que la «compra» esté igualmente calificada por la intención de distribuir, y algún otro estima que la definición debiera formularse de tal modo que distinguiera entre traficantes y consumidores, lo que luego obligaría a distinguir en la penalidad (36).

Por lo que respecta a las pretendidas conductas de receptación, las objeciones sustantivas de los Gobiernos se limitan a asegurar la exigencia en todo caso del conocimiento por el receptor de que el producto procede del tráfico ilícito (37), aunque algún país propone añadir algún término por estimar que de lo contrario no se incluyen las adquisiciones a título gratuito (38). En cuanto al delito independiente relativo a actos preparatorios, al margen de algunas propuestas ampliatorias (39), predominan las tesis restrictivas, existiendo un significativo grupo de países que pide su supresión debiendo regir las reglas generales de ejecución y participación (40). En cuanto a éstas, algunos países proponen la supresión de la conspiración o del consejo (41).

La generalización de la entrega vigilada suscita recelos en un buen número de países, que desean ver limitada su práctica, en especial asegurándose en todo momento que la iniciativa y el control de las ac-

(31) Japón.

(32) Venezuela, Italia y Suiza, España, respectivamente.

(33) Hungría, Canadá, Francia, Japón.

(34) Holanda, India.

(35) Holanda.

(36) Para lo primero España, en lo segundo Australia.

(37) Alemania Federal, Italia, Inglaterra, Francia.

(38) Alemania Federal. Japón por su parte parece querer limitar el concepto de producto al derivado *directamente* del tráfico ilícito.

(39) Venezuela, Hungría.

(40) En el primer sentido, Bélgica e India; en el segundo, Italia, Francia, Japón.

(41) Alemania y Francia, respectivamente.

tuaciones a realizar esté en manos de la Parte en cuyo territorio se produzca en cada momento la acción de tráfico (42).

Algunos países rechazan la consideración como delitos graves de todos los contemplados en el artículo 2.1 (43), mientras que las opiniones de los Gobiernos objetantes están claramente divididas respecto a si el principio de justicia mundial debe ampliarse aún más o, por el contrario, restringirse (44). Al margen de algún país aislado que propone la pena de muerte (45), la tendencia en los Gobiernos objetantes es la de aligerar las constricciones a imponer siempre penas graves (46), rechazar las limitaciones relativas a la concesión de la libertad, provisional o no, o a los plazos de prescripción (47), e insistir en la introducción de las medidas sustitutorias para el traficante-consumidor (48).

La pena de comiso y las medidas procesales previas a ésta han recibido numerosas objeciones. Algún país ha propuesto que tal regulación se incluya como una mera recomendación (49), otros han rechazado que la congelación e incautación puedan dictarlas autoridades administrativas (50), es amplio el rechazo a la pena de confiscación en la hipótesis en que no haya precedido condena o ni siquiera procesamiento (51) y se cuestiona la pretensión de operar con presunciones en contra del reo (52). Ahora bien, lo anterior no ha de pasar por alto la existencia de un grupo de países que pretenden ampliar aún más las posibilidades de congelación, incautación y confiscación, vinculados fundamentalmente al área anglosajona (53).

Las reglas facilitadoras de la extradición y, en su defecto, del enjuiciamiento del delincuente reciben abundantes observaciones. En especial, las pretendidas excepciones a los habituales principios limitadores de la extradición (54); por el contrario, un país mantiene una postura favorable a una mayor ampliación de tales excepciones (55).

(42) Finlandia, Japón, India, Madagascar, Australia, Bélgica, Yugoslavia, Holanda, España, quien recuerda además la necesidad de que intervenga en la autorización la autoridad judicial dado que supone dejar de perseguir temporalmente delitos ya cometidos.

Actitud favorable y ampliatoria adopta Inglaterra.

(43) Alemania Federal, España, Suecia.

(44) En el primer sentido, Australia, India, Alemania Federal; en el segundo, Holanda, Francia, Finlandia.

(45) Malasia.

(46) Italia, Checoslovaquia, Hungría.

(47) Australia, Alemania Federal, Holanda, Italia.

(48) Alemania Federal.

(49) Bélgica.

(50) Holanda, Méjico.

(51) Méjico, Jamaica, Polonia, Inglaterra, Francia, Holanda y, matizadamente, Australia.

(52) Holanda, Alemania Federal, Polonia.

También se observa rechazo a la extensión de estas medidas o pena a propiedades o haberes procedentes de fuentes legítimas, con los que se encuentre mezclado el producto. Así Holanda, Francia, Jamaica.

(53) Australia, Suecia, Malasia, Estados Unidos, Inglaterra, India, Jamaica.

(54) Rechazan directa o indirectamente todos o parte de los mencionados en el proyecto, Canadá, Francia, Madagascar, Holanda, Egipto, Bélgica, Hungría, Suiza, España, Polonia, Italia, Australia, Rumania, Grecia, Checoslovaquia, Japón, Jamaica, Santa Lucía.

(55) Estados Unidos.

En cuanto a la cooperación internacional en materia represiva, el abordaje de buques en alta mar es una medida que despierta en buen número de países suspicacias, de ahí que la mayoría de las observaciones tiendan a restringir su aplicación (56), aunque no faltan algunas propuestas ampliatorias (57). La extensión de las actividades de fiscalización al comercio de materiales o equipo susceptibles de ser destinados a fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas tropieza con una fuerte oposición de países industrializados (58), y hay una clara tendencia a restringir la imposición de sanciones a los porteadores comerciales descuidados (59), aunque no faltan algunos países que preconizan regulaciones ampliatorias (60).

Un rápido vistazo a las opiniones manifestadas por los diferentes Estados nos muestra cómo la mayor oposición a las propuestas ampliatorias de la represión contenidas en el proyecto de Convenio procede fundamentalmente de países de la Comunidad Económica Europea, de modo especial Holanda, pero también Bélgica, España, Francia, Alemania e Italia, junto a la enérgica presencia de Japón y en menor medida Australia. Por el contrario, adoptan actitudes acentuadoras de la represión Estados Unidos, Malasia y en menor medida Venezuela.

3. TENDENCIAS RECIENTES EN EL PARLAMENTO EUROPEO

La pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea haría ineludible en cualquier caso el análisis de las corrientes político-criminales que se están desarrollando en su seno. Pero la oportunidad de tal análisis se refuerza a partir de otros datos: En primer lugar, la evidencia, acabada de señalar, de que un núcleo importante de países de la Comunidad parece que no sintonizan de un modo pleno con las opciones político-criminales de las Naciones Unidas. En segundo lugar, la reciente publicación de una Resolución del Parlamento europeo sobre el problema de la droga, que ha venido precedida de una intensa polémica tanto en el interior de la Comisión de investigación creada al efecto para elaborar un informe que sirviera de base a la Resolución, como en las sesiones plenarias del propio Parlamento, documentos todos ellos que nos permiten obtener una imagen nítida respecto a qué opciones político-criminales se están manejando en estos momentos en la Comunidad europea.

Comenzaremos por estudiar el Informe de la Comisión de investigación, denominado informe Stewart-Clark por el nombre de su po-

(56) Así las de Alemania Federal, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Canadá, Suiza, Francia, España, Japón, Jamaica.

(57) Estados Unidos, Malasia.

(58) Australia, Bélgica, Suiza, Inglaterra, Francia, Japón, Argentina, Canadá.

(59) Holanda, Francia, Australia, Inglaterra, Cuba, Polonia, Japón.

(60) Estados Unidos, India.

nente, atendiendo también a las afirmaciones de la opinión minoritaria que figuran resumidas en un anexo al Informe (61).

El Informe asume desde un principio la idea de que hasta el momento la política de drogas en la Comunidad no ha sido la correcta y que se impone un cambio. En el diseño de tal política hay que ser realistas y comprender que ni la oferta ni la demanda de drogas desaparecerán nunca por completo. Sentada esa premisa, se reconoce en cualquier caso que las reacciones hasta ahora adoptadas han sido demasiado tradicionales, echándose en falta investigaciones serias sobre las causas últimas del consumo de drogas. Se recomienda la adopción de un enfoque global, que aborde todos los eslabones de la producción, suministro y demanda de estupefacientes, más aún si se tiene en cuenta que existen muchas dudas relativas a donde reside el verdadero problema de la droga, si en la oferta o en la demanda. Al margen de que algún día pueda dilucidarse tal cuestión, parece conveniente que la acción sobre la demanda se convierta en objetivo prioritario, lo que ha de llevar a realizar enormes esfuerzos en los ámbitos de la educación preventiva, rehabilitación y formación, esfuerzos por lo demás que resultarán baldíos si, más allá de las iniciativas estatales, no son secundados por la sociedad civil (62).

La opinión minoritaria de la Comisión matizará las afirmaciones anteriores insistiendo en la necesidad de normalizar el trato social con el consumo de drogas y la drogodependencia, ya que es un fenómeno enraizado de siempre en la cultura humana y que no va a desaparecer. Asumido esto, se enfatiza el fracaso registrado por las vigentes políticas represivas en los países comunitarios (63).

El Informe recoge una idea con frecuencia presente en todas las reflexiones político-criminales actuales, el extremado poderío de las organizaciones de narcotraficantes, y su capacidad para desestabilizar la vida institucional de los países, siendo de temer que acaben haciendo lo mismo con el sistema económico y financiero del mundo democrático. En coherencia con lo anterior, el Informe se plantea en qué medida procedería la despenalización del tráfico de drogas, dado que parece claro que incidirá sobre los niveles de ganancias del traficante de un modo decisivo. Tras lamentar posturas demasiado cerradas, que se niegan incluso a plantear la cuestión, centra la discusión en torno a si la despenalización contribuiría a disminuir el número de consumidores, a quienes siguen controlando el tráfico en las experiencias parciales de despenalización realizadas en la actualidad, y a la nocividad y/o producción de dependencia de las sustancias, concluyendo que no procede legalizar ningún tipo de estupefaciente, en concreto, ni la heroína ni la cocaína ni el cannabis, dado el aumento de consumidores que se produciría, el persistente interés de los traficantes por el co-

(61) Véase documento A 2-114/86, serie A, de fecha de 2 de octubre de 1986, Documentos de sesión, Parlamento europeo, Comunidades europeas.

(62) Véanse apartados 19, 20, 248, 21, 153, 246, 24, 11 del Informe.

(63) Véanse págs. 96 y 98 del documento A2-114/86 citado.

mercio en esas condiciones y los daños a la salud que se derivarían. No obstante, se es consciente de que la necesidad antes aludida de modificar la política sobre drogas debe estimular ulteriores discusiones sobre este punto (64).

El grupo minoritario de la Comisión destaca con nitidez que el problema de la droga hoy en día no reside en su consumo, sino en el arriba mencionado poderío económico e institucional de las organizaciones multinacionales de traficantes. Tales organizaciones existirán mientras persistan las políticas represivas, fuente de los enormes beneficios del tráfico ilegal. De ahí que deba convocarse, tras una preparación seria, una Conferencia internacional, patrocinada por la CEE, que estudie la viabilidad de una política antiprohibicionista ligada a campañas informativas sobre los riesgos del consumo de drogas y que formule recomendaciones vinculantes para los países comunitarios en función de la vía adoptada (65).

El Informe utiliza un concepto de droga, por un lado, extremadamente laxo («toda sustancia química o derivada de plantas que sea capaz de inducir en el consumidor un cambio físico, mental o emocional»), en cuanto que no exige el requisito de la producción de dependencia, ni siquiera la psíquica. En realidad, el tema de la dependencia se trata a lo largo del Informe de una manera poco sistemática y confusa, si no equivoca: En algunos pasajes se reconoce que existe mucho desconocimiento respecto a las potencialidades adictivas de la heroína y cocaína. En cualquier caso, parece que se acepta a la heroína y barbitúricos como productores de dependencia física con síndrome de abstinencia, y a la cocaína y anfetaminas como productores de dependencia psíquica, si bien los efectos de la primera se describen a veces de un modo muy próximo a los de la dependencia física. Se niega la producción de dependencia por el LSD, pero se presta especial cuidado en no realizar una afirmación en tal sentido respecto a la cannabis, de la que sólo se dice que la mayoría de los fumadores no sufre ningún perjuicio para, a renglón seguido, hablar de los serios peligros que se derivan de su mezcla con el crack o la fenciclidina.

Por otro lado, el concepto de droga se limita en la medida en que se exige el requisito de su ilegalidad. Conceptualmente se estima que el alcohol y tabaco son también drogas, se habla de las repercusiones sociales del primero, y de la capacidad adictiva así como sus efectos letales superiores a los de cualquier otra droga del segundo, pero se señala que han de quedar fuera del Informe por precisar de un análisis separado. Ello no impide que cuando en otros pasajes se insiste en que toda política de drogas debe dirigirse al peligro del consumo de drogas en general, proponiendo los estilos de vida y los beneficios de una vida sana, se refiera exclusivamente a las drogas tratadas en el Informe (66).

La opinión minoritaria aboga por la distinción entre drogas blan-

(64) Véanse apartados 6, 116 a 123 del Informe.

(65) Véanse págs. 95, 96, 98 del documento A 2-114-86 citado.

(66) Véanse apartados 30, 246, 34, 45, 54 a 56, 119, 79, 81, 32, 33, 44 del Informe.

das y duras. Además, rechaza el tratamiento separado de las drogas legales e ilegales: Les resulta poco razonable que el alcohol, la nicotina y los medicamentos que alteran la consciencia, que son las drogas más perjudiciales y difundidas en Europa, no sean perseguidas en su producción, cultivo, distribución o consumo, mientras lo son otras que gozan de idéntica aceptación social en otras sociedades (67).

El Informe reitera una y otra vez que hay que volcar la represión penal hacia los traficantes a gran escala, a los que no hay que dar cuartel. Los pequeños traficantes o revendedores deben de ser también penados, pero de un modo distinto dada la menor entidad de su conducta. Respecto a los toxicómanos, no deben establecerse excepciones en el castigo de los delitos que cometan en conexión con sus necesidades adictivas e igualmente deben ser castigados por la posesión de droga para consumo propio. En cuanto a los consumidores no adictos y ocasionales por más que se es consciente de los efectos negativos que puede tener la aplicación de la ley penal a ellos, sobre todo por el riesgo de convertirse en toxicómanos en la cárcel, y dadas sus características de integración social, no se renuncia a la pena por tenencia de droga para consumo: Todo lo más se recomienda una actitud benevolente respecto al consumidor de cannabis, de forma que a veces baste con una amonestación en lugar del procesamiento, y si éste se produce, que no implique penas de prisión. La citada actitud en ningún caso debe ser extensiva al traficante de cannabis (68).

La opinión minoritaria estima que la posesión y consumo de cualquier tipo de drogas, así como la reventa en pequeñas cantidades, en ningún caso debieran pensarse (69).

El Informe propone la introducción de nuevas figuras delictivas, en concreto la adquisición, posesión, consumo (sic) y blanqueo de bienes que procedan del comercio con drogas, advirtiendo a las entidades financieras de las graves consecuencias jurídicas que, en tal caso, podría tener su participación en tales actividades. Recoge también la idea de la entrega vigilada, no sin quejarse de las dificultades que a ella pueden ofrecer los sistemas jurídicos continentales de buena parte de los Estados miembros o las rivalidades policiales. En cuanto a las penas, se lamenta de las notables diferencias en cuanto a su entidad que se aprecia entre los países comunitarios, y propone la introducción de la pena de confiscación de bienes del traficante. Toma nota de la actitud ambivalente de la sociedad hacia el consumidor de drogas y de modo especial hacia el toxicómano, considerado simultáneamente como víctima y delincuente, y propone que cuando existan centros de rehabilitación se les ofrezca como alternativa a la prisión el ingreso en uno de esos centros, ofrecimiento que debiera hacerse extensivo a los pequeños traficantes-consumidores, debiéndose reflexionar igualmente sobre la oportunidad de que la pena de los toxicómanos nunca sea de prisión.

(67) Véanse págs. 96 y 98 del documento A 2-114/86 citado.

(68) Véanse apartados 10, 108, 110, 111, 11, 37, 40, 113, 120 del Informe.

(69) Véase pág. 98 del documento repetidamente citado.

Asimismo considera conveniente la medida de congelación de los bienes de los traficantes, a dictar por las autoridades judiciales, por razones de eficacia, simultáneamente a la formulación de la acusación, y estima que la carga de la prueba sobre la procedencia de fondos no declarados debe recaer sobre el traficante. Deben de desaparecer las diferencias entre los diversos países comunitarios en materia de extradición, siendo aconsejable firmar un acuerdo multilateral europeo para los delitos de drogas (70). Se ocupa detenidamente de la adopción de una serie de medidas para mejorar la eficacia policial, más allá de la entrega vigilada, y propone incrementar las actividades de fiscalización sobre la producción y comercio de productos químicos y precursores utilizados para la elaboración de drogas (71).

El Informe es especialmente enérgico respecto a la sustitución de cultivos en los países productores, considerando que las concesiones de ayuda al desarrollo, los préstamos a través de las organizaciones financieras internacionales, y los acuerdos comerciales especialmente favorables deberán denegarse a los países que no estén dispuestos a colaborar (72). La opinión minoritaria, aceptando las técnicas de sustitución de cultivos, rechaza actuaciones comerciales o diplomáticas entendidas como medio de presión, recordando que en ocasiones fueron países comunitarios los que introdujeron tales cultivos en esas naciones, que también Europa ha exportado a esos países los problemas derivados del alcohol y los medicamentos, y que puede implicar intervenciones perturbadoras en otras culturas para solventar problemas a ellas ajenos (73).

