

GERARDO LANDROVE DÍAZ

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Murcia**

Tráfico de drogas y represión

autorizados...); y porque se garanticen por parte del Estado las medidas de asesoramiento y asistenciales a la embarazada (62).

El Estado social y democrático de Derecho está obligado a adoptar las medidas de política social —de carácter económico, familiar, psicológico—, que permitan atajar las causas y disminuir las cifras del aborto. De esta forma, el Estado podrá cumplir mejor y más eficazmente con el mandato constitucional de protección de la vida del nasciturus y de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Con otras palabras, el futuro de una lucha eficaz contra el aborto no está en el Derecho Penal (la respuesta aquí es modesta y muy limitada: la más idónea, por las razones señaladas, es la solución del plazo) sino en la vía preventiva articulada por una política social avanzada, exigible, e inherente al Estado social y democrático de Derecho (63).

(62) En este sentido se manifiestan en voto particular concurrente sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo los vocales del CGPJ, FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, MESTRE GARCÍA, BELLOCH JULBE, SIERRA GIL de la CUESTA (vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Código Penal*) abogando por la solución del plazo y por su complemento con un conjunto de medidas de acción positiva de asistencia y apoyo que debe ofrecer el Estado para evitar la práctica de abortos, cuya realización pueda obedecer a carencias subsanables, falta de reflexión suficiente...

(63) Así, ESER (en *Reforma de la regulación del aborto en el Derecho Penal alemán*, cit., en Libro Homenaje a BERISTAIN, San Sebastián 1989, pág. 739) considera que en el futuro se ha de tener en cuenta que la efectiva protección de la vida en gestación es una tarea compleja, donde el Derecho es sólo uno de los medios. A esto debe añadirse una amplia profilaxis individual y social en las que hay que incluir no sólo la adecuada formación sexual y asesoramiento sobre métodos anticonceptivos sino también un conjunto de medidas suficientes sobre política familiar y sobre ayuda a la embarazada y a la madre. Sin un complemento de política social de estas características, la prohibición penal del aborto, no pasa de ser, en última instancia, una incompleta, cuando no totalmentet hipócrita declaración de principios a favor de la protección de la vida en formación.

GERARDO LANDROVE DÍAZ

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Murcia**

Tráfico de drogas y represión

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Hacer la historia de la represión del tráfico de drogas ilegales en España supone, indefectiblemente, abordar la crónica de una frustración. Sobre todo si se vincula a la eficacia preventiva, tan íntimamente unida a la efectiva protección de la salud. En cualquier caso, la problemática de las drogas es un tema de moda en nuestro país, uno de los grandes temas nacionales. Machaconamente los medios de comunicación social acercan a los ciudadanos una realidad que no siempre es objetivamente expuesta. Parece, en suma, haber ocupado el lugar protagonista que antaño se atribuyó a la abolición de la pena de muerte, la amnistía, la despenalización de la voluntaria interrupción del embarazo, la eutanasia, la problemática penitenciaria o la delincuencia juvenil.

Como es sabido, nuestro Código penal reprime con dureza siempre creciente el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 344 y siguientes). La coartada es la protección de la salud pública, bien jurídico que aparece aludido en el epígrafe de la sección del Texto punitivo que describe y sanciona aquella conducta.

Con ello, al menos, quiebra el fundamental principio de *intervención mínima* característico de un Derecho penal de corte realmente democrático. De acuerdo con el mismo, la represión de una actividad sólo debe abrirse camino cuando se

compruebe que no existen otros mecanismos alternativos para resolver el conflicto social de que se trate. Se alude, en definitiva, a la concepción de la pena como *ultima ratio*, es decir, como el último argumento a esgrimir por el ordenamiento jurídico.

Algunas observaciones previas se imponen antes de abordar el examen de la represiva -e inútil- normativa española y de las posibles opciones despenalizadoras que han emergido, sobre todo, en los últimos tiempos:

El consumo de drogas es, en no escasa medida, un fenómeno cultural. Por ello, en determinadas culturas o áreas geográficas tráfico y consumo no son conductas socialmente disvaloradas. Tal evidencia relativiza, en mi opinión, cualquier planteamiento al respecto.

La cuestionable distinción entre drogas legales o 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 drogas propias de esta última.

A ello cabe añadir los intereses económicos de los países productores de determinadas sustancias. Factor no desdeñable. Dado el subdesarrollo económico de amplias zonas geográficas no puede extrañar que miles de seres humanos encuentren un medio directo o indirecto de supervivencia en el negocio de la cocaína, por ejemplo y para referirme a una droga ampliamente difundida en España. Las cifras que se manejan al respecto son realmente escalofrantes. Se calcula que alrededor de *dos billones* de dólares son los ingresos netos anuales que el tráfico de drogas supone para Bolivia, Perú y Colombia.

