

MARINO BARBERO SANTOS

**Catedrático de Derecho Penal en la Universidad
Complutense de Madrid**

**Los marginados ante la ley penal. La ley española de
Peligrosidad y Rehabilitación Social de *lege ferenda****

(*) Este estudio se publicará en el Libro-Homenaje al profesor Antón Oneca que editará la Universidad de Salamanca.

A finales del siglo pasado, precisamente en una obra que con ese título publicó en 1886, *I semplicisti del diritto penale* (1), Lucchini, catedrático de la Universidad de Bolonia, calificó de simplistas a quienes pretendían que con el uso de los métodos unilaterales que preconizaban se podía reducir (2) y, eventualmente, hacer desaparecer el delito, fenómeno socialmente anormal.

No ya sólo si se utilizan métodos unilaterales, sino incluso si se emplean métodos pluricomprendivos, se

(1) En el Prefacio a la versión francesa de su obra, Lucchini confesó que había contado sesenta veces la palabra *simple* en las 140 páginas que integran el capítulo I de los *Nuovi orizzonti*. Constituye características de las nuevas concepciones considerar muy simples los fenómenos y los problemas que estudian, al igual que son simples las soluciones y conclusiones a las que llegan. Mediante el título del libro —añade— había querido rendir homenaje al sistema dialéctico de la “nueva escuela”, basado en un examen superficial y unilateral de las cuestiones (Lucchini: *Le droit pénal et les nouvelles théories*, trad. francesa de H. Proudhomme, París, 1892, p. 35 (nota).

(2) El propio Ferri (*Sociologia criminale*, Turin, 1892, p. 25) concretó las diferencias entre la escuela clásica y la *nuova scuola* en las siguientes notas: mientras la primera pretende en el orden práctico la *disminución de las penas* y en el teórico el estudio abstracto del delito, como ente jurídico; la escuela positiva pretende en el campo práctico la *disminución de los delitos* “che sempre e troppo aumentano o non diminuiscono”, y, en el teórico, el estudio concreto del delito, como hecho natural y social, y antes que este es del hombre delincuente.

es bastante escéptico hoy respecto a la consecución del ansiado fin de disminuir las elevadas cifras de delincuencia. Quizá por ello también se duda que el delito constituya un fenómeno anormal desde el plano social.

La investigación más aguda procede de Durkheim. Un hecho social ha de considerarse normal en una sociedad determinada, si se produce en el porcentaje medio en que ese hecho aparece en la fase de desarrollo en que esa sociedad se encuentre (4). Medido con ese módulo, el delito, que se presenta no en algunas sociedades, sino en cualquier tipo de sociedad, es un fenómeno absolutamente normal, puesto que está íntimamente vinculado a la propia existencia de la vida colectiva (5), lo que no quiere decir que sus autores sean siempre necesariamente normales desde el plano biológico o psicológico. Más aún, el delito no es sólo un hecho social normal, sino también útil, por significar una apertura a indispensables cambios sociales (6). ¡Cuántas veces, exclama Durkheim, es el precursor de la moral futura, la vía hacia el devenir! (7). Muchas, pero no todas. Eso ha ocurrido, por ejemplo, con gran parte de los denominados delitos

(3) Esta fué, entre otros, la tesis —en parte— de Tarde (*Criminalité comparée*, París, 1883, caps. II y IV), para quien la evolución progresiva de la civilización posee una fuerza de reabsorción de delito similar a ciertas máquinas que absorben el humo que ellas mismas producen.

(4) Durkheim: *Les règles de la méthode sociologique*, Presses Universitaires de France, 11 ed., 1949, p. 64.

(5) Durkheim, ob. cit., p. 66.

(6) Durkheim, ob. cit., p. 70.

(7) Durkheim, ob. cit., p. 71. La concepción extrema en esta dirección es, a nuestro juicio, la mantenida por Heinzen, para quien "el asesinato es el instrumento más importante del desarrollo histórico" (Cfr. *Zeugnisse politischer Gewalt. Dokumente zur Geschichte des Terrorismus*, ed. Por Walter Laqueur, trad. alemana (Athenäum), 1978, p. 44).

políticos, que han sido el anticipo obligado de estructuras políticas democráticas; con no pocos delitos contra la honestidad, como el adulterio, cuya frecuente comisión ha originado en muchos Estados una regulación más liberal del divorcio, etc. En otros supuestos, sin embargo, sería inadecuado calificar de útil el delito. Calificación que ni siquiera en los casos en primer lugar citados puede aceptarse sin matizaciones.

La pena, por lo demás, también es para Durkheim un hecho social, útil y normal: ya que reafirma los valores comunitarios (8). Lo cual no deja de ser en parte contradictorio con su tesis básica.

Puesto que, a pesar de las hondas mutaciones sociales sobrevinidas el delito, que también ha variado, permanece como un fenómeno constante, en aumento incluso, Radzinowicz estima que las concepciones de Durkheim de que el delito constituye una parte intrínseca de la sociedad se encuentran confirmadas por la realidad presente (9). En realidad, ya Niceforo había magistralmente demostrado a finales de siglo —sobre la base fundamentalmente de ideas de Quetelet— que el delito no desaparece, sino que se transforma. Diríase que muda de color según se le mire en una sociedad bárbara o en una sociedad moderna, en las casas de los pobres o entre el oro de los ricos. Residuo infectivo del veneno de la miseria, parecemos

(8) Car s' il est normal que, dans toute société, il y ait des crimes, il n' est pas moins normal qu' ils soient punis. L' institution d' un système répressif n' est pas un fait moins universel que l' existence d' une criminalité, ni moins indispensable à la santé collective (Durkheim, ob. cit., *Preface*, VII-VIII).

(9) Radzinowicz: *Ideologia e criminalità. Uno studio del delitto nel suo contesto storico e sociale*, trad. italiana de Franco Ferracuti, Milán, 1968, p. 68.

hoy ácido corrosivo del sentido moral; mañana nacerá de la riqueza, opio adormecedor de la conciencia humana (10).

Existe una matización de Durkheim a su propia tesis no menos preñada de sugerencias y que es más profícua para encuadrar debidamente el objeto de nuestra exposición: las cifras excepcionalmente altas de delincuencia (*un taux exagéré*) de la moderna sociedad industrial, a pesar de su generalización han de ser consideradas patológicas y no normales (11), por corresponder a unas condiciones de la sociedad a las que denominó *anomia*: el incentivo de conseguir rápidamente las metas de prosperidad que ofrece la sociedad industrial impulsa a prescindir de cualquier clase de inhibiciones o reglas profesionales, jurídicas o religiosas. En la formulación de Merton algunas clases sociales son más vulnerables que otras a las tendencias *anómicas*, las que corresponden a los estratos más bajos —con terminología que ha hecho fortuna, las clases marginadas— y, respecto a grupos sociales superiores (*members "respectable" of society*) —hombres de negocios (*business men*), sobre todo—, los que dan origen a la denominada criminalidad de cuello blanco (*whitecollar crime*), principalmente estudiada por Sutherland: comportamiento delictivo que en raras ocasiones se descubre, y si llega a conocerse no siempre se persigue. Por descontado, no es el delito la única respuesta a las presiones anómicas: es decir, a la discrepancia existente entre las metas culturales y

(10) Nicoforo: *La transformación del delito en la sociedad moderna*, trad. de Bernaldo de Quirós, Madrid, 1902, p. 5.

