

# Alternativas a la actual legislación sobre drogas

José Luis Díez Ripollés\*

En los últimos años se generalizó la impresión de que la política sobre drogas hasta ahora desarrollada estaba resultando un fracaso y que exigía correcciones importantes<sup>1</sup>. Ello ha dado nuevo impulso a dos tendencias contrapuestas que han estado presentes desde el inicio, a principios de este siglo, de la política represiva del tráfico y consumo de drogas: la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraprudentes efectos colaterales, y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos.

El presente trabajo, tras analizar algunos de los últimos esfuerzos realizados en ambas direcciones, pretende defender una alternativa concreta susceptible de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico siempre que haya voluntad política para ello.

## 1. UNA OPCIÓN FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRÉSIÓN: LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988

La Convención, que tiene su origen en las resoluciones 39/41, 39/42 y 39/43 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta-

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

<sup>1</sup> No creo necesario insistir sobre el particular. Véase una amplia consideración de opiniones nacionales e internacionales al respecto, en DÍEZ RIPOLLES, "La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, págs. 347 y ss.; del mismo *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, págs. 11-58, 126-132.

das el 14 de diciembre de 1984<sup>2</sup>, muestra ya sus diferencias respecto a los anteriores convenios internacionales de 1961 y 1971 desde su mismo Preámbulo:

Mientras que los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad<sup>3</sup>, la última Convención modifica significativamente el énfasis: sin abandonar las referencias a la salud, complementada con el término más genérico de *bienestar* y con una especial preocupación por los efectos de tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se reconoce que la capacidad económica y organizativa desarrollada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales, financieras y de todo tipo de naciones enteras, y afectando ya de modo directo a la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados.

Tales daños adicionales, sobrevenidos a consecuencia de la prohibición, en ningún caso motivan a las Naciones Unidas a cuestionarse la corrección del modelo seguido desde los convenios de 1961 y 1971 centrado en el control de la oferta, y cuya garantía básica es la punición del tráfico ilícito. Por el contrario, nos encontramos por primera vez ante una Convención sobre drogas que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales, con el propósito confesado de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos para cubrir ámbitos hasta ahora descuidados<sup>4</sup>. Analicemos cuáles sean los "avances" en esa línea<sup>5</sup>.

#### A) Objeto material de estos delitos

Lo son ante todo los *estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. La Convención ha desoído finalmente las pretensiones de documentos preparatorios de ampliar en su art. 1º el concepto de *cannabis* de la Convención de 1961, por la vía de incluir sus semillas y hojas no unidas a las sumidades, o de abarcar en general sustancias meramente análogas a las fiscalizadas sin esperar a la inclusión en su correspondiente lista. En contrapartida se ha negado a realizar cualquier tipo de distinción entre las diversas sustancias según su mayor o menor nocividad<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Sobre todas las actuaciones que desencadenaron estas resoluciones, así como sobre el proceso de elaboración de la Convención, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *ibidem*.

<sup>3</sup> Véanse los preámbulos de la Convención única de 1961 en sus apartados 1 y 3, y del Convenio de 1971 en sus apartados 1 y 2, en *Legislación sobre drogas*, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1990, págs. 223-224, 289-290.

<sup>4</sup> Véase el Preámbulo de la Convención en *Legislación sobre drogas*, ed. cit., págs. 1354-1355.

<sup>5</sup> Nos vamos a ocupar exclusivamente de sus previsiones de naturaleza penal, dejando al margen las administrativas.

Un análisis de la incompatibilidad de determinados preceptos de la Convención con nuestra Constitución se encuentra en un documento elaborado para una reunión de trabajo del grupo signatario del Manifiesto de Málaga por CARBONELL MATEU - DÍEZ RIPOLLÉS - MAQUEDA ABREU. Inédito.

<sup>6</sup> Véanse al respecto los documentos previos, así como las propuestas del plan amplio y multidisciplinar de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas aprobado en la Conferencia de Viena de 1987, en DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., pág.349; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 15-17.

Pero la Convención realiza una primera ampliación del objeto material cuando incluye en el concepto los *precursores químicos* precisos para elaborar ciertos estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a cuyo fin se elaboran dos listas de sustancias que merecen esa consideración y se prevé un procedimiento de ampliación o restricción de su número<sup>7</sup>. A ellos se añaden en segundo lugar los *equipos y materiales* destinados a fines de cultivo, fabricación, o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas<sup>8</sup>. La desmesurada extensión del objeto material que tales preceptos suponen constituye un adelantamiento inadmisibles de la punición, que rompe cualquier freno político-criminal respecto de ulteriores avances en esa línea. Por otro lado, el concepto de precursor puede dar lugar fácilmente a una ampliación sin fin de las listas a ellos alusivas, y los de equipos y materiales, al no constituir un catálogo cerrado, permiten abarcar cualquier cosa a partir exclusivamente de la siempre problemática referencia subjetiva.

Como objeto material hay que considerar igualmente, dados los delitos de receptación incluidos, a los *bienes* obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades de tráfico, por lo que se entiende activos de cualquier tipo, así como los instrumentos legales que acrediten derechos sobre dichos activos<sup>9</sup>.

#### B) Conductas delictivas básicas incluidas

En primer lugar está el grupo constituido por las conductas de *tráfico* de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También aquí se producen ampliaciones importantes: se castiga el cultivo de adormidera, arbusto de coca y planta de *cannabis* con finalidades productoras, aunque no sean necesariamente de tráfico; se mantiene la referencia a actividades no mercantiles, ampliándola con la mención a "oferta" y a "entrega en cualesquiera condiciones". Algunas restricciones son solo aparentes, como la limitación inequívoca del concepto de "posesión" y "adquisición"<sup>10</sup> a conductas de tráfico y no de consumo personal, que se ve en la práctica anulada por la inclusión entre las conductas de tráfico de la "oferta" o "entrega en cualesquiera condiciones" y, sobre todo, por la punición, más adelante, de las conductas encaminadas al consumo personal<sup>11</sup>.

En efecto, novedad importante de la reforma es haber considerado conductas punibles el cultivo, la adquisición y la posesión para el *consumo* personal, cerrando el paso a partir de ese momento a interpretaciones de los convenios anteriores, que estimaban que el consumo y los actos con él relacionados no estaban penados<sup>12</sup>. Tal opción político-criminal se pretende asegurar con una definición del concepto

<sup>7</sup> Véanse arts. 1º, 3º. 1.a) iv., 12 y anexo de la Convención de 1988, en *Legislación...*, ed. cit.

<sup>8</sup> Véanse arts. 3º y 13 de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>9</sup> Véanse arts. 1º, 3º. b) y c) 1. y 5º de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>10</sup> Concepto este último más amplio que el anterior de "compra".

<sup>11</sup> Véase art. 3º. 1.a) de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>12</sup> Véase art. 3.2 de la Convención de 1988, *ibidem*. Sobre las interpretaciones en España de las anteriores convenciones internacionales en relación con el consumo, véase a DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 383-384.

de "tráfico ilícito", abarcadora inequívocamente de las actividades dirigidas al consumo<sup>13</sup>. La no punición directa del propio consumo es irrelevante, al incluirse la fase ineludiblemente previa de la posesión para consumo<sup>14</sup>.

Tal actitud político-criminal resulta inadmisibles: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud, de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos de nuestra Constitución<sup>15</sup>; supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de *ultima ratio* que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano<sup>16</sup>.

### C) Comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación

Deben considerarse en primer lugar la *fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos*, con conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas<sup>17</sup>. A mi juicio, se trata de una tipificación específica de actos preparatorios de una participación en el delito de tráfico de drogas. La misma calificación técnica merece otro supuesto, conectado al anterior pero tipificado de modo independiente, y consistente en la *posesión de equipos, materiales o precursores químicos*, con conocimiento de su utilización actual o futura con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos<sup>18</sup>.

Asimismo se castiga de modo específico la *instigación o inducción públicas, asociación y confabulación* para cometer, no solo las conductas básicas, sino cualesquiera de las conductas hasta ahora expuestas o que se van a exponer con posterioridad<sup>19</sup>. En

<sup>13</sup> Véase el art. 1º de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>14</sup> La referencia en la Convención a que la punición de estas conductas debe hacerse respetando los principios constitucionales y conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico es una salvedad de muy relativo valor en un contexto internacional, en el que los países que lideran la cruzada contra la droga utilizan toda su capacidad de influencia para modificar políticas criminales nacionales que no se ajusten a sus designios, de lo que es buena prueba el caso de España. Véase al respecto Díez RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 361-362, 370, 389, 400; del mismo *Los delitos...*, ed. cit., págs. 32-34, 52, 55.

<sup>15</sup> En especial los principios de libre desarrollo de la personalidad y dignidad personal considerados como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10 de la CE.

<sup>16</sup> Véase art. 14.4 de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>17</sup> Véase art. 3º.1.a). iv. de la Convención de 1988, *ibidem*. El texto definitivo se diferencia de los últimos borradores en que, por un lado, se ampliaron las conductas, incluyendo los precursores, y por otro, se restringieron al exigir la referencia subjetiva, inicialmente no prevista. Véase Díez RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 350, 354, 394-395; del mismo *Los delitos...*, ed. cit., págs. 18-19.

<sup>18</sup> Art. 3º.1.c) ii de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>19</sup> Art. 3º.1.c) iii, iv de la Convención de 1988, *ibidem*.

mi opinión ello podría llegar a ser considerado técnicamente como una tipificación específica de comportamientos preparatorios incluibles en los conceptos de conspiración o provocación.

Igualmente se tipifica expresamente la *tentativa* de comisión de todas las conductas de referencia del supuesto anterior<sup>20</sup>.

Probablemente la pretensión de asegurar la punición de supuestos problemáticos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria, ha llevado a tipificar de modo independiente los comportamientos de autoría y participación consistentes en la *organización, gestión o financiación* de las conductas básicas, así como del primer tipo específico de conductas preparatorias señalado en este apartado<sup>21</sup>.

Supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de *participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento* en la realización, tanto de las conductas hasta ahora expuestas, como de las que se expondrán a continuación<sup>22</sup>.

Se castigan asimismo un buen número de supuestos de *encubrimiento*, referidos sea a las conductas básicas, sea a las del primer tipo específico de conductas preparatorias, sea a las del primer tipo específico de comportamiento de autoría y participación, sea a actos de participación en alguna de estas figuras. En concreto se trata de a) *conversión o transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, o de ayudar a eludir consecuencias jurídicas a los delincuentes por sus acciones*, b) *ocultación o encubrimiento de tales bienes*, c) *adquisición, posesión o utilización de los bienes conociendo su origen en el momento de recibirlos*<sup>23</sup>. Afortunadamente, y a diferencia de los trabajos previos, se ha dejado de utilizar el concepto de "blanqueo", reduciéndolo a conceptos más cercanos a los propios del encubrimiento y se ha introducido la referencia subjetiva al conocimiento de los bienes por el encubridor<sup>24</sup>.

Estamos en todo momento ante supuestos de receptación, sustitutiva o no, a excepción del segundo inciso de la primera variante, que es un caso de favorecimiento real. Dada la redacción de todas las modalidades se abarca en todo momento tanto el aprovechamiento para sí como el aprovechamiento para tercero, aunque en la tercera variante parece pensarse fundamentalmente en lo primero. Se incluye también el encubrimiento de partícipes. La primera variante admitiría una interpretación como conducta preparatoria de un acto de receptación o favorecimiento real.

El análisis de todas las conductas señaladas en este apartado nos muestra, en primer lugar, que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad

<sup>20</sup> Art. 3º.1.c) iv de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>21</sup> Art. 3º.1.a). v. de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>22</sup> Art. 3º.1.c) iv de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>23</sup> Véanse arts. 3º.1.b) i,ii, y 3º.1.c) i de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>24</sup> Sobre estos extremos véase a Díez RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 350, 354, 395; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., pág. 18.

jurídica<sup>25</sup>. Baste para ello con destacar que de la combinación de los preceptos anteriores resultan punibles conductas consistentes en actos preparatorios del tráfico<sup>26</sup> realizados estos últimos en grados de autoría o participación, incluido el encubrimiento; o que se castigan no solo la autoría sino también la participación, incluido el encubrimiento de actos preparatorios; o que es delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

La pretensión de romper las construcciones conceptuales acabadas de expresar alegando que en los delitos de drogas no se dan estas categorías de ejecución imperfecta o de participación<sup>27</sup>, o que la tipificación independiente de los diferentes estadios del *iter criminis* o de las formas de participación las hacen improcedentes, es una forma como otra cualquiera de tranquilizar su conciencia el jurista olvidando la auténtica naturaleza conceptual de los comportamientos aludidos por encima de subterfugios, en el sentido peyorativo del término "formales"<sup>28</sup>.