El Informe se ocupa detenidamente de las actividades educativas y formativas, inspiradas siempre en datos reales, no exagerados o ligados a prejuicios sociales, y proponiendo nuevos estilos o modos de vida sin drogas más que atemorizando sobre los efectos nocivos para la salud de éstas. Se proponen actuaciones educativas en todos los niveles de enseñanza, con especial énfasis en las escuelas primarias y secundarias, y realizadas fundamentalmente con los recursos humanos y dentro de los programas educativos globales de cada centro. No se ven inconvenientes en iniciar tal educación desde edades muy tempranas, utilizando mecanismos puramente emocionales ya que no poseen aún edad para valorar las ventajas de una vida sana, debiendo educarse desde perspectivas más intelectivas y atentas a las peculiaridades individuales sólo más tarde. Se proponen programas formativos para el profesorado y personal sanitario, pero también se hace especial énfasis en los beneficios de una adecuada formación a las familias. Campañas de información pública, a través de los medios de comunicación, siempre que no sean alarmistas o sensacionalistas, se estiman de interés. En cualquier caso se considera a las comunidades

(70) Véanse apartados 104, 103, 86, 10, 101, 107, 108, 111, 115, 132, 133, 87, 99, 100, 93 del Informe.

(71) Véanse apartados 128-130, 136, 139, 140, 143-150 del Informe.

(72) Véanse apartados 63, 69, 70, 72 del Informe.

(73) Véase pág. 97 del documento citado.

locales como el ámbito administrativo más eficaz para el desarrollo de todo tipo de actividades preventivas de la demanda (74).

La opinión minoritaria destaca que los programas educativos y formativos deben dirigirse tanto a las drogas legales como ilegales (75).

En cuanto al tratamiento y rehabilitación, el Informe es consciente de que no basta con la desintoxicación, sino que luego hay que lograr la integración social del drogadicto. En cualquier caso, y por lo que se refiere a lo primero, deben existir siempre plazas en los centros de deshabituación para cualquier toxicómano que quiera ingresar y se han de procurar eliminar todo tipo de temores o recelos hacia ellos. Se valoran positivamente las comunidades terapéuticas, por más que no se ignora que con frecuencia ejercen excesiva presión psíquica, lo que obliga a disponer de otras alternativas para los que rechazan tales métodos. El tratamiento con metadona se valora negativamente, por desarrollar otro tipo de dependencia y prestarse a muchos abusos. La lucha contra el SIDA exige facilitar en cualquier situación jeringuillas estériles (76). La opinión minoritaria valora, por el contrario, positivamente la administración de metadona, y considera que la asistencia al drogadicto debe abarcar no sólo ofertas de tratamiento, sino igualmente información sobre el modo menos nocivo de consumir drogas (77).

No debemos concluir estas referencias al Informe Stewart Clark sin mencionar ciertas opiniones hacia la política criminal española sobre drogas que en él se traslucen o incluso expresan. Así se pone a España como ejemplo de país con penas excesivamente leves para los traficantes, se le coloca, por cierto con información equivocada, entre los pocos países europeos en los que se ha pasado por períodos breves de liberalización de las drogas y que se han saldado con un fracaso, se lamentan, con cierto sarcasmo, de las dificultades de extradición que ofrece España, se duda de la capacidad de nuestro país para controlar estrictamente las fronteras exteriores de la Comunidad que le competen. Bien es verdad que también Holanda recibe críticas, y que, en líneas generales, hay un cierto rechazo del sistema jurídico continental por las trabas que los principios en los que se basa ponen a las nuevas medidas, fundamentalmente procesales y policiales, que se proponen. El modelo a seguir es sin duda Inglaterra, y en mucha menor medida Alemania e Italia, planeando sobre todo el Informe la sombra omnipresente de la política criminal estadounidense (78).

En la sesión celebrada el 7 de octubre de 1986, el Parlamento eu-

(74) Véanse apartados 44, 25, 150, 12, 151, 153, 155 a 158, 161 a 169, 11, 4, 183 a 188, 171 a 177, 190.

(75) Véase pág. 99 del documento citado.

(76) Véanse apartados 12, 191 a 193, 203, 205 a 209, 211, 214, 216, 220, 221, 229, 235, 239, 241.

(77) Véase pág. 99 del documento citado.

(78) Véanse apartados 51, 86, 85, 92, 99, 87, 118, 119, 132, 133, 136, 139, 143.

Es especialmente llamativa la ausencia de participación española en el proceso de elaboración del Informe: Ningún miembro en la Comisión (en parte explicable por la fecha de ingreso en la CEE), un solo experto español en la audiencia oral y ningún aporte de documento escrito.

ropeo debatió el Informe Stewart-Clark así como la opinión minoritaria aneja. No es este lugar para ocuparnos detenidamente del debate, pero puede resultar interesante señalar los temas que más fueron tratados, y en qué sentido (79).

A lo largo de todo el debate se apreció una continua fractura entre los grupos parlamentarios de la derecha, que apoyaron el Informe Stewart-Clark, y los grupos parlamentarios socialista, comunista y arco iris que suscribieron las tesis de la opinión minoritaria. La fractura siguió apreciándose en la intervención de varios representantes de órganos ejecutivos de la Comunidad y del Consejo de Europa.

Los grupos de derecha insistieron en la necesidad de un enfoque global del problema, que abarcara tanto a la oferta como a la demanda; es más, reconocieron el carácter prioritario que debía darse a las acciones sobre la demanda, y dentro de ella más a la educación e información que a la rehabilitación, dados los efectos limitados de ésta. Sólo cuando desapareciera la demanda se lograría éxito en la lucha contra la droga.

Ahora bien, ello no ha de suponer el abandono de las medidas represivas, o el limitarlas exclusivamente a los grandes traficantes: De ahí que rechacen políticas de liberalización, que estiman han demostrado ya su fracaso en Holanda y España. Rechazan la impunidad de la tenencia o consumo de cualquier tipo de drogas, incluida la cannabis, y con mayor razón la de la venta en pequeña escala, considerando fuera de lugar, asimismo, la distinción entre drogas duras y blandas. Les irrita especialmente, por su disfuncionalidad con la legislación de la mayoría de los países comunitarios, la situación jurídica holandesa. Aparecen especialmente interesados en la introducción del delito de blanqueo de los bienes obtenidos con el tráfico y de actividades conexas.

Por lo que se refiere a las penas, proponen un endurecimiento de las mismas y la introducción de la pena de confiscación de bienes. Estiman insoportable la menor entidad de las penas en Holanda y la rapidez con que se puede obtener la libertad condicional en España a partir de una buena conducta en prisión. En cualquier caso, consideran procedente una neta distinción en las penas para grandes traficantes, comerciantes a pequeña escala y consumidores.

Se muestran preocupados por el debido control de las fronteras exteriores de la Comunidad, con explícita referencia a España y Portugal, y asumen sin mayores reparos morales, aunque sí de eficacia, el ejercicio de medios de presión sobre los países productores.

Los grupos de izquierda parten de la idea de que la política fundamentalmente represiva, hasta ahora seguida, ha demostrado una y otra vez su ineficacia. Se citan, entre otros datos, el porcentaje estimado de decomisos en relación con la cantidad de droga consumida y las

(79) He manejado el documento publicado por el Parlamento europeo donde se transcriben los debates en el idioma original empleado por los intervinientes (documento que sólo indica la fecha del debate) más el documento 2-343 que traduce al francés todas las intervenciones.

limitadas perspectivas de aumento con las nuevas medidas propuestas. Se impone un abandono de tal política, por lo demás condicionada por los modelos político-criminales estadounidenses. La nueva política deberá tener en cuenta que el problema fundamental es el poderío económico potencialmente desestabilizador de las grandes organizaciones de narcotraficantes, sobre los que, eventualmente, hay que centrar la represión penal, siendo conveniente la introducción del delito de blanqueo de bienes de origen ilícito. En cualquier caso, quizá la solución más adecuada sea la legalización del tráfico, ya que la prohibición beneficia objetivamente a tales organizaciones; debiera estudiarse urgentemente esta alternativa. De cualquier modo, debe despenalizarse el consumo y la venta de pequeñas cantidades; la reacción penal debe ajustarse a la distinción entre drogas duras y blandas. La política holandesa en estos últimos aspectos se considera un éxito, al haber logrado que disminuyera el consumo de droga blanda y se estabilizara el de dura (con disminución de la heroína).

Están absolutamente convencidos de que la primacía en la lucha contra la droga debe residir en actividades sociales sobre la demanda, y estiman que éstas nunca serán eficaces mientras se mantenga una actitud distinta frente a las drogas ilegales y las legales, estas últimas hoy por hoy mucho más nocivas para la salud. Las medidas de presión propuestas sobre los países productores les parecen cuando menos inmorales.

Tras los debates, el Parlamento europeo, con fecha de 9 de octubre de 1986, aprobó una «Resolución sobre el problema de la droga» que fue resultado de un compromiso entre todos los grupos parlamentarios a excepción del de Derechos europeos (80). En ella, tras señalar, entre otras cosas, que las políticas seguidas hasta ahora por los Estados miembros han dado escasos resultados en la represión, prevención y rehabilitación, que las organizaciones de narcotraficantes constituyen un fenómeno que supera ampliamente el ámbito del tráfico de drogas, y que los Estados miembros se resisten a darse cabalmente cuenta de los niveles alarmantes que ha alcanzado el problema de la droga, someten al Consejo de Ministros un proyecto de resolución en el que éste se compromete, entre otras medidas, a:

1. Intervenir en todas las fases de la problemática de la droga, desde la producción hasta el consumo, dejando en claro la ilegalidad de las drogas, si bien se convocará también una conferencia europea para valorar todas las implicaciones y efectos del tráfico y consumo de drogas.
2. Presionar, aunque con espíritu igualitario y en el marco de programas de ayuda general, a los países productores para que sustituyan cultivos.
3. Combatir de modo especial a las organizaciones delictivas, que terminan ejerciendo influencia institucional sobre los Estados.

(80) Véase Diario oficial de las Comunidades europeas, núm. C 283, de 10 de noviembre de 1986.

4. Adoptar medidas eficaces sobre el blanqueo de dinero.
5. Abrir el paso a la congelación y confiscación de bienes y actuaciones concertadas de extradición.
6. Mejorar la educación preventiva en todas las capas sociales, estrategia que se considera la más importante, y que debe vincularse al desarrollo de actitudes conscientes sobre los bienes de consumo, drogas en general y medicamentos.
7. Mejorar la rehabilitación y tratamiento de los adictos.

Las páginas anteriores nos han puesto de relieve cómo la Comunidad europea está siendo permeable a las nuevas propuestas represivas de las Naciones Unidas, pero con importantes peculiaridades. Así hay importantes sectores que se cuestionan la oportunidad de una política represiva. En cualquier caso se estima de forma generalizada que el énfasis ha de colocarse en la disminución de la demanda a partir de actuaciones educativas, formativas, informativas y rehabilitadoras. Además se aprecian notables recelos respecto a la asunción indiscriminada del nuevo arsenal de conductas delictivas, penas, medidas procesales y policiales manejadas por los órganos de Naciones Unidas, por más que algunas han encontrado ya un claro eco.

4. TENDENCIAS RECIENTES EN GOBIERNO Y PARLAMENTO ESPAÑOLES Y EN LAS COMUNIDADES AUTONOMAS

El 10 de mayo de 1984 el Pleno del Senado creó la Comisión especial de Investigación sobre el problema del tráfico y consumo de drogas en España, la cual elaboró un Informe, tras detenidos trabajos de muy diverso tipo, que presentó al Senado el 25 de noviembre de 1985. Este informe es de gran calidad y merece cuidadosa atención (81).

En primer lugar, el Informe se niega a considerar exclusivamente las drogas ilegales. Muy al contrario, considera que el consumo de drogas legales, que es con mucho el más extendido, constituye un gravísimo problema, tanto por los efectos de él directamente derivados como por dar lugar a una cultura favorable al uso de drogas, que es el caldo de cultivo donde enraiza el consumo de drogas ilegales que, al fin y al cabo, lo único que suponen es una multiplicación o modificación de los efectos placenteros de las legales. Es de lamentar, sin embargo, la ausencia de conciencia social de esta ligazón. Es más, las características del comercio de drogas ilegales, basado en un sistema de explotación de los consumidores adictos, ha generado una estigmatización de éstos y aquéllas, acentuando la diferente valoración social del tráfico y consumo de unas y otras drogas (82).

En segundo lugar, se estima que una actuación global eficaz debe

(81) Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. II Legislatura. Serie I. Núm. 206, de 25 de noviembre de 1985.

(82) Véase págs. 8276-8278 del Informe citado.

atender a tres líneas de actuación, la prevención de la demanda, la reducción de la oferta y el tratamiento y reinserción de los afectados. En ese sentido hay que romper los estereotipos que, negando la consideración de droga a las legales y vinculando las ilegales a problemas de seguridad ciudadana, sólo prestan atención a la represión de éstas (83).

La prevención de la demanda se valora como imprescindible, ante todo, de cara a las drogas legales, pues los ciudadanos van a estar en continuo contacto con ellas y precisan desarrollar una capacidad de resistencia, pero también en cuanto a las ilegales, ya que un eventual éxito en la reducción de la oferta de determinada droga se neutraliza rápidamente por su sustitución por otra. Por lo demás, la prevención cuesta menos que la represión o el tratamiento, y es más eficaz de cara al futuro. Objetivos de la prevención deben ser la promoción de valores de responsabilidad y autonomía personal y la consideración de la toxicomanía como un problema sanitario, y deben lograrse primariamente, no a través de la simple información, que a veces incluso tendrá efectos contraproducentes, o la suscitación de temor, que anima a los jóvenes a correr el riesgo, sino proporcionando mensajes creíbles, no dramáticos, y que los jóvenes puedan compartir; precisamente uno de los factores que resta credibilidad a los mensajes sobre drogas es el distinto trato dado a las legales e ilegales (84).

Entre las actuaciones de prevención a destacar se encuentra la educación escolar sanitaria, que debe formularse adecuadamente contextualizada tanto por lo que respecta a su integración en la más amplia educación sobre la salud, bienestar y convivencia, como por su impartición por educadores de la propia comunidad escolar; insiste asimismo en que padres y educadores asuman papeles ejemplificadores. Se da una gran importancia a la movilización ciudadana, de grandes efectos directos e indirectos a través de la excitación de actuaciones administrativas. El asociacionismo juvenil y las alternativas de ocio consolidarán una juventud con autonomía personal y sistema de valores definido. Una información en los medios de comunicación carente de sensacionalismo y que parta de las drogas como un problema de salud pública también coadyuvará (85).

Por lo que se refiere a la reducción de la oferta a través de la represión penal de las drogas ilegales, el Informe no se plantea el tema de una eventual liberalización; a lo más que llega es a relativizar la configuración de las medidas penales, que deberán ir adaptándose a las modificaciones de la realidad social sobre la que se pretende operar. Considera necesario seguir manteniendo la distinción entre drogas duras y blandas, y estima preciso que el peso de la ley recaiga fundamentalmente sobre los grandes traficantes. Con este último fin se alude, si bien con poca concreción, al blanqueo de dinero y se es decidi-

(83) Véanse págs. 8278-8279 del Informe citado.

(84) Véanse págs. 8279-8281 del Informe citado.

(85) Véanse págs. 8281-8283 del Informe citado.

do partidario de elevar las penas a tales personas y de la incautación y embargo provisional de bienes que deberá convertirse en definitivo tras la sentencia condenatoria; la carga de la prueba sobre el origen de tales bienes se invertirá en detrimento del acusado, y el embargo podrá asimismo afectar a bienes de sus familiares o de testaferreros. Se proponen como nuevas circunstancias agravantes la introducción ilegal de drogas ilícitas en territorio nacional o su puesta a disposición en centros de desintoxicación y tratamiento, así como la adulteración que origine graves riesgos para vida o salud. Por el contrario, se considera imprescindible seguir manteniendo la despenalización del consumo y actividades a él ligadas, mientras que debiera introducirse la posibilidad de sustituir la pena por el tratamiento, a través de la condena condicional, para todos los traficantes consumidores que estuvieran dispuestos a ello, condena condicional que también debiera jugar si la rehabilitación se ha producido antes de ser sentenciados.

Se asume también la necesidad de los programas de sustitución de cultivos, de mayor fiscalización de los precursores químicos, y de control de la sobreproducción de fármacos psicotrópicos y alcohol. Se han de impulsar acuerdos de extradición para los traficantes. La actuación policial se basará en una acción selectiva sobre las redes de tráfico, obra de grupos especializados, y una labor disuasoria en los lugares de venta al por menor y consumo para disminuir la presencia física de drogas ilícitas en la calle; hay que incidir sobre el pequeño narcotraficante, dado el rechazo que suscita en la sociedad (86).

Pero la reducción de la oferta también ha de procurarse de cara a las drogas legales. Respecto al alcohol y tabaco, se propone a corto plazo mayores restricciones en la publicidad y en los puntos de venta, donde deberá controlarse el acceso de menores. También habrá que ir acotando cada vez más los lugares de consumo, debiéndose en cualquier caso prohibir en lugares en que se pueda perjudicar a los no usuarios y respetar a rajatabla la normativa vigente en centros de enseñanza, hospitales..., etc. A medio plazo deberá prohibirse la entrada a menores en cualquier establecimiento comercial donde se despachen drogas legales, eliminar totalmente la publicidad de drogas legales y establecer medidas fiscales disuasorias para el alcohol y el tabaco (87).

