



COMUNIDAD Y DROGAS
(Monografías)

Precio del ejemplar: 500 pts. (IVA incluido).

Edita y distribuye:
MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO
Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas
Publicaciones, Documentación y Biblioteca
Paseo del Prado, 18-20. 280014 MADRID.

ISBN: 84-7670-092-X.
NIPO: 351-88-001-5.
Depósito Legal: M-16.408-1988

Imprime:
Rumagraf, S. A.
Nicolás Morales, 34. 28019 MADRID

COMUNIDAD Y DROGAS

Director

D. Miguel Solans

Consejo de Redacción

D.ª Pilar Alvarez

D. Carlos Alvarez

D. Jaime Funes

D.ª M.ª Jesús Manovel

D. Ramón Mendoza

D. José Navarro

D. Pedro Oñate

D. Armando Peruga

D. Santiago de Torres

Secretario de Redacción

D. Francisco de Asís Rábago

MAYO 1988

MONOGRAFIA N.º 3

PRESENTACION

- 7 Informe general de las Jornadas.
- 27 Introducción a la criminología de la droga. Alessandro Baratta.
- 45 Política criminal y drogodependencias. Carlos González.
- 59 Aspectos fundamentales de la actual reforma de los delitos de tráfico ilícito de drogas. Juan José Casas.
- 71 La reforma del artículo 344 del Código Penal: Una visión judicial. Juan Alberto Belloch.
- 91 Cumplimiento de la pena en los Centros Penitenciarios. José Antonio García.
- 103 Proceso penal y proceso de recuperación. Jaime Funes.
- 131 *Apéndice:* Ley Orgánica 1/1988 del 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas.

Nota a los colaboradores

Los artículos deberán dirigirse a: Secretario de Redacción de COMUNIDAD Y DROGAS. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Ministerio de Sanidad y Consumo. Paseo del Padre, 18-20. 28014 MADRID.

Los artículos se enviarán mecanografiados a doble espacio, por un solo lado, sin exceder de 40 folios. Se enviará también un resumen de 8-10 líneas de extensión. Las notas se mecanografiarán a un solo espacio, numeradas y colocadas, bien a pie de página, bien al final del artículo.

Los artículos serán inéditos, de forma preferente; en caso de no ser así, se hará constar lugar y fecha de publicación.

El nombre y un breve «currículum» del autor deberán ir mecanografiados en hoja aparte.

La responsabilidad por las
opiniones expresadas en los
artículos publicados por
COMUNIDAD Y DROGAS recae
únicamente sobre sus autores.

Presentación

5

En julio de 1985, tras ser aprobado por el Consejo de Ministros, el Plan Nacional sobre Drogas planteaba ya como prioridad la reforma del Código Penal en lo que atañe al tráfico ilegal de esas sustancias.

La grave problemática relacionada con dicho asunto había provocado, en los últimos años, fuertes reacciones de la opinión pública española en solicitud de un endurecimiento de las penas sancionadoras de tales conductas. Simultáneamente se estaba produciendo una demanda similar en países de nuestro entorno geográfico en relación con la aparición de nuevas figuras delictivas, lo que recomendaba una adaptación de la legislación vigente.

Así pues, con el objetivo de favorecer la prevención de las drogodependencias mediante el incremento de la amenaza penal a determinados comportamientos, inductores en mayor o menor medida del consumo de drogas, se inició el diseño de la reforma demandada.

Quienes eran responsables de la elaboración del proyecto partían, no obstante, de una premisa evidente: la intervención penal en este campo constituía sólo una de las medidas a utilizar para lograr finalidades preventivas. En justa correspondencia con tal criterio comenzaban a desarrollarse por aquel entonces, también en el marco del Plan Nacional sobre Drogas, otras fórmulas distintas a efectos de evitar el consumo de drogas y de disminuir la problemática que el mismo estaba planteando a determinados sectores de nuestra sociedad, señaladamente al colectivo más joven de la misma.

Pese a tal enfoque, con la aparición de los primeros borradores empezaron a aflorar críticas al contenido de la reforma. En concreto, ciertos sectores consideraban que determinados aspectos del proyecto podían vulnerar principios generales del Derecho Penal como el de intervención mínima o el de proporcionalidad. Por otra parte aparecían como poco deseables preceptos que, en opinión de algunos, contenían peligrosas cláusulas abiertas de incriminación.

El debate había comenzado y a lo largo de los dos últimos años ha venido provocando un intenso intercambio de pareceres y criterios entre los diversos grupos y estamentos que, de una u otra forma, resultan afectados por la norma.

El Plan Nacional sobre Drogas no ha sido ajeno a esta preocupación y, en tal sentido, ha participado activamente en la reflexión conjunta en torno al contenido y alcance de la reforma señalada.

No obstante, a partir de un momento dado, consideró imprescindible contribuir a la clarificación de interrogantes, dudas y objeciones que se venían suscitando tanto en el ámbito de los profesionales de la asistencia a personas con drogodependencias como desde las propias esferas de los especialistas de la ciencia jurídica.

La consecuencia de tal disposición fue la organización de las jornadas que constituyen el contenido del presente número del «Comunidad y Drogas». Tuvieron como objetivo suscitar los problemas que se estaban planteando, facilitando —en un mismo foro— la expresión del más amplio abanico de planteamientos, en algunos casos enfrentados, de manera que se pudiesen afianzar los logros de la reforma y salvar sus posibles insuficiencias. Se trataba, en definitiva, de «espumar» estrategias que colaborasen a que la nueva redacción del Código Penal constituyera un instrumento eficaz para la consecución de las finalidades perseguidas.

Aunque, pensándolo mejor, quizás ello no fuera sino el pretexto. Tal vez, en aquel momento, nuestra intención se dirigiera más a proporcionar un foro para la discusión a todos aquellos expertos cuyas actuaciones pueden llegar a encontrarse cuando una persona que consume habitualmente drogas, y que por ello plantea una problemática específica, comete un hecho delictivo.

Los resultados de este primer intento nos parecen suficientes. Constituyen, creemos, un buen comienzo. Nuestro deseo es, por tanto, mantener abierto ese lugar de encuentro en la medida en que los problemas sigan existiendo y habida cuenta también de que, sin que se produzca esa concurrencia necesaria entre los interesados, no podrán evitarse ni las lagunas ni las duplicidades en la atención dispensada. Tampoco podrá alcanzarse, sin la convergencia institucional y la coordinación indispensable entre los expertos, la eficacia deseada en las distintas actuaciones. En ello estamos.

Informe general de las Jornadas

APROXIMACIONES

En 1983 se abordó la puesta al día, adaptándolo a la nueva situación constitucional española, de nuestro viejo Código Penal. Aquella reforma —urgente y parcial, como se dice en el enunciado de la Ley Orgánica que la instrumentó— tuvo un alcance general precisamente por tratarse de una revisión del texto completo. Por lo que atañe a la regulación del problema del tráfico ilícito de drogas, se modificó con aquella ocasión el artículo 344 del Código Penal, con la intención, sobre todo, de «suprimir los más graves defectos que presenta». Es decir, que la regulación normativa efectuada en 1983 con respecto al tráfico de drogas no fue fruto de una reflexión monográfica sobre el problema, sino que se insertaba en un contexto mucho más amplio y ambicioso.

La experiencia obtenida de la aplicación de las nuevas disposiciones, así como la consideración de los datos emergentes sobre el desarrollo y extensión que en estos últimos años ha caracterizado la variada problemática del consumo y tráfico de sustancias tóxicas dieron lugar a que, en 1985, cuando fue puesto en marcha el Plan Nacional sobre Drogas, se suscitase la necesidad de estudiar una nueva modificación normativa que tuviese en cuenta todas las circunstancias expuestas y que, además, recogiese las directrices y orientaciones que sobre el problema de las drogas se estaban elaborando por Naciones Unidas. Así es como se gestó la reforma que ahora está a punto de ser aprobada por las Cortes, cuyo contenido y alcance han dado origen a múltiples debates desde diversos sectores de la sociedad.

Tales circunstancias y el interés indudable que revisten las modificaciones que se proyectan dieron lugar a que se pensase en la conveniencia y oportunidad de organizar una reunión donde se recogiesen opiniones, preocupaciones y propuestas de los diferentes sectores implicados. En consecuencia, por parte de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en colaboración con el Ministerio de Justicia, se decidió la organización de unas jornadas sobre modificaciones penales y atención de personas con drogodependencias, las cuales tuvieron lugar en Madrid los días 14 y 15 de diciembre de 1987. En ellas participaron, en calidad de ponentes y por orden de intervención, Alessandro Baratta, catedrático de Derecho Penal y director del Instituto de Filosofía Social y Jurídica de la Universidad de Saarbrücken (R.F.A.); Carlos González Zorrilla, profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona; Juan José Casas Nombela, asesor ejecutivo del Ministro de Justicia; Juan Alberto Belloch Julbe, magistrado y presidente de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya; José Antonio García Marijuán, inspector de la Dirección General de Instituciones Pe-

nitenciarías y Jaime Funes Artiaga, asesor técnico de la Dirección General de Tutela y Protección del Menor, del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

La sesión de apertura fue presidida por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Miguel Solans y por el Director General de Instituciones Penitenciarias, Andrés Márquez. Solans, realizó un esbozo de las actuaciones realizadas en el seno de la Delegación del Gobierno desde la aprobación del Plan y dio cuenta de los antecedentes que subyacen a las modificaciones penales que se avecinan.

8 Otras cuestiones previas fueron también tratadas en la sesión de apertura por el Director General de Instituciones Penitenciarias, Andrés Márquez, así como por Santiago de Torres, Jefe del Gabinete Técnico de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. El primero señaló la interrelación de factores que se produce en este campo, por lo que la reforma no podía acometer sólo la represión del tráfico de drogas con olvido de los aspectos referentes al tratamiento rehabilitador de aquellos infractores de normas penales que llegan a la delincuencia precisamente por ser consumidores habituales de dichas sustancias. A su vez, el señor de Torres apuntó que las repercusiones que esta modificación va a tener en sectores institucionales y profesionales variados (instituciones penitenciarias, jueces, terapeutas, abogados, etc.), así como la necesidad de abrir vías de conexión entre ellos, están en la base de la motivación que llevó a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y al Ministerio de Justicia a organizar conjuntamente una reunión en la que todos estos aspectos se valoraran y se tuvieran en cuenta con el fin de diseñar actuaciones de cara al futuro. «Será preciso —finalizó Santiago de Torres— que muchos profesionales de la asistencia modifiquen sus criterios terapéuticos, rompiendo la dicotomía existente entre la atención dispensada a drogodependientes con problemas penales o sin ellos..., así como buscar fórmulas para trabajar de forma más coordinada y desde diferentes ámbitos profesionales... y, por lo que respecta a los centros, decidir qué tratamientos van a ser los adecuados, de qué forma se van a distribuir los recursos y de qué manera se va a realizar la conexión indispensable con jueces e instituciones penitenciarias.»

Estuvo también presente en la sesión de apertura Joaquín Ruiz Jiménez, Defensor del Pueblo, el cual dejó constancia con sus palabras de la enorme preocupación que existe en la institución que representa ante esos «vasos comunicantes» que son el desempleo, el tráfico de drogas y la violencia. Manifestó que esperaba que de la discusión se alumbraran vías para caminar hacia la rehabilitación de los jóvenes afectados por la adicción a las drogas, ya que la mayor parte de las quejas que se cursan al Defensor del Pueblo en relación con este problema corresponden a las angustiadas familias de los muchachos y se refieren a la insuficiencia de centros adecuados.

La composición diversa de los asistentes a las jornadas terminó de conformar el caldo de cultivo favorable al debate que los organizadores habían buscado: teóricos del derecho penal, representantes del Ministerio de Justi-

cia, de instituciones penitenciarias, de los jueces y de los terapeutas, así como de organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo se reunieron con el objetivo de dialogar y formular propuestas que contribuyesen a reforzar los logros y a salvar las posibles deficiencias de las modificaciones penales próximas a ser aprobadas por el Parlamento. Así se hizo y esta es la pequeña historia de lo que allí aconteció.

EL LUJO TEORICO: CONTEMPLAR EL BOSQUE

Se admite generalmente la conveniencia de combatir el «problema de la droga» mediante la criminalización de las conductas del tráfico y, en muchas ocasiones, del consumo de determinadas sustancias consideradas tóxicas y declaradas ilegales. Hay, sin embargo, quien se pregunta si es eficaz la aplicación del Derecho Penal a estos efectos.

En estas jornadas estuvo representada esta fracción minoritaria en dos de las ponencias, las de los profesores de Derecho Penal, Alessandro Baratta y Carlos González Zorrilla. Ambos solicitaron de los asistentes que se olvidaran momentáneamente de su quehacer concreto diario, que se distanciasen de la problemática inmediata para lograr verla con perspectiva, y analizar así si, con la política actualmente diseñada, se está yendo o no por el camino acertado.

9

Partiendo de una hipótesis: «que la actual política de criminalización de ciertas drogas constituye un sistema cerrado que se reproduce ideológica y materialmente» desarrolló el profesor Baratta su exposición. En este sistema cerrado o círculo de drogas todos los actores —menos uno, los propios drogadictos— comparten una misma visión del problema, generalizándose así un consenso que mantiene el *status quo* y que consolida la reproducción ideológica del sistema. Por reproducción material entiende Baratta aquel proceso mediante el cual primero se crea una imagen y, con posterioridad, la propia realidad se va modificando hasta ajustarse a la imagen previamente diseñada. Así la imagen del consumidor que, por serlo, es dependiente, marginado, delincuente y no curable, cada día se consolida más en la realidad del consumidor, cuando se conoce científicamente que el consumo no tiene por qué llevar asociados esa serie de atributos negativos. El carácter autorreproductor del sistema se revela también para el ponente en la distinción entre efectos primarios (los derivados de la ingestión de sustancias) y secundarios (los debidos a la criminalización), llegándose a confundir ambos y enunciándose como primarios efectos tales como la ansiedad, los trastornos de personalidad, el aislamiento, etc.

Hizo Baratta a continuación un balance que propuso a la reflexión de los asistentes del fracaso de la política de criminalización (mayor índice de consumo, acumulación de capital en manos desaprensivas, encarcelamiento, sobre todo, de consumidores) y de su éxito (circulación ilegal de mercancías y capital, control político de contraculturas, y control de Estados Unidos sobre otros países del Tercer Mundo).

Para salir del círculo, Baratta propuso abandonar los puntos de vista del

sistema cerrado y contemplarlo desde el exterior para poder verlo como es. Es una condición —dijo— para «liberar las cárceles del pensamiento». La política actual tiene su centro en el sistema y, por tanto, trata de conservarlo. Una política alternativa, cuyo principio no sea la represión sino la curación, tendría en su centro al hombre y a su perfección se dirigiría. Como propuestas alternativas, mencionó el ponente algunas: eliminación parcial de un sistema de control que considera ineficaz y de graves efectos negativos; fomento pasivo de los sistemas informativos, educativos y terapéutico-asistenciales; control de calidad de las sustancias; prohibición de su suministro a menores y de su publicidad; control de la producción y comercialización; establecimiento de nuevas relaciones internacionales entre iguales; incentivar la creación de políticas agrícolas alternativas para los países productores. Todas ellas serían tareas —concluyó Alessandro Baratta— destinadas a proyectar «una sociedad más justa y humana que no produzca demanda para eludirla, sino para vivirla».

10 Por su parte, Carlos González Zorrilla realizó un repaso de la evolución que la legislación penal sobre drogas ha tenido en España a partir de la ley de 1971, la cual en su opinión, presentaba un gran número de deficiencias que la reforma del 83 intentó paliar. Manifestó González que ésta supuso un intento de racionalización normativa y que sus mejores principios están siendo amenazados con la reforma que se proyecta en la actualidad. Opina que la necesidad de la misma ha sido provocada por las presiones, tanto internacionales como de la opinión pública y de los partidos políticos, dado que la reforma del 83 fue presentada por los medios de comunicación nacionales y extranjeros como una despenalización de las drogas. Dijo el ponente que la propuesta de endurecimiento ha venido acompañada de una cierta crispación en el discurso legitimador de la opción criminalizadora. Se afirma que ésta es necesaria por diversas razones. La primera se refiere al aumento del tráfico y del consumo, a lo que se responde con medidas penales, lo que para el ponente, no sólo no resuelve el problema, sino que lo agrava; con respecto a los consumidores, porque su número no decrece y sí en cambio aumentan sus niveles de marginación y deterioro; con respecto a la población considerada como normal porque la criminalización conlleva una opción tranquilizadora: si se trata de un mal externo no es preciso interrogarse sobre los factores que influyen en la demanda y sobre las carencias sociales que pone de relieve finalmente, por lo que se refiere al tráfico, la penalización aumenta los precios, hace que se adulteren las sustancias, el encarcelamiento se produce sobre todo entre pequeños delincuentes drogadictos y está propiciando uno de los negocios más fabulosos del mundo. Otra razón por la que se considera necesaria la penalización es porque hay que transmitir un mensaje pedagógico a la sociedad de oposición a las drogas. A este argumento González adujo que lo que en realidad se consigue con ello es aislar cada vez más a una parte de la población sobre la que se concentra la responsabilidad de todo lo negativo, fortaleciendo la conciencia común de rechazo de los de fuera y obstaculizando la integración de los afectados. Se alega, en fin, que el sistema penal debe aparecer como protector de bienes jurídicos, en este caso la salud pública, a lo que el ponente arguye que ello debe ser así pero siempre con los límites que el propio Derecho establece

como es el respeto a los principios generales que lo informan, los cuales, a su juicio, se están vulnerando en la norma proyectada.

Terminó Carlos González su intervención realizando algunas propuestas alternativas encaminadas a obtener una nueva racionalidad en la intervención institucional sobre el fenómeno de las drogas, cuyo primer objetivo debería ser —dijo— «la lucha contra la necesidad de represión de las drogas, único camino para luchar a largo plazo y con alguna esperanza de éxito contra la necesidad del consumo de drogas».

Tuvo lugar, rápidamente, un intenso coloquio, del que, con riesgo de omitir alguna intervención de interés, se hace a continuación una breve síntesis. El Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Miguel Solans, tomó la palabra para puntualizar que las manifestaciones efectuadas en el desarrollo de las dos ponencias anteriores no hacen sino poner de relieve que el Plan acoge el debate abierto, cualquiera que sea el posicionamiento mantenido por quienes lo protagonizan en torno a la problemática derivada del consumo de drogas y con independencia de que el mismo sea compartido por los diferentes sectores que en él participan.

Intervino seguidamente León Buil Guiral, diputado por Zaragoza, perteneciente al CDS, quien manifestó compartir cuanto se había dicho por los ponentes, salvo que la penalización sea determinante de conductas criminales. Destacó, asimismo, un aspecto que le parece muy importante, cual es el paralelismo que existe entre la subcultura de los drogadictos y la marginalidad de los países productores de drogas, lo que pone de relieve con claridad posturas de dominio.

Carlos Granados, juez del Juzgado n.º 10 de Madrid, defendió la necesidad de una reforma del Código Penal en esta materia, debido al fracaso, según su propia experiencia, de la anterior legislación. Lo que es preciso —dijo— es que ahora se aplique, porque hasta el momento y con respecto al tráfico, opina que se está haciendo muy poco; resulta paradójico que, cuando casi todos los detenidos que pasan por el Juzgado son drogodelincuentes, no se vea una labor eficaz para impedir la entrada de la droga en España. Afirmó que únicamente quince funcionarios se dedican a ello en la Brigada de Estupefacientes. Realizó también algunas críticas al proyecto, tales como que se establezca el requisito de no ser reincidente para beneficiarse de la remisión condicional, cuando prácticamente todos los que pasan por el Juzgado lo son. Y, por fin, pidió que se le informara de dónde se encuentran las instituciones terapéuticas, dónde los centros de tratamiento, pues la mayoría de las veces no se puede satisfacer la demanda de las familias y de los propios interesados porque no hay, o no se conocen, servicios de atención hacia los que orientar a los afectados.

Por su parte, José Miguel Zugaldía, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada, preguntó a los ponentes si la alternativa descriminalizadora que proponen constituye un *desideratum* o una receta para la actuación inmediata. Carlos González repuso que, en su opinión, su propuesta, o

una parecida, debería ser el horizonte de las actuaciones presentes. No cree que pueda materializarse de forma inmediata; más bien, debería ser consecuencia de un proceso. Pero, cuando menos —dijo—, no debería caminarse en sentido contrario.

Eugenio López, presidente de la Unión Nacional de Asociaciones para la Asistencia de Toxicómanos, manifestó que, sin perjuicio de compartir el criterio de que es la propia sociedad la que genera el fenómeno de las drogodependencias, el debate debería situarse en términos más concretos, tales como si la reforma mejora o no la situación anterior. A su juicio, el proyecto tiene evidentes aciertos, pues considera que el delito de tráfico de drogas es más grave que el de homicidio. No obstante, efectuó una crítica a los requisitos exigidos para poder beneficiarse de la remisión condicional de la pena prevista en el artículo 93 bis. En tal sentido, considera que la pena máxima de dos años es un techo excesivamente bajo y que no debería excluirse a los reincidentes.

12 Intervino seguidamente César Huidobro, diputado por Burgos perteneciente a Alianza Popular, para afirmar su abierta oposición a lo manifestado por los ponentes. Añadió que la reforma se había quedado corta; que los ponentes, defendiendo la libertad, se habían olvidado de la seguridad y del respeto de las normas comunes; y que al defender y ponerse del lado del círculo pequeño de los drogadictos se habían olvidado del grande, que es la sociedad entera.

Domingo Comas, presidente de la Asociación «Grupo Interdisciplinario sobre Drogas», puntualizó a continuación que la reforma no penaliza el consumo, ya que los cambios se refieren únicamente al tráfico de drogas. Preguntó a los ponentes si, en su opinión, la liberalización del tráfico modificaría positivamente la situación de la población afectada por drogodependencias. En su opinión, la experiencia derivada de los tratamientos de deshabitación con metadona permite, por lo que respecta a España, formular una hipótesis (que es lo único que ha sido manejado por los ponentes) en sentido opuesto: en líneas generales, las personas sometidas a este tipo de tratamiento no han modificado positivamente su conducta. Antes de realizar propuestas tan radicales —terminó el Sr. Comas— deberían llevarse a cabo estudios empíricos sobre realidades contrastables.

M.^a Luisa Maqueda, profesora de Derecho Penal de la Universidad de Granada, afirmó, por su parte, que la reforma le parece insuficiente: es más restrictiva que la regulación anterior y sus disposiciones no han contemplado con seriedad la problemática derivada del uso de drogas. Según la interviente, el peso de la punición va a seguir recayendo sobre el pequeño traficante-consumidor, por mucho que se diga que el proyecto trata de perseguir al gran traficante. Lo mismo ocurre, a su juicio, con la posibilidad de remisión condicional: ¿por qué el límite de los dos años?, ¿por qué excluir a los reincidentes?

Antonio Falcón, coordinador del Plan Nacional sobre Drogas en la Comu-

nidad Autónoma de Andalucía, comenzó diciendo que él tampoco cree que con la represión se consiga resolver el problema, pues más represión que en la calle hay en la cárcel y allí la droga circula abundantemente. No obstante, le parece que el contenido de las dos ponencias desarrolladas constituye una abstracción de la realidad. Opina que con la experiencia holandesa de despenalización del hachís creció el consumo de heroína y, por lo que respecta a la experiencia de Andalucía con el desarrollo de tratamientos de deshabituación con metadona, cabe señalar que de las treinta y cuatro personas fallecidas recientemente por consumo de drogas, dieciséis se encontraban bajo dicho tratamiento. Introdujo, además, en el debate un aspecto nuevo del problema y es que, en su opinión, éste ya no es solamente sanitario y social, sino fundamentalmente político. Es un problema que las instituciones no acaban de resolver y, por tanto —razonó—, se produce una pérdida de fe en las mismas por parte de la población. Como consecuencia, se está poniendo en cuestión todo el sistema de convivencia social; un dato es el que se esté volviendo a sistemas primitivos de organización colectiva, como las patrullas de barrio, por ejemplo. Ello es lo que puede justificar —concluyó Antonio Falcón— que ante la demanda de la opinión pública un Gobierno o un Parlamento traten de reforzar la presencia pública en este asunto.

13

A continuación intervino Alvaro Cuesta, representante del PSOE, quien comenzó diciendo que, a veces, el legislador corre el riesgo de distanciarse de la realidad, por lo que le han parecido muy positivos los elementos de reflexión ofrecidos por Alessandro Baratta y Carlos González. Cuestionó, sin embargo, la afirmación de que la penalización sea un elemento criminógeno, así como la relativa a las implicaciones de algún sector de la policía con el tráfico de drogas. Por lo que se refiere al contenido del proyecto, opinó que el agravamiento de las penas puede ser muy bien un instrumento eficaz para la represión del gran tráfico y, por lo que respecta al artículo 93 bis, cree que algunas de las críticas que se han formulado a su redacción son muy positivas y que deberían ser estudiadas para, en su caso, introducirlas en el proyecto, pero siempre estableciendo garantías que eviten la vía del fraude de ley.

El delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Miguel Solans, tomó la palabra para matizar algunas de las afirmaciones formuladas. Con respecto a la intervención de Carlos González, afirmó Solans que no ha existido presión internacional para que se reformase la legislación española en esta materia; señaló que tampoco han existido presiones por parte de las coordinadoras de barrio, ya que el proyecto se estaba redactando antes incluso de la constitución de éstas; y aseguró que tampoco respondían a la realidad las insinuaciones de corrupción entre miembros de la policía. Con respecto a la intervención del juez Granados, Solans proporcionó datos confirmatorios de que España es el país que más droga decomisa y aclaró que los quince funcionarios a los que se había referido Granados en su intervención son de información y no personal operativo, de los que, lógicamente, existe un número más elevado. Añadió, por último, que sí se está deteniendo a grandes traficantes; tal hecho queda demostrado por las características de los decomisos que se vienen efectuando.

El profesor Baratta señaló, al hilo de la objeción formulada de hacer abstracción de la realidad, que es la realidad la que se ha hecho abstracta al hablar con excesivo ardor del problema de la droga. Porque, ¿qué es la droga y cuál su problema? A su modo de ver, éste no es sino la sustancia y su afectación a la salud; sin embargo, de eso no se habla. Los valores dominantes —dijo— están manipulados por los intereses, lo que se demuestra por la diferenciación que existe entre el tratamiento de drogas lícitas e ilícitas; la publicidad del tabaco, por ejemplo, le parece agresiva. Cree Baratta que el problema de la droga es tan real e importante que no debe afrontarse a través de un sistema que no es eficaz ni adecuado, que es abstracto con respecto a la realidad misma. Con relación a una hipotética legalización de la droga, manifestó que no la ve como solución del problema, sino como el inicio de una remoción de obstáculos para una acción verdaderamente eficaz. Dijo, por último, que la opción criminalizadora compromete la confianza en los ciudadanos y recordó que la despenalización del alcohol en Estados Unidos tuvo lugar precisamente por este argumento.

14

Carlos González, por su parte, replicó diciendo que dudaba seriamente de que la criminalización de las conductas vaya dirigida, en efecto, contra los grandes traficantes. Estos —dijo— serían los últimos que se mostrarían de acuerdo con una supuesta legalización de las drogas. Con respecto a la afirmación de estar barajando meras hipótesis, señaló González la dificultad de presentar trabajos empíricos sin que exista la realidad de la despenalización. Añadió, finalmente, que le parecía de utilidad recordar los términos en que se produjo el debate sobre la despenalización de determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo. Por entonces, él se mostraba de acuerdo con las argumentaciones defendidas por el Gobierno, que, en esencia, constaban de dos elementos: en primer término, que el aborto se estaba realizando en situaciones que ponían en grave peligro la vida de la persona; y, en segundo lugar, que la penalización jugaba sólo en contra de los sectores más débiles de la sociedad. No juzgó oportuno realizar más comentarios para resaltar el paralelismo de las situaciones.

LA SERVIDUMBRE DE LA PRAXIS: ARBOLES ENFERMOS

Juan José Casas Nombela, asesor ejecutivo del ministro de Justicia, asumió la defensa del proyecto de ley, centrando su intervención fundamentalmente en la explicación de las razones por las cuales el Gobierno decidió acometer la reforma y en cuáles son su contenido y los objetivos que se pretenden conseguir con ella.

Entre las razones que citó como determinantes para abordar la modificación, destacan el incremento de la presencia de drogas en circulación, la mayor repercusión informativa con respecto a los problemas derivados del uso de drogas, la detección en España de personas conocidas como responsables de organizaciones internacionales del narcotráfico y la imputación de consecuencias negativas a la reforma legislativa anterior. Tales hechos —argumentó Casas— contribuyeron a crear una conciencia pública, nacional e

internacional, en el sentido de considerar que la lenidad de nuestra legislación estaba causando graves perjuicios tanto en España como allende nuestras fronteras.

Con respecto a qué es la reforma y qué se quiere conseguir con ella, el ponente citó tres objetivos fundamentales de la misma: la persecución del gran traficante, con penas de hasta 23 años de prisión y multas de hasta 225 millones de pesetas; el ofrecimiento para el drogodelincuente de una alternativa a la prisión, cuál es la aplicación del beneficio de la remisión condicional; y un intento de aproximación con la pena a la delincuencia de cuello blanco, atacando la derivación del beneficio económico del tráfico de drogas, aunque el beneficiario no haya tenido que ver con el tráfico mismo. Le parece al ponente que esta última es una novedad importantísima y muy avanzada, pues permitirá a la Fiscalía Especial para la represión del tráfico ilegal de drogas investigar la situación económica, patrimonial y financiera de cualquier persona física o jurídica de la que se sospeche pudiera estar implicada en el tráfico o ser beneficiaria de él.