#### D) Conductas agravadas

Se deberán elevar las penas si se usa *violencia o armas*; se utiliza a *menores* o son estos las víctimas; se realizan las conductas en *centros penitenciarios, educativos, asistenciales* o en sus inmediaciones, o en *lugares con actividades educativas, deportivas o sociales* concurridas por estudiantes; se cometen por *funcionarios públicos* en actividades relacionadas con su cargo; el delincuente está integrado en la *delincuencia organizada*, sea para realizar estas actividades delictivas, sea para realizar otras actividades delictivas internacionales; el delincuente realiza *actividades delictivas adicionales facilitadas* por la ejecución de estos delitos; se da la *reiteración nacional o internacional*<sup>29</sup>.

Cuando menos llaman la atención dos agravaciones: la consistente en la mera pertenencia a una delincuencia organizada sin relación con estos delitos ni suponer una mayor facilidad en la comisión de estos, que parece que viola el principio de culpabilidad, y la posibilidad de transformar la reincidencia internacional en una reiteración internacional, lo que parece una medida excesiva.

#### E) Penalidad

En cuanto a las penas, y a diferencia del mayor rigor de los trabajos previos, la Convención se conforma con insistir en que las sanciones estén en consonancia

<sup>25</sup> Este último encuentra además claro amparo en los arts. 25.1 y 9.3 de nuestra Constitución.

<sup>26</sup> No se olvide que, aun el concepto estricto de tráfico de la Convención, es decir, el del art. 3º.1.a) i, ii, iii, abarca la mera oferta o entrega en cualesquiera condiciones. Vid. *supra*.

<sup>27</sup> Asumir la afirmación del texto acabada de citar resulta difícilmente compatible con el uso por la propia Convención de estas categorías conceptuales, como vimos hace un momento.

<sup>28</sup> Se podría aludir igualmente a los llamativos defectos técnico-jurídicos que se aprecian, por más que otros muchos fueron eliminados a lo largo de la elaboración de la Convención y que no se puede pretender que un tratado internacional refleje una estructura conceptual que, aunque muy extendida, no es patrimonio de todos los países. Así, se hace una definición especialmente incorrecta de los supuestos de conspiración y provocación, se tipifican expresamente de modo innecesario determinados supuestos de autoría y participación, se mezclan hipótesis de favorecimiento real y receptación... Vid. *supra*.

<sup>29</sup> Véase art. 3º.5 de la Convención de 1988, *ibidem*.

con la gravedad de estos delitos, lo que debe implicar la imposición de penas privativas de libertad y pecuniarias, además de la del *comiso*<sup>30</sup>.

Esta última pena pasa a desempeñar un papel fundamental como instrumento de menoscabo del poderío económico del narcotráfico, y viene reforzada por la posibilidad de imponer la medida procesal previa de *embargo*, tanto en su aspecto de inmovilización de los bienes como en el de su aprehensión y depósito en poder de la autoridad. Se admite incorrectamente, que ambas, medida y pena, puedan dictarse por autoridad judicial no penal o por autoridad administrativa, si bien ello se deja en función de las exigencias del derecho interno<sup>31</sup>.

En cuanto al objeto del embargo y comiso, lo son en primer lugar los estupeficientes, sustancias psicotrópicas, equipos, materiales e instrumentos, siempre que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal. Sorprende que no se aluda expresamente a los precursores químicos, que no parece puedan incluirse en el uso que hace la Convención del término "materiales". Asimismo se echa en falta una cláusula de proporcionalidad en relación con los instrumentos del delito que limite la posibilidad de embargo o comiso cuando su valor no guarde proporción con la gravedad del delito cometido<sup>32</sup>.

Por otra parte, serán también objeto del embargo o comiso los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal, mereciendo tal tratamiento asimismo los que resulten de la transformación o conversión de aquellos, o los obtenidos de fuentes lícitas que se hayan mezclado con aquellos hasta el valor estimado de ellos. Podrán igualmente embargarse o decomisarse los ingresos o beneficios obtenidos de todos ellos.

Más discutible es la inclusión entre los bienes susceptibles del embargo y comiso de aquellos cuyo valor equivalga a los obtenidos o derivados de tales conductas, sin mayores exigencias, pues permite afectar bienes de origen lícito sin contacto con los de origen ilícito, violando el principio de culpabilidad. También causa preocupación desde la perspectiva de la seguridad jurídica<sup>33</sup> la excesiva vaguedad en la delimitación de los bienes vinculados de algún modo a los obtenidos directamente del delito, así como la amplitud del retroceso de unos bienes a otros.

En todo caso deben salvaguardarse los derechos de terceros de buena fe<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Véase, art. 3º.4.a) y b). Sobre las propuestas más duras de los trabajos previos, véase Díez RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 351-352, 355, 396-398; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 20-22.

<sup>31</sup> Se han eliminado disposiciones inadmisibles contenidas en documentos previos, como la posibilidad de que el embargo pueda dictarse antes de formularse la acusación, o que el comiso pueda afectar a bienes de personas no condenadas ni procesadas, si sabían el origen de los bienes; bien es verdad que esto último se ha resuelto ampliando el concepto de receptación de forma que tales personas han pasado también a ser criminalizadas y por consiguiente susceptibles de comiso.

<sup>32</sup> Véase al respecto el art. 48 de nuestro Código Penal.

<sup>33</sup> Véase lo dicho en nota 25.

<sup>34</sup> Véase sobre todo esto los arts. 1º y 5º de la Convención de 1988, *ibidem*.

A pesar de su ausencia en la mayoría de los documentos previos<sup>35</sup>, finalmente se han previsto *medidas complementarias* o *sustitutivas de las penas*, aun cuando en un contexto muy restrictivo. Así, aunque se acepta en los casos de infracciones leves, o si el delincuente es toxicómano, la suspensión del fallo o la remisión condicional vinculadas a medidas de reinserción y tratamiento, o en los casos de conductas orientadas al consumo personal la aplicación de tales medidas, tanto como complemento de la pena como en el marco de la suspensión del fallo o de la remisión condicional<sup>36</sup>, se recuerda que en ningún momento la adopción de tales medidas debe hacer peligrar el fundamental efecto preventivo disuasorio a conseguir con la punición de estas conductas y se aconseja un uso muy limitado de la remisión condicional y de la libertad condicional<sup>37</sup>.

#### F) Medidas procesales

Resulta correcta, pero inquietante en el contexto fuertemente represivo de la Convención, la explícita alusión a que los diversos *elementos subjetivos* incluidos en los tipos pueden inferirse a partir de las circunstancias objetivas del caso concurrentes<sup>38</sup>.

Inadmisibles de todo punto es la recomendación de invertir la *carga de la prueba* respecto al origen ilícito de los bienes sujetos a decomiso<sup>39</sup>.

Se fomentan de modo cuestionable las figuras del *delator* y del *arrepentido*, al admitirse la suspensión de toda actividad policial o judicial contra testigos o peritos que consientan trasladarse a otro país para colaborar en una investigación o actuación judicial por los actos delictivos realizados con anterioridad en el país donde testifican o peritan hasta que hayan tenido oportunidad de abandonar tal país<sup>40</sup>.

Asimismo se acuerda de establecer plazos de *prescripción* prolongados para estos delitos<sup>41</sup>.

#### G) Medidas de cooperación internacional en la persecución de estos delitos

Se introduce el mecanismo de la *entrega vigilada*, consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de contener sustancias prohibidas salgan, atraviesen o entren en el territorio de uno o más países con el conocimiento de sus autoridades y la finalidad de identificar a las personas involucradas en la operación delictiva. La concepción absolutizadora de la represión se muestra de nuevo al incluir entre las sustancias susceptibles de este mecanismo a unas hasta ahora no aludidas en

<sup>35</sup> Véase al respecto DIEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 351, 355, 397; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 20-21.

<sup>36</sup> Véase art. 3º.4.c) y d) de la Convención de 1988, *ibidem*. En la letra b) del mismo artículo se admite de modo general la posibilidad de imponer medidas de seguridad como complemento de la pena.

<sup>37</sup> Arts. 3º.6 y 7 de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>38</sup> Art. 3º.3 de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>39</sup> Véase art. 5º.7 de la Convención de 1988, *ibidem*. Su aceptación en nuestro país supondría un inequívoco ataque al principio de presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 de nuestra Constitución.

<sup>40</sup> Véase art. 7º.18 de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>41</sup> Véase art. 3º.8 de la Convención de 1988, *ibidem*.

el texto internacional, a saber, las que sean sustitutivas de las incluidas en la Convención<sup>42</sup>.

Las disposiciones sobre *tráfico marítimo* abren el paso a todo tipo de abusos sobre la soberanía de otros países por parte de los más poderosos militar y económicamente. Así, se admite la posibilidad de abordar o inspeccionar naves con matrícula o pabellón ajeno sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito, o de adoptar medidas adecuadas respecto a ellas, personas o carga a bordo, si se descubren pruebas de su implicación en el tráfico, en las siguientes condiciones: si el Estado requirente obtiene autorización del requerido, en cualquier lugar donde se esté haciendo uso de la libertad de navegación según el derecho internacional, es decir, en alta mar o incluso en aguas territoriales del pabellón de la nave sospechosa o del de cualquier país; si se respetan los derechos de los Estados ribereños; si tales actuaciones se realizan buques o aeronaves militares o debidamente identificadas como al servicio del control de drogas de un Estado. Además, la parte interviniente podrá declararse competente para enjuiciar los delitos incluidos en la Convención, salvo los de consumo personal cometidos en la nave, si la autorización obtenida incluye el embargo de la nave y la parte requerida no se opone<sup>43</sup>.

Al margen del supuesto acabado de aludir hay otras reglas tendentes a ampliar la *competencia* o facilitar la *extradición*, o, en su defecto, asegurar el enjuiciamiento y el cumplimiento de la condena por parte del delincuente: entre ellas destacan que una Parte podrá declararse competente respecto a conductas de participación, conspiración o tentativa realizadas fuera del territorio de soberanía pero con el fin de perpetrar en él uno de los delitos incluidos en la Convención, salvo los dirigidos al consumo personal, y que cabe la posibilidad de cumplir la condena impuesta por país extranjero en el país de su nacionalidad en el caso de que no se pueda entregar legalmente a su nacional<sup>44</sup>.

## 2. OTRA OPCIÓN FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRESIÓN: LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL POR LA LEY ORGÁNICA 1ª DE 1988 DE 24 DE MARZO

Puede parecer sorprendente que nos dispongamos a analizar a continuación un texto legal que precedió en el tiempo a la Convención de 1988 acabada de estudiar. Sin embargo, es una realidad aceptada por las propias instancias oficiales que la reforma española de 1988 se formuló y se acompañó a tenor de los sucesivos borradores de la Convención de 1988, de la que aspiró a ser un hijo aventajado, cuando menos en el tiempo<sup>45</sup>. Este hecho, así como el que ya haya realizado en otro lugar

<sup>42</sup> Véase art. 11 de la Convención de 1988, *ibidem*. Se adopta el criterio de decidir caso por caso, a diferencia de textos previos más generosos, véase DIEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 353, 354-355, 398-399.

<sup>43</sup> Véanse arts. 17 y 4.1.b), ii de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>44</sup> Véase al respecto arts. 4º y 6º de la Convención de 1988, *ibidem*.

<sup>45</sup> Véase al respecto los datos suministrados en DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 32-34, 52, 55.

un estudio detenido de la reforma española<sup>46</sup>, aconseja limitar ahora el ámbito de nuestras consideraciones a observar el grado en que el legislador español atendió a las nuevas exigencias represivas de los órganos de Naciones Unidas<sup>47</sup>.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/88 muestra un alto grado de sintonía con las propuestas internacionales: se considera básicamente la criminalidad de las drogas desde la perspectiva de su trascendente entidad económica y su capacidad para dar lugar a fenómenos de delincuencia organizada y se atribuye a la reforma la finalidad primordial de aumentar la eficacia preventivo-general de los preceptos penales en esta materia por las vías de aumentar las penas y ampliar los tipos agravados. Al decir del legislador, es la necesidad de atajar esos beneficios económicos lo que motiva la considerable elevación de las multas, la introducción de reglas específicas para su determinación, la considerable ampliación de la figura de comiso en estas conductas, y la incorporación al Código de un delito de receptación específico orientado a perseguir el blanqueo de dinero.

Solo la introducción de un supuesto particular y muy limitado de remisión condicional para drogodependientes, con fines preventivo-especiales, se aparta de tal orientación, por más que se enfatiza que ello no debe afectar a los efectos preventivo-generales pretendidos ni prestarse a abusos<sup>48</sup>.

Si atendemos ahora a los contenidos concretos de la ley, se aprecia respecto al *objeto material* cómo nuestro legislador persiste, con una actitud moderada dentro de lo que es la opción represiva, en mantener la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no, en contraposición con las propuestas de Naciones Unidas, las cuales tampoco sigue por lo que respecta a la inclusión de los precursores químicos, equipos y materiales destinados a ser utilizados en el tráfico de drogas<sup>49</sup>. Si que incluye, sin que quepa hacer objeciones, a los bienes o ganancias obtenidos con la comisión de estos delitos.