En cuanto al tratamiento y reinserción, se consideran principios fundamentales la voluntariedad del tratamiento, el respeto a los derechos del paciente sin prácticas autoritarias o degradantes, el contrato terapéutico, el entendimiento de la reinserción como, simplemente, el logro de un comportamiento respetuoso con los derechos de los demás y consigo mismo, y la suficiencia de la red para prestar tratamiento a todas las personas que lo soliciten y lo necesiten. Se opta por una red asistencial pública, integrada en los servicios sanitarios generales, lo que no impedirá la existencia de centros específicos para determinados colectivos, el apoyo a las comunidades terapéuticas que debe-

(86) Véanse págs. 8283-8287 del Informe citado.

(87) Véanse págs. 8285-8286 del Informe citado.

rán ser adecuadamente controladas para que no se conviertan en nuevos sistemas de explotación de la juventud, y los programas basados en la administración de metadona para drogodependientes en los que han fracasado otras técnicas y padecen de graves problemas sociales (88).

Desde la perspectiva gubernamental no hay duda que el documento de mayor interés es el Plan nacional sobre drogas que, tras una moción del Congreso de fecha 27 de octubre de 1984, fue elaborado y aprobado por el gobierno del Estado el 24 de julio de 1985 (89). De él nos interesan fundamentalmente sus criterios inspiradores.

Se parte de que estamos ante un fenómeno que posiblemente persistirá durante bastante tiempo, lo que redobla la necesidad de un enfoque sereno y racional del problema, libre de alarmismos y consciente de que la sociedad deberá acostumbrarse a tratar con él. Se lamenta de que el protagonismo obtenido en la opinión pública y en los medios de comunicación social ha tenido connotaciones desorientadoras, en especial respecto al número, exagerado, de consumidores, y a la vinculación realizada entre consumo de droga ilegal y aumento de inseguridad ciudadana, olvidando que con frecuencia estamos ante procesos de desviación social previos al consumo de drogas.

Se asume un concepto estricto de droga, al exigir las notas de que sea susceptible de crear dependencia y de provocar tolerancia. En ese contexto se introducen todas las drogas ilegales, más el alcohol, quedando el tabaco en una situación imprecisa. Se señala al alcohol como el que registra el mayor número de consumidores habituales, y se critica la frecuente indentificación del problema de la droga con la juventud, lo que en parte obedece a una doble escala de valoración de comportamientos según se trate de jóvenes o adultos, y se insinúa que pueda estar relacionada con la distinción entre drogas legales e ilegales. El documento no se cuestiona el problema de la liberalización, limitándose a mencionar la polémica en nuestro país sobre la peligrosidad para la salud del cannabis, la opción favorable a su menor peligrosidad por los jóvenes, y su consideración, en cualquier caso, como un primer escalón, junto con el alcohol, de cara al consumo de otras drogas más peligrosas (90).

Los objetivos son evitar daños a la salud individual y colectiva, impedir procesos de marginación social, salvaguardar la seguridad ciudadana y mantener la autonomía de los individuos. Tales objetivos hacen que el Plan deba incidir especialmente sobre las drogas ilegales. Dentro de una política integral de educación para la salud y el bienestar, se actuará sobre la reducción de la demanda y oferta, así como en la asistencia y reinserción social del drogadicto. Se previene frente a una excesiva institucionalización de la lucha contra el problema, ya

(88) Véanse págs. 8287-8290 del Informe citado.

(89) Véase el texto completo del Plan nacional sobre drogas en «Legislación sobre drogas». Tecnos. 1986.

(90) Véase *ibídem.* págs. 800-801.

que sólo una decidida participación de la sociedad civil podrá garantizar el éxito (91).

Por lo que concierne a la reducción de la demanda, no deben de disociarse las drogas legales de las ilegales. La actuación básica ha de ser la mejora general de las condiciones de vida. Más allá de ello, una educación sanitaria escolar contextualizada, fomento del asociacionismo y cooperativismo juveniles, así como de alternativas de ocio. Se insiste de modo especial en esta área en la participación de los agentes sociales, a cuyo fin la Administración deberá apoyar a todo tipo de colectivos sociales que actúen en ese campo, debiendo desempeñar un papel destacado la Administración local. Sin excluir su uso, se mantienen muchas reservas hacia las campañas de sensibilización en los medios de comunicación social, a las que deben asignarse fines muy delimitados (92).

En cuanto a la reducción de la oferta de drogas ilegales, se estima debe mantenerse la distinción entre drogas duras y blandas, han de endurecerse las penas para los grandes traficantes, respecto a los que, asimismo, debería ser posible el embargo de bienes. Por el contrario, debiera poderse suspender condicionalmente la pena al toxicómano-trafficante dispuesto a someterse a tratamiento; lo acabado de decir no excluye el acoso policial al pequeño narcotraficante, para lo que se desarrolla un específico plan de actuación policial, tendente a contrarrestar el sentimiento de impunidad con que actúan ciertos grupos en lugares públicos y a mejorar la seguridad ciudadana. Se aboga por la colaboración en los programas de sustitución de cultivos. Por lo que respecta a la reducción de la oferta de drogas legales, se propone por la reducción gradual del consumo de alcohol y la aplicación de la legislación vigente sobre venta de alcohol a menores (93).

La asistencia al toxicómano tiene dos objetivos, lograr la abstinencia y la reinserción. El primero de ellos hace que la administración de metadona se haga sólo en casos excepcionales de consumo de heroína y de forma temporal. La reinserción se ha de entender como el diseño de un proyecto de vida no conflictiva ni autodestructora, sin recurso abusivo a sustancias modificadoras de la conducta; de todos modos, este principio de normalización deberá conjugarse con el derecho a la diferencia de personas o sectores de la población. Se valoran positivamente las comunidades terapéuticas, en un contexto de oferta terapéutica diversificada y ligada a voluntariedad del tratamiento. Se parte de una red asistencial general, no especializada, que combine los servicios de salud y los servicios sociales, sin excluir actuaciones independientes sobre colectivos específicos (94).

El Ministro de Justicia, Sr. Ledesma Bartret, presentó una Comunicación al 7.º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del

(91) Véase *ibidem*. págs. 802-803.

(92) Véase *ibidem*. págs. 803-804.

(93) Véase *ibidem*. págs. 804-805, 829-831.

(94) Véase *ibidem*. págs. 805-807.

delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, donde aprovechó para manifestar la opinión del Gobierno español sobre las recientes tendencias político-criminales de Naciones Unidas (95).

Su autor considera que sería una ligereza, dada la dañosidad social de tales conductas, prescindir en el tratamiento del problema de los mecanismos represivos penales. No obstante, previene de las tendencias a utilizar en exclusiva la vía penal: Ello ni resulta eficaz ni respeta el principio de «ultima ratio» vigente en el Derecho penal. La política criminal debe integrarse en una política social más amplia en la que la prevención y la curación deben complementar a las actividades represivas.

Aclarado lo anterior, pone de relieve los negativos efectos que para la salud y el bienestar, la probidad de la Administración, el orden público y aún la seguridad nacional supone el tráfico ilícito de drogas. Ello hace aconsejable la elaboración de una nueva Convención internacional que, sin derogar las anteriores, aborde mejor aspectos del tráfico ilícito ahora mal resueltos o no atendidos.

Entre los temas que debieran incluirse en esa Convención señala una definición más amplia y precisa de la cannabis, una mayor precisión del concepto estricto de tráfico, la confiscación de los bienes producto del tráfico ilícito, una mayor fiscalización de los precursores químicos, y el abordaje de buques de pabellón extranjero en alta mar.

Por el contrario, estima que debiera ser objeto de reflexión para su eventual inclusión en Convenios bilaterales o regionales, la técnica de la entrega vigilada, siempre en el marco de acuerdos concretos entre países fronterizos, y la obligatoriedad de la extradición de los narcotraficantes, algo que no procede establecer en un Convenio de carácter general por más que en los Convenios de ámbito más restringido no deberá ser considerado en ningún caso como delito exceptuado de extradición.

En cuanto a la armonización de las sanciones y su posible agravamiento, bastan las recomendaciones contenidas en el Convenio único de 1961 (96).

El 4 de noviembre de 1986 compareció ante la Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado el Delegado del Gobierno para el Plan nacional sobre drogas, Sr. Solans, para explicar los logros del Plan hasta esa fecha. Algunos datos o comentarios merecen destacarse (97).

En primer lugar, se aprecia una clara satisfacción por los decomisos efectuados en 1985 y los primeros meses de 1986, que permiten hablar de que España es el país europeo que más droga está decomi-

(95) Véase Ledesma Bartret. «La lucha contra la drogadicción en la sociedad actual», recogido en «Estudios penales y criminológicos. IX». Universidad de Santiago. 1986. págs. 73 y ss.

(96) Véase *ibidem*.

(97) Véase Comisión de Sanidad y Seguridad Social. Diario de sesiones del Senado. Cortes Generales. III Legislatura. Comisiones. Núm. 7, de 4 de noviembre de 1986.

sando. De hecho se le ha felicitado en diversos foros internacionales por ese logro. A las objeciones de los senadores de que si se decomisa más es porque se trafica y consume más, se responde que todo parece indicar que, aunque España es un importante país de paso, no ocupa ninguno de los tres primeros lugares europeos en cuanto a consumo. Por otro lado, el Delegado del Gobierno estima, tras el análisis de la pureza de la droga decomisada, que se está incidiendo intensamente en el traficante medio de heroína y en el superior de cocaína. Hay discusión respecto a si se actúa suficientemente sobre el pequeño traficante (98).

En segundo lugar, se confirma el deseo de introducir modificaciones en el artículo 344 del Código penal, encaminadas fundamentalmente a incrementar las penas si concurren determinadas agravantes, así como a incorporar ya algunas de las nuevas propuestas represivas contenidas en el proyecto de Convención de las Naciones Unidas, por más que en ocasiones, como el concepto de «blanqueo», pueden encontrar problemas de ajuste con el resto de la legislación española (99).

En tercer lugar, Delegado y senadores, en diversas intervenciones, coinciden en que el núcleo del problema reside en la reducción de la demanda. Sigue habiendo serias dudas respecto a las campañas de publicidad. El Delegado muestra su satisfacción por la drástica reducción de usuarios de la metadona, tras una administración más controlada a tenor de la nueva regulación administrativa (100).

A una pregunta relativa a la imagen que tiene la política española sobre drogas entre los demás Gobiernos europeos, responde el Delegado reconociendo que se había extendido la creencia errónea de que España había despenalizado el consumo de drogas sólo a partir de 1983, cuestión que ya ha sido aclarada, al igual que puesto de relieve la inoperancia de las legislaciones extranjeras que siguen pensando el consumo (101).

No podemos concluir el análisis de la política española reciente sobre drogas sin mencionar determinadas actuaciones de las Comunidades Autónomas que, aunque actúan integradas en el Plan nacional, presentan en ocasiones peculiaridades dignas de resaltar.

Procede aludir, ante todo, a Cataluña ya que ha sido la pionera y que ha ido por el momento más lejos en sus actuaciones. Hay dos documentos claves, la ley del Parlamento catalán de 25 de julio de 1985 y el Plan Global de actuaciones elaborado por el Gobierno catalán para el período trienal 1986-1988 (102). Obviamente sólo podemos destacar algunos puntos de interés.

El objeto de la ley son las «sustancias susceptibles de generar dependencia», alusión acertada al elemento clave de la problemática que

(98) Véase *ibidem.* págs. 4-5, 9-10, 13-16.

(99) Véase *ibidem.* págs. 5, 11, 17, 19, 23.

(100) Véase *ibidem.* págs. 3, 8, 12-13, 17-19, 21-23.

(101) Véase *ibidem.* págs. 20-21.

(102) Véase la Ley en Diario oficial de la Generalitat de Catalunya, núm. 572, de 7-8-85; en cuanto al plan de actuaciones, véase «Llei 20/1985: Pla global d'actuacions. Període trienal 1986/1988. Generalitat de Catalunya. Presidència». Mecanografiado.

estamos tratando, e incluye tanto las drogas legales como las ilegales. Por lo que respecta a estas últimas, por razones competenciales ambos textos se limitan a actuaciones de prevención de la demanda y de asistencia y rehabilitación; ello no impide que el Plan de actuaciones insista en la gran importancia del enfoque represivo sobre la oferta y se plantee el papel que en él debe jugar la policía autonómica; en cualquier caso, la prevención de la demanda, por encima de la asistencia y rehabilitación, se considera un instrumento especialmente eficaz en ambos textos.

Las pautas de actuación en los dos sectores de prevención y asistencia no difieren sustancialmente de las propuestas en los documentos nacionales antes analizados (103). Más característico es el régimen de control establecido para el alcohol y el tabaco, que supera en rigor holgadamente a la legislación estatal (104), y que por razones de espacio no podemos analizar aquí. En cualquier caso introduce muy importantes limitaciones a la publicidad, venta y suministro que afectan no sólo a menores de 16 años, sino también, aunque en menor medida, a los adultos. El consumo de tabaco resulta también ampliamente limitado para los adultos. Las infracciones pueden implicar hasta la suspensión de actividades o cierre definitivo de la empresa, sociedad o establecimiento (105).

La Comunidad autónoma vasca dispone o aspira a disponer de instrumentos de actuación similares a los de la Comunidad catalana. Vamos a ocuparnos del Plan de actuación elaborado para el cuatrienio 1985-1988 por la Comisión interdepartamental del Gobierno vasco, que entregó sus propuestas en diciembre de 1984, el concreto Plan de actuación contra la droga 1986 aprobado por el Gobierno vasco, y la Propuesta de anteproyecto de Ley sobre prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencia que está considerando en la actualidad el ejecutivo vasco (106).

La Propuesta de anteproyecto parte asimismo de las «sustancias que puedan provocar dependencia», siendo especialmente consciente de la necesidad de un enfoque global, que no distinga en lo posible entre drogas legales e ilegales, y, más allá de su inclusión en un mismo texto legal, aspira a una formulación lo menos diferenciada posible de las diversas medidas a adoptar. Se otorga una gran importancia en los tres documentos a las labores de prevención de la demanda, por en-

(103) Véanse el Preámbulo de la ley y arts. 1 a 14, así como págs. 1 a 3, 6 a 8 y 25, entre otras, del Plan de actuaciones.

(104) Véase ésta en «Legislación sobre drogas». Tecnos. 1986.

(105) Véanse arts. 15 a 19 y 24 a 28 y 45 a 49 de la Ley. Estas sanciones están suspendidas en su vigencia al haberse admitido a trámite recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno.

(106) Del primer y tercer documentos se dispone de ejemplares mecanografiados. Respecto al segundo, es el documento 4/1986 de la Presidencia del Gobierno vasco, emitido en Vitoria en enero de 1986.

La Propuesta de anteproyecto mencionada ha sido preparada, a encargo del Gobierno vasco, por el profesor CUESTA ARZAMENDI en el marco del Instituto vasco de Criminología.

cima de la también atribuida a la asistencia y reinserción; en cuanto a estas últimas destaca la cuidadosa elaboración que la Propuesta hace de los derechos del necesitado de asistencia. En cuanto a las medidas a tomar en estos ámbitos, se mueven dentro de los parámetros de los documentos estudiados en esta sección, aunque podría reseñarse la existencia de escasos recelos hacia las campañas informativas de tipo general, o los proyectos de voluntariado social.

Se aprecia por otra parte una gran disposición a colaborar en las tareas de represión de las drogas ilegales, estimándose tarea prioritaria la puesta en funcionamiento de una Brigada especial dentro de la Policía autonómica, y recogiendo la Propuesta determinadas prohibiciones relativas a la publicidad o promoción indirectas de drogas. Pero donde se aprecian más peculiaridades es, al igual que en la ley catalana, en el sistema de control del alcohol y tabaco diseñado por la Propuesta de anteproyecto: La regulación propuesta, no sólo es más estricta que la vigente estatalmente, sino que asimismo supera a la catalana. Basándose en recomendaciones de organismos internacionales y en diversas legislaciones europeas, resalta la elevación del límite de minoría de edad en bastantes casos a los 18 años, la rebaja a 18 grados de las bebidas alcohólicas especialmente controladas, la equiparación en las limitaciones a su promoción del tabaco al alcohol, el aumento de las limitaciones o prohibición de publicidad para ambas sustancias, las mayores restricciones en la venta y suministro de bebidas alcohólicas, así como en la venta o consumo de tabaco y la prohibición de la publicidad y promoción indirectas. Las sanciones pueden llegar hasta el cese temporal o cierre del establecimiento, local o empresa (107).

Es hora de concluir esta sección del trabajo señalando cómo los documentos analizados nos muestran una amplia aceptación de la idea de que el problema de las drogas debe ser fundamentalmente abordado a partir de la prevención de la demanda, y sin olvidar el aspecto de la asistencia y reinserción. Las medidas que se están proponiendo y/o poniendo en práctica en España en estos ámbitos muestran un claro paralelismo con las que en estos momentos están más acreditadas internacionalmente.

