

PRINCIPIOS INSPIRADORES DE UNA NUEVA POLÍTICA SOBRE DROGAS *

Dr. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS **

I. En el ámbito dentro del cual nos movemos debe partirse de un concepto de "drogas" referido a sustancias cuya característica fundamental, al margen de eventuales daños directos a la salud, sea la creación de dependencia respecto a ellas en quienes las consumen. Es esta consecuencia lo que otorga especificidad y autoriza un tratamiento separado al fenómeno social del tráfico y consumo de ciertas sustancias. Los instrumentos de política legislativa y social españoles, tanto centrales como autónomos; así como la doctrina penal española, han asumido con convicción tal punto de partida¹. No puede decirse lo mismo del convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, cuyo artículo 2.4.a)II da pie a la inclusión de sustancias de las que no esté probado su efecto de dependencia, como de hecho está sucediendo²; ni del Informe Stewart-Clark, que dio origen a la postura del Parlamento europeo³, y ello pese a que las definiciones de la OMS siguen girando en torno a la nota de dependencia.

Procede asimismo diferenciar, por la variada entidad de sus efectos, entre las que producen dependencia física y psíquica, o solo esta última. Entre las primeras hay que incluir a los opiáceos, el alcohol y los barbitúricos; entre las segundas a las anfetaminas, inhalantes y derivados de la coca; tienen un descenso notable

* El presente trabajo es la versión en lengua española del artículo "Drugs Policies in Western Europe. Spanish paper. II", presentado en el Congreso Internacional sobre "Política de drogas en Europa Occidental" celebrado en Tilburg (Holanda), y que se va a publicar próximamente en lengua inglesa. El trabajo a su vez está fundado en una publicación más extensa que apareció en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* en 1987, si bien contiene informaciones y opiniones nuevas que no estaban incluidas en el artículo del anuario.

** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga, Málaga (España).

¹ Así, en el *Plan Nacional sobre Drogas* aprobado el 24 de julio de 1985 y actualmente en aplicación (véase en "Legislación sobre drogas", Madrid, Edit. Tecnos, 1986, págs. 800-801), y en la *Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña* de 25 de julio de 1985 (véase en *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 572, de 7-8-85, Preámbulo y art. 3), así como la práctica totalidad de la doctrina española, recogida en DíEZ-RIPOLLÉS, "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, pág. 373.

² Por ejemplo, véase el fundamento de las propuestas de inclusión en el convenio de cinco nuevas sustancias, contenidas en el documento E/CN.7/1987/11 de 2 de diciembre de 1986, de la Comisión de estupefacientes de Naciones Unidas.

³ Véanse apartados 30-34, 45, 54-56, 119, 246 del *Informe* (Documento A 2-114-/86 serie A, de fecha 2 de octubre de 1986. Documentos de sesión. Parlamento europeo. Comunidades europeas).

y aun no aparece la dependencia psíquica en el tabaco, derivados del cannabis y alucinógenos. Distinciones similares a la acabada de realizar son frecuentes en la doctrina penal española⁴, mientras que el Informe Stewart-Clark evita sacar conclusiones a tenor de la mayor o menor dependencia creada por la droga, y menos aún las Naciones Unidas⁵.

II. Las reiteradas alusiones a normalizar y racionalizar el trato social con las drogas se quedan con frecuencia a medio camino: no basta con una actitud resignada, derivada de la comprobación del enraizamiento del consumo de drogas en todas las culturas, y de la convicción de que nunca desaparecerá por completo de nuestras sociedades⁶. Es preciso desarrollar la distinción entre el uso y el abuso de drogas, considerando al primero como un comportamiento susceptible de valoración positiva en la medida que fomente la autorrealización personal y las posibilidades de comunicación intersubjetivas⁷.

III. La política sobre drogas debe dejar de distinguir, lo más rápidamente posible, entre drogas legales e ilegales. Tal distinción no está justificada por su capacidad adictiva, ni por su nocividad para la salud. Tampoco se aprecia una relevante diversidad en las pautas vitales que favorecen unas u otras, más allá de las vinculadas al hecho diferenciador de la prohibición. Las alegaciones basadas en el enraizamiento cultural de ciertas drogas en nuestras sociedades han dejado de tener peso tras la internacionalización de la política de drogas, reclamada por todos: la distinción se convierte en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos que, simultáneamente, obligan a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas pero ajenas a la suya propia, mientras fomentan el consumo de nuevas drogas propias de la cultura occidental. Por otro lado, las evidentes similitudes entre ambos tipos de drogas dificultan la eficacia de cualquier política preventiva que pretenda mantener la distinción. Las diferentes consecuencias respecto a la integración social de los consumidores en unas u otras proceden simplemente de su diverso trato legal. Este planteamiento unificador va haciendo progresos en los documentos regionales europeos⁸ y en los

⁴ Véase a Díez RIPOLLÉS y la doctrina por él citada, *op. cit.*, pág. 374.

⁵ Véanse apartados 30-34, 246, 45, 54-56, 119, del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, y su análisis, así como el de los recientes documentos de Naciones Unidas sobre este punto en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 348 y ss., 358.

⁶ Estado de ánimo muy generalizado en los documentos del Parlamento europeo ("Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartado 248, y opinión minoritaria en pág. 96), instancias oficiales españolas (*Plan Nacional sobre Drogas, op. cit.*, pág. 800) y doctrina española (véase la doctrina citada por Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 374-375).

⁷ En la misma línea, BERISTAIN IPIÑA, "Delitos de tráfico ilegal de drogas", en *la reforma del Código Penal de 1983*, t. v, vol. 2, Madrid, Edit. Edersa, 1985, pág. 803; PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1986, págs. 3-4, 44.

⁸ Así, claramente la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, pág. 96, y diversas intervenciones de representantes de los grupos parlamentarios de izquierda en el debate que tuvo lugar con motivo del citado informe en el pleno del Parlamento europeo el día 7 de octubre de 1986 (*Débats du Parlement européen*. Documento núm. 2-343).

españoles⁹, pero aún no se ha concretado debidamente en todos los sectores legislativos y ejecutivos.

La tendencia al trato unificado acarrea el riesgo de que se tome como modelo de actuación el seguido hasta ahora con las drogas ilegales, generalizándose, si no la represión penal, al menos duras medidas de control de tráfico y consumo de drogas legales, algo que comienza a esbozarse especialmente en ciertas comunidades autónomas¹⁰, e incluso últimamente en el plano nacional¹¹. La postura debiera ser la inversa: es la política preventiva respecto a las drogas legales seguida con éxito en diversos países la que debiera condicionar una política unificada hacia las drogas.

IV. Comparto la opinión extendida de que el fenómeno de la droga solo podrá abordarse con éxito en el marco de una política integrada, que incida sobre todas las fases, desde su producción o cultivo hasta el consumo. En cuanto al modo de incidir en todo ese proceso, estimo que la política represiva hasta ahora fundamentalmente seguida, al margen de objeciones de otro tipo, ha demostrado claramente su fracaso. Procede poner el énfasis sobre la demanda de drogas, y no sobre la oferta, como ha venido sucediendo con la política represiva. Con ello no hago más que recoger un estado de ánimo muy difundido en los foros europeos¹² y en las diversas esferas españolas analizadas¹³. El citado enfoque choca frontalmente con la actual política de las Naciones Unidas, claramente orientada a la represión de la oferta¹⁴. Su influencia se ha dejado sentir en el ámbito europeo y español,

⁹ Así, "Informe de la Comisión especial de investigación sobre el tráfico y consumo de drogas en España". *Boletín de las Cortes Generales*. Senado. II Legislatura. Serie 1, núm. 206, de 25-11-85, págs. 8276-8278. En la doctrina española (véanse citas en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 378) resulta frecuente aludir a los efectos distorsionadores para la prevención que causa el tratamiento diferenciado de unas u otras drogas.