Esta actitud se abandona sin embargo a la hora de describir las conductas de tráfico en donde se crea un tipo extraordinariamente abierto, en especial debido a la expresión "de cualquier modo", que atenta frontalmente contra los principios

<sup>46</sup> Véase DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 51-125, con amplias referencias bibliográficas. De entre los posteriores análisis de la reforma destaca el detenido estudio llevado a cabo por diversos autores, coordinados por REY HUIDOBRO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. XII, Madrid, Edit. Edersa, 1990.

<sup>47</sup> En ese análisis nos va a resultar muy ilustrativo un documento que, en aras a la discreción propia de todo trabajo científico, nos vamos a limitar a calificar como "sorprendente". Me refiero al informe de la *Fiscalía Especial* para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas relativo a la necesidad de adecuar la actual legislación penal a las prescripciones de la Convención de 1988, reproducido en la Memoria de la Fiscalía general del Estado de 1990. Véase *Memoria* elevada al Gobierno de S. M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Leopoldo Torres Boursault, Madrid, 1990, págs. 219 y ss.

<sup>48</sup> Un análisis más detallado de los fines de la reforma, más allá de lo que dice la Exposición de Motivos de la ley, en DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 51-58.

<sup>49</sup> Véase, con todo, *infra*.

La Fiscalía Especial, en el informe ya citado, aboga por una reforma que incluya entre los objetos materiales de estos delitos a los precursores y los equipos y materiales. (*Op. cit.*, págs. 221-222, 223-224).

de legalidad y seguridad jurídicas dando lugar a una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición: puede decirse que se ha querido abarcar cualquier contribución, por mínima que sea, al *consumo* y, lo que es más importante, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no. En realidad tal formulación puede fácilmente llevar a interpretaciones, quizás queridas por el legislador, que incluyan por esta vía la fabricación, distribución o venta de precursores, materiales o equipos destinados al tráfico de drogas *stricto sensu*, con lo que la contención del objeto material aludida en el párrafo anterior sería solo aparente<sup>50</sup>. Estamos por consiguiente ante una fiel acomodación a las demandas internacionales, en claro contraste con la regulación española anterior<sup>51</sup>.

El legislador no da sin embargo el paso ulterior demandado por Naciones Unidas, esto es, la punición de las conductas orientadas al *consumo* personal, que siguen siendo impunes. Con todo en los círculos políticos se comienza a preparar a la opinión pública, habiéndose tomado en estos momentos la decisión política firme de introducir sanciones administrativas para el consumo de drogas en determinadas condiciones<sup>52</sup>.

En cuanto a la pretensión de Naciones Unidas de adelantar las barreras de protección penal para abarcar de forma inusitada los más diversos supuestos de *ejecución imperfecta* en relación con cualesquiera comportamientos de *autoría* y *participación*, el legislador español no ha procedido con la tosquedad que lo ha hecho la Convención, pero ello no debe llevar a engaño: la redacción del tipo básico, en conexión con su naturaleza de peligro abstracto, permite castigar sin mayores problemas interpretativos comportamientos muy alejados de la lesión al bien jurídico protegido, con más razón si se piensa que la reforma en este punto supone una carga de profundidad contra el dificultoso asentamiento, a partir de la redacción anterior a 1988, de una línea jurisprudencial que pretendía ir distinguiendo diferentes grados de ejecución y participación en este delito<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Así lo estima la Fiscalía Especial, por más que eso no le parece suficientemente asegurado, de ahí que propugne una modificación legal que contemple expresamente la punición de las conductas de fabricación, transporte y distribución de los precursores, equipos y materiales, sin olvidar proponer la tipificación, pese a no tener carácter obligatorio en la Convención, de la posesión de todos esos objetos con fines de tráfico (*op. cit.*, págs. 221-222, 223-224).

<sup>51</sup> Véase más ampliamente sobre esto DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 58-66.

<sup>52</sup> Véanse, entre otras muchas declaraciones públicas, las del ministro de Sanidad y Consumo y del delegado del gobierno en el Plan Nacional de Drogas recogidas en el diario *El País*, con fechas 10 de abril de 1990 y 3 de septiembre de 1989, respectivamente, así como la información del mismo diario de 12 de septiembre de 1990. Finalmente, el Anteproyecto de ley sobre seguridad ciudadana, tal como se remitió para informe al Consejo General del Poder Judicial, incluye sanciones administrativas para el consumo. Véase, entre las últimas informaciones periodísticas al respecto, las del diario *El País*, de 15 de abril de 1991.

<sup>53</sup> Véase más ampliamente al respecto DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 62-66.

La Fiscalía Especial considera, con todo, insuficiente la situación actual, y propone reconsiderar la conveniencia de crear unas figuras autónomas de *apología*, de *asociación* para cometer algunos de estos delitos, o de *organización* de estas actividades delictivas, aun reconociendo que todas ellas se pueden considerar incluidas en los tipos actuales, y que la primera y tercera de ellas no son de obligatoria inclusión en el derecho interno según la Convención. (*Op. cit.*, págs. 220-221, 224-225).

En relación con las hipótesis de encubrimiento, hay que decir que la redacción del supuesto de receptación específica del art. 546 bis f) es, desde un enfoque técnico y garantista, notablemente superior a lo que han terminado proponiendo los órganos de Naciones Unidas. Ante todo el legislador español se adelanta a este organismo en la no utilización directa del concepto de "blanqueo", remitiéndolo al concepto dogmático correcto de receptación, y en el establecimiento de la exigencia subjetiva de conocimiento en el autor. Por otro lado, consigue encontrar una fórmula que elimina el exagerado casuismo de la propuesta internacional, introduce alguna mejora técnica que sería deseable para toda receptación, como es el incluir en el tipo el aprovechamiento para tercero, y expresa adecuadamente la pretensión de penar la receptación sustitutiva; asimismo no contempla ninguna hipótesis de favorecimiento real que, además, estaría fuera de lugar en este precepto.

Pero ello no puede hacer olvidar que, aun cuando pudiera estar justificado un precepto específico de receptación para estas conductas, su necesaria vinculación al tipo del art. 344 da como resultado una ampliación desmesurada del art. 546 bis f), en línea con las propuestas de Naciones Unidas: la obligada conversión en conductas de autoría de lo que conceptualmente no son más que actos preparatorios y de participación en el art. 344 implica que se va a tener que aceptar la receptación en relación con comportamientos que pueden llegar a ser hasta solo de participación en actos preparatorios. De hecho, la amplia redacción típica del art. 344 hace incluso innecesario todo el art. 546 bis f), ya que los comportamientos que abarca caben perfectamente en la omnicompreensiva redacción del art. 344. Dado esto último, aún resulta más sorprendente el hecho de que las penas del 546 bis f) en ocasiones sean más graves, y en otras más leves, que las del art. 344, dependiendo de la nocividad de la droga y/o los tipos agravados<sup>54</sup>.

La reforma ha cumplido sobradamente las demandas internacionales de creación de *agravaciones*. No solo se han mantenido todas las existentes anteriormente, por lo general ampliando su ámbito de punición, sino que se han creado otras nuevas. Además se han establecido dos niveles de agravación acumulativos, con diferencias muy significativas de penalidad.

El número de agravaciones supera ampliamente a las propuestas por la Convención. En cuanto al contenido de las que sustancialmente coinciden, su amplitud en la ley española es mayor o menor, según los casos, a la que tienen en la propuesta internacional<sup>55</sup>. En cualquier caso nuestro Código contiene dos agravaciones pal-

<sup>54</sup> Véase más ampliamente DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 90-99, 101-102.

Nuestra Fiscalía Especial, por el contrario, rechaza que deba integrarse el concepto de blanqueo en el de receptación, estimándolo más amplio en línea con la propuesta de la Convención, y considerando que aun no ha sido introducido, como demanda la Convención y la Fiscalía apoya, en nuestra legislación. Concluye abogando por la introducción de un "delito genérico de blanqueo y/o receptación" no limitado a los delitos de drogas. (*Op. cit.*, págs. 222-223).

<sup>55</sup> La Fiscalía Especial, tras reconocer la amplitud de nuestras figuras agravadas, considera, sin aludir a una previa supresión de nuestras agravaciones no contempladas en la Convención, que deben añadirse, por estar incluidas en la Convención y no en nuestro derecho interno. las de recurso a la violencia o empleo de armas, victimización o utilización de menores, comisión en centros asistenciales, participación en actividades delictivas internacionales organizadas aun sin relación con drogas o en actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. (*Op. cit.*, págs. 226-227).

marianamente atentatorias de la seguridad jurídica, cuales son la de que la cantidad de drogas implicada sea de notoria importancia, y la que alude a la extrema gravedad de la conducta para justificar una agravación de segundo grado<sup>56</sup>.

Nuestro legislador presta una especial atención a la propuesta internacional de elevar las *penas* en estos delitos, lo que hace de una manera extraordinaria. Baste decir que a pesar de encontramos ante un delito de peligro abstracto para el bien jurídico y que el tipo propicia un adelantamiento de las barreras de protección penal tan exagerado, difícilmente se impondrán penas inferiores a la de prisión menor, y aun se puede llegar a imponer penas de prisión superiores a las del homicidio<sup>57</sup>. Lo primero se agrava porque el arresto sustitutorio, dados los mínimos tan altos de la pena multa, resultará habitual en los casos menores.

En efecto, la pena de multa alcanza igualmente una entidad exagerada, pues, establecido el mínimo en 500.000 pesetas, pudiéndose llegar con los tipos agravados a los 225 millones, no debe olvidarse que el art. 344 bis d) permite en la cuantificación de la multa atender no solo a los beneficios económicos que ha obtenido o hubiera podido obtener, sino igualmente a los que no obtendría en ningún caso pero se iban a producir en los sucesivos escalones del tráfico hasta que la droga llegara al consumidor<sup>58</sup>.

También atiende aplicadamente nuestro legislador a lo que demandan las instancias internacionales respecto a la pena de comiso y a la medida previa de embargo. Su redacción técnica pasa por alto, no obstante, importantes defectos de la propuesta internacional, en cuanto a una correcta identificación de las personas competentes para decretar el embargo e imponer el comiso, eludiendo la inclusión de bienes de origen lícito, meramente equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico, y no admitiendo la inversión de la carga de la prueba<sup>59</sup>. Pero ello no impide que

<sup>56</sup> Véase un análisis de los tipos agravados en DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 66-90.

<sup>57</sup> No se olvide igualmente la incongruencia que supone que, dada la ausencia de una cláusula limitadora en el art. 546 bis f), se puede llegar a imponer penas por conductas de receptación superiores a las de las conductas de autoría del art. 344.

<sup>58</sup> La Fiscalía Especial propone que se reforme la ley admitiendo elevaciones aún mayores de la pena de multa, como alternativa a las dificultades constitucionales que provoca la posible introducción de la carga de la prueba respecto a los bienes objeto de comiso —véase nota siguiente—. (*Op. cit.*, pág. 234).

<sup>59</sup> La Fiscalía Especial propone incluir en el comiso los bienes de origen lícito equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico.

Además lamenta la consideración en nuestra legislación del comiso como una pena, aunque sea accesoria, sometida por tanto a los principios de legalidad, personalidad e irretroactividad y pudiendo acordarse solo en un proceso judicial: tal consideración como pena impide soluciones "modernas", como la posibilidad de que el comiso recaiga sobre bienes de un tercero cuando este ha facilitado el hecho con una actuación imprudente. En todo caso, propugna que la Fiscalía Especial tenga facultades para acordar el comiso provisional, entendido como medida cautelar durante la investigación preliminar de actos de blanqueo, con independencia de su confirmación por la autoridad judicial en una fase ulterior.

Por otra parte, tras analizar los inconvenientes constitucionales a la propuesta de inversión de la carga de la prueba hecha por la Convención, ofrece dos soluciones para eludir materialmente tal obstáculo: una de ellas consistiría en una nueva elevación de las penas de multa, unida a un agotamiento de las posibilidades ofrecidas por el art. 344 bis d). La segunda residiría en la imposición, junto con las penas correspondientes, de "una medida de seguridad de carácter económico que abarcara todo el

la referencia a las sucesivas transformaciones de los bienes sea extremadamente vaga, sin aparente límite en el retroceso de unos bienes a otros, y que esté ausente para todos los objetos susceptibles de decomiso la referencia a la proporcionalidad entre el valor de lo decomisado y la naturaleza y gravedad de la infracción. Esto último incidirá de modo especialmente significativo sobre los bienes y efectos instrumentales, algo que parece haberse buscado conscientemente, dadas las menciones expresas que se hacen a ciertos instrumentos<sup>60</sup>.

Todo ello muestra que el legislador ha abandonado nítidamente el principio de proporcionalidad de las penas en estos delitos. Por otra parte, de los efectos combinados de la pena de multa y de comiso se deduce que con relativa frecuencia se va a llegar a una situación práctica de confiscación general de bienes<sup>61</sup>.