Por lo que se refiere a la reducción de la oferta, los documentos institucionales estudiados no han asumido la polémica relativa a la conveniencia o no de la liberalización del tráfico de drogas. Pese a ello, se aprecia en el nivel estatal bastantes recelos a una aceptación indiscriminada de nuevas medidas represivas, lo que no impide que algunas se estimen imprescindibles, y se está muy seguro en la necesi-

(107) Véase Propuesta de anteproyecto en su Exposición de motivos y, especialmente, arts. 1 a 4, 7-3, 10-20, 25-29, 42, 50-51; Plan de actuaciones cuatrienal, en «Consideraciones de la Comisión interdepartamental sobre las drogas en Euskadi. Programa de lucha contra la droga». Lakua. Diciembre 1984, págs. 56 y ss; Plan de actuación contra la droga. 1986. Documento 4/1986. Presidencia del Gobierno vasco. Vitoria. Enero 1986, en todas sus páginas.

dad de persistir y profundizar en actitudes benévolas hacia los consumidores y traficantes-consumidores.

En las Comunidades autónomas que más han avanzado en este campo se aprecia, aun manteniéndose dentro de las líneas generales acabadas de esbozar, una mayor proclividad hacia actitudes represivas, probablemente derivada de cierto celo competencial, y que se pone especialmente de manifiesto en los sistemas de control del alcohol y el tabaco.

5. TENDENCIAS RECIENTES EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS

En este apartado vamos a abandonar las tesis expuestas en instituciones y organismos oficiales y a preguntarnos por cuáles sean las opiniones más extendidas en los sectores científicos españoles que se ocupan de la problemática de la droga. La aproximación se va a realizar bajo las siguientes coordenadas: Dada la fundamental orientación de este trabajo en torno a la alternativa prevención o represión, los materiales utilizados proceden básicamente de fuentes jurídicas, en especial jurídico-penales y jurídico-internacionales, dado que ha sido en esos ámbitos donde se ha tratado profusamente la cuestión. Ello no excluye aportaciones de fuentes no jurídicas en la medida en que, más allá de análisis descriptivos, hayan tomado partido con detenimiento en la opción valorativa entre prevención o represión. Naturalmente, y como hemos venido haciendo a lo largo del trabajo, se presta atención igualmente al ámbito que se estima debe abarcar la opción represiva, lo que exige a su vez aludir a la actual regulación penal y su aplicación jurisprudencial. En cualquier caso, se ha pretendido realizar una mera síntesis de las corrientes doctrinales más recientes, con especial atención a la situación creada tras la reforma penal de 1983 (107 bis).

Al margen de la polémica de "lege lata" relativa a dónde hay que obtener el concepto de droga, desde una perspectiva conceptual hay acuerdo en la doctrina respecto a que la nota de la dependencia que origina el consumo de drogas es el elemento decisivo; en este sentido resultan frecuentes las remisiones a la OMS, organismo que, aun habiendo ampliado recientemente su definición, la hace pivotar en cualquier caso en torno a la característica indicada (108). Se suele distin-

(107 bis) Dejo fuera de consideración la ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y la de Contrabando. La primera, por girar la discusión en torno a la problemática genérica de los estados peligrosos y medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico. La segunda, por el afianzamiento en la doctrina y, parcialmente, en la jurisprudencia de las tendencias que reconducen el enjuiciamiento de todas las conductas de contrabando de drogas al art. 344 del Código penal.

(108) Véanse, entre otros, VIVES ANTÓN. «Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes.» En «Drogas: Aspectos jurídicos y médico-legales». Facultad de Derecho. Palma de Mallorca. 1986. página 265; PRIETO RODRÍGUEZ. «El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordena-

guir entre dos tipos de dependencia, la física, que conlleva el síndrome de abstinencia para el consumidor privado de la droga, y la psíquica; la doctrina, analizando los datos médicos, llega a la conclusión de que ambas dependencias se dan en los opiáceos (entre ellos la heroína), el alcohol y los barbitúricos, mientras que hay dependencia sólo psíquica respecto a derivados de la coca, anfetaminas, tabaco e inhalantes; se niega la dependencia o se acepta en muy escasa medida o con vacilaciones en los derivados del cannabis y alucinógenos (entre ellos el LSD) (109). De un modo u otro, se es consciente de que la distinción entre drogas legales e ilegales no tiene nada que ver con su potencialidad adictiva (110).

Está muy extendida la idea de que la aproximación a la problemática de la droga a través del Derecho penal ha mostrado reiterada y holgadamente su fracaso. Este se debe en primer lugar a que no ha logrado su propósito fundamental, evitar el aumento acelerado del número de consumidores, pero también a que ha terminado causando más daños que ventajas: Marginación social e inducción a la delincuencia en los consumidores, incidencia represiva básicamente limitada a escalones inferiores y medios del tráfico, situación objetivamente beneficiosa para los traficantes dados márgenes comerciales derivados de prohibición, y surgimiento de poderosas organizaciones criminales, entre otros (111). Se concluye la escasa aptitud de los medios del Derecho penal para solucionar el problema de la droga (112),

miento jurídico penal español.» Bosch. 1986, págs. 13-15, 136; MUÑOZ CONDE. «Derecho penal. Parte Especial.» 6.^a edic. 1985. pág. 426; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la Criminología crítica.» En «Delitos contra la salud pública». Universidad de Valencia. 1977. págs. 55-56; FREIXA. «Drogodependencias: Aspectos sanitarios versus jurídico-políticos.» En «La problemática de la droga en España». Edersa. 1986, pág. 81; del TORO MARZAL. «Tráfico de drogas.» En «El proyecto de Código Penal». Barcelona, 1980, pág. 104.

(109) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 19-21, 36-39, 41-43, 46-51, 53-57; JIMÉNEZ VILLAREJO. «Incidencia de la droga en la criminalidad.» En «Drogas...» op. cit., páginas 135, 144, 146-147, con ligeras variantes.

(110) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 25; GONZÁLEZ ZORRILLA. «Drogas y cuestión criminal.» En «El pensamiento criminológico. II.» Ed. Península. 1983, pág. 182.

(111) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 91, 437-440, 478-479; LUZÓN PEÑA. «Tráfico y consumo de drogas.» En «La reforma penal.» Ed. de Barbero Santos, pág. 64; ABARCA JUNCO. «Un problema de política criminal: La penalización internacional de los estupefacientes.» En Boletín Revista Facultad de Derecho. UNED. núm. 8, 1982, páginas 226-227, 229; de la misma «La fuerza de un mito: El control internacional de narcóticos.» RFDUC. núm. 58, 1980, pág. 164; GARCÍA PABLOS. «Bases para una política criminal de la droga.» En «La problemática...» op. cit., pág. 357; RODRÍGUEZ RAMOS. «Iniciación al consumo de drogas.» En *ibidem*. págs. 291-292; BERISTAIN IPIÑA. op. cit., pág. 76; BUSTOS RAMÍREZ. «Manual de Derecho penal. Parte Especial.» Ariel. 1986, págs. 276-279; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 197-199. Estos dos últimos autores señalan cómo la ley seca vigente en Estados Unidos durante determinados años fue la causante de que se creara la primera concentración capitalista de la criminalidad moderna surgiendo organizaciones que ya no han dejado de existir.

(112) Véanse QUINTERO OLIVARES. «El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo.» En «Drogas: Aspectos y médico-legales». Facultad de Derecho. Palma de Mallorca, págs. 157-184; CARBONELL MATEU. «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 352-353; RODRÍGUEZ RAMOS. op. cit., pág. 293; MARTÍ DE VESES. «El

algo que parece estar muy ligado al hecho de que nos encontramos ante un fenómeno de amplia etiología social que escapa en gran medida del ámbito de acción penal (113). Por otra parte, resulta frecuente aludir al escrupuloso respeto del principio de intervención mínima (114).

En la doctrina española no faltan reflexiones que pretenden rastrear el origen de la extendida actitud prohibicionista internacional. Así, tras señalar la política europea durante los siglos XVIII y XIX consistente en la promoción descarada del consumo de opio en Oriente, dados los beneficios económicos que reportaba el control del tráfico por las potencias occidentales (115), se comprueba cómo desde finales del XIX y principios del XX nacen en Estados Unidos fuertes corrientes prohibicionistas que van a convertir a este país, hasta la actualidad, en el auténtico impulsor de las políticas represivas (116). A la búsqueda de una explicación a tal actitud norteamericana, algunos autores han identificado un conjunto de intereses de tal país, cuyo énfasis ha variado según las épocas, entre los que destacan deseos de asegurar una pautas morales uniformes y coherentes con las dominantes, de impedir el desarrollo de alternativas culturales, de disponer de un medio de descalificación social, de asegurar determinados intereses geopolíticos y económicos. A ello se han unido posteriormente los ligados a las propias necesidades de supervivencia de las organizaciones internacionales creadas con tal fin que, al decir de algún autor, han desempeñado un papel de ocultación del fracaso de la política represiva, de negativa a asumir las nuevas realidades científicas sobre la droga, y de continuo endurecimiento de los Convenios internacionales (117).

La coordinación española con ese enfoque represivo internacional se produjo con la reforma del artículo 344 del Código penal en 1971, y desde entonces hasta 1983 perduró tal actitud del legislador sin fisuras, de modo que se dejaron sin atender determinadas corrientes internacionales posteriores que de un modo limitado propusieron el tratamiento como alternativa a la pena (118). A partir de esa fecha se pro-

derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes.» En «Delitos contra...» op. cit., pág. 292.

(113) PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., págs. 440, 467-478; TORIO LOPEZ. «Problemas político criminales en materia de drogadicción.» En «Delitos contra...» op. cit., pág. 523; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 357-359.

(114) Así PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., pág. 92; VIVES ANTÓN. op. cit., pág. 266; TORIO LÓPEZ. op. cit., pág. 523.

(115) Véase BERISTAIN IPIÑA. op. cit., págs. 69-75; MARTÍ DE VESES. op. cit., págs. 265, 268; PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., págs. 475-477.

(116) Véase ABARCA JUNCO. «La fuerza...» op. cit., págs. 148-164; de la misma, «Un problema...» op. cit., págs. 224, 229; MARTÍ DE VESES. op. cit., págs. 266-268; QUINTERO OLIVARES. op. cit., pág. 161; PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., pág. 487.

(117) Véase ABARCA JUNCO. «La fuerza...» op. cit., págs. 143-154, 160-165; de la misma, «Un problema...» op. cit., págs. 225-229; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 199-200, 205; MARTÍ DE VESES. op. cit., pág. 275.

(118) Véase PRIETO RODRIGUEZ. op. cit., págs. 111-114, 437; TORIO LÓPEZ. op. cit., páginas 495-497. Sobre la plasmación de tales corrientes en los Convenios internacionales,

duce un cambio de enfoque en nuestro país, como ya hemos visto, más atento a las soluciones preventivas y suavizador de la represión, que es sentido por la doctrina como desacorde con las persistentes tendencias represivas internacionales (119). Pese a ello, el énfasis en las medidas preventivas frente a las represivas es algo arraigado en la doctrina española y que se apoya por la mayor parte de ésta, incluso como una exigencia constitucional (120); también, en líneas generales, se ha considerado favorablemente, respecto a la situación anterior, la reforma penal de 1983 (121).

La doctrina se ha planteado si el apoyo al enfoque preventivo debería ir tan lejos que implicara la derogación de todo tipo de medidas represivas. De un modo general, con independencia de lo mantenido respecto a ciertos tipos de drogas o conductas y que veremos más adelante, la casi totalidad de la doctrina se opone a la despenalización del tráfico de drogas; aun reconociendo los efectos parciales beneficiosos que de ello podrían derivarse, se teme el probable aumento de la adicción que ello implicaría y la ausencia de experiencias a este respecto, así como se estima que sería una medida opuesta a las actuales opiniones sociales y culturales mayoritarias, amén de contradecir los presupuestos de un Estado social (122). No obstante, algún autor es partidario de la despenalización, negando al Estado la legitimidad para controlar tales conductas (123), y algún otro se plantea su procedencia a largo plazo y dentro de un contexto internacional (124). En cualquier caso, existen referencias a la desmesurada atención prestada por las instancias de poder a esta problemática con fines desviadores de

véanse MARATÍ DE VESES. op. cit., págs. 289-290; CARDONA LLORÉNS. «La cooperación internacional en materia de supresión del uso indebido de drogas.» En «Problemática jurídica y psico-social de las drogas». Generalitat valenciana. 1987. págs. 158-161.

(119) Véanse, con independencia de su actitud favorable o no al nuevo enfoque, PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 61, 92-93, 121; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280; MATO REBOREDO. «Actividad policial y drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 305, 307; MARTÍNEZ BUSTOS. «El tráfico y la posesión de drogas en el art. 344 del Código penal.» Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm. 1350. II. 1984. págs. 8-9.

(120) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 264, 437-440, 80; QUINTERO OLIVARES. op. cit., págs. 174, 182, 184; TORIO LÓPEZ. op. cit., págs. 495-496, 518; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 207-208, 214-217; ARROYO ZAPATERO. «Aspectos penales del tráfico de drogas.» Poder Judicial, núm. 11. 1984, pág. 26. Una excepción significativa la constituye las conclusiones obtenidas por SANTOS PASTOR. «Heroína y política criminal. Un enfoque alternativo.» En «La problemática...» op. cit., págs. 225 y ss., en especial 250 y ss., quien, a partir del análisis económico del Derecho, llega a soluciones fundamentalmente represivas.

(121) Véanse, entre otros, PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 120-121; ARROYO ZAPATERO, pág. 26; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. «La reforma penal en relación con la problemática de la droga.» En «Drogas: Aspectos...» op. cit., pág. 28; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 279.

(122) Véanse BERISTAIN IPIÑA. «Delitos de tráfico ilegal de drogas.» En «La reforma del Código penal de 1983. Tomo V. Vol. 2. Edersa. 1985, págs. 750-751; COBO DEL ROSAL. «Consideraciones generales sobre el denominado "tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes"». En «Delitos contra la salud pública» op. cit., pág. 155; QUINTERO OLIVARES. op. cit., págs. 180, 182; SANTOS PASTOR. op. cit., pág. 250; GARCÍA PABLOS. op. cit., páginas 378-379.

(123) Véase ABARCA JUNCO. «Un problema...» op. cit., pág. 228.

(124) Véase RODRÍGUEZ RAMOS. op. cit., págs. 292-294.

la atención sobre otros problemas sociales y, en último término, a la bondad del uso, que no del abuso, de la droga como instrumento de comunicación, creador de nuevas experiencias y favorecedor de la autorrealización personal (125).

Obviamente la doctrina no puede evitar aludir al diferente trato dispensado a las drogas legales frente a la ilegales y más teniendo en cuenta, como señala algún autor, que no hay dudas de que la propia legislación penal considera droga al alcohol, como se deduce de diversos preceptos, lo que no impide que no persiga su tráfico (126). La adicción al alcohol constituye con mucha diferencia, en opinión de la doctrina, la toxicomanía más extendida y con mayores efectos perniciosos en nuestro país (127). Sin embargo, hay dos elementos fundamentales que explican la existencia de drogas legales: Por un lado, teniendo presente el arraigo de la droga en todas las culturas, el que estamos ante aquellas que han sido asumidas cultural y socialmente en nuestras sociedades occidentales, asunción que impide, en opinión de la doctrina, optar por la vía represiva frente a ellas (128). Por otro lado, la concurrencia de un conjunto de factores, fundamentalmente económicos, pero también geopolíticos y morales, que propugnan una diferenciación uniforme a escala internacional, y sin tener en cuenta las culturas menos poderosas, entre drogas legales e ilegales (129).

El contenido de la prevención se entiende por la doctrina de modo similar a como hemos visto en las instancias oficiales, apoyado en los pilares de reducción de la demanda y asistencia al drogadicto, si bien se ponen más esperanzas en el primer aspecto que en el segundo (130). Se es consciente de los posibles efectos ambivalentes de las campañas de información (131), y se propone una asistencia a drogadictos en condiciones adecuadas (132), sin excluir el suministro de droga o sustitutivos, aunque algún autor previene frente a los posibles efectos

(125) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 3-4, 441, BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., pág. 803.

(126) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 123, 326, 328.

(127) Véanse, entre otros, LORENZO SALGADO. «Las drogas en el ordenamiento penal español.» Bosch. 1983, págs. 22, 203-204; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 38, 62-63, 471; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones...» op. cit., pág. 79.

(128) En esa línea, COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 151-152; TORIO LÓPEZ. op. cit., página 518; CONDE-PUNPIDO. «El tratamiento penal del tráfico de drogas: las nuevas cuestiones.» En «la problemática...» op. cit., págs. 135-136; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 90-91, 124, 15, 37; LORENZO SALGADO. op. cit., págs. 3, 24. Estos dos últimos autores recuerdan que la OMS en algún momento pretendió justificar la legalidad del alcohol considerándola una «sustancia entrañable» para la cultura occidental. También BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 275.

(129) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 159-160, 477, 479, 482, 487-488; BERISTAIN IPIÑA. op. cit., págs. 56-57, 78-79.

(130) Véase GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 383-384; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., páginas 214-215, 207-208; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 8, 68, CALAFAT FAR. «La prevención de las drogas: Teoría y práctica.» En «Drogas: Aspectos...» op. cit., págs. 85-86. Son los dos últimos autores los que relativizan el éxito del tratamiento.

(131) Véanse SANTOS PASTOR. op. cit., pág. 249; CALAFAT FAR. op. cit., págs. 93-94.

(132) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 66, 83.

marginantes de tal actitud (133). En cualquier caso, se estima que toda campaña preventiva deberá adoptar un enfoque global, abarcador tanto de las drogas ilegales como de las legales, siendo frecuentes las advertencias respecto a la pérdida de eficacia y credibilidad que la prevención padecerá dada la existencia de un doble tratamiento de las drogas (134).

