

DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

(Primera parte)

Prof. ANTONIO BERISTAIN, S.J.*

I. *NORMATIVA VIGENTE EN EL CÓDIGO PENAL*

La ley orgánica 8, de 1983, de 25 de junio (BOE. del 27), titulada "De reforma urgente y parcial del Código Penal", introduce notables modificaciones en el art. 344 del Código que incrimina el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Actualmente, entrada ya en vigor dicha ley, el nuevo texto dice así:

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

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

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

"En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los tribunales, además de imponer la pena superior en grado, podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

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

* El autor es catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Sebastián (San Sebastián, España). Es conocido entre nosotros por diversas publicaciones, entre las cuales se destacan: *Medidas penales en derecho contemporáneo*, *Crisis del derecho represivo*, *Cuestiones penales y criminológicas*, *Estudios vascos de criminología*, etc.; ha sido articulista de diversas revistas tanto en Europa como en latinoamérica, en el campo del derecho penal, la política criminal, la criminología y el derecho penitenciario. El trabajo cuya primera parte entregamos hoy al lector, forma parte de una obra de mayor extensión que prepara la Editorial Temis, de Bogotá, N. de la C.

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

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

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

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

Si se compara este texto con el que aparecía en su correspondiente "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal", publicado en el B.O.E. (Congreso de los Diputados, 25 de febrero de 1983), se advierten bastantes mejoras introducidas en la discusión de las Cortes¹.

II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN JUNIO DE 1983

Como paso previo para estudiar la normativa actualmente vigente, parece de interés resumir las principales innovaciones que la citada ley orgánica 8 de 1983 introduce respecto a la legislación inmediatamente anterior. El texto modificado del art. 344 del Código Penal provenía de la reforma formulada por la ley 44 de 1971, de 15 de noviembre. Desde entonces, hasta junio de 1983, el art. 344 decía así:

"Los que ilegalmente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 20.000 a un millón de pesetas¹.

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

"Los tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda.

"En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

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

Los cambios principales en la nueva redacción se pueden agrupar en los puntos siguientes:

¹ La reforma del art. 344 fue las más discutidas en las Cortes Generales, Cfr. J. M^a. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte especial, 9^a ed., Madrid, 1983, págs. 1016 y ss. No hay al alcance del público ningún estudio que recoja o comente aquellas discusiones.

² Las cuantías de las multas han sido modificadas.

1º) Añade un tercer concepto básico, las sustancias sicotrópicas, equiparadas a las drogas tóxicas y estupefacientes. El legislador recoge alguna enmienda presentada en la discusión en las Cortes del proyecto de 1980 (enmienda 218 de UCD), de acuerdo con el convenio de Viena 1971 sobre sustancias sicotrópicas, ratificado por España el 2 de febrero de 1973. El delito de tráfico ilegal tiene ahora por objeto material las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas.

2º) Diferencia básicamente las drogas que causan grave daño a la salud, por una parte, y por otra "los demás casos". En el derecho penal comparado predomina cada día más esta diversificación, apoyada en importantes estudios de médicos, psicólogos y psiquiatras.

3º) Establece con nitidez la no incriminación del uso de drogas, pues sanciona a los que posean drogas para traficar con ellas. En este punto el legislador español adopta una postura que todavía no ha sido acogida en algunas legislaciones en el mundo de nuestra cultura. En la actualidad queda claramente fuera del Código Penal la mera tenencia de drogas para el propio consumo.

4º) Formula una cualificación de primer grado por razón de los lugares, la cantidad, el sujeto pasivo y el sujeto activo del tráfico. Respecto al lugar, se agravan los actos llevados a cabo en centros docentes, en unidades militares o en establecimientos penitenciarios. Por razón de cuantía, cuando la cantidad poseída para traficar sea de notoria importancia. En relación con el sujeto pasivo, cuando las drogas se difundan entre menores de 18 años; y en cuanto al sujeto activo, cuando este sea miembro o agente de organización que tenga como finalidad difundir las drogas.

5º) La pena de inhabilitación especial que se imponía tradicionalmente al facultativo, ahora se extiende también al funcionario público cuando actúa con abuso de su profesión; y se especifica que la sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes. Tal aclaración no se formulaba en la legislación anterior.

6º) Se amplían las medidas de seguridad cuando los actos se realicen en establecimientos públicos o se trate de personas que trabajan en una organización dedicada al tráfico de drogas. Además, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores cuando fuera aplicada alguna medida de suspensión de la empresa o su clausura definitiva.

7º) Se disminuye el arbitrio judicial en la determinación de la cuantía de las penas mediante diversas cualificaciones legalmente determinadas y la diferenciación de drogas usualmente denominadas duras o fuertes y blandas o leves.

8º) Desaparecen las sanciones pecuniarias para todo tráfico de drogas "blandas", aunque sea de extrema gravedad, e incluso si se realiza en establecimiento público y/o la cantidad poseída para traficar sea de notoria importancia.

III. POLÍTICA CRIMINAL

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

La gravedad del tema y la interconexión con tantos campos de la ciencia y de la vida en sus factores etiológicos, en sus consecuencias y en sus más o menos posibles soluciones obliga a una profunda investigación interdisciplinaria, a una reforma radical de la normativa legal nacional e internacional, a una modernización de las instituciones y personas que intervienen directamente en la praxis para aminorar lo más posible esta epidemia del siglo XX.

Para lograr una política criminal eficaz con los traficantes y los drogadictos, interesa estudiar previamente los diversos factores que inciden en estos problemas: su personalidad, sus condiciones sociales anteriores, sus experiencias delictivas, el contexto social en el comienzo de la carrera de la droga, la característica de cada dependencia de droga, la dinámica del medio donde se desarrolla la escena de la droga, y el influjo de la política criminal y de los controles sociales en el aumento o la disminución de la drogodependencia¹.

Entre los factores etiológicos que han de tener en cuenta los especialistas en política criminal para resolver los problemas del consumo y tráfico ilegal, y no en último lugar, se halla la carencia y/o la debilidad de valores espirituales. Por otra parte, no nos atrevemos a negar que ciertas drogas, ciertas culturas de droga pueden abrir caminos más nobles que los de algunas culturas actualmente dominantes para renovar e intensificar la convivencia lúdica y la respuesta amorosa a preguntas y sentimientos trascendentes².

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

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

Los drogadictos necesitan instituciones de deshabituación y resocialización. Estas instituciones, que hoy en día demandan cuantiosos gastos, cuentan entre nosotros con insuficiente respaldo científico. Muchos de estos centros se basan en una imagen equivocada, poco científica, del drogadicto, pues le ven como irrecuperable y, además, olvidan la etapa más importante de su curación: la reinserción social

¹ MANUEL LÓPEZ-REY y ARROJO, "Drug addiction as a Sociopolitical problem", en *Journal of Drug Issues*, Winter 1975, págs. 1-11; ARTHUR KREUZER, "Giessener Beiträge zur Dunkelfeldforschung und Empirischen Strafverfahrens-wissenschaft", en H. J. KERNER, H. KURY y K. SESSAR, *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Band 6/1, Köln, Carl Heymanns, 1983, pág. 249. Prescindamos de la "droga de la verdad". Cfr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Derecho procesal penal*, Bogotá, Ed. Temis, 1982, págs. 181 y ss.