En cuanto a *sustitutivos de la pena*, nuestro legislador ha introducido con retraso una regulación específica que ya venía demandada por los convenios internacionales anteriores y que había sido incumplida<sup>62</sup>. Pero, coherente con las ideas que inspiran la última Convención, la regulación específica de la remisión condicional que se introduce contiene tantas cautelas, que ha dado lugar a una regulación equívoca respecto a su carácter más beneficioso frente a los preceptos genéricos de remisión condicional<sup>63</sup>.

No se han producido modificaciones procesales en la línea establecida por la Convención, pero existen ya propuestas oficiales, objeto de estudio, relativas a la concesión de beneficios penales a los delincuentes *delatores*<sup>64</sup>.

El cumplimiento de las *medidas de cooperación internacional* previstas en la Convención se verá facilitado por la creación de una fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas que tiene, como una de sus funciones específicas, la de "promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional

patrimonio del condenado adquirido por este durante un determinado número de años anteriores a la comisión del hecho punible objeto de la condena"; al condenado se le daría "oportunidad de demostrar el origen lícito de los bienes de los que se le ha privado legítimamente por sentencia": al decir de la Fiscalía especial, siendo tal medida postdelictual y tener como presupuesto una sentencia condenatoria, siempre que no se estime contraria al principio de proporcionalidad que, por lo demás, no constituye un derecho fundamental, no se violaría la presunción de inocencia por la presunción *iuris tantum* de que el incremento patrimonial procede del delito. (*Op. cit.*, págs. 227-230, 232-235).

<sup>60</sup> Por otra parte, el término "efectos" se utiliza de un modo técnicamente incorrecto y confuso, lo que se acentúa al comparar su uso, en el comiso y el embargo.

<sup>61</sup> Véase ampliamente sobre todo lo anterior DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 99-112. La impresión expuesta en el texto se refuerza tras leer las propuestas hechas por la Fiscalía Especial y recogidas un poco más arriba.

<sup>62</sup> Véanse arts. 36.1.b) y 22.1.b) de la Convención de 1961 y de la de 1971, respectivamente, en *Legislación sobre drogas...*, ed. cit.

<sup>63</sup> Véase un análisis detenido al respecto en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 112-125.

<sup>64</sup> Véase información no desmentida en el diario *El País*, de 22 de mayo de 1990.

La Fiscalía Especial propone introducir una regulación similar a la actualmente existente para los delitos relacionados con bandas armadas en el art. 57 bis b) que permite una considerable atenuación, e incluso remisión total de la pena. (*Op. cit.*, págs. 235-237).

previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas"<sup>65</sup>.

### 3. RASGOS BÁSICOS DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: EL MANIFIESTO DE MÁLAGA

Un destacado grupo de juristas españoles, en una reunión celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el 2 de diciembre de 1989, fueron capaces de elaborar un Manifiesto en el que no solo sintetizaban la mayor parte de los argumentos utilizados para mostrar las nefastas consecuencias de una política sobre drogas fundada en la represión, sino que, saliendo al paso de la habitual crítica a estas posturas, iniciaban la concreción de lo que podía ser una alternativa basada en una despenalización controlada, simultánea a energías acciones en el ámbito de la prevención de la demanda y de la asistencia a los consumidores.

El documento expresa acertadamente los contenidos esenciales de la que se ha dado en llamar "alternativa despenalizadora" y, dada su moderada extensión, considero procedente transcribirlo en su totalidad, sin necesidad de ulteriores comentarios, no sin antes mostrar mi total acuerdo con su contenido<sup>66</sup>.

"Los abajo firmantes, juristas preocupados profesionalmente por la problemática de la drogadicción, desean llamar la atención de la sociedad española en general, y de los poderes públicos en particular, sobre el fracaso que ha obtenido la acentuación de la política represiva producida en los últimos años.

"1. Ante todo, no se han logrado las metas supuestamente perseguidas: erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas. Pese a la frecuencia de los decomisos, se acepta de modo generalizado que el porcentaje de drogas interceptada es mínimo respecto al cada vez mayor que se pone a disposición de los consumidores. Tal aumento de la oferta está en consonancia con el continuado incremento de la demanda por parte de los consumidores.

"2. Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro, dados los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido. Esto ha originado, en primer lugar, la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad y que en sus niveles medios y superiores eluden fácilmente la persecución penal. En segundo lugar, causa o agrava la marginación social de una buena parte de los consumidores que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir la droga, lo que les obliga a realizar actividades asociales o a caer en la delincuencia.

<sup>65</sup> Véase art. 3º de la ley 5ª de 1988, de 24 de marzo. Sobre las medidas de cooperación internacional propuestas véase, desde la perspectiva española, asimismo DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 398-399.

<sup>66</sup> El Manifiesto ha sido publicado en muy diversas revistas nacionales y extranjeras, y entre sus signatarios o adheridos posteriores se encuentran 22 catedráticos de derecho penal, 14 profesores titulares de derecho penal, y 14 magistrados y jueces.

"3. Consecuencia de lo anterior es que los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas. Del mismo modo, el aumento de la población reclusa a que esa criminalidad está dando lugar, empeora notablemente las condiciones de habitabilidad de las prisiones, dificulta aún más la aplicación de la Ley General Penitenciaria y refuerza las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos.

"4. Las negativas repercusiones sobre la población en general son evidentes: ella es la que sufre directamente el inusitado aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga. Ella es asimismo la que padece medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia poco respetuosas con los principios de un Estado de derecho, como las redadas masivas o los reconocimientos anales y vaginales.

"5. El Estado de derecho está siendo conmovido igualmente desde otros puntos de vista: ante todo, la acentuación de la vía represiva ya ha mostrado que no se detiene ante los principios garantistas del Derecho Penal, habiéndose creado figuras delictivas que violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas. Por otra parte, el poderío económico de los traficantes de medio y alto nivel les permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras.

"6. En otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con semejantes preceptos resulta notablemente distorsionada. En primer lugar porque, a diferencia de lo que suele ser habitual en nuestra sociedad entre ciudadanos adultos, no se respeta el principio de que la salud solo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, porque es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el consumidor en cada caso, lo que es origen de daños tan importantes a la salud como las muertes por sobredosis, SIDA, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias. A su vez, la regulación represiva, al suponer una mayor marginación del consumidor, lejos de obtener la tutela de la libertad de autodeterminación del ciudadano, produce un efecto pernicioso para la misma.

"7. Los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última. Por otra parte, la necesaria expansión de los principios de Derecho internacional se realiza en clave represiva y en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles.

"8. La actual política, básicamente represiva, tiene nefastos efectos sobre los imprescindibles esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad personales. Por una parte fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la

conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud. Por otra, permite eludir las responsabilidades de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos.

"9. Por otro lado, la actual política represiva se limita a la adopción de una intervención asistencial centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados—, impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones personales, familiares y sociales, y privilegia la confusión entre asistencia y control con efectos claramente perniciosos.

"Ante esta situación, creemos que es hora de frenar la tendencia hacia el aumento de la represión, cuyos ejemplos últimos son la reforma española de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas del mismo año, manifestándonos asimismo rotundamente en contra de cualquier intento de penalización del consumo. Se ha de reflexionar seriamente sobre el posible desarrollo de otras alternativas que alteren el actual énfasis puesto en las medidas represivas penales.

"La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Solo una intervención preventiva basada en mensajes positivos, realizada por los cauces y agentes normales de la intervención educativa y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos derivados del consumo puede tener una razonable esperanza de éxito.

"No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos; antes bien, estos deberían tener la posibilidad de acceder legalmente a la posesión de las mismas.

"Es preciso un análisis normalizado de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas que lleve a su tratamiento en consonancia con los principios que rigen en derecho penal respecto a comportamientos similares.

"Nadie duda que debería existir un estricto control administrativo de su producción y venta, con especial atención a la calidad de la sustancia, y que las infracciones más graves de tal control pudieran constituir delito, a semejanza de lo que sucede con los productos alimenticios, o con medicamentos u otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud.

"También debería merecer consideración por parte del derecho penal el suministro de drogas a menores de edad o personas carentes de modo evidente de capacidad de decisión autónoma, del mismo modo que sucede en relación con otros ámbitos vitales.

"Las dificultades de aplicación de los preceptos penales en los dos sectores citados terminarían siendo semejantes a las actualmente existentes en los ámbitos que se toman como modelo, donde tales dificultades se consideran socialmente aceptables. La probable persistencia del tráfico ilícito en esas esferas no debe hacer olvidar que el mercado ilegal, con sus secuelas ya conocidas, habría sufrido una sustancial restricción.

"Adoptadas las vías penales anteriores, parece lógico pensar que se produciría una notable disminución del poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes: el volumen de tráfico ilícito se reduciría de modo decisivo, y el margen de beneficios

de este tráfico, o del lícito si se readaptaran a él, sería mucho menor. En cualquier caso, sus persistentes comportamientos ilícitos debieran tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico.

"La dimensión internacional es básica para la efectividad de estas propuestas. Las esferas oficiales españolas deben, sin embargo, dejar de utilizar este hecho como una coartada: en el plano nacional rechazan entrar en el debate político-criminal alegando que este debe situarse en un nivel supranacional, y simultáneamente, cuando acuden a los foros internacionales correspondientes, los representantes oficiales españoles adoptan actitudes claramente promotoras de la represión o, cuando menos, tendentes a rehuir el debate y absolutamente receptivas a las nuevas propuestas endurecedoras de la punición.

"Por todo lo anterior, los abajo firmantes instan a los poderes públicos a que fomenten abiertamente un debate en la sociedad española en los términos antedichos, abandonando actitudes de descalificación hacia la denominada alternativa despenalizadora, y haciendo llegar estas inquietudes a las instancias oficiales internacionales. Del mismo modo los signatarios de este documento se comprometen a aunar esfuerzos de cara a concretar progresivamente la alternativa esbozada".

#### 4. UN DESARROLLO DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: LA PROPUESTA SUIZA DE JOSET-ALBRECHT

A partir de algunos trabajos anteriores, formulados por ellos y otros juristas suizos, JOSET y ALBRECHT publican en 1986 una propuesta de reforma de la ley de drogas y del Código Penal suizo que supone una concreción importante de la alternativa despenalizadora<sup>67</sup>. Los autores parten de que resulta imprescindible la reforma legal si se quieren obtener resultados significativos, tanto por el propio contenido de la legislación vigente como por la extendida negativa de la jurisprudencia a asumir algunas interpretaciones liberales, sin duda posibles con el actual texto legal, pero que los jueces estiman inadecuadas a partir de la actual regulación.

Formulada la propuesta antes de que se aprobara la Convención de 1988, estiman posible compatibilizar su alternativa con los textos de las convenciones de 1961 y 1971, pero en todo caso no excluyen la denuncia de los tratados por Suiza si ello es preciso.

Consideran que su propuesta ha hecho concesiones, en especial en relación con el tratamiento del *cannabis*, al posibilismo en función de la situación política y legal de su país. Y la consideran una propuesta limitada en cuanto solo se ocupa

<sup>67</sup> Véase JOSET-ALBRECHT, "Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelsgesetzes", en ZSR, 1986, págs. 243 y ss. (al disponerse exclusivamente de una separata reimpressa y carente de numeración del trabajo, las páginas que se citan corresponden a una renumeración del 1 en adelante por mi realizada).

Su propuesta, por lo que respecta a la despenalización del consumo, está siendo objeto de consideración en el parlamento suizo.

de los aspectos penales, sin abordar una modificación del conjunto de la ley de drogas suiza<sup>68</sup>.

La primera modificación propuesta es la despenalización del *consumo*, lo que obliga a despenalizar también los comportamientos tendentes a él, ya que de lo contrario se estarían castigando los actos preparatorios de una conducta impune. Razones para la no punición del consumo son: la puesta en peligro de la propia salud se considera impune en el derecho suizo, aun cuando la sociedad deba atender parcialmente a los daños producidos; la punición del consumidor carece de efectos intimidantes y resocializadores; la cifra negra sería elevadísima; los limitados recursos policiales deben concentrarse en los traficantes no dependientes que actúan con fines de lucro<sup>69</sup>.

Asimismo se despenaliza la *entrega de droga para un consumo inmediato en común*, con lo que se quiere atender a la frecuente realidad criminológica del consumo compartido; se ha eludido referirse a ella por medio del concepto de "entrega de una cantidad insignificante", por ser términos menos precisables<sup>70</sup>.

Por lo que se refiere a las conductas de *tráfico* incluidas en el tipo básico del art. 19 de la ley, se parte de que, si el injusto merecedor de pena en el tráfico de drogas es el peligro creado para la salud de terceros, no debe olvidarse que casi todas las conductas de tráfico han de calificarse técnicamente como meros actos preparatorios, los cuales solo se castigan en derecho penal excepcionalmente. De ahí que se deban restringir las conductas típicas a aquellas que denotan claramente comportamientos de difusión. Eso supone dejar fuera del tipo los supuestos de adquisición y posesión de drogas, pues cuando tiendan a la difusión irán siempre seguidas de otras conductas de tráfico ya tipificadas<sup>71</sup>. También se despenaliza la promoción del consumo y la divulgación de lugares para la adquisición o consumo, en coherencia con la despenalización de este<sup>72</sup>. Se mantiene la punición específica de determinadas infracciones de las formalidades legales o reglamentarias en relación con las drogas que no están sometidas a un régimen de prohibición absoluta<sup>73</sup>.

