

Tendencias político-criminales en materia de drogas¹

José Luis DIEZ RIPOLLES

En los últimos años se ha generalizado la impresión de que la política sobre drogas hasta ahora desarrollada estaba resultando un fracaso y que exigía correcciones importantes². Ello ha dado nuevo impulso a dos tendencias contrapuestas que han estado presentes desde el inicio, a principios de este siglo, de la política represiva del tráfico y consumo de drogas: La primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los negativos resultados obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que destacan recientemente razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraproducentes efectos colaterales, y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos.

El presente trabajo pretende analizar algunos de los últimos esfuerzos realizados en ambas direcciones, decantándose finalmente por una concreta alternativa despenalizadora.

1. UNA OPCION FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRESION: LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1988

La Convención, que tiene su origen en las Resoluciones 39/141, 39/142 y 39/143 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptadas el 14 de diciembre de 1984³, muestra ya sus diferencias respecto a los anteriores Convenios internacionales de 1961 y 1971 desde su mismo Preámbulo:

Mientras los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad⁴, la última Convención modifica significativamente el énfasis: Sin abandonar las referencias a la salud,

complementada con el término más genérico de bienestar y con una especial preocupación por los efectos de tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se reconoce que la capacidad económica y organizativa desarrollada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales, financieras y de todo tipo de naciones enteras, y afectando ya de modo directo a la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados.

Tales daños adicionales, sobrevenidos a consecuencia de la prohibición, en ningún caso motivan a las Naciones Unidas a cuestionarse la corrección del modelo seguido desde los Convenios de 1961 y 1971, centrado en el control de la oferta y cuya garantía básica es la punición del tráfico ilícito. Por el contrario, nos encontramos por primera vez ante una Convención sobre drogas que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales, con el propósito confesado de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos para cubrir ámbitos hasta ahora descuidados⁵. Analicemos cuáles sean los «avances» en esa línea⁶.

A. Objeto material de estos delitos

Lo son ante todo los *estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. La Convención ha desoido finalmente las pretensiones de documentos preparatorios de ampliar en su art. 1 el concepto de cannabis de la Convención de 1961, por la vía de incluir sus semillas y hojas no unidas a las sumidades, o de abarcar en general sustancias meramente análogas a las fiscalizadas sin esperar a la inclusión en su correspondiente lista. En contrapartida se ha negado a realizar cualquier tipo de distinción entre las diversas sustancias según su mayor o menor nocividad⁷.

¹ El presente trabajo constituye una reelaboración y actualización, concluidas en la primavera de 1993, del publicado en 1992 en la revista *Cuadernos de política criminal* con el título «Alternativas a la actual legislación sobre drogas».

² No creo necesano insistir sobre el particular Véase una amplia consideración de opiniones nacionales e internacionales al respecto en Diez Ripollés. «La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales Evolución reciente». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*. 1987. Págs. 347 y ss; del mismo: *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Tecnos. 1989. Págs. 11-58, 126-132.

³ Sobre todas las actuaciones que desencadenaron estas Resoluciones, así como sobre el proceso de elaboración de la Convención, véase Diez Ripollés. *Ibidem*.

⁴ Véanse los Preámbulos de la Convención única de 1961 en sus apartados 1 y 3, y del Convenio de 1971 en sus apartados 1 y 2., en *Legislación sobre drogas*. 2.ª Edición. Tecnos. 1990. Págs. 223-224, 289-290.

⁵ Véase el Preámbulo de la Convención en *Legislación sobre drogas*. *Op.cit.* Págs. 1354-1355.

⁶ Nos vamos a ocupar exclusivamente de sus previsiones de naturaleza penal, dejando al margen las administrativas.

Un análisis de la incompatibilidad de determinados preceptos de la Convención con nuestra Constitución se encuentra en un documento elaborado para una reunión de trabajo del grupo signatario del Manifiesto de Málaga por Carbonell Mateu - Diez Ripollés - Maqueda Abreu. Inédito.

⁷ Véase al respecto los documentos previos, así como las propuestas del Plan amplio y multidisciplinar de actividades futuras

Pero la Convención realiza una primera ampliación del objeto material cuando incluye en el concepto los *precursores químicos* precisos para elaborar ciertos estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a cuyo fin se crean dos listas de sustancias que merecen esa consideración y se prevé un procedimiento de ampliación o restricción de su número⁸. A ellos se añaden en segundo lugar los *equipos y materiales* destinados a fines de cultivo, fabricación, o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁹. La desmesurada extensión del objeto material que tales preceptos suponen constituye un adelantamiento inadmisibles de la punición, que rompe cualquier freno político-criminal de cara a ulteriores avances en esa línea. Por otro lado el concepto de precursor puede dar lugar fácilmente a una ampliación sin fin de las listas a ellos alusivas, y los de equipos y materiales, al no constituir un catálogo cerrado, permiten abarcar cualquier cosa a partir exclusivamente de la siempre problemática referencia subjetiva.

Como objeto material hay que considerar igualmente, dados los delitos de receptación incluidos, a los *bienes* obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades de tráfico, por lo que se entiende activos de cualquier tipo así como los instrumentos legales que acrediten derechos sobre dichos activos¹⁰.

B. Conductas delictivas básicas incluidas.

En primer lugar está el grupo constituido por las conductas de *tráfico* de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También aquí se producen ampliaciones importantes: Se castiga el cultivo de adormidera, arbusto de coca y planta de cannabis con finalidades productoras, aunque no sean necesariamente de tráfico; se mantiene la referencia a actividades no mercantiles, ampliándola con la mención a «oferta» y a «entrega en cualesquiera condiciones». Algunas restricciones son sólo aparentes, como la limitación inequívoca del concepto de «posesión» y «adquisición»¹¹ a conductas de tráfico y no de consumo personal, que se ve en la práctica anulada por la inclusión entre las conductas de tráfico de la «oferta» o «entrega en cualesquiera condiciones» y, so-

bre todo, por la punición, más adelante, de las conductas encaminadas al consumo personal¹².

En efecto, novedad importante de la reforma es haber considerado conductas punibles el cultivo, la adquisición y la posesión para el *consumo* personal, cerrando el paso a partir de ese momento a interpretaciones de los Convenios anteriores que estimaban que el consumo y los actos con él relacionados no estaban penados¹³. Tal opción político-criminal se pretende asegurar con una definición del concepto de «tráfico ilícito» abarcadora inequívocamente de las actividades dirigidas al consumo¹⁴. La no punición directa del propio consumo es irrelevante, al incluirse la fase ineludiblemente previa de la posesión para consumo¹⁵.

Tal actitud político-criminal resulta inadmisibles: Implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud, de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos de nuestra Constitución¹⁶; supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de última ratio que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención que taxativamente establece que las medidas tendentes a eliminar o reducir la demanda ilícita deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano¹⁷.

C. Comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación

Deben considerarse en primer lugar la *fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos* con conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas¹⁸. A mi juicio se trata de una tipificación específica de actos preparatorios de una participación en el delito de tráfico de drogas. La misma calificación técnica merece otro supuesto conectado al anterior pero tipificado de modo independiente y consistente en la *posesión de equipos, materiales o precursores químicos* con conocimiento de su utilización actual o futura con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos¹⁹.

en materia de fiscalización del uso indebido de drogas aprobado en la Conferencia de Viena de 1987, en Díez Ripollés «La política...». *Op.cit.* Pág. 349; del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 15-17

⁸ Véanse arts. 1, 3.1.a).iv, 12 y Anexo de la Convención de 1988 en *Legislación...*

⁹ Véanse arts. 3 y 13 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

¹⁰ Véanse arts. 1, 3.1.b) y c).i, y 5 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

¹¹ Concepto este último más amplio que el anterior de «compra».

¹² Véase art. 3.1.a) de la Convención de 1988. *Ibidem.*

¹³ Véase art. 3.2 de la Convención de 1988. *Ibidem.* Sobre las interpretaciones en España de las anteriores Convenciones Internacionales en relación con el consumo, véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 383-384.

¹⁴ Véase el art. 1 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

¹⁵ La referencia en la Convención a que la punición de estas conductas debe hacerse respetando los principios constitucionales y conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico es una sal-

vedad de muy relativo valor en un contexto internacional en el que los países que lideran la cruzada contra la droga utilizan toda su capacidad de influencia para modificar políticas criminales nacionales que no se ajusten a sus designios, de lo que es buena prueba el caso de España. Véase al respecto Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 361-362, 370, 389, 400; del mismo. «Los delitos...». *Op.cit.* Págs. 32-34, 52, 55.

¹⁶ En especial los principios de libre desarrollo de la personalidad y dignidad personal considerados como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10 de la CE

¹⁷ Véase art. 14. 4 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

¹⁸ Véase art. 3.1.a).iv de la Convención de 1988. *Ibidem.* El texto definitivo se diferencia de los últimos borradores en que por un lado se ampliaron las conductas, incluyendo los precursores, y por otro se restringieron al exigir la referencia subjetiva, inicialmente no prevista. Véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 350, 354, 394-395, del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 18-19.

¹⁹ Véase art. 3.1.c) ii de la Convención de 1988. *Ibidem.*

Asimismo se castiga de modo específico la *instigación o inducción públicas, asociación y confabulación* para cometer, no sólo las conductas básicas, sino cualesquiera de las conductas hasta ahora expuestas o que se van a exponer con posterioridad²⁰. A mi juicio ello podría llegar a ser considerado técnicamente como una tipificación específica de comportamientos preparatorios incluíbles en los conceptos de conspiración o provocación.

Igualmente se tipifica expresamente la *tentativa* de comisión de todas las conductas de referencia del supuesto anterior²¹.