15

Se refirió a continuación a las críticas que se han formulado al proyecto, las cuales inciden, sobre todo, en la forma en que está concebido el artículo 93 bis, y se refieren, por una parte, a que no incorpora nada nuevo respecto de disposiciones anteriores y, por otra, a la angostura de la fórmula que se propone para aplicarlo. A la primera objeción, Casas adujo que la nueva formulación significa nada menos que la introducción por primera vez en el Código Penal de un mecanismo similar al del *probation*, que tantas veces se había reclamado para nuestra legislación penal. Y con respecto a la segunda, referida a la limitación del beneficio de la remisión condicional a condenados a penas de hasta dos años, objetó que el juez ha tenido, antes de fijar el *quantum* de la condena, la posibilidad de aplicar las circunstancias atenuantes, por lo que, a su juicio, pueden encontrarse vías de ampliación, según las circunstancias.

Terminó Juan José Casas su intervención diciendo que la reforma le parece razonable, en la medida en que las normas penales contribuyan a alcanzar los objetivos para las que fueron previstas.

El coloquio abierto a continuación lo inició Eugenio López, presidente de la Unión Nacional de Asociaciones para la Asistencia de Toxicómanos, el cual subrayó la preocupación que existe entre las asociaciones por él representadas en torno al mantenimiento en el artículo 93 bis de la ley del límite de los dos años para poder beneficiarse de la remisión condicional de la pena. Es un hecho —dijo— que tal requisito no va a permitir que puedan gozar de dicho beneficio la mayor parte de heroinómanos o cocainómanos que tengan problemas judiciales. Casas repuso a la mencionada objeción que la ampliación del período daría oportunidad de disfrutar de la medida a personas causantes de un delito con lesiones graves, preguntándose si la sensibilidad social aceptaría dicha posibilidad legal.

César Huidobro, diputado por Burgos y perteneciente a Alianza Popular,

se mostró en desacuerdo con respecto a que el contexto sea ahora diferente del que existía en el momento de la reforma del 83. Era fácil, a su juicio, prever entonces que aquella legislación iba a ser preciso modificarla por su lenidad. Por otra parte, solicitó que se debatiera sobre lo pernicioso que es el consumo de drogas, ya que es en tal discusión donde alcanza su total sentido la represión del tráfico.

Víctor Herrero, representante de la Comisión de Asistencia Social de La Rioja, intervino para resaltar la importancia que, a su juicio, reviste el que se potencien al máximo los recursos existentes y que se creen otros nuevos para la atención de los consumidores, ya que ellos y sus familias son las principales víctimas de este problema. Destacó, a estos efectos, la labor que están realizando las Comisiones de Asistencia Social dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con las que colaboran todas las instituciones.

León Bull, diputado por Zaragoza perteneciente al CDS, recordó que su grupo parlamentario presentó varias enmiendas al proyecto porque discrepaba de la bondad de la reforma que se propone, ya que no sólo se aumentan las penas para la represión del tráfico, sino que también se aumenta la inseguridad jurídica, al incluirse una cláusula de incriminación indeterminada. Tampoco le parece afortunado limitar el beneficio de la remisión condicional a los condenados con penas máximas de hasta dos años, opinando que, puesto que el beneficio es potestativo del juez, la facultad debería poder extenderse a un mayor lapso de tiempo.

Abundó en comentarios sobre lo inadecuado de establecer el límite de los dos años José Miguel Zugaldía, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada, quien manifestó no entender por qué no se modifica tal extremo. Preguntó, en otro orden de cosas, cómo debe interpretarse el requisito de la no reincidencia y el de no haber gozado antes del beneficio de la remisión condicional de la pena.

El profesor Baratta, por su parte, inquirió al ponente si, además de los medios de comunicación y de la información de la policía, se contaba con otros indicadores para afirmar que se está ante una escalada del consumo y tráfico de drogas.

Carlos González insistió en que la solución al problema debería buscarse fuera del sistema penal, porque éste, a su juicio, puede restar, en lugar de sumar, en la tarea de acabar con el mismo. Con respecto al artículo 93 bis, preguntó por qué se da un tratamiento diferente a los delincuentes toxicómanos. En su opinión, esta respuesta sectorizada puede generar efectos perversos.

Intervino Juan José Casas cerrando el coloquio y en turno de réplica, insistiendo en la consideración de este proyecto como razonable. Admitió que tiene lagunas y defectos, pero opinó que éstos no son ostentosos porque hubieran sido enmendados. Se mostró de acuerdo con González en que no pue-

de hacerse de peor condición a un delincuente común con respecto al toxicómano, y también con Baratta en relación a la escasa fiabilidad de los indicadores, pero piensa que sí es posible con ellos conjeturar razonablemente acerca de la realidad expresada.

Juan Alberto Belloch inició su ponencia a continuación, apuntando, en primer lugar, algunos de los problemas que con la reforma habida en el 83 se les planteaba a los jueces en su práctica profesional, los cuales aconsejaban plantearse una reforma de la normativa citada. Sin embargo, al analizar la alternativa que se propone, opinó Belloch que, si bien algunos de los antiguos problemas van a resolverse, se ponen de manifiesto deficiencias que deberían haber sido subsanadas aprovechando esta oportunidad. Parece que la intención fundamental del legislador —continuó el ponente— al abordar esta modificación ha sido incrementar fuertemente las penas, llegándose a extremos a su juicio excesivos. Le parece preocupante, además, que este agravamiento no se haya conjugado con el otorgamiento al juez de la facultad de reducir la pena en determinadas circunstancias. Piensa que la reforma satisface las demandas de la opinión pública con respecto al tráfico, pero opina también que la población demandaba —facilita datos de encuestas— una mayor y mejor atención a los drogodependientes, así como que los consumidores delincuentes no fueran enviados a la cárcel, sino a centros de rehabilitación. Belloch se preguntó acerca de que si se trataba en la reforma de dar satisfacción a la demanda social, por qué sólo se ha atendido una parte de ella, y precisamente aquella que se refiere a la función represora. En su opinión, contrasta la extensión de la regulación para reprimir el tráfico con la sobriedad y brevedad de las previsiones del proyecto en materia del tratamiento jurídico-penal del drogodelincuente, que el ponente consideró escasas. Criticó el límite de los dos años y las excesivas salvaguardias para la aplicación de la remisión condicional, como es el requisito de la no reincidencia, el cual, de permanecer en la ley que se apruebe, impedirá de hecho, según su propia experiencia, aplicar tal beneficio. En otro orden de cosas, juzgó muy acertado que se haya introducido en el proyecto la necesidad de que el centro en el que se lleve a cabo el tratamiento sustitutorio se encuentre homologado, lo que permitirá tener la seguridad de que el establecimiento en cuestión va a reunir una serie de requisitos imprescindibles por haber existido previamente un control administrativo. Valoró también positivamente las novedades que se introducen en cuanto a la persecución de los beneficios económicos derivados del tráfico de drogas.

Resumiendo, a Juan Alberto Belloch le parece que esta reforma va a resolver algunos problemas, pero que dejará otros muchos pendientes, cual es el, a su juicio, muy grave, de la imposibilidad de ofrecer en muchas ocasiones tratamientos adecuados, lo que originará que el juez se encuentre sin posibilidad de respuesta con respecto a los tremendos dramas humanos que se ven a diario en las salas de justicia.

Abrió el coloquio M.^a Luisa Maqueda, profesora de Derecho Penal de la Universidad de Granada, opinando que existen en la regulación del artículo 93 bis varias lagunas e imprecisiones, como, por ejemplo, qué ocurrirá cuando

al finalizar el plazo que decreta el juez para la suspensión de la pena el sometido a tratamiento no se encuentre todavía rehabilitado. Inquirió también sobre quién deberá determinar si el paciente ha abandonado o no el tratamiento, teniendo en cuenta que muchos terapeutas opinan que el abandono forma, muchas veces, parte del proceso normal de recuperación. Por otra parte, consideró que sería interesante introducir un precepto que previera, asimismo, formas alternativas a la prisión preventiva. Finalmente, se interesó sobre si existirá la posibilidad de realizar tratamientos ambulatorios que puedan ser también considerados sustitutorios del cumplimiento de la pena.

Jaime Funes planteó la desconexión que existe entre el sistema penal y el terapéutico, problema que, a su juicio, deberá resolverse como condición previa para que pueda tener alguna posibilidad de éxito la recuperación. A continuación formuló una triple pregunta acerca de si el sistema judicial podría aceptar: a) que el problema de la droga no es siempre un problema de deshabitación; b) que la recuperación fuera de las cárceles no es sólo un problema de centros, sino de recursos en general; y c) que es preferible no hablar de tratamientos, sino de programas completos de recuperación, los cuales incluyen etapas sin tratamiento y fases de consumo.

18

El profesor Baratta opinó que la demanda social medida a través de encuestas constituye una ilusión. Son respuestas aisladas —dijo— de individuos aislados. Entre el legislador y la sociedad no existe la comunicación política de base que sería necesaria para poder interpretar las necesidades reales de los ciudadanos.

A continuación, Santiago de Torres abogó en favor de la colaboración general. Desde el sistema terapéutico se estaba solicitando del judicial mayor definición y homogeneidad, cuando los propios terapeutas tendrían que hacer también un esfuerzo serio en tal sentido.

Juan Alberto Belloch intervino, en turno de réplica, sobre algunas de las cuestiones planteadas en el coloquio. Respecto a la situación de los presos preventivos, dijo que en algunos casos sí se están realizando tratamientos de rehabilitación sustitutorios, aunque ello no esté regulado legalmente, y siempre entendiendo que se llevan a cabo en centro cerrados y no en régimen ambulatorio. Se refirió a continuación a la escasa relación que existe entre el sector sanitario y los jueces, mostrándose totalmente de acuerdo con las disfunciones y conflictos que ello origina. A su juicio, la razón fundamental de esta desconexión es que no se quieren asumir responsabilidades por parte de los profesionales de ambos sectores, si bien opina que se está empezando a mejorar en este aspecto. Señaló, por otra parte, la necesidad de ponerse de acuerdo en la terminología al uso y de que los terapeutas comprendan los problemas de seguridad jurídica que muchas veces se le plantean al juez. Para la aplicación de la remisión condicional de la pena consideró Belloch que el legislador debería dejar una fórmula abierta al objeto de que jueces y terapeutas pudieran ponerse de acuerdo sobre la mejor solución a cada problema concreto. Hizo, por último, una referencia a la escasez de centros públicos de rehabilitación.

Manuel Araujo, coordinador del Plan Nacional sobre Drogas en la Comunidad Autónoma de Galicia, señaló los problemas que se pueden plantear si sólo van a poder aplicarse tratamientos en centros cerrados. También aludió a los conflictos que pueden ocasionarse a los centros acreditados al tener que atender a drogodependientes con problemas judiciales. A este último respecto, preguntó si se va a obligar a los centros a atender a los drogodelincuentes.

María Jesús Manovel, Subdirectora General del Plan Nacional sobre Drogas, agradeció que se haya abordado la modificación del Código Penal en esta reunión, ya que ello ha dado lugar a un intercambio de criterios entre todos los sectores implicados en este campo, lo que considera muy fructífero y positivo. Acerca de los tratamientos, señaló la importancia que reviste el que los programas sean auténticamente terapéuticos para que pueda producirse la rehabilitación y, por lo mismo, llamó la atención de los asistentes ante el hecho de que la opción por el internamiento, en función de la seguridad jurídica, pueda producir, como efecto perverso, la inseguridad terapéutica.

Víctor Herrero, representante de la Comisión de Asistencia Social de La Rioja, relató una experiencia según la cual el centro terapéutico y el juez cumplen sus respectivos papeles y es la comisión de asistencia social correspondiente la encargada de controlar el cumplimiento del tratamiento. En su opinión, son dichas comisiones los órganos adecuados para efectuar dicho seguimiento.

Cerró el coloquio y la sesión del día Juan Alberto Belloch realizando un diseño de lo que podría ser un proceso válido para efectuar los tratamientos sustitutorios: debería —dijo— haber una propuesta de programa rehabilitador sometida, en el curso del juicio, al tribunal; por parte de éste se controlaría con los médicos forenses si el programa es o no el adecuado; después, una comisión debería informar del curso del tratamiento para, si se incumple éste, decretar el cumplimiento de la pena. Belloch se mostró completamente convencido, en definitiva, de que se trata de querer o no querer asumir responsabilidades.

EL ARBOL CAIDO

Según datos oficiales que facilitó en su ponencia José Antonio García Marrijuán, en 1986 ingresaron en los respectivos centros penitenciarios alrededor de 80.000 personas. Se estima —dijo— que, aproximadamente, el 70 por 100 de ellas eran consumidores habituales de drogas ilegales. De dicho número, unas 12.000 personas eran adictas a la heroína. De ellas, únicamente 660 habían recibido asistencia hospitalaria.

Al referirse al marco jurídico, el ponente comentó cómo tanto en la Constitución, como en la Ley General Penitenciaria del 79, pasando por el propio Reglamento reformado en 1984, se establece que el fin primordial de la pena debe ser la reinserción social. Con respecto al tratamiento específico de los

penados toxicómanos, la ley mencionada adoptaba ya la previsión de que, tanto en los centros hospitalarios, como en los psiquiátricos, como en las propias enfermerías de los centros penitenciarios, existiesen departamentos específicos para proporcionar tratamientos adecuados a los drogodependientes. Incluso en el Reglamento se prevé la posibilidad de autorizar tratamientos fuera de la prisión.

Pero ¿qué es lo que ocurre en la realidad?, ¿qué tratamiento se facilita a esas 56.000 personas, a esos 12.000 heroinómanos? En opinión de García Marijuán, la realidad ha desbordado con mucho tanto las previsiones legales como los recursos materiales y humanos de que se dispone en los centros. Valoró, sin embargo, positivamente las novedades que se están introduciendo en la actualidad, entre las que destaca la formación de equipos de profesionales para atender la diversa problemática que se deriva del uso de drogas. Las actuaciones que se llevan a cabo en los centros penitenciarios con respecto a los drogodependientes son actualmente las siguientes: asistencia individual con orientación para rehabilitarse, programas preventivos de mentalización y, sobre todo, una reducción importante de la oferta, que es donde, a su juicio, mayor éxito se está consiguiendo, ya que si bien es cierto que en la cárcel se consume droga, no es menos cierto que se consume en menor medida que en la calle. Por ello, para muchas personas el ingreso en prisión constituye un periodo de abstinencia obligada.

Con respecto a la existencia de traficantes no consumidores entre el conjunto de internos, García Marijuán señaló que se está detectando una mayor presencia de este tipo de delincuentes, si bien todavía es muy reducido su número. Sólo un ocho por ciento de los penados lo son por delitos contra la salud pública tipificados en el artículo 344 del Código Penal. El perfil de este tipo de personas es el de quien acepta de buen grado las normas reglamentarias del centro, debido a lo cual suele beneficiarse de reducciones de condena por buena conducta. Lo normal —prosiguió el ponente— es que entren con una condena de seis años, pero que al cabo del año se encuentren ya disfrutando de un régimen abierto. Manifestó que facilitaba estos datos porque cree que pueden aportar alguna luz con respecto a la discusión de si es positivo o no aumentar el rigor de las penas para este tipo de delitos.

Acabó su intervención García Marijuán admitiendo las insuficiencias que se presentan en los centros penitenciarios con respecto a la atención de toxicómanos, pero poniendo de relieve también la importancia de las mejoras que se están abordando en la actualidad, como es la mayor integración de las instituciones penitenciarias en los programas comunitarios de recuperación.

Inició el coloquio Jaime Funes, solicitando al ponente algunas cifras que no se han citado en la exposición, tales como cuál es el número de presos preventivos en el tramo de edad de 16 a 21 años; cuántos penados están cumpliendo la condena fuera de la prisión, amparándose en la posibilidad que se prevé en el reglamento; y, por último, a cuántos se les aplica el tercer grado

de cumplimiento o régimen abierto. A tales cuestiones respondió García Marijuán lo siguiente: 1) En el tramo de edad que interesa, el 80 por 100 son presos preventivos; 2) existen 30 ó 40 personas realizando tratamientos fuera de la prisión; y 3) en el tercer grado se encuentran el 35 por 100 de los penados.

Intervino seguidamente Miguel Arana, director médico del Hospital Penitenciario, para señalar el escaso avance que se produce en el tratamiento de los toxicómanos, ya que sólo se tratan en el hospital síndromes de abstinencia y crisis episódicas. Manifestó que poco más se puede hacer, ya que en el centro sólo existe personal sanitario y la estancia media en él suele ser de unos cuarenta días, tiempo insuficiente para realizar tratamientos con alguna posibilidad de éxito.

El presidente de la Unión Nacional de Asociaciones para la Asistencia de Toxicómanos, Eugenio López, opinó que el porcentaje de éxitos de rehabilitación en la prisión es nulo, por lo que solicitaba, en nombre de las Asociaciones, que se haga uso de la posibilidad que se establece en el reglamento y que se refiere al cumplimiento de la condena en un centro de rehabilitación. Insistió en la insuficiencia de estos centros pidiendo una vez más que se amplíen los recursos destinados a ellos.

21

José Luis Carrera, asesor de Cáritas, introdujo en el debate el importante problema de la reinserción. Una vez puesto en marcha todo el mecanismo de la rehabilitación, y suponiendo que haya éxito, ¿qué se hace con el ex toxicómano?

Víctor Herrero, representante de la Comisión de Asistencia Social de La Rioja, insistió en la necesidad de aprovechar al máximo todas las posibilidades que existen. A este respecto, consideró que sería muy interesante la ampliación del número de penados que puedan cumplir su condena en un centro de rehabilitación fuera del medio penitenciario. Argumentó que, al tratarse de una opción del propio interesado, que lleva implícita el efecto negativo de no poder beneficiarse de las redenciones de pena, la asunción de ese compromiso sería muy eficaz para obtener éxito en el tratamiento.

Aportaron también comentarios sobre las dificultades de llevar a cabo con éxito tratamientos dentro de la prisión, desde sus propias experiencias, José Ramón Bronet, médico de Cruz Roja, y Julián Monleón, médico del Centro Penitenciario de Valencia. Este último abogó a favor de que se incremente la calidad de vida en las cárceles.

Cerró el coloquio, en turno de réplica, José Antonio García Marijuán, el cual se mostró de acuerdo con muchas de las propuestas formuladas y también con algunas de las críticas. No obstante, solicitó la comprensión de los asistentes respecto a que las instituciones penitenciarias son meras ejecutoras de las normas legales que existen, que no pueden ser traspasadas ni eludidas.

DE LA BOTANICA AL HUMANISMO

Para Jaime Funes Artiaga, último de los ponentes de estas jornadas, lo más conveniente en relación con este proyecto de reforma sería buscar fórmulas ajenas al texto para encontrar la vía de conexión necesaria entre el proceso penal y el proceso terapéutico de recuperación, ya que, en su opinión, la aplicación sin más del artículo 93 bis no va a resolver ningún problema. Por supuesto que la redacción puede ser mejorable y a este respecto él propuso alguna modificación, pero lo más importante —insistió— en buscar esos caminos de encuentro, ya que jueces y terapeutas constituyen sistemas incluidos dentro de uno más amplio, la sociedad. En tal sentido, no debe perderse de vista que las intervenciones profesionales respectivas van a tener una influencia directa en que el joven a quien afectan sus intervenciones continúe rechazando a la sociedad o, por el contrario, encuentre su posibilidad de engarce con la misma, por lo que aquellas actuaciones tendientes a conseguir este último objetivo deberían llevarse a cabo de forma coordinada.

22 Desde su experiencia en el trabajo terapéutico, opinó que sería muy útil que, por parte de los jueces, se eliminaran algunos prejuicios hoy existentes, por ejemplo, con respecto al propio término drogadicción. A su juicio, de ninguna forma puede entenderse dicho término de un modo unívoco, sino que desde admitirse que existen diferentes tipos de adicción a sustancias, a las que, por ende, corresponden tratamientos también diversos. Por otra parte, señaló que si se considera la situación de drogodependencia en un juicio, ésta debería apreciarse, no para cumplir menos, sino, principalmente, para cumplir de otra manera, y esa manera ha de ser necesariamente, en su opinión, fuera del centro penitenciario, ya que considera dicho entorno totalmente inadecuado para propiciar caminos hacia la recuperación. Se pronunció también a favor de que, tanto por los jueces como por el resto de la sociedad, se admitiera que el objetivo no debe ser únicamente el abandono del consumo de drogas. Los fines propuestos —dijo— deben ser variados, aunque sí cabría reunirlos bajo uno solo, cuyo tema podría ser una propuesta para el drogodependiente parecida a ésta: «Que la droga pierda su importancia en tu vida.»

Señaló, asimismo, la conveniencia de que los terapeutas se esfuercen por comprender lo que son las garantías jurídicas, los procesos penales... Para este mutuo entendimiento y colaboración, juzgó que sería muy oportuna la introducción de «figuras intermedias» que fueran capaces de explicar a los jueces, por ejemplo, los programas individuales de recuperación y que se encargasen de realizar el seguimiento de los programas en coordinación con los sistemas terapéuticos.

Colaboración, abandono de los propios puntos de vista cerrados, exploración de nuevas vías de solución más humanas y también más comprometidas para los profesionales, fueron los retos en que cabe resumir la intervención de Jaime Funes Artiaga.

Abrió el coloquio el juez Carlos Granados manifestando que de ninguna manera son indiferentes los jueces ante el problema, entre otras cosas porque un 80 por 100 de las personas que pasan por el juzgado son drogadictos. Coincidió en que se les debe facilitar asosaramiento terapéutico; no sólo no se rechaza este aspecto, sino que se viene reclamando desde hace tiempo, porque el gran problema del juez —dijo— es no saber qué hacer con un delincuente enfermo: la cárcel es sumamente perjudicial para casi todos; no hay centros; la salida suele ser la calle. Pero, ¿qué hacer en los casos de delitos de extrema gravedad?, ¿qué hacer con los presos preventivos? La decisión del juez convino en que es de gran importancia e implica muchas cosas y lo triste es concluir que no hay soluciones. Carlos Granados terminó su intervención mostrándose claramente partidario de que hay que ofrecer posibilidades de recuperación y de reinserción, pero existe una gran dificultad y es que no se invierten recursos suficientes para ello, ni hay tampoco suficientes centros públicos de rehabilitación.

Tomó a continuación la palabra Octavio Granados, senador del PSOE por Castilla y León, para manifestar que quizás en la ponencia se había insistido demasiado en que los jueces no comprenden las necesidades terapéuticas. A este respecto, opuso que también los profesionales de la asistencia deberían tener en cuenta que el proceso de recuperación puede influir en el resto de la sociedad y que hay problemas, como puede ser el del orden público, que es preciso considerar. Por otra parte, se mostró en desacuerdo con el efecto discriminador que introduce la reforma en favor de los delincuentes drogadictos. En su opinión, sería más adecuado admitir una solución de *probation* para todos los delincuentes. Mantener la diferenciación —dijo— puede llevar aparejados algunos «efectos perversos», como pueden ser que la mayor parte de los delincuentes tratarán de declararse drogodependientes para beneficiarse de la remisión condicional y que se aproveche la posibilidad de tratamiento para burlar el sistema penal.

23

Jaimé Funes aclaró algún extremo de su intervención que acaso no hubiera sido bien expresada. Manifestó al respecto que le preocupa tanto transformar la realidad judicial como la terapéutica. Señaló, asimismo, que nunca ha defendido el tratamiento específico penal de los drogodelincuentes porque le parece que el problema debe abordarse buscando soluciones generales y no parciales.

José García, coordinador del Plan Nacional sobre Drogas en el Principado de Asturias, intervino para afirmar que no debe desecharse la posibilidad de realizar o, cuando menos, iniciar un tratamiento en la prisión, en la que deberían incardinarse los sistemas terapéuticos necesarios, al tiempo que se mejora la calidad de vida en las cárceles. Por otra parte, señaló que sobre la base de esta reforma parece percibirse un intento de desplazar actividades de control hacia el sector sanitario, lo que no parece que pueda llevarse a cabo por los profesionales de la asistencia.

Por su parte, M.^a Eugenia Díaz Fernández, de la Comunidad Autónoma de Asturias, abundó en la opinión de que la remisión condicional pueda provo-

car una mayor asociación entre toxicomanía y delincuencia. Por otro lado, constató el hecho de que en muchas ocasiones quienes acuden a los servicios terapéuticos buscan más una ayuda para sus problemas con la justicia que un tratamiento de rehabilitación. Cuestionó, por fin, el carácter impositivo del tratamiento, porque —dijo— anula una de las condiciones básicas de la relación terapéutica, que debe ser, a su juicio, la voluntariedad.

Jaime Funes cerró el debate realizando una serie de reflexiones relativas, sobre todo, a los tratamientos. Se mostró abiertamente partidario de que los profesionales no establezcan diferencias entre las personas que demandan asistencia y de que deben aprovecharse todas las ocasiones para tratar de recuperar convenciendo. Insistió, por fin, en la necesidad de que, a lo largo de un tratamiento, no se consideren negativamente las vueltas al consumo, ya que éstas forman, prácticamente siempre, parte del proceso recuperador.

EL ENSANCHE DE UN ENCUENTRO

Si hubiese que sintetizar con una sola palabra lo más significativo de las jornadas, a quien ha realizado esta crónica se le ocurre sobre todo una: encuentro.

24

El contenido de las modificaciones penales, tema propuesto a debate en esta reunión, había sido ya discutido por los legisladores, los médicos, las asociaciones de afectados, funcionarios de prisiones..., pero, casi siempre, fueron discusiones realizadas dentro de cada ámbito respectivo de actuación. El resultado de un debate que se realiza dentro de sectores restringidos suele ser un escaso alcance de disonancias, pero también una cierta incapacidad para ensanchar o ampliar los propios puntos de vista, para lograr lo que, en fotografía, se conoce como profundidad de campo y, en lenguaje común, perspectiva.

Conseguir que ese ensanche se produjera parece ser que era, por otra parte, el objetivo principal que los organizadores de estas jornadas se habían propuesta, como la propia Subdirectora General del Plan Nacional sobre Drogas, M.^a Jesús Manovel, manifestó en las palabras de despedida que dirigió a los asistentes. El solo hecho —dijo— de haber podido reunir a sectores profesionales tan diversos y tan difícilmente «juntables» constituye por sí mismo un éxito, porque ello ha permitido la reflexión desde diferentes marcos teóricos, propiciándose la ocasión de poner en cuestión seguridades, convencimientos y posiciones largamente consolidadas. Ha quedado también claro —prosiguió— que cada medida que se adopte desde un área de trabajo va a tener grandes repercusiones en los otros sectores, por lo que la colaboración desde todos ellos en el trabajo diario se ha revelado, más que conveniente, completamente necesaria.

Por lo que al propio contenido del debate se refiere, es preciso resaltar el gran número de interrogantes que fueron abiertos durante la celebración de estas jornadas, lo que puso de relieve la precisión de incrementar estos en-

cuentros. A tal efecto, M.^a Jesús Manovel manifestó que el Plan Nacional sobre Drogas constituye un apoyo y marco permanente para este tipo de reuniones, efectuando un ofrecimiento para continuar la labor en su seno, ya que las posibles vías de solución son muchas y mucho también el esfuerzo a realizar para, entre todos, encontrar las más adecuadas. Para terminar, expresó su deseo de que «el sufrimiento personal y colectivo que este problema conlleva constituya un acicate para caminar hacia su resolución con la colaboración de todos».

**Pilar Rodríguez
(Relatora)**

Alessandro Baratta

Introducción a la criminología de la droga

1. LA POLÍTICA ACTUAL DE CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS COMO SISTEMA CERRADO Y AUTORREPRODUCTIVO

En esta introducción a una criminología de las drogas se utiliza como punto de partida una hipótesis sociológica: aquella según la cual, el «status quo» de la política de las drogas en nuestras sociedades, es decir, la política de criminalización de ciertas drogas, constituye un sistema «autorreferencial», un sistema que se autorreproduce ideológica y materialmente¹. Por *reproducción ideológica* se entiende aquí el mecanismo general a través del cual, cada actor o grupo de actores dentro del sistema, encuentra confirmación de la propia imagen de la realidad en la actitud de los otros actores. Este mecanismo puede ser simbolizado por un círculo: se trata en efecto de un proceso circular en el cual cada actor depende de los otros, de tal modo que esta dependencia hace difícil o improbable una modificación de la propia imagen de la realidad y de su actitud.

27

Por *reproducción material* se entiende el proceso por el cual la acción general del sistema, determinada por una imagen inicial de la realidad, modifica parcialmente la realidad misma, de tal modo que la hace en una fase ulterior, más cercana a la imagen inicial. Es decir, se trata del proceso por el cual el sistema produce una realidad conforme a la imagen de la cual parte y que lo legitima. Podemos simbolizar este proceso con una espiral: cuanto más se abre, más cerca está la realidad de la imagen inicial dominante del sistema.

La imagen que llamaré «inicial» está caracterizada por cuatro elementos: a) vínculo necesario entre consumo y dependencia (así como la evolución necesaria de la dependencia de drogas «blandas» a la de drogas «duras»); b) la pertenencia de los adictos a una subcultura que no comparte el *sentido* de la realidad de la mayoría «normal»; c) el comportamiento asocial o delictivo de los adictos, que los aísla de la vida productiva y los inserta en carreras criminales; d) el estado físico o psíquicamente patológico de los dependientes y la irreversibilidad de la dependencia.

Los conocimientos científicos nos muestran, sin embargo, que esta imagen no corresponde a la realidad y que los elementos que la componen re-

presentan la excepción más bien que la regla con respecto a lo que ocurre cuando se consumen drogas ilícitas. Aún hoy, en una fase posterior a la «inicial», la gran mayoría de los consumidores de drogas ilícitas no son dependientes, no forman parte de una subcultura desviada, no son asociales o delincuentes, no son enfermos (hay incomparablemente más enfermos y muertos por drogas permitidas, como tabaco y alcohol, que por drogas prohibidas); y finalmente, la drogodependencia es, desde el punto de vista clínico y social, curable. Pero la distancia entre la realidad y la imagen se acorta hoy. Actualmente hay más consumidores dependientes que en la fase «inicial»; más drogodependientes marginados en subculturas, que son infractores de normas penales e insertos en carreras criminales; la dependencia de drogas ilícitas es menos curable de lo que sería, si en esta pequeña parte del problema social de la drogodependencia no hubiera intervenido la justicia penal.