Por lo que se refiere a los *tipos agravados*, se pretende ante todo asegurarse de que no van a quedar incluidos en ellos los que trafican primordialmente para satisfacer sus necesidades de autoconsumo, como sin embargo sucede en la actualidad. Con ese fin todas las hipótesis agravadas quedan reducidas a una sola, consistente en traficar con móviles codiciosos, que se expresarían, más allá del ánimo de lucro,

<sup>68</sup> Véase JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 1-3, 14-15.

Las citas que siguen del trabajo de estos autores aluden a las páginas donde fundamentan su postura. El texto concreto de la Propuesta, que deberá consultarse en todo momento, se encuentra en JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 6-9.

<sup>69</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 5, 11.

<sup>70</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 11-12.

<sup>71</sup> Los autores consideran indicio decisivo de la finalidad de difusión la cantidad de droga que se esté manipulando.

<sup>72</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 4, 9-10.

<sup>73</sup> Véanse al respecto los arts. 20 y 21 de la ley de drogas suiza, en HEINE, "Landesbericht Schweiz", en *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa*, Hrg. MEYER, Freiburg i B., 1987, pág. 624.

en un ánimo desenfrenado y exagerado de enriquecimiento, y siempre que el autor no resulte impulsado a ello primordialmente por sus necesidades de autoconsumo.

Se rechaza, por tanto, la vigente agravación basada en la creación de un peligro para la salud de muchas personas a partir de la cantidad de droga implicada, pues su aplicación demuestra que se atiende simplemente a la cantidad de droga, sin concretar el potencial de peligro. También se rechaza la agravación por la pertenencia a bandas organizadas para realizar estos delitos, pues estamos ante delitos grupales que no expresan un mayor merecimiento de pena por realizarse mediante la colaboración de varias personas. Tampoco se acepta la agravación de profesionalidad, por su incidencia sobre el traficante consumidor, además de por exigir en la ley suiza requisitos adicionales poco claros, más correctamente resueltos con la agravante propuesta<sup>74</sup>.

En todo caso se deja intacta la agravación, situada en otro lugar sistemático, del funcionario público con competencia en drogas que realice cualesquiera de los delitos de la ley de drogas<sup>75</sup>.

Se propone introducir en el Código Penal una *atenuante* facultativa, al margen de las posibles situaciones de inimputabilidad y semiimputabilidad, para los drogodependientes que realicen una conducta delictiva<sup>76</sup>.

En cuanto a las conductas de tráfico de "*cannabis*", se considera que debería irse en principio a una total despenalización, dado que los productos obtenidos de tal sustancia tienen un riesgo relativamente insignificante para la salud, incluso si se relaciona con el de las drogas legales. Ello sería sin embargo poco realista en la actualidad, más si se piensa que su exclusión de la ley de drogas exigiría una ley específica para tales productos que se ocupara de su régimen de monopolio y control, similar a la existente para bebidas alcohólicas. De ahí que se proponga una solución transitoria consistente, por un lado, en la despenalización en todo caso del tráfico en pequeñas cantidades y, por otro, en la sustitución de la prohibición absoluta por un sistema intervenido semejante al de algunos estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En cumplimiento de lo primero se propone la despenalización del tráfico de *cannabis*, siempre que no exceda de los treinta gramos, sin diferenciar al respecto, y en aras de la seguridad jurídica, entre sus diversos derivados<sup>77</sup>. En realidad tal tráfico está, en la práctica, con frecuencia tolerado.

En cumplimiento de lo segundo se propone un régimen de tráfico intervenido del *cannabis*, similar al de la cocaína y la morfina, derogando la prohibición absoluta de él, establecida en estos momentos en el art. 8º.1.d) de la ley de drogas. Ello supondrá, al margen de lo dicho en párrafo anterior, que el tráfico solo será delictivo si se realiza sin autorización o violando las exigencias de control.

<sup>74</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 10-11.

<sup>75</sup> Véase art. 23 de la ley en HEINE, *op. cit.*, pág. 624.

<sup>76</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 2, 13.

<sup>77</sup> Las cantidades solo podrán sumarse si cabe apreciar continuidad delictiva.

En todo caso contendrá las siguientes peculiaridades: no estará sometido al régimen de intervención el cultivo de reducidas superficies para el propio consumo; podrá expendirse a los consumidores en establecimientos con licencia como estancos, centros de recreo o "coffee-shops", y no necesariamente en servicios farmacéuticos o por personas científicamente cualificadas; en ningún caso se suministrará a menores de 16 años; y estará prohibida la publicidad. Con ello se pretende eliminar el mercado negro, y se asegura un control apreciable de la sustancia por las entidades sanitarias, debiéndose prestar especial atención a que no se superen en la expendición los treinta gramos y a la pureza de la sustancia.

Se estima que un régimen como el esbozado protege mucho mejor la salud pública que la actual prohibición absoluta<sup>78</sup>.

En cuanto a las *penas*, los autores de la propuesta rechazan la cuantía tan elevada de las actualmente vigentes que, además de desproporcionadas —con mayor razón si se tiene en cuenta el carácter de delitos de peligro abstracto de estas conductas—, no se justifican por su eficacia preventiva, general o especial, originando más daños que ventajas. Frente a la posible imposición actual de veinte años de prisión, la pena máxima no deberá superar los tres años en el tipo básico y los cinco en el agravado, en consonancia con el máximo que puede alcanzarse en los restantes delitos contra la salud pública incluidos en el Código Penal. La multa será pena alternativa a la de prisión, excepto en el tipo agravado, en el que podrá imponerse hasta el límite de un millón de francos suizos, conjuntamente con la privación de libertad<sup>79</sup>.

Se amplía la posibilidad de *interrumpir el proceso penal* en relación con consumidores sometidos a tratamiento médico, a todos los drogodependientes procesados por tráfico de drogas, si bien deberán probar su disposición al tratamiento, al menos durante tres meses en un centro cerrado, no bastando con la tutela médica. Razones vinculadas al principio de legalidad aconsejan no ampliar el beneficio a toda la delincuencia relacionada con la droga<sup>80</sup>.

La propuesta acabada de analizar constituye, desde la perspectiva española, una alternativa moderada: la impunidad del consumo y de los actos a él orientados sigue manteniéndose, por el momento, en nuestra legislación. Tras la reforma de 1988 ya no es indiscutible que lo siga siendo la entrega de droga para compartir su consumo, aunque puede defenderse tal interpretación.

En todo caso, resulta interesante el considerable efecto expansivo que los autores atribuyen a la despenalización del consumo, y que no se produce en España: no solo dejan fuera de la ley penal el supuesto de entrega para uso compartido de la droga, acabado de aludir, sino que se consideran obligados a despenalizar las conductas de promoción del consumo y de divulgación de lugares donde adquirir o consumir. Es más, la sorprendente exclusión del concepto de "tráfico" de la

<sup>78</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 5-6, 12-14.

<sup>79</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 4, 11, 13.

<sup>80</sup> JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 2, 12.

“adquisición” y “posesión” de droga obedece a la idea de que, despenalizado el consumo, hay que probar suficientemente la finalidad de traficar, lo que solo se puede lograr si se realizan conductas adicionales en esa línea.

El segundo rasgo por destacar es la sustracción del tráfico de *cannabis* a la prohibición absoluta, que lleva a que resten como conductas delictivas exclusivamente las violaciones del régimen de legalización controlada establecido; el contenido de tal régimen específico solo queda apuntado de forma rudimentaria, sin estar claro si se apoya en un régimen de monopolio o de comercio controlado. En cualquier caso se opta porque la expendición de estos productos se pueda realizar al margen de las estructuras sanitarias y farmacéuticas, por limitaciones en la cantidad susceptible de despacharse, por su inaccesibilidad a menores de 16 años y por la prohibición de propaganda. Un elemento hasta cierto punto sorprendente es la impunidad del tráfico a pequeña escala, incluso si se violan los preceptos propios del régimen de legalización controlada.

En cuanto a las conductas de tráfico punibles, merece destacarse el acertado rechazo a la proliferación de circunstancias agravantes. No obstante, no parece demasiado justificada la supresión de toda agravación vinculada a la delincuencia organizada, y parece poco precisa, además de moralizadora, la agravante vinculada a quienes pretenden enriquecerse por medio de este tráfico.

Sí es de alabar la pretensión de mantener al que trafica para asegurar sus necesidades de consumo lo menos afectado posible por la intervención penal. Ello ha llevado a los autores, en una modificación de su propuesta original, a abogar incluso por la despenalización del *pequeño tráfico con cualesquiera drogas* siempre que se haga para asegurar las necesidades de autoconsumo<sup>81</sup>.

No se intenta formular una regulación específica de las conductas de receptación de estos delitos.

Es correcta la vinculación de la cuantía de la pena de prisión a la de los demás delitos contra la salud pública.

La limitación de los sustitutivos penales a los drogodependientes procesados por delitos de drogas y la exigencia de tratamiento en régimen cerrado restringen en demasía unas posibilidades, amplias por otra parte, en cuanto no hay limitaciones en función de la duración de la pena.

##### 5. OTRO DESARROLLO DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: LA PROPUESTA DE LEY DEL PARTIDO RADICAL ITALIANO

Los diputados radicales italianos presentaron el 15 de diciembre de 1988 en la Cámara de Diputados italiana una elaborada propuesta de ley<sup>82</sup> que, con la fina-

<sup>81</sup> La modificación, en un texto mecanografiado y fechada el 7.8.90, se acompaña por los autores a la separata de su artículo. Ya en la publicación, en 1986, de su propuesta, tenían serias dudas sobre la conveniencia de penar al pequeño traficante, véase a JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 4-5.

<sup>82</sup> Véase *Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Teodori Stanzani...*, Camera dei Deputati. N. 3461. Atti parlamentari. X Legislatura. Disegni di legge e relazioni. Documenti, págs. 1-22.

lidad expresa de expulsar a las organizaciones criminales del tráfico de drogas, pretendía una regulación legal de todas las sustancias psicoactivas<sup>83</sup>.

La propuesta parte del fracaso de la actual política prohibicionista que, además de no conseguir su propósito, ha dado lugar a efectos indeseables muy graves, como el aumento de consumidores de heroína y cocaína, el crecimiento de las muertes por abuso de drogas, el defectuoso control de la extensión del SIDA, el aumento de la violencia y la ilegalidad para financiarse el consumo, y el desarrollo de un imperio del crimen organizado capaz de corromper individuos y Estados. Sus autores consideran que debe irse a una legalización progresiva de la fabricación y distribución de estas sustancias en un marco internacional. El documento por ellos presentado se limita a proponer un nuevo modelo de represión del mercado ilegal de sustancias psicoactivas, sin ocuparse de los aspectos asistenciales o de los problemas estructurales de naturaleza social o sanitaria, para evitar contaminaciones éticas en el tratamiento de los diversos temas; con todo, se comprometen a atender esos otros aspectos en otra propuesta de ley<sup>84</sup>.

La propuesta, que opta por la elaboración de una ley especial que abarque tanto los aspectos administrativos como los penales, procede en primer lugar a identificar el *objeto material* de ella. Al respecto, se sustituyen los términos “estupefacientes” y “psicótrapos” por el de “sustancias psicoactivas”, que se estima más riguroso científicamente y que les va a permitir una coherente enumeración de las sustancias abarcadas. En efecto, se establece que todos los preparados que contengan esas sustancias deberán agruparse por las autoridades administrativas correspondientes en nueve listas enumeradas en orden decreciente de riesgo y peligrosidad de la sustancia, de la forma siguiente:

Lista I, sustancias de tipo anfetamínico; lista II, derivados triptamínicos, lisérgicos y feniletamínicos con efectos alucinógenos o de distorsión sensorial; lista III, opiáceos y todos sus derivados, así como aquellas otras sustancias que produzcan dependencia física o psíquica igual o superior; lista IV, la hoja de coca y todos sus derivados; lista V, el tetrahidrocannabinol y sus análogos; lista VI, ansiolíticos o sedantes productores de dependencia física o psíquica; lista VII, bebidas con graduación alcohólica superior a 20°; lista VIII, tabaco y sus derivados; lista IX, *cannabis* y sus derivados, excepto los indicados en lista V<sup>85</sup>.

La propuesta pretende ser una alternativa a la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicótropas de 22 de diciembre de 1975, hecha antes de que experimentara la profunda reforma de 26 de junio de 1990, reforma con una orientación radicalmente contraria a la defendida en la propuesta de ley que pasamos a estudiar. Véase la ley, antes de la citada reforma, en CONSO, *Manuale per le udienze penali*, Milano, Giuffrè Editore, 1985, y la ley de reforma en *Gazzetta Ufficiale de 26 de junio de 1990, Supplemento Ordinario*.