² JEAN-CLAUDE BARREAU, *La prière et la drogue*, Paris, 1974, págs. 119 y ss.; MARLENE DOBKIN DE RIOS "Religion und Pflanzenhalluzinogene im präkolumbischen Peru-Moche und Nazca", en *Rausch und Realität*, t. II, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 584 y ss.; THOMAS HAUSCHILD, "Hexen und Drogen", en *Rausch und Realität*, t. II, págs. 618 y ss.; R. GARCÍA MATEO, *Dialektik als Polemik*. Welt, Bewusstsein, Gott bei Miguel de Unamuno, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1978, págs. 167 y ss.; JOSÉ LUIS L. ARANGUREN, *Ética*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1983, págs. 103 y ss.

que ha de seguir a la deshabituación. Se preocupan por mantener al enfermo aislado durante un determinado tiempo para lograr su deshabituación y superar el síndrome de abstinencia, que hoy en día se puede obtener por medios relativamente sencillos, por ejemplo con una cura de sueño; pero esas instituciones no suelen preocuparse suficientemente del problema más difícil: cómo evitar la reincidencia cuando el "curado" vuelva a la vida común. En España se preocupa especialmente de este segundo paso el centro de Onerterapia, de Madrid, que lleva dadas unas 25 altas provisionales a toxicómanos que han acudido a su sistema integral. Este Centro parte de una realidad importante, olvidada a veces: que la dependencia de estupefacientes, más que un problema personal o de mera dependencia física, es un problema social, pues la experiencia ha demostrado que muchas veces la familia boicotea el tratamiento puesto que "necesita" al heroinómano como necesita el cubo de la basura donde deposita todo lo malo. Mientras haya uno tan malo que se droga, todos los demás somos buenísimos³.

Algunas instituciones han llegado a aplicar tratamientos que violan los derechos humanos, como parece que sucede en el Centro de San Patrignano, ubicado en la región de Emilia Romagna, en el cual se encuentran 370 jóvenes que luchan contra la heroína. Su director, junto con otros 13 colaboradores, han sido acusados de secuestro y de malos tratos, pues a veces para superar el síndrome de abstinencia se empleaban métodos violentos, incluso el encadenar a los jóvenes⁴.

El contagio de la droga suele seguir con frecuencia ciertos pasos que conviene develar con argumentos convincentes, para facilitar la lucha posterior: 1º) la drogodependencia es una conducta aprendida; 2º) por mimetismo de otra persona, y 3º) cada aprendiz participa en extender (ilegalmente y en secreto) el consumo y el abuso de la intoxicación. La *cannabis* suele ser, según algunos⁵, la iniciadora en la escalada hacia la heroína. Pero, con más fuerza de lo que se dice, actúan como iniciadores también el alcohol, la nicotina y, con frecuencia, ciertos medicamentos.

El alto número de minitraficantes drogadictos puede llevar a una equiparación genérica del traficante con el enfermo, que induzca a equivocaciones en su tratamiento jurídico-penal y clínico. También conviene reflexionar acerca de la posible exageración de la importancia unilateral de las sustancias químicas, y lo poco que se tiene en cuenta la dimensión social y cultural. La criminalidad de los drogadictos no parece que sea de menor gravedad que la de los otros delincuentes. Por lo general, la carrera de la droga va aparejada con la carrera criminal, y resulta difícil analizar cuál de las dos ha empezado antes⁶.

³ Cfr. *Noticias Médicas*, núm. 3101, Madrid, 16 enero 1984, págs. 16 y ss.

Algo similar sucede en los otros campos de la estigmatización en las carreras criminales (desviación primaria y secundaria, inevitables solo hasta cierto grado).

⁴ Un juez italiano ha acusado a una comunidad antidroga de secuestro, en *Noticias Médicas*, núm. 3101 (16 enero 1984), pág. 17.

⁵ A. KREUZER, "Giessener Beiträge zur Dunkelfeldforschung...", págs. 245 y ss.

⁶ A. KREUZER, "Giessener Beiträge zur Dunkelfeldforschung...", págs. 248 y ss.; JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, "Toxicómanos", en *Eguzkilore. Cuadernos Inst. Vasco de Criminología*, núm. 1 (San Sebastián, 1976), págs. 50 y ss.

En la publicación colectiva, coordinada por BERNHARD SCHMIDTOBREICK, *Erfahrungen aus der ambulanten Arbeit mit Suchtkranken*, se oyen voces autorizadas en favor del tratamiento ambulatorio de los drogadictos y, con determinadas condiciones, en favor del uso de la metadona (tan criticada en Alemania) para la resocialización⁷.

Recordemos que, como indica FRANCISCO ALONSO FERNÁNDEZ⁸, desde que el mundo está habitado por seres pensantes y sufrientes consume droga para eliminar los sufrimientos físicos, los sufrimientos psicológicos, para estimular el desarrollo del pensamiento y de los sentimientos. No vamos a pensar que podemos erradicar la droga. Vamos a proponernos limitar esa pandemia que existe en el mundo, con un propósito realista, y además, proteger a nuestras juventudes, que es donde la droga hace más víctimas.

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

Suele discutirse si para mejor proteger los diversos bienes jurídicos amenazados por el consumo de drogas conviene incriminar el tráfico de estas sustancias, tal y como lo hacen los sistemas penales en los países que han firmado los convenios de las Naciones Unidas. En sentido contrario se elevan las voces de algunos teóricos, como L. HULSMAN y otros⁹. Según este autor, debe dejarse plena libertad de comercio, cultivo, propaganda, etc., de las drogas, sobre todo de las leves. Otro problema sería concretar el medio —si existe— de llegar a implantar esa libertad de tráfico sin que se produzca, como algunos opinan, una crisis social en los campos afectados por este complejo problema.

En cambio, la mayoría de los especialistas consideran necesaria la incriminación penal del tráfico de las drogas. No les parece admisible el paralelismo con la criticada "ley seca"¹⁰ de los Estados Unidos. Resultan convincentes los motivos que se adu-

⁷ BERNHARD SCHMIDTOBREICK (compilador): *Erfahrungen aus der ambulanten Arbeit mit Suchtkranken*. Freiburg, Lambertus, 1983.

⁸ FRANCISCO ALONSO FERNÁNDEZ, en *Drogodependencias*. Actas del IX Cong. Inter. sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, 1980, pág. 20.

⁹ L. H. C. HULSMANN, "Politique Criminelle et Toxicomanie", Rapport Général Introductif, Dix-Huitièmes Journées de Défense Sociale, en *Revue de Science Criminelle et de Droit pénale comparé*, págs. 484 y ss.; L. HULSMANN y H. VAN RANSBEEK, "Evaluation critique de la politique des drogues", en *Déviance et Société*, núm. 3 (1983), págs. 271 y ss., especialmente 280.

¹⁰ FRANK PEARCE, *Los crímenes de los poderosos*. El marxismo, el delito y la desviación, traducción de N. Grab, Madrid, Siglo XXI Editores, 1980 págs. 105 y ss.

cen en favor de la política criminal dominante, aunque no solucione el problema real, tan grave y enigmático, que algún autor¹¹ lo califica de suicidio colectivo.