Probablemente la pretensión de asegurar la punición de supuestos problemáticos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria ha llevado a tipificar de modo independiente los comportamientos de autoría y participación consistentes en la *organización, gestión o financiación* de las conductas básicas, así como del primer tipo específico de conductas preparatorias aludido en este apartado²².

Supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de *participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento* en la realización, tanto de las conductas hasta ahora expuestas, como de las que se expondrán a continuación²³.

Se castigan asimismo un buen número de supuestos de *encubrimiento* referidos, sea a las conductas básicas, sea a las del primer tipo específico de conductas preparatorias, sea a las del primer tipo específico de comportamientos de autoría y participación, sea a actos de participación en alguna de estas figuras. En concreto se trata de: a) *conversión o transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, o de ayudar a eludir consecuencias jurídicas a los delincuentes por sus acciones*; b) *ocultación o encubrimiento de tales bienes*; c) *adquisición, posesión o utilización de los bienes conociendo su origen en el momento de recibirlos*²⁴. Afortunadamente, y a diferencia de los trabajos previos, se ha dejado de utilizar el concepto de «blanqueo» reconduciéndolo a conceptos más cercanos a los propios del encubrimiento y se ha introducido la referencia subjetiva al conocimiento de los bienes por el encubridor²⁵.

Estamos en todo momento ante supuestos de receptación, sustitutiva o no, a excepción del segundo inciso de la primera variante que es un caso de favorecimiento real. Dada la redacción de todas las modalidades se abarca en todo momento tanto el aprovechamiento para sí como el aprovechamiento para tercero, aunque en la tercera variante parece

pensarse fundamentalmente en lo primero. Se incluye también el encubrimiento de partícipes. La primera variante admitiría una interpretación como conducta preparatoria de un acto de receptación o favorecimiento real.

El análisis de todas las conductas aludidas en este apartado nos muestra en primer lugar que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: Se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico-penales de intervención mínima y de seguridad jurídica²⁶. Baste para ello con destacar que de la combinación de los preceptos anteriores resultan punibles conductas consistentes en actos preparatorios de actos preparatorios del tráfico²⁷ realizados estos últimos en grados de autoría o participación, incluido el encubrimiento; o que se castigan no sólo la autoría sino también la participación, incluido el encubrimiento, en actos preparatorios de actos preparatorios; o que es delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

La pretensión de romper las construcciones conceptuales acabadas de expresar alegando que en los delitos de drogas no se dan estas categorías de ejecución imperfecta o de participación²⁸, o que la tipificación independiente de los diferentes estadios del *iter criminis* o de las formas de participación las hacen improcedentes, es una forma como otra cualquiera de tranquilizar su conciencia el jurista olvidando la auténtica naturaleza conceptual de los comportamientos aludidos por encima de subterfugios, en el sentido peyorativo del término, «formales»²⁹.

D. Conductas agravadas

Se deberán elevar las penas si se usa *violencia o armas*; se utiliza a *menores* o son éstos las víctimas; se realizan las conductas en *centros penitenciarios, educativos, asistenciales* o en sus inmediaciones, o en *lugares con actividades educativas, deportivas o sociales* concurridas por estudiantes; se cometen por *funcionarios públicos* en actividades relacionadas con su cargo; el delincuente está integrado en la *delincuencia organizada*, sea para realizar estas actividades delictivas, sea para realizar otras actividades delictivas internacionales; el delincuente realiza *actividades delictivas adicionales facilitadas* por la ejecución de estos delitos; se da la *reiteración nacional o internacional*³⁰.

²⁰ Véase arts. 3.1.c) ii, iv de la Convención de 1988. *Ibidem*.

²¹ Véase art. 3.1.c) iv de la Convención de 1988. *Ibidem*.

²² Véase art. 3.1.a).v de la Convención de 1988. *Ibidem*.

²³ Véase art. 3.1.c).iv de la Convención de 1988. *Ibidem*.

²⁴ Véanse arts. 3.1.b).i,ii, y 3.1.c).i de la Convención de 1988. *Ibidem*.

²⁵ Sobre estos extremos véase Díez Ripollés. «La política...». Op.cit. Págs. 350, 354, 395; del mismo. «Los delitos...». Op.cit. Pág. 18.

²⁶ Este último encuentra además claro amparo en los arts. 25.1 y 9.3 de nuestra Constitución.

²⁷ No se olvide que, aun el concepto estricto de tráfico de la Convención, es decir, el del art. 3.1.a) i, ii, iii, abarca la mera oferta o entrega en cualesquiera condiciones. Vid. *supra*.

²⁸ Asumir la afirmación del texto acabada de citar resulta difícilmente compatible con el uso por la propia Convención de estas categorías conceptuales, como vimos hace un momento.

²⁹ Se podría aludir igualmente a los llamativos defectos técnico-jurídicos que se aprecian, por más que otros muchos fueron eliminados a lo largo de la elaboración de la Convención y que no se puede pretender que un tratado internacional refleje una estructura conceptual que, aunque muy extendida, no es patrimonio de todos los países. Así, se hace una definición especialmente incorrecta de los supuestos de conspiración y provocación, se tipifican expresamente de modo innecesario determinados supuestos de autoría y participación, se mezclan hipótesis de favorecimiento real y receptación... Vid. *supra*.

³⁰ Véase art. 3.5 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

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

E. Penalidad

En cuanto a las penas, y a diferencia del mayor rigor de los trabajos previos, la Convención se conforma con insistir en que las sanciones estén en consonancia con la gravedad de estos delitos, lo que debe implicar la imposición de penas privativas de libertad y pecuniarias, además de la del *comiso*³¹.

Esta última pena pasa a desempeñar un papel fundamental como instrumento de menoscabo del poderío económico del narcotráfico, y viene reforzada por la posibilidad de imponer la medida procesal previa de *embargo*, tanto en su aspecto de inmovilización de los bienes como en el de su aprehensión y depósito en poder de la autoridad. Se admite, incorrectamente, que ambas, medida y pena, puedan dictarse por autoridad judicial no penal o por autoridad administrativa, si bien ello se deja en función de las exigencias del derecho interno³².

En cuanto al objeto del embargo y comiso lo son en primer lugar los estupefacientes, sustancias psicotrópicas, equipos, materiales e instrumentos, siempre que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal. Sorprende que no se aluda expresamente a los precursores químicos, que no parece puedan incluirse en el uso que hace la Convención del término «materiales». Asimismo se echa en falta una cláusula de proporcionalidad en relación con los instrumentos del delito que limite la posibilidad de embargo o comiso cuando su valor no guarde proporción con la gravedad del delito cometido³³.

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

³¹ Véase art. 3.4.a) y b). Sobre las propuestas más duras de los trabajos previos, véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 351-352., 355, 396-398; del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 20-22.

³² Se han eliminado disposiciones inadmisibles contenidas en documentos previos, como la posibilidad de que el embargo pueda dictarse antes de formularse la acusación, o que el comiso pueda afectar a bienes de personas no condenadas ni procesadas si sabían el origen de los bienes; bien es verdad que esto último se ha resuelto ampliando el concepto de receptación de forma que tales personas han pasado también a ser criminalizadas y por consiguiente susceptibles de comiso.

³³ Véase al respecto el art. 48 de nuestro Código penal.

³⁴ Véase lo dicho en Nota 25.

ellos. Podrán igualmente embargarse o decomisarse los ingresos o beneficios obtenidos de todos ellos.

Más discutible es la inclusión entre los bienes susceptibles del embargo y comiso de aquellos cuyo valor equivalga a los obtenidos o derivados de tales conductas, sin mayores exigencias, pues permite afectar bienes de origen lícito sin contacto con los de origen ilícito, violando el principio de culpabilidad. También causa preocupación desde la perspectiva de la seguridad jurídica³⁴ la excesiva vaguedad en la delimitación de los bienes vinculados de algún modo a los obtenidos directamente del delito, así como la amplitud del retroceso de unos bienes a otros.

En todo caso deben salvaguardarse los derechos de terceros de buena fe³⁵.

A pesar de su ausencia en la mayoría de los documentos previos³⁶, finalmente se han previsto *medidas complementarias o sustitutivas a las penas* por más que en un contexto muy restrictivo. Así, aunque se acepta en los casos de infracciones leves o si el delincuente es toxicómano la suspensión del fallo o la remisión condicional vinculadas a medidas de reinserción y tratamiento, o en los casos de conductas orientadas al consumo personal la aplicación de tales medidas tanto como complemento de la pena como en el marco de la suspensión del fallo o de la remisión condicional³⁷, se recuerda que en ningún momento la adopción de tales medidas debe hacer peligrar el fundamental efecto preventivo disuasorio a conseguir con la punición de estas conductas y se aconseja un uso muy limitado de la remisión condicional y de la libertad condicional³⁸.

F. Medidas procesales

Resulta correcta, pero inquietante en el contexto fuertemente represivo de la Convención, la explícita alusión a que los diversos *elementos subjetivos* incluidos en los tipos pueden inferirse a partir de las circunstancias objetivas del caso concurrentes³⁹.

Inadmisibles de todo punto es la recomendación de invertir la *carga de la prueba* respecto al origen ilícito de los bienes sujetos a decomiso⁴⁰.

Se fomenta de modo cuestionable las figuras del *delator* y *arrepentido* al admitirse la suspensión de toda actividad policial o judicial contra testigos o peritos que consientan trasladarse a otro país para colaborar en una investigación o actuación judicial por los actos delictivos realizados con anterioridad en el

³⁵ Véase sobre todo esto los arts. 1 y 5 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

³⁶ Véase al respecto Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 351, 355, 397; del mismo. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 20-21.

³⁷ Véanse arts. 3.4. c) y d) de la Convención de 1988. *Ibidem.* En la letra b) del mismo artículo se admite de modo general la posibilidad de imponer medidas de seguridad como complemento de la pena.

