

LAS DROGAS Y EL DERECHO PENAL*

Dr. ENRIQUE BELTRAN BALLESTER**

En el moderno estudio de la teoría del delito debe establecerse una clara distinción entre el estudio del delito considerado desde el punto de vista estrictamente jurídico (que constituye el objeto del Derecho Penal) y el estudio del aspecto individual o social de su autor (que constituye el objeto de la criminología).

Así las cosas, el tráfico y consumo de drogas tóxicas y estupefacientes, como contrarios a la norma, deben considerarse en la doble vertiente del Derecho Penal y de la criminología.

I

Desde el punto de vista del Derecho Penal, dos son las preguntas que requieren contestación:

1. ¿Merecen consideración penal el tráfico y el consumo de drogas tóxicas y estupefacientes?
2. Admitido lo anterior, ¿cuál es esa consideración penal en la vigente legislación española?

Tratemos de contestar a la primera pregunta. El Derecho Penal no es sólo un conjunto de normas que definen actos contrarios al derecho y les imponen una sanción; eso es lo que se ha llamado Derecho Penal objetivo. El Derecho Penal tiene otro aspecto: el subjetivo. Y, como tal, se refiere a la facultad que tiene el Estado, como forma organizada de la sociedad, de dictar leyes, mandando o prohibiendo hacer algo, bajo la conminación de un castigo, y la potestad que tiene de aplicar esas leyes.

Conviene explicar esto. El hombre, por su propia naturaleza, nace revestido de un atributo indiscutible: la dignidad, que consiste en reconocer que el hombre es un ser con fines propios y, por ello, no

* Leído en el curso sobre alcoholismo para A. T. S., Valencia, 1979.

** Profesor agregado Interino del Departamento de Derecho Penal; fiscal de la Audiencia Territorial.

es solamente la parte de un todo, y aunque es miembro de la sociedad en la que vive, es superior a ella, porque es persona en el pleno y genuino sentido de la palabra. De tal modo que la sociedad adquiere su verdadero carácter por ser suma o unión de hombres, con lo que la dignidad humana trasciende a lo social, dando dignidad a la sociedad.

Esto admitido, es evidente que la propia idea de dignidad implica necesariamente el principio de libertad. Si el hombre es portador de fines propios, es indiscutible que el desarrollo de tales fines depende sólo de su propia iniciativa y, por ello, necesita un campo de libertad dentro del cual pueda operar por sí mismo y exento de la coerción de los demás hombres y aún de la sociedad.

Por eso, la libertad, que al hombre no se le puede negar, no es absoluta, sino que debe estar limitada por la libertad de los demás hombres. De tal modo que el hombre será libre únicamente en tanto en cuanto no merme con sus actos la libertad ajena. Ello trae como lógica consecuencia el tercer atributo humano: la igualdad, que significa consideración idéntica ante la ley e idéntica participación en la justa distribución de los bienes sociales.

Por todo lo cual, un Estado de derecho debe, en virtud de su propio fundamento, proteger la dignidad de la persona humana, interferirse lo menos posible en su libertad y contribuir a la consecución de la total igualdad.

Admitido esto, el Estado sólo puede garantizar la igualdad y proteger la dignidad limitando la libertad. Ahora bien, ese derecho y a la vez deber del Estado no quiere decir que sea un poder sin límites, sino todo lo contrario. Si el Estado, a través del derecho, debe tener por meta la realización de la justicia en la convivencia, sólo podrá limitar la libertad humana mediante una selección de bienes o intereses vitales para la pacífica convivencia, merecedores por ello de protección.

A la hora de penar, al Estado únicamente le es dable escoger como bienes dignos de protección aquéllos que sean indispensables de entre los socialmente asumidos; y aún así, cuando tales bienes sean objeto de ataques intolerables y sea ineficaz la protección que puedan ofrecerles las demás ramas del derecho.

Siguiendo este procedimiento de reflexión cabe preguntarse: ¿es la salud pública un bien imprescindible de entre los socialmente asumidos para la pacífica convivencia?

La respuesta a esa pregunta es importantísima, pues según sea positiva o negativa tendrá razón de ser o no la regulación penal del tráfico y consumo de drogas.