(11) No es dudoso, en efecto, según Durkheim, que el exceso sea de naturaleza morbosa. Lo normal es, simplemente, que exista criminalidad, siempre que esta no exceda, para cada tipo social, de un cierto nivel determinable de acuerdo con las reglas que expone (ob. cit., p. 66).

los medios institucionales de que se dispone. Otras respuestas van desde el conformismo (la más frecuente), a la fuga, el vagabundaje o la drogadicción. Se trata de sujetos que *stricto sensu* están en (*in*) la sociedad, pero no constituyen parte de (*of*) ella, por rechazar tanto las metas culturales como los medios institucionales citados (12). Los marginados, por encontrarse en el límite o en el exterior del sistema social aceptado por la mayoría, por participar tan sólo de forma precaria en los procesos de producción, se encuentran privados de obtener los bienes materiales y culturales que ofrece la vida moderna; por hallarse asimismo ausentes de los centros de decisión, no determinan tampoco las reglas que rigen los comportamientos sociales (13).

Es evidente que la criminalidad no es atributo de los grupos marginados, ya que la mayor parte de los individuos que los integran no delinquen. La identificación entre delincuente y marginado se basa en el hecho de que la justicia criminal encuentra con preferencia su clientela entre los marginados, sobre los que se ceba la violencia policial, son objeto de detenciones masivas en redadas no siempre legales; constituyen la práctica totalidad de quienes pueblan las prisiones; ostentan el triste privilegio de ser preferidos a la hora las ejecuciones capitales. Las clases superiores, por el contrario, son prácticamente inmunes a la persecución policial o penal, de los que escapan por infinidad de medios, la corrupción incluida (14).

(12) Merton, Robert K.: *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, Illinois, 1961, pp. 187 y 153.

(13) Fragozo: *Marginalité sociale et justice*, 9º Congreso Internacional de Defensa Social, Caracas, 1976, p. 2 de la separata.

(14) Fragozo, art. cit., p. 4. Cid Canaveral: *Oficiales de Justicia se dejan sobornar*, en "La Calle", nº 39, 19-25, dic. 1978.

Fragoso subraya con acierto que el principio de igualdad de todos ante la ley, dogma de la democracia, es un principio meramente formal e ilusorio, aunque le consagren solemnemente las Constituciones. La española, por ejemplo, acoge la igualdad legal, propia del Estado liberal de Derecho, en el artículo 14, con la fórmula: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social". Mientras la igualdad sustancial, inherente al Estado social de Derecho, se recoge en el artículo 9, 2: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

La realidad es, empero, que la administración de la justicia penal constituye el aspecto más dramático de la desigualdad de la justicia (15). Resultado —que el Derecho penal sea el Derecho de los marginados, el que sufren los marginados— al que coadyuva la propia procedencia social de los jueces (16).

(15) Fragoso, art. y p. citados.

(16) De acuerdo con Toharia (*El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, pp. 65 y 71) el 26 por 100 de los jueces españoles son hijos de jueces o profesionales jurídicos, mientras que ese porcentaje es tan sólo un 16 por 100 entre los jueces italianos y un 13 por 100 entre los jueces franceses. En los tres países considerados —añade— el porcentaje de jueces procedentes de la clase obrera industrial y/o rural es prácticamente nulo, fenómeno similar al que, según Dahrendorf, se registra en Alemania (donde tan sólo el 2,8 por 100 de los juzgadores de las Audiencias proceden de la clase obrera). Los jueces españoles parecen proceder en proporción creciente de familias urbanas de clase media.

Los integrantes de estos grupos marginados están sometidos, pues, a presiones especialmente poderosas para utilizar medios ilegítimos —por no tener acceso a los legítimos— para conseguir el éxito a que incita la sociedad de consumo: medios a los que en multitud de ocasiones han de acudir por razones de pura sobrevivencia. Lo que no significa, sin embargo, que tengan más fácil acceso a la estructura de oportunidades del crimen que las clases privilegiadas. Y en este sentido puede hablarse de una cierta estratificación social del delito similar a la que se da respecto a la utilización de medios legítimos (17).

Por su incapacidad para conseguir tutela, cometido un hecho delictivo los marginados logran muy difícilmente —al contrario de otros grupos— evadirse de la acción de la justicia, por lo que, incluso en una hipotética similar participación relativa en la comisión de delitos, superarían en porcentaje a los sujetos pertenecientes a los restantes grupos sociales a la hora de los procesamientos o de las condenas. Asimismo, no pocas conductas asociales, características de gentes marginadas, son consideradas criminales, o paracriminales, v.gr., mendicidad, vagabundaje, fugas de menores, etc., y sometidas, por ende, a leyes formal o materialmente represivas: Código penal, Leyes de Peligrosidad Social, etc.

Llega el momento de hacerse preguntas o interrogantes similares a las que se plantea Novoa Monreal como final de su reciente ensayo *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*: ¿Cuántas reprobaciones penales únicamente expresan el interés de grupos egoístas? ¿Cuántas veces los que tienen el poder de

(17) Cfr. Garmendia: *Esquema del delito en España*, Esplugas de Lobregat, 1973, pp. 43 y 44.

imponer normas a los demás realizan acciones bastante más perjudiciales que las legalmente tipificadas, y que no han sido previstas penalmente sólo porque ellos mismos serían sus autores? ¿Qué cuota de responsabilidad tiene la propia sociedad que sanciona en la producción de comportamientos previstos por las leyes represivas? (18) ¿La inclusión de los citados comportamientos en estas leyes constituye el mejor modo de impedir su comisión?

No hace falta esperar a escuchar la respuesta para que el jurista se sienta inquieto, desasosegado, insatisfecho. Pero es sobre todo en los momentos en que se preparan profundas transformaciones legislativas, consecuencia de radicales cambios socio-políticos, cuando estos interrogantes adquieren un particular dramatismo. El penalista no puede pasar de largo sobre ellos. Debe tomar postura. El reducir entonces su oficio a una actividad dogmática que consista en poco más que en una neutral exégesis, si siempre recriminable, constituiría en esas circunstancias una evasión tan grave que le descalificaría como tal jurista. Vamos, pues, a responder, aún a riesgo de equivocarnos, limitando el análisis a los comportamientos más significativos previstos en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de acuerdo con la intitulación de este estudio. Ocuparse de todos con alguna amplitud no resulta posible: que el artículo segundo, con el contenido que posee después de la reforma en él operada el 26 de diciembre de 1978 incluye todavía los siguientes supuestos de peligrosidad:

“Los vagos habituales.

Los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución, así como los due-

(18) Novoa Monreal: *La evolución del Derecho Penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 73 y 74.

fios, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, se realicen las indicadas actividades.

Los que promuevan, favorezcan o faciliten la producción, tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología, así como los que realicen actos de exhibicionismo que atenten a la moral y los dueños y otras personas vinculadas a establecimientos en que tengan lugar las actividades expresadas.

Los mendigos habituales y los que viven de la mendicidad ajena o exploten con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos.