Cual sea o debiera ser el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es algo menos pacífico de lo que se cree. A tenor de la regulación actual, en especial debido a las drogas que quedan fuera (alcohol, tabaco) y a algunas que quedan dentro (cannabis), diversos autores consideran que, cuando menos de forma parcial, se están protegiendo determinados contenidos morales y culturales frente a sus opuestos (135). De todos modos, de forma exclusiva u ocupando un lugar predominante, la gran mayoría de la doctrina considera que el bien jurídico es la salud pública de la sociedad, objeto de protección que se suele considerar plausible en el marco de un Estado social y del mantenimiento de la calidad de vida (136).

La doctrina, al partir de la salud pública en lugar de la individual, consideró que lograba sortear la posible crítica de que estaba castigando actos de participación consentida en la puesta en peligro de un bien individual más gravemente que la participación en la lesión de dicho bien, participación esta última que, por lo que se refiere a las autolesiones corporales, quedaba incluso impune: La vinculación a la salud colectiva elude tales comparaciones, dando autonomía plena a los actos de tráfico (137). No obstante, algún autor ha estimado que ello no impide una cuestionable desvalorización indirecta de la salud individual (138). De lo que no hay duda es de que la no inclusión en el

(133) Véanse RODRÍGUEZ RAMOS. op. cit., págs. 293-294; GARCÍA PABLOS. op. cit., páginas 392-294, 395, 396; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 216-217, que establece la matización señalada en texto.

(134) Véanse CALAFAT FAR. op. cit., págs. 91-92; FREIXA. op. cit., págs. 85-88; COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 151-152; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 90-91, 124; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., pág. 212. Respecto al último inciso, FREIXA y GONZÁLEZ, en especial.

(135) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 373-374; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 169-171, 175; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., pág. 756; GIMBERNAT ORDEIG. «La reforma del Código penal de noviembre de 1971.» En *Estudios de Derecho penal*, 2.ª edic. Civitas. 1981. págs. 65-66. Más radicalmente, ABARCA JUNTO. «Un problema...» op. cit., páginas 226 y ss.

(136) Véanse entre otros, CÓRDOBA RODA. «El delito de tráfico de drogas.» En *Estudios penales y criminológicos*. IV. Universidad de Santiago. 1981, págs. 11, 13; TORIO LÓPEZ. op. cit., pág. 505; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., págs. 753, 756, 768; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 16, 44; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 371; CARRONELL MATEU. «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 338-339; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 25; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 174-175, 489.

(137) Véanse, en ese sentido, TORIO LÓPEZ. op. cit., págs. 502-506; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 101-102.

(138) Véase BACIGALUPO. «Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas.» En «La problemática...» op. cit., págs. 101-102.

En mi opinión, la crítica no es del todo fundada, pues podría pensarse que la mayor protección de la salud colectiva frente a la individual, incluso asumiendo que la estructura típica de los preceptos que protegen la primera estuviera más alejada del bien ju-

tipo de las drogas legales, con efectos nocivos equiparables a las ilegales, debilita la referencia a la salud pública como objeto de protección (139).

No debe olvidarse, sin embargo, que cuando la doctrina habla de la salud pública resulta muy frecuente explicitar ésta en torno a la limitación a la libertad del consumidor que su uso reiterado conlleva. Esta tendencia, que se ha acentuado en los últimos tiempos, que resulta coherente con el importante papel que la doctrina otorga a la creación de dependencia, y que deja en segundo plano la consideración de los efectos nocivos directamente producidos sobre la salud, resulta frenada en la interpretación de *lege lata* por las propias exigencias de ésta, que obliga a poner al frente a la salud pública siendo la libertad un mero acompañante o un aspecto de ésta (140). Con todo, algún autor recuerda cómo el tipo agravado de difusión entre menores resulta fácilmente explicable en base a la idea de la capacidad de autodeterminación disminuida de éstos (141). Si abandonamos la perspectiva de *lege lata*, no faltan afirmaciones que reivindican el derecho del ciudadano adulto a disponer de su propia salud, o cuestionan tuteladas estatales indebidas (142), y algún autor opta abiertamente por configurar estos delitos como delitos contra la libertad personal, lo que implicaría penar en principio sólo aquellas conductas destinadas a violentar de algún modo la voluntad de los consumidores, en especial de los menores, quedando de lo contrario impune el tráfico entre adultos (143).

Algunos autores quieren ver en la salud pública, en la libertad, o en otros conceptos del mismo rango meros intereses políticos-criminales, lo que quizás pudiera denominarse la *ratio legis* de estos delitos, mientras que el auténtico bien jurídico sería el interés del Estado en el control del tráfico de drogas en todas sus fases (144). En mi opinión, esta tesis supone convertir un interés administrativo, puramente instrumental o formal, en un bien jurídico-penal, en detrimento de objetos de protección materiales, como corresponde al Derecho penal:

rídico, por se de peligro abstracto y no de lesión, que la de los de la segunda, está justificada por la pluralidad de personas afectadas.

(139) Véanse GARCÍA PABLOS. *op. cit.*, págs. 374-375; PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, páginas 162-163.

(140) Véanse CARBONELL MATEU. *op. cit.*, págs. 339-340, 345, 346, 349; COBO DEL ROSAL. *op. cit.*, págs. 150-151, 156, 158-159; CÓRDOBA RODA. *op. cit.*, pág. 11; LUZÓN PEÑA. *op. cit.*, página 68; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» *op. cit.*, pág. 755; PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, páginas 74, 166-167, 175-176.

(141) Véase PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, pág. 264.

(142) Véanse BUSTOS RAMÍREZ. *op. cit.*, pág. 277; CARBONELL MATEU. *op. cit.*, páginas 339-340; PRIETO RODRÍGUEZ. *op. cit.*, pág. 78; GIMBERNAT ORDEIG. *op. cit.*, págs. 65-67.

(143) Véase BUSTOS RAMÍREZ. *op. cit.*, págs. 277-178, quien, como veremos, introduce alguna otra limitación jurídico-penal.

(144) Así, especialmente, COBO DEL ROSAL. *op. cit.*, págs. 161-164; GONZÁLEZ CUSSAC. «Operatividad de las circunstancias modificativas en el marco del art. 344 del Código penal.» En «Problemática...» *op. cit.*, págs. 226, 242.

CÓRDOBA RODA. *op. cit.*, pág. 14 considera al citado interés como objeto de tutela en el artículo 344, aunque con un rango inferior a la salud pública.

se confunden los medios para asegurar la incolumidad de ciertos bienes jurídicos, entre los que está el intencionamiento estatal en esta materia, con estos mismos (145). Más acertadamente otro autor propone de lege ferenda una punición de estas conductas similar a la que rige para las sustancias nocivas para la salud en el artículo 341, donde la protección de la salud pública exige un control estricto, que no una prohibición, de la producción y comercialización de tales sustancias (146).

No faltan posturas doctrinales que añaden como bien jurídico complementario el de la seguridad colectiva y orden público, afectados por la variada criminalidad a la que induce el consumo de drogas (147). Más interesantes son las escasas referencias a los daños a la estructura económica y aún institucional de nuestra sociedad a los que el surgimiento de las poderosas organizaciones de narcotraficantes está dando lugar, por más que algún autor estime que la represión debe tener como función primordial controlar a tales grupos (148).

La distinción entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no, ha merecido aprobación de la doctrina más significativa, que ha recordado que la jurisprudencia, antes de 1983, ya la venía practicando al realizar la medición de pena (149). Se ha polemizado respecto a si tal distinción supone apartarse de las tendencias existentes en los Convenios u organismos internacionales (150). Interesa destacar que la doctrina propugna como punto de referencia para la mayor o menor nocividad de la sustancia su capacidad para producir dependencia física y psíquica, o sólo la segunda, lo que se explica en virtud de que el criterio decisivo no es el daño que la sustancia pueda causar directamente a la salud, dato sólo ocasionalmente aludido, sino el grado en que el consumo de la sustancia pueda afectar a la capacidad de autodeterminación o libertad de decisión del sujeto (151). En cualquier caso se estima que la distinción no hace más que ajustarse al diferen-

(145) Por otras vías, reconduce el interés aludido a un objeto de protección material, la salud pública, CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 338-340.

(146) Véase BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 278. Para captar debidamente su postura, recordar lo dicho un poco más arriba.

(147) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 373-374; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., página 172; BERISTAIN IPIÑA. op. cit., págs. 59, 79-80.

(148) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 376; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones...» op. cit., pág. 59; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., pág. 15, respecto a último inciso del texto.

(149) Véanse, además de los que seguirán al aludir a aspectos concretos durante la exposición, LORENZO SALGADO. op. cit., págs. 105, 106, 206, 216; GARCÍA PABLOS. op. cit., página 388; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 147, 166. En contra, MATO REBOREDO. op. cit., página 308; MARTÍNEZ BURGOS. op. cit., II, págs. 8, 9-10.

(150) Consideran que se da la contradicción, MARTÍNEZ BURGOS. *Ibidem*, págs. 8-9. MATO REBOREDO. op. cit., pág. 308; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280. Mantienen tesis opuestas; LORENZO SALGADO. «Reforma de 1983 y tráfico de drogas.» En «La problemática...» op. cit., pág. 41; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 147, 143-144.

(151) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 342-344; ARROYO ZAPATERO. op. cit., página 22; LUZÓN PEÑA. op. cit., págs. 65, 68; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 26, 143, 145, 153; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 65-66.

te contenido de lo injusto según las sustancias traficadas, y a determinadas reflexiones político-criminales (152).

La introducción de la distinción ha permitido a la doctrina sostener que las sustancias que no dañen a la salud en ningún grado, es decir, las inocuas, quedan claramente fuera del tipo (153), lo que no impedirá persistan las diferencias respecto a si el tipo abarca a las sustancias lesivas de un modo insignificante (154). Ahora bien, la referencia a la nocividad ha dado alas a tendencias ya existentes negadoras de la penalización de determinadas sustancias: Si algún autor ha considerado que la mayor parte de la denominada droga blanda merece el calificativo de inocua (155), hay un núcleo importante de autores que estiman que los derivados de la cannabis no satisfacen el concepto médico de droga, son sustancias inocuas o cuando menos de las que no se ha demostrado su nocividad y en cualquier caso no poseen más nocividad que otras sustancias permitidas, además de otros argumentos de oportunidad, todo lo cual lleva a afirmar la conveniencia de su despenalización o, incluso, desde una perspectiva de lege lata, a sostener que no están incluidos en el tipo actual (156). Al margen de esta fuerte tendencia despenalizadora, no hay opiniones doctrinales contrarias a considerar los derivados del cannabis como sustancias que no causan grave daño a la salud a tenor de la terminología del artículo 344, actitud corroborada por la jurisprudencia (157). Esta, sin embargo, no parece por el momento dispuesta a secundar tesis doctrinales que se cuestionan o niegan tajantemente el carácter de droga a los derivados de la coca y al LSD (158).

Por lo que respecta a los comportamientos abarcados, existe acuer-

(152) Respecto a lo primero, BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op.cit., pág. 44; TORIO LÓPEZ, op. cit., pág. 520; CONDE PUMPIDO. op. cit., pág. 136. Respecto a lo segundo, BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 45-46; ARROYO ZAPATERO, op. cit., pág. 22.

(153) Véanse LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., pág. 40; del mismo, «Reforma...» op. cit., 215; CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 342; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 388; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 133, 165, 175; ARROYO ZAPATERO. op. cit., págs. 22; CONDE PUNPIDO. op. cit., pág. 132; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 19.

(154) Véanse las posturas opuestas de CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 19, y LUZÓN PEÑA. op. cit., págs. 66, 67.

(155) Véase CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352.

(156) Aluden a alguno o varios de esos argumentos y optan por su despenalización de lege lata o lega ferenda, MUÑOZ CONDE. op. cit., págs. 427, 428; ABARCA JUNCO. «La fuerza...» op. cit., págs. 162-163; BERISTAIN IPIÑA. «Dimensiones...» op. cit., pág. 56; del mismo, «Delitos...» op. cit., pág. 766; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 66-67; LORENZO SANGADO. «Las drogas...» op. cit., págs. 108-110, 207; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 24; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 154-160, 175, 489, 450; GONZÁLEZ ZORRILLA. op. cit., págs. 209-214; SANTOS PASTOR. op. cit., págs. 254; LUZÓN PEÑA. op. cit., págs. 67, 68-69, quien asume la conveniencia de despenalización para adultos dada la escasa entidad de su nocividad, que sí se da. Se opone a la despenalización expresamente, por razones de oportunidad, TORIO LÓPEZ. op. cit., págs. 506-508.

(157) Véanse ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 22; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 282; MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 428; CONDE PUMPIDO. op. cit., págs. 133-134, BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 42-44.

(158) DUDAN, ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 22; MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 428. Decididamente, PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 151. Sobre la jurisprudencia, véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *Ibidem*.

do en la doctrina en que la reforma de 1983 ha reducido el ámbito de las conductas prohibidas (159), lo que no siempre suscita aprobación.

Si dejamos por el momento las conductas de posesión, respecto a las restantes destaca la polémica sobre la impunidad de la donación: La jurisprudencia interpreta el término tráfico como todo desplazamiento oneroso o gratuito, por lo que no tiene problemas para incluir la donación; ésta la lleva tan lejos como para incluir la invitación al consumo sin ulterior transcendencia y la invitación recíproca, si bien en estos últimos casos hay sentencias que consideran atípicas tales conductas si se realizan entre adictos o iniciados (160). Hay algún sector doctrinal que sigue este concepto amplio de tráfico (161), por más que sea opinión muy extendida en la doctrina, defienda o no el citado concepto, que la invitación recíproca es atípica (162). Otro sector doctrinal parte de un concepto de tráfico que abarca desplazamientos a título oneroso además de los gratuitos realizados con fines de creación o ampliación de mercado, lo que permite dejar fuera, además de la invitación recíproca, la invitación al consumo sin fines mercadotécnicos (163). Un tercer sector doctrinal utiliza un concepto de tráfico ligado al ánimo de lucro interpretado estrictamente, dejando fuera toda conducta de donación (164). Al margen de las interpretaciones anteriores, algunos estiman que el término «difundan» del p. 2 permite incluir en él, siempre que se den sus circunstancias específicas, todo tipo de conductas de donación (165). De lege ferenda, las posturas varían desde la conveniencia de penar toda clase de donación (166), hasta la impunidad de la donación excepto si hecha a inimputables o semiimputables (167), pasando por posturas favorables a dejar impune o atenuar toda donación no proselitista (168), o a penar toda donación a menores, además de, atenuadamente, la producida entre adultos relativa a drogas duras (169).

(159) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 364-365; MUÑOZ CONDE. «La reforma penal de 1983. Parte Especial.» Destino. 1983. pág. 199; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 215-216; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., 31.

(160) Véase la jurisprudencia en BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 32-37; FERNÁNDEZ ALBOR. op. cit., págs. 18-19; LORENZO SALGADO. «Reforma...» op. cit., págs. 43-44.

(161) Véanse CONDE PUMPIDO. op. cit., págs. 123-125; LORENZO SALGADO. op. cit., pág. 152; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280.

(162) Véanse FERNÁNDEZ ALBOR. «Otra vez sobre la droga.» En «La problemática...» op. cit., págs. 19-20; BERISTAIN IPINA. «Delitos...» op. cit., págs. 770-771; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 212-228; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 280.

(163) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 212-213; FERNÁNDEZ ALBOR. op. cit., páginas. 19-20. Coincide en excluir también esta segunda forma de invitación, ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

(164) Véanse ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 366; MARTÍNEZ BURGOS. I núm. 1348. op. cit., págs. 4, 5 y 9.

(165) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 213, 217; MARTÍNEZ BURGOS. op. cit., página 6.

(166) Véase MARTÍNEZ BURGOS. I. op. cit., págs. 4, 5 y 9.

(167) Véase CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352.

(168) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 366-367, 390-392, aunque eventualmente introduce mayor impunidad respecto a blandas; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 489; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., pág. 39.

(169) ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

En cualquier caso doctrina y jurisprudencia concuerdan en que son atípicas las conductas de propaganda, información sobre lugares de adquisición, puesta en contacto entre comprador y vendedor y facilitación de lugar a consumidor para guardar droga o útiles (170). No faltan quienes piensan debiera pensarse la propaganda (171).

En cuanto a las conductas de tenencia, la orientada al consumo ha sido desde los años 70 como mínimo considerada ininterrumpidamente como impune, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, por más que, como señaló algún autor, ello no venía ineludiblemente exigido por el texto legal. Se afirma que la reforma de 1983 se ha limitado a plasmar inequívocamente tal opción político-criminal en la dicción legal (172). De lege ferenda se ha podido decir que no ha habido ni una sola voz doctrinal favorable a la punición de esta conducta (173), algo que es esencial pero no absolutamente cierto en los últimos tiempos (174). La impunidad del consumo abarca no sólo a la tenencia, sino también a todos los actos preparatorios de éste, aunque estén incluidos en el tipo, cuando se realizan con finalidad no consumista, tesis ésta mantenida por jurisprudencia o doctrina no sin lamentar que el texto legal no sea más claro al respecto (175). Los argumentos utilizados para defender tal actitud hacia el consumidor mencionan la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad y de la intimidad personal, la ausencia de repercusión sobre el bien jurídico que debe tener en este caso una dimensión de ajenidad en coherencia con la actitud hacia el suicidio y las autolesiones, la situación cercana, aunque no idéntica, a la participación necesaria del consumidor visto como víctima, y en cualquier caso el menor desvalor de acción respecto al del traficante (176). Además, desde pers-

(170) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 31-32; LORENZO SALGADO. «Reforma...» op. cit., pág. 43; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

Algún autor considera punible la propaganda en el contexto típico del p.2 del artículo 344. PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 215-217.