Los profesores que me han precedido habrán demostrado a ustedes las consecuencias de las intoxicaciones por drogas y los efectos de la adicción. Ello me libera a mí, lego en la materia, de hacerles un exordio médico y farmacológico de ello.

Pero, aun con todo, al penalista no le interesa, con ser ello importante, tanto el mal individual autoinflingido como el daño social. Si las autolesiones y aún el suicidio no son considerados, penalmente hablando, como actos antijurídicos, la autointoxicación en sí sola, como voluntaria inoculación de enfermedad, tampoco es un acto merecedor de reproche penal. Es la consecuencia de ello, como mal social, lo que al penalista le incumbe, para indagar si el bien que a ello se contrapone merece, según lo dicho, ser objeto de protección penal.

Para ello bastará ver si el consumo de la droga tiene influencia en la etiología del delito en la sociedad en que vivimos. Es decir, que existe relación entre cierta criminalidad y el uso ilegal de las drogas. Y que la afirmación es innegable lo viene a demostrar el que la acción criminógena de la drogadicción se extiende a diversos delitos, tales como los que van contra la integridad de la persona, contra la propiedad, contra las buenas costumbres y en las imprudencias punibles. En efecto, el drogadicto hace caso omiso de las más elementales normas de precaución cuando tiene en sus manos elementos mecánicos, como los automóviles, que de no usarse con el debido cuidado causa graves males a la sociedad. El drogadicto, además, carece de freno moral ante sus apetencias, y por ello vulnera las reglas de convivencia que la mayoría considera como normales, ofendiendo así las buenas costumbres que el ente social quiere que sean respetadas. Y cuando necesita la droga, el drogadicto, si no la tiene ni posee medios para obtenerla, sustrae lo ajeno e incluso, llegado el caso, hiere o mata.

Pero no todo queda en eso; la droga, y lo ha demostrado la estadística, pervierte el medio familiar, con las fatales consecuencias que ello comporta e influye; esto es quizá lo más importante, en que la descendencia del toxicómano sea una descendencia tarada y que la sociedad donde los adictos a la droga proliferan sea una sociedad progresivamente insana.

Unase a todo ello el hecho incuestionable de que el drogadicto es propagador de su hábito, y se verá claro el peligro del uso de la droga para una sociedad que quiere conservarse sana.

Es por eso que cuando la salud pública, con el uso incontrolado médicamente de la droga, recibe un ataque intolerable e imposible de proteger por otros medios jurídicos, está justificado que el Estado actúe penalmente contra el atacante.

¿Y cómo debe el Estado actuar penalmente en tales casos? Pues creando un sistema de normas que definan supuestos de hechos atentatorios de los intereses elementales para la vida en común, que llamaremos delitos contra la salud pública o estados peligrosos para esa salud, y asignando a sus autores unas consecuencias que llamaremos penas o medidas de seguridad. Con ello, imponiendo una pena al delincuente o sometiendo al peligroso una medida de seguridad, el Estado protege penalmente ese bien jurídico que hemos llamado salud pública.

Pero conviene, para mejor comprender lo dicho, dar un concepto de esos términos que hemos llamado delito, pena, estado peligroso y medida de seguridad.

Para que haya delito se requiere, primero, una acción u omisión humana; segundo, que esa acción u omisión se materialice en un daño o en una puesta en peligro de un bien digno de protección, aquí la salud pública; tercero, que haya una relación entre el comportamiento y el daño o el peligro; cuarto, que pueda reprocharse el comportamiento al creador del daño o del peligro, porque pudiendo abstenerse, no lo hizo a pesar de saber que con su conducta perjudicaba a otro hombre o a la sociedad.

Pena no es sólo algo que produce dolor a alguien en pago del dolor que causó, sino un recurso con el que el Estado, a la vez que castiga, conmina con el castigo para que el castigado y los demás, teniéndolo presente, no incurran en los hechos que lo acarrearán.

Estado peligroso es una condición que se tiene y que denota que quien la tiene es probable que, racionalmente hablando, realice actos que perturben sensiblemente la convivencia colectiva mediante la comisión de delitos o de perturbaciones sociales considerables.

Medida de seguridad es un medio asistencial consecuente al estado peligroso, encaminado a separar a dicho peligroso del entorno al que puede dañar y, a la vez, y sobre todo, intentar su rehabilitación orientada hacia una reinserción social.