Los ebrios habituales y los toxicómanos.

Los que promueven o realicen el ilícito tráfico, fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos y los dueños u otras personas vinculadas a locales en los que se favorezca o permita dicho tráfico o consumo, así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas.

Los que con notorio menosprecio de las normas de la convivencia social se comporten de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas.

Los que integrándose en bandas o pandillas, manifestaren por el objeto y actividades de aquellas evidente predisposición delictiva.

Los que, sin justificación, lleven consigo armas u objetos que por su naturaleza y características denoten su presumible utilización como instrumento de intimidación, coacción o agresión.

Los que de modo habitual o lucrativo faciliten la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello”.

Por lo demás, tampoco el análisis de todos estos comportamientos es necesario: que la generalidad de ellos se encuentran asimismo previstos en otras leyes. Y existe amplio consenso acerca de que su comisión no debe dar lugar a una doble represión.

* * *

El primero de los supuestos de estado peligroso, que dio nombre a la primitiva ley de 4 de agosto de 1933, que por eso se denominó de Vagos y Maleantes, son los vagos, apelativo que sirvió asimismo para designar a los marginados objeto de represión en las leyes históricas españolas, las cuales reprimían la haraganería y la mendicidad, es decir, los estados previstos hoy en los números 1 y 6 del artículo 2º de la ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

El tema, intrincado y vidrioso como pocos por su conexión con el pauperismo y con la idiosincrasia nacional, preocupó desde antiguo a moralistas, filósofos y juristas, y ocupó la atención de las Cortes y de los monarcas. Suele considerarse una ley promulgada en Toro en 1369 por Enrique II como la primera disposición española consagrada a esta materia; pero existen otras anteriores. La ley 4, título XX, de la II Partida decreta, v. gr., la expulsión de los "baldios" y prohíbe que se les de limosna (19). El remedio de imponer penas a los vagabundos que sin causa legítima se dedicaban a la mendicidad, encuentra su origen, según parece, en las Cortes de Briviesca de 1387, que los castigó con sanciones corporales y asimismo con el extrañamiento perpetuo del rei-

(19) Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo: *"El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes"*, en *"Ensayos de Derecho procesal, civil, penal y constitucional"*, Buenos Aires, 1944, pp. 78 y ss.

no. Pero cuando el proyecto de combatir la vagancia y socorrer a los verdaderamente necesitados tomó incremento, fue en los reinados de Carlos V y Felipe II. En tiempos del Emperador —según relata el P. Montes—, se trató varias veces del asunto en Cortes, se reprodujeron las disposiciones contra los vagos, se aumentaron los castigos y se prohibió dar limosna a los holgazanes en perjuicio de los imposibilitados para trabajar (20).

En las Cortes de Madrid de 1540 se dió una instrucción que constaba de seis artículos: 1º Prohibición de mendigar de puerta en puerta sin previa autorización; 2º Prohibición de pedir limosna fuera del pueblo respectivo; 3º Obligación de presentar cada mendigo un informe favorable del párroco; 4º La misma obligación respecto de la cédula de confesión; 5º Prohibición de que los peregrinos que iban a Santiago se apartasen del camino más de 12.000 pasos e hiciesen largas paradas en los pueblos del tránsito para que no perjudicasen a sus propios pobres; 6º Excitación a los pueblos para que se procurasen fondos con que preparar albergue, alimento y vestido a los pobres (21).

Bien acogidas en general estas disposiciones, fueron impugnadas ese mismo año por Domingo de Soto, en un memorial escrito en latín y castellano dirigido a Felipe II. El eximio dominico se oponía a ellas tanto en nombre de la libertad, como bajo el aspecto del ejercicio de la caridad cristiana, que podía enfriarse si faltaba la excitación personal del pobre a la puerta de la casa o en la calle (22).

(20) Jerónimo Montes: *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911, p. 599.

(21) Montes, ob. cit., p. 600.

(22) Montes, ob. y p. citada. Una revalorización del valor de la limosna ha sido hecha de reciente por el Papa Juan Pablo II en la Audien-

Parte Soto de que no solamente es ley antigua del Reino, empero es más antigua de derecho divino y natural, que los vagabundos, baldíos y holgazanes “no sean permitidos, ni se sufran sin castigo”. Reconoce, en consecuencia, que “el Príncipe tiene autoridad para prohibir que nadie ande a pedir por Dios”, pero añade “con tal que por otra vía provea enteramente sus necesidades de comer y vestir y todas las demás que ninguna les quede y no de otra manera, porque en el punto que cualquier pobre tuviere cualquier necesidad, nadie le puede estorbar que pida limosna”. Y concluye: “no es posible, estando como agora está el mundo, que de tal manera se provean las necesidades de los pobres, que justamente se les pueda prohibir que no anden a pedir por Dios” (23).

De tal manera influyó la doctrina de Soto que desde 1540 a 1596 no se erigió ningún albergue. A partir de las Cortes de esa fecha se crean algunos asilos donde los mendigos debían pasar la noche y ser instruidos en la doctrina cristiana, pudiendo durante el día salir a mendigar siempre que portasen una tablilla al cuello.

En el primer tercio del siglo XVIII las leyes sobre vagos se orientan primariamente al fin utilitario de cubrir necesidades bélicas, finalidad utilitaria que desde el siglo XVI había llevado a los vagabundos a galeras o al sometimiento a la autoridad de cualquier señor con el fin de que cultivasen las tierras incultas y que,

cia General del miércoles 28 de marzo de 1979: “La limosna no es una palabra humillante; no tiene por qué herir la sensibilidad hacia la justicia, ni el desco de una adecuada distribución de la riqueza. Una mentalidad restrictiva ha estropeado el primigenio significado de esta palabra; limosna es advertir las necesidades de los otros y querer ofrecerles lo propio. Limosna es sobre todo apertura a los demás, don interior. (Cfr. “Ya”, 29 marzo 1979, crónica de M.A. Velasco).

(23) Cfr. Montes, ob. cit., p. 607.

en el último tercio del siglo XVIII, los convertiría en forzados del laboreo en las minas (24).

En otros países la situación es igualmente ambigua. En Francia, v.gr., Francisco I^o, por un edicto de 1534, condenaba a los vagabundos a la rueda. Mientras dos años después otro edicto obligaba a erigir centros de caridad en las grandes poblaciones (25). La realidad es que no se sabe cómo considerarlos: unas veces se estima que son enemigos públicos, merecedores de los mayores castigos; otras, hijos de Dios, dignos de asistencia. Esta ambigüedad no pertenece sólo al pasado. Las legislaciones contemporáneas oscilan igualmente entre la represión y la asistencia (26).

Ejemplo significativo del primer aspecto lo constituye el Código penal español de 1848 que, en su artículo 251, elevó a delito la vagancia, considerando vagos "a los que no poseen bienes o rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita, o algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo". La simple lectura del precepto sugiere al menos la grave crítica de que excluye de su ámbito a los vagos adinerados, lo que se opone al principio de la igualdad de todos ante la ley penal. Y asimismo, según opinión doctrinal común, a las mujeres, lo que evidencia que no se pretende el efecto formativo del trabajo, sino asegurar la fuerza laboral que necesita la moderna sociedad industrial.