<sup>83</sup> Véase art. 1° de la propuesta.

<sup>84</sup> Véanse todos estos argumentos en la exposición de motivos de la propuesta, en *op. cit.*, págs. 1-3.

<sup>85</sup> Véase propuesta, *op. cit.*, págs. 2, 7-9.

En cuanto a la *regulación administrativa* del tráfico de todas estas sustancias, se proponen tres regímenes diversos:

1. Sustancias anteriores, excepto opiáceos, hoja de coca, bebidas alcohólicas, tabaco y *cannabis*<sup>86</sup>: un comité interministerial determinará anualmente la cantidad de esas sustancias que puede ser fabricada y vendida; se concederán autorizaciones anuales para su fabricación, con determinados requisitos, y sin que la autorización alcance a su venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas y sustancias necesarias para la fabricación, así como sobre todo el proceso de elaboración; los laboratorios farmacéuticos que empleen tales sustancias precisarán de autorización para obtenerlas, autorización que no abarcará la venta de los preparados obtenidos; se precisará igualmente autorización específica para el comercio al por mayor con esas sustancias.

Su distribución solo podrá realizarse en farmacias, con receta y previa identificación personal, debiéndose anotar en la receta los datos identificativos que permitan evitar duplicaciones y abusos; los médicos podrán recetar hasta tres dosis diarias de tales sustancias, informando al requirente sobre su carácter, efectos y riesgos, y debiendo anotar identidad y dosis, así como teniendo derecho a obtener del requirente una declaración exoneradora de responsabilidad.

2. Opiáceos, hoja de coca y derivados: todas sus fases de tráfico quedan sometidas a régimen de monopolio, quedando prohibido el tráfico de sucedáneos de tales sustancias; su fabricación queda reservada al servicio farmacéutico militar según un programa aprobado anualmente por un comité interministerial, que también determinará la cantidad que se puede poner en venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas, sustancias necesarias para la fabricación, así como sobre todo el proceso de elaboración; rigen los mismos preceptos que para las sustancias anteriores respecto a autorizaciones a laboratorios farmacéuticos que precisen tales sustancias, así como respecto al comercio al por mayor, a su distribución en farmacias y a su prescripción por los médicos.

El comité interministerial fijará anualmente los precios mínimos de estas sustancias, de modo que la dosis diaria de opiáceos cueste al menos diez veces y la dosis diaria de coca al menos veinte veces lo que cuesta un decilitro de aguardiente, aplicándose en todo caso el IVA; los consumidores habituales y dependientes de estas sustancias, previa comprobación de su condición por un médico autorizado, podrán disponer de una cartilla de aprovisionamiento, válida al menos durante noventa días y renovable, con la que podrán acudir diariamente a la farmacia para obtener la dosis diaria indicada.

3. Bebidas alcohólicas, tabaco y *cannabis*: sometidas al mismo régimen de autorizaciones anuales para la fabricación que las sustancias del grupo 1, aunque

<sup>86</sup> Se prefiere aludir directamente a las sustancias, en lugar de a las listas en que se encuentran, para hacer más ilustrativa la exposición, pero en todo caso el lector debe acudir a ellas para precisar los conceptos, y aún mejor al texto de la propuesta legal, pues también nosotros hemos simplificado la enumeración de los contenidos de cada lista.

sin límites en cuanto a la cantidad susceptible de fabricarse o ponerse en venta; también sometidas al mismo régimen de control en cuanto a materias primas, sustancias necesarias para la fabricación y todo el proceso de elaboración, y en cuanto al comercio al por mayor; un comité interministerial fijará anualmente los precios máximos del *cannabis* y sus derivados, de modo que no pueda ser superior al del tabaco elaborado en la tabla A del decreto 2 de agosto de 1988, aplicándose en todo caso el IVA<sup>87</sup>.

Se prohíbe la publicidad de todas las sustancias psicoactivas, debiendo incorporar todos sus preparados, de modo inequívoco y evidente, indicaciones sobre los efectos que producen y los riesgos consiguientes.

Los datos de identificación obtenidos al expender sustancias psicoactivas con receta o con cartillas de aprovisionamiento serán confidenciales, no pudiendo suministrarse a particulares ni a la administración pública. Los datos estrictamente referidos a la distribución de sustancias, sin referencia a la identidad de las personas, podrán ser recopilados con fines estadísticos por el Ministerio de Sanidad<sup>88</sup>.

En cuanto a la *regulación penal*, se sigue muy de cerca la vigente en los momentos en los que se formula la propuesta<sup>89</sup>, en primer lugar, por lo que respecta a los *tipos básicos*. Así, se pena la realización de cualquier actividad de tráfico sin autorización o superando esta, con referencia a todas las sustancias psicoactivas con la excepción de ansiolíticos o sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco o *cannabis*, lo que supone una novedad respecto a la exclusión de los sedantes y el *cannabis*.

Naturalmente, se elude toda punición del *consumo*.

Se crea un *tipo privilegiado* que sustituye, tanto a los formulados en función de las sustancias implicadas, como al que castigaba el tráfico con cantidades módicas, refiriéndose ahora a si determinadas conductas de tráfico ilícito se realizan con una cantidad, de las sustancias acabadas de aludir, inferior a tres dosis diarias.

Se mantiene la totalidad de las *agravaciones* entonces existentes añadiéndose una, aún más intensa, si las sustancias se han mezclado o disuelto de forma dañosa o peligrosa.

Se mantienen igualmente la serie de *tipos específicos* alusivos a conductas de inducción y favorecimiento, así como —a salvo de su castigo por delito más grave— la infracción de la prohibición de publicidad de todas las sustancias psicoactivas.

No obstante se elimina el tipo específico relativo a la asociación para delinquir.

<sup>87</sup> Se ha intentado realizar una exposición sistemática de la regulación, un tanto compleja, que se encuentra contenida en los arts. 5° a 18 de la propuesta de ley. Véase propuesta de ley, *op. cit.*, págs. 2-3, 9-18.

<sup>88</sup> Véanse arts. 14 a 16 y 18 de la propuesta en *op. cit.*, págs. 3, 16, 18.

<sup>89</sup> Se utiliza como punto de referencia la regulación penal existente al formular la propuesta, por ser la situación legal a la que esta pretendía ofrecer una alternativa. No debe olvidarse, con todo, que entre las profundas modificaciones experimentadas en la reforma de 26 de junio de 1990 destacan especialmente las de contenido penal, con un enfoque claramente expansivo de la vía represiva, mereciendo resaltarse, entre otros muchos aspectos, la punición en último término del consumo. Véanse arts. 70 y ss. de la ley de estupefacientes y sustancias psicotrópicas tras reforma de 1990, en *op. cit.*

Se crea un nuevo delito que castiga la provocación de crisis de abstinencia a efectos diagnósticos para obtener la cartilla de aprovisionamiento.

En cuanto a las *penas*, se mantiene para los tipos básicos un límite mínimo de cuatro años de prisión, así como la posibilidad de llegar hasta los 18 años, y las de multa se reducen, pudiendo llegar hasta 100 millones de liras. El tipo privilegiado supone pena de prisión hasta 3 años y multas hasta de 20 millones de liras. Los efectos de las agravaciones sobre los tipos básicos pueden dar lugar, como hasta entonces, a penas extremadamente elevadas, lo que se acentúa notablemente con la nueva agravación.

En las *penas accesorias* no hay variaciones significativas.

Frente a la anterior referencia al derecho a un tratamiento de detenidos y presos drogodependientes, se reconoce el derecho de *preventivos* y *penados* al régimen de cartilla de aprovisionamiento o de dispensación por médico<sup>90</sup>.

La propuesta radical italiana tiene muchos méritos: se puede considerar, ante todo, como el primer intento de desarrollo integral de la alternativa de legalización controlada. Las discrepancias que podamos mostrar con ella deben entenderse como una mera disparidad de opiniones dentro de una profunda coincidencia en sus ideas inspiradoras.

En cuanto al objeto material es digno de alabanza la introducción del término "sustancia psicoactiva" y, sobre todo, la apertura del concepto a todas las sustancias que realmente merecen tal calificativo, con independencia de su aceptación social, así como la ilustrativa graduación de todas ellas en función del riesgo de su abuso para la salud.

Descendiendo a su regulación administrativa, es de apoyar igualmente la minuciosa introducción de un régimen, cuando menos, de comercio controlado para las sustancias psicoactivas, así como su atenuación, e incluso la exclusión de él en el momento de la expedición de la sustancia, respecto al *cannabis*, que se equipara al alcohol y al tabaco. También acierta en lo relativo a la prohibición de propaganda y a la exigencia de publicidad negativa, o en relación con la confidencialidad de los datos de identificación personal obtenidos en determinados momentos.

Sin embargo discrepo, en primer lugar, de la decisión de crear una norma específica para el tratamiento legal de las sustancias psicoactivas sin haber agotado antes las posibilidades que pudiera ofrecer la regulación genérica sobre medicamentos. Si fuera posible insertar en ella estas sustancias se obtendrían probablemente resultados de control similares a los propuestos en la ley específica, con la ventaja de reintegrarlas al lugar de donde nunca han debido salir, privándoles de esa peculiaridad que facilita su demonización por la sociedad, además de que se posibilita una correcta definición de lo que debe entenderse por medicamento. Quizás ello

<sup>90</sup> Véanse arts. 14, 18, 19 a 25 de la propuesta de la ley, *op. cit.*, págs. 3, 16, 18-21, así como arts. 71 y ss. de la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en su formulación anterior a 1990, *op. cit.*

exigiera renunciar a tratar conjuntamente con ellas el alcohol y el tabaco, pero valdría la pena.

Tampoco comparto la introducción de un régimen de monopolio respecto a opiáceos, hoja de coca, y derivados: es dudoso que la severidad y falta de flexibilidad de tal régimen, unido a las limitaciones en la expedición de esas sustancias, supongan un golpe decisivo al tráfico ilícito; por lo demás, no parece que haya razones vinculadas a la mayor peligrosidad de estas sustancias, a juzgar por la propia jerarquización de estas por los autores de la propuesta, para excluirlas del régimen de comercio controlado aplicable a la mayoría.

Noto igualmente una excesiva medicalización del problema, tanto por la exigencia de receta y la consecuente intervención del médico, como por la necesidad de cartillas de aprovisionamiento. Se ha de asumir que un adulto debidamente informado ha de poder obtener sustancias susceptibles de causar un bienestar corporal o mental sin necesidad de que medie el consentimiento de un médico. Por otra parte, la cartilla de aprovisionamiento supone una inequívoca estigmatización de su beneficiario y no es seguro que tenga mucho éxito; los efectos de control médico pretendidos no serán superiores a los obtenidos a través de las ofertas de tratamiento voluntario, a no ser que la cartilla suponga la obtención gratis de droga, algo que no aclara la propuesta.

En sentido contrario, me parece un poco precipitado el establecer desde un principio una absoluta libertad de expendición al por menor del *cannabis*, en situación semejante al tabaco o a las bebidas alcohólicas. Aunque sin duda debe caminar en esa dirección, es aconsejable un acercamiento mutuo, es decir, también el tabaco y las bebidas alcohólicas deben estar sometidos a un régimen de expendición más controlado del que tienen ahora en la práctica, al menos en España.

La regulación penal propuesta debe interpretarse teniendo en cuenta el régimen de comercio controlado o monopolio introducidos, de modo que, aun manteniéndose una dicción legal similar a la actual, las conductas básicas abarcadas serán bastante menos. Sorprende, sin embargo, que se haya mantenido la ausencia de referencias a la *gravedad* de la infracción al régimen administrativo en cuestión, exigencia típica vinculada al principio de intervención mínima en derecho penal, y coherente con la nueva orientación político-criminal.

En lugar de ello, los autores de la propuesta han avanzado en la restricción de los tipos penales por otra vía, a saber, la de excluir, de entre las sustancias objeto material de las conductas delictivas, aquellas consideradas menos peligrosas, como ansiolíticos, sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco y *cannabis*<sup>91</sup>. Esta decisión resulta acertada.

Por otra parte, se sigue echando en falta, al igual que en la regulación administrativa, una más estrecha vinculación, en este caso en cuanto a descripción de con-

<sup>91</sup> Los ansiolíticos, el alcohol y el tabaco tampoco estaban incluidos en la regulación entonces vigente. *Ibidem.*

ductas y cualidad y cantidad de las penas, a los delitos referentes a medicamentos o incluso a sustancias alimenticias<sup>92</sup>.

Asimismo se ha desaprovechado la propuesta para perfeccionar técnicamente la regulación italiana; de modo especial la pluralidad innecesaria de tipos básicos, la descripción demasiado prolija y redundante de las conductas en ellos incluidas, y la variada y confusa formulación de supuestos específicos de inducción y favorecimiento, no siempre claramente delimitables entre sí.