³⁸ Véanse arts. 3.6 y 3.7 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

³⁹ Véase art. 3.3 de la Convención de 1988. *Ibidem.*

⁴⁰ Véase art. 5.7 de la Convención de 1988. *Ibidem.* Su aceptación en nuestro país supondría un inequívoco ataque al principio de presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 de nuestra Constitución.

país donde testifican o peritan hasta que hayan tenido oportunidad de abandonar tal país⁴¹.

Asimismo se acuerda establecer plazos de *prescripción* prolongados para estos delitos⁴².

G. Medidas de cooperación internacional en la persecución de estos delitos

Se introduce el mecanismo de la *entrega vigilada*, consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de contener sustancias prohibidas salgan, atraviesen o entren en el territorio de uno o más países con el conocimiento de sus autoridades y la finalidad de identificar a las personas involucradas en la operación delictiva. La concepción absolutizadora de la represión se muestra de nuevo al incluir entre las sustancias susceptibles de este mecanismo a unas hasta ahora no aludidas en el texto internacional, a saber, las que sean sustitutivas de las incluidas en la Convención⁴³.

Las disposiciones sobre *tráfico marítimo* abren el paso a todo tipo de abusos sobre la soberanía de otros países por parte de los más poderosos militar y económicamente. Así se admite la posibilidad de abordar o inspeccionar naves con matrícula o pabellón ajeno sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito, o de adoptar medidas adecuadas respecto a ellas, personas o carga a bordo si se descubren pruebas de su implicación en el tráfico, en las siguientes condiciones: Si el Estado requirente obtiene autorización del requerido; en cualquier lugar donde se esté haciendo uso de la libertad de navegación según el derecho internacional, es decir, en alta mar o incluso en aguas territoriales del pabellón de la nave sospechosa o del de cualquier país; si se respetan los derechos de los Estados ribereños; si tales actuaciones las realizan buques o aeronaves militares o debidamente identificadas como al servicio del control de drogas de un Estado. Además la Parte interviniente podrá declararse competente para enjuiciar los delitos incluidos en la Convención salvo los de consumo personal cometidos en la nave si la autorización obtenida incluye el embargo de la nave y la Parte requerida no se opone⁴⁴.

Al margen del supuesto acabado de aludir hay otras reglas tendentes a ampliar la *competencia* o facilitar la *extradición* o, en su defecto, asegurar el enjuiciamiento y el cumplimiento de la condena por parte del delincuente: Entre ellas destacan que una Parte podrá declararse competente respecto a con-

ductas de participación, conspiración o tentativa realizadas fuera del territorio de soberanía pero con el fin de perpetrar en él uno de los delitos incluidos en la Convención salvo los dirigidos al consumo personal, y que cabe la posibilidad de cumplir la condena impuesta por país extranjero en el país de su nacionalidad en el caso de que no se pueda entregar legalmente a su nacional⁴⁵.

2. OTRA OPCION FAVORABLE AL INCREMENTO DE LA REPRESION: LA REFORMA DEL CODIGO PENAL ESPAÑOL POR L.O. 1/1988 DE 24 DE MARZO

Puede parecer sorprendente que nos dispongamos a analizar a continuación un texto legal que precedió en el tiempo a la Convención de 1988 acabada de estudiar. Sin embargo, es una realidad aceptada por las propias instancias oficiales que la reforma española de 1988 se formuló y se acompasó a tenor de los sucesivos borradores de la Convención de 1988, de la que aspiró a ser un hijo aventajado, cuando menos en el tiempo⁴⁶. Este hecho, así como el que ya haya realizado en otro lugar un estudio detenido de la reforma española⁴⁷, aconseja limitar ahora el ámbito de nuestras consideraciones a observar el grado en que el legislador español atendió a las nuevas exigencias represivas de los órganos de Naciones Unidas⁴⁸.

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

Sólo la introducción de un supuesto particular y muy limitado de remisión condicional para drogodependientes, con fines preventivo-especiales, se aparta de tal orientación, por más que se enfatiza

⁴¹ Véase art. 7.18 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

⁴² Véase art. 3.6 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

⁴³ Véase art. 11 de la Convención de 1988. *Ibidem*. Se adopta el criterio de decidir caso por caso, a diferencia de textos previos más generosos, véase Díez Ripollés «La política...». *Op.cit.* Págs. 353, 354-355, 398-399.

⁴⁴ Véanse arts. 17 y 4.1.b).ii de la Convención de 1988. *Ibidem*.

⁴⁵ Véase al respecto arts. 4 y 6 de la Convención de 1988. *Ibidem*.

⁴⁶ Véase al respecto los datos suministrados en Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 32-34, 52, 55.

⁴⁷ Véase Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 51-125, con amplias referencias bibliográficas. De entre los ulteriores análisis

de la reforma destaca el detenido estudio llevado a cabo por diversos autores, coordinados por Rey Huidrobo, en *Comentarios a la legislación penal* Tomo XII. Edersa. 1990.

⁴⁸ En ese análisis nos va a resultar muy ilustrativo un documento que, en aras a la discreción propia de todo trabajo científico, nos vamos a limitar a calificar como «sorprendente». Me refiero al informe de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico ilegal de drogas relativo a la necesidad de adecuar la actual legislación penal a las prescripciones de la Convención de 1988, reproducido en la Memoria de la Fiscalía general del Estado de 1990. Véase *Memoria elevada al Gobierno de S.M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Leopoldo Torres Boursault*. Madrid. 1990. Págs. 219 y ss

que ello no debe afectar a los efectos preventivo-generales pretendidos ni prestarse a abusos⁴⁹.

Si atendemos ahora a los contenidos concretos de la ley, se aprecia respecto al *objeto material* cómo nuestro legislador persiste dentro de una actitud moderada dentro de lo que es la opción represiva al mantener la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no, en contraposición con las propuestas de Naciones Unidas, las cuales tampoco sigue por lo que respecta a la inclusión de los precursores químicos, equipos y materiales destinados a ser utilizados en el tráfico de drogas⁵⁰. Sí que incluye, sin que quepa hacer objeciones, a los bienes o ganancias obtenidos con la comisión de estos delitos.

Esta actitud se abandona sin embargo a la hora de describir las conductas de *tráfico* en donde se crea un tipo extraordinariamente abierto, en especial debido a la expresión «de cualquier modo», que atenta frontalmente contra los principios de legalidad y seguridad jurídicas dando lugar a una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición: Puede decirse que se ha querido abarcar cualquier contribución, por mínima que sea, al consumo y lo que es más importante, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no. En realidad tal formulación puede fácilmente llevar a interpretaciones, quizás queridas por el legislador, que incluyan por esta vía la fabricación, distribución o venta de precursores, materiales o equipos destinados al tráfico de drogas *stricto sensu*, con lo que la contención del objeto material aludida en el párrafo anterior sería sólo aparente⁵¹. Estamos por consiguiente ante una fiel acomodación a las demandas internacionales, en claro contraste con la regulación española anterior⁵².

El legislador no da sin embargo el paso ulterior demandado por Naciones Unidas, esto es, la punición de las conductas orientadas al *consumo* personal, que siguen siendo impunes. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/92 sobre Protección de la Seguridad ciudadana ha introducido una serie de infracciones administrativas graves entre las que cabe destacar el consumo en lugares públicos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas así como su tenencia ilícita aunque no estuviera destinada al tráfico⁵³.

En cuanto a la pretensión de Naciones Unidas de adelantar las barreras de protección penal para abarcar de forma inusitada los más diversos supues-

tos de *ejecución imperfecta* en relación con cualesquiera comportamientos de *autoría y participación* el legislador español no ha procedido con la tosqueidad que lo ha hecho la Convención, pero ello no debe llevar a engaño: La redacción del tipo básico en conexión con su naturaleza de peligro abstracto permite castigar sin mayores problemas interpretativos comportamientos muy alejados de la lesión al bien jurídico protegido, con más razón si se piensa que la reforma en este punto supone una carga de profundidad contra el dificultoso asentamiento, a partir de la redacción anterior a 1988, de una línea jurisprudencial que pretendía ir distinguiendo diferentes grados de ejecución y participación en este delito⁵⁴.

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

Pero ello no puede hacer olvidar que, aun cuando pudiera estar justificado un precepto específico de receptación para estas conductas, su necesaria vinculación al tipo del art. 344 da como resultado una ampliación desmesurada del 546 bis f), en línea con las propuestas de Naciones Unidas: La obligada conversión en conductas de autoría de lo que conceptualmente no son más que actos preparatorios y de participación en el art. 344 implica que se va a tener que aceptar la receptación en relación con comportamientos que pueden llegar a ser hasta sólo de participación en actos preparatorios. De hecho la amplia redacción típica del art. 344 hace incluso innecesario todo el art. 546 bis f) ya que los compor-

⁴⁹ Un análisis más detallado de los fines de la reforma, más allá de lo que dice la Exposición de Motivos de la ley, en Díez Ripollés. *Los delitos... Op.cit.* Págs. 51-58.

⁵⁰ Véase, con todo, *infra*.

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

⁵¹ Así lo estima la Fiscalía especial, por más que eso no le parece suficientemente asegurado, de ahí que propugne una modificación legal que contemple expresamente la punición de las conductas de fabricación, transporte y distribución de los precursores, equipos y materiales, sin olvidar proponer la tipificación, pese a no tener carácter obligatorio en la Convención, de la posesión de todos esos objetos con fines de tráfico. *Op. cit.* Págs. 221-222, 223-224.

⁵² Véase más ampliamente sobre esto Díez Ripollés *Los delitos... Op.cit.* Págs. 58-66.