(24) Los aspectos procesales de nuestras leyes sobre vagos, a partir de la Pragmática de Carlos II de 12 de junio de 1695, han sido magistralmente estudiados por Alcalá-Zamora y Castillo (art. cit., pp. 180 y ss.).

(25) Herzog: *Medlants et vagabonds en droit comparé*, en "Los delincuentes mentalmente anormales", Madrid, 1961-1962, pp. 374-375.

(26) Herzog, ob. cit., p. 375.

Ni la elevación a delito, ni la consideración de circunstancia agravante —sistema seguido por el Código de 1870—, ni la inclusión entre los estados específicos de peligrosidad, hoy vigente, satisface. ¿Por qué? La vagancia suele ser producto de un triple orden de factores: psíquicos, económicos y sociales (27).

Los estados psíquicos que pueden fundamentar la vagancia estaban previstos en el artículo 3º de la Ley de Peligrosidad Social, y ha sido derogado el 26 de diciembre de 1978 (28). En el supuesto de la motivación económica o social, ¿parece adecuado imponer a un sujeto medidas represivas para integrarlo en el mundo laboral, cuando la cifra de parados supera, con creces, el millón de personas? La imposición del deber ético de trabajar por medio de medidas represivas, si siempre inconveniente, por pretender alcanzar una meta moral por medio de la pena (29), excede en estas circunstancias las posibilidades reales del Derecho penal. Por lo demás, un sistema social que produce varios cientos de miles de parados no está legitimado para exigir dedicación al trabajo.

Estimo, pues, que en un futuro inmediato —y mientras las condiciones socio-económicas no cambien— ha de dejarse sin sanción la vagancia, y castigar la mendicidad teniendo en cuenta estas circunstancias. En este sentido se manifestaron el Dr. Morenilla y el autor de estas líneas en la Ponencia Especial para la reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación

(27) Terradillos: *La vagancia habitual. Estudio de un supuesto de estado peligroso en el Derecho español*, en "Revue Int. de Droit Penal", 1978, I, p. 356.

(28) Oligofrénicos o psicópatas a quienes carecía de sentido someter a medidas de seguridad de carácter penal.

(29) Barbero Santos: *La reforma penal española en la transición a la democracia*, en "Revue Int. de Droit Pénal"; 1978, I, p. 65.

Social nombrada por el Ministerio de Justicia el 12 de mayo de 1978 (30). Este es el texto por nosotros propuesto: "El que practique habitualmente la mendicidad, teniendo probabilidades y aptitudes para trabajar o de recibir asistencia social, y el que explote la mendicidad de menores, enfermos, lisiados o ancianos".

Todos los demás supuestos de vagancia y mendicidad entiendo que deben quedar fuera de las leyes represivas. Sólo caben en el marco de una ley de Protección Social: que el Estado tiene el deber de atender a sujetos que no son susceptibles de integración óptima y no aumentar su marginación, y la sociedad únicamente puede exigir que se cumplan aquellas conductas sociales cuya realización ella misma posibilita (31).

* * *

Si este estudio se hubiera redactado antes de finalizar 1978 habría tenido que abarcar el contenido del número 3 del artículo 2^o de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que consideraba supuesto de estado peligroso a los que realizaran actos de homosexualidad. Por fortuna, la ley de 26 de diciembre de 1978, promulgada el 11 de enero de 1979, ha eliminado de la lista de supuestos de peligrosidad a "los que realicen actos de homosexualidad". Estamos de acuerdo con esta supresión, que habíamos solicitado en publicaciones y conferencias. Los actos homosexuales sólo deben castigarse al igual que los heterosexuales; y, en todo caso, si realizados con menores, con adultos sin su anuencia, o con escándalo. Puesto que el

(30) Barbero Santos-Morenilla Rodríguez: "La ley de peligrosidad y rehabilitación social: su reforma"; en "Doctrina Penal" (Buenos Aires), 1979, fasc. II, pp. 217 y ss. y 225.

(31) Baumann: *Sobre la situación de la moral y de la conciencia moral. Relaciones entre moral y derecho*, en "Universitas", ed. española, 1972, p. 330.

Código penal español, al contrario de otros Códigos, no incluye la homosexualidad en el elenco de conductas delictivas, esto significa que a partir del 31 de enero de 1979 las relaciones homosexuales entre adultos, voluntarias, y realizadas en la intimidad, carecen de sanción represiva en la jurisdicción común (32).

* * *

La reforma de 26 de diciembre de 1978 es inarmónica. Ello ha originado, junto a otras graves consecuencias, la antinomia de prever sanciones para conductas que merecen menor reproche social que otras que han sido despenalizadas.

El 26 de diciembre de 1978 se suprimió, con acierto, como hemos expuesto, del catálogo de estados peligrosos la homosexualidad, pero no se canceló del mismo elenco el ejercicio habitual de la prostitución, conducta que merece a la sociedad menor reproche que la primera. El legislador ha carecido de toda sensibilidad para captar las exigencias colectivas. Una cosa es que la sociedad no desvalore como antes las relaciones homosexuales y, otra, que estime éstas más soportables que las heterosexuales. En la actualidad se produce, pues, la grave anomalía de que el comercio habitual por dinero entre personas adultas del mismo sexo no da lugar a ningún tipo de sanción represiva, mientras cuando es una mujer la que por dinero se entrega habitualmente a un hombre puede quedar privada de libertad durante cinco años. Parece acertado que el legislador contribuya, con los instrumentos de que dispone, a la desaparición de una sociedad ma-

(32) No así en la militar. El artículo 352 del Código de Justicia Militar conmina con la pena de seis meses y un día a seis años de prisión militar al militar que comete actos deshonestos con individuos del mismo sexo.

chista, que por no ser igualitarias es injusta. Pero no que incurra en el error contrario, de hacer más fáciles las relaciones homosexuales que las heterosexuales en contraposición a las concepciones ético-colectivas hoy imperantes. Es urgente, pues, que, para salvar la autonomía, desaparezca de entre los supuestos de estado peligroso que prevé la vigente ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social el ejercicio habitual de la prostitución.

* * *

Uno de los más graves problemas de nuestro tiempo es el de las drogas que, sin embargo, es obligado desmitificar. El que la ideología dominante lo utilice para ocultar las contradicciones de la realidad y los fallos de la estructura social, y, en último término, para negar e invalidar la lucha de clases, no lo convierte en un falso problema, como sostiene González Duro en un libro reciente, admirable por lo demás por la forma desenfadada de enfrentarse con él (33).

El problema de la droga, a nuestro juicio, es grave, pero no dramático. Y es grave, pero no dramático, porque hay drogas malas y otras menos malas. O, con terminología sin coloración ética, porque existen drogas nocivas y otras que lo son menos (34). Y es grave, pero no dramático, porque no es exclusivamente un problema penal; ni tampoco es exclusivamente un problema médico, sino que es un problema a veces penal; muchas más veces, médico; y siempre un problema de integración en el mundo en torno: cuyo círculo más

(33) González Duro: *Consumo de drogas en España*, Madrid, 1979, p. 10.