¹⁰ En especial, *Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña* de 25 de julio de 1985, arts. 15 y ss. y *Proyecto de ley sobre prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencia que se está tramitando en la actualidad en el Parlamento Vasco* (véase en *Boletín Oficial del Parlamento Vasco*, II Legislatura, Serie A, núm. 15 [a] de 23 de febrero de 1988).

¹¹ Véase el R. D. 192/1988, de 4 de marzo.

¹² Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 153 y 24; numerosas intervenciones de representantes de todos los grupos al debatir el citado informe en el pleno del Parlamento (*Débats du Parlement européen*, Doc. cit.), lo que se plasmó en una mención expresa en el punto 12 del proyecto de resolución sometido al Consejo de Ministros de las Comunidades europeas mediante "Resolución sobre el problema de la droga" adoptada por el Parlamento europeo el 9 de octubre de 1986 (*Diario Oficial de las Comunidades europeas*, núm. C283, de 10-11-86).

¹³ Así, "Informe de la Comisión especial de investigación sobre el tráfico y consumo de drogas en España", *op. cit.*, págs. 8279-8281; "Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado. Comparecencia del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas". *Diario de sesiones del Senado*. Cortes Generales. III Legislatura, núm. 7, de 4-11-86, págs. 8, 12, 18, 19. La opción por la primacía del enfoque preventivo frente al represivo está generalizada en la doctrina española. Véanse las citas recogidas por Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 376.

¹⁴ Al respecto resulta muy ilustrativo seguir los documentos que, en cumplimiento de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 39/141 de 14 de diciembre de 1984, están emanando

reforzando a los sectores de opinión y a los países europeos que poseen una actitud más matizada respecto a la colocación en un lugar secundario de la política represiva.

En España, el reforzamiento de las tendencias represivas de Naciones Unidas ha coincidido con un momento de especial esperanza en las opciones preventivas, plasmada en aspectos prácticos en el Plan Nacional sobre Drogas. La paulatina recepción en nuestro país de tales corrientes internacionales¹⁵, unida a ciertos equívocos y reproches injustos dirigidos contra la legislación española en foros europeos¹⁶, han sido los directos causantes del retroceso de la opción preventiva, claramente apreciable en la reciente reforma penal, en un país donde aún no se había experimentado a fondo la alternativa preventiva ni se habían recogido sus frutos acreditados en otros países con anterioridad. La citada reforma implica, dada la íntima conexión entre los diferentes aspectos involucrados, poner en peligro los logros que se venían obteniendo con las actuaciones preventivas y asistenciales desarrolladas en el plan nacional de drogas, con frecuencia no compatibles con una intensa represión como la que se establece.

V. Con respecto al contenido de la mayor parte de las medidas preventivas y asistenciales recaentes sobre la demanda hay amplio acuerdo en las diversas

de la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social, con miras a la elaboración de una nueva convención contra el narcotráfico. Muy significativos hasta el momento son los titulados "Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico" (Documento E/CN.7/1985/19 de 14 de enero de 1985) y "Aplicación y elaboración de instrumentos internacionales sobre la fiscalización de estupefacientes y sustancias psicotrópicas" (Documento E/CN.7/1987/2 de 17 de junio de 1986), que contiene un proyecto preliminar de nueva convención contra el narcotráfico, el cual ha sido objeto de revisión por un grupo de expertos, cuyo resultado consta especialmente en los *Documentos E/CN.7/1988/2 Part. II y IV*. Solo en los últimos documentos comienzan a surgir algunas referencias a la posibilidad de actuaciones rehabilitadoras (art. 2.2 del texto revisado de proyecto de convención).

¹⁵ En el plano oficial tal recepción encuentra inequívoca plasmación en las afirmaciones del ministro de Sanidad y Consumo expuestas en su comparecencia ante la Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de los Diputados el 14 de mayo de 1987 (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Cortes Generales, III Legislatura, núm. 133, págs. 4982 y ss.), que hacen continua referencia al cambio en la política legislativa sobre drogas registrada en especial en los órganos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa, que apuestan claramente por la represión, cambio al que las instancias oficiales españolas desean diligentemente adaptarse (véanse en especial págs. 4985, 4986, 4989, 4990, 4991, 4995, 4997, 5001, 5002, 5015).

¹⁶ Así, el Informe Stewart-Clark y los grupos parlamentarios de la derecha en el debate que sucedió a la presentación de tal Informe centraron sus críticas en la política sobre drogas española y holandesa. Véase una recopilación de ellas en Díez RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 361-362. El delegado del gobierno para el Plan Nacional de Drogas, en su comparecencia al Senado en noviembre de 1986 ("Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado", *op. cit.*, págs. 20-21) reconoce la mala imagen que la política sobre drogas española tiene, en muchos casos debido a informaciones equivocadas, ante otros gobiernos europeos. Por el contrario, en mayo de 1987, una vez producido el cambio de política sobre drogas en España, el ministro de Sanidad y Consumo, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, niega que alguna vez se hayan producido tales recelos en Europa (*Comisión de Política Social y de Empleo*, *op. cit.*, pág. 4997).

instancias europeas y españolas, fruto de la experiencia acumulada en diversos países. No debe olvidarse en cualquier caso que la eficacia en la reducción de la demanda está directamente relacionada con la capacidad para integrar el problema dentro de una oferta de modelos vitales edificada sobre la autonomía personal, con el grado de actividad no institucional desarrollada por la sociedad civil, al margen de con la mejora general de las condiciones de vida¹⁷. Hay ciertas medidas, en cualquier caso, que resultan polémicas: deben rechazarse enérgicamente las pretensiones de realizar una labor educadora preventiva intensa en edades muy tempranas, necesariamente basada casi exclusivamente en componentes emocionales, por el abuso que ello supone de la capacidad de autodeterminación personal, aún no desarrollada ni siquiera en grados mínimamente operativos, sin contar los posibles efectos contraproducentes para la vida futura de esas personas¹⁸. Es preciso igualmente fijar con esmero los límites hasta donde se puede llegar en las actividades de asistencia, sean desintoxicadoras o rehabilitadoras: entre ellos, debe encontrarse la observancia del derecho a la diferencia, rechazando el uso de pautas valorativas más allá de las estrictamente necesarias para salir de la dependencia¹⁹. En esa misma línea, debe prestarse atención a los modos de actuar, en ocasiones al parecer demasiado presionantes, de las comunidades terapéuticas²⁰. Deben evitarse interpretaciones demasiado rígidas del concepto de asistencia, la cual deberá incluir información o suministro de útiles para asegurar un consumo lo menos nocivo posible de drogas, sin que ello suponga su promoción²¹.