(171) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 215-217; MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., página 9; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 392-393, quien lo restringe sólo a las drogas duras en los adultos.

(172) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 16, 27, 56-56; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 227-228; COBO DEL ROSAL. op. cit., págs. 157-158; QUINTERO OLIVARES. op. cit., página 171; LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., págs. 121-122, 206; del mismo, «Reforma...» op. cit., págs. 46, 48; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 21; FERNÁNDEZ ALBOR. «Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas.» En «Delitos contra...» op. cit., páginas 187-188-198-199; CONDE PUMPIDO. op. cit., pág. 119; CÓRDOBA RODA. op. cit., páginas 26-27.

(173) Véanse buena parte de los autores acabados de citar, y una valoración global de la actitud doctrinal en LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., pág. 130; del mismo, «Reforma...» op. cit., pág. 47; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 225.

(174) Véanse a favor punición consumidor, bien es verdad que desde sectores no estrictamente penales, FREIXA. op. cit., págs. 88-89; MATO REBOREDO. op. cit., pág. 309; SANTOS PASTOR. op. cit., págs. 246-247. También MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., pág. 9.

(175) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 56, 57-58; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 386; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 214, 221, 489; QUINTERO OLIVARES. op. cit., página 160; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 27; LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., páginas 122-123, 206.

(176) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 16, 52-54; COBO DEL ROSAL. op. cit.,

pectivas de oportunidad, se enfatiza que lo que el consumidor necesita en todo caso es información o tratamiento, pero no contacto con la maquinaria penal, aparte de los beneficios que se derivan para la eficacia policial de que el consumidor no se vea en el mismo barco que los traficantes (177).

La doctrina española es consciente de que respecto a este tema pudiera estar adoptando una postura contraria a la internacionalmente prevalente y que ha podido recibir críticas a ese nivel, pero se reafirma en su actitud, destacando además que los Convenios internacionales, o se refieren sólo al tráfico, o adoptan soluciones ambiguas que cabe interpretar como una consideración del consumo como mero ilícito administrativo, o en cualquier caso dejan abierta la puerta a los sustitutivos penales para el consumidor. Por otra parte, el Derecho comparado europeo, aunque tiende a penar la tenencia para consumo, ofrece una amplia posibilidad de sustitutivos penales, o bien exige poseer unas cantidades no insignificantes, lo que invalida en buena parte su opción (178).

La doctrina está especialmente preocupada por un uso excesivamente mecánico de datos objetivos de cara a la conclusión por los tribunales de que la posesión era con ánimo de traficar: Recuerda que la carga de la prueba recae sobre la acusación, y que no procede partir de criterios generales objetivos desligados de las circunstancias del caso concreto (179). Algún autor, considerando las dificultades que se presentan para deslindar ambos ánimos y el riesgo de abusos hacia el consumidor, unido todo ello a que puede decirse que estamos ante un mero acto preparatorio del tráfico que no pone aún en juego la salud o la libertad, propone la despenalización de toda tenencia (180). En cualquier caso, la posesión para el cultivo (semillas o plantas) o para

cit., págs. 158-159; CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 345; LORENZO SALGADO. «Reforma...». op. cit., pág. 47; del mismo, «Las drogas...». op. cit., págs. 131, 121-122; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 385-386, quien aprovecha para rechazar posturas penalizadoras basadas en análisis economicistas que olvidan las debidas referencias valorativas; GIMBERNAT ORDEIG. op. cit., págs. 68-69; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 222-223; QUINTERO OLIVARES. op. cit., págs. 161, 168; VIVES ANTÓN. op. cit., pág. 269; TORIO LÓPEZ. op. cit., pág. 518.

(177) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 386, 385; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., página 16; QUINTERO OLIVARES. op. cit., pág. 174; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., pág. 222; LORENZO SALGADO. «Reforma...». op. cit., pág. 47; del mismo, «Las drogas...». op. cit., pág. 131; TORIO LÓPEZ. op. cit. págs. 511-512.

(178) Véanse QUINTERO OLIVARES. op. cit., págs. 161, 171-173; CARDONA LLORENS. «La cooperación internacional en materia de supresión del uso indebido de drogas». En «Problemática...». op. cit., págs. 163-166, con argumentos respecto al Convenio de 1961 no convincentes; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 224, 229-230; LORENZO SALGADO. «Las drogas...» op. cit., págs. 115-118; del mismo, «Reforma...» op. cit., pág. 45; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., págs. 752-753. Para MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., págs. 4-5, las tendencias internacionales acertadamente tienden a penar tenencia para consumo, en clara oposición a España. Interpretación opuesta en CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 26.

(179) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 59-61, 62-68; CONDE PUMPIDO. op. cit., págs. 126-128; VIVES ANTÓN. op. cit., págs. 278-279; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 232-233, 237; LORENZO SALGADO. op. cit., pág. 49. Equivocamente, ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23.

(180) Véase BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 281.

la fabricación (materia prima a elaborar o sintetizar) no parece estar incluida en el tipo (181).

La figura del consumidor que, para subvenir a sus necesidades, es asimismo traficante, se contempla con atención por la doctrina: Buena parte de ella sostiene que su responsabilidad debe matizarse, debido a que su conducta está guiada por la dependencia, lo que dará lugar con facilidad a una disminución de la culpabilidad y, en los casos más graves, a su exclusión (182). Con independencia de ello, se exige una regulación específica, dadas sus peculiaridades criminológicas, del traficante-consumidor (183). Así, junto a posturas que plantean la creación de un tipo atenuado (184), surgen otras que insisten en que estamos ante alguien más necesitado de tratamiento que de represión, por lo que procede agotar el uso de las actuales posibilidades de sustitución de pena por medida y, lo que es mejor, crear una disposición específica que, en línea con los Convenios internacionales, ofrezca la suspensión del fallo o la condena condicional al traficante consumidor dispuesto a someterse a tratamiento (185).

A propósito de lo anterior la doctrina, aun reconociendo que la reforma de 1983 ha suavizado las penas (186), se lamenta de que no se hayan introducido reglas específicas de atenuación, a salvo de la distinción entre las diversas drogas, destacándose que hubiera resultado conveniente no sólo para la hipótesis anterior, sino igualmente en relación con la posesión para traficar de escasas cantidades de droga, o para atender a la colaboración con la Administración de Justicia en el descubrimiento de ulteriores responsables (187).

Por lo que respecta a los tipos agravados creados tras la reforma de 1983, la doctrina ha acogido muy favorablemente el referido a la difusión entre menores de 18 años, a lo que no es ajeno el que debe

(181) CONDE PUMPIDO. op. cit., pág. 125, ve dificultosa su inclusión en el tipo.

(182) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 17, 48; ARROYO ZAPATERO. op. cit., págs. 26, 23; TORÍO LÓPEZ. op. cit., pág. 521; LUZÓN PEÑA. op. cit., pág. 69; BACIGALUPO. op. cit., págs. 103-107, especialmente enfático en este punto.

(183) Véanse LORENZO SALGADO. «Las drogas...». op. cit., págs. 111-112; del mismo, «Reforma...». op. cit., págs. 54-48; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., pág. 16; FREIXA. op. cit., pág. 83; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 254, 310-311, 314, 318, 490; CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 389-390.

(184) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., pág. 48; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., página 490; ARROYO ZAPATERO. op. cit., págs. 23, 26; LORENZO SALGADO. «Las drogas...». op. cit., págs. 111-112, 218.

(185) Véanse BOIX REIG-MIRA BENAVENT. *Ibidem*; VIVES ANTÓN. op. cit., pág. 266; MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 429; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 312-315, 317-318, 490; ARROYO ZAPATERO. *Ibidem*; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos ...». op. cit., pág. 803; FREIXA. op. cit., página 83; TORÍO LÓPEZ. op. cit., pág. 522; GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 389-390, quien previene, con todo, de las posibles ventajas que para los grandes traficantes pueden derivarse de este trato beneficioso al traficante-consumidor; QUINTERO OLIVARES. op. cit. págs. 160, 182, que propone la despenalización.

(186) Véanse GARCÍA PABLOS. op. cit., págs. 364-365; LORENZO SALGADO. «Las drogas». op. cit., pág. 218. En contra, CONDE PUMPIDO. op. cit., pág. 132.

(187) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 254, 262-263, 270, 273, 490; BOIX REIG-MIRA BENAVENT. op. cit., págs. 48-49; LORENZO SALGADO. *Ibidem*; del mismo, «Reforma...». op. cit., pág. 54; LUZÓN PEÑA. op. cit., pág. 69; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 24.

interpretarse en función de la menor capacidad de autodeterminación o libertad de los sujetos pasivos, en este caso individuales, algo que va en la línea de las más recientes tendencias doctrinales sobre el bien jurídico en estos preceptos (188). Los alusivos a la difusión en centros docentes, militares y penitenciarios no han sido bien acogidos: Se destaca que ya no atienden a una disminución de la libertad, sino al mero mantenimiento de la disciplina en los dos últimos casos, superponiéndose a la agravación referida a menores de 18 años en el primer caso, de ahí que se pida su desaparición (189); no obstante, algún autor ha manifestado que estas agravaciones siguen orientadas en la especial situación psíquica de las personas integradas en tales centros, y que la referencia a centros docentes va referida a víctimas mayores de 18 años, apoyando su mantenimiento (190). Por lo que respecta a la agravación por pertenencia a organizaciones o por posesión de grandes cantidades, se reconoce su procedencia dada la mayor peligrosidad de tales conductas para el bien jurídico (191), pero se critica la primera de ellas por su estructura excesivamente formal que impedirá su aplicación por dificultades de prueba (192).

La doctrina más reciente estima que deben introducirse nuevas figuras agravadas o sanciones: En primer lugar, respecto a otras situaciones en que se encuentre notablemente afectada la capacidad de autodeterminación de la víctima, sin ser menor de edad, como supuestos equivalentes a la ausencia o disminución de imputabilidad, hipótesis de prevalimiento; procesos de desintoxicación o rehabilitación... (193). Especialmente intensas son las referencias a los grandes traficantes: Parte de la doctrina, acertadamente, ha comenzado a plantearse si en tales casos no debieran aplicarse las pautas político-criminales propias de la delincuencia económica, en lugar de conformarse con agravaciones como las actuales en el marco de la salud pública (194); en cualquier caso, junto a peticiones de agravación de pena para tales conductas (195), se va extendiendo la idea de que es precisa una penalidad específica, no convencional, que atienda a los beneficios derivados del tráfico y contemple sanciones como el embargo y confiscación de bienes de los traficantes, sus familiares o partícipes

(188) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 347; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 23; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 283; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 264-265, 290 quien, acertadamente, considera conveniente una reforma legal que precise que el sujeto activo en estos casos deba superar en edad al pasivo; DEL TORO MARZAL. MARZAL. op. cit., pág. 111, quien estima indebidamente restrictiva la exigencia de la «difusión».

(189) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 347; ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 24; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 283; BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...». op. cit., pág. 779.

(190) PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 266-267.

(191) Véanse ARROYO ZAPATERO. op. cit., pág. 24; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 283.

(192) Véanse ARROYO ZAPATERO. *Ibidem*; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 263, 490; DEL TORO MARZAL. op. cit., págs. 112-113; MARTÍNEZ BURGOS. I. op. cit., pág. 8; BUSTOS RAMÍREZ. *Ibidem*. Parece pensar en el riesgo contrario.

(193) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 347; PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 265, 490.

(194) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., págs. 347-348; GARCÍA PABLOS. op. cit., página 398.

(195) Véanse CARBONELL MATEU. op. cit., pág. 352; MARTÍNEZ BURGOS. II. op. cit., pág. 9.

de transacciones financieras con ellos (196). No se han pronunciado la doctrina ni la jurisprudencia sobre la «entrega vigilada», aunque sí lo han hecho sobre la provocación policial (197). La doctrina ha apoyado en ocasiones la introducción del principio de justicia mundial en estos delitos, y un reforzamiento de las posibilidades de cooperación judicial, en especial de la extradición (198).

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTA PERSONAL

Paso a continuación a exponer, a partir de los datos más arriba recogidos, mi particular punto de vista sobre toda la problemática estudiada.

I. En el contexto en el que nos movemos debe partirse de un concepto de «drogas» referido a sustancias cuya característica fundamental, al margen de eventuales daños directos a la salud, sea la creación de dependencia respecto a ellas en quienes las consumen. Es esta consecuencia lo que otorga especificidad y autoriza un tratamiento separado al fenómeno social del tráfico y consumo de ciertas sustancias. Los instrumentos de política legislativa y social españoles, tanto centrales como autonómicos, así como la doctrina penal española han asumido con convicción tal punto de partida. No puede decirse lo mismo del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, cuyo artículo 2.4.a) II da pie a la inclusión de sustancias de las que no esté probado su efecto de dependencia, como de hecho está sucediendo (199), ni del Informe Stewart-Clark dirigido al Parlamento europeo, pese a que las definiciones de la OMS siguen girando en torno a la nota de dependencia.

Procede asimismo diferenciar por la diversa entidad de sus efectos, entre las que producen dependencia física y psíquica, o sólo esta última. Entre las primeras hay que incluir a los opiáceos, el alcohol y los barbitúricos, entre las segundas a las anfetaminas, inhalantes y derivados de la coca, descendiendo notablemente y aun no apareciendo la dependencia psíquica en el tabaco, derivados del cannabis y alucinógenos. Distinciones similares a la acabada de realizar son frecuen-

(196) Véanse PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., págs. 269, 272, 489-490; CALAFAT FAR. op. cit., página 87; GARCÍA PABLOS. op. cit., pág. 398; STAMPA BRAUM. «Medidas legislativas contra la criminalidad organizada». En «Drogas: Aspectos...». op. cit., págs. 256, 260.

Sin embargo, críticamente respecto a las actuales medidas imponibles a empresas o sociedades dependientes de organizaciones de traficantes, PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit., páginas 287, 289-290, 491.

(197) Véase la postura favorable a ésta de la jurisprudencia, penando en especial a través de la tenencia para traficar, y la tesis contraria del autor del artículo, en RUIZ ANTON. «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas». En «La problemática...». op. cit., págs. 319 y ss.

(198) Para lo primero, BERISTAIN IPIÑA. «Delitos...» op. cit., págs. 789-790; para lo segundo, CARDONA LLORENS. op. cit., pág. 172.

(199) Véase las propuestas de inclusión en el Convenio de cinco nuevas sustancias, contenidas en el documento E/CN.7/1987/11 de 2 de diciembre de 1986 de la Comisión de estupefacientes de Naciones Unidas.

tes en la doctrina penal española, mientras que el Informe Stewart-Clark evita sacar conclusiones a tenor de la mayor o menor dependencia creada por la droga.

II. Las reiteradas alusiones a normalizar y racionalizar el trato social con las drogas se quedan con frecuencia a medio camino: No basta con una actitud resignada, derivada de la constatación del enraizamiento del consumo de drogas en todo tipo de culturas, y de la convicción de que nunca desaparecerá por completo en nuestras sociedades. Es preciso desarrollar la distinción entre el uso y el abuso de drogas, considerando al primero como un comportamiento susceptible de valoración positiva en la medida que fomente la autorrealización personal y las posibilidades de comunicación intersubjetivas.

III. La política sobre drogas debe dejar de distinguir, lo más rápidamente posible, entre drogas legales e ilegales. Tal distinción no está justificada por su capacidad adictiva, ni por su nocividad a la salud. Tampoco se aprecia una relevante diversidad en las pautas vitales que favorecen unas u otras, más allá de las vinculadas al hecho diferenciador de la prohibición. Las alegaciones basadas en el enraizamiento cultural de ciertas drogas en nuestras sociedades han dejado de tener peso tras la internacionalización de la política de drogas, reclamada por todos: La distinción se convierte en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos que, simultáneamente, obligan a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas pero ajenas a la suya propia, mientras fomentan el consumo de nuevas drogas propias de la cultura occidental. Por otro lado, las evidentes similitudes entre ambos tipos de drogas dificultan la eficacia de cualquier política preventiva que pretenda mantener la distinción. Las diferentes consecuencias respecto a integración social de los consumidores en unas u otras proceden simplemente de su diverso trato legal. Este planteamiento unificador va haciendo progresos en los documentos regionales europeos y en los españoles, pero aún no se ha concretado debidamente en todos los sectores legislativos y ejecutivos.

La tendencia al trato unificado conlleva el riesgo de que se tome como modelo de actuación el seguido hasta ahora con las drogas ilegales, generalizándose aún no la represión penal pero sí duras medidas de control del tráfico y consumo de drogas legales, algo que comienza a esbozarse especialmente en ciertas Comunidades autónomas. La postura debiera ser la inversa: Es la política preventiva respecto a las drogas legales seguida con éxito en diversos países la que debiera condicionar una política unificada hacia las drogas.

IV. Comparto la opinión extendida de que el fenómeno de la droga sólo podrá abordarse con éxito en el marco de una política integrada, que incida sobre todas las fases, desde su producción o cultivo hasta el consumo. En cuanto al modo de incidir en todo ese proceso, estimo que la política represiva hasta ahora fundamentalmente seguida, al margen de objeciones de otro tipo, ha demostrado claramente su fracaso. Procede poner el énfasis en actuaciones de tipo preventi-

vo y asistencial, que incidan sobre la demanda de drogas, y no sobre la oferta como ha venido sucediendo con la política represiva. Con ello no hago más que recoger un estado de ánimo muy difundido en los foros europeos y en las diversas instancias españolas analizadas. El citado enfoque choca frontalmente con la actual política de las Naciones Unidas, claramente orientada a la represión de la oferta. Su influencia se ha dejado sentir en el ámbito europeo y español reforzando a los sectores de opinión y a los países europeos que poseen una actitud más matizada respecto a la colocación en un lugar secundario de la política represiva.