(34) La absorción prolongada de cualquier sustancia química lleva al individuo a una farmacodependencia física o psíquica (Bergeret: "*Bons médicaments et "mauvaises" drogues?*", en "*Le Monde*", 21 de enero 1978.

inmediato, más próximo, es, sin duda, la familia. O, con otras palabras, es el de la droga un problema que fomenta la anodina y egoísta sociedad de consumo, pero a cuyo desencadenamiento contribuye asimismo cada uno de nosotros en la medida en que formamos parte de un núcleo familiar y social incapaz de integrar al que se convertirá en drogadicto. Es muy posible que haya de calificarse de positiva la evasión hacia un cigarro de hachís del joven que prefiere las ensoñaciones poetizadas por Baudelaire, o descritas por Nerval, a contemplar, por ejemplo, algunos de los deleznable programas de la televisión española, porque mediante esta huida se resiste a perder sus sentimientos ético y estético a que quiere condenarle una sociedad industrial que pretende igualar en la estolidez estética y moral a todos los ciudadanos. Pero en idéntico plano se ha no menos de juzgar positivo el comportamiento del joven que prefiere el hachís a la vida en un hogar que incumple la misión de ser el núcleo afectivo en que pueda desarrollar su personalidad. La sociedad es culpable del problema de la droga. También cada uno de nosotros. Cuando adquiramos conciencia de ello muchos de nuestros próximos, de nuestros prójimos, no serán drogadictos: ya que, como recientes investigaciones muestran, la inclinación a consumir drogas precede casi siempre al comienzo de su consumo. Y esta inclinación suele originarse, respecto de los jóvenes, en una relación anómala con los padres o con la escuela (35). Y, respecto a la generalidad de los con-

(35) Reuband, Karl-Heinz: *Normative Entfremdung als Devianzpotenzial*, en Reuband: *Rauschmittelkonsum. Soziale Abweichung und institutionelle Reaktion*, Wiesbaden 1976, p. 33. En el mismo sentido escribe González Duro que sería fatal atribuir la rebeldía y el inconformismo de los "drogados", de un modo casualista, al consumo de drogas, pues realmente sucede lo contrario: los jóvenes se drogaban y se drogan en buena parte por su inconformismo. La ruptura o el distanciamiento

sumidores, en una falta de comunicación en el seno de la sociedad: agravada por la profunda crisis económica, política, cultural que la sociedad burguesa hoy padece.

La droga es un problema grave, pero no dramático. En países, como España, en que el número de emigrantes (36) y de parados (37) se cuentan por millones; en que el alcoholismo y la pobreza alcanza cotas estremecedoras —en una ciudad de tan escasa población como Cáceres el 25 de enero de 1978 figuraban inscritos en el padrón de la beneficencia municipal 508 pobres de solemnidad, número que no incluía a quienes se encontraban en edad y condiciones de trabajar, ni a los jubilados que percibían más de 1.500 pesetas al mes, que eran bastantes cientos más (38)—, y

de los pacientes respecto de sus padres se había manifestado, de un modo u otro, con mayor o menor intensidad, mucho tiempo antes de que se hubiesen iniciado en las drogas ilícitas (ob. cit., p. 203).

(36) En abril de 1979, tan sólo en Extremadura el total estimado de emigrantes se cifraba en 751.251 trabajadores (cfr. "Ya" de 7 de abril de 1979).

(37) Las cifras de población activa correspondientes al final de 1978 elevaban a 1.083.000 personas las cifras de parados, con grave tendencia a aumentar. Cfr. Equipo de Coyuntura Económica: *Los signos de la primavera: inflación, paro y débil ritmo de crecimiento*, en "El País" de 3 de junio de 1979. Terradillos Basoco: *Indicaciones político-criminales sobre un supuesto de estado peligroso: la vagancia habitual*, en "Materiales", julio-agosto, 1978, p. 92. De interés el artículo de Carmen Marcos —M^a Teresa Giraldez— Ignacio Pérez Infante: *Cifras de paro y paro real* en "El País" 21 diciembre 1978. En 1980, según informe del ministro de Universidades e Investigación ante la Comisión correspondiente del Congreso habrá ciento cincuenta mil universitarios en paro (véase "El País" de 20 de junio de 1979). A fines de junio de 1979, según datos oficiales del Ministerio de Trabajo, el desempleo supone el 7,82 por ciento de la población activa. El Instituto Nacional de Estadística da cifras más elevadas.

(38) Cfr. en "Hoy" de Badajoz de 26 de enero de 1978 la crónica *Aunque le cueste creerlo todavía hay más de 500 pobres de solemnidad*. De acuerdo con una información de "Sábado Gráfico" de 21 de enero

en el que el número de personas afectadas por el alcoholismo se eleva a millón y medio (39); en un país en que el terrorismo hace casi a diario una víctima mortal, constituiría una intolerable mixtificación calificar de dramático el problema de la droga. Dramático es el problema de la emigración, del alcoholismo, del paro, del terrorismo, de la pobreza. El problema de la droga no es aún un problema dramático, pero es un problema grave porque sus costos sociales en menoscabo de la salud física o mental, internamientos hospitalarios, horas de trabajo perdidas, accidentes laborales, domésticos o de tráfico, mayor comisión de delitos (40), aumento de la desinvertibración comunita-

do 1978, intitulada "Vuelven los mendigos", en Madrid unas 1.000 personas duermen al raso cada noche. (Se basa en un estudio elaborado por los Hermanos de San Juan de Dios y difundido por la agencia Logos).

(39) A pesar del creciente consumo de drogas de toda especie sigue siendo el alcohol, según Alonso Fernández, el principal protagonista: El alcoholismo constituye la drogadependencia número 1 en el mundo actual y uno de los problemas más graves planteados en el campo de la salud pública de la mayor parte de los países. Afecta a más de millón y medio de personas y cuesta al país 16.000 millones de pesetas al año, siendo España el tercer país consumidor del mundo (*Bases psicosociales del alcoholismo*, Madrid, 1979, pp. 30, 31, 189 y 198, respectivamente). Garmendia (*Esquema del delito en España*, 1973, cit., p. 126) eleva a dos millones el número de españoles alcohólicos crónicos. Por otra parte, la relación entre alcoholismo y criminalidad grave parece es más estrecha que la que existe entre drogación y criminalidad grave. Cfr. Muller, Maurice: *Alcoholismo et criminalité* en "Los delincuentes mentalmente anormales" (XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Madrid 1961-1962, pp. 435 y ss.

En 1969, en la región parisense, uno de cada tres varones y una de cada siete mujeres, eran alcohólicos. Proporción que alcanza el 54,6%, respecto a los hombres mayores de cincuenta años.

(40) Informe del equipo de investigación del Ministerio del Interior Inglés, trad. de García Planas, en "Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas", Barcelona, 1978, p. 163. Kerner (en "Kriminologisches Wörterbuch", cit., p. 261) estima que hasta hoy no existe una prueba estadística significativa acerca de la relación inmediata entre consumo

ria a nivel familiar o colectivo, e incluso en pérdidas de vidas humanas (41), son muy elevados (42).