Tampoco se ha querido depurar la técnica empleada en el establecimiento de las circunstancias de agravación, apreciándose en especial que se repiten innecesariamente las agravaciones referidas a menores o a hipótesis de prevalimiento, con formulaciones parcialmente coincidentes. El número de agravantes, por lo demás, parece excesivo, de modo particular respecto a los tipos básicos, y algunas de ellas, como la cantidad ingente de droga, son muy problemáticas<sup>93</sup>.

Uno de los aspectos más sorprendentes es la elevada penalidad prevista, que ya se da en los tipos básicos, y que llega a cotas desmesuradas en algunas hipótesis agravadas. En este punto la propuesta vuelve a vincularse en demasía a la regulación italiana entonces vigente, rebajando únicamente las penas de multa, con alguna excepción. Ello es, a mi juicio, incoherente con la aproximación que se debe dar entre las penas de estos delitos y los restantes contra la salud pública<sup>94</sup>.

La propuesta se mantiene reacia a la introducción de los nuevos instrumentos punitivos en este ámbito, como la receptación, en especial de las ganancias, y la ampliación, también a estas, de la pena de comiso.

La ausencia de sustitutivos penales no parece justificarse en el anuncio de una nueva propuesta de ley para atender, entre otras cosas, los aspectos asistenciales, pues los temas estrictamente penales debieran tratarse aquí.

#### 6. OTRO DESARROLLO DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: UNA PROPUESTA ESPAÑOLA

Los firmantes del Manifiesto de Málaga aprobaron recientemente un extenso documento donde exponen detenidamente su alternativa a la actual situación exasperadora de la represión, en línea con los rasgos básicos contenidos en el citado Manifiesto. Como el texto viene fundamentado en todas sus propuestas, y dada mi absoluta coincidencia con él, me voy a limitar a transcribirlo, no sin antes destacar brevemente algunas ideas.

Ante todo, ya no se puede seguir diciendo que las propuestas de legalización controlada no son más que buenas intenciones, incapaces de concretarse en algo aplicable a la actual realidad social. Aquí hay un texto cuyo contenido me-

<sup>92</sup> Véanse arts. 439 a 448 y 452 del Código Penal italiano en CONSO, *op. cit.*

<sup>93</sup> Véase respecto a la agravante similar española de "notoria importancia", Díez Ripollés, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 82-84.

<sup>94</sup> Sin ninguna duda la reforma de la ley italiana que ha tenido lugar en 1990 se aleja aún más que el texto legal previo a la reforma de todas las demandas aquí mencionadas. Véanse en especial arts. 70 y ss. *op. cit.*

rece consideración, y que ha recogido numerosos apoyos profesionalmente cualificados<sup>95</sup>.

En segundo lugar, el texto de que hablo decide normalizar el trato con las drogas, de lo que es buena muestra su decisión de integrar su régimen, con las mínimas salvedades necesarias, en general propio de los medicamentos.

En tercer lugar, descarta el régimen de monopolio defendido por algunas propuestas despenalizadoras, optando por el de comercio controlado.

En cuarto lugar, opta por inculcar en el ciudadano adulto pautas para el uso responsable de sustancias susceptibles de causar bienestar corporal o mental, más allá de sus posibles indicaciones estrictamente terapéuticas. Ello permite partir de un modelo no medicalizado de consumo de tales sustancias.

En quinto lugar, la regulación penal propuesta, no solo pretende acomodar al modelo anterior la reacción punitiva, sino que además pretende corregir los defectos —fundamentalmente vinculados a la falta de respeto a determinados principios constitucionales y penales, y a una defectuosa técnica jurídica—, de los actuales tipos penales.

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al Manifiesto por una nueva política sobre la droga aprobado en Málaga el 2 de diciembre de 1989, de acuerdo con el compromiso allí establecido y siguiendo las pautas marcadas en el citado Manifiesto y en la reunión de trabajo mantenida en Barcelona el 12 de mayo de 1990, aprueban la siguiente:

#### PROPUESTA ALTERNATIVA A LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS

##### *Propuesta de reforma de la legislación administrativa*

##### *Fundamentación*

La reciente promulgación de la ley 25 de 1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE de 22 de diciembre) ha facilitado extraordinariamente la pretensión de aplicar a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el sistema de control administrativo propio de los medicamentos, en especial por tres razones:

a) La consideración inequívoca de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como medicamentos en la propia ley, como se deduce explícitamente de los arts. 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b), y lo que es más importante, conceptualmente del art. 8.1, entre otros preceptos. b) El afán del legislador por elaborar una norma exhaustiva, abarcadora de todo el proceso, desde la fabricación hasta la dispensación, e incluso su uso, respecto a estas sustancias y productos. c) La generalizada necesidad de adaptación a esta norma de prácticamente toda la legislación específica sobre estupe-

<sup>95</sup> La Propuesta Alternativa la han suscrito como signatarios originales 24 catedráticos de derecho penal, 14 profesores titulares de derecho penal, y 30 magistrados, jueces y fiscales.

facientes y sustancias psicotrópicas, dada su vigencia también para ellos (art. 41), lo que, unido a lo anterior, elimina considerablemente el riesgo de crear lagunas jurídicas a través de una solicitud de derogación de la legislación específica actualmente vigente.

Todo ello permite hacer una propuesta de reforma de la legislación administrativa bastante simple, que prácticamente queda agotada en sus rasgos esenciales con 20 modificaciones textuales en una norma que posee 119 artículos, siete disposiciones adicionales y siete transitorias, todos ellos bastante prolijos.

Todas las modificaciones propuestas a la ley se explican en función de 9 ideas:

1. Supresión de toda referencia a la persistencia de una legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas (modificaciones 1, 7, 11, 13, 15 y 20).
2. Ampliación del ámbito de actuación de los medicamentos, más allá de la indicación terapéutica o análogas, a la extraterapéutica consistente en la obtención de un determinado bienestar corporal o mental, por lo demás ya recogida esencialmente en el propio concepto de medicamento de la ley (modificaciones 3, 4, 5).
3. Eliminación de alguna referencia, demasiado estricta incluso para medicamentos en general, a los riesgos que pueden asumirse (modificación 6).
4. Desarrollo de un sistema controlado de dispensación sin receta, distinguiendo entre el *cannabis* y sus derivados, y los restantes estupefacientes y psicótrópos) modificaciones 2, 8, 12 y 16).
5. Exclusión de la publicidad de estas sustancias y productos (modificación 9).
6. Confidencialidad de los datos personales legalmente obtenidos de los usuarios de estas sustancias y productos (modificaciones 10 y 19).
7. Especial atención al desarrollo de programas y actuaciones específicos de cara a la formación de profesionales e información, educación, prevención y deshabituación de los usuarios y público en general (modificaciones 14 y 18).
8. Establecimiento de un sistema de precios moderadamente desincentivadores y exentos en todo caso de ayuda o financiación públicas (modificaciones 17 y 18).
9. Garantizar a los drogodependientes el consumo de la sustancia bajo especial atención médica y propiciar su deshabituación a medio plazo (modificación 8).

Por otra parte se estima conveniente promover una equiparación entre el régimen vigente para algunas drogas ampliamente utilizadas y oficialmente aceptadas y el de estupefacientes y psicótrópos por lo que se refiere al consumo. La equiparación se extiende, en un primer momento, a la dispensación del *cannabis* para más adelante ampliarse a todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico de esta sustancia y sus derivados.

Todo ello se acompaña de la eliminación del régimen específico actualmente vigente para estupefacientes y psicótrópos.

#### Texto

1. Derogación del actual régimen específico para estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido, entre otras disposiciones de menor entidad, en la ley 17/67

de 8 de abril para estupefacientes, y R. D. 2829 de 1977 de 6 de octubre y O. M. de 14 de enero de 1981 para las sustancias psicotrópicas.

2. Aplicación a los estupefacientes y psicótrópos del régimen general establecido para los medicamentos legalmente reconocidos en la ley 25 de 1990 de 20 de diciembre, y en la legislación anterior no derogada por esta.

3. Adición, supresión o reforma de determinados preceptos de la ley acabada de aludir en los siguientes términos:

1) El art. 1.1 *in fine* queda redactado como sigue: "...así como la ordenación de su uso racional. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado".

2) El art. 3.5 se iniciará del modo siguiente: "La custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá, a salvo de lo previsto en el art. 42.1 párrafo segundo de esta ley:..."

3) Se añade un nuevo art. 8 bis en los siguientes términos: *Art. 8 bis. Equiparación.*—En esta ley toda referencia a efectos terapéuticos se entenderá que abarca también los extraterapéuticos ligados a la obtención de un determinado bienestar corporal o mental".

4) Redacción del último inciso de los pp. 1 y 2 del art. 12, sobre garantías de seguridad, no toxicidad y tolerancia, del modo siguiente: "...que permitan garantizar su seguridad en condiciones normales de uso y que estarán en relación, en su caso, con la duración prevista del tratamiento", y "en condiciones normales de uso y en función, en su caso, de la duración del tratamiento", respectivamente.

5) Redacción de la última parte del art. 19.4 del modo siguiente: "...con el fin de promover su más correcto uso y, en su caso, la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación".

6) Redacción del art. 26 apartado i) del modo siguiente: "i) Cuando por cualquier otra causa suponga un riesgo inaceptable para la salud o seguridad de las personas o animales".

7) El art. 31.2 queda redactado así: "El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá requisitos especiales para la prescripción y dispensación de los medicamentos que por su naturaleza lo requieran o para tratamientos peculiares".

8) Se añade un art. 31.4 bis en los siguientes términos: "En todo caso, los medicamentos estupefacientes o psicótrópos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico podrán ser dispensados sin receta en dosis única, previa identificación personal y siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida.

"Asimismo, a través de la pertinente reglamentación sanitaria, se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de las sustancias anteriores, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médicas, sin que ello deba condicionarse a la aceptación de un tratamiento de deshabituación".

9) Se añade al art. 31.5 un nuevo apartado en los siguientes términos: "g) No se traten de medicamentos estupefacientes o psicótrópos. Las unidades de venta

al público de estos medicamentos en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico deberán llevar en lugar visible y destacado información fácilmente comprensible y reglamentariamente regulada sobre los riesgos que implica el abuso del citado estupefaciente o sicótropo”.

10) Se añade al art. 32 un segundo párrafo en los siguientes términos: “Asimismo la información personal obtenida al amparo del art. 31.4 bis será confidencial, pudiendo el Ministerio de Sanidad y Consumo recabar tales datos exclusivamente con fines estadísticos”.

11) Supresión de la Sección tercera del Capítulo cuarto (art. 41), en cuanto califica a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como “medicamentos especiales”, y los sujeta a una legislación especial.

12) Al art. 42.1 se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos: “No obstante, la planta de *cannabis* y sus mezclas y preparados, en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico, podrán ser dispensados fuera de las oficinas y servicios de farmacia en lugares de venta especialmente autorizados para ello, siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida”.

13) El art. 80.e) queda suprimido.

14) Se añade un apartado 5 bis al art. 84 en los siguientes términos: “se prestará especial atención al desarrollo de actuaciones y programas específicos referidos a los medicamentos estupefacientes y psicótropos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico”.

15) El art. 91.2.b) queda redactado *in fine* del modo siguiente: “...y velar por el cumplimiento de la legislación sobre cualquier medicamento que requiera un control especial”.

16) Se añade un último inciso al art. 93.2 en los siguientes términos: “de la ley general de Sanidad, a salvo de lo expresado en el segundo párrafo del art. 42.1 de esta ley”.

17) El último inciso del art. 94.2 queda redactado del modo siguiente: “Se considerarán, en todo caso, excluidos por este concepto los medicamentos estupefacientes o psicótropos en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico a salvo lo expresado en el art. 31.4 bis p.2, los productos de utilización cosmética...”.

18) Se añade al art. 100.3 un segundo párrafo en los términos siguientes: “En los medicamentos estupefacientes y psicótropos utilizados socialmente para obtener un bienestar extraterapéutico podrá establecerse un precio de venta al público superior, hasta un 50%, al resultante de los agregados anteriores. El citado incremento será destinado íntegramente a atender las actuaciones y programas específicos de educación sanitaria, prevención y deshabituación relativos a esos medicamentos y avalados por las Administraciones públicas”.

19) Al art. 108.2.b). 18º se le añade un último inciso en los siguientes términos: “...de las recetas y órdenes médicas, o de los usuarios en los casos así establecidos”.

20) Se suprime la Disposición adicional Primera 1. en su apartado a).

4. El régimen de dispensación de *cannabis* y sus derivados aludido en el art. reformado 42.1 párrafo segundo de la ley 25/1990, así como el de consumo de todo tipo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con finalidad extraterapéutica se establecerá de modo análogo al actualmente vigente para el tabaco y/o alcohol.

Se tenderá a equiparar progresivamente al régimen propio de estas últimas sustancias todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico del *cannabis* y sus derivados.

#### *Propuesta de reforma del Código Penal*

##### *Art. 344*

Queda redactado como sigue:

“El que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas susceptibles de causar graves daños a la salud sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del duplo al quintuplo de la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, sin que pueda bajar de 500.000 ptas.