Así pues, con la pena el Estado no sólo castiga al delincuente, sino que motiva a él y a los demás para que no infrinjan la ley; es decir, para que no delincan. En efecto, el ser humano antes de actuar se asigna un fin; luego, en función de ese fin, elige los medios para conseguirlo; después reflexiona acerca de las consecuencias que puedan derivarse de su acción; finalmente, en razón de esa reflexión, acepta las consecuencias y actúa o las rechaza y desiste. Pues bien, dentro de ese proceso pensante, sin el que el acto estaría vacío de sentido, dando lugar a la absurda actividad por la actividad, propia tan sólo de los dementes, es la conciencia antecedente el factor más importante, pues interviene para que el acto deje de ser reflejo y se

convierta en reflexivo, ya que el hombre elige. De donde el Estado, a través de la intimidación que la imposición de la pena supone, intenta que la conciencia antecedente genere sentimientos correctos para que al realizarse la voluntad del hombre, ello se haga según la ley y en beneficio del conseguimiento armónico de los fines legítimamente tutelados por la ley.

Y con la medida de seguridad el Estado intenta: ya la separación de los incorregibles, para que no dañen; ya la reeducación de los corregibles, con el propósito de que desaparezca de ellos esa condición de peligrosos y se reinserten a la vida ordenada y normal.

Creo que con ello queda contestada la primera pregunta que al principio hemos formulado.

La segunda cuestión hacía referencia a cuál es la consideración penal del tráfico y consumo de las drogas tóxicas y estupefacientes en España.

Los efectos parapsicológicos y somáticos derivados del desmedido uso del opio a finales del pasado siglo (en Europa llegó a haber hasta dos millones de opiómanos) dieron lugar a que los tenues intentos de lucha contra la droga se concretaran en acciones más efectivas de los gobiernos, y así, en 1909 se celebra en Shangai una conferencia internacional, convocada por los Estados Unidos de América del Norte, a la que asistieron trece países, los cuales adoptaron una resolución que aspiraba a la supresión del opio y sus derivados, limitándolos a los solos usos médicos.

En 1912 sesenta estados postulan en La Haya la lucha internacional contra el opio, consiguiendo que en 1919 Clemenceau, Lloyd George y Wilson, reunidos en Versalles para la elaboración del Tratado de Paz de la I Guerra Mundial, incluyeran en éste el artículo 295, en el que se formulaba la necesidad de la lucha internacional organizada contra el comercio y uso de los estupefacientes. Pero la cosa no pasó de esas buenas intenciones, hasta que en 1946 la Organización de las Naciones Unidas creó la Comisión de Estupefacientes. Más tarde, en 1949, se adhiere a ella una comisión de expertos de la Organización Mundial de la Salud, adquiriendo la intervención internacional contra el tráfico de drogas cierta efectividad, que culmina con el Convenio Único de 30 de marzo de 1953, elaborado por la O. N. U.

El referido Convenio de 1953 manifiesta en su preámbulo la preocupación por la salud física y moral de la humanidad; reconoce que el uso de los estupefacientes y drogas es necesario para mitigar el dolor y que la toxicomanía es un mal grave para el individuo y un peligro para la sociedad, por lo que es necesario prevenir y combatir ese mal mediante la acción concertada y universal, acordando en su articulado limitar exclusivamente la producción, fabri-

cación, exportación, importación, distribución, comercio, uso y posesión de las drogas a usos exclusivamente médicos y científicos. Por todo ello, las partes que lo firmaron y las que en lo sucesivo se adhirieran se comprometen: en el plano internacional, a la ayuda y cooperación entre sí y con los organismos internacionales en la lucha contra ese tráfico declarado ilegal; y en el plano nacional, a prevenir el comercio y uso de las drogas y castigar a los contraventores. Al convenio se añaden cuatro listas en las que se especifican cuáles son las sustancias intervenidas.

A dicho convenio se adhiere España el 3 de febrero de 1966.

El 21 de febrero de 1971 se confecciona en Viena el Convenio Internacional sobre Sustancias Psicotrópicas, que también es ratificado por España en 2 de febrero de 1973. A dicho convenio acompaña también otra lista sobre sustancias psicotrópicas intervenidas.