Hemos dicho que existen drogas nocivas y otras menos nocivas. Las últimas son las denominadas drogas blandas (entre las que se incluyen principalmente la marihuana y el hachís); a las primeras se las conoce con el nombre de drogas duras, y son las demás. Antes, sin embargo, de diferenciarlas parece oportuno precisar qué se entiende por droga o estupefaciente.

Los especialistas (farmacólogos, criminólogos, etc.) no dan un concepto unitario, sin que tampoco ayude en exceso el acudir a lo que por droga o estupefaciente entiende el Diccionario de la Academia. Los tratados internacionales, o las leyes internas reguladoras de esta materia, siguen un sistema enumerativo, igual-

de droga y aumento de la criminalidad específica, en particular en lo que se refiere a la delincuencia violenta o sexual. De forma más matizada Mott sostiene que existe relación entre abuso de drogas y delincuencia, pero que esta relación varía según sea la legislación nacional anti-droga, la clase de droga utilizada y las características de los consumidores (J. Mott. *L'abus des drogues et la criminalité*, en "Etudes relatives à la recherche criminologique", vol. XIII, *L'importance des stupéfiants par rapport à la criminalité*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1975, p. 102, con amplia bibliografía).

(41) Una descripción patética de muertes y suicidios ocasionados por las drogas en un concreto círculo familiar lo constituye la crónica de Rosa Montero *Historia de un viaje sin retorno*, publicada en "El País" el 19 de septiembre de 1978. En Alemania, por ejemplo, murieron a causa de la droga en 1975, 194 personas; en 1976, 337; en 1977, 390; en 1978, 430 y en los siete primeros meses de 1979, 335 personas (*Der Spiegel* de 27 de agosto de 1979, p. 88).

(42) Para valorar la trascendencia económica del problema en la comunidad internacional puede bastar saber que, de acuerdo con la División de Estupefacientes de las Naciones Unidas, el tráfico ilícito de drogas representa anualmente unos 12.000 millones de dólares. Incluso en nuestro país un sólo alijo ha importado cantidades próximas a los 3.000 millones de pesetas (Cfr. "Ya" de 6 de junio de 1971: "*Heroina: el mayor alijo de la historia*").

mente insatisfactorio para el fin que deseamos. Así, v.gr., la ley española sobre estupefacientes de 8 de abril de 1967 establece que "A los efectos de la presente ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes, y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional con ciertos requisitos. Mientras tendrán la consideración de artículos o géneros prohibidos los estupefacientes incluidos, o que se incluyan en lo sucesivo, en la IV de las listas anexas al citado Convenio.

Suele haber acuerdo, sin embargo, acerca de estas notas: drogas son sustancias naturales o sintéticas que alteran las sensaciones, la actividad mental, la conciencia o la conducta, y producen: sea dependencia psíquica (necesidad imperiosa de seguir consumiéndola); sea dependencia física (necesidad fisiológica de la droga, sin la cual se produce un grave trastorno orgánico o la muerte: síndrome de abstinencia, por alterarse el equilibrio bioquímico del organismo del sujeto); sea intolerancia (exigencia de aumentar las dosis para obtener similares efectos: un opiómano empedernido, por ejemplo, puede llegar a tomar hasta 300 veces la dosis normal tóxica).

El hachís y la marihuana, cuyo tráfico se pretende despenalizar, son drogas alucinógenas, es decir, que producen "percepción sin objeto". Ambas son producto de la misma planta: el cáñamo indio. De la mezcla comprimida de las hojas, la flores y los frutos se obtiene la marihuana. De la resina, el hachís. De las flores, la grifa. De las hojas, el kifi. De acuerdo con Kerner, el consumo de drogas tipo cannabis se caracteriza por: 1) leve o grave dependencia psíquica, según se produzcan o no los efectos deseados; 2) ningun-

na dependencia física; 3) escasa tendencia al aumento de las dosis (43). La acción de los derivados del cáñamo indio (drogas blandas) sobre el sistema nervioso central es similar a la que causa el alcohol: alternancia de excitación y depresión. No producen amnesia. Originan una fatiga extrema. El consumo crónico produce alteraciones más graves. En todo caso reducen las inhibiciones, debilitan el carácter, disminuyen las defensas inmunológicas y acaban por producir efectos maniacos (44).

Las restantes drogas se denominan drogas duras, y en la extensa lista se incluyen el LSD 25, las anfetaminas, los opiáceos. La mayoría de ellas originan a la vez las dos dependencias, física y psíquica. Algunas, empero, sólo crean dependencia psíquica, lo que no significa que sean menos nocivas que las primeras. Así el LSD y la cocaína, que no crean dependencia física, originan impulsos homicidas y graves enfermedades mentales; mientras que el opio y la heroína, que no producen estos impulsos, causan una terrible dependencia física. Como la cocaína deteriora el organismo con mucha más rapidez que la heroína, durante mucho tiempo se ha pensado equivocadamente que creaba dependencia física (45).

Si en vez de tratarse el tema desde el plano jurídico se hiciese desde una perspectiva médica sería necesario explicar qué es el LSD (o caviar de la cultura hippy, mientras la marihuana es el pan) y sus efectos; la cocaína y sus efectos; el opio y sus efectos; la heroi-

(43) Kerner, voz *Rauschgift*, *Rauschgiftkriminalität*, en "Kriminologisches Wörterbuch", Friburgo de Brisgovia, 1974, p. 259.

(44) Cfr. Lavin: *El mundo de los drogados*, trad. castellana de Carlos Mir, Barcelona, 1979, pp. 127 y ss. Flórez: *La marihuana es nociva*, en "El País" de 20 de julio de 1978.

(45) Lavin, ob. cit., p. 122.

na —rey de los estupefacientes— y sus efectos (a estas cuatro se las denomina drogas mayores), y referirse a las drogas menores y sus efectos, etc. Asimismo sería necesario responder a las preguntas de cuales son los riesgos de accidentes mortales; porcentaje de toxicómanos que se curan; posibilidades de supervivencia de los que se desintoxican; grado de dependencia que experimentan (46), etc. Desde el plano jurídico basta decir que la respuesta no es única, ya que depende de la naturaleza de la droga, de la edad, de la salud, del modo de empleo, de la higiene, de la frecuencia del consumo, de las dosis, etc. Pero, que —como antes hemos manifestado— en todo caso los costos sociales de la toxicomanía son elevados. Sobre este presupuesto se ha de estructurar el tratamiento jurídico-penal de este grave problema, y así se hizo por los redactores de la Ponencia Especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, con el resultado de proponer de lege ferenda una distinción neta entre actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, venta, donación o tráfico, en general, de drogas, y el hecho de su consumo. Los primeros —mientras una profunda investigación multidisciplinar determine la conveniencia de su despenalización respecto de determinadas drogas— debían seguir siendo punibles (47); mientras el último —consumo y posesión en cantidades mínimas—, debía quedar exento de pena.

(46) Cfr. Reimschmidt: *Réactions des médecins face au problème de la drogue. Traitement et readaptation des délinquants pharmacodépendants et consommateurs de drogues*, en "Études relatives à la recherche criminologique", vol. XIII, L'importance des stupefiants par rapport à la criminalité, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1975, pp. 111 y ss.