Para darse cuenta de este proceso de autorreproducción material del sistema podemos utilizar conceptos de la moderna sociología, como el *teorema de Thomas* y la *profecía que se autorrealiza*. Según el teorema sociológico denominado por sus autores, William y Dorothy S. Thomas², «si se afirma una determinada imagen de la realidad, esta imagen tiene efectos reales.» Y, efectivamente, en el sistema de la droga, la reacción social criminalizadora y marginalizadora produce por sí misma la realidad que la legitima. La imagen de la «escena» de la droga, que está en el origen de la política en este sector y que fue utilizada por parte de los «empresarios morales»³, que construyeron en buena parte el *problema social* correspondiente, es, en este sentido, una «profecía que se autorrealiza» según el concepto ilustrado por Robert K. Merton⁴.

Utilizo aquí una noción sociológica de sistema: como sistema de comportamiento y de comunicación. Los sistemas pueden ser, respecto a su extensión, más o menos generales o más o menos específicos. Podemos generalmente considerar cada sistema a su vez como subsistema específico de un sistema más general. Por su parte, los subsistemas de referencia escogidos para estudiar un subsistema específico pueden ser más o menos adecuados. La búsqueda de adecuados sistemas de referencia para un sistema sometido a examen podemos denominarla «progresión metodológica», y constituye un proceso consecutivo de abstracción. El máximo nivel de este proceso se alcanza cuando se ha individualizado el sistema de referencia más adecuado para realizar el interés cognoscitivo que precede al estudio de un determinado sistema. Así, por ejemplo, el interés cognoscitivo que precede al subsistema «política de la droga» puede ser estudiado tomando distintos sistemas de referencias: la comunidad local o el Estado. En este caso el más adecuado para una comprensión cabal del fenómeno es tal vez la estructura política y económica de la sociedad supranacional, la sociedad tardocapitalista en que vivimos.

Se puede hacer una distinción entre los sistemas teniendo en cuenta el grado de consenso entre los actores; es decir, teniendo en cuenta la extensión de la mayoría al interior del sistema y su relación con la minoría. Desde este

punto de vista, los sistemas se disponen, según el grado de homogeneidad interna, entre dos polos: el sistema abierto y el sistema cerrado.

En el primer caso predomina el disenso y la transformación de las actitudes de los actores; las mayorías y las minorías no son estables. Desde el sistema general de referencia entran en el subsistema examinado «inputs» diferentes y contrastantes que corresponden a las diferencias y los contrastes entre las posiciones de los actores en el sistema de referencia, por ejemplo, los distintos partidos políticos. Un ejemplo de subsistema abierto es el actual sistema de las relaciones entre justicia y ciudadanía en Italia y otros países⁵. En el sistema cerrado, en cambio, la mayoría se extiende a todos los grupos de actores, a excepción de uno, en el cual se concentra una minoría disidente. Un sistema como éste es elevadamente homogéneo y refractario a las transformaciones, y por eso parece ser más estable; lo contrario de lo que sucede en un sistema abierto.

El sistema de las drogas constituye, en mi criterio, un ejemplo significativo de subsistema cerrado. Este se caracteriza porque los actores se condicionan recíprocamente en su actitud positiva respecto del «status quo» de la política de las drogas. A este condicionamiento positivo se sustrae únicamente un grupo de actores: el que está constituido por los drogadictos. La presencia de un grupo único «desviado», en este caso los drogadictos (desviado en relación al sentido de la realidad aceptada por los demás), refuerza el sistema cerrado, aumentando su capacidad de autorreproducción. Paradójicamente, en las sociedades complejas sujetas a procesos de rápida transformación, el círculo autorreferencial alcanza la máxima estabilidad, no cuando hay total homogeneidad en las actitudes de los actores, sino cuando hay homogeneidad de todos, a excepción de un grupo de actores. Es fácil, en estos casos, que el grupo desviado adquiera la función simbólica del «chivo expiatorio». La hostilidad general dirigida hacia el «chivo expiatorio» determina un alto grado de consenso, estabiliza la integración de la mayoría; esto se verifica sobre todo cuando, como en el caso del círculo de la droga, estamos en presencia de sistemas de control social, y la minoría desviada es también el grupo en relación con el cual dicho control se ejerce.

En los sistemas cerrados, el papel de los medios de comunicación de masas es fundamental; eso no significa, sin embargo, como a veces se sostiene, que los medios de comunicación impongan a la «opinión pública» y a los otros actores del sistema una determinada imagen de la realidad o determinadas actitudes. Por el contrario, la relación entre los medios de comunicación y los otros actores es también una relación de condicionamiento recíproco. La tesis de la relación unilateral de condicionamiento del público por parte de los medios de comunicación ha sido abandonada desde hace tiempo por la sociología de la comunicación⁶. Si esa tesis fuera válida sería, por ejemplo, difícil de comprender por qué periódicos y medios de comunicación de divergente línea política producen información convergente en sistemas cerrados, como precisamente sucede en el caso de la política de las drogas (antes que transferirle los antagonismos y las diferencias que los dividen so-

bre la mayor parte de las otras cuestiones, como se observa cuando ellos intervienen en sistemas abiertos).

Si existe, como en nuestro caso, un consenso generalizado del público con respecto al «status quo» de la política de la droga, los medios de comunicación reflejan este consenso independientemente de sus diferencias de posición en otros asuntos. La convergencia en el tema de la droga, de periódicos que pertenecen a posiciones ideológicas distintas, ha quedado demostrada en análisis de contenido, como por ejemplo el efectuado sobre los diarios alemanes «Die Welt» y «Süddeutsche Zeitung» en el periodo 1967 a 1977. Similares resultados se han obtenido investigando la prensa inglesa y la prensa de Nueva York⁷.

En realidad, no son tanto los medios de comunicación quienes dependen de las actitudes preexistentes en el público (en la llamada situación precomunicativa) como las propias actitudes de éste y de otros posibles actores las que se ven influidas por los medios de comunicación. Por tanto, si las actitudes preexistentes son homogéneas, el flujo de información de los medios también lo será⁸.

30

En los sistemas cerrados, como en el caso de la política de la droga, esta interdependencia y la correspondiente homogeneidad de los mensajes emitidos por los medios de comunicación son evidentes, siendo a su vez un elemento determinante de su autorreproducción material e ideológica.

En la reproducción del círculo de la droga cada grupo de actores depende de los otros e influye en ellos. Así, para dar unos ejemplos, los políticos dependen de la imagen del problema social y de las actitudes establecidas en el público de donde provienen sus electores. Los medios de comunicación de masas son dependientes, en la selección de las informaciones, de las actitudes existentes en el público y de su demanda de información y respaldo para la propia imagen de la realidad. Activando y actualizando tendencias ya existentes en el público y ofreciendo a los individuos aislados un elemento masivo de agregación y de consenso, afectan no sólo la imagen de la realidad, sino la realidad misma. Los expertos y científicos, así como las instancias de la justicia penal, dependen en su actitud y en su acción de la selección de las informaciones efectuadas por los medios. Esta selección afecta la percepción selectiva de la realidad, a la que no escapa ni el mismo planteamiento científico de los problemas de la droga, es decir, la selección de los asuntos a analizar, de los factores y de sus interrelaciones, de los métodos y del mismo marco teórico y conceptual de las investigaciones. De esta manera, se puede resumir con palabras de Meudt que «expertos, instituciones, público y prensa se fortalecen mutuamente... juntos, ellos combaten (a nivel real y simbólico) la “guerra contra el problema de la droga”, que esencialmente se dirige contra los consumidores de droga»⁹.

La elevada interdependencia entre la homogeneidad de los mensajes de los medios de comunicación y la homogeneidad de las actitudes del público y de los otros actores en los sistemas cerrados, es un aspecto particular de

la manera en que, en general, se realizan los procesos de comunicación en las sociedades industriales avanzadas. La esfera de comunicación de experiencias directas entre sujetos, cede cada vez más el paso, en nuestra sociedad, a una «comunicación a través de los medios». Este fenómeno es tan importante para la cualidad de la estructura social que, a buen seguro, la sociedad industrial avanzada viene definida también como «sociedad de la comunicación de masas».

Esta cualidad de la estructura comunicativa y de la estructura en general de nuestra sociedad puede ser comprendida mejor teniendo en cuenta dos formas distintas que puede tomar el fenómeno de la «comunicación a través de los medios». El primer aspecto es el de la «comunicación simultánea entre espectadores»: los sujetos asisten contemporáneamente al espectáculo de la realidad ofrecido por los medios de comunicación. Esta forma de comunicación es, al mismo tiempo, una forma de aislamiento de los sujetos comunicantes. Desde este punto de vista podríamos llamarla «incomunicación de masas», porque el espectáculo al cual asisten *a* y *b* (por ejemplo, una pareja de cónyuges ancianos sentados en su casa frente al televisor) sustituye al intercambio de la experiencia directa de la realidad entre *a* y *b*, y es un espectáculo de masas visto al mismo tiempo por otros millares de espectadores.

31

El segundo aspecto es el que podríamos llamar «comunicación consecutiva entre espectadores»: sólo en parte, o sólo aparentemente en este caso, la incomunicación entre espectadores cede el paso a la comunicación entre personas. En efecto, *a* y *b* continuarán siendo en gran parte los espectadores del caso anterior, incluso cuando se comunican entre ellos. Comunicación consecutiva entre espectadores significa que *a* y *b* tenderán a intercambiarse más que sus experiencias directas de la realidad, las experiencias del espectáculo de la realidad ofrecido por los medios de comunicación.

La comunicación simultánea y la comunicación consecutiva entre espectadores, los dos aspectos de la interacción social en la sociedad de la comunicación de masas, son particularmente operantes en la conservación de los sistemas cerrados. La sustitución de las experiencias directas por la experiencia del espectáculo se da según los objetos que reciben la comunicación y según su distancia respecto de la experiencia cotidiana de los actores. Este fenómeno, que ha sido llamado la «colonización de los mundos de vida» por parte del «sistema»¹⁰, abarca igualmente los ámbitos de la vida cotidiana y efectiva; sin embargo, la represión de la experiencia directa se reproduce de manera más evidente en la esfera de la política. Esta esfera será sustraída de la experiencia directa cuanto más lejanas estén las instancias de las decisiones políticas respecto de la realidad en la cual inciden; o sea, cuanto más se pase de los niveles de las políticas locales a los niveles más abstractos de la política regional, nacional e internacional, y cuanto menos operen entre los distintos niveles los instrumentos de participación política de los individuos¹¹.

En una sociedad en la cual dicha participación tiende a decrecer (sociedad con tendencia tecnocrática) la política se convierte cada vez más en es-

pectáculo ¹²; los sistemas abiertos tienden a cerrarse; los sistemas cerrados tienden a ser siempre menos permeables a cambios. En ambos tipos de sistema se producen una cantidad de microcambios que en muchos casos cumplen la función de estabilizarlos en sus características principales. Este fenómeno de los «cambios que no cambian» se puede observar en el sistema de la droga. Por ejemplo, hasta ahora los «cambios» introducidos en las leyes penitenciarias (piénsese en el caso italiano) para favorecer el tratamiento alternativo de drogadictos autores de ilícitos penales o para trasladar la intervención de la justicia penal del consumo al tráfico, del pequeño al gran comercio de drogas, no han cambiado significativamente, pues las cárceles se encuentran llenas de drogadictos. ^{12 bis}

Si esta es una connotación de nuestra sociedad, significa también que todo el sistema social, no sólo los subsistemas, tiende a transformarse en un sistema cerrado que se autorreproduce material e ideológicamente mientras más limitadas sean las posibilidades de romper el círculo y de cerrar la espiral de los subsistemas cerrados y del sistema total.

La situación del «sistema droga» es emblemática desde este punto de vista, también teniendo en cuenta el traslado significativo de las instancias decisivas del ámbito nacional al internacional, consecuencia de la «internacionalización» de la política de las drogas iniciada con la «Convención Unica» de 1961.

Tanto en general como en particular en este campo, para contrastar las tendencias tecnocráticas serán importantes la introducción de circuitos comunicativos «alternativos», un trabajo cultural y una política de emancipación de la información que se base en la experiencia directa de las personas y que sustituya la «comunicación entre espectadores», que fomente la *comunicación política de base* ¹³ y la participación democrática de los ciudadanos en todos los niveles decisorios de la política.

Se trata de la instauración de procesos antitecnocráticos de información y elaboración colectiva de la información que reivindique al hombre como sujeto y que se oponga a la lógica de los sistemas cerrados; que contribuya a cambiar la sociedad de la comunicación de masas, restituyendo al individuo y a los movimientos sociales el papel activo en la elaboración de las políticas.

2. EFECTOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS DE LAS DROGAS

Por efectos «secundarios» de las drogas se entienden, según una importante dirección de la actual investigación científica, aquellos que son debidos a la criminalización. Efectos primarios son, por el contrario, aquellos que se pueden reconducir a la naturaleza propia de las sustancias psicotrópicas independientemente de su criminalización. Por ejemplo, efectos negativos que pueden ser legítima razón de una política preventiva, educativa e informativa son los daños para la salud del consumidor y el riesgo de adicción; pero estos efectos pueden producirse tanto con droga ilícita como con dro-

ga lícita. Por otra parte, no todos los efectos de todas las sustancias psicotrópicas son negativos, dependiendo, como es sabido, la calidad del efecto, no sólo de la naturaleza farmacológica, sino de una serie de otros factores: entidad del consumo, situación del consumidor, contexto social en que el consumo se produce, etcétera. Nadie, en nuestra tradición cultural, podría poner en tela de juicio el efecto positivo de un buen vaso de vino o de una taza de café.

Según los resultados de las investigaciones sobre los efectos secundarios de las sustancias prohibidas¹⁴, éstos son los que, comparativamente a los primarios, más trascendencia tienen, tanto con respecto a los consumidores como con respecto a la sociedad. Una característica de los efectos secundarios que abarca todos los hasta ahora conocidos es que, a diferencia de los primarios, los efectos secundarios parecen ser todos, efectos calificables de negativos. Por esto, también podemos denominarlos «costos sociales» de la criminalización de la droga. Estos costos derivan, en parte, de la propia criminalización y, en parte, de la reacción social informal, es decir, de la actitud negativa del público, que está a su vez condicionada por la criminalización y activada por la acción de los medios de comunicación. En una consideración rigurosamente sistémica del círculo de la droga se podría, quizá, demostrar que es el círculo completo el que constituye el medio a través del cual se producen los efectos secundarios de la droga ilícita.

33

Hay acuerdo en la literatura reciente en clasificar los costos sociales de la criminalización de la droga con respecto a: a) los consumidores; b) su ámbito social; c) el sistema de la justicia penal; y d) los sistemas alternativos de control de la drogadicción, en particular el sistema terapéutico-asistencial y el sistema educativo. Se podría añadir, por las razones sistemáticas que se indicarán, un quinto punto, el e), concerniente a los efectos sobre el mercado de la droga.

a) Con respecto a los consumidores es útil tener en cuenta una distinción propuesta por Senger¹⁵ para el estudio de la etiología en este campo, entre consumidores, adictos y «yonquizados». Ciertamente, la «yonquización» de los adictos es un efecto de la estigmatización masiva de la cual son objeto y que determina la tendencia a buscar respaldo por la propia percepción de la realidad en el interior de la subcultura de los adictos. Buena parte de los efectos que, a menudo inexactamente, se estudian como efectos primarios de la droga sobre los adictos, resultan en realidad efectos secundarios. La falta de diferenciación nos explica las incongruencias en las que, a veces, cae el planteamiento etiológico de la criminología tradicional y sus indecisiones en buscar la causa de la criminalidad en la droga, o viceversa, la de la drogadicción en la criminalidad.

En realidad, la mayoría de los efectos más graves de la droga sobre la salud y el *status* social del drogadicto dependen de las condiciones en las que el consumo de la droga ilícita se realiza en un régimen de prohibición: la calidad no controlada de las sustancias que llegan a la calle por el hecho de ser una mercancía ilícita; las condiciones higiénicas y de vida en las que el

consumo se realiza y que añaden muchos nuevos riesgos a los efectos primarios; los precios elevados de la droga, que tienden a insertar a los adictos en los contextos criminales del comercio, para procurársela, o a determinar otros comportamientos ilícitos con la misma finalidad. La investigación sociológica ha mostrado que los primeros contactos de los jóvenes consumidores de droga con la Policía son los que a menudo los insertan en la carrera de adictos¹⁶. Lo mismo se puede decir de la estancia en la cárcel, escuela no sólo de criminalidad, sino también de adicción a la droga.

Los efectos secundarios de la droga sobre los «yonquizados» son, como se ha dicho antes, el momento en que la política de la criminalización y el estereotipo del drogadicto amplificado por los medios de comunicación de masas producen su propia realidad. «La política de la droga determinada por esta actitud —escribe Quensel¹⁷— produce así su propia realidad, como lo demuestra su historia en el último decenio.»

Esta historia, en los Estados Unidos y en Europa es, en nuestros días, el resultado final del proceso llevado a cabo por efecto de la criminalización sobre la escena de la droga: su transformación de la escena «blanda» de los años sesenta a la escena «dura» de los años setenta. Es éste un fenómeno que no carece de inquietantes analogías con la transformación de las formas «blandas» de protesta política juvenil de los años sesenta en Europa, en formas de violencia política propias de los años setenta, debido fundamentalmente a la desproporcionada represión policial de los movimientos de protesta de los años sesenta¹⁸.

Así la situación psíquica de los drogadictos «yonquizados» se transforma por efecto de la represión y de la estigmatización hacia las características del estereotipo hoy dominante, produciéndose en los sujetos más sensibles síndromes de ansiedad, de aislamiento y hasta trastornos de personalidad que el «discurso oficial» sobre la droga, el discurso interior al sistema autorreferencial indica como típicos del drogadicto y efectos (primarios) del consumo de la droga.

b) También el ámbito social inmediato de los drogadictos está negativamente afectado por su «yonquización» y estigmatización. El sufrimiento de los padres y de las personas próximas a los «yonquizados», el riesgo de marginación que también les afecta, los graves y dramáticos trastornos de los drogadictos con su ámbito social natural, son aspectos trascendentes del problema social de la droga, que derivan, en su mayor parte, de la situación en la que el drogadicto se encuentra por causa de la prohibición penal.

Para evitar una imagen inexacta de los efectos secundarios de la droga sobre los consumidores y su ámbito social, es oportuno hacer una precisión. Nada está más lejos de la realidad del mundo de las drogas que verlo unidimensionalmente bajo la imagen dramatizada de la «escena»¹⁹. El mundo de la droga son los mundos de la droga, y además de la «escena» que se caracteriza por su enorme visibilidad social, iluminada noche y día por los reflectores de la información de masas, hay otros mundos discretos, invisibles y,

en este sentido, privilegiados. Hay innumerables consumidores y adictos de droga que, al contrario del estereotipo de la «escena», siguen jugando sus papeles de profesionales y empleados sin mayores perjuicios para su identidad social. Ya se ha venido notando, por ejemplo en Italia, una tendencia en la transformación del mundo de la droga hacia este tipo de consumidor: el que tiene la actitud de «pincharse» el sábado e ir a trabajar el lunes²⁰. Pero el privilegio de la participación en estos mundos discretos de la droga es, como otros recursos, distribuido desigualmente en nuestra sociedad. También en el sistema de la droga la pertenencia a grupos sociales menos aventajados produce una mayor exposición a ser insertado en el mundo marginado y criminalizado de la «escena», mientras que la participación en el consumo de drogas ilícitas está distribuida en todas las capas sociales.

c) Los efectos negativos de la criminalización de la droga sobre el sistema de la justicia penal no son menos considerables. En primer lugar, el «nuevo» asunto ha polarizado una parte del sistema penal nacional e internacional en una tarea que, a la luz de la experiencia, es prácticamente imposible, sustrayéndole a tareas quizá más adecuadas. No obstante, los éxitos de los que los medios de comunicación de masas cotidianamente nos informan (detenciones, confiscación de sustancias) no se pueden notar en una escala mundial, un apreciable impacto de la represión penal sobre la circulación nacional e internacional de la droga y sobre el consumo. Situaciones de estancamiento, en ciertos países, del consumo de determinadas drogas no pueden ser relacionadas con evidencia científica con el impacto de la acción penal. Por el contrario, las experiencias de despenalización de hecho del cannabis, realizadas en Holanda²¹ y algunos Estados de EE.UU.²², muestran lo insignificante que es este impacto, ya que el consumo en estos casos no ha crecido.

35

También el *aumento de la población carcelaria*, debido a las detenciones por ilícitos en materia de drogas, así como la epidemia del consumo de drogas y derivados baratos de ella en las cárceles de muchos países pertenecen a los costos sociales de la criminalización sobre el sistema de la justicia penal^{22 bis}. Un observador empírico que procediese de otro planeta, y por ende ingorara otras razones que pudieran explicar el uso del sistema de la justicia penal en el control de este problema, se encontraría seriamente sorprendido al ver personas que tienen y consumen droga, arrancadas de la calle, confinadas, como reacción a esta actitud, en lugares cerrados en los que la circulación de la droga se presenta en una concentración tremendamente mayor que en el mundo exterior.

Serios son los riesgos de degeneración y hasta de corrupción del sistema de justicia penal (cuya base objetiva está dada por la tendencia de la legislación sobre drogas a apartarse de los principios generales del derecho),^{22 bis} y especialmente de la policía, debido a las formas características de este campo de acción, así como de otros campos de «crímenes sin víctimas»²³, de asegurarse éxitos en la búsqueda de pruebas sin contar con la denuncia y la colaboración de las víctimas.

Las prácticas ilegales o semilegales de negociación con delatores de la «escena» asegurándoles una cierta inmunidad, a cambio de «colaboración»; de introducción de agentes provocadores y otras prácticas dudosas de la policía al margen de la legalidad han sido objeto de análisis y de denuncias no solamente en nuestros días, sino en una literatura ya clásica²⁴.

No sólo desde el punto de vista de las prácticas policiales, sino también de la contradicción con algunos principios básicos del sistema punitivo del Estado de Derecho, la criminalización de la droga produce efectos negativos para el sistema de la justicia penal. La idea de un derecho penal mínimo, como criterio inspirador de una justicia penal ajustada al Estado de Derecho y a los derechos humanos²⁵, impone, para la criminalización de comportamientos problemáticos, que se verifiquen algunas condiciones «sine qua non».

En primer lugar se trata del *principio de legalidad*. Este está comprometido por las prácticas de negociaciones con el mundo de la delincuencia y la inmunidad de los informadores.

En segundo lugar, el *principio de idoneidad* impone que se compruebe con métodos rigurosos que la criminalización es un medio útil para controlar un determinado problema social: las experiencias y las investigaciones acerca del impacto de la justicia penal sobre el problema de la droga demuestran que la criminalización se realiza sin respetar este principio.

También el *principio de la subsidiariedad*, que impone la previa comprobación de que no hay alternativas adecuadas, es violado por la intervención del sistema punitivo, que no solamente no tiene en cuenta las alternativas existentes, sino que afecta negativamente a los sistemas terapéutico-asistencial y educativo utilizados en concurrencia con el de la justicia penal.

El *principio de proporcionalidad* de la pena a la gravedad del daño social del delito también es violado por una legislación que ha visto aumentar, en lugar de disminuir, la severidad de las penas. En el caso de la tenencia y consumo de drogas, este principio tendría que ser aplicado con un rigor particular correspondiente a la coherencia lógica de sistemas punitivos que, por principio, no criminalizan la autolesión ni siquiera la tentativa de suicidio.

Finalmente, el *principio de racionalidad*, que impone evaluar las opciones en favor o en contra de la criminalización teniendo en cuenta el cálculo comparativo de los «beneficios» (¿pero hay beneficios?) y los costos sociales de la criminalización, está claramente violado con la actual política de la droga, si se piensa que ningún discurso científico ha logrado en los últimos tiempos demostrar los beneficios de la criminalización y, por el contrario, muchos han demostrado sus costos sociales. La criminalización de la droga expone al sistema penal a graves contradicciones internas²⁶. El elevado índice de reincidencia y el escaso éxito preventivo, que son características de la intervención penal sobre el problema de la droga, expone al sistema de la justicia penal a una potencial crisis de legitimación y credibilidad, más evidente aún de la que se produce en general con respecto al impacto del sistema carcelario sobre los problemas sociales.

d) Los efectos de la criminalización no son menos negativos para el funcionamiento de otros sistemas de control: el terapéutico-asistencial y el educacional. La criminalización impone al tratamiento terapéutico-asistencial condiciones contradictorias con sus métodos más progresivos. Prácticamente el sistema de tratamiento y asistencia está insertado estructuralmente en el marco de la *justicia penal*. Legislaciones sobre la droga, como por ejemplo la alemana actual, reformada en 1982, que pretenden «dar la prioridad» al tratamiento, demuestran en la práctica sus contradicciones con esta finalidad declarada. En primer lugar, los límites máximos de pena para lograr el beneficio del tratamiento alternativo al sistema penal son fácilmente sobrepasados, a raíz de previsiones de pena para la tenencia de sustancias psicotrópicas o a raíz de la discrecionalidad de criterios para la aplicación de la pena, como el de la «modesta cantidad» de sustancia poseída, introducido por la ley italiana en 1975. La consecuencia es, a menudo, una previa encarcelación que puede perjudicar gravemente las actitudes del drogadicto para someterse a un tratamiento voluntario en régimen de libertad. En segundo lugar, la revocatoria del privilegio del tratamiento alternativo en el caso de interrupción de éste por culpa del drogadicto (y prácticamente de recaída), prevista por legislaciones como las ahora mencionadas, introduce un elemento de precariedad y de amenaza muy perjudicial en el curso de tratamientos «voluntarios». Se sabe que la recaída y la interrupción del tratamiento pueden ser consideradas fisiológicamente como un momento del desarrollo de la desintoxicación y no necesariamente significar el fracaso del tratamiento mismo^{26 bis}. En tercer lugar, la función de control que muchas legislaciones atribuyen de hecho al personal sanitario y asistencial con respecto a las informaciones que deben allegar a los órganos competentes de la justicia penal, para demostrar que siguen existiendo las condiciones para el privilegio, influye negativamente sobre la relación, que tiene que ser de plena comunicación y confianza, entre médico o psicólogo y paciente, o entre asistente y asistido.

37

Por lo que concierne al sistema educacional, en no pocas acciones llevadas a cabo en el marco escolar o a través de los medios de publicidad se ha manifestado el límite estructural de una metodología educativa basada exclusivamente en el estereotipo negativo de las drogas y sus consecuencias, dominado simbólicamente por la criminalización, en vez de serlo en contenidos y proyectos positivos. Por otra parte, la homologación de drogas «blandas» y «duras» en acciones pedagógicas, la confusión del consumo con la adicción y la degeneración física y psíquica del consumidor pueden dar lugar, cuando las acciones se dirigen a un público juvenil con experiencias disonantes con los contenidos de esas acciones, a los llamados «efectos bumerang». Se producen estos efectos, que son los opuestos a las finalidades de la acción pedagógica, cuando las contradicciones entre su contenido y la experiencia del destinatario determinan en éste una actitud de rechazo del mensaje pedagógico y de la autoridad que lo emite. Igualmente se pueden considerar las consecuencias del impacto del estereotipo del mundo de la droga dominado por su criminalización sobre la actividad de las instituciones que actúan en el sector pedagógico-informativo.

No sorprende que una política de información sobre drogas en las condiciones impuestas por el círculo de la criminalización pueda incluir un índice elevado de inexactitudes y errores que los programas de evaluación de los proyectos fácilmente detectan. Así, por ejemplo, una investigación llevada a cabo por el National Council on Drug Education ha constatado, en el 84 por 100 de una muestra de 220 películas sobre el consumo de la droga, inexactitudes desde el punto de vista científico, y errores psicológicos²⁷.

A fin de que una política de clarificación pueda tener éxito con respecto a los intereses de jóvenes consumidores, potenciales o reales, esta política debe previamente liberarse de su pertenencia al círculo de la criminalización y renunciar a la pretensión de imponer el «status quo» de la política de la droga. En este sentido, sólo disminuyendo la disonancia entre la realidad definida según el «status quo» y las definiciones de la realidad propias de los consumidores y de los destinatarios de la acción pedagógica es pensable una adecuada política informativo-educativa.

38 e) El de los aspectos económicos de la criminalización de la droga es un discurso que, además de los «efectos», concierne a las «relaciones funcionales» de la criminalización, con objetivos intencionalmente perseguidos por parte de grupos interesados en la criminalización o —más allá de los intereses de actores particulares— con la «lógica» o la «racionalidad» que corresponde al sistema económico-político en general y a su reproducción. Pero es siempre posible aislar unos efectos económicos de la criminalización para manejarlos provisionalmente en la reconstrucción del propio subsistema del control de la droga, sin perjuicio de una ulterior «interpretación funcional» a la luz de las relaciones del subsistema con el sistema económico-político global. Así, es posible y oportuno resaltar, en un análisis de los costos sociales del sistema del control criminal de la droga, el hecho, ya analizado en profundidad por la ciencia económica y en particular en el marco de una teoría sistémica del mercado²⁸, que la criminalización de las drogas introduce una variable artificial de efecto trascendente en la estructura del mercado de las mismas. Esto significa el aumento de hasta mil veces el precio «en la calle» de sustancias, comparado con lo que podría calcularse el valor de las mismas en un mercado sin prohibición. La trascendencia de esta variable introducida en el mercado de la droga para la calidad que adquiere el problema social de la drogodependencia es enorme. Buena parte de los efectos secundarios de la droga sobre los distintos sectores, de los que se acaba de hablar, tienen en este elemento económico-estructural su verdadera raíz.