⁵³ Véase art. 25.1 de la citada ley, que ofrece la posibilidad de suspender la sanción, que puede llegar hasta los cinco millones de pesetas, si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación. La ley también castiga la tolerancia del consumo o tráfico en locales públicos y la falta de diligencia en impedirlo por parte de los responsables de ellos(art. 23.h), y el abandono en lugares públicos de los útiles o instrumentos utilizados para su consumo (art. 25.1 inciso final).

⁵⁴ Véase más ampliamente al respecto Díez Ripollés *Los delitos...Op.cit.* Págs. 62-66.

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

tamientos que abarca caben perfectamente en la omnicompreensiva redacción del art. 344. Dado esto último aún resulta más sorprendente el hecho de que las penas del 546 bis f) en ocasiones sean más graves, y en otras más leves, que las del art. 344, dependiendo de la nocividad de la droga y/o los tipos agravados⁵⁵.

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

El número de agravaciones supera ampliamente a las propuestas por la Convención. En cuanto al contenido de las que sustancialmente coinciden, su amplitud en la ley española es mayor o menor, según los casos, a la que tienen en la propuesta internacional⁵⁶. En cualquier caso nuestro Código contiene dos agravaciones palmariamente atentatorias a la seguridad jurídica, cuales son la de que la cantidad de drogas implicada sea de notoria importancia, y la que alude a la extrema gravedad de la conducta para justificar una agravación de segundo nivel⁵⁷.

Nuestro legislador presta una especial atención a la propuesta internacional de elevar las *penas* en estos delitos, lo que hace de una manera extraordinaria. Baste decir que a pesar de encontramos ante un delito de peligro abstracto para el bien jurídico y que el tipo propicia un adelantamiento de las barreras de protección penal tan exagerado difícilmente se impondrán penas inferiores a la de prisión menor y se puede llegar fácilmente a imponer penas de prisión superiores a las del homicidio⁵⁸. Lo primero se

agrava porque el arresto sustitutorio, dados los mínimos tan altos de la pena multa, resultará habitual en los casos menores.

En efecto, la pena de multa alcanza igualmente una entidad exagerada, pues establecido el mínimo en 500.000 ptas pudiéndose llegar con los tipos agravados a los 225 millones, no debe olvidarse que el art. 344 bis d) permite en la cuantificación de la multa atender, no sólo a los beneficios económicos que ha obtenido o hubiera podido obtener, sino igualmente a los que no obtendría en ningún caso pero se iban a producir en los sucesivos escalones del tráfico hasta que la droga llegara al consumidor⁵⁹.

También atiende aplicadamente nuestro legislador a lo que demandan las instancias internacionales respecto a la pena de comiso y a la medida previa de embargo. Su redacción técnica elude, no obstante, importantes defectos de la propuesta internacional, haciendo una correcta identificación de las personas competentes para decretar el embargo e imponer el comiso, eludiendo la inclusión de bienes de origen ilícito, meramente equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico, y no admitiendo la inversión de la carga de la prueba⁶⁰. Pero ello no impide que la referencia a las sucesivas transformaciones de los bienes sea extremadamente vaga, sin aparente límite en el retroceso de unos bienes a otros, y que esté ausente para todos los objetos susceptibles de decomiso la referencia a la proporcionalidad entre el valor de lo decomisado y la naturaleza y gravedad de la infracción. Esto último incidirá de modo especialmente significativo sobre los bienes y efectos instrumentales, algo que parece haberse buscado conscientemente dadas las menciones expresas a ciertos instrumentos que se hacen⁶¹.

⁵⁵ Véase más ampliamente Díez Ripollés. *Los delitos...* Op.cit. Págs. 90-99, 101-102.

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

⁵⁶ La Fiscalía especial, tras reconocer la amplitud de nuestras figuras agravadas, considera, sin aludir a una previa supresión de nuestras agravaciones no contempladas en la Convención, que deben añadirse, por estar incluidas en la Convención y no en nuestro derecho interno, las de recurso a la violencia o empleo de armas, victimización o utilización de menores, comisión en centros asistenciales, participación en actividades delictivas internacionales organizadas aun sin relación con drogas o en actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. Op.cit. Págs. 226-227.

⁵⁷ Véase un análisis de los tipos agravados en Díez Ripollés. *Los delitos...* Op.cit. Págs. 66-90.

⁵⁸ No se olvide igualmente la incongruencia que supone que, dada la ausencia de una cláusula limitadora en el 546 bis f), se puede llegar a imponer penas por conductas de receptación superiores a las de las conductas de autoría del 344.

⁵⁹ La Fiscalía especial propone que se reforme la ley admitiendo elevaciones aún mayores de la pena de multa, como alternativa a las dificultades constitucionales que provoca la posible introducción de la carga de la prueba respecto a los bienes objeto de comiso (véase Nota siguiente). Op.cit. Pág. 234.

⁶⁰ La Fiscalía especial propone incluir en el comiso los bienes de origen ilícito equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico.

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

Por otra parte, tras analizar los inconvenientes constitucionales a la propuesta de inversión de la carga de la prueba hecha por la Convención, ofrece dos soluciones para eludir materialmente tal obstáculo: Una de ellas consistiría en una nueva elevación de las penas de multa, unida a un agotamiento de las posibilidades ofrecidas por el art. 344 bis d). La segunda residiría en la imposición, junto a las penas correspondientes, de «una medida de seguridad de carácter económico que abarcara todo el patrimonio del condenado adquirido por éste durante un determinado número de años anteriores a la comisión del hecho punible objeto de la condena»; al condenado se le daría «oportunidad de demostrar el origen lícito de los bienes de los que se le ha privado legítimamente por sentencia»: Al decir de la Fiscalía especial, siendo tal medida postdelictual y tener como presupuesto una sentencia condenatoria, siempre que no se estime contraria al principio de proporcionalidad que, por lo demás, no constituye un derecho fundamental, no se violaría la presunción de inocencia por la presunción *iuris tantum* de que el incremento patrimonial procede del delito. Op.cit. Págs. 227-230, 232-235.

⁶¹ Por otra parte el término «efectos» se utiliza de un modo técnicamente incorrecto y confuso, lo que se acentúa al comparar su uso en el comiso y el embargo.

Todo ello muestra que el legislador ha abandonado nitidamente el principio de proporcionalidad de las penas en estos delitos. Por otra parte, de los efectos combinados de la pena de multa y de comiso se deduce que con relativa frecuencia se va a llegar a una situación práctica de confiscación general de bienes⁶².

En cuanto a *sustitutivos de la pena* nuestro legislador ha introducido con retraso una regulación específica que ya venía demandada por los Convenios internacionales anteriores y había sido incumplida⁶³. Pero coherente con las ideas que inspiran la última Convención, la regulación específica de la remisión condicional que se introduce contiene tantas cautelas que ha dado lugar a una regulación equívoca respecto a su carácter más beneficioso frente a los preceptos genéricos de remisión condicional⁶⁴.

No se han producido modificaciones procesales en la línea establecida por la Convención pero existen ya propuestas oficiales, objeto de estudio, relativas a la concesión de beneficios penales a los delinquentes *delatores*⁶⁵.

El cumplimiento de las *medidas de cooperación internacional* previstas en la Convención se verá facilitada por la creación de una Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas que tiene, como una de sus funciones específicas la de «promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas»⁶⁶.

2.a. Los problemas del alumno aventajado: La reforma del Código penal español por L.O. 9/92 de 23 de diciembre

La recién vista extremada aplicación del legislador español cara a los organismos internacionales, propia de un alumno que quiere adelantarse a las explicaciones del profesor adivinando su pensamiento, no ha impedido que las autoridades españolas se hayan considerado obligadas a realizar una

nueva reforma penal. Con ella el legislador ha pretendido introducir en nuestro Derecho los pocos contenidos de la Convención de Viena que se le habían pasado por alto en su solícita reforma de 1988⁶⁷.

A tal efecto no ha dudado en trasplantar de modo literal a nuestro Código penal diversos preceptos de la Convención. Con este propósito ha renunciado sin empacho a cualquier elaboración acorde con nuestros conceptos jurídicos de las conductas que la Convención propone incriminar, por más que ésta utilice necesariamente formulaciones ambiguas para contentar a la variedad de los ordenamientos jurídicos de los países signatarios. Es más, en su apresuramiento y fidelidad a la Convención, nuestro legislador incluso se ha «olvidado» de preceptos por él mismo introducidos en 1988 y que ya incluían, y de un modo técnicamente mucho más correcto, ciertas conductas, que ahora son abarcadas por partida doble en preceptos diversos. Por si fuera poco, la defectuosa técnica legislativa utilizada en unos casos, o una voluntad consciente en otros, ha llevado a que en realidad el ámbito de la punición supere en estos momentos en nuestro ordenamiento jurídico al que viene exigido por la Convención de 1988 o por la Directiva de la Comunidad europea⁶⁸.

En primer lugar, la ley 8/92 ha ampliado las *agravaciones* del art. 344 bis a): La nueva agravación 8, cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas, supera el ámbito de lo propuesto en la Convención ya que ésta exige que tales actividades se realicen en el ámbito internacional⁶⁹, y viola el principio de culpabilidad⁷⁰. A su vez la nueva agravante 9, consistente en que el culpable participe en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito, por seguir el tenor literal de la Convención incluye también actividades ilícitas aunque no sean ilícitas penales, lo que amplía desmesuradamente el tipo⁷¹. Por su parte la nueva agravante 10, si los hechos del art. 344 se realizan mediante menores de 16 años o utilizándolos, incluye el contenido del art. 3.5.f. de la Convención que faltaba^{72, 73}.

En segundo lugar, el legislador con la introducción

⁶² Véase ampliamente sobre todo lo anterior Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 99-112.

La impresión aludida en texto se refuerza tras leer las propuestas hechas por la Fiscalía especial y recogidas un poco más arriba.