Con motivo de todas esas actuaciones internacionales, España se ve en la necesidad de reformar su legislación interna, comenzando por la Ley 17 de 1967, de 8 de abril, de contenido administrativo y de la que, penalmente hablando, sólo nos interesa su artículo primero, que dice así: "Corresponde al Estado Español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo. Asimismo corresponde al Estado español el derecho de prevenir y sancionar los hechos que constituyen infracción o delito, previstos en el presente régimen legal."

Con ocasión de la publicación de dicha Ley y de la adhesión de España a los tratados internacionales, por Ley de 15 de noviembre de 1971 se modifica el Código Penal, creando el nuevo art. 344.

Y como creo que una minuciosa relación de la evolución histórica de la legalidad española en materia de drogas tóxicas y estupefacientes, además de no interesar a ustedes demasiado, haría en exceso larga mi intervención, vamos a entrar ya en el examen de cómo en España es contemplado, penalmente, el consumo y el tráfico de estos productos.

Según ello hay que examinar tres cuerpos legales especialmente, a saber: el Código Penal, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y la Ley de Contrabando y Defraudación.

A) CODIGO PENAL ESPAÑOL

En este cuerpo legal existen dos preceptos en los que se contempla el tema aquí tratado:

1.º El artículo 340 bis, c), en el que se castiga a quien "con-

dujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas o estupefacientes”.

Es éste un delito de los llamados de peligro abstracto, pues no se requiere que haya un riesgo específico, sino que basta con que se produzca la conducción en este estado de modo tal que, por la ingestión de bebidas alcohólicas o de drogas, exista en la conducción una inseguridad que posibilite la causación de lesiones o daños, sin que sea preciso que dichas lesiones o daños se produzcan. Pero en el caso de que el riesgo se concrete y las lesiones o daños ocurran, cualquiera que sea su gravedad, el párrafo tercero de dicho artículo dispone que se “apreciará tan sólo la infracción penada más gravemente”.

Fuera del caso en que la conducta acarree una lesión o un daño, es decir, por el solo hecho de conducir ebrio o drogado, al culpable se le imponen las penas de multa de 20.000 a 200.000 pesetas y la privación del permiso de conducir o del derecho a obtenerlo por tiempo de tres meses y un día a 5 años. Y en el caso de que, por ser insolvente el reo, no pueda pagar la multa, ésta se sustituye por un arresto de hasta seis meses.

Pero éste es un precepto tangencial en la consideración del tema aquí tratado, ya que en él no se castiga al drogadicto exclusivamente, sino a todo hombre o mujer que conduzca influenciado por una droga, aunque sea esa la primera vez que se intoxica. Y, además, tampoco se contempla la figura del traficante.

2.º Directamente considera el Código Penal al problema en su artículo 344, cuyo tenor literal es el que sigue:

“Los que ilegítimamente ejecuten acto de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo favorezcan, promuevan o faciliten su uso, serán castigados con las penas de prisión mayor (que va desde 6 años y 1 día a 12 años de privación de libertad), y multa de 20.000 pesetas a 1.000.000 de pesetas.”

“El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes, será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.” (De seis años y un día a doce años de inhabilitación de la facultad de ejercer la profesión u oficio).

“Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior (prisión menor, que va de 6 meses y 1 día a 6 años de privación de libertad) o superior (que va de 12 años y 1 día a 20 años de igual privación).”

“En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecutaren en establecimiento público, los Tribunales, atendiendo

las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de 1 mes a 1 año."

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

Conviene que expliquemos este artículo por partes:

El primer problema que se nos plantea es el concepto que jurídicamente hemos de dar a las drogas tóxicas y estupefacientes.

Para empezar, entiendo que los vocablos "tóxicas" y "estupefacientes", hacen ambos referencia calificativa al de "drogas", de modo tal que el precepto tanto hace referencia a las "drogas tóxicas" como a las "drogas estupefacientes". Y ello se deduce del propio párrafo segundo de este artículo, cuando se refiere al facultativo, ya que dice que despachare "tóxicos o estupefacientes". Por ello habremos de entender que el Código habla de dos clases de drogas: las tóxicas y las estupefacientes, aunque no se me escapa la dificultad de deslindar a ambas, ya que difícil se hace encontrar una droga tóxica que no sea a la vez estupefaciente, y más difícil todavía encontrar un estupefaciente que no sea tóxico.