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

VI. Más allá del mayor o menor énfasis colocado en actuaciones preventivas o asistenciales frente a las represivas, cuestión adicional es la de la conveniencia de prescindir del enfoque represivo penal o cambiar sustancialmente su configuración. Aquí ya no solo se trata de lograr una mayor eficacia sino, igualmente, de razones de principio. El tema, como era de esperar, no ha encontrado eco en los órganos de las Naciones Unidas, atentos solo a un incremento de la represión, pero ocupa un importante lugar en las preocupaciones del Parlamento europeo²².

¹⁷ Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartado 44 y opinión minoritaria, pág. 99; "Informe de la Comisión Especial de Investigación sobre el Tráfico y Consumo de Drogas en España", *op. cit.*, págs. 8280, 8282; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, págs. 802-804.

¹⁸ Tal propuesta fue recogida, sin embargo, entusiásticamente por el "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 155-157.

¹⁹ Así claramente, el "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8288; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, págs. 805-806; *Proyecto de ley* en tramitación en el *Parlamento Vasco*.

²⁰ Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 211 y ss.; "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8289.

²¹ En este sentido la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, pág. 99.

²² Así, el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 116-123) se plantea tal posibilidad, que la resuelve en sentido negativo, aunque propone seguir discutiendo sobre ella, mientras que la opinión

Desgraciadamente los planteamientos globales de despenalización son expresamente rechazados en la actualidad por las instancias oficiales españolas²³, y tienen una escasa representación en las doctrinales²⁴. Ello se explicaba hasta hace poco por la sensación de acoso internacional que se vivía en España tras la clara primacía otorgada al enfoque preventivo y asistencial y la limitada liberalización, claramente exagerada y malinterpretada en los foros europeos, realizada en 1983; la reciente opción oficial española por la primacía de la represión explica la ausencia de pronunciamientos oficiales en este sentido.

La despenalización en dicho foro europeo se plantea en términos de eficacia: se ha comprendido que la problemática de la droga en la actualidad no reside solo o principalmente en los daños derivados de su consumo, sino en el surgimiento de poderosas organizaciones de narcotraficantes que afectan o van a afectar a la organización institucional de muy diversos Estados y aun de todo el mundo democrático, idea también frecuente en los órganos de las Naciones Unidas²⁵. La cuestión en el Parlamento europeo se centra en reflexionar si la despenalización no disminuiría drásticamente los beneficios de los narcotraficantes, privándolos consecuentemente de su poderío económico e institucional. La alternativa se ha rechazado por el momento de forma mayoritaria, aunque sin tomar una decisión definitiva²⁶.

Discrepo de buena parte de los argumentos que fundamentan o pronostican la ineffectividad de tal medida: afirmar que la despenalización no contribuiría a disminuir el número de consumidores sino todo lo contrario, supone olvidar que tal opción politicocriminal va dirigida básicamente a privar de su poderío a los

narcotraficantes y no a reducir el consumo, meta esta que se procura lograr por medio de disposiciones preventivas, que cabe incluso imaginar serán a la larga más eficaces si ya no están lastradas por un trasfondo represivo o por campañas contrapuestas de promoción bien dotadas económicamente por parte de los narcotraficantes. La descalificación de las limitadas experiencias despenalizadoras realizadas en países como Holanda, tropieza con valoraciones opuestas²⁷. En el fondo, lo que frena tal alternativa es la ausencia de la suficiente energía política para explicar a la población las ventajas que a medio y largo plazo se derivarían de la opción despenalizadora del tráfico y preventiva del consumo, y para afrontar con la suficiente capacidad de convencimiento los previsibles períodos de impaciencia que surgirían en la sociedad hasta el momento en que se comenzaran a apreciar los efectos de tal opción, con el coste político que implicarían.

Pero la problemática no debe analizarse exclusivamente en términos de eficacia, es preciso entrar en cuestiones de principio. Para ello hay que preguntarse cuál sea el bien jurídico que se pretende proteger. En una sociedad pluralista no procede considerar tal la salud moral de los ciudadanos, como sin embargo se señala en los actuales convenios internacionales y se repite en los órganos de las Naciones Unidas²⁸, por más que se mire en compañía de otros bienes; si el problema radicara solo en eso no habría dudas respecto a la despenalización y, todo lo más, la introducción de ciertas medidas blandas de presión social (alta fiscalidad, restricciones espaciales) como, en mi opinión discutiblemente, se está haciendo respecto a ciertos comportamientos tolerados pero no aceptados plenamente por la sociedad (pornografía, juegos ilícitos).

La opinión más extendida de que lo que se protege especialmente es la salud pública, debe ser reconsiderada²⁹: en primer lugar, porque la protección penal de la salud pública está basada, con la única excepción del delito de tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrir aquellos o dejar de obtener estas. Por lo demás, resulta una analogía inaceptable con las enfermedades infecciosas afirmar que estamos ante un problema de salud colectiva alegando que el consumo de drogas es contagioso, en cuyo caso sería irrelevante el consentimiento en el daño del agente propagador. Como en cualquier caso estamos ante sustancias similares a las contenidas en los restantes delitos contra la salud pública, deberían estar sometidas en este punto a un trato penal semejante, tendente a asegurar el control administrativo de su producción y venta, así como a controlar su calidad, en línea con lo señalado

²⁷ Lo que se aprecia de modo especial en las diversas intervenciones registradas en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats ...*, doc. cit.) y también en el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 118-119).

²⁸ Véanse los preámbulos de la convención única de 1961 y del convenio de sustancias psicotrópicas de 1971, en "Legislación sobre drogas", *op. cit.*, págs. 201, 267. Asimismo las resoluciones 39/141 y 39/142 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

²⁹ La consideración de la salud pública como bien jurídico predominante está muy extendida entre la doctrina española (véase DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 378).

minoritaria ("Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, págs. 95, 96, 98), más inclinada a esa solución, propone la convocatoria de una conferencia internacional que estudie la viabilidad de una política antiprohibicionista ligada a campañas informativas sobre los riesgos del consumo de drogas. La discusión a favor o en contra de la legalización del tráfico de drogas se prolongó en el Pleno del Parlamento europeo (véase "Débats du Parlement européen", *op. cit.*), y dio lugar a que en el proyecto de resolución sometido para su aprobación al Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas se estipulara el compromiso de convocar una conferencia europea para "estudiar todos los efectos e implicaciones del consumo de drogas a fin de evaluar, entre otras cosas, las actividades de las organizaciones delictivas y, en particular, las consecuencias físicas y sociales de las drogas" (véase "Resolución sobre el problema de la droga", *op. cit.*).

²³ Si en el "Informe de la Comisión Especial del Senado" y en el "Plan Nacional de drogas" (*op. cit.*) llamaba la atención la ausencia de referencias a la alternativa de la despenalización, en la comparecencia del ministro de Sanidad y Consumo ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, (*op. cit.*, págs. 4989, 50001) ya hay manifestaciones explícitas en contra, en línea con el cambio de política registrado.

²⁴ Véanse opiniones en tal sentido recogidas en DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, págs. 376-377.

²⁵ Así, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartado 6; y opinión minoritaria, *op. cit.*, pág. 95. Igualmente "Iniciación de la elaboración de un proyecto de convención ...", *op. cit.*, Preámbulo.