(47) Por supuesto, no con pena capital, como algún autor sugiere (Lavin: *El mundo de los drogados*, 1979, cit., p. 270). En lo que a la donación de drogas afecta, podría estudiarse la conveniencia de conceder facultad al juez para, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, no imponer pena.

Apenas cabe duda de que, de acuerdo con las concepciones hoy imperantes en España, el consumo de drogas es un acto ético socialmente reprochable, pero ello sólo no fundamenta que se sancione penalmente. El Derecho penal ha de intervenir cuando el acto contra la ética colectiva suponga una lesión o puesta en peligro para bienes o intereses jurídicamente protegidos. No en otro caso. Y esa lesión o puesta en peligro para bienes jurídicos no se da en el supuesto citado (aunque sí en otros con él relacionados) (48), dado que nuestro ordenamiento punitivo no considera penalmente ilícitas las auto-lesiones, salvo que persigan fines ajenos a la incolumidad personal (49). La utilización de la pena para conseguir la curación de los drogadictos excede las posibilidades del Estado, aunque sólo sea por falta de suficientes establecimientos. Pena que, por lo demás, no podría imponerse al sujeto que no pueda sobreponerse a la adicción a la droga (50). También excede la función del Derecho penal evitar los comportamientos perjudiciales para la propia persona que los realiza: y para mostrarlo basta el ejemplo de los alcohólicos. Ha de tenerse asimismo en cuenta que los costos sociales de impedir el uso de drogas mediante la pena pueden ser más elevados que

(48) Bergalli: *Contra lo científico: regreso a la punición de las toxicomanías*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974, p. 380. Para Mantovani, por el contrario, el consumo de drogas además de ser un relevante factor criminógeno constituye una amenaza real para la "salud colectiva". Reconoce, sin embargo, que es un problema de oportunidad práctica el castigarlo o no (*Offensività del reato nella costituzione*, en "Scritti in onore di Constantino Mortari", Milán, 1977, p. 470).

(49) Quintano Ripolles: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed. puesta al día por Gimbernat, Madrid, 1972, p. 757.

(50) Canovas Thorlot - Suárez Muñoz: *Algunos aspectos de la represión del uso ilegal de drogas. Propuesta de una reforma legislativa*, en "La reforma penal en los países en desarrollo", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, p. 56.

si se utilizan otros medios, por ejemplo, servicios sociales de asistencia. La creación de subculturas, siempre antisociales y, en la generalidad de los casos, criminógenas, es una razón más para negar la punición de estas conductas. O el "etiquetamiento" de los drogadictos jóvenes (51), que son los consumidores que en la actualidad más preocupan. El no castigo de la posesión en cantidades módicas de drogas destinadas al propio consumo no significa, por lo demás, innovación notable: recoge la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar el concepto de "tenencia" de drogas. Y constituye la consecuencia lógica de no sancionar su consumo.

Este fué el tenor literal del precepto penal por el que abogó la Ponencia Especial para la Reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: "El que ilegítimamente posea estupefacientes o sustancias psicotropas que excedan de las cantidades mínimas que personalmente utilice" (52). O sea, se propone que no solamente el consumo, sino también la tenencia en cantidades mínimas, debe quedar exento de pena (53).

(51) Bergalli, art. cit., p. 379.

(52) Barbero Santos - Morenilla Rodríguez: *La Ley de peligrosidad y rehabilitación social: su reforma*, cit., pp. 224 y 225.

(53) En este sentido, la reciente ley italiana de 22 de diciembre de 1975 prevé, en el artículo 80, la despenalización de la ilícita adquisición y/o tenencia de sustancias estupefacientes o psicotropas con el fin de hacer de ellas un uso personal, terapéutico o no: a) Respecto a las cantidades que no exceden de modo apreciable las necesidades de cura en relación a las particulares condiciones del sujeto, en el primer caso b) en el supuesto de cantidades módicas, en el segundo (Vide: Cipolli - Galliani - Luberto: *Riflessi psicoterapeutici nella pericia in tema di non punibilità per uso personale di sostanze stupefacenti*, en "Studi Parmesi", 1978, vol. XXII, pp. 95 y ss.). El Tribunal federal suizo en sentencia de 19 de diciembre de 1969 determinó que, de acuerdo con el artículo 19 de la ley de estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*), reformada el 18

Es obligado manifestar que la despenalización citada se encuentra en la línea de las investigaciones más recientes. El magistrado Florio en su magnífico *rapport* presentado en la Undécima Conferencia de Directores de Institutos de Investigación Criminológica celebrada en Estrasburgo en 1974, y publicado por el Consejo de Europa en 1975, manifestaba que el sistema prevalente de 1920 a 1930 de confundir bajo el mismo título de imputación e imponer idéntica pena a los traficantes y a los consumidores se sustituye hoy por una neta distinción entre las dos clases de comportamiento (54).

La eventual despenalización del uso de la droga es uno de los problemas que preocupa al Comité Europeo para los problemas criminales, habiendo sostenido el profesor Wiersma, en un informe presentado al mismo, que el consumo de cualquier tipo de drogas debe dejar de ser delito (55).

Algunas leyes recientes han iniciado ya este camino al permitir sustituir la pena impuesta por medidas terapéuticas; al prescindir del procedimiento penal si el drogadicto se somete a una cura de desintoxicación; al despenalizar la tenencia de módicas cantidades de droga (56), etc. Esto ha ocurrido, v.gr., en Francia

de diciembre de 1968, el uso de drogas *per se* no se castiga, lo que no significa que, de forma indirecta, pueda llegarse al mismo resultado (por ej., por el castigo de su posesión). Un excelente estudio crítico de la doctrina jurisprudencial lo constituye el artículo de Irma Weiss: *Zur Anwendung der Strafbestimmungen des revidierten Betäubungsmittelgesetzes*, en "Revue Pén. Suisse". 1978 (95), pp. 191 y ss.

(54) Florio: *Réactions au phénomène de la drogue*, en "Etudes relatives à la recherche criminologique", vol. XIII, L'importance des stupéfiants par rapport à la criminalité, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1975, p. 41.

(55) Cfr. Florio, art. y p. citadas.

(56) Para conocer la situación legislativa existente en 1974 en los países miembros del Consejo de Europa es de consulta obligada el mag-

(ley de 31 de diciembre de 1970), Luxemburgo (ley de 19 de febrero de 1973), Austria (ley de 24 de junio de 1971), República Federal de Alemania (ley de 22 de mayo de 1971), Italia (ley de 22 de diciembre de 1975), varios Estados de Estados Unidos de Norteamérica, por leyes recientes (57), etc.

Problema distinto del analizado es si el tráfico de determinadas drogas, v.gr., la marihuana, debe ser despenalizado. Su análisis queda fuera de los límites de nuestra exposición, que tiene por objeto a los marginados, y los traficantes de drogas en cuanto tales no son seres marginados. Debe advertirse, empero, que detrás de la reciente campaña en favor de la despenalización de la marihuana no existe tan sólo una opción científica o ética. Es evidente su trasfondo económico. Se sabe que poderosas compañías tabaqueras tienen almacenados grandes cantidades de productos psicotrópicos y preparado el *marketing* de penetración en el mercado internacional (58).

nífico volumen *Aspects pénaux de l'abus des drogues*, editado por el Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1974. De notable interés igualmente, los n° 3/4, 1974 (44) de la "Revue Internationale de Droit Pénal" (*L'abus de drogues et sa prévention*), Respecto a España remitimos al volumen "Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes", Universidad de Valencia, 1977.