En particular, la inserción de la criminalidad organizada en éste, como en otros mercados en los que la prohibición produce una relación entre inversión y beneficio impensable para el mercado de bienes o servicios lícitos, está en el centro de la atención de la literatura. En esta perspectiva adquiere gran trascendencia la situación de la mayoría de los adictos «yonquizados», que se convierten, en parte, en los últimos peones, en el más explotado y reprimido anillo de la cadena del comercio de la droga.

Su participación «proletarizada» en el gran ciclo de la economía de la droga es comparable sólo, si hablamos de los drogadictos peones de los países

centrales, con la de los campesinos del Tercer Mundo, productores de las sustancias básicas de las drogas, privilegiados con respecto a los desheredados de su mismo país, pero no menos explotados y castigados en el sistema de la droga que los drogadictos que se encuentran en el extremo opuesto del sistema.

Como en todos los sectores de la demanda y de las necesidades que las determinan, el consumo de droga está ya afectado negativamente por la estructura misma de una economía de mercado, como es la economía capitalista, en la cual la producción no está fundamentalmente determinada por las necesidades del hombre productor y consumidor, sino que éstas son potencial o actualmente manipuladas y el hombre convertido en un instrumento de magnificación del beneficio y de acumulación de capital en el interés de la reproducción del sistema económico global. Esta situación de subordinación estructural del productor-consumidor en un sistema productivo, cuyo verdadero centro y sujeto no es el hombre, sino el «sistema» mismo que se autorreproduce a su costa; esta perversión fundamental de la relación entre ser humano y sistema, por la cual el sistema usurpa la calidad de «sujeto» que le compete al hombre²⁹, ya tiene por sí misma efectos negativos y desestabilizantes por lo que se refiere a un consumo cultural e higiénicamente idóneo de ciertas drogas. Pero la intervención del sistema de la justicia penal sobre el mercado de la droga ha agravado enormemente la situación, a costa de los consumidores y de toda la sociedad, convirtiendo su demanda en la condición necesaria y suficiente para la perpetuación de un proceso de producción de grandes beneficios y de acumulación de capital.

39

3. «FRACASO» O «EXITO», «RACIONALIDAD» O «IRRACIONALIDAD» DE LA POLITICA DEL CONTROL DE LA DROGADICCION: RELATIVIDAD DE LA DISTINCION.

Considerando los resultados del análisis de los costos sociales de la criminalización de las drogas y el escaso impacto de esta política sobre la oferta y la demanda de sustancias ilícitas, sería legítimo hablar de fracaso de la actual política criminal respecto del problema de la drogodependencia. Pero, ¿es adecuado hablar de fracaso? ¿No se quedaría este tipo de planteamiento insertado en el «círculo» de la criminalización, en el sistema cerrado del cual ésta hace parte? Así como para la cárcel, vieja institución de la cual desde hace mucho tiempo los críticos declaran su fracaso, también para la criminalización de las drogas un discurso científico debe considerar no sólo las funciones declaradas de dicha institución (control de la criminalidad, control del consumo de drogas), que no se cumplen, sino las funciones latentes, pero reales, que sí se cumplen³⁰.

Foucault³¹ nos ha mostrado lo productivo que es, para un análisis científico de la cárcel, dejar de lado la perspectiva ideológica del fracaso y utilizar la historia del éxito; dejar de lado las funciones declaradas para interpretar el fenómeno a través de una reconstrucción de las funciones realmente cumplidas. Desde este punto de vista, es posible, en efecto, reconstruir funcio-

nes económicas y políticas que puedan explicar históricamente cuán exitoso ha sido y sigue siendo el gran esfuerzo llevado a cabo para la construcción de la actual política de la droga en los años sesenta; su utilización y mantenimiento en nuestros días, no obstante la evidencia del *fracaso*.

En una consideración más amplia del problema de la droga se debe, en primer lugar, analizar la interrelación funcional que existe en el sistema económico mundial entre la circulación legal e ilegal de capitales; en segundo lugar, se debe subrayar la gran oportunidad de control político de contraculturas que amenazan el «establishment» de la sociedad norteamericana y europea y que le proporcionaron la dramatización de la llamada «crisis de la heroína» en este periodo³², así como la oportunidad de intervención en otros países que la criminalización de la droga ha permitido y permite a favor del «establishment» internacional del poder (piénsese en el caso de Bolivia y otros países latinoamericanos)³³.

40

Para comprender histórica y sociológicamente el actual círculo de la droga es necesario, ante todo, liberar la fantasía teórica de su subordinación al círculo mismo; abandonar el punto de vista interior del sistema cerrado de la criminalización y adoptar decididamente un punto de vista externo. Sólo así, desarrollando un verdadero metadiscurso, que tenga por objeto el círculo de la droga y los discursos que de él hacen parte (de expertos, de políticos, de instituciones, medios de comunicación y del llamado «sentido común»), será posible liberarnos de las que han sido llamadas a este respecto «cárceles del pensamiento»³⁴. Son cárceles en las cuales el mismo pensamiento científico corre el riesgo de quedarse prisionero, manteniéndose así como instancia de perpetuación del «status quo» y como responsable, al mismo tiempo, del *fracaso* de la política de las drogas (con respecto a las exigencias incontestables de contrarrestar los efectos primarios negativos de muchas sustancias tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas) y de su *éxito* (con respecto a funciones que a menudo escapan al mismo pensamiento científico).

Se pretende aquí hacer una introducción al punto de vista criminológico sobre el problema de las drogas. Sin embargo, a este propósito es más preciso hablar de los «puntos de vista» de «las» criminologías, antes que de «la» criminología. Haciendo una polarización, que parece simplista, hay una criminología que está al interior y una criminología que trata de colocarse al exterior del sistema cerrado de la política de la droga³⁵. Lo que puede decirse para la criminología tiene validez para la *racionalidad*, pues no hay «racionalidad» e «irracionalidad»: hay dos racionalidades de las que se derivan dos modelos de política *racional* de la droga, según se coloque al hombre como criterio de valor en el centro del sistema político económico o que se haga del sistema el centro en lugar del hombre: una racionalidad del sistema en la cual el hombre es solamente un subsistema funcional del sistema existente y de su reproducción, y una racionalidad para el hombre en la que los hombres se unen para cambiar el sistema y lograr una existencia más digna y libre para todos.

En mi opinión, la política actual de las drogas se encuentra en el interior de la primera racionalidad y las políticas alternativas en la segunda. Estas cuentan cada vez más con una labor de difusión en todos los países por científicos, profesionales y voluntarios pertenecientes a diversas confesiones religiosas o laicos, pero todos copartícipes de la misma religión del hombre.

4. LA HIPOTESIS DE LA DESPENALIZACION Y LAS RESPUESTAS ALTERNATIVAS AL PROBLEMA SOCIAL DE LA DROGADICCION

Modelos alternativos de intervención preventiva y terapéutico-asistencial sobre el universo total de las drogas existen hoy y se están desarrollando cada vez más con el objetivo de poder controlar los efectos primarios negativos que aquéllas producen sobre los individuos y la sociedad y de limitar drásticamente los gravísimos costes de la intervención penal; dichos modelos son vistos a veces como una utopía, pero si no parecen bastante prácticos es porque todavía no se han puesto en práctica. El principio de esta alternativa no es el sistema, sino el hombre, no es la represión, sino la curación y la asistencia, pero, sobre todo, la prevención de la demanda de acuerdo con las necesidades de los seres humanos. Sin embargo, esta política de prevención de la demanda no es tanto la política de su manipulación desde arriba, sino, sobre todo, una política del desarrollo de las condiciones adecuadas para la liberación de las necesidades reales.

41

Si la demanda de la droga surge hoy en día, en gran parte, de la necesidad de escapar de las angustias de la realidad, liberarse de esta necesidad significa, sobre todo, construir el proyecto de una realidad, es decir, de una sociedad más justa y humana, que no produzca demanda para eludir, sino para vivirla.

El enfoque principal de una política alternativa del control de la drogodependencia ya está presente en las recientes tendencias de algunos legisladores europeos hacia la despenalización del consumo y de la tenencia de la droga con este fin. Piénsese, por ejemplo, en las legislaciones española, holandesa, italiana y alemana. Pero las experiencias en estos y otros países muestran que para lograr una verdadera despenalización del consumidor es necesario ir más allá de las actuales legislaciones y, sin temer acabar con tabúes profundamente arraigados en nuestras sociedades, plantear una política de despenalización y de control alternativo al penal, también en el sector de la producción y del tráfico. Sin este paso ulterior, el tratamiento del consumidor, alternativo al penal, seguirá siendo una utopía, pues, como sabemos, todavía la mayor incidencia de la justicia criminal se realiza sobre los consumidores.

Quizás una política general de despenalización sea al final una utopía más concreta, es decir, más realizable que la perseguida por nuestras legislaciones. Dicha política parece todavía impopular; pero ello es así porque se con-

funde despenalización con desreglamentación, como si acabando con el empleo del instrumento penal, producción, tráfico y suministro de drogas quedarán sin algún control por parte del Estado y de la comunidad. Los expertos y los estudiosos favorables a un cambio de la actual política antidroga están lejos de creer que despenalización signifique esto. Significa, en cambio, sólo la eliminación parcial de la intervención de un sistema de control con escasa eficacia y graves efectos negativos, y, al mismo tiempo, dar mayor espacio y recursos a la intervención de sistemas más adecuados, como el informativo-educacional y el terapéutico asistencial. Normas administrativas de control, apoyadas por sanciones adecuadas y razonables, serían de todas formas necesarias en el caso de una despenalización de la producción y del tráfico³⁶. Se trata, entre otras cosas, del control de la calidad de las sustancias, de la prohibición de suministrarlas a menores y drogadictos, del control del uso de drogas en el ámbito del transporte vehicular y en ciertos trabajos, de la prohibición de publicidad (para extenderla, naturalmente, a todas las drogas peligrosas, incluidas las que hoy son lícitas); se trata, en fin, del control administrativo y fiscal de la actividad productiva y comercial relacionada con la droga, para impedir la formación de monopolios y nuevas formas de ingerencia de la criminalidad organizada en este sector, e igualmente de establecer nuevas relaciones políticas internacionales entre iguales e intervenciones no represivas y destructivas tendentes a incentivar la producción agrícola alternativa en los países productores para devolver la producción de los cultivos base de la droga a sus originarios límites culturales y tradicionales.

NOTAS

1. Para una profundización de los principales conceptos de una teoría de los sistemas sociales, en particular para los conceptos de autorreferencialidad y de autorreproducción («autopoiesis»), se reenvía a la obra fundamental de Niklas Luhmann, aquí utilizada, sin que las hipótesis y las tesis presentadas en este trabajo constituyan aplicaciones «ortodoxas» de su teoría sistémica. Véase últimamente N. LUHMANN, *Soziales System. Grundrisse einer allgemeinen theorie*, Frankfurt a. Main, 1981. Para la disensión de algunas aplicaciones de la teoría sistémica de Luhmann al Derecho Penal, véase A. BARATTA, *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en *Doctrina Penal VIII* 29, págs. 3-26.
2. Véase W. y D. S. THOMAS, *Situations defined as Real are Real in Their Consequences*, en P. ST. GREGORY, A. F. HARVEY, *Social Psychology through Symbolic Interactions*, Massachusetts-Toronto, págs. 154-155.
3. Sobre la «construcción» de los problemas sociales y el papel de los «empresarios morales» en el marco sociológico del interaccionismo simbólico, véase M. SPECTOR, J. KITSUSE, *Constructing Social Problems*, Menlo Park (Cal.), 1976. Sobre la teoría de los problemas sociales y de la «construcción social» de la realidad, así como para la discusión del interaccionismo simbólico y sus consecuencias en criminología, véase A. BARATTA, *Problemi sociali e percezione della criminalità*, en «*Dei delitti e della pena*», I, 1, 1983; A. BARATTA, *Criminología crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, Méjico, 1986.
4. Véase ROBERT K. MERTON, *The self-fulfilling prophecy*, en *Social theory and social structure*, Illinois, 2.ª edición, págs. 421-436. Para un interesante desarrollo del concepto de «self-fulfilling prophecy» véase J. YOUNG, el cual, refiriéndose a la acción de la Policía, habla de «transferencia de la fantasía en la realidad: «*The role of the Police as amplifiers of deviancy, negotiators of reality, and translators of fantasy in images of deviance*», Londres, 1971.
5. Las actitudes y las políticas con respecto a la transformación del papel de la Justicia y de los jueces y a la reforma de las prerrogativas y las responsabilidades de los jueces están en nuestros días en el centro de la discusión en Italia, sin que los «frentes» de la controversia correspondan rigurosamente a las clásicas diferencias ideológicas entre las distintas áreas sociales y políticas y los correspondientes medios de comunicación.
6. Véase, entre otros, S. COHEN, J. YOUNG, *The manufacture of news*, London, 1974; V. MEUDT, *Drogen und Öffentlichkeit*, München, 1977.
7. Referencias en St. QUENSEL, *Gedankengefängnisse und ihre drogenpolitische wirksamkeit*, en St. Quensel, *Drogenland, cannabis, heroin, methadon: für eine neue Drogenpolitik*, Frankfurt a. Main, 1982, págs. 23-44 (32). La unidimensionalidad (privilegiando los aspectos punitivos) y la homogeneidad de la imagen del problema de la droga en los diferentes medios resulta también de una investigación llevada a cabo sobre la prensa española en el período de septiembre de 1985 a mayo de 1986. Véase J. L. PRIETO, *La imagen de la droga en la prensa española*, en «Comunidad y drogas» 4, 1987, págs. 29-45.
8. Véase V. MEUDT, op. cit. (nota 6).
9. V. MEUDT, op. cit. (nota 6), pág. 201.
10. Para los conceptos de *mundos de vida* y su *colonización* por parte del *sistema* (político-económico) en general véase J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen handelns*, II, *Zur Kritik der funktionalistischen vernunft*, Frankfurt, 1981.
11. Véase, en este sentido, L. HULSMAN, *Drug Policy as a source of drug problems and a vehicle of colonization and repression*, en CH. KAPLAN, M. KOOYMAN, W. SENGERS (a cargo de), *Proceedings of the second workshop on Drug Policy orientad research*, Rotterdam, 1985, págs. 44-81.
12. Véase, para este enfoque, el reciente libro de G. STATERA, *La politica come spettacolo*, Roma, 1987.
12. bis. El porcentaje de presos drogadictos varía según las situaciones locales y las distintas cárceles. Pero frecuentemente se alcanzan porcentajes alarmantes. Véase, para un ejemplo en España, R. BONAL, *Dades basiques per el treball social penitenciarí*. Informe publicado por la Dirección General de Serveis Penitenciaris de Justicia de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985.
13. Sobre este concepto véase G. SCHMIDTCHEN, *Die befragte nation*, Freiburg, 1959.
- 14N Véase L. HULSMAN, op. cit. (nota 11); A. PILGRAM, *Die Kosten der Kriminalisierung des Drogenkonsums*, en R. MADER, H. S. STROTZKA (a cargo de), *Drogenpolitik zwischen Therapie und Strafe*, Viena, 1980, págs. 117-148; S. SCHEERER, *Drogenkontrollen*, en S. SCHEERER, I. VOGT (a cargo de), *Drogen und Drogenpolitik. Ein Handbuch*, manuscrito de próxima publicación.
15. W. SENGERS, *On search of major problems about. The prevention of junkyzation*, en CH. KAPLAN, M. MOOYMAN, W. SENGERS, op. cit. (nota 11).
16. Véase C. R. SANDERS, *Caught in the can-game. The young white drug user's contact with the legal system*, en «*Law and society*, IX, 2, 1975, págs. 197-217.

17. ST. QUENSEL, op. cit. (nota 7), pág. 35.
18. Véase, para esta interpretación, F. SACK, H.; STEINERT, *Protest und Reaktion. Analysen zum Terrorismus*, a cargo del Bundesminister des Inneren, vol. IV, Opladen Westdeutscher Verlag, 1984.
19. Para una relativización de la imagen del consumidor de heroína construida exclusivamente sobre el drogodependiente véase, entre otros, G. AARNAO, *Il dilemma eroina*, Milano, 1985.
20. Véase C. CALVARUSO, *Droga in Europa: qualità delle esperienze a confronto*, en *Comunicazione e droga, Atti den Convegno «Droga e flussi informativi in Europa»*, Roma, 11-13 noviembre 1985, Roma, 1986, págs. 17-25 (20).
21. Véase L. HULSMAN, op. cit. (nota 11), pág. 70 ss.
22. bis. En una recentísima investigación realizada por el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para la Defensa Social (UNSDRI-Roma) sobre medidas penales en el campo de la droga en un número representativo de países con diversos sistemas políticos y diversos niveles de desarrollo, se señala la tendencia de las legislaciones penales en materia de la droga a apartarse de los principios generales del Derecho. Cfr. UNSDRI, *Drug and Punishment. An up to date interregional survey on drug-related offenders*, Roma, 1988.
23. Sobre el concepto de «crímenes sin víctimas» véase E. D. SCHUR, *Crimes without victims. Deviant behavior and public Policy*, Prentice Hall, New Jersey, 1965.
24. Véase H. H. SKOLICK, *Justice without trial*, Nueva York, 1973.
25. Véase A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, en «Dei delitti e delle pene», III, 3, 1985, págs. 443-473.
26. En este sentido, con respecto a la legislación española y a los actuales proyectos de reforma, véase J. L. DIEZ RIPOLLES, *La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente*, en «Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales», XL, 2, 1987, págs. 347-400; C. GONZALEZ ZORRILLA, *Drogas y control social*, en «Poder y control», 2, 1987, págs. 49-65.
26. bis. Véase E. ECHEBURUA, P. DE CORRAL, *Tratamiento psicológico de la recaída en el alcoholismo*, en Ponencias en el II Congreso Mundial Vasco, Congreso de Drogodependencias, San Sebastián, 7-11, septiembre 1987, págs. 388-402.
27. Referencias en PILGRAM, op. cit. (nota 14), pág. 143.
28. Véase H. J. KUNZ, *Marktsysteme und information. «Konstitutionelle unwissenheit» als quelle von «Ordnung»*, Tübingen, 1985, pág. 93 ss.
29. Véase A. BARATTA, *Notas para una teoría de la liberación*, en «Poder y control», 1, 1987, págs. 107-118.
30. Véase R. K. MERTON, *Manifest and latent functions*, en *Social theory and social structure*, Illinois, 2.ª edición, 1957, págs. 19-84. Sobre las funciones latentes del sistema penal véase H. STEINERT, *Über die funktionen des Strafrechts*, en M. NEIDER (a cargo de) *Festschrift für Christian Broda*, Viena, 1976; G. SMAUS *Technokratische Legitimierung des Strafrechts*, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», VI, 1, págs. 90-103; A. BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal*, en «Poder y control», n.º 0, 1986, págs. 77-92.
31. Véase M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 5.ª edición, Madrid, 1981.
32. Véase entre otros C. W. LIDTZ, A. L. WALKER, *The «Drug Crisis». Doing morality as a societal process*, en C. W. LIDTZ, A. L. WALDER, *Heroin, Deviance and morality*, London, 1980, págs. 35-85.
33. Para unas primeras indicaciones en esta dirección de análisis véase R. DEL OLMO *La cara oculta de la droga*, en «Poder y control», 2, 1987, págs. 23-48; F. CARASQUILLA, *Hacia una alternativa en la política de las drogas en América Latina*, resumen de la conferencia presentada en las «Jornadas hispano-colombianas sobre la legislación y el tratamiento de la droga», Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, págs. 21-23, noviembre 1987.
34. Véase ST. QUENSEL, op. cit. (nota 7).
35. Véase A. BARATTA, *Die kritische Kriminologie und ihre Funktion in der Kriminalpolitik*, en «Kriminalsoziologische Bibliographie», XII, 49, 1985, págs. 38-51.
36. Véase J. L. DIEZ RIPOLLES. op. cit. (nota 26).

Carlos González

Política criminal y drogodependencias

1. EL FENOMENO DE LAS DROGODEPENDENCIAS COMO PROCESO DE INTERACCION ENTRE CUATRO VARIABLES

El enfoque metodológico con que se va a abordar el problema de las drogodependencias en relación a la política criminal analiza el problema de la drogodependencia no como un fenómeno estático, como una realidad social que podamos aprehender con la mera constatación de los procesos ligados a la producción, tráfico y consumo de las drogas; ni siquiera, estudiando la mera relación estadística entre el consumo de drogas y la comisión de delitos ligados a dicho consumo.

La comprensión global del problema exige, a mi modo de ver, analizar los complejos procesos interactivos entre, al menos, cuatro variables diferentes:

- 1) La definición del «problema-droga» como un conjunto de actividades situadas al margen de las normas, perteneciente a las llamadas «conductas desviadas» y, por ende, consideradas perseguibles penalmente.
- 2) La dimensión simbólica del fenómeno en la sociedad, las imágenes sociales prevalentes sobre la «cuestión-droga» que son, al mismo tiempo, producto y discurso legitimador de la opción penal.
- 3) La influencia de los dos factores anteriores sobre la vivencia del consumo de drogas entre los propios usuarios y sobre los sistemas institucionales de prevención y atención de las drogodependencias.
- 4) Por último, la relación de los tres parámetros anteriores con la estructura de los mecanismos de producción y distribución de la sustancia «droga».

Todos estos elementos o dimensiones del problema, interactúan entre sí de manera compleja dando lugar a lo que Baratta ha denominado un «sistema autorreferencial» en el que la criminalización es el «elemento cualificante» en el sentido que «la reacción social criminalizadora y marginadora produce por sí misma la realidad que la legitima».

Por eso es tan acertado el título de estas jornadas, porque ponen de manifiesto que no pueden analizarse separadamente reformas penales, realidad social de las drogodependencias y mecanismos institucionales de atención. Que la reforma penal no sólo condiciona, sino de alguna manera asume el papel definidor de

la realidad social de las drogas, y en consecuencia, de cualquier programa de prevención y atención a las personas que padecen la toxicomanía.

Vale la pena pues analizar, siquiera sea brevemente, las principales características de la reforma (no como estudio dogmático de la misma, sino tan sólo de los aspectos esenciales a efectos de definición de la política criminal) que se está discutiendo. Pero antes de entrar en ese análisis mismo, vale la pena repasar brevemente la evolución de la política penal en España sobre este tema.

2. LA POLITICA PENAL EN ESPAÑA Y SU EVOLUCION

2.1. La situación antes de la reforma de 1983

Nuestro país se incorporó a la política criminal diseñada por las N.N.U.U. en el Convenio Unico de 1961, mediante Ley de 15 de noviembre de 1971 que modificó el art. 344 del Código Penal.

Las principales características de aquel texto (y sus principales críticas) podrían ser:

- 1) Descripción prolija de las conductas punibles (cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico) a las que, sin embargo, el legislador añadía una cláusula de incriminación abierta del tenor: «o los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso».
- 2) Ausencia de definición legal del objeto material del delito («drogas tóxicas o estupefacientes») que la jurisprudencia entendió que se referían a los contenidos en las listas anexas al Convenio Unico de las N.N.U.U. de 1961.
- 3) Rigor en las penas (prisión mayor: de 6 años y un día a 12 años) y no diferenciación por razón de la peligrosidad de las sustancias.
- 4) Amplísimo arbitrio judicial, pues en atención a «las circunstancias del culpable y del hecho» se podían rebajar o aumentar las penas en un grado, con lo cual el marco penal se convertía en casi indeterminado por abarcar desde los 6 meses y un día a los 20 años.
- 5) Indeterminación en cuanto a la incriminación de la tenencia para el consumo.

La regulación fue criticada ásperamente por una buena parte de la doctrina por no respetar los principios derivados del principio de legalidad.

- a) Principio de *interacción mínima*:
Se pretende resolver un problema social mediante el recurso a la pena, sin acudir a otras vías de intervención.
- b) Principio de *proporcionalidad*. Se pena la invitación a un «porro» más que el auxilio al suicidio.

- c) Principio de *determinación legal de la conducta punible*: La cláusula abierta de incriminación produce la mayor inseguridad jurídica.
- d) Principio de *determinación de la pena*.
Excesivo arbitrio judicial sin referencia clara a los presupuestos de atenuación y agravación.

Estas críticas, fueron desgraciadamente avaladas por la realidad: A pesar de la doctrina jurisprudencial sobre la no punición del consumo y de la tenencia para el consumo, la criminalización afectaba de manera masiva a toxicodependientes y eslabones más bajos de la cadena del tráfico, lo que dio lugar a la Reforma Urgente parcial del 1983 que en parte seguía las propuestas formuladas en el Proyecto de Nuevo Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

2.2. La reforma de 1983 y sus principales características

En 1983 se aprobó una nueva reforma del art. 344 aún vigente que supuso:

- 1) Supresión de las cláusulas abiertas de incriminación.
Sólo son punibles los actos de cultivo, fabricación, tráfico y la posesión con fines de tráfico.
- 2) Rebaja importante de las penas y diferenciación por razón de la peligrosidad de las sustancias.
Las llamadas «drogas blandas» sólo podrán llegar hasta los 6 meses.
Las llamadas «drogas duras» sólo hasta los 6 años.
- 3) Determinación legal de las agravantes.
 - Unidades militares.
 - Establecimientos penitenciarios.
 - Pertenencia a una organización para traficar.
 - Cantidad de notoria importancia.

47

Las penas máximas previstas en estos casos son de 6 años para las «drogas blandas» y 12 años para las «drogas duras».

- 4) Introducción de los psicotrópicos como objeto material del delito.
A pesar de que la nueva legislación seguía teniendo vacíos importantes (no posibilidad de atenuación por razón de la indeterminación de las sustancias «peligrosas» o de la «notoria importancia»...etc), la reforma constituía un paso adelante en el intento de poner racionalidad en el tema y de restituir al derecho penal a sus principios constitucionales.

2.3 Evolución de la situación en el periodo 1983-1987

Desde 1983, y a modo de brevísimo repaso se han producido en nuestro país, los siguientes fenómenos ligados al tema:

- Presentación en los medios de comunicación nacionales y, sobre todo, extranjeros de la reforma como una «despenalización de las drogas en España».
- Aumento de la presión de los organismos internacionales sobre España para que modifique su legislación en vista al «mal ejemplo» que supone en Europa, junto con Holanda.
- Presión interna de los opuestos al camino que la reforma suponía, y a la búsqueda de una nueva racionalidad en la acción estatal contra las drogas que, entre otras cosas, supone la dimisión del fiscal especial J. Jiménez Villarejo.
- Actuación desdichada en la represión de los grandes traficantes, debido, por decirlo suavemente, a disfunciones dentro del sistema judicial (Ej: caso Bardellino)
- Aumento de la presión de la opinión pública (sobre todo de los sectores sociales más pobres, y de las madres de drogadictos) que exigen una mayor actuación contra el tráfico y denuncian la corrupción policial.
- Cambio en las posturas defendidas por los partidos de izquierda ante las drogas en un intento de no dejarse ganar el terreno por la derecha.
- Aprobación del Plan Nacional sobre Drogas, que, sin embargo, se presenta ya con una voluntad de endurecimiento de la represión penal.

2.4 El proyecto de reforma de 1987

El nuevo proyecto de reforma presentado por el Gobierno, junto a otras modificaciones, supone, en los parámetros que estábamos analizando:

1. Un extraordinario endurecimiento de las penas previstas.

Para las drogas nocivas pueden llegar a los 23 años y cuatros meses.

Para las otras, hasta 17 años y 4 meses.

Con lo cual se superan, no sólo las penas del auxilio al suicidio, sino que se entra de lleno en la equiparación con las penas del homicidio y aun del asesinato.

2. Introducción de nuevo de cláusulas abiertas de incriminación: «Los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo.»
3. Introducción de nuevas agravantes específicas tales como la de que las drogas «hubieran sido adulteradas, incrementando el posible daño a la salud».
4. Introducción de un nuevo supuesto de suspensión condicional de la pena a los condenados que acrediten que delinquieron por razón de su dependencia de las drogas y se hallen rehabilitados o en proceso de deshabituación.

5. Introducción de nuevas figuras legales destinadas a perseguir a quienes se aprovechen de los efectos y beneficios derivados del tráfico de drogas.

La introducción de esta nueva modificación, a tan sólo cuatro años de la anterior y respondiendo a una filosofía radicalmente diferente, ha venido apoyada en un discurso legitimador que a continuación pasamos a analizar.

3. EL DISCURSO LEGITIMADOR DE LA REFORMA DE 1987 Y SUS PRINCIPALES ELEMENTOS

El endurecimiento o la propuesta de endurecimiento de la legislación penal ha venido acompañado de un paralelo endurecimiento del discurso legitimador de la opción criminalizadora que se ha hecho más rígido, más impermeable, más unilateral, basándose en:

1. Una lectura parcial de las manifestaciones de las madres de drogadictos y de las coordinadoras de barrios. A la demanda de que «el Gobierno haga algo», que refleja el dolor y la desesperación de los sectores sociales más desfavorecidos que sufren la doble explotación derivada del tráfico de drogas y de la respuesta penal únicamente orientada a golpear en esos sectores, se responde de dos formas diferentes:

- a) Ignorando las denuncias en cuanto a corrupción policial y en cuanto a la arbitrariedad selectiva de la represión en contra de los más débiles.
- b) Interpretando que, la petición de que el Gobierno actúe con mayor eficacia contra la droga, quiere decir, obviamente, aumentar las penas.

2. Un discurso subliminal que pretende difundir la idea de que nuestra integración europea, poco menos que pasa, por la dócil aceptación de las recomendaciones de los organismos internacionales, léase de los EE.UU., desoyendo, no sólo voces y ejemplos internacionales de signo contrario, sino incluso la propia opinión de los sectores de izquierda del Parlamento Europeo (socialistas, comunistas y Arco Iris) en un sentido opuesto al aumento de la criminalización (Díez Ripollés) y que denuncia la ineficacia de la política penal y se interroga sobre la conveniencia de legalizar el tráfico de drogas legales e ilegales.