Tradicionalmente, ya desde el siglo XIX, todos los tratadistas hispanos¹² coinciden, aunque con diversos matices, en reconocer la necesidad de incriminar el tráfico de drogas (quizás no de todas). COBO DEL ROSAL después de abordar el problema, concluye en favor de la necesaria incriminación del tráfico ilegal: "Un Estado que pretenda seriamente hacer posible la libertad de la persona debe de forma necesaria, poner los medios para que esto así suceda, y someter, en consecuencia, a su control, los productos cuyo uso no intervenido, en efecto la contradicen... En nombre, pues, de la libertad, se castiga el tráfico de determinadas sustancias, selectivamente concretadas"¹³.

Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa son conscientes de la necesidad de actuar con energía y con discreción (con frecuencia hacen hincapié en la necesidad de nuevas investigaciones), dada la gravedad y la complejidad del problema que brota de y aboca a tantos campos de la sociedad¹⁴. Atinadamente, la Memoria elevada al gobierno de S. M. insiste en la "auténtica enjundia del problema social de la drogadicción", al tiempo que indica que "el tráfico y consumo de drogas y estupefacientes ha motivado 7.242 causas, en el año 1982, con incremento de 571 sobre el año anterior, lo que representa 8.55 por ciento, habiendo aumentado también, aunque levemente, del 0,81 al 0,83, el porcentaje de este conjunto de procedimientos en relación con el global". Este aumento es poco expresivo del debido reflejo en los procesos penales del problema social¹⁵.

IV. DERECHO COMPARADO

Muchos de los países cercanos culturalmente (más o menos) a nosotros y que han firmado los convenios internacionales de 1961 y 1971, como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Italia, Japón,

¹¹ JULIO CARO BAROJA, "Nuevas formas de suicidio", en *El País*, de Cali, 26 enero 1984, pág. 11.

¹² Me refiero a los citados en la bibliografía al comienzo de este trabajo.

¹³ MANUEL COBO DEL ROSAL, "Consideraciones generales sobre el denominado «tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes»", en *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Inter... Madrid, 1980, págs. 191 y ss., y 201.

¹⁴ La Dirección de Asuntos Económicos y Sociales ha redactado una importante *Nota sobre la lucha contra la toxicomania - una política específica para el Congreso de Europa*, que está siendo estudiada por el Comité Europeo para los Problemas Criminales. Cfr. *Conseil de l'Europe*. —Comité Européen pour les Problèmes Criminels (CDPC)—. *Rapport Sommaire de la réunion du Bureau du CDPC tenue en fin d'après-midi le 23, durant l'après-midi du 24 et la matinée du 25 novembre 1983 au Palais de l'Europe à Strasbourg*.

Council of Europe. Committee of Ministers, Resolution (73)6, "On the penal aspects of drug abuse", en *Resolutions by the Committee of Ministers Relating to Crime Problems*, II, Strasbourg, 1973, págs. 1 y ss.

¹⁵ *Memoria elevada al gobierno de S. M.* en la solemne apertura de los tribunales el día 15 de septiembre de 1983 por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Luis Antonio Burón Barba, Madrid, 1983, pág. 60. MANUEL LÓPEZ-REY y ARROJO, *Criminología. Criminalidad y planificación de la política criminal*, t. II, Madrid, Aguilar, 1978, pág. 212.

Polonia, República Federal de Alemania, República Democrática de Alemania, Suecia, Suiza, Turquía y Yugoslavia, ofrecen una serie de rasgos *coincidentes*, pero también brindan notables diferencias¹. Entre los rasgos coincidentes hemos de destacar, principalmente, que todos estos países emplean sanciones penales para reprimir actos más o menos graves de tráfico de drogas, y que la opinión pública reprocha este tráfico especialmente cuando las víctimas son jóvenes. En todos los países se imponen penas privativas de libertad y multa. Las penas privativas suelen oscilar entre uno y diez años, por ejemplo en Alemania occidental (hasta 1981), en Austria, Noruega, República Democrática Alemana, Suecia, Yugoslavia. Aplican penas de menos duración, por ejemplo, Dinamarca, Polonia y (en parte) Holanda. En cambio, aplica penas incluso hasta de cadena perpetua Turquía, y este país, en algunos supuestos de tráfico organizado por alguna asociación o que haya causado alguna muerte, puede llegar a la pena capital².

En Austria, Italia, Suiza, Yugoslavia y en algunos Estados de Norteamérica la posesión en pequeñas cantidades queda impune, o solo acarrea sanciones administrativas. Por el contrario, otros países, como la República Federal de Alemania, consideran delito aun la tenencia para el propio consumo de cualquier clase de droga, aunque sea de las blandas (norma que quizás deba considerarse anticonstitucional)³.

Muchas legislaciones dejan sin efecto la pena, en ciertos supuestos, si el drogadicto se somete a un tratamiento terapéutico de deshabitación; por ejemplo, Austria, Dinamarca, Francia, Noruega, República Federal de Alemania y Suiza. Las convenciones de las Naciones Unidas de 1961 y 1971 dejan también abierta esta puerta para la no punición. De modo semejante el proyecto de Código Penal Internacional de CHERIF BASSIOUNI (art. XV, sección 3). En ciertos Estados, como Grecia y Turquía, la legislación que sanciona a los traficantes suele distinguir entre drogadictos y no drogadictos.

Según las estadísticas criminales internacionales últimamente aparecidas, en febrero de 1984, de la *Organización Internacional de Policía Criminal* referidas a los años 1979-1980, el porcentaje de infracciones en materia de drogas en los años 1979 y 1980 por cada 100.000 habitantes oscilan en cantidades muy diversas; por ejemplo, en España 24, en Francia 20, en Dinamarca 92, en los Países Bajos 53 y 38, en Austria 72, en Bahamas 400⁴.

¹ FRIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogen gesetzgebung im internationalen Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 1179 y ss.; F. CURTET, "La législation sur les toxicomanes. Possibilités et limites" en *Rev. Prat.* 1982, 32, núm. 37, págs. 2491-2494; JEAN MICHEL ROUX, D. TOUZEAU y P. HANTZBERG, "Toxicomanies autres que l'alcoolisme", en *Encyclopedie Médico-Chirurgicale*, julio 1983, con amplia bibliografía; M^o. del interior "Legislación sobre drogas en los Países Bajos", en *Boletín del Centro de Estudios de Protección Ciudadana*, núm. 8, Madrid, 1982, págs. 4 y ss.

² FRIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogen gesetzgebung im..." págs. 1193 y ss.

³ WINFRIED HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Frankfurt am Main, Europäische Verlagsanstalt, 1980, pág. 202.

⁴ Cfr. *Organización Internacional de Policía Criminal. Interpol. Estadísticas Internacionales de Delincuencia 1979-1980*, Saint Cloud, Secrétariat Général de P.O.I.P.C.— Interpol.

El bien jurídico protegido en este artículo resulta difícil de concretar, pues proviene de (y se extiende a) ramificaciones en sectores diversos de la salud individual, de la salud pública, del orden público, de la economía, de las finanzas, etc., y se complica a través de dimensiones históricas, políticas y culturales¹. Sin embargo, por varios motivos, se puede aceptar como bien jurídico *principalmente* protegido *la salud pública*,² tal y como dice la rúbrica de la sección 2^a del título V (De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general)³ del libro II del Código Penal, donde se ubica el art. 344.