Los ingresos derivados de la droga son imprescindibles para países en profunda crisis económica, y no sólo para los sectores marginales; también para los propios Estados, que se

sirven de los narcodólares para el pago de la deuda exterior y para intentar equilibrar la balanza de pagos. Además, el narcotráfico reactiva no pocas economías nacionales maltrechas en función de las inversiones que implica. En cualquier caso, resulta prácticamente imposible encontrar un cultivo que produzca al campesinado de aquellos países una rentabilidad tan elevada como la de la coca. Mientras existan consumidores no parece viable lograr el éxito en una *cruzada* contra la droga ni convencer a los campesinos productores para que centren sus esfuerzos en el cultivo de patatas o maíz y perezcan de inanición. Esta realidad no se cancela acudiendo al Derecho penal ni, mucho menos, a una política belicista, de bloqueos, intervenciones armadas o fumigaciones aéreas de plantaciones, con consecuencias ecológicas imprevisibles.

Al margen de las siempre manipulables -y manipuladas- estadísticas, creo que constituye un dato objetivo la afirmación de que asistimos en la hora actual a una enorme expansión del consumo de drogas. A lo que cabe añadir la evidencia de que cada vez es más baja la edad media de los toxicómanos. No es necesario ser un experto en psicología juvenil para comprender que la idea de la transgresión muchas veces se incentiva con campañas pretendidamente disuasorias.

Además, la aparición de una variada gama de drogas sintéticas (en muchos casos de potencia superior a las drogas naturales) ha ampliado sensiblemente el espectro de las dependencias tóxicas. Por ejemplo, en el mundo del deporte superprofesionalizado o en la galaxia de los "ejecutivos agresivos".

De todo ello derivan fabulosos negocios para los traficantes. La represión es su mejor aliado. Los precios se disparan porque "hay que cubrir riesgos". Quizá los más interesados en el mantenimiento de la política prohibitiva sean los propios traficantes. Es una garantía de rentabilidad. Así ocurrió en EBUU durante la vigencia de la Ley Seca entre 1920 y 1933. Normativa que se derogó, precisamente, por *criminógena*; porque desencadenó oleadas de gansterismo y de corrupción. Incluso,

repercutió negativamente en la salud de la ciudadanía norteamericana, en función del consumo de brebajes adulterados.

No cabe desconocer, por otro lado, la relación que existe entre consumo de drogas y ciertas actitudes de rechazo de determinadas formas sociales que imponen estructuras injustas y más alienantes que la propia droga.

En cualquier caso, el tráfico de drogas considerado delictivo es una actividad que ofrece una muy significativa *cifra negra*; es decir, un elevado número de delitos que no llegan siquiera a ser perseguidos (diferencia entre delincuencia real y oficial). Es un delito de tan fácil comisión como difícil descubrimiento. La clandestinidad propia del medio genera, además, corrupción en aquellos encargados de la persecución. Es el tráfico "desviado".

Por todo ello, desde determinados sectores se hace actualmente una razonable y razonada crítica a la persecución penal del tráfico de drogas. Se castiga -afirman- el tráfico de drogas de escasa o nula significación para la salud y, en cambio, se omite toda reacción punitiva frente al tráfico de otras sustancias más perjudiciales pero socialmente difundidas. El tabaco o el alcohol, como ejemplos más llamativos de drogas legalizadas. Los intereses económicos también en este caso resultan decisivos.

No puede negarse que en España el alcoholismo ofrece hoy una nocividad social semejante, si no superior, a la que las drogas provocan. Desde los puntos de vista sanitario, económico, criminógeno o laboral. Su incidencia entre los más jóvenes es cada vez mayor. Sin embargo, como país productor, en este caso se adopta una actitud farisaica sobre el tema, a la vez que se reacciona con dureza desproporcionada -en mi opinión- ante otras drogas diferentes.

Todo ello sentado, cabe preguntarse qué puede hacer el Derecho penal ante la realidad esbozada y, sobre todo, qué hace el Derecho penal español. Quizá la respuesta a tales

interrogantes propicie la búsqueda de soluciones no represivas, inéditas en nuestro país.

II. LOS ANTECEDENTES

El art. 344 del Código penal español en su redacción anterior a la Ley de reforma de 1971 constituía una norma penal en blanco cuyo complemento se encontraba en los artículos anteriores. Era una mera cualificación de otros delitos contra la salud pública (se imponía la pena superior en grado) cuando las conductas estuvieren relacionadas con drogas tóxicas o estupefacientes. Así, se sancionaba al que, sin hallarse autorizado, elaborase aquellas sustancias para expenderlas, venderlas o comerciar con ellas y al que, hallándose autorizado para su tráfico, las expendiere sin cumplir con las preceptivas formalidades reglamentarias o despachare drogas tóxicas o estupefacientes deteriorados. En consecuencia, poca atención se prestaba en el Código de 1944 a una realidad que estaba muy lejos de alcanzar el problematismo que sólo lograría con el devenir de los años.