En España, el reforzamiento de las tendencias represivas de Naciones Unidas ha coincidido con un momento de especial esperanza en las opciones preventivas, plasmada a niveles prácticos en el Plan nacional sobre drogas. La paulatina recepción en nuestro país de tales corrientes internacionales, unida a ciertos equívocos y reproches injustos realizados a la legislación española en foros europeos, hace tener un retroceso de la opción preventiva, ya claramente apreciable en las instancias oficiales, en un país donde aún no se había experimentado a fondo tal alternativa ni se habían recogido sus frutos acreditados en otros países con anterioridad.

V. Sobre el contenido de la mayor parte de las medidas preventivas y asistenciales recayentes sobre la demanda hay amplio acuerdo en las diversas instancias europeas y españolas, fruto de la experiencia acumulada en diversos países. No debe olvidarse en cualquier caso que la eficacia en la reducción de la demanda está directamente relacionada con la capacidad para integrar el problema dentro de una oferta de modelos vitales edificada sobre la autonomía personal, y con el grado de actividad no institucional desarrollada por la sociedad civil, al margen de con la mejora general de las condiciones de vida. Hay ciertas medidas, en cualquier caso, que resultan polémicas: Deben rechazarse enérgicamente las pretensiones de realizar una labor educadora preventiva intensa en edades muy tempranas, necesariamente basada casi exclusivamente en componentes emocionales, por el abuso que ello supone de la capacidad de autodeterminación personal, aún no desarrollada ni siquiera a unos niveles mínimamente operativos, sin contar los posibles efectos contraproducentes en la vida futura de esas personas. Es preciso igualmente fijar con esmero los límites a respetar en las actividades de asistencia, sean desintoxicadoras o rehabilitadoras: Entre ellos, debe encontrarse la observancia del derecho a la diferencia, rechazando el uso de pautas valorativas más allá de las estrictamente necesarias para salir de la dependencia. En esa misma línea, debe prestarse atención a los modos de actuar, en ocasiones al parecer demasiado presionantes, de las comunidades terapéuticas. Debe evitarse interpretaciones demasiado rígidas del concepto de asistencia, la cual deberá incluir información o suministro de útiles para asegurar un consumo lo menos nocivo posible de drogas, sin que ello suponga su promoción.

En cualquier caso, la política preventiva y asistencial actualmente diseñada en España está acompañada en líneas generales con las más modernas corrientes europeas.

VI. Más allá del mayor o menor énfasis colocado en actuaciones preventivas o asistenciales frente a las represivas, cuestión adicional es la de la conveniencia de prescindir del enfoque represivo penal o cambiar sustancialmente su configuración. Aquí ya no sólo se trata de lograr una mayor eficacia sino igualmente de razones de principio. El tema, como era de esperar, no ha encontrado eco en los órganos de las Naciones Unidas, atentos sólo a un incremento de la represión, pero desempeña un importante lugar en las preocupaciones del Parlamento europeo. Desgraciadamente planteamientos suficientemente globales de despenalización tienen una nula representación en las instancias oficiales españolas y muy escasa en las doctrinales. Ello quizá pueda explicarse por la sensación de acoso internacional que se vive en España tras la clara primacía otorgada al enfoque preventivo y asistencial en los últimos tiempos y la limitada liberalización, claramente exagerada y malinterpretada en los foros europeos, realizada en 1983. En cualquier caso, la ausencia de una discusión seria al respecto en las instancias oficiales no corresponde con la actitud del grupo parlamentario socialista en el Parlamento europeo.

La despenalización en dichos foros europeos se plantea en términos de eficacia: Se ha comprendido que la problemática de la droga en la actualidad no reside sólo o principalmente en los daños derivados de su consumo sino en el surgimiento de poderosas organizaciones de narcotraficantes que afectan o van a afectar a la organización institucional de muy diversos Estados y aún de todo el mundo democrático; idea también frecuente en los órganos de las Naciones Unidas, pero no en España pese a las reiteradas solicitudes, por otras razones, de endurecer la pena de los grandes traficantes (200). La cuestión en Europa se centra en reflexionar si la despenalización no disminuiría drásticamente los beneficios de los narcotraficantes, privándoles consecuentemente de su poderío económico e institucional. La alternativa se ha rechazado por el momento de forma mayoritaria, aunque sin tomar una decisión definitiva.

Discrepo de buena parte de los argumentos que fundamentan o pronostican la inefectividad de tal medida: Afirmar que la despenalización no contribuiría a disminuir el número de consumidores sino todo lo contrario, supone olvidar que tal opción político-criminal va dirigida básicamente a privar de su poderío a los narcotraficantes y no a reducir el consumo, meta ésta que se propone lograr a través de medidas preventivas, que cabe incluso imaginar serán a la larga más eficaces si ya no están lastradas por un trasfondo represivo o por campañas contrapuestas de promoción bien dotadas económicamente por parte de los narcotraficantes. La descalificación de las limitadas experiencias despenalizadoras realizadas en países como Holanda tropieza con valoraciones opuestas. En el fondo, lo que frena tal alternativa es la ausencia de la suficiente energía política para explicar a la

(200) Excepción significativa es la del Ministro de Justicia, LEDESMA BARTRET, véase supra.

población las ventajas que a medio y largo plazo se derivarían de la opción despenalizadora del tráfico y preventiva del consumo, y para afrontar con la suficiente capacidad de convencimiento los previsibles períodos de impaciencia que surgirían en la sociedad hasta el momento en que se comenzaran a apreciar los efectos de tal opción, con el coste político que conllevarían.

Pero la problemática no debe analizarse exclusivamente en términos de eficacia, es preciso entrar en cuestiones de principio. Para ello hay que preguntarse cuál sea el bien jurídico que se pretende proteger. En una sociedad pluralista no procede considerar tal la salud moral de los ciudadanos, como sin embargo se señala en los actuales Convenios internacionales y se repite en los órganos de las Naciones Unidas, por más que en compañía de otros bienes; si el problema radicara sólo en eso no habría dudas respecto a la despenalización y, todo lo más, la introducción de ciertas medidas blandas de presión social (alta fiscalidad, restricciones espaciales...) como, en mi opinión discutiblemente, se está haciendo respecto a ciertos comportamientos tolerados pero no aceptados plenamente por la sociedad (pornografía, juegos ilícitos...)

La opinión más extendida de que lo que se protege especialmente es la salud pública debe ser reconsiderada: En primer lugar, porque la protección penal de la salud pública está basada, con la única excepción del delito de tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrírselos o dejar de obtenerlos. Por lo demás, resulta una analogía inaceptable con las enfermedades infecciosas afirmar que estamos ante un problema de salud colectiva alegando que el consumo de drogas es contagioso, en cuyo caso sería irrelevante el consentimiento en el daño del agente propagador. Como en cualquier caso estamos ante sustancias similares a las contenidas en los restantes delitos contra la salud pública, deberían estar sometidas en este punto a un trato penal semejante tendente a asegurar el control administrativo de su producción y venta, así como a controlar su calidad, en línea con lo señalado recientemente por algún otro autor español y con alguna propuesta de tipo agravado basado en la adulteración de la droga sugerida por instancias oficiales españolas.

En segundo lugar, porque progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud sino la pérdida de autonomía personal del consumidor. Esta evolución hacia su consideración como un delito contra la libertad individual, aunque también presente en Europa, es especialmente clara en España, donde el propio concepto de droga, los criterios de distinción entre blandas y duras, los tipos agravados referidos a menores e incluso a determinados centros, las nuevas agravaciones que se reclaman referidas a personas carentes o con disminución de la imputabilidad, o sometidas a procesos de desintoxicación o rehabilitación, la impunidad del consumidor... se construyen en torno a la pérdida de libertad. Aunque la doctrina y ciertas instancias oficiales son conscientes de esta dimensión, sólo algún autor aislado ha propuesto actuaciones político-criminales

consecuentes con ella. En mi opinión, más allá del tratamiento penal propuesto en el párrafo anterior, debieran integrarse en los delitos contra la libertad individual unos tipos que castigaran el tráfico de drogas entre personas carentes de la suficiente libertad de decisión, en las que, por consiguiente, su consentimiento ha de considerarse ineficaz. Allí debiera aludirse a los menores de edad, pero también a adultos con imputabilidad ausente o disminuida, colocados en determinadas situaciones de prevalimiento o intensa presión psíquica, sometidos a procesos de desintoxicación o rehabilitación, o que se encuentran de forma manifiesta sometidos a las consecuencias de la dependencia física y mientras esa situación perdure. Cabría establecer distinciones o supuestos de impunidad a tenor de la clase e intensidad de la dependencia producida por la sustancia. En cualquier caso supone dejar impune todo tráfico entre adultos libres. Sin duda estos tipos penales incidirían básicamente sobre los niveles de tráfico más cercanos a los consumidores.

Los niveles altos del narcotráfico precisan de un tratamiento penal diverso. Ante todo, ellos serán los más directamente afectados por los tipos de control encuadrados entre los delitos contra la salud pública. Pero además es necesario sacar las debidas consecuencias de la extendida opinión en los foros internacionales sobre la amenaza institucional que suponen las organizaciones de narcotraficantes. Ello implica trasladarse al ámbito de los delitos contra el orden socio-económico, posibilidad sólo insinuada por algunos autores españoles. Conocida es la polémica mantenida en España respecto a lo que deba entenderse por orden socio-económico como objeto de protección en el ámbito jurídico-penal (201); para nuestros fines es irrelevante, pues incluso partiendo del concepto más estricto resultan fácilmente encuadrables los comportamientos a los que estamos aludiendo. En efecto, se trata de actuaciones monopolísticas u oligopolísticas que inciden sobre todo los ámbitos de la libre competencia, desde los mecanismos de formación o determinación de los precios hasta la salvaguarda de los derechos de los consumidores, y que conllevan una violación masiva de las leyes de contrabando y control de cambios, por no citar los efectos, más genéricos, producidos sobre todo el sistema financiero. Procede por consiguiente habilitar instrumentos penales que contemplen los comportamientos delictivos de las organizaciones de narcotraficantes desde esta perspectiva, en lugar de conformarse con ino-

(201) Véanse BAJO FERNÁNDEZ. «Manual de Derecho penal. Parte Especial. II». CEURA. 1987, págs. 394-399; RODRÍGUEZ MOURULLO. «Los delitos económicos en el Proyecto del Código Penal». Anuario de Derecho penal y ciencias penales. 1981, págs. 713 y ss.; QUINTERO OLIVARES. «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español». En «Estudios penales y criminológicos III». Universidad de Santiago, págs. 220-222; MUÑOZ CONDE. «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley orgánica del Código penal». Cuadernos de Policía criminal. núm. 16. 1982, págs. 113 y ss.; del mismo, «La protección del derecho de crédito en los delitos de insolvencia». Inédito; MANZANARES SAMANIEGO. «Los delitos patrimoniales en el proyecto de Código penal de 1980». Cuadernos de política criminal, número 15. 1982. págs. 474-478; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., págs. 307-312.

perantes agravaciones en ámbitos jurídico-penales que no responden a las auténticas características de esta criminalidad.

Mi propuesta supone una despenalización en principio del tráfico controlado de drogas, que deberá seguir penándose en la medida en que atente contra la libertad individual o el orden socio-económico. Tal opción satisface tanto las necesidades de protección de bienes jurídicos como la búsqueda de soluciones más eficaces al problema.

VII. Si, abandonando planteamientos globales sobre la posible configuración de la alternativa represiva, partimos de la situación actual y nos ocupamos de posibles modificaciones parciales, llama la atención la frontal oposición entre los órganos de Naciones Unidas, que están proponiendo una ampliación del concepto de cannabis, o de éstos y la mayoría del Parlamento europeo, que se niegan a distinguir entre droga blanda y dura, y la actitud minoritaria del citado Parlamento así como la de las instancias oficiales y doctrinales españolas que abogan por el mantenimiento de la distinción con energía, llegando en ocasiones, en especial instancias oficiales holandesas e importantes sectores doctrinales españoles, a poner parcialmente en práctica o solicitar la despenalización del tráfico de cannabis. Estimo que la distinción entre drogas de una y otra clase se ajusta no sólo al distinto contenido de lo injusto de las conductas de tráfico sino también al planteamiento realista, desligado de exageraciones e irracionalidades que se demanda de cara a tener éxito en la prevención. Por lo demás, la distinción, dado que gira en torno a la producción de dependencia, así como la despenalización de las blandas que se estime no producen una dependencia de entidad, va en la línea antes apuntada de adaptación al menos de parte de estos tipos a la idea de protección de la libertad individual.

VIII. La persistencia de las instancias oficiales, jurisprudenciales y doctrinales españolas en el mantenimiento de la impunidad del consumo y de las actividades directamente ligadas a él, compartida por algún país europeo y por la postura minoritaria del Parlamento europeo, la considero plenamente acorde con los bienes jurídicos dignos de protección en este ámbito: Ni puede negarse el derecho al uso de la droga ni debe actuarse sobre la víctima de la promoción del abuso de la droga. Por lo demás, el tratamiento diferenciado del consumidor, toxicómano o no, es una idea y una práctica generalizadas con diferente intensidad, como mínimo, en todo el ámbito europeo.

En la medida en que el traficante lo sea para satisfacer sus necesidades derivadas de la dependencia, debe ser tratado del mismo modo que el consumidor toxicómano. De todos modos la transcendencia de su actuación sobre otras personas, a salvo reformas legales de más largo alcance que discriminen según el tipo de personas a las que dirige su actividad, aconseja una penalización no demasiado intensa pero rica en la oferta de substitutivos penales que giren en torno a la superación de la dependencia. Por diversas vías, a esta conclusión llegan también las instancias oficiales y doctrinales españolas así como las propuestas del Parlamento europeo, sin faltar en ambos ámbitos propuestas meramente despenalizadoras. No se mencionan los substituti-

vos penales en los proyectos de nuevo Convenio de las Naciones Unidas.

IX. Las pretensiones de las Naciones Unidas de ampliar el concepto de lo que debe entenderse como «tráfico» van más allá de lo aconsejable en cuanto pretenden incluir comportamientos que carecen de las características propias de toda actividad mercantil. La regulación española tras la reforma de 1983 tiene especial cuidado en dejar fuera actividades no mercantiles, lo que es digno de alabanza. No obstante, hay que partir de un concepto de tráfico que corresponda a los actuales procedimientos de la mercadotecnia, lo que supone incluir tanto desplazamientos onerosos como gratuitos realizados con el fin de crear o ampliar mercado. Los restantes desplazamientos gratuitos son impunes. Las actividades de propaganda que no utilicen el mecanismo de la donación son en la actualidad difícilmente incluíbles en el concepto de tráfico, aunque podría forzarse una interpretación en este sentido.

Una regulación acorde con las propuestas político-criminales más arriba expuestas penaría el cultivo y la fabricación sólo en la medida que dieran lugar por su forma de realización a atentados contra el orden socio-económico o contra el control penal de la salud pública. Lo mismo sucedería con el tráfico, donde, consecuentemente, no debiera olvidarse la punición de las técnicas de publicidad engañosa, además de incluirse tipos protectores de la libertad individual en el sentido antes explicado.

X. Las nuevas figuras delictivas propuestas por los órganos de Naciones Unidas merecen una especial reflexión.

En primer lugar la configuración como delito autónomo de los actos preparatorios de fabricar, distribuir o poseer materiales o equipos *destinados* a la producción o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas es susceptible ante todo de las críticas propias de toda tipificación sui géneris de actos preparatorios, su excesiva lejanía de la lesión del bien jurídico de forma que difícilmente puede hablarse de que se esté poniendo de algún modo en peligro; además, la poca concreción de las exigencias subjetivas y las dificultades de prueba que cabe esperar del variado destino a que pueden ser asignados tales materiales o equipos (piénsese en una máquina de encapsular), hace temer que no se respete en la aplicación de tal precepto los principios de seguridad jurídica y legalidad. En cualquier caso, no deja de ser disfuncional el castigo de tales actos preparativos mientras que una fase intermedia entre éstos y la producción o fabricación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, es decir, la producción, distribución o posesión de los precursores químicos a partir de los cuales se obtienen los estupefacientes o sustancias psicotrópicas sólo esté sometida a medidas de fiscalización administrativa; el contraargumento de su utilidad para la obtención de productos lícitos es igualmente válido para los materiales o equipos sobre los que se quiere establecer la penalización; una prueba de que se puede ser más consecuente la da el propio Proyecto de Convención respecto a la cannabis al querer ampliar su concepto hasta incluir las semillas, imprescindibles para

su cultivo. Por todo lo dicho no ha de extrañar el escaso eco de esta propuesta ampliatoria de la punición en los foros europeos y aún fuera de ellos. Por lo que respecta a España, su introducción iría en contra de la opinión generalizada de que la posesión de semillas, plantas, materias primas... para cultivar o fabricar drogas es y debe seguir siendo impune en nuestro ordenamientos jurídico.