²⁶ Véase "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 116 a 123; y opinión minoritaria, *op. cit.*, pág. 98. La cuestión fue también ampliamente debatida en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats du Parlement européen ...*, doc. cit.).

recientemente por algún otro autor español³⁰ y con el tipo agravado basado en la adulteración de la droga, acabado de introducir en el Código Penal español³¹.

En segundo lugar, porque progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud sino la pérdida de autonomía personal del consumidor. Esta evolución hacia su consideración como delito contra la libertad individual, aunque también presente en Europa, es especialmente rastreable en España, donde el propio concepto de droga, los criterios de distinción entre blandas y duras, los tipos agravados referidos a menores e incluso a determinados centros, las nuevas agravaciones referidas a personas carentes o con disminución de la imputabilidad, o sometidas a procesos de desintoxicación o rehabilitación, la impunidad del consumidor ... se construyen en torno a la pérdida de libertad. Aunque la doctrina³² y ciertos círculos oficiales³³ son conscientes de esta dimensión, solo algún autor aislado ha propuesto actuaciones político-criminales consecuentes con ella³⁴. En mi opinión, más allá del tratamiento penal propuesto en el párrafo anterior, debieran integrarse en los delitos contra la libertad individual unos tipos que castigaran el tráfico de drogas entre personas carentes de la suficiente libertad de decisión, en las que, por consiguiente, su consentimiento ha de considerarse ineficaz. Allí debiera aludirse a los menores de edad, pero también a adultos con imputabilidad ausente o disminuida, colocados en determinadas situaciones de prevalimiento o intensa presión psíquica, sometidos a procesos de desintoxicación o rehabilitación, o que se encuentran de forma manifiesta sometidos a las consecuencias de la dependencia física y mientras esa situación perdure. Cabría establecer distinciones o supuestos de impunidad a tenor de la clase e intensidad de la dependencia producida por la sustancia. En cualquier caso supone dejar impune todo tráfico entre adultos libres^{34 bis}. Sin duda estos tipos penales influirían básicamente sobre las fuentes de tráfico más cercanas a los consumidores.

Los niveles altos del narcotráfico precisan de un tratamiento penal diverso. Ante todo, ellos serán los más directamente afectados por los tipos de control encuadrados entre los delitos contra la salud pública. Pero además es necesario sacar las debidas consecuencias de la extendida opinión en los foros internacionales sobre la amenaza institucional que suponen las organizaciones de narcotraficantes.

³⁰ Así, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, Edic. Ariel, 1986, pág. 278.

³¹ Véase nuevo art. 344 bis a) 5º del Código Penal español.

³² Véase la doctrina española en este sentido recogida por DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 379.

³³ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8280; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, pág. 802.

³⁴ Así, BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, págs. 277-278.

^{34 bis} La reforma del Código Penal español de 1988 ha introducido o consolidado tipos agravados que atienden a algunas de esas situaciones de ausencia de libertad (véase art. 344 bis a)), pero sin renunciar a la penalización del tráfico entre adultos libres.

Ello implica trasladarse al ámbito de los delitos contra el orden socioeconómico³⁵. Conocida es la polémica mantenida en España respecto a lo que deba entenderse por orden socioeconómico como objeto de protección en el ámbito jurídicopenal³⁶; para nuestros fines es irrelevante, pues incluso partiendo del concepto más estricto resultan fácilmente encuadrables los comportamientos a los que estamos aludiendo. En efecto, se trata de actuaciones monopolísticas u oligopolísticas que inciden sobre todos los ámbitos de la libre competencia, desde los mecanismos de formación o determinación de los precios hasta la salvaguarda de los derechos de los consumidores, y que implican una violación masiva de las leyes de contrabando y control de cambios, por no citar los efectos, más genéricos, producidos sobre todo el sistema financiero. Procede por consiguiente habilitar instrumentos penales que contemplen los comportamientos delictivos de las organizaciones de narcotraficantes desde este punto de vista, en lugar de conformarse con inoperantes agravaciones en ámbitos jurídicopenales que no responden a las auténticas características de esta criminalidad.

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

VII. Si, abandonando planteamientos globales sobre la posible configuración de la alternativa represiva, partimos de la situación actual y nos ocupamos de posibles modificaciones parciales, llama la atención la frontal oposición entre los órganos de Naciones Unidas, que están proponiendo una ampliación del concepto de *cannabis*, o de estos y la mayoría del Parlamento europeo, que se niegan a distinguir entre droga blanda y droga dura³⁷, y la actitud minoritaria del citado Parlamento así como la de las entidades oficiales y doctrinales españolas que abogan con energía por el mantenimiento de la distinción³⁸, llegando en ocasiones, en especial órganos

³⁵ Así, GARCÍA-PABLOS MOLINA, "Bases para una política criminal de la droga", en *La problemática de la droga en España*, Madrid, Edit. Edersa, 1986, pág. 376; BERISTAIN IPIÑA, "Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica", en *Delitos contra la salud pública*, Universidad de Valencia, 1977, pág. 59; BOIX REIG-MIRA BENAVENT, "La reforma penal en relación con la problemática de la droga", en *Drogas: Aspectos jurídicos y médico-legales*, Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, 1986, pág. 15.

³⁶ Véase una recopilación de los diferentes pronunciamientos doctrinales en DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 392.

³⁷ Respecto a lo primero, véase el art. 1 e) del proyecto preliminar de nueva convención (*Documento E/CN.7/1987/2*), y la modificación propuesta por el grupo de expertos que, aunque elude la mención expresa a tal ampliación, la posibilita al sustituir el término "drogas" por el de "sustancias" en relación a las listas de la convención de 1961 (*Documento E/CN.7/1988/2 (Part. II)*). Respecto a lo segundo, véase la ausencia de referencias a la distinción en los documentos de Naciones Unidas, y la negativa a distinguir entre el tráfico de drogas duras y blandas en el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 119-122), corroborada por la actitud de los grupos parlamentarios de la derecha en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats ...*, doc. cit.).

³⁸ Así, opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, pág. 98; igualmente grupos parlamentarios de izquierda en el Pleno del Parlamento europeo (véase "Débats ...", *op. cit.*, pág.

oficiales holandeses e importantes sectores doctrinales españoles³⁹, a poner parcialmente en práctica o solicitar la despenalización del tráfico de *cannabis*. Estimo que la distinción entre drogas de una y otra clase se ajusta no solo al diverso contenido de lo injusto de las conductas de tráfico, sino también al planteamiento realista, desligado de exageraciones e irracionalidades, que se demanda para tener éxito en la prevención. Por lo demás, la distinción, dado que gira en torno a la producción de dependencia, así como la despenalización de las drogas blandas que se estime no producen una dependencia de entidad, va en la línea antes apuntada de adaptación al menos de parte de estos tipos a la idea de protección de la libertad individual.

VIII. La persistencia de los círculos oficiales, jurisprudenciales y doctrinales españoles en el mantenimiento de la impunidad del consumo y de las actividades directamente ligadas a él, compartida por algún país europeo y por la postura minoritaria del Parlamento europeo⁴⁰, la considero plenamente acorde con los bienes jurídicos dignos de protección en este ámbito: ni puede negarse el derecho al uso de la droga, ni debe actuarse sobre la víctima de la promoción del abuso de la droga. Por lo demás, el tratamiento diferenciado del consumidor, toxicómano o no, es una idea y una práctica generalizadas, con diferente intensidad, como mínimo, en todo el ámbito europeo.