La Ley de 15 de noviembre de 1971, sobre reforma del Código penal, introdujo nuevos criterios en orden a la represión de estas actividades. Se tipificó de modo expreso el cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o, de cualquier otro modo, promover, favorecer o facilitar su uso. Las penas -prisión mayor y multa- eran las mismas en todos los supuestos, concediéndose a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior o superior en grado, atendidas las circunstancias del hecho y del culpable. Además de la específica agravación para los casos de intervención de un facultativo, se dio entrada en la materia a la reincidencia internacional y se estableció la medida de clausura de los establecimientos

públicos (de un mes a un año) cuando los hechos de extrema gravedad se produjeren en los mismos.

La nueva redacción otorgada en 1971 al art. 344 fue reflejo de la ratificación por España, en 1966, del Convenio Único de las Naciones Unidas, de 30 de marzo de 1961. Convenio que suponía la culminación de los esfuerzos internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico de drogas. Y la reforma se produjo en un momento histórico en el que ya el consumo y -por supuesto- el tráfico habían iniciado un vertiginosa escalada aún no concluida. En efecto, se subraya en el preámbulo de la ley de 1971 que la reforma se produce, no sólo por el compromiso internacional contraído por España al ratificar el Convenio antes mencionado, sino "por la necesidad de disponer los medios legales precisos para atajar con eficacia el problema social que entraña el tráfico y consumo ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes que, día a día, se agrava en numerosos países y en el que el nuestro se ve implicado con cierta frecuencia por hechos de importancia, en cuanto se refiere al tráfico ilícito principalmente".

No puede extrañar que en el contexto político en que se produjo la reforma de 1971 se arbitrara una opción claramente represiva. Creo innecesario insistir en la demostrada ineficacia en nuestro país de tal solución. La evolución del tráfico de drogas en la década de los años setenta es incuestionable. Lo que ya resulta menos explicable -al menos en principio- es que se insista desde planteamientos político-criminales de signo bien distinto en soluciones semejantes, como tendré oportunidad de poner de relieve más adelante.

En cualquier caso, muy pronto se generalizaron las críticas a la redacción entonces otorgada al art. 344. Críticas que fueron especialmente virulentas desde los sectores más profiristas de la doctrina penal española. Sin afán de exhaustividad, cabe aludir a los siguientes extremos que convirtieron al artículo de referencia en paradigma de lo que no debe ser un precepto del Código penal:

a) En primer lugar, hay que destacar el desafortunado casuismo utilizado por el legislador en su afán represivo: hasta una decena de conductas abarcó la tipificación: cultivo, fabricación, elaboración, transporte, etc. Además, la expresa referencia a la "donación" o la "tenencia" plantearon serias dudas al intérprete, sobre todo en el segundo caso, en el que no fue uniforme el criterio jurisprudencial de reservar la punición para los supuestos de tenencia para el tráfico y no para el consumo propio.

b) En segundo término, la punición de los que "de otro modo" promovieren, favorecieren o facilitaren el uso de drogas tóxicas o estupefacientes suponía un flagrante atentado al dogma legalista y, en consecuencia a la seguridad jurídica.

c) La tipificación alternativa por la que se optó suponía que se castigasen con las mismas penas (prisión mayor y multa) el pequeño tráfico y los fabulosos negocios abordados por estructuras mafiosas.

d) Además, resultaba especialmente injusta la falta de matización de la pena en orden a la nocividad de las sustancias objeto del tráfico. De idéntica forma se sancionaba el tráfico de droga dura o blanda, para utilizar unas etiquetas que pronto gozarían difusión en España.

e) Finalmente, en el párrafo tercero del art. 344 se concedía a los tribunales "atendidas las circunstancias del culpable y del hecho" la facultad de imponer la pena inferior o superior en grado. Con ello, la privación de libertad abarcaba de los seis meses y un día a los veinte años y se convertía en la pena arbitraria característica de momentos históricos y de planteamientos punitivos ya superados.

En suma, el art. 344 introducido en 1971 en nuestro Código penal recibió muy severas críticas por parte de la doctrina española. No merecía mejor suerte.

Transcurrida una década, en la *Memoria* de la Fiscalía General del Estado de 1982 se contienen algunos párrafos que son profundamente expresivos de la ineficacia de tan torpe reforma: "Anteriores Memorias han dejado constancia de la preocupación de la Fiscalía General del Estado por el incremento del consumo de estupefacientes en nuestro país, con la natural consecuencia del aumento del tráfico de dichas sustancias. Desgraciadamente su número sigue creciendo, como demuestra el cotejo de los datos estadísticos que ofrecen los procedimientos incoados durante los últimos años en prevención de esa clase de hechos".