Ciertamente, el uso y consumo excesivo de las drogas fuertes (y quizás también de las leves), produce procesos patológicos en el usuario. Actualmente, en los países de nuestro mundo cultural ese uso indebido, a veces, puede incluso ocasionar la muerte, tanto por el consumo como por la privación súbita de la droga. Los toxicómanos padecen mayor morbilidad (cirrosis de los *hippies*, esterilidad, etc.), aunque puede dudarse si esta procede directamente del consumo de drogas o como lógica consecuencia de su deficiente respuesta inmunitaria, o de sus limitaciones higiénico-sanitarias, o de su desnutrición, o de otros factores conexos con su estilo de vida. Muchos estados de depresión y perturbaciones mentales transitorias atribuidas al consumo de drogas puede que sean en realidad causa, y no efecto, de tal consumo. Más de un deportista ha fallecido víctima de dosis excesivas de "doping". La "dependencia física" merece también la consideración de enfermedad, según ciertos médicos. En este supuesto, el número de enfermos por drogas en algunos países, no solo en Norteamérica, alcanza cifras muy dignas de ser tenidas en consideración por el legislador, el juez y los ciudadanos⁴.

¹ ANTONIO BERISTAIN, "Dimensiones histórica, económica y política de las drogas en la criminología crítica", en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Ed. Reus, 1979, págs. 513 y ss.

² ÁNGEL TORIO LÓPEZ, "Problemas político criminales en materia de drogadicción", en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 502 y ss. El bien jurídico protegido no es la vida y la salud individual, sino la salud pública como objeto posible de protección, la salud de la colectividad, por lo cual desaparece el problema del consentimiento del consumidor al no ser titular del bien eminentemente social que no pertenece a su esfera de disposición.

³ El legislador debía haber aprovechado la reforma de junio de 1983 para corregir esta "errata" y omitir la palabra *en*. Cfr. A. BERISTAIN, "El delito de peligro por conducción temeraria", en *Revista de Derecho de la Circulación*, año VII núm. 6 (nov.-diciembre 1970), págs. 527-567. Cfr. *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Edit. Reus, 1979, pág. 289.

⁴ Según datos aportados por la Agencia EFE (Diario *Deia*, 10-III-1984), durante el año 1983 en el Estado Español se contabilizaron 892 atracos y robos a farmacias, de los que 534 ocurrieron en Madrid. Alrededor de 11.000 personas fueron detenidas ese mismo año, que se distribuyen en algo más de 2.000 por tenencia ilícita y otras nueve mil por tráfico. De todas ellas, 8.830 eran de nacionalidad española y 1.813 extranjeros.

En cuanto a las edades de los detenidos, más del 50% estaban comprendidos entre los 15 y 25 años; cerca del 20% entre los 26 y 30; alrededor del 10% entre los 16 y los 18 años, o los 31 y 49; un 5% por los de más de 40 años; un 0.5% por los menores de 16 años.

En el mismo informe se considera que un millón de personas tienen problema con algún tipo de droga (dura o blanda); otros dos millones sufren una clara dependencia del alcohol; y a todos ellos

El concepto de salud/enfermedad aquí utilizado es muy amplio, a la luz de las indicaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud⁵ e incluyen también lo relativo al autodominio de la persona. Nadie discute que las drogas pueden rebajar los frenos inhibitorios de la voluntad (cfr. sentencia del 27 de septiembre de 1983).

Además, debe reconocerse la incidencia de las drogas en la delincuencia, especialmente en cierta clase de criminalidad, como pueden ser los delitos contra la propiedad; la conducción indebida de vehículos de motor bajo el efecto de la droga; ciertas estafas, frecuentemente para obtener drogas; atracos para conseguir dinero o para robar drogas; lesiones, incluso asesinato, y no pocas infracciones administrativas. La energía criminal y la violencia ciega de muchas personas aumenta cuando actúan bajo los efectos del síndrome de abstinencia.

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

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

Entre las consecuencias negativas del tráfico (y abuso) de las drogas algunas inciden en el ámbito del derecho civil y, a veces, alcanzan importancia notable, por lo que conviene recordarlas al hablar del *múltiple* bien jurídico que el art.

se han de añadir los que no pueden "desengancharse" de los analgésicos y tranquilizantes, que constituyen otros dos millones.

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

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

El número de fallecimientos por drogas es difícil de averiguar, ya que las familias lo ocultan. Algunos informes indican que el número de fallecidos por drogas en Euskadi durante 1981 pudo llegar a ser de 80; según el estudio del Centro Coordinador de las Drogodependencias, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social, del gobierno vasco, titulado *Los jóvenes y las drogas*, (enero 1984). En Francia durante 1983 murieron 190 personas víctimas de la droga (cfr. *Derniers Nouvelles d'Alsace*, 17 marzo 1984, y J. FRANCESCHI, "Bilan de la lutte contre le trafic de stupefiants. Communication devant le conseil des Ministres du 15 fevrier 1984", en *Revue de la Police Nationale*, núm. 120, fevrier 1984, págs. 4 y ss.). Datos acerca del tráfico de diversas drogas en España, PEDRO DE VICENTE, "Los traficantes", en *Sicología de la juventud drogadicta*, Madrid, Ed. Karpos, 1981, págs. 112 y ss.; JOSÉ M^a. LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2^a ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1983, págs. 31 y ss.

⁵ *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Internacional sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1980, págs. 194 y 201. La utilización de un concepto tan amplio de enfermedad parece preferible aquí. Tal vez no en otros campos del derecho penal, como el del aborto.

344 protege. Por ejemplo, el consumo excesivo de la droga puede dar lugar a una declaración de incapacidad de proveer en defensa de sus propios intereses con el subsiguiente y lógico nombramiento de la correspondiente tutela. También cabe una incapacidad por razón de enfermedad mental; incapacidades y tutelas que en algunos casos afectarán no solo al aspecto patrimonial sino también a los actos de la vida civil relativos al cuidado de la persona, así como a sus deberes familiares y sociales. En otros supuestos surgirá una prodigalidad que legitime la declaración de incapacidad y tutela. A tenor del art. 633, párrafo segundo, del Código Civil, pueden quedar incapacitados para testar los que por drogodependencia no se hallen en su cabal juicio. En cuanto a los problemas matrimoniales merece tenerse en cuenta la posible incidencia de la toxicomanía en la nulidad del matrimonio, por falta del consentimiento o por error sobre cualidad personal del otro cónyuge, y en posibles causas de separación y de divorcio⁶. El art. 82 (4^o) dice: "Son causas de separación... el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia".

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

"2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

"...

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

Algún autorizado especialista piensa que el bien jurídico protegido, tal como suele formularse, peca de falta de certeza, concreción y utilidad. Él considera en cambio, como el bien jurídico protegido el control estatal sobre el "el ciclo de la droga", porque el Estado tiene un interés directo y específico en torno al problema del comercio ilegal de las drogas, como se evidencia, por ejemplo, en el art. 1^o de la ley 17 de 1967, de 8 de abril⁷.

El bien jurídico es, como se deduce de lo hasta aquí indicado, múltiple, desde la salud física y moral de la humanidad, hasta su equilibrio y desarrollo social y económico, pasando por la calidad de vida de los ciudadanos⁸. Incluye también y de manera especial el monopolio de control del Estado sobre determinadas sustancias (como indicaremos al hablar del contrabando).

⁶ Cfr. L. FERNANDO RUY HUIDOBRO, "Proyección de los estupefacientes en el ámbito del derecho civil", en *Revista del I. Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 14, oct.-nov. 1983, págs. 9 y ss., y en *Boletín Información M^o de Justicia*, núm. 1.337 (5 febrero 1984), págs. 6 y ss.