Dicho esto, por droga entendemos jurídicamente hablando, "toda sustancia animal, vegetal o mineral, que por su consumición repetida, provoca en el hombre un estado de inficionamiento periódico perjudicial para el hombre y para la sociedad".

Las características de la droga son: a), un deseo abrumador o necesidad imperiosa de seguir tomando la droga, es decir, adicción o dependencia, tanto física como psíquica, y b), una tendencia a aumentar la dosis debido a la disminución de los efectos, tras la repetida ingestión.

Esta definición, dada por la Organización Mundial de la Salud, es la que de modo más repetido acepta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y a ella hay que estar jurídicamente hablando, pues ni el Código Penal ni ninguna ley penal define lo que es droga.

Ahora bien, esta definición, que por otro lado es aceptada internacionalmente, está en abierta contraposición con las listas que acompañan al convenio único, pues en ellas ni se incluye el tabaco, cuya dependencia psíquica y efectos nocivos están más que demostrados, ni tampoco, y esto es lo más grave, el alcohol, a pesar de su reconocida dependencia de sus conocidos efectos nocivos individuales y de su clara influencia criminógena. Y es que a la hora de catalogar las drogas, no han dejado de influir factores sociológicos y, sobre todo, económicos.

Un ejemplo dará buena cuenta de ello. En el año 1978, la Televisión Española ha hecho 1.583 anuncios de bebidas alcohólicas, con un tiempo de 40.995 segundos equivalentes a 11 horas y 39 minutos, habiendo pagado por ello los anunciantes 1.453.774.640 pesetas. Y del tabaco se han hecho 296 anuncios, con un tiempo de 6.170 segundos, equivalentes a 1 hora y 71 minutos, por un precio de 213.031.350 pesetas. Añadan ustedes a ello: la audiovisión nacional llegó a alcanzar una media de más de 14 millones de espectadores en las emisiones nocturnas, que es cuando tales anuncios se emiten, y comprenderán la importancia, sobre todo económica, del consumo del alcohol, el cual, por otro lado, acarrea a España una tara de más de dos millones de alcohólicos crónicos, en una población de 36 millones, en los cuales hay un consumo medio de casi 20 litros por persona y año, contando en ellos desde el recién nacido al más anciano.

Pero éste es otro problema. A los legisladores no les ha interesado que el alcohol y el tabaco figuren en las listas de drogas prohibidas; ellos sabrán por qué. Y siendo esto así, penalmente hay que dejarlos fuera de toda consideración, como ya verán ustedes que ocurrirá con los derivados de la "cannabis sativa" (marihuana, haschís, kiff y grifa), con el paso del tiempo, porque las grandes empresas ya han visto las ganancias que ello comporta y han minado ya a la opinión pública con la creencia de que su consumo no es nocivo ni crea dependencia.

Siguiendo con el concepto jurídico de drogas en el Derecho Penal Español, la ley de 8 de abril de 1967, en su artículo dos, dispone que se consideran estupefacientes "las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I, II y IV de las anexas al convenio único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional (convenio de psicotrópicos) y en el ámbito nacional por el procedimiento reglamentario que se establezca". Y por tóxico hay que entender cualquier veneno.

Pero, como la ley comentada es de carácter administrativo, y en ella se dice al referirse a las drogas que los son a efectos de "la presente ley", ello no vincula a los tribunales penales, que podrán tomar si lo desean esas definiciones, pero que no es obligado que lo hagan, teniendo amplio arbitrio en considerar droga aquello que afecte a la salud pública siempre que creen dependencia y tendencia al aumento de la dosis. Y ello es así, porque las normas administrativas no son de obligado cumplimiento para los Tribunales Penales en este caso, como tampoco lo son los acuerdos internacionales mientras no se conviertan en ley penal interna española.

Visto el concepto de droga, como objeto material del delito, hay que examinar la acción que se castiga, y ello nos vendrá dado por el significado de los verbos que el código emplea para comprender todos los actos del ciclo, que va desde el origen de la droga hasta su consumición.