III. LA REFORMA DE 1983

La reforma urgente y parcial del Código penal operada a través de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 incidió muy significativamente en esta problemática. Como se reconoce en la Exposición de motivos de la Ley reformadora de 1983, la redacción hasta entonces vigente del art. 344 contenía graves defectos cuya trascendencia no permitía postergar una reforma en profundidad. Cabe aludir a las siguientes innovaciones introducidas en el precepto de referencia:

1. Se delimita mejor el ámbito de las conductas prohibidas; en efecto, se reduce a los actos de cultivo, fabricación, tráfico o posesión para traficar. Desaparecen, por ejemplo, las referencias a la tenencia y a la donación.

2. Desaparece también la alusión a los que "de otro modo" promuevan, favorezcan o faciliten el uso de las sustancias de tráfico prohibido.

3. En la regulación anterior la expresión "tenencia" había propiciado interpretaciones antagónicas. Su desaparición

en 1983 supuso la clara exclusión del ámbito de la tipicidad de la mera tenencia para el propio consumo; solo se reprime ya aquella que tiene como finalidad el tráfico.

4. En orden a la represión del tráfico, se mencionan expresamente, al lado de los objetos materiales tradicionales (drogas y estupefacientes) las sustancias psicotrópicas.

5. En un claro intento de paliar la uniformidad punitiva hasta entonces vigente, se establece la distinción entre las sustancias que causen grave daño a la salud y aquellas otras que no lo causen. La reacción penal vino así determinada según las propiedades y efectos de la sustancia objeto del tráfico, produciéndose una rebaja general de la entidad de las penas, sobre todo con relación al tráfico de las denominadas drogas blandas.

6. Finalmente, para proporcionar las penas a la gravedad de los hechos y limitar el arbitrio judicial en la materia, se introdujeron una serie de cualificaciones específicas que permitan la imposición de la pena superior en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se difundieren entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios y cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviere como finalidad difundirlas así como cuando la cantidad poseída fuere de notoria importancia. Cualificación esta última que, como es sabido, ha producido una gran inseguridad jurídica dado lo evanescente de su redacción.

La reforma de 1983, de la que sólo he subrayado algunos de sus aspectos más sobresalientes, fué —en general— bien acogida por la doctrina española. Evidentemente, supuso una notable mejora con relación a la regulación anterior. Sin embargo, una realidad tozuda e implacable seguía poniendo de relieve la ineficacia de la línea represiva en la materia. El tráfico y el consumo de drogas seguía experimentando en España una progresión que superaba todas las previsiones.

Quizá porque si hay alguna solución a este problema ésta debe ser encontrada fuera del Derecho penal.

Muy pronto, los sectores más reaccionarios de la sociedad —y mejor instalados en el sistema— iniciaron una crítica a la reforma, construída muchas veces sobre la tergiversación, que a fuerza de ser repetida alcanzó un cierto eco en la sociedad española. A la suavización de las penas se achacó el incremento, siempre creciente, del tráfico y consumo de drogas; olvidándose que la mayor dureza anterior había resultado igualmente ineficaz. Se acusó a la reforma de haber despenalizado el consumo de drogas; cuando mal se puede despenalizar lo que no está prohibido por las leyes punitivas. Como ya queda dicho, lo que se hizo fué matizar las penas en función de la nocividad de las sustancias objeto del tráfico. Criterio que puede o no ser compartido, y que puede plantear en determinados casos límite problema interpretativos, pero juzgo evidente que no es lo mismo, en cuanto a sus efectos, la heroína que el humilde “porro”, de nocividad bastante más escasa que otras drogas legalizadas y ampliamente difundidas en el seno de nuestra sociedad. Por otro lado, las agravaciones específicas contenidas en el nuevo art. 344 resultaban, con matices, por lo menos razonables.

IV. LA CONTRARREFORMA DE 1988

La Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, supone una ruptura con los planteamientos inspiradores de la de 1983, que había intentado racionalizar —en los términos antes apuntados— la dimensión jurídico-penal del problema. Otra vez se torna a imponer criterios de signo represivo, a desenterrar la vieja farmacopea punitiva.

En efecto, en el preámbulo de la Ley reformadora de 1988 se reconoce que, con la finalidad de perseguir con mayor eficacia el tráfico ilícito de drogas, se aborda un fortalecimiento de la prevención general a través de "un importante incremento de las penas de privación de libertad con que se conmina la realización de las conductas prohibidas". En definitiva —y al margen de la retórica oficial— el propósito específico de la reforma es la agravación represiva, construida sobre la ampliación de los tipos y la elevación de las penas previstas para los comportamientos punibles. Intentaré a continuación poner de relieve el alcance exacto de lo que no dudo en calificar de contrarreforma:

1. El nuevo art. 344 sanciona a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines. Con la nueva redacción el ámbito de los comportamientos prohibidos se amplía desmesuradamente y se aproxima sospechosamente al vigente antes de 1983. Reaparece el fantasma de la inseguridad jurídica en función de la abierta estructura del tipo. El centro de gravedad de las conductas prohibidas no recae ahora en la realización de actos de cultivo, elaboración o tráfico; lo importante es que esos actos o cualesquiera otros ("o de otro modo") promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal.