⁷ MANUEL COBO DEL ROSAL, "Consideraciones generales sobre el denominado «tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes»", en *Drogodependencias*. Actas del IX Congreso Internacional sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias, Madrid, Inst. Nacional de Servicios Sociales, 1980, págs. 191 y ss.

⁸ Preámbulo de la Convención Única de 1961.

VI. OBJETO MATERIAL. CONCEPTO DE DROGAS

Para la interpretación del tipo objetivo del art. 344 del Código Penal la mayoría de los autores¹ insisten en la importancia básica de delimitar y estudiar el concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

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

Como indica MARIANO JIMÉNEZ HUERTA², el concepto, significado y alcance de drogas, estupefacientes y sicotrópicos es genérico y amplio, pues tiene su cuna en las ciencias naturales “adquiere connotación histórica matizada más cada día de un enramado sociológico y de un fondo criminológico y trasciende al ámbito jurídico, en el que es objeto de preocupación y examen en diversos ordenamientos del mismo: internacional, constitucional, administrativo, penal, procesal y penitenciario”.

En España, como en otras naciones, la legislación y la doctrina carecen de límites precisos al emplear las palabras drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas. Algunos comentaristas³ defienden esta apertura por la naturaleza histórica cambiante del objeto.

Terminología jurídica internacional

Los documentos internacionales, en sus textos —traducciones— oficiales en castellano, suelen emplear principalmente los términos de estupefacientes, drogas, preparados y sustancias sicotrópicas. Más que definir estos términos, los describen casuísticamente detallando en varias *listas* las sustancias concretas que incluyen bajo la rúbrica correspondiente. A este respecto merecen especial atención la Convención Única de las Naciones Unidas de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotró-

¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, pág. 196; JOSÉ M^a. RODRÍGUEZ DEVEGA, *Derecho penal*, Parte especial, 9^a ed., Madrid, 1983, págs. 1020 y ss.; JOSÉ M^a. LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2^a ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1983, págs. 96 y ss.

² MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mexicano*, t. v, 2^a ed., México, Edit. Porrúa, 1983, pág. 163.

³ AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR (“Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas”, en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 186 y ss.) considera correcta la postura del legislador español al no dar una definición de drogas, pues así evita la inclusión en el precepto legal de un concepto que está sometido a continuas variaciones.

picas de 1971 y, en su tanto, el Proyecto de Código Penal Internacional, de CHERIF BASSIOUNI.

La Convención Única de las Naciones Unidas de 1961 no define qué entiende por droga, aunque usa este término en su art. 32. En cambio, sí detalla qué entiende por estupefacientes y por preparados, en el artículo primero: *preparado* es una mezcla sólida o líquida que contenga un estupefaciente; y *estupefaciente*, cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales o sintéticas⁴. La lista I incluye sustancias como la heroína (diacetilmorfina), la metadona, la morfina, el opio, la hoja de coca, la cocaína, la *cannabis* y la resina de *cannabis*. La lista II incluye, por ejemplo, la codeína y la etilmorfina.

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

El art. 2^o del convenio de 1971 al regular los criterios por los que se ha de incluir cualquier sustancia (no sujeta aún a fiscalización) en alguna de las listas I, II, III o IV, ofrece indirectamente una descripción —bastante lograda— de las sustancias sicotrópicas. Según el numeral 4^o del art. 2^o, “La Organización Mundial de la Salud ha de comprobar:

”a) que la sustancia puede producir

”I) 1. un estado de dependencia, y

2. estimulación o depresión del sistema nervioso central, que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o de la percepción o del estado de ánimo, o

”II) un uso indebido análogo y efectos nocivos parecidos a los de una sustancia de la lista I, II, III o IV, y

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

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

Terminología española administrativa

La ley 17 de 1967, al adaptar la legislación española a lo establecido en el Convenio Único de 1961, en su artículo dos, entiende por *estupefacientes* las sustancias, naturales o sintéticas, incluidas a las listas I y II de las anexas al convenio de 1961, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho convenio, y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca; y tendrán la consideración de “géneros prohibidos los estupefacientes incluidos o que se incluyan en lo sucesivo en la IV de las listas

⁴ Todas estas listas se transcriben en el *Boletín Oficial del Estado* de 4 de noviembre de 1981.

anexas al citado convenio". El artículo primero de la ley española sigue también fielmente las formulaciones del convenio, al entender por *preparado* una mezcla, sólida o líquida, que contenga un estupefaciente⁵.

Terminología penal española

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

La *ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social*, de 4 de agosto de 1970, considera las *toxicomanías* como estados que pueden ser índices de peligrosidad. En el mismo sentido se refiere a los que promueven el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos (art. 2º, núms. 7 y 8).

En el art. 344 del Código Penal (drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas), la palabra "estupefacientes" podría entenderse como adjetivo de *drogas*. Algunas sentencias del Tribunal Supremo (sent. del 16 de octubre de 1968, Arazandi 4.311) emplean en este sentido la expresión de "drogas estupefacientes". Pero tal interpretación no parece admisible por múltiples razones: otras fórmulas semejantes del Código Penal, de la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, y del Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencias de 23 de diciembre de 1966 y de 6 de diciembre de 1970) muestran con claridad que entienden y emplean la palabra *estupefacientes* como sustantivo.

La terminología del Código Penal, de la ley sobre peligrosidad y rehabilitación social y de algunas sentencias del Tribunal Supremo puede interpretarse como trivalente, descriptiva de tres conceptos: *drogas tóxicas* por una parte, *estupefacientes* por otra, y *sustancias sicotrópicas* por otra. El primer término y el segundo significarían las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio Único de las Naciones Unidas de 1961, en relación con la ley española de 1967; y el tercero las indicadas en las listas I, II, III y IV del convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971⁶. Entre otros argumentos, para esta interpretación, pueden aducirse la voluntad del legislador, varias sentencias del Tribunal Supremo, la opinión doctrinal y la legislación comparada, por ejemplo la legislación francesa de 1953 y 1970. Como ya sabemos, el art. 2º, de la ley 17 de 1967, establece que, a efectos de esta ley, "se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidos en las listas I y II de

⁵ A. BERISTAIN, "Las drogas y su legislación en España", en *Anuario de Derecho Penal*, Fasc. I (enero-abril, 1973), págs. 41-72.

⁶ Cfr. Su art. 1º, e). El texto íntegro en *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974, págs. 186 y ss.

las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas", y "tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos, o que se incluyen en lo sucesivo, en la IV de las listas anexas al citado Convenio".

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

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

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

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

El art. 96 num. 1º, de la Constitución, al consagrar la recepción automática de los convenios internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, como parte del ordenamiento interno, y el art. 1º, 5, del Código Civil, al establecer que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales serán de aplicación directa en España en tanto hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del

Estado, nos obligan a interpretar el art. 344 del Código Penal como ley penal en blanco, en relación con las normas internacionales correspondientes.

La autonomía del derecho penal nacional resulta equívoca en la perspectiva internacionalista si no se admite la distinción entre tratados *self-executing* y tratados *non self-executing*. Los tratados sobre materia penal, generalmente, se consideran *non self-executing*⁷, pero en lo referente al significado del objeto material de estos delitos del art. 344 deben considerarse vinculantes.