⁶³ Véanse arts. 36.1.b) y 22.1.b) de la Convención de 1961 y de la de 1971, respectivamente, en *Legislación sobre drogas...* *Op.cit.*

⁶⁴ Véase un análisis detenido al respecto en Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 112-125.

⁶⁵ La Fiscalía especial propone introducir una regulación similar a la actualmente existente para los delitos relacionados con bandas armadas en el art. 57 bis b), que permite una considerable atenuación e incluso remisión total de la pena. *Op.cit.* Págs. 235-237.

⁶⁶ Véase art. 3º de la Ley 5/1988 de 24 de Marzo. Sobre las medidas de cooperación internacional propuestas véase, desde la perspectiva española, asimismo Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 398-399.

⁶⁷ El cotejo entre el Informe de la Fiscalía especial, recogido en sus puntos esenciales en las notas a pie de página del apartado anterior, y la reforma que ahora vamos a estudiar, resulta ilustrativo de cara a averiguar a quien deben imputarse los «méritos» de ésta.

Por lo demás, y como en el apartado anterior, el análisis que ahora sigue no aspira a otra cosa que a confrontar sumariamen-

te los contenidos de la reciente reforma con las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas y la Directiva de la CEE.

⁶⁸ Se alude a la Directiva de la CEE sobre blanqueo de capitales 91/308 de 10 de Junio.

Sobre todas estas afirmaciones véase *Infra*.

⁶⁹ O, en su defecto, que la organización en que se integra el culpable se dedique, al menos parcialmente, al tráfico de drogas (más estricto incluso Queralt Jiménez. *Derecho penal español. Parte especial*. Puesta al día L.O. 8/92... Bosch. 1993. Pág. 9). Véanse arts. 3.5.a y b de la Convención.

⁷⁰ Véase lo dicho supra apartado 1.D.

⁷¹ Véase también Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 9, proponiendo una interpretación restrictiva, y señalando de lo contrario una violación del principio de proporcionalidad.

⁷² El resto ya está inserto en el art. 344 bis a.1º del Código. La duplicidad de términos «mediante» y «utilizándolos» sólo puede tener sentido si se quiere diferenciar entre actuaciones conscientes o no de los menores (véase Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 10), pero dada la irrelevancia de su consentimiento es una distinción superflua.

⁷³ Probablemente un defecto de técnica legislativa explica que el art. 344 bis b) no se haya modificado para incluir en el segundo inciso del primer párrafo a los incluidos en las agravaciones 8 y 9, junto a los que se incluyen en la 6. Véase Queralt Jiménez. *Op. cit.* Pág. 9.

del art. 344 bis g) ha querido evitar toda duda respecto a la punición del tráfico de precursores químicos, equipos y materiales destinados a utilizarse en el tráfico de drogas⁷⁴.

Aunque su dicción es a primera vista prácticamente idéntica a la de los arts. 3.1.a).iv y 3.1.c).ii de la Convención, una lectura más detenida permite concluir que nuestro legislador de nuevo va más allá de lo que le exige la Convención: Ante todo incluye el castigo de la «posesión», algo que no viene necesariamente obligado por la Convención⁷⁵. Asimismo, no se conforma con aludir a los precursores químicos incluidos en las listas de la Convención, o con sumar a éstos los que se añadan en el futuro a tales listas según el procedimiento en la Convención previsto⁷⁶ sino que, ampliando la de por sí peligrosa técnica de la ley penal en blanco hasta límites desconocidos hasta ahora, incluye también aquellos «productos» que se adicionen «en otros futuros Convenios o Convenciones ratificados por España»⁷⁷.

La acrítica fidelidad al texto de la Convención da lugar a otros defectos de técnica legislativa: Se reiteran de un modo incongruente las exigencias subjetivas en un mismo tipo respecto a unas mismas conductas, primero la posibilidad de cometerse con dolo eventual («a sabiendas») y luego con dolo directo de primer grado («para estos fines»); y consecuentemente se castiga, de un modo poco realista, la posesión en supuestos de dolo eventual⁷⁸.

Por otro lado, pese a encontramos ante conductas constitutivas de actos preparatorios de una participación en el delito de tráfico de drogas⁷⁹ la pena prevista es superior a las conductas de autoría del art. 344 si se trata de drogas blandas, y sólo se encuentra parcialmente por debajo de la pena de prisión, no así de la de multa, si se trata de drogas duras, lo que viola claramente el principio de proporcionalidad⁸⁰.

Los defectos se acentúan a la hora de analizar las conductas de encubrimiento introducidas en los arts. 344 bis h), i) y j):

⁷⁴ Véase lo dicho en apartado anterior.

⁷⁵ La adición además del término «comerciare», no mencionada en la Convención, es una cautela innecesaria pues es un concepto subsumible en los precedentes.

⁷⁶ Véase art. 12 de la Convención.

⁷⁷ Para Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 11 toda adición de nuevas sustancias deberá realizarse de modo específico a través de Ley orgánica.

⁷⁸ Por lo demás, el uso del artículo determinado «los», en relación a equipos y materiales además de a las sustancias, parece dar a entender que los equipos y materiales también están enumerados en las listas de la Convención de 1988, lo que evidentemente no sucede. De ahí que haya que hacer una interpretación teleológica para comprender el defectuoso precepto.

⁷⁹ Véase *supra* apartado 1. También Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 10.

⁸⁰ Todo ello, naturalmente, si es que se mantiene aún la pretensión de distinguir entre grados de ejecución y participación en el marco del art. 344, lo que no es nada fácil dada la dicción legal de éste. En caso contrario en realidad sobra el recientemente introducido art. 344 bis g), pues todo cabe en el art. 344.

Véase una opinión no coincidente respecto a lo acabado de decir en texto, en Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 10-11.

⁸¹ Cotejense los arts. 3.1.b).i y ii, y 3.1.c).i de la Convención con los arts. 344 bis h).pp.1 y 2 y 344 bis i) del Código tras la reforma que analizamos.

⁸² A mi juicio, en una primera aproximación y a salvo los supuestos de imprudencia a los que luego aludiré, los nuevos pre-

Ante todo, se renuncia a todo intento de formular los conceptos de acuerdo con las instituciones propias de nuestro ordenamiento jurídico, como sin embargo se había hecho, con apreciable acierto, en la reforma de 1988 a través del art. 546 bis f). Se procede a una copia casi literal de los preceptos de la Convención que, con una detestable técnica jurídica, están llenos de reiteraciones, casuismo y conceptos indeterminados⁸¹. Más grave aún que esto último es que el legislador demuestre una palmaria ignorancia del propio derecho español vigente, de forma que se introducen estos preceptos sin apreciar que la mayor parte de las conductas ya estaban incluidas en el art. 546 bis f)⁸², el cual ni se deroga ni se modifica para acomodarlo a los nuevos preceptos, originándose una incomprensible doble regulación al respecto⁸³.

Por otro lado, el abandonismo legislativo llega al extremo de copiar mal la Convención, dando lugar a determinados resultados sin duda no deseados por el legislador, como el castigo, en el marco de conductas preparatorias del favorecimiento real o de la receptación (art. 344 bis h) 1 inciso primero), de determinadas conductas de participación propia en los delitos de tráfico de drogas o de precursores (art. 344 bis h) 1 inciso segundo). En realidad lo que pretendía la Convención era castigar las conductas preparatorias del favorecimiento real o de la receptación con independencia de si se encubría a autores o a partícipes de los delitos de tráfico de drogas o de precursores, pero no una absurda nueva punición de estos partícipes⁸⁴.

Con seguridad no obedece al descuido sino a la voluntad del legislador el que en otros lugares se amplíe la punición más allá de lo demandado por la Convención: Así, se castigan conductas no obligadas por la Convención, como es el caso del art. 344 bis i)⁸⁵ el cual, además, va referido también a las conductas de posesión de precursores, equipos y materiales, en ningún caso aludidas en la Convención⁸⁶. Mucho más significativo es que se castiguen

ceptos sólo añaden las siguientes conductas a las ya castigadas en el art. 546 bis f): 1. La posesión o uso de los bienes siempre que con ello se esté beneficiando exclusivamente quien los detenta y no simultáneamente un tercero (que puede ser el autor de los delitos de tráfico) 2. Casos de encubrimiento consistentes en favorecimiento real. 3. Comportamientos preparatorios de receptación o favorecimiento real. 4. Casos de receptación de comportamientos de participación en delitos de tráfico.

Ahora bien, no debe olvidarse que la amplísima redacción del art. 344 permite sin problemas incluir en él todas las conductas aludidas, y que, si no se quiere hacer un uso tan extensivo del art. 344, una leve modificación del actual artículo 546 bis f) hubiera permitido incluir en él sin problemas las conductas aludidas en 1, 4 y parcialmente en 3.

Véase sobre el contenido del art. 546 bis f), así como su relación con el 344, Díez Ripollés. *Los delitos relativos...* *Op.cit.* Págs. 90-99.

⁸³ En el mismo sentido Queralt Jiménez. *Op.cit.* Págs. 13 y 15, quien intenta, en vano, establecer alguna distinción entre el 546 bis f) y estos preceptos, desistiendo al final de ello y abogando por la derogación del art. 546 bis f).

⁸⁴ Véase art. 3.1.b).i de la Convención, y art. 344 bis h) 1 inciso segundo.

Sintomáticamente la Directiva de la CEE sobre blanqueo de capitales no cae en ese error.

⁸⁵ La Directiva de la CEE también incluye estas conductas.

⁸⁶ Véase art. 3.1.c). i) y ii) de la Convención.

la mayor parte de todas estas conductas de recepción y favorecimiento real cuando se cometan por negligencia o ignorancia inexcusables, algo que no prevén ni la Convención ni la Directiva de la CEE⁸⁷.