2. La estructura objetiva del tipo amplía el ámbito de aplicación del mismo al permitir el encaje en las conductas de promover, favorecer o facilitar. Y, al menos, plantea cuestiones que había resuelto la anterior regulación; piénsese, por ejemplo, en los casos de invitación a consumir, donación, posesión de semillas para el cultivo, propaganda, facilitar inmuebles, etc.

3. Los criterios impuestos en orden a la penalidad resultan también confesadamente regresivos. Como ya se indi-

có, la reforma de 1983 supuso una general suavización de las penas existentes con anterioridad, sobre todo con relación al tráfico de drogas blandas.

Ahora, el art. 344 castiga con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a cien millones de pesetas (en su versión anterior, prisión menor y multa de treinta mil a un millón quinientas mil pesetas) si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y con la de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de quinientas mil a cincuenta millones de pesetas (antes, arresto mayor) en los demás casos.

4. Además, el amplio catálogo de cualificaciones en orden a la penalidad endurece hasta límites insospechados el fruto de la contrarreforma. A través de las elevaciones en grado previstas en los arts. 344 bis a) y 344 bis b) y en los supuestos de tráfico de sustancias que causen grave daño a la salud pueden alcanzarse penas de reclusión mayor, en su grado mínimo, y multa.

En consecuencia, el marco penal del tráfico de drogas abarca entre cuatro meses y un día y veintitrés años y cuatro meses. Me permito recordar las severas críticas de que en su momento fue objeto la regulación anterior a 1983 por permitir una pena arbitraria que oscilaba entre los seis meses y un día y los veinte años.

5. Lo que no ha intentado el legislador de 1988 —quizá cegado por su afán represivo— es erradicar de la ley penal algunas expresiones que en los años inmediatamente anteriores habían sido fuente inagotable de problemas y de inseguridad jurídica. Me refiero, por ejemplo, a la agravación que supone la "notoria importancia" de la cantidad de droga objeto del tráfico ilícito (art. 344 bis, a, n.º 3º). Como es sabido, y a pesar de los diferentes intentos de objetivar fórmula tan equivoca, estamos muy lejos de alcanzar una explicación satisfac-

toria y diáfana de este elemento típico agravatorio, generador de notable inseguridad en la materia.

Además, en el terrorífico —por sus efectos agravatorios— art. 344 bis b) se alude a los supuestos en que las conductas mencionadas en el artículo anterior fueren de “extrema gravedad”. La absoluta indeterminación del concepto y la falta de un punto de referencia que permita evaluar tal gravedad resulta evidente.

6. Como se subraya en el preámbulo de la ley reformadora de 1988, y en la búsqueda de instrumentos “que permiten aproximar la lucha contra la droga a su indiscutible entidad económica”, se introducen en el Código penal diversos mecanismo represivos con los que se trata de “atajar los beneficios económicos surgidos de ese criminal negocio”. Así, las multas pueden alcanzar una elevadísima cuantía, en cuya determinación —precisa el art. 344 bis d)— se atenderá preferentemente al valor económico final del producto o, en su caso, al de la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener; con lo que en la materia resulta también alcanzado el contenido tradicional del art. 63 del Código.

También se retocan los términos del comiso, al utilizarse una fórmula más amplia que la establecida en el art. 48. El art. 344 bis e) prevé el comiso de los bienes, de cualquier naturaleza, utilizados o que provengan de la conducta delictiva, así como de las ganancias de ellos obtenidas, cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Para hacer operativa esta nueva dimensión del comiso, y evitar el “blanqueo” del dinero de ilícita procedencia, expresamente se facultó a la autoridad judicial para aprehender estos bienes en cualquier momento del proceso. Artículo que resultó discutiblemente retocado por la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1992, más adelante aludida.

7. Al margen de una serie de medidas e inhabilitaciones que se regulan promenorizadamente, no falta (en el art.

344 bis f) la alusión a la reincidencia internacional, ya clásica en una delincuencia tan cosmopolita. Sin embargo, en aquella regresiva reforma no tuvo cabida la razonable norma específica de atenuación que suavizase el rigor en los casos del pequeño traficante que intenta así asegurar su propio consumo. Incluso, la oferta rehabilitadora del nuevo art. 93 bis no resulta demasiado generosa; las exigencias contenidas en el precepto –sin duda bien intencionado– recortan su operatividad hasta el punto de que puede llegar a convertirse en un obstáculo añadido a la concesión de la remisión condicional. Sólo cabe añadir que desde la propia Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas se ha puesto en tela de juicio la viabilidad de la reforma de 1988 en este punto concreto.