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

El juez español deberá pues, condenar al que mediante actos de tráfico promueva el consumo ilegal de una droga incluida en alguna de las listas I, II y IV del convenio de 1961, y de la ley de 1967, o en las listas I, II, III y IV del convenio sobre sustancias sicotrópicas de 1971⁸, aunque le conste (como puede suceder) que, según la ciencia farmacológica y los expertos forenses criminológicos, esa sustancia en el caso concreto no produce los efectos nocivos propios de las sustancias incluidas en aquellas listas. Si el consumo de esa concreta droga se considera conducta socialmente adecuada en España, aunque no en otras naciones, el gobierno español debía haber formulado alguna reserva al convenio de 1961, y las reservas que admite el art. 32 del convenio de sustancias sicotrópicas de 1971. La dimensión internacional de este tráfico delictivo impide mantener a ultranza —sin la venia del legislador— las peculiaridades nacionales. Prescindimos aquí de estudiar detenidamente los motivos, más o menos fundados, de no penalizar el uso del alcohol⁹, del tabaco¹⁰ y de otras drogas que cumplen determinadas funciones en nuestro círculo cultural, social, histórico, económico e, incluso, religioso.

⁷ Cfr. L. J. SANCHEZ RODRIGUEZ, "Comentarios a la Sentencia T. S. (Sala 2ª) de 22 de febrero de 1973", en *Rev. Esp. de Derecho Inter.* vol. XXVIII (1975), págs. 139 y ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Nota, en Jurisprudencia española sobre Derecho Internacional Público", en *Rev. Española de Derecho Internacional*, vol. XXIX, págs. 153 y ss.

⁸ Según su artículo primero, Párrafo e), por "sustancias sicotrópicas" se entiende cualquier sustancia (natural o sintética), o cualquier materia natural de la lista I, II, III, o IV. La lista III del convenio de 1961, a tenor del art. 3º, 4º, del mismo convenio, incluye los preparados que, "dadas las sustancias que contiene no se presta a uso indebido y no puede producir efectos nocivos". Por esto, tales preparados no se consideran drogas en nuestro campo.

⁹ THOMAS SCHWEIZER, "Alkoholkonsum im interkulturellen Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, t. I, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 134 y ss., 252 y ss.

¹⁰ ELISABETH WALTHER, "Kulturhistorisch-etnologischer Abriss über den Gebrauch von Tabak" en *Rausch und Realität...*, t. I, págs. 374 y ss.

Aunque el convenio de 1961, como el de 1971, pretenden vincular las partes respecto al concepto de droga; sin embargo, ante todo y principalmente, regulan el control no penal del problema de las drogas, y solo excepcionalmente admiten o aconsejan las sanciones penales¹¹.

Además, el convenio de 1961 permite la libertad de producción, fabricación, exportación, importación, comercio, posesión o uso de los estupefacientes de la lista IV, si a juicio de las partes "las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea este el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos".

El Tribunal, si respeta el principio de legalidad, carece de base para condenar a quien trafica con una sustancia con caracteres similares a las drogas conocidas si tal sustancia no figura en las listas de los convenios internacionales¹².

Tal como está formulado, el art. 344, en el contexto legal español, las listas suponen para el Tribunal una presunción *iuris et de iure* de que sus sustancias poseen las cualidades necesarias para el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado¹³.

Doctrina española

La doctrina dogmáticopenal y criminológica en España estudia detenidamente, como antes decíamos, el contenido del objeto material del art. 344. LUZÓN PEÑA admite como principio general que el Tribunal debe considerar como droga aquella sustancia que está incluida en las listas de los tratados internacionales, pero hay que admitir la excepción cuando se pueda demostrar que alguna sustancia concreta no es subsumible en alguno de los elementos del concepto de drogas tóxicas, o estupefacientes, sin que "ese sea el caso de la *cannabis* y sus derivados, ni siquiera los menos nocivos, como la *griffa* o marihuana: pues tal sustancia es nociva (tóxica), aunque los sea en un grado escaso, su consumo reiterado puede crear dependencia síquica, ya que no física (droga), y puede afectar a la sensibilidad (estupefaciente)"¹⁴.

Según CÓRDOBA RODA, hay que atender a los preceptos internacionales, pero no basta, puesto que es preciso además que la sustancia concreta, en atención al bien jurídico protegido por la norma, resulte idónea para originar una significativa perturbación de la salud¹⁵.

¹¹ Véase el art. 2.5 b) del convenio de 1961 que dice: "Las Partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea este el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar públicos".

¹² Anteriormente (cfr. *Las drogas*, 1974, págs. 28 y ss) mantenía opinión distinta por varios motivos, entre otros por el diverso contexto legal patrio, antes de la Constitución de 1978.

¹³ SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, págs. 21 y ss.

¹⁴ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Tráfico y consumo de drogas", en BARBERO SANTOS, CEREZO MIR y otros, *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Instituto Alemán, 1982, pág. 66.

¹⁵ JUAN CÓRDOBA RODA, "El delito de tráfico de drogas", en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, publ. Universidad, 1981, págs. 15 y ss.

Las autorizadas opiniones de estos y otros comentaristas españoles¹⁶ muestran la necesidad de que el Código Penal formule con más claridad el contenido del objeto material de los delitos del art. 344, dada su importancia básica. Además, los autores de la nueva norma penal deben exponer los motivos de *lege ferenda* para incluir tal o cual sustancia dentro del concepto de droga.

A la luz de los especialistas deben declararse drogas en el derecho penal aquellas sustancias cuyo uso y tráfico indebido pueden producir resultados notablemente peligrosos a la salud individual, al modo de comportarse, a la economía pública, a la salud física y moral de la humanidad, de modo semejante a como los producen las sustancias incluídas en las listas de los convenios de las Naciones Unidas.

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

En conclusión, desde que está vigente la Constitución de 1978, el art. 344 debe considerarse una ley penal en blanco, pues deben incluirse en él las sustancias comprendidas en las listas I, II y IV del convenio de 1961, y las sustancias sicotrópicas de acuerdo con el convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, y las demás que adquieran consideración de estupefacientes o sustancias sicotrópicas en el ámbito internacional con arreglo al convenio respectivo, más las que se declaren expresamente tales dentro de España¹⁷.

De *lege ferenda* el legislador penal español debía formular una definición de droga con referencia a los tratados internacionales y a la doctrina de los especialistas en las ciencias criminológicas. Mientras no haya un concepto claro y concreto, caben las opiniones divergentes expuestas y razonadas por algunos comentaristas¹⁸.

Opinamos, con MUÑOZ CONDE¹⁹, que en la práctica es difícil establecer este concepto penal objetivo de droga, porque la nocividad de una sustancia depende

(según indican muchos especialistas médicos, farmacólogos, psicólogos, sociólogos) de las más variadas circunstancias personales, ambientales, etc.²⁰. Esto no obsta para que el tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud y a la seguridad pública, etc., o que, en todo caso, no causen objetivamente más daño que otras de tráfico permitido, deberían quedar fuera del Código Penal²¹.

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

VII. DROGAS DURAS Y BLANDAS

Otro de los aciertos de la reforma de junio de 1983 se refiere, como hemos indicado, a la diversificación radical en todos los distintos tipos, según se trate de drogas que causan grave daño a la salud, por un lado, y las demás por otro. Ya hace tiempo, FERNÁNDEZ ALBOR exigía que en el Código Penal se hiciera referencia a los diversos efectos nocivos de las drogas¹.