Respecto a las nuevas conductas cercanas a la receptación propuestas, consistentes en la adquisición, posesión, transferencia o blanqueo del producto derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, hay que reconocer la favorable acogida que ha tenido en el ámbito europeo siempre que se asegure que el receptor deba conocer que el producto procede del tráfico ilícito; también España ha sido sensible a esta idea. Una tal receptación tendría las siguientes peculiaridades respecto al concepto habitualmente manejado de receptación propia en nuestra legislación: En primer lugar, deberá responder en un buen número de ocasiones al supuesto, no abarcado en el 546 bis a), de la receptación sustitutiva, ya que en lo que se está pensando no es solamente en la receptación de los «efectos» del delito, es decir, de las sumas monetarias obtenidas del tráfico de drogas, sino también de la de los bienes obtenidos con ese dinero; en esa línea está la utilización del concepto de «producto» y la referencia a que se derive «directa o indirectamente» del tráfico (202). Por otra parte, el bien jurídico protegido no es el mismo que el del delito de cuyos efectos se aprovecha el receptor, pues no cabe pensar que con esta receptación se esté lesionando la salud pública (203). Asimismo, no se respetaría el límite de que el delito base fuera uno «contra los bienes» pues hoy por hoy lo es contra la salud pública y sólo un concepto muy amplio de aquellos permitiría tal cosa (204). Todo lo anterior no impediría que pudiéramos hablar de que estamos ante una receptación específica, como en los artículos 285, 297 ó 304, pero la propia necesidad que se siente de crear un tipo cercano a la receptación, así como las dos últimas diferencias que se originan frente al 546 bis a), nos recuerdan la inadecuada consideración de estos delitos, cuando se trata de los niveles altos de tráfico, como delitos contra la salud pública y no contra el orden socioeconómico.

El nuevo precepto incidirá igualmente sobre el ámbito de aplicación del artículo 17.1 en los frecuentes supuestos de receptación conjunta, en los que se aprovechan tanto el autor como un tercero, siempre que el interés preponderante de éste sea el adiuuandí y no el lu-

(202) En contra de la receptación sustitutiva, BAIJO FERNÁNDEZ. op. cit., pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA. «Derecho penal español. Parte Especial». 9.ª edic. 1983. pág. 546; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., pág. 249.

(203) Este requisito de la relativa equivalencia de ambos bienes jurídicos lo exigen entre otros BAIJO FERNÁNDEZ. op. cit., págs. 391-392; MUÑOZ CONDE. «Derecho penal...» op. cit., pág. 314.

(204) Rechazarían tal inclusión BAIJO FERNÁNDEZ. op. cit., pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA. pág. 545; MARTOS NÚÑEZ. «El delito de receptación». Montecorvo. 1985, pág. 195 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO. «Comentarios al Código penal». I. Abril 1976, pág. 921. Podrían quizás aceptarla, BUSTOS RAMÍREZ. op. cit., págs. 240-250; MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 316.

crandi, o cuando no se está, como es aquí el caso, ante un delito contra los bienes (205); también incidirá en las hipótesis normales de auxilio complementario o receptación ajena.

Por otra parte, y al margen de la ampliación que supone la receptación sustitutiva, será habitual en este tipo de conductas que la receptación propia o conjunta se haya pactado de antemano, por lo que la jurisprudencia no aplicará el nuevo tipo sino autoría o participación en el tráfico de drogas (206)

Queda, por último, lo relativo a la nueva regulación que se propone de los grados de participación y ejecución en estos delitos, y que implica un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal. En primer lugar se propone el castigo del mero «consejo para cometer delito», como algo distinto de los restantes actos preparatorios, conspiración y provocación, también penados, y sin integrarse en los diversos grados de participación, asimismo castigados. En segundo lugar, al referir todos estos comportamientos tanto al delito de tráfico de drogas como a los delitos autónomos que recogen ciertos actos preparatorios o la receptación el ámbito de lo punible se potencia extraordinariamente. Por otra parte, tal referencia no podría hacerse sin más remitiendo a las reglas genéricas del Código sobre grados de ejecución o participación, pues en virtud del artículo 55 no cabe aceptar el castigo de actos preparatorios configurados de modo autónomo, o el encubrimiento de un encubrimiento tipificado expresamente, aunque sí cabe la participación en actos preparatorios autónomos, o diversos grados de ejecución en supuestos de participación autónomos (207); de nuevo habría que forzar los principios generales del Código creando tipos específicos. Eso sin olvidar que en puridad buena parte de las conductas típicas mencionadas en el actual 344 pueden admitir su consideración como actos preparatorios autónomos dada su lejanía a la lesión del bien jurídico salud pública, tema sobre el que no vamos a entrar. Todo lo anterior explica el escaso eco que ha tenido esta propuesta de Naciones Unidas en cualesquiera ámbitos, alegándose que bastan las reglas genéricas de participación y ejecución.

XI. El endurecimiento de las penas ya existentes propuesto por los órganos de Naciones Unidas ha recibido un apoyo matizado. Efectivamente, las referencias a que las multas deben ser proporcionadas a la cuantía de los beneficios obtenidos y a que las penas de prisión deben ser suficientemente intimidatorias, son procedentes en los niveles de tráfico alto y medio, por más que el volumen de ganancias que ac-

(205) Aluden a alguna de estas hipótesis, BAJO FERNÁNDEZ. op. cit., págs. 332-333, 339; MARTOS NÚÑEZ. op. cit., págs. 233-244; RODRÍGUEZ MOURULLO. op. cit., págs. 917, 290-922.

(206) Véase postura jurisprudencial en MUÑOZ CONDE. op. cit., pág. 314; BAJO FERNÁNDEZ. op. cit., pág. 338.

(207) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO. «Comentarios al Código penal» Tomo I, págs. 140, 162, y Tomo II, pág. 240. No obstante, aun sin ser un caso exactamente igual pues pone en relación dos delitos autónomos, se acepta por doctrina y jurisprudencia la receptación de la receptación: RODRÍGUEZ DEVESA. op. cit., pág. 544; BAJO FERNÁNDEZ. op. cit., pág. 334; MARTOS NÚÑEZ. op. cit., págs. 199-202.

tualmente se consigue es tal que es difícil que cualquier pena intimidante, y constituye un argumento más a favor de un nuevo enfoque de la represión, en el sentido por nosotros indicado. Lo que ya no parece tan justificada es la pretensión de considerar a todos los comportamientos de tráfico de drogas como delitos graves, posibles de penas correspondientes, o excluidos de los habituales sustitutivos penales o beneficios penitenciarios; tal actitud, rechazada acertadamente por numerosos países europeos, supone no valorar adecuadamente el diverso contenido de lo injusto de tales conductas y es incluso poco eficaz.

Pero la discusión se ha centrado en la propuesta de introducir una amplia regulación del embargo y comiso de los bienes producto del tráfico ilícito. Ello supondrá, ante todo, crear un concepto específico de comiso, distinto del contenido en el artículo 48 del Código penal que no incluye el provecho o la ganancia obtenidos con la comisión del delito, en actitud similar a la adoptada en el artículo 393 (208). Tal ampliación, sostenida de modo general para todo comiso por algún autor (209), chocará en estos supuestos con los importantes recelos que toda norma que pueda aproximarse a la confiscación general de bienes suscita en nuestro ordenamiento jurídico (210), recelos que explican el que ni siquiera con la actual regulación estricta del comiso se agoten, ni con mucho, todas sus posibilidades (211). Sin duda, un comiso así entendido permitirá vincular las medidas procesales que los órganos de Naciones Unidas denominan «congelación» e «incautación» a la figura del embargo, contenido en los artículos 589 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que se tratará de asegurar las responsabilidades del autor, cuando menos las penales derivadas del comiso (212).

Los temores que suscita esta discutible ampliación del concepto de comiso y embargo, se ven notablemente reforzados, como se ha podido ver en las reacciones de determinados países europeos, al comprobar las escasas garantías que se establecen en su aplicación: Se pretende que el embargo lo puedan decretar autoridades no judiciales, y que éste y el comiso se puedan imponer por autoridades judiciales civiles, se acepta un amplio uso de presunciones o la inversión de la carga de la prueba para probar si el producto procedía del tráfico ilícito y si el interesado lo conocía..., y por si fuera poco se admite el comiso

(208) Véanse MANZANARES SAMANIEGO. «Las penas patrimoniales en el Código penal español». Bosch. 1983. págs. 265-267; CÓRDOBA RODA. «Comentarios al Código penal». Tomo. II. Ariel. 1976. pág. 196; LANDROVE DÍAZ. «Las consecuencias jurídicas del delito». Tecnos. 1985. pág. 114.

(209) Véase MANZANARES SAMANIEGO. op. cit., pág. 352.

(210) Sobre el comiso como una especie del género confiscación, en concreto la confiscación especial; véase MANZANARES SAMANIEGO. op. cit., pág. 251.

(211) Sobre el desuso del comiso en muchos supuestos susceptibles de aplicación, véase CÓRDOBA RODA. op.cit., pág. 198; LANDROVE DÍAZ. op. cit., pág. 113.

(212) En cualquier caso no debe olvidarse la nueva alteración que la regulación propuesta implica sobre los conceptos de comiso y embargo, al abarcar el concepto de «producto» objeto del decomiso también elementos estrictamente pecuniarios, y al tener que referirse el embargo antecedente no sólo a «responsabilidades pecuniarias» como ahora dice nuestra ley procesal.

respecto a bienes o derechos de personas que no han sido condenadas, ni siquiera procesadas, si el tribunal estima que hay pruebas suficientes de que conocían el origen del producto. Todas estas posibilidades alejan definitivamente a la propuesta de principios básicos relativos al comiso y el embargo como, por citar algunos, la imposibilidad de que el comiso se aplique a persona no responsable del delito, o que no pueda bastar para su imposición el que no esté acreditada la pertenencia del bien a un no responsable criminalmente (213).

Subsanada la falta de garantías anterior, quizá estemos ante una sanción penal adecuada a los niveles altos y medios del tráfico. De todos modos, podría reflexionarse sobre una vía alternativa: Se evitarían los riesgos de penar a quienes no son criminales responsables o de crear una confiscación general encubierta, si se fuera suficientemente consciente de que las terceras personas a cuyo nombre están los bienes han participado directamente en el comportamiento delictivo, sea como receptadores (propios, ajenos o conjuntos, en tipo autónomo a crear o no) o, lo que será más frecuente, como partícipes del propio tráfico al haber prometido su actividad encubridora de antemano, y si se sustituyera la pena de comiso por la de multa nunca inferior a los beneficios económicos obtenidos por el tráfico, complementada con la estricta aplicación de las reglas de responsabilidad civil del Código.

XII. Por lo que se refiere al reforzamiento de otros mecanismos procesales, más allá del embargo, como el afianzamiento del principio de justicia mundial, el establecimiento de plazos de prescripción disuasorios, o el ablandamiento de los principios limitadores de la extradición, propuestos por las Naciones Unidas, se observan en el contexto europeo fuertes reticencias respecto a los dos últimos. En concreto por lo que concierne a la extradición, se es consciente de la necesidad de armonizar su práctica y aumentar su frecuencia en el ámbito europeo pero lógicamente no parece haber disposición a pasar por alto los principios trabajosamente establecidos en el Convenio europeo de extradición (214). En España el principio de justicia mundial para estos delitos está aceptado en el artículo 23.4 de la Ley orgánica del poder judicial, mientras que el socavamiento de los principios limitadores de la extradición antes mencionados iría en contra de la reciente ley de extradición pasiva de 1985 (215).

XIII. Un mecanismo de actuación policial especialmente debatido en estos momentos es el de la «entrega vigilada». La propuesta de Naciones Unidas ha sido objeto de suspicacias entre bastantes países, en primer lugar porque se quiere asegurar que la iniciativa y el control los lleve el país en cuyo territorio en cada momento se están realizando los hechos, y en segundo lugar, porque tropieza con determinadas

(213) Recuerdan estos requisitos MANZANARES SAMANIEGO. op. cit., págs. 278-280; 353; CÓRDOBA RODA. op. cit., pág. 199.

(214) Véase un análisis de éstos en CEREZO MIR. «Curso de Derecho penal español. Parte General. I. Introducción. Teoría jurídica del delito». 3.ª Edic. 1985. págs. 221-233.

(215) Véase CEREZO MIR. op. cit., págs. 234-239.

dificultades legales en el denominado sistema jurídico continental. Efectivamente, la abstención policial en estos casos supone en principio la violación de determinados deberes de la policía, contenidos en las leyes procesales penales y orgánicas (216), que incluso podrían dar lugar en casos en que pudieran evitar el delito a una complicidad por omisión si se estima que es posible en general y que concurre la posición y deber de garante (217). Ahora bien, si razones de eficacia lo aconsejasen y se exigiera la autorización judicial para ello, no hay o al menos no debería haber obstáculos legales insalvables para su introducción en nuestro ordenamiento. En cualquier caso no estamos ante un supuesto de provocación policial, que debería ser resuelto por otras vías, pues resulta discutible aceptar de modo general, y más en este caso, la inducción por omisión (218).

Las propuestas de abordaje en alta mar de buques de pabellón extranjero se ven, comprensiblemente, con mucho recelo por países temerosos de los abusos que podría originar a la soberanía nacional si no se arbitra un procedimiento que, sin perder en eficacia, procure garantizar suficientemente tal extremo.

La reiterada afirmación de las instancias oficiales españolas de que es necesario acosar al pequeño traficante dado el rechazo social que suscita su aparente impunidad y el preciso mantenimiento de la seguridad ciudadana, además de ser susceptible de críticas referidas al auténtico objeto de protección en el tráfico de drogas y ya mencionadas, supone, si se persevera en tal modo de actuar, una utilización tosca de los mecanismos de prevención general, y, en último término, la creación de un círculo vicioso ya que la problemática de inseguridad ciudadana y de marginación social está estrechamente ligada a una persecución penal sobredimensionada del tráfico de drogas y sus repercusiones en los niveles más bajos de éste y del consumo.

XIV. En cuanto a nuevas medidas de control y fiscalización, al margen del Derecho penal, las técnicas de sustitución de cultivos no pueden desarrollarse, como sin embargo se ha propuesto repetidamente en el Parlamento europeo, a través de medios coactivos encubiertos. Ello supone olvidar la cuota de responsabilidad de los países consumidores en la difusión de tales cultivos y, lo que es más importante, en la generalización en tales países de las denominadas drogas legales, además de atentar contra su cultura, por no citar su soberanía, argumentos todos ellos ya mencionados en el Parlamento europeo.

La propuesta de imponer sanciones a porteadores comerciales que no tomen precauciones razonables para impedir la utilización de sus medios de transporte para el tráfico ilícito, formulada por Naciones

(216) Véanse arts. 282, 284, y 492 en relación con 490 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, así como art. 5 de la Ley de Cuerpos y fuerzas de Seguridad, entre otras.

(217) Véase sobre complicidad por omisión, JESCHECK y MIR PUIG en «Tratado de Derecho penal. Parte General». Vol. II. Bosch. 1981. págs. 858, 863, 967 y 976-977 con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales alemanas y españolas.

(218) Véase *Ibidem*. págs. 961-962, 975, y MIR PUIG. «Derecho penal. Parte General». 1985. págs. 345-347.

Unidas, ha sido acogida con muchas precauciones. En efecto, no queda suficientemente claro que son sanciones administrativas, no penales, y puede suponer el inicio de una penalización por imprudencia del tráfico de drogas (219).

La fiscalización del comercio de materiales y equipos susceptibles de ser destinados a la fabricación de drogas, que se propone ex novo por Naciones Unidas, ha sido rechazada por los países industrializados, y supone, aunque ahora en el ámbito administrativo, reforzar la progresiva atención prestada a actos preparatorios cada vez más alejados de la lesión al bien jurídico.

ANEXO

Desde la conclusión de este trabajo se han producido dos acontecimientos que no pueden dejar de mencionarse. En primer lugar, la celebración en Viena, del 17 al 26 de junio de 1987, de la Conferencia internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas, de la que cabe decir sumariamente que ha venido a confirmar las tendencias político-criminales de los órganos de Naciones Unidas estudiadas en las páginas precedentes, y a dar un nuevo impulso a los trabajos de elaboración de una nueva Convención acorde con ellas. En segundo lugar, la presentación en el Congreso de los Diputados por parte del Gobierno de un proyecto de Ley Orgánica (121/000045) de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, en el que, lamentablemente, se confirman los temores expuestos en este estudio relativos al abandono por las instancias oficiales españolas del enfoque fundamentalmente preventivo, plegándose a las en ocasiones probadas y otras veces presumibles presiones internacionales para que nuestro país abandone la política de racionalidad que, siguiendo la estela de Holanda, le caracterizaba tras la reforma de 1983 y la posterior aparición y ejecución del Plan Nacional de drogas, por citar los dos momentos más significativos.

La desmesurada ampliación de los tipos, en especial a través de la cláusula genérica del tipo básico, y una exagerada elevación de las penas, empeñan definitivamente los posibles aciertos que contiene el proyecto en la regulación, una vez que se ha optado por su introducción, de las nuevas figuras de comiso y receptación, notablemente mejoradas frente a las propuestas de Naciones Unidas, y en menor medida en la ampliación de la remisión condicional de la pena en este ámbito (220).

(219) Sobre la no aceptación del castigo de las conductas imprudentes por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, véase PRIETO RODRÍGUEZ. op. cit. págs. 182-184; BUSTOS RAMÍREZ. op. cit. pág. 282; CÓRDOBA RODA «El delito...». op. cit. págs. 30-31.

(220) Véase un análisis crítico del Proyecto en *de la Cuesta Arzamendi*. «El marco normativo», en «El libro blanco sobre las drogodependencias de Euskadi». Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz. 47-49.