En la medida en que el traficante actúe para satisfacer sus necesidades derivadas de la dependencia, debe ser tratado en la misma forma que el consumidor toxicómano. De todos modos la trascendencia de su actuación sobre otras personas, salvo reformas legales de más largo alcance que discriminen según el tipo de personas a las que dirige su actividad, aconseja una penalización no demasiado intensa pero rica en la oferta de sustitutivos penales que giren en torno a la superación de la dependencia. Por diversas vías, a esta conclusión han llegado también los medios oficiales y doctrinales españoles, plasmándose en la última reforma, así como las propuestas del Parlamento europeo, sin faltar en ambos ámbitos propuestas

8283); "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, pág. 804; y la gran mayoría de la doctrina, que señala además que la jurisprudencia desde hace tiempo venía practicando tal distinción en la medición de la pena (véase a Díez Ripollés, *op. cit.*, págs. 380-381).

³⁹ Respecto a España, véanse a los numerosos penalistas contrarios a la penalización del tráfico de *cannabis*, incluso con análisis de *lege lata*, no secundados por la jurisprudencia, y de *lege ferenda*, en Díez Ripollés, *op. cit.*, pág. 381.

⁴⁰ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8283; comparecencia del delegado del gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, ante la Comisión de Sanidad y Seguridad Social del Senado, *op. cit.*, pág. 21; muy decidida y prácticamente unánime en este punto es la doctrina española, que ha sido secundada por la jurisprudencia desde los años 70 como mínimo (véase a Díez Ripollés, *op. cit.*, págs. 383-384). En la misma línea, la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, pág. 98), y los grupos parlamentarios de izquierda en el Pleno del Parlamento europeo (véase "Débats ...", *op. cit.*).

meramente despenalizadoras⁴¹. Los sustitutivos penales han tardado en aparecer en los proyectos de nuevo convenio de las Naciones Unidas⁴².

IX. Las pretensiones de las Naciones Unidas de ampliar el concepto de lo que debe entenderse como "tráfico" van más allá de lo aconsejable, en cuanto pretenden incluir comportamientos que carecen de las características propias de toda actividad mercantil⁴³. La regulación española, que tras la reforma de 1983 tenía especial cuidado en dejar fuera actividades no mercantiles, ha introducido en 1988 una nueva redacción tipificadora que permite castigar toda clase de conductas que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas, dando una amplitud desmesurada a la punición y atentando además contra el principio de seguridad jurídica⁴⁴. Lo adecuado sería partir de un concepto de tráfico que corresponda a los actuales procedimientos de la mercadotecnia, lo que supone incluir tanto desplazamientos onerosos como gratuitos realizados con el fin de crear o ampliar mercado. Los restantes desplazamientos gratuitos son impunes. Las actividades de propaganda que no utilicen el mecanismo de la donación son difícilmente incluibles en el concepto de tráfico, aunque podría forzarse una interpretación en ese sentido.

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

X. Las nuevas figuras delictivas propuestas por los órganos de Naciones Unidas merecen una especial reflexión⁴⁵.

En primer lugar la configuración como delito autónomo de los actos preparatorios de fabricar, distribuir o poseer materiales o equipos *destinados* a la producción

⁴¹ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, pág. 8283; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, pág. 805; Díez Ripollés (*op. cit.*, pág. 385) recoge la numerosa doctrina española en esta línea. Tales pretensiones han encontrado eco en la reforma de 1988; a tenor del art. 93 bis. También "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 10, 108, 110, 111) y su opinión minoritaria. (*Ibidem*, pág. 98).

⁴² Ello no había sucedido hasta la reformulación del proyecto de convenio por un grupo de expertos en octubre de 1987 (véase texto revisado del proyecto en documento E/CN.7/1988/2, Part. II, en concreto art. 2.2 c).

⁴³ Véanse las alusiones a "delivery on any terms whatsoever" y a "facilitating of the aforementioned operations or activities" en el art. I.i del proyecto preliminar de convención (*Documento E/CN.7/1987/2*), o a la primera expresión y a la con ella relacionada, de "possession of any controlled substance for the purpose of any of the foregoing activities", mencionadas en el proyecto revisado del grupo de expertos (*documento E/CN.7/1988/2 (Part. II)*).

⁴⁴ Véase el art. 344 del Código Penal tras la reforma del 1988.

⁴⁵ Utilizaremos los documentos que contienen el proyecto preliminar de convención y el texto revisado de tal proyecto realizado por un grupo de expertos (*Documentos E/CN.7/1987/2 y E/CN.7/1988/2 (Part. II, IV)*).

o fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁴⁶ es susceptible ante todo de las críticas propias de toda tipificación *sui generis* de actos preparatorios: su manifiesta lejanía de la lesión del bien jurídico, de forma que difícilmente puede hablarse de que se esté poniendo de algún modo en peligro; además, la poca concreción de las exigencias subjetivas y las dificultades de prueba que cabe esperar del variado destino a que pueden ser asignados tales materiales o equipos (piénsese en una máquina de encapsular), hace temer que no se respeten en la aplicación de tal precepto los principios de seguridad jurídica y legalidad. En cualquier caso, no deja de ser disfuncional el castigo de tales actos preparatorios mientras una fase intermedia entre estos y la producción o fabricación de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, es decir, la producción, distribución o posesión de los precursores químicos a partir de los cuales se obtienen los estupefacientes o sustancias psicotrópicas solo esté sometida a medidas de fiscalización administrativa⁴⁷; el contraargumento de su utilidad para la obtención de productos lícitos es igualmente válido para los materiales o equipos sobre los que se quiere establecer la penalización; una prueba de que se puede ser más consecuente la da el propio Proyecto de Convención respecto a la *cannabis* al querer ampliar su concepto hasta incluir las semillas, imprescindibles para su cultivo⁴⁸. Por todo lo dicho, no ha de extrañar el escaso eco de esta propuesta ampliatoria de la punición en los foros europeos y aun fuera de ellos. Por lo que respecta a España, su introducción iría en contra de la opinión generalizada de que la posesión de semillas, plantas, materias primas, etc., para cultivar o fabricar drogas es y debe seguir siendo impune en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁹.

Respecto a las nuevas conductas cercanas a la receptación propuestas consistentes en la adquisición, posesión, transferencias o blanqueo del producto derivado directa o indirectamente del tráfico ilícito, hay que reconocer la favorable acogida que han tenido en el ámbito europeo, siempre que se asegure que el receptor deba conocer que el producto procede del tráfico ilícito⁵⁰. Una tal receptación

⁴⁶ Véanse art. 2.1 b) del proyecto preliminar, y 2.1.A)ii, b)ii del texto revisado. Este último texto restringe la conducta prohibida al exigir que el sujeto conozca el destino ilícito de tales materiales y equipo.

⁴⁷ Así en el proyecto preliminar, art. 8°.

⁴⁸ Véase art. 1.e) del proyecto preliminar y del texto revisado, y *supra* nota 37. El grupo de expertos ha caído en la cuenta de esta contradicción y ha incluido en el concepto de tráfico ilícito, en el último momento, el "traffic in specific chemicals contrary to article 8° of the present Convention" (véase texto revisado art. 1.h)), lo que no parece ser la forma adecuada de resolver esta contradicción. Lo procedente sería eliminar el castigo autónomo de estos actos preparatorios.