V. LA LEY ORGÁNICA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1992

Esta vez la coartada es la Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de noviembre de 1988, y la preocupación provocada por el incremento del tráfico ilegal de tales sustancias, además de sus efectos directos sobre la criminalidad. La consecuencia, a nivel legislativo, es la misma de siempre. Y condenada, por ello, a la frustración.

En efecto, la Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1992, de reforma del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal incrementa –una vez más– el ámbito represivo: se introducen nuevas tipicidades en orden a la punición de la fabricación, transporte y distribución de los denominados *precursores* (equipos, materiales y sustancias indispensables para el cultivo, producción y fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas) y, también, de las conduc-

tas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito. Además, se incorpora un nuevo artículo a la Ley de Enjuiciamiento criminal para regular el régimen de las *entregas vigiladas* de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Incluso, se aprovecha la reforma para incorporar al ya amplio catálogo de agravaciones del art. 344 bis a) las tres siguientes:

a) Cuando el culpable participe en otras actividades delictivas organizadas.

b) Cuando el culpable participe en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

c) Cuando los hechos descritos en el art. 344 fueren realizados mediante menores de dieciséis años o utilizándolos.

Esta última vuelta de tuerca en la represión estaba ya, al menos en parte, contemplada en el Proyecto de Código penal de 1992. De todas formas, como es sabido, este texto prelegislativo ha resultado arrinconado por los avatares políticos del momento. La convocatoria anticipada de elecciones generales y la disolución de nuestras cámaras legislativas han paralizado los trámites de aprobación de tan chapucero Proyecto. Eso ha ganado la ciudadanía española.

Así, cabe subrayar por ejemplo que el Proyecto de 1992 aludía a los tipos que en materia de *precursores* y conductas de "blanqueo" que ya la Ley Orgánica de diciembre del mismo año incorporó al Código penal vigente.

Lo que sí pretendía el Proyecto, con sorpresa de casi nadie, era un notable endurecimiento (el enésimo) de algunas de las penas previstas en la actualidad. Por ejemplo, en su art. 352 y respecto de las drogas que no causan grave daño a la salud, se proponía elevar al triplo el límite mínimo de la pena; a casi el doble con relación a las gravemente nocivas.

Y ello a pesar de la demostrada fragilidad, tanto a nivel farmacológico como social, de la denominada *teoría de la escalada*, esto es, de la que pretende el tránsito inexorable del consumo de drogas blandas a las duras.

VI. INEFICACIA REPRESIVA Y PROPUESTAS ALTERNATIVAS

En definitiva, nuestro legislador y los redactores del Proyecto de 1992 han optado por una huida hacia el Derecho penal, hacia un endurecimiento notable sobre todo de las penas de privación de libertad. Con ello, a lo sumo, lo que se conseguirá es un incremento del precio de las drogas. El superior riesgo debe ser retribuido. En cualquier caso, el tráfico de drogas seguirá existiendo. Se castigue con pena única de muerte o con multa de quinientas pesetas. Las soluciones —si las hay— están fuera del Derecho penal.

El problema de la droga se magnifica en nuestro país porque —se afirma— la misma genera delincuencia al abocar la dependencia a la comisión de hechos criminales para poder adquirir la sustancia necesaria, muy costosa en ocasiones. El problema, sin embargo, tiene raíces más profundas. Quizá sea la injusticia social y la marginación de muchos lo que determina la búsqueda ávida de paraísos artificiales. El paro, la miseria, las limitaciones culturales aparecen así enmascaradas ante el colectivo social. Quizá por ello puede haber llegado el momento de defender la opción despenalizadora. Solución en la que creemos aquellos que rechazamos una sociedad en la que todo o está prohibido o es obligatorio.

El mantenimiento a ultranza de una estéril Política criminal de signo represivo desemboca en un escepticismo creciente y en una constatable desconfianza en el Derecho penal como instrumento idóneo para la lucha contra lo que se consi-

dera un mal creciente. Naturalmente, desconocemos las posibles consecuencias de otra opción política-criminal; lo único evidente es el fracaso incuestionable de la tradicional.

En efecto, nada ha sido capaz de detener el espectacular incremento del tráfico y consumo de drogas operado en España desde hace ya varios años. Sobre todo desde que, a mediados de la década de los setenta, nuestro país dejó de ser -simplemente- un lugar de tránsito en virtud de su ubicación geográfica, para convertirse en un país de destino, con un mercado propio de estas sustancias. Las estadísticas de muy diversa procedencia, son prueba irrefutable de ello. Las ingentes cantidades de drogas incautadas, las detenciones por tráfico ilegal, las muertes por sobredosis, el número de procedimientos penales iniciados, etc. se reflejan con cierta frecuencia en los medios de comunicación social. A ello hay que añadir la inteligencia de que se estima tan sólo en un diez por ciento del tráfico clandestino total el que llega a ser realmente detectado.