En sentido contrario, también descuidos del legislador deben explicar que, en contra de lo que se deduce de la Convención, tanto las nuevas agravantes del art. 344 bis a) como las que ya existían en él no resulten aplicables, en la medida que sean pertinentes, a los arts. 344 bis g) a i)⁸⁸, para los que sí se ha previsto la nueva agravación del art. 344 bis j).

Se mantienen las mismas incongruencias de penalidad entre estos preceptos y el art. 344 que ya existían entre este último y el art. 546 bis f), sólo que acentuadas por la mayor variedad de conductas incluídas. A tales incongruencias se añaden además las existentes a partir de ahora entre estos preceptos y el art. 546 bis f) y relativas al diferente número de agravaciones o al diferente efecto de una misma agravación en ambos grupos de delitos⁸⁹.

Las modificaciones que se producen en la pena de *comiso* del art. 344 bis e) superan holgadamente las exigencias de la Convención o de la Directiva de la CEE y resultan difícilmente compatibles con los postulados de un Estado de Derecho: Así, se extiende el comiso a los precursores químicos⁹⁰; se amplía el comiso a bienes de personas *no responsables del delito* siempre que no puedan ser consideradas como terceros de buena fe⁹¹; se permite, *sin mediar sentencia condenatoria*, la utilización provisional de los bienes, efectos o instrumentos embargados por la policía judicial encargada de la represión del tráfico de drogas, previa autorización judicial⁹².

El nuevo párrafo 3º del art. 344 bis e), así como el nuevo art. 344 bis k) alteran profundamente la tutela debida a los perjudicados por estos delitos, sean o no precisables. En efecto, la obligación de adjudicar al Estado los efectos decomisados, y la alteración del orden de prelación de las *responsabilidades civiles* derivadas de delito anteponiendo el pago de la multa, generalmente muy elevada, a las costas del acusador privado, fomentarán que ya no existan bienes para indemnizar con ellos a la víctima ni para atender a las costas del acusador privado. Menos aún para atender a las restantes costas procesales, entre ellas las de la defensa del procesado⁹³.

Finalmente el mecanismo de cooperación interna-

cional de la *entrega vigilada* se formula de un modo difícilmente compatible con las prerrogativas judiciales en la persecución de los delitos: La autorización para la entrega vigilada, pese a que su concesión está limitada a aquellos casos en que su necesidad a los fines de la investigación concuerde con la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia de la partida, podrá ponerse en marcha por una autoridad administrativa, sin necesidad de previa autorización judicial. Tal autoridad administrativa sólo está obligada a ponerlo en conocimiento inmediato de la Fiscalía especial de drogas, debiendo además comunicarlo al Juez de instrucción competente sólo si hay procedimiento judicial abierto⁹⁴.

3. UN DESARROLLO DE LA ALTERNATIVA DE DESPENALIZACIÓN CONTROLADA: LA PROPUESTA DE LEY DEL PARTIDO RADICAL ITALIANO

Los diputados radicales italianos presentaron el 15 de diciembre de 1988 en la Cámara de Diputados italiana una elaborada Propuesta de ley⁹⁵ que, con la finalidad expresa de expulsar a las organizaciones criminales del tráfico de drogas, pretendía una regulación legal de todas las sustancias psicoactivas⁹⁶.

La Propuesta parte del fracaso de la actual política prohibicionista que, además de no conseguir su propósito, ha dado lugar a efectos indeseables muy graves, como el aumento de consumidores de heroína y cocaína, el crecimiento de las muertes por abuso de drogas, el defectuoso control de la extensión del SIDA, el aumento de la violencia y la ilegalidad para financiarse el consumo, y el desarrollo de un imperio del crimen organizado capaz de corromper individuos y Estados. Sus autores consideran que debe irse a una legalización progresiva de la fabricación y distribución de estas sustancias en un marco internacional. El documento por ellos presentado se limita a proponer un nuevo modelo de represión del mercado ilegal de sustancias psicoactivas, sin ocuparse de los aspectos asistenciales o de los problemas estructurales de naturaleza social o sanitaria, para evitar contaminaciones éticas en el tratamiento de los diversos temas; con todo, se comprometen a atender esos otros aspectos en otra propuesta de ley⁹⁷.

⁸⁷ Véase art. 344 bis h).3. A lo más puede encontrar apoyo en el art. 6.3.a) de la Convención del Consejo de Europa sobre blanqueo de dinero de 8 de noviembre de 1990, si bien allí se deja bien claro que la decisión de penar tales conductas imprudentes queda al arbitrio de las partes. También críticamente Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 14.

⁸⁸ Por el contrario sí se ha previsto la aplicación a los nuevos preceptos de la agravante del art. 344 bis c).

⁸⁹ Véase art. 546 bis f) p. 2 y el art. 344 bis j).

⁹⁰ Nótese su no inclusión en el art. 5.1 de la Convención.

⁹¹ Del art. 5.8 de la Convención no puede deducirse un efecto tan amplio del comiso, como se prueba por los trabajos previos de la Convención, donde sí se hicieron propuestas más amplias, luego desechadas. Véase Díez Ripollés. «La política...». *Op.cit.* Págs. 351-352.

⁹² Medida tampoco contemplada en la Convención. Queralt Jiménez. *Op.cit.* Pág. 6 destaca que ello supone una «vuelta a la premoderna figura del premio por captura o derecho de botín».

⁹³ También críticamente, con propuestas interesantes para

cuando la víctima sea indeterminada, Queralt Jiménez. *Op.cit.* Págs. 6-7.

⁹⁴ Véase también críticamente Queralt Jiménez. *Op.cit.* Págs. 7-8.

⁹⁵ Véase Proposta di Legge d'iniziativa dei deputati Teodori, Stanzani. . . Camera dei Deputati. N.3461. Atti parlamentari. X Legislatura. Disegni di legge e relazioni. Documenti. Págs. 1-22.

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

⁹⁶ Véase art. 1 de la Propuesta.

⁹⁷ Véanse todos estos argumentos en la Exposición de motivos de la Propuesta. *Op.cit.* Págs. 1-3.

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

Lista I, sustancias de tipo anfetamínico; lista II, derivados triptamínicos, lisérgicos y feniletilamínicos con efectos alucinógenos o de distorsión sensorial; lista III, opiáceos y todos sus derivados, así como aquellas otras sustancias que produzcan dependencia física o psíquica igual o superior; lista IV, la hoja de coca y todos sus derivados; lista V, el tetrahidrocannabinol y sus análogos; lista VI, ansiolíticos o sedantes productores de dependencia física o psíquica; lista VII, bebidas con graduación alcohólica superior a 20°; lista VIII, tabaco y sus derivados; lista IX, cannabis y sus derivados, excepto los indicados en lista V⁹⁸.

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

1. Sustancias anteriores, excepto opiáceos, hoja de coca, bebidas alcohólicas, tabaco y cannabis⁹⁹. Un Comité interministerial determinará anualmente la cantidad de esas sustancias que puede ser fabricada y vendida; se concederán autorizaciones anuales para su fabricación, bajo determinados requisitos, y sin que la autorización alcance a su venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas y sustancias necesarias para la fabricación así como sobre todo el proceso de elaboración; los laboratorios farmacéuticos que empleen tales sustancias precisarán de autorización para obtenerlas, autorización que no abarcará la venta de los preparados obtenidos; se precisará igualmente autorización específica para el comercio al por mayor con esas sustancias.

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

2. Opiáceos, hoja de coca y derivados: Todas

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

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

3. Bebidas alcohólicas, tabaco y cannabis: Sometidas al mismo régimen de autorizaciones anuales para la fabricación que las sustancias del grupo 1, aunque sin límites en cuanto a la cantidad susceptible de fabricarse o ponerse en venta; también sometidas al mismo régimen de control en cuanto a materias primas, sustancias necesarias para la fabricación y todo el proceso de elaboración, y en cuanto al comercio al por mayor; un Comité interministerial fijará anualmente los precios máximos del cannabis y sus derivados, de modo que no pueda ser superior al del tabaco elaborado de la Tabla A del Decreto de 2 de agosto de 1988, aplicándose en todo caso el IVA¹⁰⁰.

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

Los datos de identificación obtenidos al expender sustancias psicoactivas con receta o con cartillas de aprovisionamiento serán confidenciales, no pudiendo suministrarse a particulares ni a la administración pública. Los datos estrictamente referidos a la distribución de sustancias, sin referencia a la identidad de las personas, podrán ser recopilados con fines estadísticos por el Ministerio de Sanidad¹⁰¹.

En cuanto a la *regulación penal*, se sigue muy de cerca la vigente en los momentos en los que se formula la Propuesta¹⁰², en primer lugar, por lo que

⁹⁸ Véase Propuesta. *Op.cit.* Págs. 2, 7-9.

⁹⁹ Se prefiere aludir directamente a las sustancias, en lugar de a las listas en que se encuentran, para hacer más ilustrativa la exposición, pero en todo caso el lector debe acudir a ellas para precisar los conceptos, y aun mejor al texto de la Propuesta legal pues también nosotros hemos simplificado la enumeración de los contenidos de cada lista.

¹⁰⁰ Se ha intentado realizar una exposición sistemática de la

regulación, un tanto compleja, que se encuentra contenida en los arts. 5 a 18 de la Propuesta de ley. Véase Propuesta de ley. *Op.cit.* Págs. 2-3, 9-18.

¹⁰¹ Véanse arts. 14 a 16 y 18 de la Propuesta en Propuesta de ley. *Op.cit.* Págs. 3, 16, 18.

¹⁰² Se utiliza como punto de referencia la regulación penal existente al formular la Propuesta, por ser la situación legal a la que ésta pretendía ofrecer una alternativa. No debe olvidarse, con

respecta a los *tipos básicos*. Así, se pena la realización de cualquier actividad de tráfico sin autorización o superando ésta, con referencia a todas las sustancias psicoactivas con la excepción de anxiolíticos o sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco o cannabis, lo que supone una novedad respecto a la exclusión de los sedantes y el cannabis.