3. Pero, además, como justificación última de la opción criminalizadora se baraja la «necesidad» de que así sea. En el reciente debate sobre la enmienda a la totalidad presentada por el representante del grupo mixto J.M. Bandrés, se ha argumentado sobre la inconveniencia de la despenalización y sobre la necesidad del aumento de las penas, con cinco razones diferentes que pueden agruparse en tres:

- a) La penalización es necesaria para evitar el aumento de los consumidores y para luchar contra el tráfico organizado.

- b) Es necesaria para transmitir a la sociedad un mensaje pedagógico favorable sobre un determinado modelo de protección de la salud.
- c) Es necesaria para reafirmar la legitimidad del «ius puniendi» estatal como protector del bien jurídico «salud pública».

Vale la pena que analicemos por separado cada uno de dichos argumentos.

4. LA «NECESIDAD» DE Oponerse AL TRAFICO Y CONSUMO DE DROGAS MEDIANTE LA CRIMINALIZACION

Hasta ahora, el discurso oficial sobre la respuesta al fenómeno droga se basaba en dos estereotipos o imágenes complementarias:

- a) La primera identifica la droga como un fenómeno *típicamente juvenil* que hace de la droga un factor de afirmación *contra* la sociedad y en consecuencia, potencialmente *relacionado con la delincuencia*.

50

- Asociación droga-delinuencia en *todos los medios de comunicación*.
 - La «droga» (sin distinción de sustancias de efectos o de modelos de consumo) se convierte en la representación simbólica de la contraposición entre la cultura de los «normales» y la subcultura de los «desviados».
 - La respuesta social basada en un estereotipo es lógicamente la respuesta penal, sea a través de la pena, sea a través de las medidas de seguridad.
- b) El segundo identifica la drogodependencia con enfermedad, al drogadicto como un enfermo (al menos hasta la aparición del SIDA, la droga era la «epidemia del s. XX»).
 - Se produce lo que se ha llamado el «fetichismo de la sustancia». La droga aparece como un ente mágico, de propiedades demoníacas, externo a la sociedad y que infecta el cuerpo social sano.
 - La lucha contra la droga se produce así en términos más ideológicos y morales que racionales. Se pide un posicionamiento claro y en contra.
 - La respuesta se produce en términos medicalizantes, en presupuestos «terapéuticos».
- c) Pues bien, ese discurso ha experimentado, en los EE.UU. primero y en nuestro país en fechas recientes, un salto adelante: comienza a afirmarse lo que Rosa del Olmo ha llamado el «discurso jurídico transnacional», la identificación del enemigo ya no como la sustancia-droga, sino como el «ejército» que hay detrás del tráfico, a veces incluso con los países que están detrás

del tráfico, y la respuesta comienza a adquirir dimensiones militares o cuasimilitares.

La «guerra contra la droga» así planteada adquiere tonos de «cruzada» que hacen imposible una aproximación racional al tema. Lo que se busca es una mera identificación ideológica que ofrezca un frente sin fisuras frente al enemigo externo. Cualquier intento de discutir el tema interrogándose sobre la necesidad y, sobre todo, sobre la eficacia de la respuesta penal es visto con inmediata sospecha de que uno sea una especie de «quintacolumnista» de los traficantes en el campo de los «normales».

Lo que ocurre es que dicha cohesión ideológica se logra a costa de un altísimo precio. Un precio que se produce en forma de efectos secundarios o efectos perversos que afectan tanto al consumo como al tráfico de drogas.

- 1 En primer lugar, la experiencia histórica enseña que la penalización no reduce las tasas de consumo. Lo que sí hace es modificar la estructura de la población consumidora, acentuando los rasgos de marginación y exclusión social de la misma.
- 2 En segundo lugar la penalización y el discurso que la legitima, aumenta el atractivo de la droga como factor de identificación para los jóvenes. La «droga» aparece como símbolo de oposición de una sociedad hipócrita e injusta y ser toxicómano se presenta como algo «importante», como una imagen que al mismo tiempo provoca rechazo y compasión y que ofrece un importante atractivo para adolescentes en proceso de búsqueda de su propia identidad.
- 3 Difunde una imagen tranquilizadora para la sociedad. Si se trata de un mal externo, sobre el que puede desplazarse la carga problemática de los conflictos sociales, no tiene sentido interrogarse sobre las razones de la demanda, sobre los complejos procesos de incorporación a la cultura juvenil y sobre las graves carencias sociales que está poniendo de relieve.
- 4 Aumenta la tendencia de los propios toxicómanos a la pasividad y a la irresponsabilización. Si se trata de una epidemia, contra la que no es posible luchar, no merece la pena movilizar los recursos personales que podrían facilitar un proceso de recuperación.
- 5 La presión punitiva y policial tiende a elevar los precios, controlar la superabundancia y estabilizar el mercado con precios halagadores. Como ha puesto de relieve Fernández Carrasquilla, en las Jornadas hispano-colombianas celebradas en Barcelona recientemente, *«el control policiaco penal posiblemente no es inefectivo, ya que logra controlar la superproducción; pero produce a la vez el efecto paradójico de que, al subir los precios en proporción a su intensidad y dureza, estimula la actividad productiva que, no pudiendo desplegarse ya por doquier, se concentra monopolíticamente en una pocas manos, generándose de este modo una muy peligrosa acumulación de poderío socio-económico en los grandes "capos"»*.

En definitiva, la criminalización ha convertido el tráfico de drogas en uno de los negocios más fabulosos del mundo, facilitando la creación de sistemas de poder paralelo, conectados a otros tráficos ilegales como el tráfico de armas y el tráfico de divisas, y que hoy se presentan como potenciales competidores de los poderes democráticamente legitimados.

El «fracaso» en la lucha contra el tráfico, sirve paradójicamente para aumentar la criminalización que ha demostrado su fracaso.

«El sueño de la razón produce monstruos». El abandono de la racionalidad ha producido un monstruo, —el tráfico organizado de drogas— que legitima la exasperación del discurso penal y criminalizador, que exaspera en definitiva la irracionalidad.

5. LA NECESIDAD DE TRANSMITIR UN MENSAJE PEDAGOGICO POSITIVO A LA SOCIEDAD

La segunda de las razones apuntadas afirma que la penalización contribuye a difundir en la sociedad un mensaje pedagógico de oposición a las drogas, necesario para salvaguardar la salud pública.

Como ya puso en evidencia el funcionalismo, desde Durkheim, el papel de la criminalización y de la pena, *«su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común»*. De este modo, *«el castigo... es elemento básico del código moral que sirve de fundamento a toda sociedad... El derecho represivo permite, como ningún otro, el cerrar filas a las conciencias rectas: gracias a él, les es dado separar el trigo de la cizaña. De donde se desprende que... el establecimiento, imposición y ejecución de la pena, se dirige de hecho más a la gente de orden que a los infractores de la norma.»*

Como en su día analizó Gusfield en torno a la prohibición del consumo de alcohol en los Estados Unidos: *«los movimientos sociales que propugnaban el control sobre el consumo de alcohol pueden ser vistos (como reacción) frente a profundas emociones de miedo, frustración y desconfianza expresada por una clase social en franca decadencia: la clase media rural cuyos ideales de mucho trabajo, piedad y sobriedad... se enfrentaban a una lucha de tipo cultural con el cambio de siglo»*.

Hoy, en momentos de profundas transformaciones de las sociedades capitalistas avanzadas, la identificación de la criminalidad, como ha puesto de relieve Baratta, cumple un papel de conservación y estabilización social en un doble sentido:

- Como reproducción de la estructura material, en cuanto la imagen de los delincuentes («y de los drogadictos») refleja la imagen de los sectores más desfavorecidos, lo que refuerza la distancia social y la barrera entre la mayoría integrada y la minoría marginada.

- Como reproducción de la estructura ideológica, en cuanto la penalización y las imágenes sociales que produce, tiende a aislar una pequeña parte de la población concentrando sobre ella la responsabilidad de todo lo que es negativo en la sociedad, reforzando la cohesión ideológica de los «normales» y dividiendo a las propias clases subalternas entre conformistas (no criminalizados) y grupos marginalizados.

Desde ese punto de vista, el aumento de la legislación represiva y el ofrecimiento contradictorio de alternativas terapéuticas a los drogodependientes criminalizados, no serían sino las dos caras de la misma moneda, los dos polos de referencia de una opción político-criminal que ha de responder a una demanda social ambigua, entre la imagen del drogadicto-delincuente y el drogadicto-enfermo.

Pero una vez más, esa ficticia cohesión social se logra a un precio elevadísimo.

1. En primer lugar, establece una barrera entre drogodependientes y «normales», potenciando la agregación subcultural de aquéllos y dificultando sus procesos de incorporación social.
2. Impide una auténtica política preventiva en la medida que impide ofrecer explicaciones racionales a los jóvenes (ej: diferencia de status legal entre el alcohol y la cannabis), privilegiando los mensajes «terrorista» absolutamente antipreventivos (ej: el programa de la T.V. «repetido» sobre el «crack»).
3. Impide una aproximación educativa basada en la convicción y en la difusión de mensajes positivos, en la medida que directa o indirectamente esa política aparece relacionada con la intimidación y la represión.
4. Aumenta los procesos de delegación impidiendo medidas de autorregulación social de manera similar a como ocurre con las drogas institucionalizadas.
5. «Pervierte» el sistema sanitario, al que se obliga a realizar funciones de control.
6. En la medida en que establece «alternativas terapéuticas» sólo para los drogadictos, al margen de un discurso global sobre la crisis del sistema penitenciario en su conjunto, difunde un mensaje a la sociedad mixtificador e incluso «tóxico» en la medida que la condición de toxicómano aparece como condición para evitar la cárcel.
7. Privilegia las estructuras asistenciales más cerradas y disminuye la conciencia de la necesidad de salvaguardar las garantías y los derechos individuales de los sometidos a un programa de rehabilitación.
8. Establece una nueva jerarquía de los problemas sociales. La droga, o mejor, el discurso criminalizador, aparta la atención pública de otros problemas sociales de extraordinaria mayor importancia y mitiga la gravedad de otras conductas muchísimo más lesivas para los intereses colectivos.

En definitiva, en lugar de transmitir un mensaje pedagógico positivo a la sociedad, la criminalización aumenta la desresponsabilización social, impide afrontar los problemas complejos que ofrece la incorporación de los jóvenes a la vida social y ofrece oportunidades e instrumentos de control sobre los sectores sociales más débiles que impiden poner en marcha recursos de atención y promoción social no marginalizantes.

6. LA NECESIDAD DE LEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL COMO PROTECTOR DE BIENES JURIDICOS

El último de los argumentos esgrimidos para justificar la criminalización de las drogas se refiere a la necesidad de salvaguardar la fundamentación del sistema penal, como sistema de tutela rigurosa de los bienes jurídicos, tutela que se vería gravemente comprometida si, en opinión de los defensores del aumento de la criminalización, el sistema penal hiciera posible o estimulara la lesión del bien jurídico salud pública mediante la no punición de las conductas favorecedoras del consumo de drogas.

Ahora bien, como es sabido, la función del sistema penal como protector de los bienes jurídicos considerados esenciales por la sociedad tiene, en un Estado de Derecho, límites derivados de algunos principios fundamentales, y de las garantías jurídicas de los ciudadanos frente al control estatal.

Dos de esos principios, el principio de intervención mínima y el principio de legalidad, tienen especial relevancia.

El *principio de intervención mínima* supone que previamente a la imposición de una pena es obligada una doble constatación:

- a) Que se trata de intereses sociales *esenciales* para la colectividad y no de meras opiniones sobre lo que es bueno o sano para los individuos o de meros principios morales.
- b) Que aun tratándose de conductas que lesionen intereses sociales esenciales, previamente a la adopción de las sanciones penales deberá quedar claro que el recurso al derecho penal es la *única* forma efectiva de garantizar ese bien jurídico.

Como ha dicho Hulsman, aun si se llegará a la conclusión de que el comportamiento favorecedor del consumo de drogas deba ser considerado gravemente nocivo para la sociedad, ello no entraña necesariamente la conclusión de que deba ponerse en marcha el mecanismo penal para contrarrestarlo. Con carácter previo deberán responderse algunas de las siguientes preguntas: ¿La puesta en marcha de esos mecanismos es eficaz para disminuir o canalizar ese comportamiento indeseable? ¿Los medios que se ponen en marcha son aptos para tal fin? ¿Cuál es el precio a pagar (económico, social e individual) para lograr el objetivo? ¿Existen otros medios menos costosos a los que poder recurrir?

Pues bien, como ha puesto de relieve la práctica de la criminalización hasta nuestros días, el principio de intervención mínima está gravemente amenazado por la legislación represiva en materia de drogas. Como dijo E. Lamo de Espinosa «*al margen de si el derecho penal debe o no tratar de imponer una moral (lo cual está implícito en la absurda división entre drogas legales e ilegales) está la cuestión de si puede hacerlo. Pues, obviamente, la coacción penal es útil y eficaz para conseguir algunas cosas pero no todas... ¿Es eficaz para controlar el tráfico y consumo de productos tóxicos y estupefacientes? La respuesta es muy tajante: no lo es en absoluto. Es más, no sólo no es eficaz sino que es contraproducente: no sólo no elimina un tipo de delincuentes, sino que genera nuevos tipos; es pues criminógeno*».

La obsesión de la criminalización está haciendo avanzar la legislación internacional (sobre todo a partir de los trabajos para la elaboración de una nueva Convención contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas) pero también la legislación de nuestro país, en un proceso que pone en peligro principios fundamentales de todo Estado de Derecho.

No hay tiempo en el espacio de esta ponencia para analizar con más calma los gravísimos problemas que plantean los nuevos proyectos de legislación en el plano internacional. Basten aquí algunos apuntes del peligro que corren principios esenciales, constitucionalmente proclamados, para limitar y garantizar la aplicación del sistema penal, las nuevas propuestas de reforma del art. 344 del C. Penal.

55

1. El principio de igualdad

Un sistema que se presenta como protector de los potenciales consumidores de drogas frente a los grandes traficantes, acaba por aplicarse de manera selectiva y discriminatoria, afectando sobre todo a los propios drogodependientes o a los pequeños traficantes y no a las grandes organizaciones mafiosas.

2. El principio de legalidad

Que supone la descripción clara y precisa de la conducta incriminada, se ve gravísimamente amenazado por la introducción de cláusulas de incriminación indeterminada —«los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo»— que crean la más grande inseguridad jurídica sobre cuál sea la materia de prohibición.

3. El principio de proporcionalidad

Como ha dicho Vives Antón «*para que la punición sea constitucionalmente legítima ha de ser adecuada, para proteger efectivamente los bienes jurídicos y, finalmente, ha de ser, en sentido estricto, proporcionada al mal que la infracción representa*». Pues bien, dejando ahora al margen el tema de la necesidad y de la adecuación ya vistos al analizar el principio de intervención mínima, el propio Vives Antón al referirse a las penas aún vigentes señala «*por graves que sean*

las consecuencias del tráfico de drogas, el principio de proporcionalidad impide elevar el «quantum» de las penas actuales. A tenor de las mismas, un hecho que, en sí mismo considerado, podría incluso resultar inocuo, por el peligro abstracto que conlleva puede llegar a ser sancionado con doce años de prisión. Por muy drástica que pueda ser la medida de la proporción —continúa Vives Antón— parece claro que no autorizaría a rebasar ese límite, por encima del cual comienza la pena del homicidio».

Pues bien, como ya hemos visto, no sólo se ha rebasado en la reforma hoy en discusión ese límite, sino que se ha superado con creces entrando de lleno en la penalidad más grave de las previstas en el Código Penal: La pena de reclusión mayor reservada a los delitos más graves contemplados en el texto penal.

- 56
4. Pero, además, la criminalización de este tipo de conductas, que entran dentro de los llamados «delitos sin víctima», favorecen una enorme «cifra oscura», esto es, que el porcentaje de delitos efectivamente sancionados sobre los inicialmente previstos como punibles, es bajísimo, lo que permite zonas de mediación y negociación entre la policía y los posibles infractores de la norma penal, no sujetas a ninguna garantía jurídica, lo que acentúa los rasgos de desigualdad y arbitrariedad en la aplicación de la ley penal y alienta la presencia de corrupción policial en la gestión del «problema droga».
 5. Por último, y como efecto secundario, la utilización de la legislación penal como forma de responder a la demanda social de intervención eficaz sobre el problema, debilita la necesaria contemplación del fenómeno criminal en su conjunto y aplaza la discusión sobre la reforma en profundidad del sistema penal.

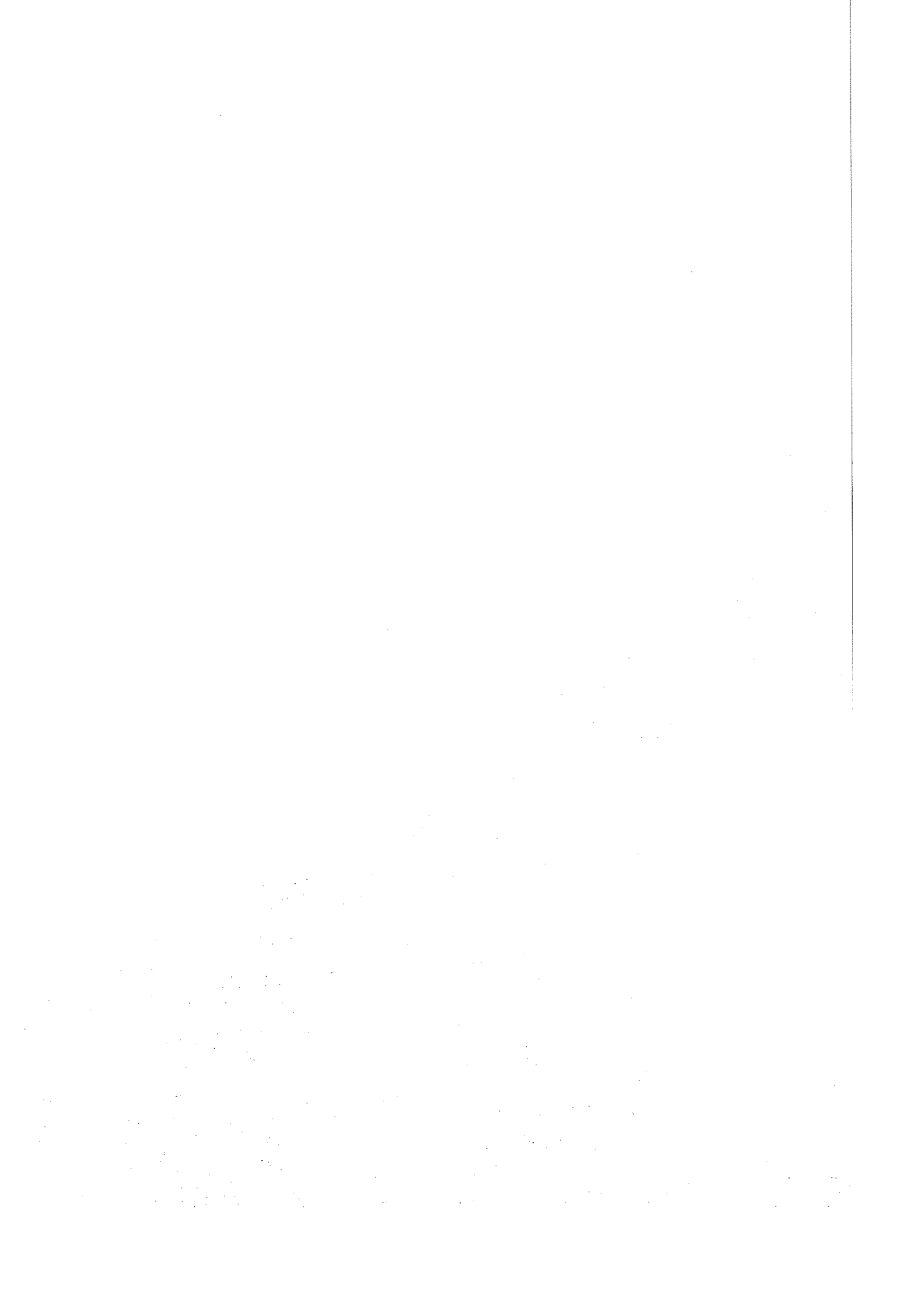
A este respecto la introducción de un artículo como el 93 bis, sin modificar sustancialmente lo ya previsto en el artículo 93 del Código Penal sobre supresión condicional de la pena, no sólo es claramente regresivo con respecto a los planteamientos y requisitos de las figuras de la suspensión del fallo y suspensión de la condena previstas en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal, sino que en la práctica pueden ser más restrictivas para los toxicómanos, que la actual legislación, en la medida que establece requisitos y condiciones para la obtención del beneficio que pueden suponer un aumento de la población toxicómana en la cárcel.

7. HACIA UNA NUEVA RACIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN INSTITUCIONAL SOBRE EL FENÓMENO DE LAS DROGODEPENDENCIAS

Como es fácilmente deducible de la opinión que he expresado hasta aquí, mi convicción es que el horizonte político-criminal al que debemos encaminarnos sólo puede ser el de que sea la propia sociedad la que se haga cargo del problema de las drogas, con mecanismos que potencien la agregación social y no la marginación, que privilegien las actitudes de tolerancia social frente a la disidencia, que potencien la racionalidad frente a la emotividad ciega, que sean capaces de hacerse cargo del dolor que provoca la drogodependencia sin intentar

aferrarse a «mitos», a «fetiches», sin intentar demonizar la cuestión como una forma de enmascararla y ocultarla. Sólo así podremos hablar de un principio de esperanza basado en la razón.

El objetivo no puede ser por tanto la «lucha contra la droga», ni siquiera la «lucha contra la represión de las drogas». El objetivo ha de ser «la lucha contra la necesidad de la represión de las drogas» único camino para luchar a largo plazo, y con alguna esperanza racional de éxito, contra la «necesidad del consumo de drogas».



Juan José Casas

Aspectos fundamentales de la actual reforma de los delitos de tráfico ilícito de drogas

59

Como todos ustedes saben, nuestro Parlamento, en concreto el Congreso de los Diputados, discute en estos momentos un Proyecto de Ley aprobado y enviado por el Gobierno a esa Cámara, que pretende la modificación de la represión penal del tráfico ilícito de drogas, o lo que es lo mismo, que trata de reformar el art. 344 de nuestro Código Penal donde tal materia es abordada.

Pues bien, a señalar los contenidos fundamentales de esa Ley reformadora va dirigida la intervención que a continuación expondré y que para su más coherente y lógica comprensión distribuiré en tres apartados fundamentales.

La primera de las cuestiones a abordar tratará de aproximarse a alguna de las causas que justifican esta revisión del Código Penal. En segundo lugar se tratará de explicitar su contenido fundamental. En tercer y último término se señalarán algunos de los objetivos principales que pretenden obtenerse con la modificación del vigente art. 344 del Código Penal. O si ustedes lo prefieren, ¿por qué esta reforma, en qué consiste la misma, para qué tal reforma?

Inicio inmediatamente el análisis del primero de los temas señalados. ¿Por qué esta reforma legislativa? Pregunta que adquiere un particular relieve si se observa que la misma se produce cuando han transcurrido tan sólo cuatro años desde la anterior revisión del Código Penal en esta materia. Como conocen, la Ley denominada de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983 modificó, entre otros muchos preceptos, la anterior regulación del art. 344. ¿Por qué, cuando sólo han transcurrido cuatro años de aquel proceso de revisión, se altera nuevamente esa regulación jurídico-penal?

Habría inicialmente una respuesta de carácter puramente formal o adjetivo, que vendría a resolver la incógnita diciendo que la actual reforma del art.

344 del Código Penal se produce en ejecución de un proyecto político diseñado y aprobado por el Gobierno en julio de 1985, proyecto político conocido bajo la denominación de Plan Nacional sobre Drogas. Allí, como todos ustedes saben, se contienen una serie de compromisos o propuestas de carácter diverso, una de las cuales obliga al Ministerio de Justicia a abordar la reforma legislativa del art. 344 del Código Penal. Se trata, como acabo de indicar, de una respuesta puramente formal, que no señala lo que podrían ser las causas sustantivas o reales que vienen a componer esa voluntad política de acometer un proceso determinado de reforma legislativa, en este caso, de modificación del Código Penal.

Pues bien, sin la intención de hacer una radiografía exhaustiva de las razones que conforman ese proyecto político de reforma; con el propósito más modesto de acercarme a algunos de los datos que justifican la misma, se podría señalar que desde la modificación del art. 344 del Código Penal que se verificara mediante la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983 hasta el momento presente, se producen, entre otros, acontecimientos o situaciones como las siguientes:

- 60
- a) Persiste el aparente crecimiento sostenido de la presencia de droga en España, y el presumible incremento también de su tráfico y consumo, como parece deducirse de las cifras de aprehensiones —permanentemente crecientes— que ofrecen los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado competentes en la materia.
 - b) En segundo lugar, si se quiere, se produce un aumento de la presión informativa, que trata de vincular la realización de determinados hechos delictivos y, en concreto, de hechos delictivos graves, violentos, con situaciones en las que, tras la conducta ilícita, existe un hábito en el consumo de sustancias psicoactivas.
 - c) Se detecta en nuestro país también la presencia de conocidos responsables de organizaciones de narcotraficantes, lo que permite la conclusión de que España está constituida en una base importante para la realización de negocios relacionados con la distribución o con el tráfico de las sustancias de que se habla.
 - d) Quizás, haciendo uso entre otros de los datos precitados, se conforma un discurso que airea la idea de que la reforma del año 83 en esta materia, en materia de tráfico ilícito de drogas, fue una reforma que no sirvió sino para incrementar la inseguridad en las calles, para fomentar o por lo menos para tolerar la realización de hechos delictivos graves. Tal discurso se pone al servicio de la crítica política al Gobierno, trasciende en ocasiones nuestras fronteras y produce en algún caso como resultado el que en los foros internacionales surja la especie de la lenidad de nuestra legislación en sede de represión del tráfico de drogas.
 - e) Podría citarse también que en los últimos años se ha producido un movimiento amplio e importante de reforma legislativa en el derecho com-

parado, que indiscutiblemente se caracteriza por la tendencia a incrementar el rigor penal con el que se amenaza la realización de este tipo de conductas.

En definitiva, todo ello —que repito no compone una fotografía rigurosa de las razones de la revisión en curso, sino que, más modestamente, apunta sólo alguna de ellas— crea una ambientación que empuja al Gobierno a abordar no exclusivamente la reforma penal del tráfico de drogas, sino a crear un proyecto político en el que de manera globalizadora se traten los problemas preventivos, los problemas asistenciales, los problemas de tratamiento, pero en el que también se proceda a incrementar el rigor legislativo a fin de reducir la presencia de este tipo de conductas delictivas en nuestro territorio. Ese proyecto político, al que ya me refería antes y que está constituido por el Plan Nacional sobre Drogas, impone también al Gobierno del compromiso de reformar el tratamiento jurídico-penal de esta materia.

Sin embargo, las circunstancias antes señaladas no despejan definitivamente una importante cuestión que, incluso, ha surgido en más de una ocasión en el curso de la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno. El interrogante es si éste supone una revisión o una «contrarreforma» de la modificación llevada a cabo mediante la Ley de junio de 1983. Bien, para responder a semejante «enigma» es necesario realizar un análisis riguroso que contemple al menos dos aspectos fundamentales de la Ley vigente y del proyecto actual.

61

El primer aspecto que debe ser objeto de contemplación es el que si el contexto de aquella reforma —la del año 83— y el contexto de la actual son idénticos o similares, o si uno y otro proceso de cambios legislativos se producen en situaciones y obedecen a razonamientos perfectamente diferenciables.

La segunda de las cuestiones a analizar es si lo fundamental de aquella reforma del año 83 se mantiene en la presente —en cuyo caso mal podría hablarse de contrarreforma, difícilmente podría tacharse al actual proyecto de ser una redefinición o una modificación de lo allí establecido—, o si por el contrario lo sustantivo, las razones principales que justificaron la revisión de 1983, son objeto de mudanza en el actual Proyecto aprobado por el Gobierno.

Primera materia, por tanto, que reclama un análisis riguroso a fin de concluir sobre si se está o no contrarreformando lo que se hizo en el año 83. ¿Es idéntico o es diferente el contexto? Y aquí la respuesta debe ser absolutamente diáfana: estamos ante una situación perfectamente diferenciable de la que justificó la reforma penal en esta materia en 1983. En aquella ocasión, el objetivo era revisar lo que, en su estructura fundamental, constituía aún un Código Penal de carácter decimonónico a fin de adecuar los aspectos principales de tal texto legislativo a los valores y principios consagrados en la Constitución española de 1978.

El fundamento de aquella reforma penal, su envergadura y amplitud dio lugar a que, junto con la modificación del tratamiento jurídico-punitivo del tráfico ilícito de drogas —lo cual, además, no mucho menos supuso uno de los aspectos cardinales de aquella iniciativa legislativa—, se abordaran problemas tan plurales y diversos como la supresión de la responsabilidad objetiva o por los resultados, o la regulación del error en materia penal, o a que se revisara el tratamiento jurídico de la inimputabilidad, o se legislara en materia de consentimiento en las lesiones, o se dispusiera un nuevo régimen sancionador en sede de delitos patrimoniales o, por acabar con una cita sólo ejemplificativa, se consagrara una nueva regulación del delito de estafa. Se trataba, por tanto, de una revisión amplísima del Código Penal cuya justificación era la adaptación de ese viejo cuerpo codificado a los principios esenciales de la Constitución del año 1978.

Ahora, por el contrario, se pretende reformar con carácter monográfico la regulación de una materia que el decurso de los acontecimientos ha demostrado que viene disciplinada de manera incompleta en nuestro Código Penal. Entonces, hace cuatro años, no se trataba de abordar específicamente la revisión del tratamiento jurídico-penal de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas. Esa es, precisamente, la causa o la justificación del actual proceso de modificación legislativa.