En cualquier caso, en las *Memorias de la Fiscalía General del Estado* de los últimos años se contienen algunos datos profundamente expresivos:

Año	Procesos iniciados por tráfico de drogas
1986	12.655
1987	24.515
1989	30.706
1990	42.272
1991	53.585

En concreto, en 1991 se han disparado espectacularmente los principales indicadores de esta actividad considerada delictiva: no sólo del volumen de procedimientos iniciados, sino también del número de personas detenidas o de los decomisos. Sólo las cifras de robos y atracos en farmacias han experimentado un notable descenso.

Durante 1991 el aumento del hachís incautado ha sido espectacular: por vez primera se ha superado la cifra de 100.000 kilogramos. Casi exactamente el doble que en 1990. La proximidad de Marruecos, país con elevada producción de derivados del cáñamo, resulta decisiva.

También la cocaína ofrece una trayectoria semejante: de los 5.382 kilogramos incautados en 1990 se pasó a los 7.573. La saturación del mercado norteamericano de esta droga ha provocado que en la hora actual toda Europa -y España, por supuesto- se vea invadida de cocaína.

Respecto de la heroína puede observarse una tímida disminución de la cantidad incautada respecto del año anterior: 741 kilogramos en 1991; 886 en 1990. La Dirección General de la Guardia Civil atribuye este descenso, fundamentalmente, a dos factores: al menor consumo de esta sustancia, debido a una mayor sensibilización social por considerarla una droga de efectos mortíferos y causante de enfermedades contagiosas (el Sida, por ejemplo) y a la modificación en el modo de transporte de la misma; al incrementarse el tráfico por vía terrestre, más difícil de controlar que el aéreo.

En resumen, y según datos provisionales facilitados por la Interpol sobre las aprehensiones de droga en Europa, a España le cabe el dudoso privilegio de encabezar los cuadros estadísticos respecto del hachís y la cocaína. Con relación a la heroína nos preceden Alemania, Turquía e Italia. Datos todos ellos referidos a 1991:

País	Hachís (Kgrs.)
España	104.750
Países Bajos	84.292
Reino Unido	26.000
Francia	21.050
Austria	12.000

País	Cocaína (Kgrs.)
España	7.573
Países Bajos	2.288
Portugal	1.200
Reino Unido	1.025
Alemania	942

País	Heroína (Kgrs.)
Alemania	1.510
Turquía	1.446
Italia	1.041
España	741
Francia	476

Paralelamente a este fenómeno expansivo, desde las instancias oficiales españolas existe una proclividad -que tiene mucho de coartada- a vincular el tráfico y consumo de drogas con otras manifestaciones delictivas, especialmente las lesivas contra la propiedad. Así, la inseguridad ciudadana sería el fruto de la desesperación de los drogadictos que buscan, a cualquier precio, las sustancias que necesitan. Este planteamiento, machaconamente repetido, convierte en causa el efecto y olvida que lo realmente inquietante reside en explicar las motivaciones que arrastran al consumo de drogas. Si se ignoran las dimensiones económica, política, política y social -incluso de moda- del problema, éste nunca podrá ser resuelto de forma satisfactoria. De ahí la inutilidad de una represión que tiene mucho de sarcasmo.

En mi opinión, lo que resulta realmente criminógeno es la criminalización. Sus consecuencias más evidentes son la conversión de las drogas en un bien escaso cuyo precio se dispara y permite realizar negocios fabulosos a los traficantes; sin olvidar la corrupción -a veces a muy alto nivel- que genera

tan lucrativa clandestinidad; en ocasiones, desde el aparato represivo del Estado se producen incontrolables retenciones de droga "para pagar a los confidentes"; en los establecimientos penitenciarios proliferan mafias que se ocupan de la distribución en los centros, a los que la droga accede por medios no siempre satisfactoriamente explicados; además, la salud pública sufre constantes agresiones habida cuenta las adulteraciones de que son objeto estas sustancias, con la finalidad de incrementar su rendimiento económico (a veces es la distribución de dosis de pureza infrecuente en un mercado adulterado lo que resulta letal). En cualquier caso, en las estadísticas oficiales se contabilizan 577 muertos por sobredosis en 1989, 668 en 1990 y 813 en 1991. De la misma forma que durante la vigencia de la ya mencionada Ley Seca norteamericana, son los traficantes los primeros interesados en la criminalización del tráfico. Es una garantía de rentabilidad para sus cosmopolitas empresas.

Posiblemente, ha llegado la hora de intentar soluciones más imaginativas que la amenaza penal. No cabe ya ignorar las voces que sugieren otras alternativas: la despenalización o, incluso, la legalización acompañada de campañas preventivas de disuasión. Habida cuenta la retórica que en los últimos años ha generado esta problemática y la dimensión cultural - no desdeñable- de la misma, no pueden extrañar las resistencias a otro tipo de estrategia más respetuosa con las libertades ciudadanas. En último término, ¿hasta qué punto está legitimado el Estado para utilizar la fuerza en su intento de apartar a los ciudadanos de la droga? ¿por qué otras sustancias, a veces de nocividad muy superior, son consideradas legales?