Tales verbos son: "cultivo" o siembra, laboreo y recolección de los vegetales; "fabricación" o transformación de la materia prima en materia consumible; "elaboración" o preparación de la materia consumible para su colocación mercantil; "tenencia", de la que luego hablaré más detenidamente por los problemas jurídicos que acarrea; "venta" o cambio del producto por dinero; "donación" o cesión gratuita; "transporte" o acarreo de la materia de un lugar a otro, es decir, desplazamiento; "tráfico en general" o negocio, comercio o especulación. Junto a estos verbos que definen todas las operaciones del ciclo, el código añade cualquier operación que "de otro modo promueva, favorezca o facilite el uso...", es decir, cualquier clase de actos que promocionen el consumo, o lo hagan más fácil.

Pero hay que hacer, como ya he apuntado, especial referencia al vocablo "tenencia". El problema que plantea es el del alcance de su significado, pues tomado literalmente daría lugar al castigo de todo drogómano, y eso no es lo que pretende ni el código ni los convenios internacionales, que quieren el castigo de los traficantes y la curación del enfermo por causa de la droga. Como dice un conocido penalista español, victimarios y víctimas no pueden ni deben tener el mismo trato penal. En consecuencia, por tenencia habrá que entender, para que sea objeto de una pena, la posesión de drogas, pero con la finalidad de ofrecerla a terceros, con lo que se promueve o facilita el consumo, ya sea mediante precio, ya gratuitamente.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español al decir en su sentencia de 22 de noviembre de 1978, entre otras, "la simple tenencia tiene, en principio, un sentido neutro y equívoco, que desaparece tan pronto como la finalidad o ulterior destino al tráfico, dote a la tenencia de un elemento subjetivo del injusto o que baste para reconocer en la misma (tenencia) lo que es peculiar en todo delito sanitario: el peligro, siquiera sea abstracto, para la salud colectiva". Así, para castigar la tenencia, sigue diciendo esta sentencia: "los Tribunales habrán de indagar, en función de la cantidad y calidad de la droga ocupada, si la disposición del sujeto era la propagación de la misma, mediante el tráfico, sea oneroso o gratuito". De modo que, para que la tenencia se castigue, ha de ser tenencia para el tráfico y no por el propio consumo del que tiene la droga, como ha repetido recientemente el mismo Alto Tribunal en su última sentencia de 29 de enero de 1979.

En su párrafo segundo, el artículo comentado contempla una agravación (la pena de inhabilitación) para el facultativo. Entiendo que es éste un punto que a ustedes, por su condición de asistentes técnicos sanitarios, les debe interesar muy mucho, y por eso conviene que nos detengamos un poco en la interpretación de qué es lo que hemos de entender por facultativos.

Cuando la ley de 15 de noviembre de 1971 se estaba discutiendo en la Comisión de Justicia de las Cortes, procuradores hubo que, como el señor Sierra, propugnaron que, a los facultativos autores de despacho o prescripción de drogas indebidamente, se les impusiera la pena de reclusión mayor a muerte; naturalmente, esta proposición no prosperó, ni tampoco la propuesta de los señores Bonilla, Moya y Navarro de que la inhabilitación fuera perpetua, quedando redactado el artículo 344 tal como se ha visto.

Pero el problema radica ahora en la interpretación que al vocablo "facultativos" debe dársele. No cabe duda de que como a tales debe tenerse a los médicos o veterinarios que los prescriben y a los farmacéuticos que los despachan ilegítimamente. La doctrina actual entiende que también debe incluirse a los demás que, con título sanitario expedido por una facultad, lleven a cabo semejantes actos. Pero ¿y con los mancebos o empleados de farmacia, qué se debe hacer? Se pretendió en la Comisión de Justicia de las Cortes, por el señor Fernández Nieto, su inclusión en la ley, pero a ello se opuso el señor Yagüe por entender que los mismos tienen hoy la denominación de auxiliares sanitarios según la legislación laboral y que, por ello, era innecesaria su inclusión, ya que cabía entenderlos como facultativos. Eso satisfizo a la Comisión, que optó por no incluirlos en la ley, al contrario de lo hecho para la comisión de abortos (artículo 415, párrafo último). Según ello, aunque no merezcan en puridad de principios la denominación de facultativos, los empleados de farmacias o botiquines de centros hospitalarios, según la interpretación que hay que dar a la voluntad del legislador, después de ver la labor legislativa, hay que entender que se han de considerar como tales. No obstante, hay penalistas que no están conformes con ello.