62

En segundo lugar —y aquí muy probablemente reside el radical rechazo a considerar el actual Proyecto de Ley como una contrarreforma de aquella que se realizara en junio de 1983— hay que responder a la cuestión de si se están o no alterando los principios esenciales que en sede de tráfico ilícito de drogas justificaron aquella modificación de que se viene hablando. Porque si tales principios se mantienen en el Proyecto que se comenta y lo que éste hace es algo distinto a su alteración, esto es, si lo que ahora se lleva a cabo es una revisión o ampliación de la tipificación jurídico-penal que para nada afecta a los citados principios, no cabe sino concluir que no hay nada de contrarreforma; que lo que hay es algo distinto.

Y, en efecto, lo fundamental del cambio operado en 1983 se respeta ahora, y se respeta en su absoluta integridad y totalidad. Entonces, como ustedes conocen, la rectificación del tratamiento penal del tráfico ilícito de drogas respondió a tres razones u objetivos capitales.

En primer lugar, se pretendía acabar con la grosera agresión que al principio de legalidad y a su correlato de la seguridad jurídica se dirigía desde el viejo art. 344, que atribuía al juzgador la facultad de imponer una pena privativa de libertad cuya duración podía recorrer una extensión, ni más ni menos, que de 6 meses a 20 años. Era el Tribunal el que estaba llamado, en atención a las circunstancias que pudieran concurrir en el caso concreto, a determinar la magnitud punitiva que procedía imponer entre tales parámetros, tan extraordinariamente amplios. La más elemental exigencia del principio de seguridad jurídica imponía la superación de tan desmesurado arbitrio jurisdiccional y que fuera el propio texto legal el que explicitara las circunstancias que permitían al juzgador recurrir a unos u otros marcos penales a

partir de una determinación normativa de los mismos, lo cual en absoluto se contenía en el texto de 1967.

En segundo término, quiso el legislador del año 83 establecer en la propia tipificación penal de estos delitos lo que, al menos desde el punto de vista social, integra una diferencia ampliamente aceptada: que la reacción que debe suceder a los delitos de tráfico de drogas tiene que atemperar su rigor a la distinta gravedad de las sustancias objeto de dicho tráfico. Porque la reprobación social de las conductas de distribución de sustancias tóxicas no está al margen de la diversa nocividad de las sustancias sobre las que aquella distribución recae. Por ello, la Ley de 1983 vino a establecer en el ámbito de lo legislativo lo que ya era una diferencia generalmente aceptada en el espacio de los comportamientos sociales: que no es igual el tráfico de aquellas drogas calificadas vulgarmente como duras que el tráfico de aquellas otras que vienen siendo conceptuadas como blandas o menos nocivas.

Por último, la reforma de 1983 trató de llevar a la propia redacción legal algo que había venido siendo sostenido de manera meridiana por la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo: que la conducta de la tenencia de drogas para el propio consumo carecía de relieve jurídico-penal, entre otras razones, porque no era atentatoria del interés jurídico que pretende tutelarse con la incriminación penal de este tipo de hechos. Por ello, vino entonces a realizarse una descripción del ámbito de la prohibición en la que quedaba claro que esa tenencia para el autoconsumo no era ni siquiera típica a efectos jurídico-penales.

63

Pues bien, esos tres objetivos o esos tres fundamentos que justificaron la reforma del año 83, se mantienen estrictamente en el texto legislativo que discute en estos momentos el Parlamento.

En efecto, ya no existe el anterior arbitrio jurisdiccional en materia de determinación de la magnitud penal imponible; se sigue ofreciendo un tratamiento punitivo, una repercusión penal distinta en atención a la diversa nocividad de la sustancia objeto de la conducta prohibida; en tercer término, tampoco el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno sanciona la conducta de la tenencia de drogas en pequeñas cantidades cuando la tenencia de esas sustancias se destina al propio consumo del tenedor.

La segunda de las cuestiones a abordar en esta ponencia está integrada por la explicitación de cual sea el contenido fundamental de la reforma en curso del artículo 344 del Código Penal. No obstante, como quiera que no es sencillo escindir el contenido de una norma jurídica de los objetivos a que la misma tiende, procederé a anticipar ya el tercero de los apartados que integraban esta comunicación. Me refiero a la enunciación de las finalidades que tratan de lograrse con esta iniciativa legislativa, porque, en definitiva, el contenido principal de la reforma que luego expondré no es sino el medio instrumental para la obtención de determinados objetivos.

Los fines que se presiguen con la actual revisión del artículo 344 son esencialmente los tres siguientes: fortalecer la prevención de esas conductas ilícitas.

citadas mediante el incremento de las sanciones penales con que las mismas se conminan; ofrecer un tratamiento jurídico-penal específico para esa singular figura criminológica que está integrada por el delincuente afecto a una determinada toxicomanía; y crear mecanismos que aproximen la regulación jurídico-penal de esta materia a la realidad económica que subyace en determinados escalones de la pirámide del tráfico de drogas.

En primer término, por tanto, se persigue el fortalecimiento de la prevención general de las conductas de tráfico ilícito de drogas, a través del incremento de las magnitudes penales asociadas a la realización de las conductas penalmente ilícitas. Sin embargo, ese aumento del rigor penal se verifica desde el respeto al clásico principio de justicia material de tratar de manera diversa aquello que es diferente. Así, la mayor severidad sancionadora va dirigida hacia la evitación o represión del tráfico organizado de drogas. Es, en efecto, la persecución de esa especial criminalidad la que justifica lo más esencial de la reforma. Tal afirmación puede fundamentarse, entre otros, en los siguientes argumentos:

64

En primer lugar, en la comparación que puede hacerse entre el aumento de las sanciones penales vigentes y las propuestas, utilizando como término de la comparación tal incremento en sede de conductas de tráfico agravado y en sede de conductas de tráfico ejecutadas por organizaciones criminales. Mientras que para el primer grupo de comportamientos se postula un crecimiento de la pena máxima imponible de dos años de duración (de los seis años actuales a los ocho que se prevén en el proyecto de reforma), para los supuestos de tráfico organizado ese incremento lo es de once años (de los doce actuales a los 23 que se establecen en el texto reformador). O lo que es lo mismo, frente a un aumento de 1/3 de la pena en el primer grupo de casos, se dispone un acrecentamiento de casi el doble de la actual sanción de privación de libertad para las conductas de los responsables de organizaciones de traficantes de sustancias psicoactivas.

Esa selectiva exacerbación del rigor penal se aprecia también en las previsiones en materia de sanciones pecuniarias. El que se disponga la posibilidad de imponer hasta doscientos veinticinco millones de pesetas en concepto de pena de multa es sumamente ilustrativo de la dirección principal a la que se orienta la reforma.

En tercer término, debe también significarse que el tráfico organizado de drogas tiene en el proyecto de reforma un tratamiento típico distinto y más riguroso que el actualmente existente en el artículo 344 del Código Penal.

Por último, si se observa el conjunto de las novedades que incorpora a la situación actual el texto de reforma, ha de concluirse que el grueso de las mismas se dirige indubitadamente al incremento de los mecanismos tendentes a la represión del tráfico organizado. A más del ya señalado aumento de los parámetros punitivos, cabría mencionar a ese respecto el nuevo criterio de determinación de la cuantía de la pena de multa, la nueva configuración

del comiso o la introducción de una novedosa figura de delito entre las conductas de receptación.

En definitiva, cabría inferir de todo lo anterior que la reforma se pronuncia claramente por un incremento de la prevención y represión penal de aquellos hechos que, sin duda, poseen una mayor gravedad: las conductas de los responsables de organizaciones dedicadas a actividades de tráfico ilícito de drogas.

El segundo gran objetivo perseguido por la reforma es el de ofrecer un tratamiento jurídico-penal específico a la figura del toxicómano delincuente. Tal oferta se verifica en el proyecto de ley mediante la creación de una aparente nueva modalidad de remisión condicional. Apariencia que surge por la inserción sistemática del previsible nuevo artículo 93 bis del Código Penal dentro del conjunto de preceptos que ese cuerpo legal dedica al instituto que acabo de mencionar. Sin embargo, la nueva norma que incorpora el proyecto es sólo presuntamente una modalidad de remisión condicional, al obedecer su contenido esencial a un mecanismo alternativo a la prisión de naturaleza distinta.

Pues bien, las críticas más profundas que se han proyectado sobre el contenido de ese artículo 93 bis giran en torno a las dos siguientes aseveraciones: por una parte, se dice, la regulación propuesta es sumamente estrecha en cuanto a las posibilidades de su aplicación práctica, ya que ésta queda limitada sólo a las condenas de hasta dos años de duración; de otra parte, se ha señalado que la fórmula del proyecto no aporta nada nuevo a lo ya existente en el actual Código Penal, o lo que es lo mismo, que no hacía falta tanta alforja para realizar un viaje tan corto.

65

Comenzando por la réplica a este segundo argumento crítico, podría significarse lo que sigue: el nuevo artículo 93 bis del proyecto no sólo aporta algo nuevo al tratamiento jurídico-penal de los hechos delictivos cometidos por personas afectas a toxicomanías, sino que también incorpora un elemento novedoso al ideario político-criminal de nuestro Código Penal.

En efecto, una lectura detenida de la redacción que se propone en el nuevo precepto permite la conclusión de que el mismo introduce por vez primera en nuestra legislación ni más ni menos que una modalidad del sistema alternativo a las penas de prisión, conocido como «probation». Dicho sistema consiste, esencialmente —y en su modalidad más extendida—, en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Pues bien, no otra cosa instituye el nuevo artículo 93 bis que incorpora el proyecto. Tal precepto establece la facultad jurisdiccional de suspender la ejecución de la pena de prisión, si el condenado cumple ciertas condiciones dispuestas en la propia sentencia, a saber, que se encuentre deshabitado de su drogadicción o que se halle sometido a tratamiento para tal fin. Y parece evidente la diferencia de un tal contenido condicional o probatorio, con respecto al que tiene la actual regulación de la remisión condicional. En ésta no se exige de forma expresa ni

condiciones (salvo que se trate de un delincuente primario) ni conducta alguna por parte del condenado. En la previsión de la nueva norma que incorpora la reforma hay una acción positiva capital que se exige del reo: que esté rehabilitado de su drogodependencia o que se encuentre sometido a tratamiento de deshabitación. Ello, que es una indudable variedad de las modalidades de condiciones o de pruebas al uso en el derecho comparado, asimila con claridad la configuración del nuevo art. 93 bis a la naturaleza de la «probation» o de la suspensión de la ejecución de la pena bajo condiciones.

Pero es que, como se dijo, el precepto que se comenta también aporta algo nuevo al tratamiento de los delitos cometidos por personas toxicómanas. En efecto, eso que aparece como una nueva modalidad de remisión condicional (cuya naturaleza, como acaba de verse, no responde en rigor a tal institución) crea una tercera y nueva posibilidad de otorgar un régimen punitivo específico a los reos drogodependientes. La primera de tales posibilidades es la que se contempla en el art. 65 que permite la sustitución de la pena impuesta por internamiento «en institución especial de reforma» para los delincuentes mayores de 16 años y menores de 18 (no parece difícil la inclusión entre tales instituciones especiales de los centros o servicios de atención a toxicómanos, cuando tal sea la condición o situación del menor).

66

La segunda posibilidad que integra un mecanismo alternativo al ingreso en prisión es la prevista en el párrafo 2.º de la circunstancia atenuante primera del art. 9 del Código Penal, que introdujera la reforma de junio de 1983; ahí se dispone un específico sistema de relaciones entre penas y medidas de seguridad —conocido con el nombre de vicarial—, perfectamente aplicable a los condenados afectos a toxicomanías, pues en tales sujetos, como así vienen ya haciendo algunos Tribunales, es fácilmente aplicable la exigente incompleta de trastorno mental transitorio.

Y la tercera de esas posibilidades de sustitución del ingreso en prisión para el caso de que el responsable del delito sea drogodependiente, es la que se proyecta en el previsible futuro artículo 93 bis. del Código Penal.

La segunda crítica fundamental que se ha dirigido al precepto que se comenta reprocha la estrechez con que se configura el nuevo mecanismo alternativo a la pena de prisión, al limitar su aplicación a las condenas de hasta dos años de duración. Sin embargo, no son tan angostas las posibilidades de aplicación futura de la figura contenida en el previsto art. 93 bis, lo cual puede observarse analizando los concretos supuestos que quedarían amparados bajo la misma. Porque si se permite la aplicación de ese beneficio a condenas de hasta dos años de duración (lo cual constituye una magnitud situada en el grado mínimo de la prisión menor) se está permitiendo que de ese mecanismo se beneficien los condenados por un delito de robo con violencia en las personas en las que el resultado del ejercicio de esa violencia es la producción de una lesión o de una enfermedad que tarde en curar hasta 30 días. Pero también alcanza el beneficio al toxicómano que comete un delito de robo con fuerza en las cosas o un delito de hurto o de estafa o de apropiación indebida, por sólo citar algunos ilícitos patrimoniales,

quizá los más frecuentemente, ligados a las conductas delictivas en que puedan incurrir personas toxicómanas. No son, por tanto, tan parcos los márgenes de aplicación del futuro y nuevo beneficio.

Pero aún más amplias son tales posibilidades si se repará en dos extremos importantes de la regulación propuesta en el art. 93 bis: la necesidad de que en la sentencia se acredite la toxicomanía del imputado y que tal dependencia tenga alguna vinculación con el hecho delictivo cometido. A partir de tales elementos no es difícil concluir que se están proporcionando al juzgador casi todos los argumentos para que, inmediatamente después de verificar lo anterior, recurra al art. 9 del Código Penal y aprecie la correspondiente atenuante que podría permitir, de conformidad con las reglas del art. 61 de tal Cuerpo codificado, incluso imponer la pena inferior en dos grados a la prevista por la Ley para el concreto ilícito cometido. En definitiva, lo que se está diciendo es que el mecanismo que se prevé en el art. 93 bis del Proyecto de Ley puede ser de aplicación incluso a penas de reclusión menor. No debería, por todo ello, calificarse como esencialmente angosta la regulación que se propone.

El tercero de los objetivos a cuyo logro se dirige el proyecto de reforma es el de la creación de mecanismos jurídicos, al servicio de evitar la obtención de beneficios económicos del tráfico de drogas. También aquí se han proyectado reflexiones críticas que vienen a concluir que tampoco en este terreno se crea nada nuevo y que, por tanto, nada nuevo se logrará. Tampoco lo anterior es muy cierto; se crean cosas nuevas y se crean con la razonable esperanza de que gesten frutos.

67

En primer término, como ya se dijo más arriba, el proyecto dispone la posible aplicación de penas de multa en cuantías hasta ahora no conocidas en la legislación penal española. Además, se altera el criterio de determinación de la cantidad de multa a imponer que establece el art. 63 del Código Penal, diseñando uno nuevo que atiende al dato del provecho obtenido o que hubiera podido obtenerse con la ejecución de la conducta prohibida.

En segundo lugar, se otorga al comiso una regulación sustancialmente distinta a la establecida con carácter general en el art. 48 del Código Penal. Ya llegará el momento de abordar científicamente el estudio de esa nueva figura, pero la tipificación que de la misma hace el Proyecto se aleja tanto de la fórmula tradicional de ese instituto que, con carácter aproximativo, bien puede afirmarse que el mismo ya no es una pena accesoria, sino una auténtica medida penal de contenido patrimonial. Porque las diferencias con lo hasta ahora existente son muy serias. Hasta ahora se exige condena para poder decomisar; a partir de la nueva regulación no será preciso lo anterior, pues el comiso puede llevarse a cabo preventivamente desde el comienzo de la intervención judicial. Hasta ahora venía establecida una ecuación de proporcionalidad entre el comiso y la gravedad de la infracción; a partir de ahora desaparece tal ecuación y la cuantía de lo decomisible no tiene por qué relacionarse en modo alguno con la entidad del delito. Hasta ahora, y precisamente por esa cautela de proporcionalidad, era normalmente impensable la

Juan Alberto Belloch

La Reforma del art. 344 del Código Penal: una visión judicial

La reforma parcial y urgente del Código Penal (en adelante CP), llevada a cabo en el año 1983, supuso un serio esfuerzo de adaptación de la ley sustantiva penal a los valores y principios constitucionales. Fue, sin duda, una reforma que, en términos generales, «necesitábamos» los jueces y que fue acogida con evidente satisfacción, por cuanto permitió consolidar los esfuerzos que, en un plano meramente hermenéutico, estaba realizando un importante sector de la judicatura. De hecho, algunas de las reformas habían sido ya «anticipadas» en algunas Audiencias Provinciales y Juzgados. Entre los cambios introducidos, y es ahora lo que nos interesa, ocupó un espacio significativo (y polémico) la modificación de la vieja regulación en materia de represión del tráfico ilícito de drogas tóxicas y estupefacientes. Me parece importante indicar que, pese a críticas e incomprendiones (incluso de ámbito internacional), la reforma del art. 344 del CP fue, en un enjuiciamiento global, positiva. No obstante, dejó subsistentes una serie de problemas, desde el punto de vista judicial, que era necesario afrontar. En este momento, en que se discute en las Cortes una nueva «reforma» del referido precepto, cualquier valoración «judicial» de la misma debe estar en función, sobre todo, de su virtualidad para resolver los problemas y deficiencias de la regulación actualmente vigente. Se hace preciso, por ello, realizar una especie de catálogo previo de, al menos, las principales cuestiones que se suscitan en este campo, siempre desde un punto de vista eminentemente «judicial».

71

CATALOGO DE CUESTIONES Y PROBLEMAS QUE PLANTEA LA REGULACION ACTUAL

1. La primera cuestión que se suscita alude a la definición misma de lo que deba entenderse por «drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas». La tesis mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias niega la posibilidad de que exista, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento interno, la posibilidad de «construir» un concepto autónomo de «drogas» en su sentido más amplio. Se entiende que el art. 344 es un precepto penal «en blanco» a completar por la noción «internacional» de tal clase de sustancias. Ello supone, en síntesis, acudir a las

listas de los Convenios Internacionales de 1961 (y sus modificaciones de 1972) y de 1971. Esta tesis, cuestionable antes de la reforma de 1983 de nuestro CP y, más aún, antes de la Constitución de 1978, parece hoy difícilmente cuestionable, dado, por un lado, la introducción dentro del tipo, de las «sustancias psicotrópicas» y dado, por otro lado, que, conforme al art. 96.1 de la Constitución, los tratados internacionales suscritos por España, una vez publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento interno. No obstante, teniendo en cuenta las constantes variaciones que se introducen en el mercado de la droga, sería preferible por razones de seguridad jurídica optar por la confección en el derecho interno español de una lista autónoma que, respetando naturalmente los compromisos internacionales, permitiera la precisa determinación y, sobre todo, la revisión de la misma por un procedimiento más ágil que el implícito en la técnica de los tratados internacionales. Por esa misma razón considero preferible confiar esa labor a la facultad reglamentaria del Gobierno y no, como en ocasiones se ha indicado, introducir en el propio CP el catálogo de sustancias sometidas al control represivo.

72

2. La reforma del año 1983 introdujo, como es sabido, la distinción entre «drogas que causan grave daño a la salud» y «las que no lo causan». No es este el momento de reproducir la conocida polémica sobre si la referida distinción obedece o no a verdaderos criterios científicos. Baste con indicar que resulta más que discutible que, en esta materia, la ideología no se encubra, en muchas ocasiones, con un artificioso cientifismo. Lo cierto es que, en tesis general, los trabajadores de la salud pública suelen considerar artificial la diferenciación (habiendo encontrado, en este año 1987, tal criterio un evidente apoyo en la ONU), mientras que, por el contrario, los juristas suelen considerar acertada tal distinción. Desde un punto de vista judicial no cabe duda que tal dualidad en el tratamiento represivo resulta imprescindible por cuanto está fuera de toda duda que de hecho existe, en eso tan vago y difuso que llamamos conciencia social o conciencia colectiva, una profunda diferencia en la valoración que de unas y otras conductas se realiza.

El verdadero problema que a este respecto se plantea es, más bien, la perfecta y clara delimitación de qué clase de sustancias deben incluirse en una y otra categoría. La tesis general jurisprudencial es incluir en la segunda categoría a los derivados del «cannabis» y en la primera, sin vacilaciones, la heroína y la cocaína. Más dudoso resulta, sin embargo, pese a las orientaciones que en este sentido ha realizado la Fiscalía General del Estado, el tratamiento que deba darse a los alucinógenos y a las sustancias psicotrópicas en general, así como las nuevas drogas que, frecuentemente, se incorporan a los hábitos de consumo. Incluso, aun tratándose de drogas inicialmente consideradas como graves (la heroína) puede suscitarse la cuestión (de hecho, se está planteando en los tribunales) de si, en los supuestos en que el producto en cuestión está mezclado con sustancias no nocivas a la salud, hasta el punto de existir un porcentaje de droga pura prácticamente despreciable (en el mercado hay productos con sólo un uno por ciento de pureza), resulta posible o no «desclasificar» el producto llevándolo al terreno de las drogas «no graves». En la actualidad, tanto en estos casos como en

aquellos en que no se trate de una droga claramente incluíble en una u otra categoría, la única solución judicial del problema, en mi opinión, pasa por la técnica de los dictámenes periciales de carácter forense que precisen, para el concreto caso enjuiciado, el carácter de la droga en cuestión. Entiendo que sería preferible, de nuevo por razones de seguridad jurídica (que siempre aconsejan reducir el «margen» de discrecionalidad judicial en todo lo que suponga un eventual incremento de la «penalidad»), establecer taxativamente (por vía reglamentaria) una neta diferenciación entre las sustancias que deben incluirse en una y otra categoría.

3. Una tercera cuestión la constituye si la donación debe considerarse incluida o no en el tráfico. La actual construcción del tipo plantea, en buena hermenéutica, problemas graves porque, aunque ciertamente la donación es un acto que, virtualmente, puede «promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal», resulta mucho más discutible que suponga, en realidad, «un acto de cultivo, fabricación o tráfico». Es de sobra conocido que, en tesis general, el Tribunal Supremo entiende que procede incluir la donación dentro del concepto de tráfico. Lo cierto, sin embargo, es que tal criterio supone, según creo, una interpretación extensiva que roza la analogía «in malam parte» (proscrita en el derecho penal). No sería inútil que el legislador expresara con mayor claridad cuál es su soberana voluntad a este respecto. Tema especialmente complicado lo constituye el de las transmisiones gratuitas y ocasionales entre drogadictos. En estos supuestos es muy difícil poder entender que, a través de tales actos, pueda fijarse una vocación de tráfico o difusión. Se ha dicho en muchas ocasiones, y comparto esta opinión, que tal clase de actividad (sociológicamente generalizada, por otro lado, entre consumidores como expresión de solidaridad) sólo pretende asegurar, por reciprocidad, el propio consumo y no puede considerarse, por tanto, una actividad de tráfico. Lo cierto es que subsisten, judicialmente hablando, interpretaciones no siempre coincidentes y, de nuevo, parece razonable pedir al legislador una mayor precisión que evite este estado de cosas.

4. Problemas graves plantea también la falta de tipificación expresa de ciertas conductas directamente relacionadas con el tráfico de esta clase de sustancias. Aquí habría que incluir conductas tales como la propaganda para el uso de la droga, la facilitación de medios o locales para el tráfico o para el consumo ilícito y las diversas formas de mediación en el tráfico. Muy concretamente se plantea, en ocasiones, el problema del tratamiento punitivo del simple correo (el que limita su actividad a trasladar de un punto a otro las referidas sustancias de manera autónoma, esto es, sin formar parte de un determinado plan organizado y sin saber siquiera, en muchos casos, el volumen real del negocio, participando, en consecuencia, de manera mínima en los beneficios obtenidos) respecto del cual no parece razonable aplicar las mismas penas que al verdadero y propio traficante. Entiendo que las reglas generales de participación podrían resolver tal cuestión y que, en definitiva, una adecuada aplicación de la categoría de la complicidad (y hasta del encubrimiento) permitiría una satisfactoria solución a esta clase de problemas. Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es francamente reacia (especialmente en los últimos tiempos) a admitir

formas de participación secundaria en esta clase de delitos. De hecho, sólo conozco cinco sentencias de dicho Tribunal que admitan (y con muchas cortapisas) expresamente la posibilidad de actos de complicidad en esta clase de delitos: las sentencias de 5 de marzo de 1964, 20 de abril de 1965, 26 de diciembre de 1966, 1 de diciembre de 1970 y 6 de abril de 1973. Mucho más numerosas son, por el contrario, las sentencias en que meros actos de transporte han sido encuadrados dentro de la autoría (normalmente en la modalidad de «cooperación necesaria»). Ante este panorama (y sin perjuicio de reconocer que la propia configuración del tipo hace posible la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo) estimo que sería preferible que el legislador realizara un tratamiento diferenciado entre las actividades nucleares del tráfico y los meros actos de colaboración secundaria al mismo, de modo que se permitiera, en estos últimos casos, un tratamiento penal más benigno. Se trata de dos conductas sin duda reprochables penalmente, pero, al propio tiempo, de magnitudes e intensidad claramente diferenciadas. Opar por equiparar, desde el punto de vista penal, conductas de distinta trascendencia y alcance es, amén de poco equitativo, criminológicamente equivocado, por cuanto fomenta de hecho actitudes de resistencia, más o menos explícitas, por parte de los tribunales a la hora de aplicar esa normativa y provoca, en muchos casos, una distorsión de los textos legales —tendente, por esa anómala vía, a reestablecer pautas de equidad— a la hora de su interpretación. El problema se agrava cuando, como ocurre en este momento, el propio precepto penal es notoriamente ambiguo e insuficiente. Por ello, y en conclusión, sería preferible de «lege ferenda» acudir a la técnica de la tipificación expresa de estas formas secundarias de colaboración al tráfico, estableciendo una penalidad más benigna, en términos relativos, que la prevista para los actos nucleares de tráfico.

5. Tema muy frecuente en la práctica judicial lo constituye también el dilucidar cuándo se está en presencia de un supuesto de «tenencia con vocación de tráfico». La cuestión central, a este respecto, la constituye la posibilidad de precisar, en función de la cantidad poseída u ocupada, tal concreto destino de tráfico. No se trata, desde luego, de que pueda establecerse legalmente que la mera posesión de una determinada cantidad de droga permita presumir aquella vocación de tráfico. Ni tampoco (menos aún) que jurisprudencialmente se llegara a fijar un tal límite cuantitativo que implicara invertir la «carga de la prueba». Tales técnicas chocarían frontalmente, en mi opinión, con el derecho público subjetivo a la presunción de inocencia tutelado en el art. 24 de la Constitución. Pero, ello no obstante, la actual concreción es excesiva; de margen a una excesiva discrecionalidad judicial que se concreta en tratamientos diferenciados según los tribunales y territorios y que, en suma, pone de nuevo en crisis el sacrosanto dogma de la seguridad jurídica. En este terreno me permito hacer dos sugerencias, quizás útiles. La primera sería abordar directamente, desde un punto de vista legislativo, la tipificación expresa de la mera tenencia de determinadas cantidades de drogas *sin exigir propósito finalístico de clase alguna* (de modo análogo a lo que ocurre, por ejemplo, con la tenencia ilícita de armas de fuego). La justificación de este tipo sería que la mera tenencia (cuando desborda unos determinados límites cuantitativos) implica en sí misma un peligro abs-

tracto evidente para el bien jurídico de la salud pública. Tal tipo debería configurarse como precepto penal «en blanco», confiando, de nuevo, a la facultad reglamentaria del Gobierno la fijación (anualmente revisable) de tales toques cuantitativos o también (y quizás esta técnica sea preferible en el caso que ahora analizamos) podría configurarse el tipo sobre la base de introducir fórmulas que, en sí mismas, permitan la necesaria flexibilidad y capacidad de adaptación a las fluctuaciones del mercado. En este sentido podría servir la fórmula austriaca de tipificar como delito la mera tenencia de drogas en cantidad superior a la «necesaria para una/semana» (entre nosotros, José Jiménez Villarejo ha propuesto el criterio de «tres días»), lo que además exigiría una individualización judicial caso por caso, en función de que el «tenedor» fuera o no consumidor y, en su caso, en qué cuantía. La segunda sugerencia que me permito hacer sería, en sentido contrario, el establecer claramente que la tenencia de una cantidad inferior de droga (a la resultante de aquellos límites), en ausencia de otros elementos complementarios claramente indicadores de vocación de tráfico, pudiera excluir «prima facie» la persecución penal. Naturalmente el tratamiento punitivo de la «mera tenencia» debería ser distinto y más benigno que el de la «tenencia para el tráfico», por obvias razones de mayor reprochabilidad de esta última conducta.

75

6. Problema de mucho menor calado, pero que también sería conveniente resolver definitivamente, lo constituye el de si el simple consumo de esta clase de sustancias está o no desprovisto de sanción o reproche penal. La primera constatación a realizar es que, indudablemente, el referido consumo (aunque inicialmente atípico) es ilegal cuando se verifica al margen de una concreta prescripción médico-sanitaria. La segunda constatación es que, indudablemente, tal consumo ilegal queda fuera del ámbito represivo del art. 344 del CP. Pero, sentado lo anterior, se está planteando en ciertos tribunales (generalmente a instancia del Ministerio Fiscal) la cuestión de si el referido consumo ilegal en determinadas condiciones (en sitios públicos o ante menores de edad, preferentemente) pudiera incardinarse o no en la falta contra el orden público prevenida en el art. 567.3 del CP. Aunque mi opinión personal es negativa a tal posibilidad, entiendo que, si fuera otra la voluntad del legislador, se haría preciso acudir al establecimiento de una falta específica que sancionara directamente tal clase de conductas y no permitir, de nuevo, distintas soluciones judiciales.