⁴⁹ Así CONDE PUMPIDO ("El tratamiento penal del tráfico de drogas: Las nuevas cuestiones", en *La problemática de la droga en España*, Madrid, Edit. Edersa, 1986, pág. 125), en un análisis anterior a la reforma de 1988, pero que puede mantenerse sin dificultad tras esta.

⁵⁰ Véanse arts. 2.1 c) del proyecto preliminar, y 2.1.a)iii, b)i del texto revisado, en los que ya se alude al elemento subjetivo citado.

En cuanto a Europa, países muy significados presentaron observaciones al proyecto preliminar, precisamente aceptando estas nuevas figuras delictivas siempre que se introdujera el correspondiente elemento subjetivo (véanse Documentos E/CN.7/1987/2/Add.1 y 2). Acepta también estas medidas

tiene las siguientes peculiaridades, respecto al concepto habitualmente manejado de receptación propia en nuestra legislación: en primer lugar, deberá responder en un buen número de ocasiones al supuesto, no abarcado en el 546 bis a), de la receptación sustitutiva, ya que en lo que se está pensando no es solamente en la receptación de los "efectos" del delito, es decir, de las sumas monetarias obtenidas del tráfico de drogas, sino también de la de los bienes obtenidos con ese dinero; en esa línea está la referencia a que se derive directa o indirectamente del tráfico⁵¹. Por otra parte, el bien jurídico protegido no es el mismo que el del delito de cuyos efectos se aprovecha el receptor, pues no cabe pensar que con esta receptación se esté lesionando la salud pública⁵². Asimismo, no se respetaría el límite de que el delito base fuera "contra los bienes", pues hoy por hoy lo es contra la salud pública, y solo un concepto muy amplio de aquellos permitiría tal cosa⁵³. Todo lo anterior no ha impedido la introducción en el Código Penal español de 1988 de un precepto que en buena parte recoge las propuestas de Naciones Unidas en este punto, dando lugar a un supuesto de receptación específica⁵⁴. En cualquier caso la necesidad que se siente de crear un tipo cercano a la receptación, así como las dos últimas diferencias que se originan frente al 546 bis a), nos recuerdan la inadecuada calificación de estas conductas, cuando se trata de los niveles altos de tráfico, como delitos contra la salud pública y no contra el orden socio-económico.

Por otra parte, y al margen de la ampliación que supone la receptación sustitutiva, será habitual en este tipo de conductas que la receptación propia o conjunta

el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 103-106), y se consideran convenientes en diversas intervenciones realizadas en el Pleno del Parlamento europeo ("Débats du Parlement européen", *op. cit.*), hasta el punto de que se alude expresamente a ellas en la "Resolución sobre el problema de la droga" que, tras los debates, adopta el citado Parlamento (véase "Diario Oficial de las Comunidades europeas", *ob. cit.*).

⁵¹ El concepto de "producto" desaparece en el texto revisado, pero la descripción de las conductas prohibidas supone una profundización en la idea de abarcar las conductas de ocultación de las ganancias derivadas del tráfico.

En general, en contra de la receptación sustitutiva en España, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, II, 1987, pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte especial, 9ª ed., 1983, pág. 546; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal*, parte especial, Barcelona, Edit. Ariel, 1986, pág. 249.

⁵² Este requisito de la relativa equivalencia de ambos bienes jurídicos lo exigen, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 391-392; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, parte especial, Universidad de Sevilla, 1985, pág. 314.

⁵³ Rechazarían tal inclusión BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 334; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 545; MARTOS NÚÑEZ, *El delito de receptación*, Montecorvo, 1985, págs. 195 y ss.; RODRÍGUEZ MOURUILO, *Comentarios al Código Penal*, t. 1, Edic. Ariel, 1976, pág. 921. Podrían quizás aceptarla, BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, págs. 249-250; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pág. 316.

⁵⁴ Véase el nuevo art. 546 bis f) del Código Penal español.

se haya pactado de antemano, por lo que la jurisprudencia no aplicará el nuevo tipo sino autoría o participación en el tráfico de drogas⁵⁵.

Queda, por último, lo relativo a la nueva regulación que se propone de los grados de participación y ejecución en estos delitos, y que implica un desmesurado adelantamiento de las barreras de protección penal. En primer lugar se propone el castigo del mero "consejo para cometer delito", como algo distinto de los restantes actos preparatorios, conspiración y provocación, también penados, y sin integrarse en los diversos grados de participación, asimismo castigados. En segundo lugar, al referir todos estos comportamientos tanto al delito de tráfico de drogas como a los delitos autónomos que recogen ciertos actos preparatorios o la receptación, el ámbito de lo punible se potencia extraordinariamente. Por otra parte, tal referencia no podría hacerse, sin más, remitiendo a las reglas genéricas del Código sobre grados de ejecución o participación, pues en virtud del art. 55 no cabe aceptar el castigo de actos preparatorios configurados de modo autónomo, o el encubrimiento de un encubrimiento tipificado expresamente, aunque sí cabe la participación en actos preparatorios autónomos, o diversos grados de ejecución en supuestos de participación autónomos⁵⁶; de nuevo habría que forzar los principios generales del Código creando tipos específicos. Pese al escaso eco que ha tenido esta propuesta de Naciones Unidas en cualesquiera ámbitos, alegándose que bastan las reglas genéricas de participación y ejecución⁵⁷, la reforma española de 1988 de modo indirecto la ha aceptado al acentuar con su nueva redacción de las conductas típicas, en especial con la inclusión de los términos "promover, favorecer o facilitar", el castigo de comportamientos muy alejados de la lesión al bien jurídico de la salud pública.

XI. El endurecimiento de las penas ya existentes, propuesto por los órganos de Naciones Unidas, ha recibido un apoyo matizado⁵⁸. Efectivamente, las referencias a que las multas deben ser proporcionadas a la cuantía de los beneficios obtenidos y a que las penas de prisión deben ser suficientemente intimidatorias, son

⁵⁵ Véase postura jurisprudencial en MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pág. 314; BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 338.

⁵⁶ Véanse las propuestas de punición de estas conductas en los arts. 2.1 d) del proyecto preliminar y 2.1.b)iii del texto revisado.

Sobre lo que supone el art. 55 de nuestro Código Penal, véase a RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, págs. 140 y 162, y t. II, pág. 240. No obstante, aun sin ser un caso exactamente igual, pues pone en relación dos delitos autónomos, se acepta por doctrina y jurisprudencia la receptación de la receptación: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 544; BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 334; MARTOS NÚÑEZ, *op. cit.*, págs. 199-202.

⁵⁷ Véanse observaciones de diversos países al proyecto preliminar de convención (Documentos E/CN.7/1987/2/Add.1 y 2).

⁵⁸ La propuesta de endurecimiento se encuentra en los arts. 2.2 del proyecto preliminar y 2.2 y 2.4 del texto revisado.

Véase un resumen de las observaciones de los diferentes países al proyecto preliminar en este punto, en DIEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 355.