Otro problema es el del amplio arbitrio judicial que se da a los tribunales para la punición de estos actos, y que hace que puedan imponer penas que van desde los seis meses y un día hasta los veinte años. Algunos han entendido que esta amplitud de facultades viola la seguridad jurídica. Ante ello, el magistrado del Tribunal Supremo señor Sáez Jiménez, en fecha relativamente reciente (1974), ha dicho que tal facultad no es discrecional, sino reglada, es decir, que no pueden los tribunales hacer uso de ella como les venga en gana, sino sólo según las reglas que el código penal impone, y que son, teniendo en cuenta las circunstancias de los hechos y del culpable, favorables o adversas, que son las que han de

servir de base al tribunal para usar del arbitrio. Así lo prescriben, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1973 y de 16 de enero de 1974.

De todo ello había de inferirse que los tribunales subirán o bajarán la pena, según la importancia del alijo, la nocividad de la droga ocupada y las circunstancias del reo. Y esto es lógico, pues no merece la misma pena el que vende a bajo precio y para cubrir otras necesidades, pequeñas cantidades de haschís, que quien vende, para hacerse rico, grandes cantidades de heroína.

Teniendo en cuenta las mismas circunstancias, y cuando además los hechos se realicen en locales abiertos al público, pueden ser éstos clausurados de un mes a un año.

Finalmente, el artículo comentado da validez a las sentencias extranjeras en España a los efectos de reincidencia, lo que evidencia el principio de universalidad de la ley penal, en aras a adoptar una política criminal a nivel internacional, que no se realice tan sólo a nivel de acción policial concertada.

Para terminar hay que decir que el Código Penal, en su artículo 348, establece: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor (de 12 años y un día a veinte años), además de las penas pecuniarias (y de inhabilitación) en los respectivos casos."

B) LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

Un famoso penalista alemán ha dicho que "sirve de base a todas las medidas de seguridad el principio ético-social general de que sólo puede participar en forma íntegra en la vida de la comunidad el que se deja dirigir por sus normas. Añadiendo, que toda libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente. El que no es apto para tener esa libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética (como los enfermos mentales) o que a raíz de sus predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos ya no tiene suficiente dominio sobre ella, no puede exigir la plena libertad social".

Siguiendo ese criterio, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970, dice en su preámbulo: "Los ordenamientos contemporáneos, impulsados por la necesidad de defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales, que sin ser, en general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad, han establecido, junto a normas penales propiamente dichas, dirigidas a la sanción, normas nuevas encaminadas a la defensa social." Lo que viene a ser el fundamento de dicha ley y de las medidas que en ella se adoptan, las cuales, sigue diciendo

el referido preámbulo, "tienden a apartar temporalmente de la vida social al peligroso, pero con el fin de darle educación y lograr su readaptación a la sociedad, confiriendo intervención a los órganos jurisdiccionales en la comprobación de los resultados del tratamiento impuesto".

En mérito a esos fines, no por todos aceptados, la ley dispone en su artículo segundo: "Serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes: a), resulten probadamente incluidos en alguno de los supuestos de este artículo, y b), se aprecie en ellos una peligrosidad social."

Esto quiere decir que no basta, en el caso que vamos a contemplar, que una persona sea drogadicta, sino que, además, ha de apreciar en ella el juez, tras no pocas pruebas, una peligrosidad, ya que sin ella la medida no pueda adoptarse.

Los supuestos que la ley contempla de los que a nosotros nos pueden interesar están en los números 7 y 8. A saber:

Núm. 7. "Los ebrios y toxicómanos."

Núm. 8. "Los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas o estupefacientes o fármacos, que produzcan análogos efectos; y los dueños, empresarios, gerentes, administradores o encargados de locales o establecimientos abiertos o no al público, en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegalmente posean las sustancias indicadas."

Las medidas de seguridad y rehabilitación a imponer son, según los artículos 5 y 6:

A los ebrios y toxicómanos: para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las siguientes:

- a) Aislamiento curativo en casas de templanza, hasta su curación.
- b) Tratamiento ambulatorio hasta la curación.
- c) Privación del permiso de conducir o prohibición de obtenerlo por tiempo de 6 meses a 5 años.
- d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados del juez por tiempo de hasta 5 años.
- e) Además, a los toxicómanos, incautación de los efectos tóxicos ocupados, y a los ebrios, prohibición de visitar establecimientos de bebidas hasta 5 años.