Naturalmente se elude toda punición del *consumo*.

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

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

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

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

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

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

En las *penas accesorias* no hay variaciones significativas.

Frente a la anterior referencia al derecho a un tratamiento de detenidos y presos drogodependientes, se reconoce el derecho de preventivos y penados al régimen de cartilla de aprovisionamiento o de dispensación por médico¹⁰³.

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

En cuanto al objeto material es digno de alabanza la introducción del término de sustancia psicoactiva y, sobre todo, la apertura del concepto a todas las sustancias que realmente merecen tal calificativo, con independencia de su aceptación social, así

como la ilustrativa graduación de todas ellas en función del riesgo de su abuso para la salud.

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

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

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

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

En sentido contrario, me parece un poco precipitado el establecer desde un principio una absoluta libertad de expendición al por menor del cannabis, en situación semejante al tabaco o a las bebidas al-

todo, que entre las profundas modificaciones experimentadas en la reforma de 26 de Junio de 1990 destacan especialmente las de contenido penal, con un enfoque claramente expansivo de la vía represiva, mereciendo resaltarse, entre otros muchos aspectos, la punición en último término del consumo. Véanse arts. 70

y ss de la ley de estupefacientes y sustancias psicotrópicas tras reforma de 1990. *Op.cit.*

¹⁰³ Véanse arts. 14, 18, 19 a 25 de la Propuesta de Ley. *Op.cit.* Págs. 3, 16, 18-21, así como arts. 71 y ss. de la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en su formulación anterior a 1990. *Op.cit.*

cohólicas. Aunque sin duda debe caminarse en esa dirección, debe producirse un acercamiento mutuo, es decir, también el tabaco y las bebidas alcohólicas deben estar sometidos a un régimen de expendición más controlado del que ahora, al menos en España, tienen en la práctica.

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

En lugar de ello, los autores de la propuesta han avanzado en la restricción de los tipos penales por otra vía, a saber, la de excluir, de entre las sustancias objeto material de las conductas delictivas, aquellas consideradas menos peligrosas, como ansiolíticos, sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco y cannabis¹⁰⁴. Esta decisión resulta acertada.

Por otra parte se sigue echando en falta, al igual que en la regulación administrativa, una más estrecha vinculación, en este caso en cuanto a descripción de conductas y cualidad y cantidad de las penas, a los delitos referentes a medicamentos o incluso a sustancias alimenticias¹⁰⁵.

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

Tampoco se ha querido depurar la técnica empleada en el establecimiento de las circunstancias de agravación, apreciándose en especial que se repiten innecesariamente las agravaciones referidas a menores o a hipótesis de prevalimiento, con formulaciones parcialmente coincidentes. El número de agravantes, por lo demás, parece excesivo, de modo particular respecto a los tipos básicos, y algunas de ellas, como la cantidad ingente de droga, son muy problemáticas¹⁰⁶.

Uno de los aspectos más sorprendentes es la elevada penalidad prevista, que ya se da en los tipos básicos, y que llega a cotas desmesuradas en algunas hipótesis agravadas. En este punto la Propuesta vuelve a vincularse en demasía a la regulación italiana entonces vigente, rebajando únicamente las penas de multa, con alguna excepción. Ello es, a mi juicio, incoherente con la aproximación que se debe

de dar entre las penas de estos delitos y los restantes contra la salud pública¹⁰⁷.

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

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

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

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

El documento expresa acertadamente los contenidos esenciales de la que se ha dado en llamar alternativa despenalizadora y, dada su moderada extensión, considero procedente transcribirlo en su totalidad sin necesidad de ulteriores comentarios, no sin antes mostrar mi total acuerdo con su contenido¹⁰⁸:

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

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

2. Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro, dados los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido. Esto ha originado, en primer lugar, la aparición de poderosas organizaciones de traficantes

¹⁰⁴ Los ansiolíticos, el alcohol y el tabaco tampoco estaban incluidos en la regulación, entonces vigente. *Ibidem*.

¹⁰⁵ Véanse arts. 439 a 448 y 452 del Código penal italiano en Conso. *Op.cit.*

¹⁰⁶ Véase respecto a la agravante similar española de «notoria importancia», Díez Ripollés. *Los delitos...* *Op.cit.* Págs. 82-84.

¹⁰⁷ Sin ninguna duda la reforma de la ley italiana que ha tenido lugar en 1990 se aleja aún más que el texto legal previo a la

reforma de todas las demandas aquí mencionadas. Véanse en especial arts. 70 y ss. *Op.cit.*

¹⁰⁸ El Manifiesto ha sido publicado en muy diversas revistas nacionales y extranjeras, así como en un volumen del Grupo de Estudios de Política Criminal titulado *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*. 1992. Págs. 9 y ss., y entre sus signatarios o adheridos posteriores se encuentran 25 catedráticos de Derecho Penal, 13 profesores titulares de Derecho penal, y 21 magistrados, jueces y fiscales.

con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad y que en sus niveles medios y superiores eluden fácilmente la persecución penal. En segundo lugar, causa o agrava la marginación social de una buena parte de los consumidores que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir la droga, lo que les obliga a realizar actividades asociales o a caer en la delincuencia.

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

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

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

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

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

8. La actual política básicamente represiva tiene nefastos efectos sobre los imprescindibles esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad personales. Por una parte fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud. Por otra, permite eludir las responsabilidades de la propia

sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

Adoptadas las vías penales anteriores, parece lógico pensar que se produciría una notable disminución del poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes: el volumen de tráfico ilícito se reduciría de modo decisivo, y el margen de beneficios de este tráfico, o del lícito si se readaptaran a él, sería mucho menor. En cualquier caso, sus persistentes comportamientos ilícitos debieran tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico.

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

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

Sus firmantes, consecuentes con el compromiso asumido en el citado Manifiesto y tras una serie de reuniones preparatorias, aprobaron en Sevilla el 9 de febrero de 1991 un extenso documento donde exponen detenidamente una detallada alternativa a la actual situación exasperadora de la represión, en línea con los rasgos básicos contenidos en el citado Manifiesto¹⁰⁹.

Su misma existencia demuestra una vez más que ya no se puede continuar diciendo que las propuestas de legalización controlada no son más que buenas intenciones incapaces de concretarse en algo aplicable a la actual realidad social. Aquí hay un texto cuyo contenido merece consideración, y que ha recogido numerosos apoyos profesionalmente cualificados¹¹⁰.

Principios inspiradores de la alternativa que a continuación pasaremos a describir sumariamente son los siguientes:

1. El texto en cuestión decide normalizar el trato con las drogas, de lo que es buena muestra su decisión de integrar su régimen, con las mínimas salvedades necesarias, en el general propio de los medicamentos.
2. Se opta por el desarrollo en el ciudadano adulto de pautas de uso responsable de sustancias susceptibles de causar bienestar corporal o mental, más allá de sus posibles indicaciones estrictamente terapéuticas. Ello permite partir de un modelo no medicalizado de consumo de tales sustancias.
3. Se descarta el régimen de monopolio defendido por algunas propuestas despenalizadoras, optando por el de comercio controlado.
4. La regulación penal propuesta, no sólo pretende acomodar al modelo anterior la reacción punitiva, sino que además pretende corregir los defectos —fundamentalmente vinculados a la falta de respeto a determinados principios constitucionales y penales, y a una defectuosa técnica jurídica—, de los actuales tipos penales.

El contenido de la Propuesta está formulado en función de las actuales realidades normativas del ordenamiento jurídico español, a las que ofrece un modelo legal alternativo. Su estructura responde a lo que podría ser un proyecto legal de reforma del de-

recho español vigente en materia de drogas, de forma que si hubiera la correspondiente voluntad política, con unas levisimas modificaciones podría presentarse para su discusión y eventual aprobación en las Cortes españolas.

La Propuesta alternativa se divide en dos grandes bloques, el primero de los cuales pretende realizar una profunda reforma de la legislación administrativa, y el segundo aborda la modificación de la legislación penal.

Por lo que se refiere a la *legislación administrativa*, la reciente promulgación de una Ley del Medicamento¹¹¹ ha facilitado extraordinariamente la pretensión de aplicar a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el sistema de control administrativo propio de los medicamentos, en especial por tres razones:

a) La consideración inequívoca de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como medicamentos en la propia ley¹¹². b) El afán del legislador por elaborar una norma exhaustiva, abarcadora de todo el proceso, desde la fabricación hasta la dispensación, e incluso su uso, respecto a estas sustancias y productos. c) La generalizada necesidad de adaptación a esta norma de prácticamente toda la legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dada su vigencia también para ellos¹¹³ lo que, unido a lo anterior, elimina considerablemente el riesgo de crear lagunas jurídicas a través de una solicitud de derogación de la legislación específica actualmente vigente.

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

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

1. Supresión de toda referencia a la persistencia de una legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹¹⁴. En consecuencia, la elaboración y distribución de tales sustancias deberán acomodarse, a salvo de las peculiaridades que se expondrán a continuación, al minucioso régimen general aplicable a los medicamentos.
2. Ampliación del ámbito de actuación de los medicamentos, más allá de la indicación terapéutica o análogas, a la extraterapéutica consistente en la obtención de un determinado bienestar corporal o mental, por lo demás ya recogida esencialmente en el propio concepto de medicamento de la ley¹¹⁵.

¹⁰⁹ Véase Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas* 1992. Págs. 21 y ss.

¹¹⁰ La Propuesta Alternativa la han suscrito como signatarios originales 25 catedráticos de Derecho Penal, 20 profesores titulares de Derecho Penal, y 59 magistrados, jueces y fiscales.