Cuando el párrafo primero del art. 344 habla de las sustancias que causen grave daño a la salud está pensando en las generalmente denominadas *drogas duras*, por ejemplo, la heroína. En cambio, cuando en el mismo párrafo dice "en los demás casos", se debe entender los supuestos de las llamadas *drogas blandas* o drogas leves, como la *griffa* o marihuana, la *cannabis* y sus derivados que, generalmente, producen menos daño a la salud. Parece acertada esta diferenciación que sigue parte (solo parte) de la legislación comparada², aunque se reconozca que

¹⁶ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, "La reforma del Código Penal de noviembre de 1971", Madrid, Edit. Civitas, 1976, págs. 46 y ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, 1983, págs. 196 y ss.

¹⁷ En sentido parecido, JOSÉ M^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, 9^a ed., Madrid, 1983, págs. 1021 y 1023. La Organización Mundial de la Salud, en su comunicado oficial publicado en 24 de febrero de 1984, ha pedido control internacional para treinta y tres fármacos tranquilizantes; por ejemplo, el Diazepam, el Alboral, el Anding, el Anzepam y el Calmapose.

¹⁸ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Tráfico y consumo de drogas", en *La reforma penal*, Cuatro cuestiones fundamentales, Madrid, Instituto Alemán, 1982, págs. 65 y ss.

¹⁹ GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Edit. Destino, 1983, pág. 198.

²⁰ L. GUIMÓN, J. SEGARRA, *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974, págs. 143 y ss.

²¹ JOSÉ M^a. LORENZO SALGADO, *Las drogas en el ordenamiento penal español*, 2^a ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1983, págs. 106 y ss.

¹ Cfr. AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, "Reflexiones criminológicas y jurídicas sobre las drogas", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, publ. Universidad, 1977, págs. 187 y ss. y 198.

² FIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogenesetzgebung im internationalen Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, compilado por G. VÖLGER, K. VON WELCK y otros, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 1179 y ss. En Francia las drogas se clasifican en tres clases. En Gran Bretaña se distinguen dos: drogas blandas, por ejemplo, la *cannabis*, y drogas duras; JEAN MICHEL ROUX, D. TOURZEAU y P. HANTZBERG, "Toxicomanies autres que l'alcoolisme", en *Encyclopédie Médico-Chirurgiale*, julio 1983, con amplia bibliografía, págs. 1 y ss.

hay también argumentos en contra. Algunos especialistas los formulan insistentemente. Recuerdan que, con frecuencia, la intensidad y extensión del peligro y/o daño depende, tanto o más que de la droga en sí, de las circunstancias ambientales y sociales, de la complejidad física y síquica del usuario, de la dosis y pureza de la droga, de las mezclas con alcohol u otras sustancias, etc. Los efectos psicológicos dependen no solo de la sustancia material de la droga, sino también y en gran proporción del medio ambiente y de las circunstancias sociales. Además, no puede olvidarse el problema de la "escalada"; muchos de los adictos a la heroína y otras drogas fuertes han empezado por la *griffa* o marihuana u otras sustancias leves³.

Recordemos, como ejemplo reciente, el Informe publicado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, en el sentido de que las *drogas blandas*, en concreto la marihuana, si se toman en cantidades importantes pueden producir estados de delirio semejantes a los producidos por las drogas llamadas duras, como el LSD, la silobicina, la mescalina, etc.⁴. Sobre esta base intervino en el pleno del Congreso (con motivo de la discusión del proyecto de 1983) el señor BARRERO LÓPEZ, contra la despenalización de las denominadas drogas "blandas", de los derivados del *cannabis*.

Desde el punto de vista médico y psicológico, en este problema tan importante, ofrecen amplia información los profesores J. GUIMÓN, J. SEGARRA y GIBERT CALABUIG en España⁵; J. M. ROUX, D. TOUZEAU y P. HANTZBERG en Francia⁶; SIDNEY COHEN en California⁷, y KARL-LUDWIG TÄSCHNER en Alemania⁸.

El Tribunal Supremo recientemente va tomando postura, en algunas sentencias posteriores a la ley orgánica de junio de 1983, acerca de qué drogas deben considerarse duras y cuáles blandas. Por ejemplo, la sentencia del 11 de noviembre de 1983 considera que la cocaína es droga que causa grave daño a la salud; la sentencia de 29 de octubre de 1983 estima la heroína también como droga dura. En cambio,

³ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, "Tráfico y consumo de drogas", en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Inst. Alemán, 1982, págs. 65 y ss.

⁴ Según informe elaborado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, la marihuana, en altas dosis, puede producir estados de delirio semejantes a los producidos por drogas, consideradas "duras", como la LSD, la mescalina y la silobicina, apuntándose que los efectos psicológicos dependen, también, del medio ambiente en que se viva y del equilibrio emocional de cada persona. Cfr. el diario "Ya", del 19 de junio de 1983.

⁵ J. GUIMÓN y J. SEGARRA, *Las drogas*, Bilbao, Edit. Mensajero, 1974; JUAN ANTONIO GIBERT CALABUIG, "Las drogas y su problemática actual. Drogas, estupefacientes y alucinógenos", en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, publ. Universidad, 1981, págs. 44 y ss.

⁶ JEAN MICHEL ROUX, D. TOUZEAU y P. HANTZBERG, "Toxicomanies autres que l'alcoolisme", en *Encyclopédie...*, julio 1983, págs. 1 y ss.

⁷ SIDNEY COHEN, "Medizinischer Stand der marihuana-Forschung", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich...*, 1981, págs. 1390 y ss.

⁸ KARL-LUDWIG TÄSCHNER, "Drogenkonsum Stand der Forschung aus medizinischer Sicht", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, págs. 1426 y ss.

la sentencia del 10 de noviembre de 1983 considera que el hachís no causa daños en la salud. En sentido parecido, también las sentencias del 7 de noviembre de 1983 y 16 de noviembre del mismo año.

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

Para terminar este capítulo tengamos presente que el bien jurídico protegido en el art. 344 no es solo la salud pública.

VIII. DOS FIGURAS BÁSICAS

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

1º) Los que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal (mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico).

2º) Los que posean las drogas con el fin de traficar.

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

1º) *Promoción del consumo ilegal de drogas*.—La conducta que tipifica el legislador consiste —dicho brevemente— en promover, favorecer o facilitar (mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico) el consumo ilegal de drogas.

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

A la luz de los convenios internacionales, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la legislación y doctrina nacional y comparada, podemos decir que por promoción habrá que considerar cualquier género de propaganda, formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras en los casos

prohibidos por el art. 18, 1, de la ley de 8 de abril de 1967, excepto en los casos en que medie la debida autorización legal. Por favorecimiento o facilitación debe entenderse todos y solo los actos de auxilio que se preste a quienes consumen ilegalmente y/o a quienes promueven el consumo ilegal. Aquí el legislador se refiere a los intermediarios en el tráfico y a quienes cultivan o fabrican tales sustancias para destinarlas al consumo ilegal¹. Estas conductas de promoción, favorecimiento o facilitación han de llevarse a cabo mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o de posesión con el fin de traficar.