A los traficantes o que con su actitud pasiva toleren el tráfico:

- a) Internamiento en un establecimiento de trabajo, hasta cinco años,
- b) Incautación del dinero y efectos procedentes.
- c) Multa de 5.000 a 150.000 pesetas.

C) LEY DE CONTRABANDO Y DEFRAUDACION

Hay que hacer una breve referencia a esta ley, pues aunque con ella no se proteja la salud pública, sino los intereses económicos del Estado, pueden caer bajo su órbita los que trafiquen con drogas.

El artículo 11 de dicha ley (texto refundido de 16 de julio de 1964) dispone que "cuando se trate de efectos o géneros estancos o prohibidos, se incurrirá en infracción de contrabando en los siguientes casos: "...7.º Por la introducción en territorio español. 8.º Por la producción, elaboración, fabricación, comercio, tenencia y circulación dentro del territorio nacional."

El artículo 9 declara que son artículos o géneros prohibidos: "Los que como tales se hallen comprendidos en los aranceles de aduanas."

Y la disposición 8.ª de los aranceles de aduanas, aprobados por Decreto de 30 de mayo de 1960: "Los estupefacientes, cuando no se importan por la restricción del Estado."

Las sanciones que pueden imponerse son: multa proporcionada a la cuantía de la infracción, prisión subsidiaria de hasta 4 años e incautación de los efectos.

II

Como se ha dicho al principio de este trabajo, para que el estudio del delito quede completo, debe hacerse un estudio del aspecto individual y social del delincuente, lo que constituye el objeto de la criminología.

Es por eso que no debo acabar sin hacer unas breves consideraciones criminológicas sobre el uso y tráfico de las drogas, desde la doble vertiente de las causas que influyen en ello y del tratamiento criminológico.

a) Causas

Son éstas principalmente:

- a) La rapidez de las transformaciones sociales que producen una evidente inestabilidad, traducida en una angustia colectiva, manifestada principalmente en la juventud, que crea un gran número de inadaptados sociales, a los que la droga ayuda en la evasión de sus problemas.

- b) Temprana madurez del joven y tardía emancipación económica del mismo a causa, principalmente, del paro juvenil, lo que, en gran manera, contribuye a la inadaptación.
- c) Culto a lo material y desprecio a los valores del espíritu, lo que crea el "hombre-estándar" u hombre masa.
- d) Desunión familiar.
- e) Descontento social y profesional.
- f) Y, sobre todo, la anomia o conflicto de normas, de modo que las personas no pueden orientarse con precisión en su conducta, pues, como consecuencia de la confusión entre tablas de valores opuestos, suelen plantearse conflictos entre los fines culturales y las normas institucionales. Todo ello se debe a que la sociedad crea en los individuos necesidades masivas y, a la vez, les discrimina en cuanto a la oportunidad de satisfacerlas.

b) Tratamiento

- a) Combatir el tráfico y difusión de las drogas en su origen, con todas las armas que la sociedad posee, dirigiendo el peso de la sanción, sin contemplaciones, hacia los grandes negocios que a ello se dedican.
- b) Efectuar campañas de auténtica información con asiduidad por todos los medios de difusión social disponibles y con la crudeza que la veracidad del peligro necesita.
- c) Acabar con las campañas publicitarias que fomenten directa o indirectamente al consumo desmedido en general.
- d) Reestructurar las coordenadas sociopolíticas de nuestra cultura a través de la promoción de una nueva ética, de una nueva forma de vivir, en la que se exalten los valores del espíritu y no los materiales, que ya han demostrado su fracaso.
- e) Promover una auténtica participación del joven en la sociedad.
- f) Averiguar, en cada caso, las causas que inducen al sujeto al consumo para que, a través de su superación, pueda él recuperarse por sí y con la ayuda social debida, mediante una acción más terapéutica que represiva, mediante tres niveles de tratamiento: creación de una personalidad responsable; ayuda al grupo humano capaz de comprenderlos en su situación real; instrucción por personas que sean aptas y dignas de crédito para los adictos, que los conciencien de los peligros de la droga y despierte en ellos campos de interés en la vida.