(57) Cfr. Weigend: *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, en ZStW (90), 1978, p. 1110.

(58) Más de un especialista manifiesta serias dudas de que la liberalización del tráfico de marihuana contribuya a la difícil lucha que algunos llevan contra los ídolos levantados por la sociedad de producción y en favor de los auténticos valores del ser humano. El incremento actual en el consumo de drogas acompaña sobre todo a una juventud que ha perdido los valores antiguos y no encuentra otros nuevos. Si, como parece, la droga no los proporciona, habría que investigar si la solución no se halla en la concesión de una dimensión humana a la humana convivencia; en un aumento de la solidaridad social.

Las citadas son las conductas incluidas en la vigente ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social que, a mi juicio, deben pasar a ser delictivas en el futuro. Unida a una más que pudiera tener el siguiente tenor: "El que con la finalidad de obtener un beneficio económico provoque en lugares públicos a la realización de actos sexuales a personas del mismo o distinto sexo". Muy pocas, por consiguiente. Las demás —que no se encuentren en la actualidad previstas asimismo en el Código penal (59)— deben perder su carácter represivo. No quiere esto decir que el Estado se desentienda de ellas. En absoluto. Pero su previsión únicamente puede tener cabida en el marco de una Ley de Protección Social.

Ahora bien, la promulgación de una Ley de Protección Social sólo encuentra justificación desde el plano jurídico y socio-moral si previamente a su entrada en vigor se ha creado la infraestructura en establecimientos y personal que demanda el cumplimiento de sus fines. La experiencia muestra que incluso leyes que nacieron con las aspiraciones más elevadas y se basaron en los postulados científicos más avanzados se convirtieron por inexistencia de esta infraestructura en una normativa inaplicada (como la Ley de Estupefacientes de 1967, respecto del tratamiento de toxi-

(59) Lo que caracteriza la regulación actual de la prevención criminal es, en gran número de "hechos", el sometimiento a dos, e incluso tres, Jurisdicciones distintas. El proxenetismo, v.gr., está también previsto en el art. 452 bis del Código penal, la producción o tráfico ilícito en general de drogas, en el artículo 344; el portar armas, en los artículos 166, 254, 568 y 585; el gamberrismo, en los artículos 558, 561, 579 y otros, etc. No sólo en el Código penal, asimismo se prevén "hechos" contenidos en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en el Código de Justicia Militar, en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y en la Ley de Caza.

cómanos) (60), o en auténticas leyes represivas, como la de Vagos y Maleantes o la de Peligrosidad y Rehabilitación Social (61). Una ley de Protección Social sin

(60) La dramática muerte del joven drogadicto de 21 años Roberto Moreno, que el mes de octubre de 1978 se arrojó desde su vivienda al vacío, descubrió al gran público los precarios medios de que se dispone. Detenido por su participación en atracos a farmacias, el juez de peligrosidad social decretó su ingreso en el hospital penitenciario —al no existir centros de rehabilitación—, de donde a los quince días pasó a la prisión de Carabanchel, en la que el 1 de julio fue violado por varios presos comunes, iniciándose un *iter* que le llevó al suicidio.

La ausencia de infraestructura la expresaba en forma lacerante el Director del Gabinete de Estudio, Información y Coordinación de la Brigada Central de Estupefacientes en una información reciente: "En cuanto a camas, hay signos regresivos. Se sigue careciendo de personal especializado para realizar campañas sectorizadas de prevención. No existen centros de resoocialización, ni equipos que se preocupen de la postcura de los afectados. Esto es, no se ha llevado a la práctica ninguna de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interministerial para el Estudio del Alcoholismo y otras Toxicomanías, creada en 1975 (*"Robos en farmacias para apoderarse de estupefacientes, durante el año 1977"*, en "Cuadernos de política criminal", número 4, p. 85). Con posterioridad a estas manifestaciones se ha inaugurado en Madrid, el 21 de abril de 1979, bajo la dependencia de la Cruz Roja, el primer centro español para drogadictos.

(61) Es cierto que la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, al contrario de anteriores leyes sobre vagos, no pretendió ser una "escoba" para limpiar las poblaciones de personas que no resultaban gratas, leyes que por ello adquirirían un indubitable carácter reaccionario. Pero no es menos cierto que, a pesar de su orientación —positivista—, su finalidad —preventiva—, el propósito que la animó —evitar arbitrariedades gubernativas—, la ideología de sus inspiradores y redactores casi únicos —los profesores Jiménez de Asúa y Ruiz Funes—, el predominio izquierdista absoluto de la Cámara que las aprobó —las Cortes Constituyentes—, la ley de 1933 pudo merecer el calificativo de reaccionaria (en contra de la opinión de Alcalá Zamora y Castillo, que hace de ella la defensa que acabamos de transcribir), sea por no haber establecido y organizado sobre bases científicas los establecimientos que las diferentes medidas de seguridad reclamaban; sea por la inexistencia del personal especializado previsto, v.gr., delegados de vigilancia; sea por las evidentes deficiencias que en el aspecto procesal mostraba, etc. Sobre

establecimientos adecuados y sin personal idóneo constituye un fraude a la colectividad, que desprestigia al Estado. Presupuesto para que esas instituciones cumplan la finalidad protectora que se pretende es: su pluralidad, su diversificación y su racional distribución geográfica para conseguir la proximidad de la persona protegida a su entorno socio-familiar. Asimismo, el cumplimiento de la finalidad protectora de la Ley exige la creación de Cuerpos especializados de asistencia y orientación formados por individuos que, junto a otras cualidades, posean alta capacidad técnica, dadas las dificultades que plantea la recuperación de asociales.

El ejercicio de la actividad protectora puede consistir en medidas restrictivas o privativas de libertad o, en todo caso, privativas de derechos, cuya imposición exige el respeto de las garantías individuales, cuyo tutor es la autoridad judicial. El Estado está legitimado para realizar esta intervención, pues, si bien es cierto que constituye una exigencia de nuestro tiempo el reconocimiento de la facultad de la persona "a ser diferente", no es una facultad sin límites.

El artículo 29 de la Declaración Universal de Derecho Humanos manifiesta de manera textual que "toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". Estos deberes frente a la co-

todo cuando, años más tarde, fue empleada como arma política para "refrenar la rebeldía de las masas", y para "sojuzgar a los ideológicamente discrepantes" (Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, art. cit., pp. 177-178 y 221 y ss., principalmente). Una aguda exposición de los aciertos y deficiencias de la ley de Peligrosidad en Morenilla Rodríguez: *La aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: dificultades prácticas y aproximación a una solución*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1977, pp. 65 y ss.

munidad imponen limitaciones que se establecen “con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general de una sociedad democrática”, de acuerdo asimismo con el artículo de la Declaración Universal citado. En idéntico sentido, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que prohíbe en su artículo 8º, número 2, la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada, permite esa injerencia cuando está prevista por la Ley y se dan ciertas condiciones.