7. Ya dentro de los tipos cualificados plantea en la actualidad algún problema la sanción aplicable a los casos de extrema gravedad o la aplicable a los jefes, administradores o encargados de asociaciones, que será preciso dilucidar. Otro tanto ocurre con el empleo del término difusión, que dio lugar a una consulta a la Fiscalía General del Estado (resuelta el 12 de junio de 1985), cuya conclusión (muy discutida y discutible, por cierto) fue entender que no hace falta un «animus difundendi», bastando la mera «introducción» (el caso consultado se refería a un centro penitenciario) de la droga, por cuanto ello implicaba un riesgo de «reparto o distribución entre varios».

8. Se ha echado de menos, en ocasiones, asimismo, la falta de mención (junto a los menores de 18 años) de otros colectivos igualmente necesitados

de protección, como los discapacitados o los drogadictos en periodo de tratamiento terapéutico o rehabilitador. En sentido contrario se ha puesto en duda la conveniencia de equiparar, dentro del tipo cualificado, conductas de muy distinta reprochabilidad penal, llegándose a poner en cuestión la conveniencia de ciertas formas cualificadas, tales como la «difusión-introducción» en unidades militares y establecimientos penitenciarios (en este último sentido se ha pronunciado Arroyo Zapatero). En mi opinión, el problema no es la especial consideración de circunstancias como las aludidas; es muy posible que deban ser tenidas en cuenta. El problema está, más bien, como se ha dicho, en la conveniencia criminológica de que tengan un tratamiento diferenciado. Es, me parece (poner un ejemplo), incomparablemente más grave distribuir droga entre menores de edad que introducirla en un establecimiento militar. En el primer caso se protege la «salud» de personas que no tienen el adecuado grado de desarrollo psíquico ni la adecuada formación socio-cultural. En el segundo, el bien jurídico protegido parece ser el del mantenimiento de ciertos valores castrenses. Seguramente estos últimos merecen protección, pero me parece indudable que tal protección debe ser más intensa en el primer caso.

76

9. Dentro aún de los tipos cualificados, adquiere singular importancia práctica (y, por tanto, judicial) el problema de determinar cuándo una cantidad es, en principio, de «notoria importancia». Es evidente que en esto el Tribunal Supremo no ha cumplido su función de unificar los criterios judiciales. Entre otras cosas porque es el propio Tribunal Supremo el que incurre (a veces, en el mismo mes) en soluciones si no contradictorias, cuando menos parcialmente no coincidentes. En la actualidad parece colocar la línea divisoria en un kilo para el hachís, en 60/80 gramos para la heroína (heroína pura) y en 170 gramos para la cocaína. La insuficiencia de estos criterios es manifiesta. No está claramente resuelto el problema de la valoración o no de criterios cuantitativos y tampoco el de la concreta importancia que deba darse a la circunstancia (muy frecuente, por no decir siempre presente en la realidad) de estar mezclada la sustancia con otra clase de productos, sean o no nocivos para la salud. Ello ha obligado a que muchas Audiencias Provinciales hayan tenido que acudir a la elaboración de sus propios criterios que garanticen, cuando menos en su ámbito territorial, una cierta uniformidad y, con ello, una cierta seguridad jurídica. Concretamente (y para el caso —el más frecuente— de la heroína) la Audiencia Provincial de Bilbao (en sentencia de 10 de julio de 1987 y en otra de 21 de diciembre de este año —es decir, hace escasos días—) ha indicado la conveniencia de tener en cuenta, cuando menos, tres criterios combinados: a) el que meramente atiende a la «calidad» de la droga, entendiéndola (siquiera con ciertos márgenes) que debe estimarse la notoria importancia cuando la cantidad total de droga aprehendida, reducida a una pureza del 100 por 100, se encuentre por encima de unos límites flexibles «entre 60 y 80 gramos de heroína pura» (en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero, 15 de abril, 13 de mayo y, sobre todo, la de 25 de noviembre, todas de 1986); b) el que atiende, de manera alternativa, al criterio de la cantidad o peso total con independencia del grado de pureza (en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y 11 de julio de 1986, entre otras) cuando, como señalan las sen-

tencias referidas de la Audiencia Provincial de Bilbao, a través de la cantidad se plasme «de modo inevitable el claro designio... de distribuir de modo masivo la misma entre múltiples víctimas potenciales...», siendo preciso también en este segundo caso, sigue diciendo la sentencia, «crear unos ciertos parámetros que el principio de seguridad jurídica exige» entendiendo que, sin perjuicio de atender a otros factores (que sea o no consumidor el sujeto agente, forma en que la sustancia estuviera presentada...), ese límite meramente cuantitativo debe fijarse «en una suma oscilante (en función de aquellos factores) entre los 240 gramos y los 320 gramos...»; y c) el que, finalmente, atienda a las características de las sustancias con que la droga «esté cortada», pudiendo equipararse en este último caso los topes mínimos (para el caso de que la mezcla sea con sustancias también nocivas para la salud) a los indicados para los supuestos de heroína pura.

Parece evidente que se hace preciso establecer unos parámetros claros y precisos en esta materia que garanticen una cierta uniformidad de los criterios judiciales. En este caso, la técnica que estimo más oportuna es (dada de nuevo la casi constante evolución que experimenta el mercado) su determinación reglamentaria, en base a módulos abiertos que permitan la siempre necesaria individualización judicial en función de otros factores difícilmente precisables en sede normativa.

77

10. El problema quizá más grave que se plantea a un juez a la hora de enjuiciar esta clase de conductas es, sin embargo, el de la respuesta que debe (o puede) dar al pavoroso problema del toxicómano-delincuente; el que delinque (ya sea en el terreno de los delitos contra la propiedad ya en el terreno del pequeño tráfico o trapicheo de drogas) como medio de procurarse recursos económicos con los que atender su propia drogodependencia. En este momento la principal respuesta viene dada por la aplicación de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal (sea por la vía de la eximente del número 1.º del art. 8.º, sea por la vía de la eximente incompleta del número 1.º del art. 9.º en relación con el anterior, sea, finalmente, por la vía de la atenuante 10.ª del propio art. 9.º por «analogía» con la referida eximente incompleta —artículos ambos del CP—). El Tribunal Supremo —y con él los tribunales y juzgados inferiores— ha acudido preferentemente a la caracterización de la toxicomanía, ya como una enfermedad mental plena (o, a veces, como trastorno mental transitorio completo, en ciertos supuestos de actuación bajo los efectos de un intenso síndrome de abstinencia), ya como una perturbación de las facultades psíquicas casi plena o cuando menos notable, ya como una incidencia real pero leve en la imputabilidad como consecuencia de la disminución valorable penalmente de las facultades volitivas. En alguna ocasión ha acudido a la caracterización de asimilar la drogadicción a la embriaguez. Es importante tener en cuenta que, con tales caracterizaciones, los jueces ni pretendemos enmendar la plana a los especialistas en temas de salud pública (que, ciertamente, tienen una distinta caracterización y definición de los fenómenos relacionados con las drogodependencias) ni tampoco pretendemos discutir las muy respetables (y quizá más justificadas, en buena técnica jurídica) construcciones doctrinales que pre-

fieren acudir a la atenuante analógica, a la de embriaguez o al estado de necesidad, completo o incompleto, o (Del Rosal) al miedo insuperable.

78 En mi opinión, la única clave de este planteamiento radica en que sólo acudiendo a una caracterización de la drogadicción que la vincule, con una u otra intensidad, al mundo de la enfermedad mental resulta posible encontrar un instrumento técnico que permita abordar un tratamiento para estos drogodelincentes distinto al de la prisión. De nuevo soy consciente que la expresión «tratamiento terapéutico», aplicada a drogadictos, puede ser impugnada y discutida desde un prisma sanitario-asistencial. Si el juez usa esta clase de expresiones (u otras análogas como internamiento en establecimiento sanitario adecuado o tratamiento ambulatorio, etc.) es por la sencilla razón de que tales nociones son las empleadas por el CP en los párrafos segundos de los números primeros de los arts. 8.º y 9.º, que son los únicos que habilitan a los jueces para tratar de abordar los problemas específicos que plantea la reinserción social de esta clase de delincentes. Con todas sus limitaciones (especialmente debidas a la dificultad de acudir a tales medidas alternativas cuando meramente se aplica la atenuante analógica del número 10.º del art. 9.º del CP) y con todas las dificultades que implica la utilización de idiomas distintos (y también prioridades distintas) entre la llamémosla así, clase judicial y la clase sanitaria, lo cierto es que no existe hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico, una vía distinta para abordar este tipo de problemas. Y naturalmente debemos tratar de utilizarla hasta el límite máximo de sus potencialidades. Paradójicamente, en la actualidad, es más difícil solucionar (como no sea por la vía de los indultos) la situación del drogadicto rehabilitado que hubiera delinquido cuando se encontraba aún en el mundo y en la cultura de la drogadicción (en cuanto que no cabe ya someterlo a tratamiento rehabilitador), que la situación del que aún no puede considerarse rehabilitado. El primero (como no encaje su condena dentro de los sumamente estrechos límites de la remisión condicional) no tendrá otra alternativa que el indulto o la prisión, mientras que el segundo tiene la posibilidad (sobre todo en la práctica de ciertos tribunales, que en casos excepcionales de expectativas reales —pronóstico favorable y medios asistenciales— de curación o rehabilitación, extienden tal posibilidad a los supuestos de aplicación de la mera circunstancia atenuante analógica) de ver sustituida la pena de prisión por el sometimiento a un programa rehabilitador o reinsertador.

Parece fuera de toda duda que el legislador debe asumir y generalizar una respuesta concreta a estos gravísimos problemas. Las pautas de esa reforma, en mi opinión, deberían abordar no sólo una ampliación real de los márgenes del instituto de la remisión condicional, sino también la rápida introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una normativa general (no sólo aplicable a esta clase de delincentes) sobre formas sustitutivas a la imposición y ejecución de las penas privativas de libertad y, finalmente, un tratamiento específico del drogodelincuente dentro de los arts. 8.º (eximentes) y 9.º (atenuantes) del CP, que garantice no solamente una eventual disminución de la pena (o exención, en su caso, de responsabilidad criminal), sino, sobre todo, un tratamiento adecuado que permita, en íntima relación con los

profesionales de la salud pública, dar la mejor respuesta posible al pavoroso problema de su rehabilitación social.

11. Indiquemos, para terminar este catálogo, un último problema francamente complejo y de solución, una vez más, dispar en los tribunales. Me refiero a los problemas concursales que se suscitan entre ciertas modalidades del delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando. La mejor doctrina entiende que debe acudirse al «concurso de normas», criterio que mantienen algunos tribunales. Lo cierto, sin embargo, es que, en otros tribunales (y así, generalmente, el Tribunal Supremo) se prefiere optar por la tesis del concurso de delitos (ideal o real) y, en general, puede afirmarse que no existe (pese a los intentos de la Fiscalía General del Estado en una circular interesante, compleja y polémica sobre el tema) uniformidad de criterios. Incluso dentro de los partidarios de resolver el problema conforme a la técnica del «concurso de normas», hay quienes consideran que debe prevalecer la Ley de Contrabando y hay quienes, con mejor —en mi opinión— criterio, consideran prevalente el CP. No es el momento de indicar, siquiera, los términos del debate. Baste indicar que, dado el estado de la cuestión, se hace preciso, de nuevo, una directa y clarificadora intervención del poder legislativo.

79

PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DEL NUEVO CODIGO PENAL DE 1983

Concluido este catálogo de problemas que plantea la regulación actual en la materia, parece necesario abordar (aunque, de nuevo, muy brevemente) un segundo parámetro que ha de permitir una adecuada valoración del proyecto que actualmente se discute. Me refiero, concretamente, a las líneas de fuerza que, en esta materia, se sostuvieron en la más seria y reciente propuesta global de un nuevo Código Penal. Me refiero a la propuesta de anteproyecto de 1983 realizada bajo los auspicios de este mismo Gobierno, apoyado por idéntica mayoría parlamentaria socialista.

En lo que a nosotros interesa, la referida propuesta podría sintetizarse en los puntos siguientes:

- a) Mantenimiento del actual tipo básico del art. 344 (art. 332.1).
- b) Reducción de los tipos cualificados: así supresión de las modalidades cualificadas relativas a centros docentes (por suponer una reiteración de la modalidad de distribución entre menores), así como las relativas a establecimientos penitenciarios y militares, y a la «notoria importancia», aunque manteniendo las restantes y muy particularmente la pertenencia a una organización dedicada a este clase de actividades.
- c) Ampliación del arbitrio judicial (posibilidad de imponer la pena inferior en grado) atendiendo a la cantidad (mínima) de droga o a la cualidad de drogodelincuente (tráfico para auto-consumo).

- 80
- d) Introducción de una más adecuada técnica de solución de los supuestos de «concurso de normas» (recogiendo los criterios más serios a nivel doctrinal: principios de especialidad, subsidiariedad y complejidad, y sólo en último caso el actualmente vigente de la gravedad) —art. 12—, lo que abre la vía a una correcta respuesta (por lo que a nuestro tema compete) del problema concursal tráfico de drogas-contrabando.
 - e) Tipificación expresa de la toxicomanía entre las eximentes (art. 22.2) con tratamiento parigualado al alcoholismo; y, asimismo, entre las atenuantes (art. 23.2), según la mayor o menor plenitud de sus efectos sobre las capacidades psíquicas del sujeto afectado.
 - f) Establecimiento y regulación (con carácter general) de un régimen de medidas de seguridad postdelictual (dentro del propio CP), tanto para los supuestos de eximente como de eximente incompleta, entre las que se contemplan el internamiento en centros de deshabitación y otras medidas complementarias tendentes a la finalidad de reinserción.
 - g) Establecimiento de una normativa general (mucho más amplia que la actualmente prevista en el CP) sobre formas sustitutivas de la imposición y/o de la ejecución de las penas privativas de libertad de carácter continuado (que tendrían, desde luego, especial incidencia en el tema que estamos tratando). Así: 1. La suspensión del fallo subordinado a que exista un pronóstico favorable de que el sujeto no cometerá delitos en el futuro, que se trate de una pena no grave y que el sujeto haya satisfecho en lo posible las responsabilidades civiles derivadas del delito. 2. La suspensión de la ejecución de la pena o remisión condicional (que requiere de la concurrencia de los dos primeros requisitos). 3. La sustitución de la pena continuada privativa de libertad (siempre que no exceda de dos años) por la sanción de un determinado número de arrestos (fin de semana), en atención a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del condenado; o, incluso, la sustitución de aquellas penas privativas de libertad por penas de multa (conforme al esquema de días, semanas o meses-multa). 4. El mecanismo de libertad condicional (en regulación que no se diferencia sustancialmente del sistema actual).

Como podrá observarse, la referida propuesta de anteproyecto supondría, caso de convertirse en realidad legislativa, un mejor conjunto de instrumentos para el tratamiento judicial de esta clase de delitos, que deriva más que de la específica regulación del concreto tipo delictivo (que introduce escasas novedades sobre el sistema actual y que deja en pie, por tanto, gran parte de sus deficiencias) de una innovadora y francamente interesante «parte general» aplicable, por tanto, a toda clase de delitos y a toda clase de delincuentes, dentro de sus límites respectivos.

Anticipemos que buen número de autores advierten contra los riesgos de introducir tratamientos discriminatorios (aunque sean en sentido positivo) para categorías determinadas de delincuentes. Así, por ejemplo, es preciso

afrontar el problema de los delincuentes rehabilitados socialmente en el momento de pronunciarse una sentencia condenatoria, fenómeno el anterior más frecuente de lo que pudiera pensarse, dado el irritantemente lento aparato de la justicia penal.

En lo que respecta a la específica regulación del tipo delictivo que estamos analizando conviene retener dos datos: uno, la tendencia a reducir el número de supuestos cualificados, convirtiéndolos en supuestos verdaderamente excepcionales; y, segundo, la facultad de reducir judicialmente las penas señaladas al tipo para supuestos de mínima cuantía de droga aprehendida y para el supuesto de pequeño traficante para el propio consumo, lo que supone un principio de respuesta a dos de los problemas que apuntábamos en nuestro breve catálogo.

BREVE REFERENCIA AL MARCO INTERNACIONAL

De manera casi telegráfica es preciso aludir a un último parámetro que ha de servirnos para encuadrar definitivamente el sentido y alcance de la reforma actualmente propuesta: el marco internacional.

El modelo de represión internacional (contenido sustancialmente en el Convenio de Ginebra de 1936, el Convenio Unico sobre Estupefacientes de 1961 —modificado en 1972— y el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971) se caracteriza por los siguientes rasgos distintivos:

- a) Atención casi exclusiva a las drogas propias o mejor procedentes del «Tercer Mundo».
- b) Orientación predominantemente dirigida a reducir o limitar la oferta (y establecimiento al respecto de verdaderas normas jurídicas de carácter vinculante para los Estados suscriptores de los tratados) y escasa atención a la reducción de la demanda. Sólo a partir del convenio de 1971 y su protocolo de 1972 se contienen normas encaminadas al desarrollo de sistemas de información y educación, si bien (en la práctica) no tienen carácter obligatorio, viniendo a ser (en claro paralelismo con lo que ocurre cuando a nivel internacional se trata de tutelar los derechos humanos de orden socio-económico) meras declaraciones de intenciones.
- c) Esa preferente orientación por reducir la oferta se concreta, fundamentalmente, en la represión, tanto administrativo-fiscal como estrictamente penal, del tráfico ilícito, constituyendo el núcleo central de la regulación internacional.
- d) Incipiente preocupación por el tratamiento del toxicómano. Este proceso se inicia ya en el Convenio Unico de 1961, pero se concreta —art. 22.1.b— en el Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, al indicar: «No obstante, cuando las personas que hagan uso indebido de sustancias psicotrópicas hayan cometido un delito, las partes podrán,

en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social.» Este precepto entiendo que es fundamental por cuanto constituye la habilitación internacional a los Estados-Parte para que, dentro de su derecho interno, puedan, con la amplitud que estimen pertinente, abordar el problema del tratamiento de los drogodelincuentes.

- e) Una quinta y última característica de este sistema es el establecer un modelo de control indirecto que, en definitiva, carga sobre los Estados-Parte su efectiva aplicación. Por el contrario, los especialistas apuestan ya, en este momento, por un modelo de control directo que supondría la creación, por una parte, de un verdadero monopolio internacional de la producción, distribución, almacenamiento y venta de, al menos, los opiáceos, acompañado de un adecuado sistema de subvenciones a los países productores, con protagonismo decidido de la Interpol como mecanismo de control y, por otra parte, el avanzar decididamente hacia un sistema de jurisdicción penal internacional que pudiera juzgar, al menos, los delitos más graves y quizá, como paso previo, la creación de normas uniformes a nivel internacional a efectos de tipificación, sanción y persecución de esta clase de delitos.

82

LA REFORMA ACTUALMENTE EN MARCHA DEL ART. 344 DEL CP

El panorama descrito debe ser suficiente para comprender la necesidad urgente de proceder a una reforma de la legislación vigente en esta materia que, respetando el marco internacional, supere las deficiencias del modelo actual e incorpore las técnicas que ya se preveían en la aludida propuesta de anteproyecto de CP de 1983. Me interesa destacar, por de pronto, que no puede bastar una reforma que incremente cuantitativa y cualitativamente la represión de estas conductas, o que meramente resuelva los problemas técnico-judiciales antes apuntados, sino que por el contrario resultaría preciso que el sistema punitivo permitiera discriminar las intrínsecamente diferentes conductas que actualmente se engloban dentro del art. 344 (tratamiento diferenciado del propio y verdadero traficante, del mero colaborador secundario al tráfico, del traficante para procurarse el auto-consumo y del simple toxicómano) y, sobre todo, que ofreciera alternativas reales al internamiento en prisión de los drogodelincuentes que incentiven su rehabilitación, así como, finalmente, que ofreciera (con carácter general) soluciones reales al problema de los delincuentes ya rehabilitados al tiempo de recaer sentencia condenatoria firme de carácter penal. Ello es especialmente obligado, en el ordenamiento interno español, a la vista del mandato constitucional contenido en el art. 25.2 de primar el carácter rehabilitador de las penas privativas de libertad.

1. INTRODUCCION

Tanto la Memoria Explicativa como la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP en materia de tráfico ilícito de drogas

(aprobado el pasado 3 de julio por el Consejo de Ministros y publicado en el Boletín Oficial de Las Cortes el día 24 del propio mes) —actualmente en discusión—, afirman que los puntos de partida (la razón de ser) de tal reforma son, por un lado, la insuficiencia de la actual regulación penal (lo cual, conforme a lo hasta aquí visto es indudable) y la necesidad de atender al nuevo planteamiento global que supuso el Plan Nacional sobre Drogas de 24 de julio de 1985, cuya premisa básica es reconocer políticamente la pluralidad y complejidad del fenómeno de la droga.

Atendiendo a los textos referidos —y sin entrar aún a examinar su articulado concreto— cuatro serían las ideas básicas del proyecto: 1.^a) Subrayar la necesidad de realizar un esfuerzo económico planificador (con reflejo obvio en los presupuestos) de cara a la realización de programas de prevención, represión y tratamiento de las toxicomanías. Ciertamente esta idea esencial (y plausible) recogida en la Memoria no tiene otro reflejo en el texto legal que el contenido en la propia Exposición de Motivos de la Ley, viniendo a constituir una declaración de buena voluntad, a través de la cual la Administración exterioriza que es consciente de que con las concretas medidas que establece no se agota, ni mucho menos, la lucha contra el complejo mundo de la droga; de que, por el contrario, es preciso invertir planificada y globalmente en tal clase de programas, siendo precisa la participación de todas las Administraciones Públicas. En torno a esta idea básica, poco podemos comentar como no sea nuestro ferviente deseo que no se quede en un simple buen propósito, amén de observar, una vez más, cómo siempre resultan postergados esta clase de objetivos a los, por lo visto, más acuciantes (y, sobre todo, más baratos) de perseguir con mayor «eficacia» el tráfico ilegal; 2.^a) fortalecer la función de prevención general, lo que se materializa prioritariamente en el incremento notable de las penas privativas de libertad y de las multas; 3.^a) otorgar un tratamiento jurídico-penal específico a drogodelinquentes; 4.^a) perseguir los beneficios económicos obtenidos a través de esta actividad.

83

Como planteamiento general, el problema más serio es dilucidar si aquella finalidad de prevención general se logra a través de las técnicas de incremento de las penas que se instrumentan. Dos precisiones hay que hacer: a) la escalada de penas que, a nivel internacional, se llevó a cabo a partir de los años sesenta no ha servido, en absoluto, para disminuir el tráfico y consumo de drogas (que crece constantemente), pese a que era el objetivo de tales incrementos de penalidad. Indica Baratta que, en una valoración conjunta del sistema represivo judicial-policial a nivel internacional, éste no ha logrado sacar del mercado más que un porcentaje de droga situado entre el 5 y el 12 por 100 del volumen de productos ilegales; b) el estado de la cuestión (y, en este sentido, tiene interés consultar las aportaciones realizadas en el II Congreso Mundial Vasco, San Sebastián del 3 al 11 de septiembre de 1987) para los especialistas se centra en subrayar los costes sociales que produce la actual política de penalización del uso de ciertas drogas. Son ideas difíciles de rebatir a este respecto: 1) Que el agravamiento de las penas constituye un factor de rentabilidad del mejor negocio del mundo, posibilitando la fijación de precios cada vez más altos en el mercado negro, pa-

raleo a los nuevos y eventuales riesgos asumidos por los traficantes; 2) Ello (unido, desde luego a la misma «prohibición») posibilita la consolidación de redes internacionales de crimen organizado, desplazando a los traficantes intermedios, incapaces de afrontar los nuevos retos represivos, al propio tiempo que convierten al consumidor en el lumpen-propietario de esa anómala sociedad, que se ve impulsado, de manera prácticamente inevitable, al delito contra la propiedad o, alternativamente, a convertirse en último peón de la red de tráfico, en condiciones laborales (por así decirlo) típicas de la esclavitud y de la marginación; 3) La consecuencia —como indica Baratta— es el nacimiento y perpetuación de una subcultura de los excluidos, contra la que cada vez resulta más difícil combatir desde la cultura de todos. En ese estado de cosas, si bien, personalmente, no creo que la solución sea la despenalización (fundamentalmente porque no creo que ello sea factible en un solo país) de estas conductas, sí que creo que empieza a ser razonable (y hasta urgente) pensar en un modelo que combine una penalización sumamente selectiva y discriminada (en línea con lo antes dicho) con otros modelos de control, singularmente los sistemas informativo-educativo, el sistema terapéutico-asistencial y el sistema de control administrativo.

84

Lo cierto es que, al margen de las anteriores precisiones, el modelo teórico de la reforma, que se expone en la Memoria Explicativa y en la Exposición de Motivos, puede considerarse «razonable» y, desde luego, en línea con los nuevos planteamientos (que parecen haber desterrado la relativa permisibilidad de los setenta) que en toda Europa se realizan sobre la materia. Me refiero en particular a que, junto a ese más que discutible esquema de agravación de las penas, se incorporan otras preocupaciones hoy sentidas como básicas: posibilitar el tratamiento (y reinserción) de los drogodependientes delincuentes, la articulación de sistemas que permitan perseguir el blanqueo de los ingentes beneficios de la droga, y la necesidad de un planteamiento global en que el Estado asume la responsabilidad de afrontar un intenso esfuerzo presupuestario y planificador que atienda no sólo a los aspectos represivos, sino también a la prevención y al tratamiento.

El mayor o menor acierto de la reforma, por tanto, debe enjuiciarse no tanto en base al tipo de factores-clave tenidos en cuenta, como al eventual equilibrio (y mayor o menor potenciación de unos y otros factores) entre los mismos. Para ello, se hace preciso analizar, siquiera sea por encima, el contenido de la propuesta gubernamental y, al propio tiempo, las más importantes enmiendas planteadas por los diversos grupos parlamentarios.

2. FORTALECIMIENTO DE LA FUNCION DE PREVENCION GENERAL

Un primer dato, de cara a una crítica del proyecto, radica precisamente en el hecho de que el incremento de la penalidad constituye, cuantitativa y cualitativamente, el aspecto central y esencial del mismo.

La base de la pirámide de penas estaría constituida por las previsiones establecidas para los supuestos de tráfico ordinario. El nuevo artículo 344 pro-

puesto, junto con algunas modificaciones en lo relativo a la definición del tipo (algunas de menor cuantía —sustitución de «fabricación» por «elaboración»— y otras de mayor calado —la introducción de la expresión «o de otro modo», lo que amplía aún más sus características de tipo extraordinariamente abierto, con riesgo para el binomio legalidad-seguridad) lo que hace, fundamentalmente, es incrementar las penas de manera notable. Así, en el campo de las drogas, que causan grave daño a la salud, se pasa del campo de la prisión menor (de seis meses y un día a seis años) a un margen que oscila entre la prisión menor en grado medio (dos años, cuatro meses y un día) y la prisión mayor en grado mínimo (esto es, hasta ocho años) y, paralelamente la multa pasa de 30.000 pesetas a un millón y medio de pesetas, a un margen mucho más amplio comprendido entre uno y cien millones. En el campo de las restantes drogas, se pasa de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses) al arresto mayor en grado máximo como pena mínima (de cuatro meses y un día a seis meses) y prisión menor en grado medio como pena máxima (de dos años cuatro meses y un día a cuatro años y dos meses), al tiempo que la multa pasa a ser de medio millón a cincuenta millones de pesetas.

No se prevé ni en el tipo básico, ni en ningún otro punto de la reforma, la facultad judicial de que los tribunales puedan imponer la pena inferior en grado atendidas las circunstancias, cantidad o finalidad de auto-consumo parcial de las mismas.

85

Ninguna enmienda parlamentaria propone tampoco rebajar tales penas tipo. La única propuesta es de signo inverso: incrementar tales penas, proponiendo, respectivamente, penas de prisión mayor y prisión menor.

El escalón intermedio de la pirámide de penas (el nuevo artículo 344 bis a), para el que se propone la pena superior en grado (lo que supone para las drogas graves penas que oscilarían entre ocho años y un día a catorce años y ocho meses, y para las restantes, penas entre cuatro años, dos meses y un día a diez años) estaría constituido por una serie de supuestos de tipicidad agravada, en los que junto con los actuales supuestos (ampliando su ámbito) se recogen tres nuevos: a) cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario, docente o educador; b) cuando hubieran sido adulteradas, incrementando el posible daño a la salud; y c) cuando se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación. Si a ello se suma que en la actual agravación por razón de pertenencia a una organización se añade, «incluso las de carácter transitorio», concepto por demás vago e impreciso, forzoso será concluir que se han ampliado extraordinariamente las tipicidades agravadas, hasta el punto (y ello con el consenso de todos los grupos parlamentarios) de constituir tales modalidades la regla general y la tipicidad base la excepción.