Todo ello, sin embargo, es ignorado por los redactores de las reformas de 1988 y 1992 en materia de tráfico de drogas. Y por los autores del ya desechado Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992. Si no tuviese tan elevado coste social, resultaría conmovedora su fe ciega en la eficacia del Derecho punitivo.

De todas formas, en nuestro país no se ha llegado - todavía - a la represión penal del consumo de drogas. Paso que sí se dio en Italia con la Ley de 26 de junio de 1990. Aberrante solución legislativa que, en *referendum* celebrado a finales de abril de 1993, fue rechazada por el 53,5 por ciento de los votantes en el mismo.

Por otro lado, en la *cruzada* contra la droga no pocos sistemas dudosamente democráticos han encontrado una magnífica coartada para justificar lo injustificable: cuando en diciembre de 1989 el ejército yanqui invadió Panamá y detuvo al General Noriega, viejo colaborador de la CIA, bajo la acusación de narcotráfico, la opinión pública mundial se mostró prudentemente escéptica; no por simpatía hacia el dictador, sino por la sospecha - más que fundada - de que en el origen de la agresión militar se encontraba el uso del canal, cuya soberanía está previsto pase enteramente al pueblo panameño a partir del 31 de diciembre de 1999, según los acuerdos firmados por Torrijos y Carter en 1977.

A nivel doméstica, conviene no olvidar la normativa rigurosamente anticonstitucional contenida en la denominada Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, sobre protección de la seguridad ciudadana (Ley Corcuera). La "criminalización indirecta" del consumo y la típicamente fascista "palada en la puerta" responden a la inteligencia de que en la *cruzada* contra la droga todo está permitido. Y ello se produce en un Estado que se pretende social y democrático de Derecho.

Como se destaca en el *Manifiesto por una nueva política sobre la droga* (Málaga, diciembre de 1989) elaborado por un amplio colectivo de profesores de Derecho penal, jueces, fiscales y magistrados del Tribunal Supremo, la protección de la salud, a la que se aspira con normas tan represivas como las vigentes, 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 término, 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.

En cualquier caso, si en nuestro país se sigue insistiendo en el tratamiento de estas actividades como delitos contra la salud pública debiera, al menos, atribuírsele una regulación similar a la otorgada a los restantes tipos contra este bien jurídico de dimensión colectiva; así, la criminalización sólo pretendería garantizar el control administrativo de la producción, elaboración y distribución de estas sustancias.

Como ya se apuntó, la represión actual produce, además, un peligroso efecto secundario: al no posibilitar el análisis y control de la *calidad* de la droga, determina la puesta en circulación de partidas manipuladas a través de sucesivos "cortes" o alteradas en su composición que inciden muy negativamente en su carácter nocivo para la salud.

Incluso, la criminalización ha impedido el control sanitario del toxicómano, lo que unido a la marginalidad a que se le somete, ha potenciado la transmisión masiva de determinadas enfermedades; el Sida, por ejemplo. Lo que, a su vez, multiplica la incuestionable estigmatización social del toxicómano.

No puede extrañar, en suma, que sobre todo en los últimos tiempos se vaya abriendo camino en muchos países -también en el nuestro- la tesis despenalizadora. Con ella, en último término, se invita a un amplio debate en la sociedad

española sobre cuestión tan relevante y se propicia el abandono de las tradicionales actitudes descalificadoras hacia la apuntada alternativa despenalizadora.

Consecuentemente, se trataría de reducir la represión a aquellas conductas que, infringiendo las normas administrativas reguladoras de la producción, venta y distribución de drogas, atenten contra la salud pública, y de las conductas de venta, promoción o distribución de drogas entre menores, inimputables o personas sometidas a tratamiento de rehabilitación, configurando su sanción como un delito contra la libertad individual, único bien jurídico que debe ser protegido en estos casos. Pero nada más que eso.

Ya en febrero de 1991, los redactores del *Manifiesto* antes aludido presentaron en Sevilla una *Propuesta alternativa* detallada a la actual Política criminal española, tendente a la consecución de una despenalización controlada.

La propuesta apunta todas aquellas reformas legislativas -y no sólo penales- precisas para llevar a cabo el objetivo de la despenalización y alcanzar una normalización en el tratamiento de las drogas, integradas en cuanto tales en la legislación general sobre medicamentos.

Cabe destacar que se optó allí por la solución del *comercio controlado*, combinada con una campaña de educación para la salud de toda la población, lo que permitiría relacionarse responsablemente con todo tipo de sustancias potencialmente peligrosas en función de sus efectos.