Asimismo, "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 10, 108 y ss.; y diversas intervenciones en el Pleno del Parlamento europeo (véase *Débats du Parlement européen*, doc. cit.).

precedentes en los niveles de tráfico alto y medio, por más que el volumen de ganancias que actualmente se consigue es tal que resulta difícil que cualquier pena intimide, y constituye un argumento más a favor de un nuevo enfoque de la represión, en el sentido por nosotros indicado. Lo que ya no parece tan justificado es la pretensión de considerar a todos los comportamientos de tráfico de drogas como delitos graves, pasibles de penas correspondientes, o excluidos de los habituales sustitutivos penales o beneficios penitenciarios; tal actitud, rechazada acertadamente por numerosos países europeos⁵⁹, supone no valorar adecuadamente el diverso contenido de lo injusto de tales conductas y es, incluso, poco eficaz. La regulación específica del sistema de prueba para los delincuentes toxicodependientes introducida en España en 1988 refleja esa actitud diferenciada propia de los países europeos⁶⁰.

Pero la discusión se ha centrado en la propuesta de introducir una amplia regulación del embargo y comiso de los bienes producto del tráfico ilícito⁶¹. Ello supondrá, ante todo, crear un concepto específico de confiscación, distinto del contenido en el art. 48 del Código Penal que no incluye el provecho o la ganancia obtenida con la comisión del delito, en actitud similar a la adoptada en el art. 393⁶². Tal ampliación, sostenida de modo general para todo comiso por algún autor⁶³, chocará en estos supuestos con los importantes recelos que toda norma que pueda aproximarse a la confiscación general de bienes suscita en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁴, recelos que explican el que ni siquiera con la actual regulación estricta del comiso se agoten, ni con mucho, todas sus posibilidades⁶⁵. Sin duda, un comiso así entendido permitirá vincular las medidas procesales que los órganos de Naciones Unidas denominan "congelación" e "incautación", a la figura del embargo contenido en los arts. 589 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que se tratará de asegurar las responsabilidades del autor, cuando menos las penales, derivadas del comiso⁶⁶.

Los temores que suscita esta discutible ampliación del concepto de comiso y embargo se ven notablemente reforzados, como se ha podido ver en las reacciones

⁵⁹ Véanse las referencias europeas de nota anterior.

⁶⁰ Véase art. 93 bis introducido en la reforma penal española de 1988.

⁶¹ Véanse las propuestas en tal sentido en art. 3 del proyecto preliminar y del texto revisado.

⁶² Véase a MANZANARES SAMANIEGO, *Las penas patrimoniales en el Código Penal español*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1983, págs. 265-267; a CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, 1976, pág. 196; y a LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Edit. Tecnos, 1985, pág. 114.

⁶³ Véase a MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, pág. 352.

⁶⁴ Sobre el comiso como una especie del género confiscación, en concreto la confiscación especial, véase a MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, pág. 251.

⁶⁵ Sobre el desuso del comiso en muchos supuestos susceptibles de aplicación, véase a CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 198; LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*, pág. 113.

⁶⁶ En cualquier caso no debe olvidarse la nueva alteración que la regulación propuesta implica sobre los conceptos de comiso y embargo, al abarcar el concepto de "producto" objeto del decomiso también elementos estrictamente pecuniarios, y al tener que referirse el embargo antecedente no solo a "responsabilidades pecuniarias", como ahora dice nuestra ley procesal.

de determinados países europeos⁶⁷, al comprobar las escasas garantías que se establecen en su aplicación; se pretende que el embargo lo puedan decretar autoridades no judiciales, y que esté y el comiso se puedan imponer por autoridades judiciales civiles; se acepta un amplio uso de presunciones o la inversión de la carga de la prueba para demostrar si el producto procedía del tráfico ilícito y si el interesado lo conocía, etc.; y por si fuera poco, se admite el comiso respecto a bienes o derechos de personas que no han sido condenadas, ni siquiera procesadas, si el tribunal estima que hay pruebas suficientes de que conocían el origen del producto. Todas estas posibilidades alejan definitivamente a la propuesta de principios básicos relativos al comiso y el embargo como, por citar algunos, la imposibilidad de que el comiso se aplique a persona no responsable del delito, o que no pueda bastar para su imposición el que no esté acreditada la pertenencia del bien a un no responsable criminalmente⁶⁸.

Subsanada la falta de garantías anterior, quizás estemos ante una sanción penal adecuada a los niveles altos y medios del tráfico. Así lo ha entendido el legislador español de 1988, quien ha sido respetuoso de los principios básicos del comiso y del embargo acabados de aludir⁶⁹.

XII. Por lo que se refiere al reforzamiento de otros mecanismos procesales, más allá del embargo, como el afianzamiento del principio de justicia mundial, el establecimiento de plazos de prescripción disuasorios, o el ablandamiento de los principios limitadores de la extradición, propuestos por las Naciones Unidas, se observan en el conjunto europeo fuertes reticencias respecto a los dos últimos⁷⁰. En concreto, por lo que concierne a la extradición, se es consciente de la necesidad de armonizar su práctica y aumentar su frecuencia en el ámbito europeo, pero lógicamente no parece haber disposición a pasar por alto los principios trabajosamente establecidos en el convenio europeo de extradición⁷¹. En España el principio de justicia mundial para estos delitos está aceptado en el art. 23.4 de la ley orgánica del poder judicial, mientras que el socavamiento de los principios limitadores de

⁶⁷ Véanse las observaciones al proyecto preliminar presentadas por diversos países, en Documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2, y su sistematización en DÍEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 355.

⁶⁸ Frente a lo propuesto en el proyecto preliminar, el texto revisado ha abierto la posibilidad de que las partes mantengan, si así lo exige su legislación interna, todas las actuaciones en el marco de la jurisdicción penal y ha eliminado las presunciones, aunque no la inversión de la carga de la prueba, ni, con la suficiente claridad, el decomiso de bienes de personas no condenadas o ni siquiera procesadas. (Véase art. 3º del texto revisado).

Recuerdan los principios básicos del comiso citados en texto, MANZANARES SAMANIEGO, *op. cit.*, págs. 278-280, 353; y CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 199.

⁶⁹ Véase art. 344 bis e) del Código Penal español, tras la reforma de 1988.

⁷⁰ Véanse arts. 2.7 y 4 del proyecto preliminar, y 2.5, 2 bis y 4 del texto revisado.

Véanse las observaciones de países europeos a las propuestas del proyecto preliminar en documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2.

⁷¹ Véase un análisis de estos en CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, t. I, Introducción, Teoría jurídica del delito, 3ª ed., 1985, págs. 221-233.

Véase igualmente el "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 92 y 93, y la "Resolución sobre el problema de la droga" (*op. cit.*) del Parlamento Europeo.

la extradición antes mencionados iría en contra de la reciente ley de extradición pasiva de 1985⁷².

XIII. Un mecanismo de actuación policial especialmente debatido en estos momentos es el de la "entrega vigilada". La propuesta de Naciones Unidas ha sido objeto de suspicacias entre bastantes países, en primer lugar porque se quiere asegurar que la iniciativa y el control los lleve el país en cuyo territorio en cada momento se están realizando los hechos, y en segundo lugar, porque tropieza con determinadas dificultades legales en el denominado sistema jurídico continental⁷³. Efectivamente, la abstención policial en estos casos supone en principio la violación de determinados deberes de la policía, contenidos en las leyes procesales penales y orgánicas⁷⁴, que incluso podrían dar lugar, en casos en que pudieran evitar el delito, a una complicidad por omisión, si se estima que es posible en general y que concurre la posición y deber de garante⁷⁵. Ahora bien, si razones de eficacia lo aconsejasen y se exigiera la autorización judicial para ello, no hay o al menos no debería haber obstáculos legales insalvables para su introducción en nuestro ordenamiento. En cualquier caso no estamos ante un supuesto de provocación policial, que debería ser resuelto por otras vías, pues resulta discutible aceptar de modo general, y más en este caso, la inducción por omisión⁷⁶.