¹¹¹ Véase Ley 25/1990 de 20 de Diciembre (BOE de 22 de diciembre).

¹¹² Véanse, entre otros preceptos, los arts. 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b), y en especial la definición de medicamento dada en el

art. 8.1: «Medicamento: Toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos...».

¹¹³ Véase lo dicho en art. 41.

¹¹⁴ Lo que se logra a través de seis modificaciones de la Ley, que en la Propuesta llevan los números 1, 7, 11, 13, 15 y 20.

¹¹⁵ Lo que se logra con tres modificaciones de la Ley, concre-

3. Eliminación de alguna referencia, demasiado estricta incluso para medicamentos en general, a los riesgos que pueden asumirse¹¹⁶.
4. Desarrollo de un sistema controlado de dispensación sin receta, distinguiendo entre el cannabis y sus derivados, y los restantes estupefacientes y psicótopos.

En concreto para las sustancias no derivadas del cannabis se establece el siguiente procedimiento de dispensación a través de oficinas o servicios de farmacia: «Art. 34.1 bis p.1.: En todo caso los medicamentos estupefacientes o psicótopos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico podrán ser dispensados sin receta en dosis única, previa identificación personal y siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida».

A su vez respecto a los derivados del cannabis se propone lo siguiente: «Art. 42.1.: No obstante, la planta de cannabis y sus mezclas y preparados, en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico, podrán ser dispensados fuera de las oficinas y servicios de farmacia en lugares de venta especialmente autorizados para ello, siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida»¹¹⁷.

5. Exclusión de la publicidad de estas sustancias y productos y advertencia inequívoca de sus posibles riesgos. Así, se propone una reforma del art. 31.5 que, además de prohibir la publicidad de estas sustancias, establezca lo siguiente: «Las unidades de venta al público de estos medicamentos en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico deberán llevar en lugar visible y destacado información fácilmente comprensible y reglamentariamente regulada sobre los riesgos que implica el abuso del citado estupefaciente o psicótopo»¹¹⁸.
6. Confidencialidad de los datos personales legalmente obtenidos de los usuarios de estas sustancias y productos a tenor de las exigencias de dispensación antes aludidas. Se admite únicamente su uso anonimizado con fines estadísticos¹¹⁹.
7. Especial atención al desarrollo de programas y actuaciones específicos de cara a la formación de profesionales e información, educación, prevención y deshabituación de los usuarios y público en general¹²⁰.
8. Establecimiento de un sistema de precios mo-

deradamente desincentivadores y exentos en todo caso de ayuda o financiación públicas. Respecto a lo primero, se añade un segundo párrafo al art. 100.3 que establece el procedimiento de determinación del precio de venta al público de los medicamentos, con el tenor siguiente: «Art. 100.3 p.2: En los medicamentos estupefacientes y psicótopos utilizados socialmente para obtener un bienestar extraterapéutico podrá establecerse un precio de venta al público superior, hasta un 50%, al resultante de los agregados anteriores. El citado incremento será destinado íntegramente a atender las actuaciones y programas específicos de educación sanitaria, prevención y deshabituación relativos a esos medicamentos y avalados por las Administraciones públicas».¹²¹

9. Garantizar a los drogodependientes el consumo de la sustancia bajo especial atención médica y propiciar su deshabituación a medio plazo.

Así, el adicionado art. 31.4 bis p.2 establece lo siguiente respecto a las sustancias no derivadas del cannabis: «Asimismo, a través de la pertinente reglamentación sanitaria, se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de las sustancias anteriores, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médicas, sin que ello deba condicionarse a la aceptación de un tratamiento de deshabituación»¹²².

Por último, y en lo referente al consumo, se señala la conveniencia de promover una equiparación entre el régimen vigente para algunas drogas ampliamente utilizadas y oficialmente aceptadas como el alcohol y el tabaco, y el de estupefacientes y psicótopos¹²³. La equiparación se propugna también, en un primer momento, a la dispensación del cannabis para más adelante ampliarse a todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico de esta sustancia y sus derivados¹²⁴.

En lo que concierne a la legislación penal, se pretende acomodarla al sistema de legalización controlada propuesto en la legislación administrativa. Ello implica una aproximación notable al régimen penal vigente para los medicamentos, si bien también aquí parece conveniente mantener algunas peculiaridades.

Se castigan fundamentalmente dos grupos de conductas:

En primer lugar, y en relación exclusivamente con los estupefacientes o sustancias psicotrópicas calificados como drogas duras (es decir, «susceptibles de causar graves daños a la salud»), las conductas de tráfico que se realicen sin estar debidamente au-

tamente las que la Propuesta numera como 3, 4 y 5. Importante es la número 3, por la que se añade un art. 8 bis en el que se dice lo siguiente: «Equiparación: En esta ley toda referencia a efectos terapéuticos se entenderá que abarca también los extraterapéuticos ligados a la obtención de un determinado bienestar corporal o mental».

¹¹⁶ Se sustituye en art. 26.i la referencia a riesgo previsible por riesgo inaceptable. (modificación 6 de la Propuesta).

¹¹⁷ Véanse las modificaciones 2,8,12 y 16 de la Propuesta.

¹¹⁸ Véase modificación 9 de la Propuesta.

¹¹⁹ Véanse las modificaciones 10 y 19 de la Propuesta.

¹²⁰ Véanse las modificaciones 14 y 18 de la Propuesta.

¹²¹ Véanse modificaciones 17 y 18 de la Propuesta.

¹²² Véase modificación 8 de la Propuesta.

¹²³ La Propuesta se formuló antes de que, en línea opuesta a ella, pasara a constituir infracción administrativa el consumo de estupefacientes o psicótopos en determinadas condiciones.

¹²⁴ Véase punto 4 del texto de reforma de la legislación administrativa de la Propuesta.

torizado para ello o bien infringiendo de modo grave las formalidades legales¹²⁵. Se crean dos tipos privilegiados, uno cuando la conducta, sin caer en el supuesto anterior, consista en la promoción del consumo con fines mercantiles de creación o ampliación de mercado, y otro para los consumidores que trafican a pequeña escala para subvenir así a sus propias necesidades¹²⁶.

En segundo lugar, y sin perjuicio de las responsabilidades anteriores, se pena a quien facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos abusando de su situación¹²⁷.

Se mantienen exclusivamente dos figuras agravadas, sea por pertenecer a una organización dedicada total o parcialmente a realizar las actividades delictivas anteriores, sea por omitir o alterar las exigencias reglamentarias sobre composición, calidad o información de tales sustancias, o por traficar con ellas conociendo tales omisiones o alteraciones, incrementando el posible daño a la salud de los consumidores. Se admite una agravación de segundo grado si concurren ambas circunstancias de agravación o nos encontramos ante alguien con funciones de responsabilidad en las organizaciones aludidas¹²⁸.

Las conductas de receptación se mantienen estructuradas de modo sustancialmente similar a como resultaron de la reforma del Código penal español de 1988¹²⁹, si bien, de cara a asegurar el principio de proporcionalidad de las penas, se introduce la importante modificación consistente en que en ningún

caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto¹³⁰.

La entidad de las penas privativas de libertad se reduce, en coherencia con el sistema de legalización controlada en que se insertan las conductas delictivas. En cualquier caso se mantienen las penas privativas de libertad para la totalidad de los comportamientos.

La pena de multa sigue manteniendo unos niveles altos, que se acentúan en relación con el primer tipo básico, en cuanto que se establece en función de múltiplos de las ganancias obtenidas o susceptibles de obtenerse, aunque rechazando la insostenible pauta del valor final del producto¹³¹.

La pena de comiso se acomoda a los principios propios de un Estado de derecho, eliminando las desmesuradas previsiones contenidas en la reforma de 1988, exasperadas aun más en 1992¹³².

Se amplían notablemente las posibilidades de remisión condicional de la pena para los drogodependientes, o personas en situación equivalente, rehabilitados o en proceso de rehabilitación¹³³. Del mismo modo se prevé la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabitación, siendo computable para la pena finalmente impuesta el periodo en él transcurrido en régimen de internamiento¹³⁴.

Por último, y como regla aplicable a cualesquiera delitos, se prevé una exención completa o incompleta para aquellas personas que cometan delitos bajo el influjo del síndrome de abstinencia¹³⁵.

¹²⁵ Se incluyen dentro del concepto de tráfico todas las fases de la actividad mercantil

¹²⁶ En concreto el propuesto art. 344 diría lo siguiente: «El que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas susceptibles de causar graves daños a la salud sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del duplo al quintuplo de la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, sin que pueda bajar de 500.000 pesetas.

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

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

¹²⁷ El propuesto art. 344 bis a) diría lo siguiente: «Sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar por las conductas expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor el que facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de 18 años, o a disminuidos psíquicos permanentes o transitorios abusando de la situación de éstos».

¹²⁸ Véase propuesto art. 344 bis b).

¹²⁹ La Propuesta se formuló antes de la reforma del Código penal español de 1992, a la que ya hemos aludido.

¹³⁰ Véase el propuesto art. 546 bis f).

¹³¹ Véanse arts. 344, 344 bis b) p.2 y 546 bis f) propuestos.

¹³² Véase el propuesto art. 48 y la eliminación del art. 344 bis e) así como la remisión a él del art. 546 bis f).

¹³³ El propuesto art. 93 bis diría lo siguiente: «Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes:

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

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

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

¹³⁴ Véanse arts. 33 del Código penal y 505 de la LECrim. propuestos.

¹³⁵ El propuesto art. 8.1 p.2 diría lo siguiente: «Asimismo el que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anule por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir».

Los párrafos segundo y tercero de ese artículo pasarían a ser los párrafos tercero y cuarto.