“El que, sin realizar las conductas anteriores, ejecute cualesquiera actos de promoción del consumo de tales productos o sustancias con fines mercantiles de creación o ampliación de mercado será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 200.000 a 500.000 ptas.

“Sin perjuicio en su caso de lo previsto en los arts. 8 y 9 de este Código, el que realizare cualesquiera de las actividades descritas en los párrafos anteriores con la finalidad exclusiva o primordial de subvenir a las necesidades derivadas de su drogodependencia será castigado con la pena de arresto mayor”.

##### *Fundamentación*

Este precepto constituye, junto con el próximo, el núcleo de la propuesta, y supone acomodar el injusto penal a un sistema de legalización controlada como el expuesto en las páginas anteriores.

En su conjunto supone otorgar un trato más duro a las infracciones de tal sistema cuando se trate de medicamentos estupefacientes y psicótropos que del resto de medicamentos. Aunque la propuesta podría entrar en vigor sin modificarse los artículos actualmente vigentes referentes a estos últimos, sería de desear que al menos los arts. 343, 343 bis y 344 ter también se adaptaran a la reciente ley del Medicamento.

El objeto material se limita a las drogas denominadas duras, aceptando la división que viene haciendo la jurisprudencia. Se elimina la referencia a “drogas tóxicas” por innecesaria. Se relativiza la referencia a la nocividad de estas sustancias.

Las conductas típicas abarcadas en el primer párrafo son exclusivamente las de tráfico. Se ha eliminado, por considerarse innecesaria, la referencia a comportamientos de cultivo, elaboración o posesión: Todos ellos, en la medida en que estén integrados en las diferentes fases de la actividad mercantil, resultan incluidos en el concepto de tráfico.

La referencia a la autorización y a las formalidades legales es expresión directa de la aceptación del sistema de legalización controlada. La restricción a infracciones

graves, así como la no alusión a la infracción de formalidades reglamentarias, responde al principio de intervención mínima.

Se rebaja la pena de prisión en consonancia con el nuevo carácter de estos delitos.

La referencia al quintuplo así como al límite mínimo en la pena de multa resulta coherente con el proceder sancionador administrativo de la ley 25/90. La referencia a las ganancias se hace compatible con el principio de seguridad jurídica y proporcionalidad, a diferencia de lo que ocurre en el actual art. 344 bis d).

El segundo párrafo atiende a supuestos de donación, invitación al consumo..., siempre con fines mercantiles, y en el caso de que no resulten incluidos en el párrafo anterior.

El tercer párrafo se hace eco de las demandas de la doctrina sobre un trato privilegiado al que trafica con fines de asegurarse su autoconsumo. Se elude además la imposición de arresto sustitutorio al no preverse pena de multa.

#### Art. 344 bis a)

Queda redactado como sigue:

“Sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar por las conductas expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor el que facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de 18 años, o a disminuidos psíquicos permanentes o transitorios abusando de la situación de estos”.

#### Fundamentación

Atiende al segundo núcleo de las conductas a considerar. Se parte de una situación de posible concurso de delitos con el precepto anterior.

Se opta por una mayoría de edad elevada (la civil y no la penal). En los casos de disminuidos se exige un abuso efectivo.

Se renuncia a la pena de multa dada la posibilidad de aplicar, si concurren sus elementos, el tipo anterior donde ya se prevé, además de no exigirse en este tipo una finalidad mercantil que pudiera reforzar tal opción.

#### Art. 344 bis b)

Queda redactado como sigue:

“Se impondrá en su grado máximo la pena de cualquiera de los delitos anteriores o, en su caso, la de aquel más gravemente penado:

”1. Si el culpable pertenece a una organización, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad exclusiva o parcial la realización de cualesquiera de las actividades delictivas expresadas en los preceptos anteriores.

”2. Si se omiten o alteran las exigencias prescritas reglamentariamente de composición, calidad o información de los citados productos o sustancias, o se realizan cualesquiera otras conductas de las descritas en los artículos anteriores con conocimiento de las citadas omisiones o alteraciones, incrementándose el posible daño a la salud de los consumidores.

”La concurrencia de ambas circunstancias de agravación, o el desempeño de funciones de responsabilidad al menos de nivel intermedio dentro de una organización de las aludidas en el número 1 de este artículo, determinará la imposición de la pena superior en grado.

”En relación con cualquiera de las conductas incluidas en los tres artículos anteriores la autoridad judicial podrá decretar además, en su caso, alguna de las medidas siguientes:

”a) Disolución de la organización y/o clausura definitiva del establecimiento, instalación o servicio empleado para la comisión del delito.

”b) Suspensión de las actividades de la organización y/o clausura del establecimiento, instalación o servicio por tiempo de seis meses a cinco años”.

#### Fundamentación

Dada la posible relación concursal entre el 344 y el 344 bis a) se quiere limitar la agravación a solo uno de ellos si se dan ambos.

La agravación primera reproduce el actual 344 bis a) 6º con algunas mejoras técnicas. La consideración de las conductas de las organizaciones de narcotraficantes como criminalidad a tratar inespecíficamente entre los delitos socioeconómicos no debe impedir introducir una agravación aquí, dada la mayor facilidad de ejecución que implica.

La segunda agravante se basa en el actual 344 bis a) 5º pero, creemos, considerablemente mejorado: Se habla de “omitir o alterar”, a semejanza del 346, eludiendo las confusas, incompletas e incongruentes expresiones de “adulterar, manipular y mezclar”; se alude no solo a “composición” y “calidad”, sino también a defectos de “información”, todo ello en relación a las exigencias del sistema de legalización controlada; para evitar problemas de imputación subjetiva de responsabilidad se alude, por un lado, a los que omiten o alteran, y por otro, a los que utilizan tales productos o sustancias conociendo tal omisión o alteración. Se mantiene la exigencia de creación de un peligro mayor para la salud, en el sentido de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño.

Se admite una agravación de segundo grado aunque con considerables exigencias. En ella se abstrae más que en la actualidad, y se matiza, la referencia a las personas responsables de las organizaciones.

Se amplía la posibilidad de imponer medidas de seguridad, en coherencia con la legislación administrativa y con la nueva naturaleza de estos delitos.

Se eliminan las restantes agravaciones actualmente vigentes.

#### Arts. 344 bis c) a 344 bis f)

Quedan derogados.

#### Fundamentación

En coherencia con todo lo anterior.

#### Art. 48

Se intercala inmediatamente antes del primer punto y seguido:

“Así como de las ganancias con ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Todos ellos serán decomisados...”.

Se inicia el segundo párrafo así:

“Cuando los referidos efectos, instrumentos o ganancias no sean...”.

#### *Fundamentación*

Se aspira simultáneamente a eliminar el régimen excepcional del art. 344 bis e), con sus considerables defectos atentatorios a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, y a mejorar la regulación genérica del comiso por la vía de integrar la aportación positiva del 344 bis e) relativa a la inclusión de las ganancias, en el art. 48.

#### *Art. 546 bis f)*

Queda redactado como sigue:

“El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los arts. 344 a 344 bis c) de este Código se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas.

”Se impondrá la pena en su grado máximo a los habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

”En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto.

”En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo”.

#### *Fundamentación*

Se establece alguna mejora técnica como la eliminación de los superfluos términos de “recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo”.

Se pretende asegurar el principio de proporcionalidad de las penas, tanto introduciendo el tercer párrafo con validez para los dos párrafos anteriores, como rebajando la pena de multa del tipo básico y la entidad del aumento de la pena en el tipo agravado.

Lo anterior permite igualmente eludir las incongruencias de pena que se producen actualmente entre el 546 bis f) y los arts. 344 y ss. Ello no obstante restan algunos problemas menores de adecuación con las penas del delito genérico de receptación, solubles únicamente a través de una reforma global del Capítulo VII del Título XIII del Código.

En coherencia con lo propuesto respecto a los arts. 344 y ss. se elimina la remisión al art. 344 bis e).

#### *Art. 93 bis*

Se le da una nueva redacción en los siguientes términos:

“Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes:

”1º) Que el condenado hubiera delinquido por razón de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación.

”2º) Que en el momento de la condena el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación.

”3º) Que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso”.

#### *Fundamentación*

Se equipara, a los efectos de la concesión del beneficio, la dependencia alcohólica a la de estupefacientes y psicótopos, lo que parece lógico dada la científica división entre drogas legales e ilegales. Además, se extiende a otros casos en los que, sin existir una situación de drogodependencia, la actividad delictiva se produce en condiciones vitales de similar entidad.

Se amplía la posibilidad de aplicar la remisión condicional a condenas de hasta cinco años.

Se elimina la actual exclusión de los reincidentes, que constituyen actualmente el porcentaje más alto de los drogodependientes ingresados en prisión, configurándose así este instituto jurídico como una verdadera alternativa a la privación de libertad.

El mantenimiento del beneficio se condiciona a los requisitos generales propios de la institución.

#### *Art. 33*

Se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

“Cuando la prisión preventiva se haya sustituido por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación que conlleve internamiento, el tiempo de duración de este también se abonará para el cumplimiento de la pena finalmente impuesta”.

El actual párrafo segundo se convierte en el párrafo tercero.

#### *Fundamentación*

Se atiende a una insistente demanda de doctrina y jurisprudencia.

El abono del período de internamiento para deshabitación como tiempo de cumplimiento de la pena es coherente con lo establecido en el actual art. 9.1, cuando el internamiento se impone como medida en la sentencia que aprecia una eximente incompleta. Se dejan fuera de abono los casos de tratamiento ambulatorio por entender que no conlleva privación de libertad, siendo una medida más similar a la establecida por el art. 530 de la LECrim. para la libertad provisional al imponer la comparecencia periódica en el juzgado, que no conlleva a abono alguno posterior.

*Art. 8.1*

Se añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

“Asimismo el que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anule por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir”.

Los párrafos segundo y tercero pasan a ser los párrafos tercero y cuarto.

*Fundamentación*

Recoge la más reciente doctrina jurisprudencial.

Aun cuando se aplique muy rara vez como eximente completa, sirve de fundamento a los supuestos más frecuentes de eximente incompleta.

*Propuesta de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal*

*Art. 505*

Se añade un párrafo tercero en los siguientes términos:

“También podrá acordar la sustitución de la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación, cuando se trate de delitos motivados por la dependencia de estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.

Los actuales párrafos tercero y cuarto pasan a ser los párrafos cuarto y quinto.

*Fundamentación*

Razones sistemáticas obligan a extender la modificación realizada en el art. 33 del Código Penal a la LECrim., por ser el texto en el que se regula la adopción de medidas cautelares durante el proceso, ubicando la nueva norma procesal inmediatamente después de la que faculta al juez para acordar la prisión atenuada por razón de enfermedad.

OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA

1. Denuncia de la Convención única de estupefacientes de 1961, del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, así como de sus modificaciones y restantes acuerdos internacionales ratificados por España, en lo que sea preciso para llevar a cabo los cambios de legislación interna aquí propuestos.

2. Derogación del art. 1.3.1º de la ley 7/82 de 13 de julio, de Contrabando.

*Fundamentación*

En coherencia con todo lo recogido en el conjunto de la alternativa propuesta.

No se propone la derogación de los artículos pertinentes de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, por estimar que la citada ley debe ser derogada en su totalidad, lo que puede decirse que ya ha sucedido en la práctica dada su frecuente inaplicación por jueces y tribunales.

Sevilla, 9 de febrero de 1991.

Solo queda desear que las instancias oficiales españolas presten la debida atención a este documento.

## Drogas y derecho penal

Francisco Muñoz Conde\*  
y Bella Aunión Acosta\*\*

I. Si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico-legislativas penales adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario. El tráfico de drogas, que era ya un grave problema en la sociedad norteamericana de los años 60, se ha ido extendiendo por todo el mundo, hasta alcanzar cotas apenas imaginables hace 15 ó 20 años.

Naturalmente, el tráfico ha aumentado porque igualmente ha aumentado el consumo. Sería prolijo enumerar ahora las causas de ese aumento del consumo de drogas, que no solo tienen que ver con una mayor liberalización de las costumbres de las clases económicamente fuertes, sino también probablemente con un sentimiento de frustración creciente en los sectores más jóvenes o más desfavorecidos económicamente respecto a las metas e ideales que aspiran a conseguir en esta sociedad. En todo caso, es obvio que el consumo de drogas (legales o ilegales) es una forma “agradable” de evadirse de los problemas que plantea la vida cotidiana o de los fracasos continuos ante ellos cuando no se pueden solucionar, y es seguro también que la sociedad posmoderna y posindustrial ha deparado al hombre nuevos problemas y pocos medios para solucionarlos. No es extraño, pues, que, ante una realidad difícil y frustradora, la gente busque el placer fuera de ella, aunque sea de un modo efímero y artificial.

\* FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla (España).

\*\* BELLA AUNIÓN ACOSTA, Médico-Psiquiatra del Hospital Universitario. Sevilla.