Las propuestas de abordaje en alta mar de buques de pabellón extranjero se miran, comprensiblemente, con mucho recelo por países temerosos de los abusos de que podría ser víctima la soberanía nacional si no se arbitra un procedimiento que, sin perder eficacia, procure garantizar suficientemente tal extremo⁷⁷.

La reiterada afirmación de las instancias oficiales españolas de que es necesario acosar al pequeño traficante, dados el rechazo social que suscita su aparente impunidad y el preciso mantenimiento de la seguridad ciudadana⁷⁸, además de ser susceptible de críticas referidas al auténtico objeto de protección en el tráfico de drogas y ya mencionadas, supone, si se persevera en tal modo de actuar, una utilización

⁷² Véase a CEREZO MIR, *op. cit.*, págs. 234-239.

⁷³ Véanse arts. 1 d) y 7 del proyecto preliminar, observaciones de diversos países a la introducción de tal técnica (Documentos E/CN.7/1987/2/Add. y 1 2) y arts. 1 d) y 7 del texto revisado, en los que se relativiza en gran medida la introducción de esta técnica al reformularse, en relación con el proyecto preliminar, de un modo muy genérico.

Apoya el sistema de la entrega vigilada el "Informe Stewart-Clark", *op. cit.*, apartados 132 y 133.

⁷⁴ Véanse arts. 282, 284 y 492, en relación con el 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como art. 5 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, entre otras.

⁷⁵ Véase, sobre complicidad por omisión, a JESCHECK y MIR PUIG, en *Tratado de derecho penal*, parte general (vol. II, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, págs. 858, 863, 967 y 976-977), con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales alemanas y españolas.

⁷⁶ Véase *ibidem*, págs. 961-962, 975; y MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, 1985, págs. 345-347.

⁷⁷ Véanse tales propuestas en art. 12 del proyecto preliminar y del texto revisado. Véanse asimismo las observaciones de muchos países en este punto en Documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2.

⁷⁸ Así, "Informe de la Comisión Especial ...", *op. cit.*, págs. 8286-8287; "Plan Nacional sobre Drogas", *op. cit.*, págs. 829-831; "Comisión de Política Social y de Empleo del Congreso de Diputados", *op. cit.*, pág. 4989.

tosca de los mecanismos de prevención general, y, en último término, la creación de un círculo vicioso, ya que la problemática de inseguridad ciudadana y de marginación social está estrechamente ligada a una persecución penal sobredimensionada del tráfico de drogas y sus repercusiones en los niveles más bajos de este y del consumo.

XIV. En cuanto a nuevas medidas de control y fiscalización, al margen del derecho penal, las técnicas de sustitución de cultivos no pueden desarrollarse, como sin embargo se ha propuesto repetidamente en el Parlamento europeo, a través de medios coactivos encubiertos⁷⁹. Ello supone olvidar la cuota de responsabilidad de los países consumidores en la difusión de tales cultivos y, lo que es más importante, en la generalización en tales países de las denominadas drogas legales, además de atentar contra su cultura, por no citar su soberanía, argumentos todos ellos ya mencionados en el Parlamento europeo⁸⁰.

La propuesta de imponer sanciones a portadores comerciales que no tomen precauciones razonables para impedir la utilización de sus medios de transporte para el tráfico ilícito, formulada por Naciones Unidas, ha sido acogida con muchas reservas. En efecto, no queda suficientemente claro que son sanciones administrativas, no penales, y puede suponer el inicio de una penalización por imprudencia del tráfico de drogas⁸¹.

La fiscalización del comercio de materiales y equipos susceptibles de ser destinados a la fabricación de drogas, que se propone *ex novo* por Naciones Unidas, ha sido rechazada por los países industrializados, y supone, aunque ahora en el ámbito administrativo, reforzar la progresiva atención prestada a actos preparatorios cada vez más alejados de la lesión al bien jurídico⁸².

⁷⁹ Así, el "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, apartados 63, 69, 70, 72) y los grupos parlamentarios de la derecha en el Pleno del Parlamento europeo al discutir el Informe (véase "Débats du Parlement européen", *op. cit.*).

⁸⁰ Véase la opinión minoritaria del "Informe Stewart-Clark" (*op. cit.*, pág. 97) y lo afirmado por representantes de los grupos parlamentarios de izquierda en el Pleno del Parlamento europeo. (*Ibidem*).

⁸¹ Véase art. 11 del proyecto preliminar, observaciones de diferentes países a tal artículo (Documentos E/CN.7/1987/2/Add. 1 y 2), y consiguiente reformulación en el texto revisado eludiendo referencias específicas a las sanciones (art. 11).

⁸² Véase art. 9 del proyecto preliminar y del texto revisado.

PROYECTO DE CONVENCIÓN CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS *

1. INTRODUCCIÓN

1. En el párrafo 2 de su resolución 39/141 de 14 de diciembre de 1984, cuyo anexo se titula "Proyecto de convención contra el tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas y actividades conexas", la Asamblea General pidió

"al Consejo Económico y Social que, teniendo en consideración el párrafo 3 del artículo 62, y el párrafo 1 del artículo 66 de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 9(t) de 16 de febrero de 1946 del Consejo, solicite a la Comisión, de Estupefacientes que, en su 31º período de sesiones que ha de celebrarse en febrero de 1985, comience con carácter prioritario la elaboración de un proyecto de convención contra el narcotráfico que contemple en conjunto los aspectos del problema y, en particular, los no previstos en los instrumentos internacionales existentes".

El Consejo Económico y Social pidió oficialmente a la Comisión de Estupefacientes, por su decisión 1985/104 de 8 de febrero de 1985, que comenzara la elaboración del proyecto de convención.

2. En su 31º período de sesiones (11 a 20 de febrero de 1985), la Comisión, en respuesta a la petición de la Asamblea General, adoptó la resolución 1(XXXI) de 20 de febrero de 1985 titulada "Iniciación de la preparación de un proyecto de convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas".

3. En el párrafo 1 de dicha resolución, la Comisión pidió al secretario general "que solicite a los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados Partes en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en esa Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 que formulen, para antes del 1º de julio de 1985, observaciones y propuestas sobre los elementos que desearían que se incorporasen en un proyecto de convención en cumplimiento del mandato establecido en la resolución 39/141 de la Asamblea General".

* El presente Proyecto fue presentado como Informe del secretario general de las Naciones Unidas, en el 32º período de sesiones, celebrado en Viena (Austria) del 2 al 11 de febrero de 1987; creemos de suma utilidad su difusión entre nosotros. Mientras se imprimía el presente número ha sido aprobada, en diciembre de 1988, la Nueva Convención de Estupefacientes en Viena habiéndose contado con nuestro país que ahora se dispone a incorporarla a su ordenamiento jurídico; con posterioridad haremos la publicación respectiva (nota del coordinador).