La ley de 1967 brinda un fecundo criterio interpretativo respecto al tráfico, en su art. 15, cuando establece que "Constituyen tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma". Son atípicos los actos de cultivo, fabricación o tráfico cuando no se promueve, facilita o favorece el consumo ilegal, es decir, cuando se cumplen las normas nacionales e internacionales respecto a las drogas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas para usos médicos, terapéuticos, de investigación, etc. No está, por tanto, incriminado el tráfico, ni el cultivo de drogas con fines industriales, científicos y docentes autorizados, con arreglo a la ley de 8 de abril de 1967².

Según establece repetidamente nuestro más alto tribunal (sentencias de octubre de 1979, 11 febrero 1980), el Código pretende incriminar desde los actos de producción de drogas (cultivo, elaboración, fabricación), pasando por los actos preparatorios o auxiliares del tráfico de las mismas (tenencia, transporte) y los constitutivos o integrantes con carácter principal de dicho tráfico (venta, donación), hasta llegar finalmente a los denominados actos de proselitismo (promoción, favorecimiento, facilitación) mediante los cuales de una u otra manera se inicia, fomenta, estimula o propicia el consumo ilegal de drogas³.

Algunas sentencias han condenado al autor de simple donación y/o de invitación recíproca al consumo de drogas (sentencia 18 marzo 1980) por considerar tales actos incluidos en la promoción o en el favorecimiento, puesto que el donante "promueve, favorece y facilita el uso de dicha sustancia" (sentencia 10 junio 1980). Otras sentencias, en cambio, como la de 20 de octubre de 1980, dan un paso decisivo en otra dirección de interpretación más "progresiva" (y discutible, cfr. el núm. 1 del art. 3º del Código Civil), y declaran que no se incrimina la entrega de drogas que está presidida por la intención de asegurar (por reciprocidad para ocasiones similares inversas) el propio consumo, y no por la intención de favorecer o facilitar su uso⁴. Por lo tanto, este tipo de actos de transmisión que todo consumidor prac-

tica, en uno u otro momento, pueden ser calificados también en la nueva redacción del art. 344, no como actos de propio y verdadero tráfico de drogas sino como actos de mero consumo que lleva a cabo (no un delincuente sino) un enfermo.

En este campo, además, la jurisprudencia ha consolidado el criterio tradicional de que el *onus probandi*, la obligación de prueba, recae en el acusador. En caso de duda, el Tribunal debe inclinarse a no sancionar la donación entre consumidores. En realidad, muchas veces el Tribunal se encontrará ante situaciones difíciles de deslindar, pues todos —o casi todos— los consumidores de drogas desembocan, pronto o tarde, en intermediarios o en pequeños traficantes para poder obtener la suma de dinero que necesitan diariamente para conseguir la dosis de hachís o de heroína que consumen.

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

2º) *Posesión con el fin de traficar*.—La segunda modalidad gira alrededor de la posesión para traficar. Esta formulación del tipo objetivo logra con claridad dejar fuera del Código Penal la mera tenencia de droga para el consumo propio, pues incrimina la tenencia para el subsiguiente tráfico, pero no para la donación o intercambio con otro usuario (drogadicto generalmente).

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

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

En este sentido se han manifestado algunas sentencias. Con especial claridad trató este difícil y frecuente problema la Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de la Audiencia Nacional, en la sentencia ya citada de 20 de octubre de 1980 (ponente Luis A. Burón Barba, actual fiscal general del Estado). Considera que el hecho de la trasmisión ocasional de droga, realizada por un toxicómano a otro, no merece la calificación de tráfico ilegal⁵.

El Tribunal Supremo (sentencia 14 noviembre de 1983) comprueba la dificultad para fijar criterios que pueden servir de distinción entre la tenencia destinada al

¹ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte especial, 9ª ed., Madrid, 1983, pág. 1024.

² El art. 22 dice: "No se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley".

³ El art. 18.1 de la ley de 1967 considera "prohibidos cualquier género de propaganda, la formulación de ofertas en general u ofertas de venta y la remisión de muestras de estupefacientes...".

⁴ FRANCISCO TALÓN MARTÍNEZ, "Tráfico de drogas", en *Actualidad Jurídica*, 1981 (I), págs. 59 y ss.

⁵ F. TALÓN MARTÍNEZ, "Tráfico de drogas", págs. 59 y ss.

tráfico y la tenencia destinada al uso propio, y admite como criterio, entre otros, la condición de drogadicto del tenedor de la droga, el lugar donde sea aprehendido, su domicilio, la calle, bares o lugares de diversión, etc., donde la droga se comercializa y, sobre todo, la cantidad de droga intervenida, como hechos o circunstancias externas que sirven para inducir el propósito final de la tenencia.

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

Algunos autorizados especialistas propugnan que se debe inculpar también la tenencia para el uso (una minoría pide la sanción penal incluso para el mero uso), por motivos médicos y de política criminal. El texto del convenio de 1961 toma una postura ambivalente al respecto, pues, aunque el art. 36.1. a) considera delito la mera posesión, sin embargo en el apartado siguiente [36, 1. b)] declara que las partes podrán, en vez de declarar culpables a las personas autoras de ese delito por mera posesión o de sancionarlas penalmente, someterlas a medidas de tratamiento, educación, readaptación social... De modo semejante, aunque no idéntico, se manifiesta el convenio de 1971, en su art. 22, 1. b)

En parecido sentido ambivalente se declara CHERIF BASSIOUNI en su *Derecho penal internacional*, en el art. 15, "delitos relativos a las drogas"⁶.

En derecho comparado algunos países inculpan, en *cierto sentido*, la mera tenencia⁷. Subrayamos la observación de *en cierto sentido*, no solo porque la sanción oscila entre extremos muy diversos, desde penas graves privativas de libertad o pecuniarias a simples medidas de deshabitación, sino también y principalmente porque las interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales distan mucho de ser unívocas (incluso en Estados Unidos).

El Consejo de Europa aconseja que a los usuarios, en caso que la legislación les imponga una sanción penal, se les suspenda la ejecución de la pena si se someten a un tratamiento terapéutico⁸. Muchas leyes nacionales acogen esta posibilidad de

⁶ CHERIF BASSIOUNI, *Derecho penal internacional*. Proyecto de Código Penal Internacional, traducido por J. L. de la Cuesta, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, págs. 152 y ss. y 301.

⁷ FRIEDER DUNKEL, "Strafrechtliche Drogengesetzgebung im internationalem Vergleich", en *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, Köln, Rowohlt, 1981, págs. 1179 y ss.

⁸ La resolución (73)6, sobre los aspectos penales del abuso de las drogas, ha sido objeto de complementos y mejoras posteriores, como por ejemplo, las respuestas que Austria, Chipre, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, República Federal de Alemania, Suecia y Suiza formularon en contestación al cuestionario que les envió la Secretaría General del Consejo de Europa. Cfr. COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS (CDPC). *Suites réservées par les États membres à la Résolution (73)6 sur les aspects pénaux de l'abus des drogues* (España no envió respuesta). Agradezco a don José Ma. Morenilla, miembro del Consejo de Europa para los Problemas Criminales, el haberme facilitado documentación del Consejo de Europa sobre estos problemas.

la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la suspensión condicional de la persecución del delito⁹.

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

⁹ Cfr., por ejemplo, la ley de la República Federal Alemana sobre tráfico de estupefacientes, de 28 de julio de 1981, en sus parágrafos 35 y 37.