El escalón más grave, finalmente, de la pirámide punitiva [(recogido en el artículo nuevo 344 bis b)] para el que se prevé, de nuevo, la pena superior en grado (lo que lleva las penas a límites ciertamente inconcebibles que oscilarían para las más graves entre los catorce años ocho meses y un día a veinticuatro años y cuatro meses; y para las restantes penas que oscilarían en-

tre diez años y un día a diecisiete años y cuatro meses) se concreta en dos supuestos: a) el primero para «los jefes, administradores o encargados de las organizaciones» y b) el segundo —con toda su vaguedad e indeterminación— «cuando las conductas fueren de extrema gravedad». Al propio tiempo se mantienen, agravándose, las actuales medidas de «clausura, suspensión y prohibición de actividades» relativas a empresas, locales o sociedades relacionadas con esta clase de delincuencia. Por el contrario se suprime la interesante posibilidad —actualmente prevista— de que el tribunal puede proponer a la Administración que disponga la intervención de las empresas para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

86 Hay que reconocer, por tanto, que en este primer parámetro efectivo de la reforma es difícil encontrar otro propósito que el de responder políticamente a una indudable demanda social de mayor rigor en las penas. Soy, desde luego, plenamente consciente de que esa dureza de las penas es querida por la opinión pública. Así, en una encuesta realizada en 1987 en el País Vasco (cuyos resultados, incorporados al Libro Blanco de las Drogodependencias en Euskadi, supongo extrapolables, con escaso margen, al resto de España), el 59 por 100 de los consultados impondrían penas de treinta años (o más) de prisión a los que venden u ofrecen drogas a la puerta de un colegio, porcentaje que alcanza un 75,3 por 100 tratándose del que controla una red de distribución de droga o a un 74,7 por 100 para el caso de que el sujeto agente del delito fuera algún miembro de la Policía. No creo, sin embargo, que estas cuestiones puedan resolverse seriamente acudiendo a técnicas demoscópicas. La doctrina ya ha advertido que, con las referidas penas, se llega a violar el principio de proporcionalidad al imponer penas típicas (reclusión) de delitos contra la vida o contra la libertad sexual, extendiéndolas a tipos de peligro contra la salud pública. Se observa, asimismo, el grave defecto de equiparar circunstancias de muy diversa índole que, en realidad, conforme a lo antes dicho, merecerían una sanción penal diferenciada, así como una ampliación de los supuestos cualificados. Tal equiparación supone un claro retroceso respecto de las medidas que contenía la antes aludida propuesta de anteproyecto de CP.

Es justo indicar que se observan ciertas mejoras técnicas (en el concreto sentido de aclarar la interpretación judicial sobre algunos de los problemas catalogados en la primera parte de estas notas). Entre ellas hay que destacar la modificación de tipo básico actual sustituyéndolo por el siguiente: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas... o los posean con aquellos fines...» Esta reforma, sin perjuicio de lo ya indicado sobre la expresión «de otro modo», tiene indudable importancia práctica, al ampliar (en una línea análoga a la del Tribunal Supremo) el tipo y permitir incluir, dentro del tipo y en plano de equiparación, los supuestos de donación y todas las modalidades antes indicadas de colaboración secundaria al tráfico. Otra mejora en esta misma línea sería la relativa a la sustitución del término «difundan» por el más amplio de «introduzcan» (esta vez, de conformidad con lo mantenido por la Fiscalía General del Estado). En este grupo habría que incluir, finalmente, el que se resuelvan (de nuevo en sentido agrava-

torio) las dudas suscitadas sobre la sanción aplicable en los casos de extrema gravedad o para los jefes, administradores o encargados de asociaciones, incluidas las de carácter transitorio.

Subsisten, sin embargo —en este aspecto meramente técnico—, importantes deficiencias, pues no se ha aprovechado la reforma para introducir criterios ciertos y seguros que permitan aclarar el concepto de droga, distinguir entre las que causan grave daño a la salud y las que no lo causan, delimitar lo que deba entenderse por supuestos de «extrema gravedad» o el concepto de «notoria importancia», esclarecer la situación del «consumo ilegal» en determinadas circunstancias o, por sólo citar algunos, regular el complejo asunto del concurso entre tráfico de drogas y contrabando. Al propio tiempo, y ello es más grave, el modelo de la reforma ha optado por equiparar (sin margen judicial alguno), como se ha visto, comportamientos sustancialmente diferentes tanto en el plano del tipo básico (traficantes y meros colaboradores secundarios) como en el plano de las circunstancias cualificativas.

3. OTORGAMIENTO DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO PARA DROGODELINCENTES

87

El nuevo artículo 93 bis (incluido dentro de la regulación de la remisión condicional) prevé, en efecto, la posibilidad de conceder tal beneficio a los drogodelincuentes «cuando se hubieren deshabitado o estuvieren en tratamiento para conseguirlo». Su alcance es modesto: 1) Porque sólo alcanza a las penas de prisión cuya duración no exceda de dos años; tal efecto puede lograrse actualmente en los casos de eximente incompleta por toxicomanía como consecuencia del juego del último párrafo del artículo 93 (posibilidad de ampliar hasta dos años, si concurre alguna atenuante muy cualificada) y el número uno del artículo 94 (aplicación por ministerio de la ley cuando concorra una eximente incompleta); b) y segundo, por el conjunto de lo que la exposición de motivos llama «garantías para salvaguardar... los fines de prevención general y evitar un uso fraudulento de la disposición legal». En efecto, tal beneficio, además de limitarse subjetivamente a los que hubieran cometido el delito «por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas», se condiciona a que la drogodependencia se declare probada en sentencia, a que se acredite que el interesado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin y a que —y esto es lo más grave— «no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio» (amén de otra serie de medidas de control «a posteriori»). La exigencia de que no se trate de reincidente haría en la práctica nula la posibilidad operativa de tal precepto, dado el tipo de delincuentes a que afecta.

Nada se dice, ni en el proyecto ni en ninguna enmienda presentada, sobre la posibilidad (especialmente práctica desde un punto de vista criminológico) de extender, en casos de toxicomanía, el tratamiento prevenido para la eximente y la eximente incompleta, a los supuestos en que meramente se aplique la atenuante analógica décima del propio artículo noveno del CP en relación con la eximente incompleta. Esta posibilidad, junto con una eficien-

nas al lado de las previstas en los tipos delictivos que desarrolla el actual artículo 344 del CP.

Este tipo especial de receptación puede plantear algunas dificultades. En primer lugar, la inclusión de la expresión «se aprovechar... para un tercero» (única diferencia con el tipo genérico de receptación donde siempre cabrían, según entiendo, las restantes conductas reflejadas en el nuevo tipo propuesto) puede suponer, en principio, incluir dentro de este tipo los supuestos de encubrimiento genérico del número primero del artículo 17 del CP (cuando dicha actividad fuera dirigida a que se aprovecharan los propios delincuentes) y consiguiente exclusión de la posibilidad, en estos casos, de apreciar tal modalidad de participación. En segundo lugar (y esto es más grave, pues parece contradictorio con el propósito general de la reforma), el referido tipo (una vez que, como dijimos, se ha ampliado notablemente el tipo básico del artículo 344) podría suponer la consagración de una modalidad extraordinariamente privilegiada (en el caso de sustancias que causan grave daño a la salud, concurriendo alguna circunstancia cualificativa) de colaboración secundaria al tráfico de drogas, pues ciertamente tales actos de receptación cabrían dentro de la definición del tipo básico en cuanto suponen actos que favorecen el mismo y, en consecuencia (sin necesidad de tipo específico alguno), podrían encajar dentro de los supuestos de autoría en cualquiera de sus modalidades.

90

VALORACION FINAL

El proyecto de ley se limita a desarrollar la política de incremento de las penas, soluciona algunos problemas técnicos que plantea la regulación actual (dejando subsistentes otros muchos), prevé tibias propuestas en materia de tratamiento específico del drogodelincuente, no ofrece alternativas verdaderamente eficaces en el campo de la persecución de los beneficios económicos derivados de la droga y simplemente no aborda (no es siquiera su pretensión) un planteamiento global de cuál deba ser la respuesta jurídica (que no puede ser meramente, ni siquiera preferentemente, penal) al mundo y a la cultura del narcotráfico. El proyecto, por todo ello, no es satisfactorio. Esperemos que sirva para poner de relieve la necesidad de afrontar definitivamente los problemas pendientes.

José Antonio García

Cumplimiento de la pena de los centros penitenciarios

La participación de la prisión en los sistemas jurídicos y en los sistemas terapéuticos sitúan a esta institución en una posición bisagra, con la dificultad de asumir los postulados de un sistema desde las exigencias del otro y viceversa; abocada a buscar espacios comunes de compromiso.

El planteamiento de esta intervención asume la no definición conceptual y funcional de los términos y significados, por lo que, a pesar del autor y como prevención al lector, entraremos en el denominado, por el profesor BARATTA, círculo de reproducción ideológica de la «droga».

91

El utilizar una técnica de espejo en la exposición de la vida cotidiana penitenciaria reflejará en el discurso la exigencia esquizofrénica que se demanda a la institución penitenciaria de retener y reinsentar, de castigar y curar.

1. MARCO JURIDICO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS

1.A. Asistencial

Los principios de actuación en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en cuanto a las normas de régimen y tratamiento a aplicar al toxicómano, que ha sido condenado por la comisión de hechos punibles, se enmarcan dentro de la orientación final de buscar una reeducación y inserción social en el cumplimiento de las penas en que nos sitúa el mandato constitucional y el ordenamiento penitenciario. Así, tenemos que la actividad penitenciaria, dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales, asume que a las personas que ingresan en los centros penitenciarios con problemas de drogodependencia debe proporcionárseles ayuda de carácter asistencial, rehabilitadora y de inserción social al amparo, asimismo, de la concepción de tratamiento individualizado que impregna la imagen penitenciaria del cumplimiento de la pena. Para conseguir lo señalado se articulan, como exigencia elemental, diferentes tipos de establecimientos penitenciarios; de entre éstos, el artículo 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) hace referencia a los Especiales, y los artículos 56 y 57 del Reglamento Penitenciario establecen las normas elementales del régimen de dichos centros. ¹

También interesa señalar que el artículo 37 de la LOGP prevé que todos los establecimientos estén dotados, en la esfera sanitaria, de una dependencia destinada a la atención de toxicómanos. En este punto, el sentenciado que ingrese en un centro penitenciario a cumplir condena aquejado de toxicomanía se encuentra con unas disposiciones legales que posibilitan el tratamiento asistencial de sus deficiencias.

Asimismo hay que resaltar la especial referencia del artículo 57.1, párrafo 5 de la ley ² en lo que supone de posibilidad abierta a que el proceso de reinserción social, durante el cumplimiento de la pena, se proyecte en una incorporación gradual y extrapenitenciaria a su medio social mediante una opción asistencial intermedia.

Una reflexión desde la dimensión actual del problema de las drogodependencias y de la política de ejecución penal nos sitúa en un marco de referencia de nuestro ordenamiento, quizás escorado excesivamente hacia la asistencia sanitaria. Esto es entendible en la medida en que el incremento del fenómeno de la drogadicción, desde la promulgación de la LOGP, desborda la concepción puntual de tratamiento en departamentos para grupos diagnosticados como toxicómanos. Actualmente la política penal propició desde una actuación más selectiva de lucha contra el tráfico hasta el desarrollo de procesos de recuperación integrados en las redes sociales de atención, tanto públicas como privadas, además de fórmulas alternativas a la privación de libertad.

1.B. Disciplinario

El régimen disciplinario interno en la vida de un centro penitenciario va a prohibir y tipificar como falta disciplinaria una serie de conductas relacionadas con la posesión y el uso de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Así, en el artículo 109 del Reglamento Penitenciario (R.P) se considera falta grave, en el apartado (f) «introducir, hacer salir o poseer en el establecimiento objetos que se hallaren prohibidos por las normas de régimen interior» y en el apartado (i) «la embriaguez... el uso de drogas tóxicas y sustancias psicotrópicas o estupefacientes...»

2. RECURSOS HUMANOS Y MATERIALES

Los recursos con los que cuenta Instituciones Penitenciarias, en el tema que nos ocupa, se cifran en los establecimientos de carácter asistencial: Hospital General Penitenciario de Madrid, Psiquiátricos Penitenciarios de Madrid y de Alicante. Otros establecimientos asistenciales, como el de León, Segovia, etc., no tienen una referencia tan clara al tratamiento de drogodependientes. Y dentro de la diversidad de los diferentes centros, condicionados sobre todo por la variable de reciente construcción o antigüedad, la disponibilidad de enfermerías con capacidad suficiente para los grupos de internos antes señalados. Asimismo se intenta no caer en posiciones autár-

quicas y la proyección de futuro pasa por la incorporación cada vez más efectiva de integración y utilización de los sistemas generales sanitarios de cada comunidad.

En cuanto a los recursos humanos cabe señalar, desde el área sanitaria, los equipos asistenciales compuestos por facultativos (161), ATS (172), auxiliares de enfermería (96) y ayudantes de enfermería (20). Desde el área de tratamiento, el personal técnico que conforma los equipos de observación y tratamiento compuestos por psicólogos (125), juristas criminólogos (99), pedagogos (26), sociólogos (18) y psiquiatras (6); además de educadores (196) y asistentes sociales (212). Actualmente nos encontramos en una situación de consolidación, en casi todos los centros, de estos equipos básicos. Las comisiones provinciales de asistencia social (CAS) se ocupan de los liberados condicionales y de todas aquellas circunstancias de relación del interno con el exterior. También hay que señalar la dotación humana que conforma el colectivo de funcionarios del área de vigilancia que, por sus funciones y trabajo cotidiano con los internos, tiene una especialísima importancia; se resalta la incorporación progresiva de funcionarios con un nivel elevado de formación y una media de edad relativamente baja entre los ocho mil funcionarios que componen las actuales plantillas de los centros penitenciarios.

93

3. CENTROS PENITENCIARIOS, RECLUSOS Y DROGODEPENDENCIA

3.A. La perspectiva del consumo de drogas desde la institución penitenciaria adquiere matices que, indudablemente, subrayan elementos inherentes, y, en muchos casos los más nocivos, de la problemática de la drogadicción, como son:

—El proceso de marginación que suele acompañar, o desde el que ya parte, la trayectoria social del toxicómano, agudizada por la marginalidad de la conducta criminal, que añade en su posterior y pretendida reinserción social una doble condición de «ex».

—La confluencia, en un medio cerrado, de una alta concentración de personas con historias particulares diversas, en diferentes procesos temporales de relación con el tráfico y consumo de droga, y en conexión con elementos significativos de organizaciones con fines de distribución de la misma.

—El mismo hecho de encontrarse en una institución cerrada, en cumplimiento de un mandato judicial, sin que exista la voluntad del toxicómano necesaria para propiciar un proceso de recuperación.

—Las carencias estructurales de que adolecen parte de nuestros establecimientos penitenciarios y el grado de superpoblación de los mismos, que dificulta enormemente un adecuado funcionamiento.

Estos elementos no contribuyen a crear climas que posibiliten modelos de abordaje tratamental.

A pesar de este cuadro agravado, el problema del consumo de drogas en prisión es, simétricamente, el mismo que el del conjunto de la sociedad, con todos los tópicos, mitos y lugares comunes; y con todas las dificultades y esfuerzos para articular una política coherente que frene y reduzca el consumo de sustancias que dañan la salud individual y social.

3.B. Vamos a retomar algunos asuntos que entroncan directamente con la temática de estas jornadas y nos aportan aspectos de la realidad de nuestro trabajo. Sirvan como retazos de la problemática de la drogodependencia y las instituciones penitenciarias, los siguientes datos: Ingresan anualmente en prisión alrededor de 80.000 personas. En el año 1987 la cifra rondará las 90.000. Cabe matizar que esta cifra bruta posee el riesgo de que una persona que haya ingresado varias veces en un año será computada en los sucesivos ingresos; no obstante, dicho riesgo no es excesivamente importante. Este flujo de ingresos se recoge en los 79 centros penitenciarios con los que contamos, más los 8 pertenecientes a la comunidad catalana. La población reclusa actual se estabiliza en torno a los 28.000 de los cuales el 57 por 100 son penados (16.000) y el 43 por 100 restante internos preventivos (12.000); asimismo el 6 por 100 del total corresponde a población femenina (1.700).

94

La mecánica de ingreso de toda persona en un establecimiento penitenciario pasa invariablemente por un reconocimiento médico dentro de las primeras 24 horas del mismo; con este proceso tenemos una primera aproximación al área de la salud general y a posibles drogodependencias de las personas que ingresan en prisión. No deja de ser un indicador indirecto, pero resultan manifiestamente interesantes los datos globales recogidos en estos diagnósticos iniciales. En este filtraje, el año pasado los servicios médicos detectaron que en torno a un 15 por 100 de los ingresos presentan cuadros cualificados de adicción a la heroína. Por tanto, en el año 86 podemos calcular que unas 12.000 personas ingresaron en prisión con adicción a la heroína. La intensidad en los cuadros de adicción puede ser también contrastada con las necesidades que surgieron en dicho año de asistencias de ingresos hospitalarios, bien penitenciarios o extrapenitenciarios, por circunstancias agravadas en los cuadros de adicción, que fueron 660 casos (345 en el Hospital Penitenciario; 168 en hospitales extrapenitenciarios; 30 en Psiquiátricos Penitenciarios y 117 en Psiquiátricos extrapenitenciarios), que representan el 0,8 por 100 del total de ingresos y un 5 por 100 del colectivo que definíamos como dependientes.

Otro indicador que nos puede ser útil para el conocimiento del fenómeno consiste en la autocalificación de los ingresados que se recoge en las entrevistas de acogida con los asistentes sociales y educadores, una vez son reconocidos médicamente. Los índices de habitualidad, entendido como consumo de una o más veces al día de las diferentes sustancias que definimos como tóxicas, se sitúa en torno a un 70 por 100 (heroína 15 por 100, cánnabis 30 por 100, psicofármacos 15 por 100, cocaína y otros 10 por 100).

Podemos hacer una primera reflexión que enmarque el problema que nos ocupa y que se proyectaría en el tópico de la dualidad droga-delinuencia. Po-

demos afirmar que no todos los drogodependientes, fundamentalmente heroínómanos, pasan por los filtros de la delincuencia, y en concreto por la prisión. Y también que no todas las personas recluidas en prisión son drogadictos. Estas dos afirmaciones nos colocan ante la dificultad de deslindar los factores que influyen en la realidad psicosocial de la marginalidad y de la delincuencia.

Otro dato importante para aportar al debate de la supuesta criminalización del uso y consiguiente tráfico, en relación todo ello con el artículo 344 del Código Penal y su modificación, es que el llamado drogadicto no entra en prisión por la comisión de delitos contra la salud pública, sino fundamentalmente por delitos contra la propiedad. El análisis de la población penada con respecto a la proporción del grupo tipificado por delitos contra la salud pública se sitúa actualmente en un 8 por 100 (1.280) correspondiendo el grupo tipificado por delitos contra la propiedad en un 66 por 100 (10.560). La línea evolutiva dibujada por el primer colectivo mencionado se situaba en el año 81 en un 11 por 100, para sufrir una fuerte quiebra en el 83, producto de la reforma, el 5 por 100, y para situarse en la actualidad en una tendencia ligeramente ascendente, en el 8 por 100 antes mencionado. La experiencia cotidiana del trabajo en prisión nos dibuja un retrato robot del llamado drogadicto como un penado a una pena de prisión menor, mayoritariamente a 4 años, 2 meses y 1 día por un delito contra la propiedad, señaladamente de robo con intimidación.

95

3.C. Otra cuestión importante a reflexionar es la referida a si la prisión es un factor de riesgo en el consumo de sustancias tóxicas. La ruptura que supone ingresar en prisión, en la historia individual de consumo, abre un paréntesis que puede dar lugar, bien a una continuación problematizada del consumo o bien la asunción de un momento crítico en su vinculación con la droga, entre otras situaciones posibles. Existen factores intrínsecos del ingreso en prisión claramente negativos como es la desvinculación traumática de su medio habitual, que va a agravar su proceso de marginación. También hay que reconocer que el ingreso en prisión propicia estas situaciones que hemos llamado de paréntesis en el consumo, incluso de posiciones de «tocar fondo», «cerrar un ciclo», etc., que devienen de la situación de abstinencia obligada por el espacio cerrado de la prisión.

En esta órbita, conviene no olvidar el tratamiento que se da en prisión al consumo de drogas lícitas. El artículo 385 (RP) posibilita el consumo de dos cervezas de un quinto al día, una en la comida y otra en la cena, excluyendo de dicho consumo a los menores de 21 años; asimismo, el consumo de tabaco, vendido en el economato del establecimiento, es el producto que encabeza todos los listados de ventas, especialmente el rubio; siendo el siguiente producto el café.

La afirmación de que el consumo de sustancias tóxicas es menor en prisión que en la calle es una afirmación claramente confirmada y matizada en que esta disminución se refiere tanto a la cantidad como a la calidad. Las sustancias que se rebajan menos en su consumo comparativo son el taba-

co, hachís y tranquilizantes; y en las que la rebaja es más drástica son heroína, anfetaminas, alucinógenos y cocaína. Con respecto a las frecuencias del consumo la afirmación que hacemos es que existe un paso de la habitualidad a lo esporádico. Hay que admitir que existe un consumo de drogas en el interior de las prisiones propiciado por la incidencia de los siguientes factores:

—La demanda de los internos con problemas de dependencia, que asumen cualquier tipo de riesgos para mantener sus expectativas de consumo.

— Los consumidores habituales o esporádicos, que, de alguna manera, propician la situación de institución cerrada, controladora y prohibitiva. El medio entorno impuesto, personalidades mal estructuradas en un alto porcentaje, con socializaciones deficitarias, cotidianeidad displacentera, código de valores de subcultura favorecedora del consumo; todo ello apunta a opciones «de huida» que alteran la percepción y el comportamiento, para transgredir lo normativo y la realidad del encierro.

—Todo el trasfondo de beneficio económico que conllevan el tráfico y distribución para el consumo ilegal de drogas tóxicas se ve matizado en la microsociedad penitenciaria, al ser un medio más prohibitivo y controlador que hace que sea más escaso el producto, y el valor de uso y de cambio sea más elevado. Además, en última instancia, el control del mercado sirve para situarse en posiciones de poder con las consiguientes estrategias de grupos de presión, extorsión, etc.

96

La circunstancia de que en prisión sólo se prive de la libertad, sin menoscabo del disfrute de otros derechos sociales, fundamentalmente lo relativo a la vinculación familiar, social, informativa etc., nos sitúa ante la imposibilidad de impermeabilizar el reducto penitenciario a la proliferación de sustancias tóxicas. El objetivo estriba en conseguir un equilibrio entre las garantías para asegurar estos derechos reconocidos y un estado de seguridad y de control dentro de la vida penitenciaria. Sin embargo, se viene manteniendo un esfuerzo continuado para intentar restringir al máximo la existencia y comercio de las diferentes sustancias tóxicas en el interior de la prisión dando como resultado aprehensiones significativas de diferentes sustancias. En los nueve primeros meses de este año 1987 se han efectuado 3.464 decomisos, destacando que en el 56 por 100 de los casos se ha efectuado el mismo antes de su introducción en el establecimiento; el desglose de los diferentes conductos de introducción, en orden a los decomisos efectuados, es el siguiente: lanzamientos desde el exterior (28 por 100), paquetes (13 por 100), comunicaciones vis a vis (7 por 100), regreso de permisos (4 por 100) y otros (2 por 100). El restante 44 por 100 de los decomisos efectuados se produjo en cacheos personales y requisas en el interior del establecimiento, siendo destacable el dato de que estos decomisos fueron de cantidades de bastante menor cuantía que los reseñados en primer lugar. El espectro de sustancias decomisadas es muy indicativo del posible consumo que se puede dar en la prisión, siendo el siguiente: heroína 5 por 100, hachís 33 por 100, psicofármacos 62 por 100. Este ranking puede reforzar la idea apuntada del consumo esporádico y de «evasión», así como la circunstancia

de la politoxicomanía, propiciada fundamentalmente por sustitutivos puntuales de la heroína.

Otra variable a tener muy presente es la heterogeneidad de los establecimientos penitenciarios, en función de los internos que alojan y de las posibilidades de control con que cuentan. Básicamente, las líneas, con polos opuestos, en que pueden situarse los establecimientos y que son relevantes a estos efectos, son: construcción nueva o antigua, dimensión y número de internos, ubicación en núcleo urbano o alejado del mismo, medios de control de las vías de introducción de droga, tipo de población interna y presencia de droga en el entorno inmediato al establecimiento.

3.D. Sin intentar crear una tipología criminológica de las figuras del traficante y del drogadicto, sí puede ser interesante en este foro de discusión aportar algunas reflexiones y datos de esta casuística.

Mencionábamos la proporción del 8 por 100 de los penados con el tipo de *contra la salud pública* y conviene destacar que en este colectivo se perfilan dos tipos de grupos definidos; el primero de ellos corresponde al traficante de nacionalidad no española, en la mayoría de los casos «pequeño camello», que sucumbe ante los primeros filtros fronterizos. En la actualidad, del conjunto de la población reclusa el 12 por 100 corresponde a internos de diferentes nacionalidades. En el informe de la Fiscalía General del Estado se cifraba en un 19 por 100 los extranjeros procesados por este tipo de delitos en el año 1984.

Otro perfil que se dibuja en los centros penitenciarios, no de forma notoria pero sí conformando un cierto grupo, son los traficantes de cierta envergadura, motivados por un desmesurado ánimo de lucro y enmarcados en los delincuentes definidos como de «cuello blanco». La institución penitenciaria sufre en estos casos una fuerte disfuncionalidad con su objetivo resocializador al encontrarse ante personas con una aceptable inserción y vinculación social, con una buena conducta penitenciaria, con posibilidades económicas y con situaciones de condenas de 6 años, que cumplen la primera cuarta parte de la condena con los correspondientes beneficios penitenciarios, en torno al año efectivo de estancia en prisión, y que a partir de aquí reúnen todos los requisitos objetivos para el disfrute de permisos de salida y de regímenes de vida abierto. Importante es, pues, el dotar de coherencia a todo el proceso de política penal, desde la introducción, en la modificación propuesta del artículo 344 del Código Penal, de incremento de penas para los traficantes cualificados, hasta las penas accesorias de multas y de intervención de bienes.

4. TRATAMIENTO DE RECLUSOS DROGODEPENDIENTES.

También se procura dar pasos en un sentido positivo que vayan más allá de intentar que los espacios penitenciarios se conviertan cada vez más en zonas de abstinencia obligada. Intentar, con todos los hándicaps que pre-

senta el medio, desarrollar programas que se inserten en el esfuerzo colectivo de articular estrategias de recuperación de las personas con drogodependencias.

4a. Desintoxicación

Enlazando con las situaciones de ingresos que comentábamos anteriormente, los procesos de desintoxicación dan comienzo a partir del reconocimiento médico inicial, con una asistencia ambulatoria si pasa al departamento asignado con su correspondiente celda, y con el seguimiento en los cinco, diez o quince días siguientes; o bien mediante el ingreso en la enfermería del establecimiento. Esta es una realidad cotidiana y reconocida por los propios internos con problemas de adicción. Cuestionando la brusquedad y la actitud forzada del interno en este proceso de desintoxicación se consigue en esta primera fase, en unos porcentajes significativamente altos, consolidar una desintoxicación inicial. Estos pasajes de síndrome de abstinencia se acumulan a la historia de experiencias personales.

98

Se vienen realizando algún tipo de experiencias de creación de unidades de acogida para casos con síndrome de abstinencia, con unos planteamientos de ayuda y asistencia permanente. Concretamente en los centros de Valencia (mujeres) y Córdoba.

Con este inicio de desintoxicación forzada, la variable de la situación procesal del interno en su condición de preventivo o penado va a condicionar las diferentes estrategias y los recursos de orden legal con los que podemos contar a la hora de programar cualquier intervención. Tenemos que subrayar la menor dotación de recursos en este orden legal para abordar la situación de los preventivos, dado que la figura de la prisión preventiva sólo ampara una función penitenciaria de retención de esa persona que se encuentra a disposición de la autoridad judicial y sujeta a unos avatares procesales de difícil predicción, como fianzas o libertad provisional. A esto se añade que son los momentos del ingreso los más graves en los procesos de adicción, el concentrarse el mayor número de preventivos en las grandes ciudades que coincide con los centros penitenciarios más masificados y con peores condiciones arquitectónicas y de habitabilidad y, en última instancia, con peores climas en orden a la existencia y consumo de sustancias tóxicas.

Con los *internos penados* entramos en la consignación que establece el ordenamiento penitenciario respecto a la clasificación de grados de tratamiento en el cumplimiento de las penas. Existen tres grados de tratamiento. El segundo corresponde al régimen de vida ordinario, que supone la gran mayoría de la población penada; el régimen cerrado y más restrictivo corresponde al primer grado; y el tercer grado supone un régimen de vida abierto. Este último grado es el que sin duda ofrece una mejor proyección para establecer programas de intervención en el tema que nos ocupa, dado que propicia desde el disfrute de 48 días al año de permiso de salida, con topes máximos de 7 días, salidas diarias a realizar una actividad laboral, educativa, asistencial

ambulatoria en centros de día, salidas los fines de semana, etc. Existe también la posibilidad, que ampara el artículo 57-1 del R.P., de pasar a un centro extrapenitenciario, estando clasificado en este tercer grado de tratamiento. Esta fórmula, sin una acción todavía sistemática, sí está empezando a funcionar en algunas Comunidades Autónomas, como La Rioja, Valencia, Navarra, Baleares, País Vasco. Como valoración de las diferentes experiencias nos viene dibujando un perfil de interno con dependencia a la heroína, condenado a 4 años, 2 meses y 1 día, con una media de 26 años de edad, con una estancia acumulada en prisión en torno a un año y con una salida a estos centros de carácter cerrado por un tiempo de un año previo a la concesión de la libertad condicional.

4b. Deshabitación

Es preciso asumir que la desintoxicación física, prolongada en el mejor de los casos en el tiempo de estancia en un centro penitenciario por la variable del espacio de abstinencia obligada, necesita una programación en orden a la creación de pautas de deshabitación en el consumo desde una esfera psicosocial. Ello nos plantea retos de más largo alcance y de mayor dificultad.

99

Los programas de abordaje con objetivos de deshabitación parten de una triple consideración: informativa, ocupacional y terapéutica. Son de resaltar, como variables intrínsecas al medio penitenciario, la valoración especial del tiempo, a ocupar a veces de forma compulsiva con los programas de actividades, y que entre los rumores de la prisión se vivencia un ritmo del paso del tiempo en que resuena de forma diferente el transcurrir temporal con una pauta exhaustiva de controles horarios y la vivencia del tiempo interiorizado. Otra variable a tener en cuenta es la dificultad de trabajo con pequeños grupos desde la perspectiva terapéutica en las condiciones que normalmente reúnen algunos establecimientos. Cabe destacar las experiencias que se vienen llevando a cabo, con objetivos limitados y grupos definidos, en centros como Granada, Pamplona, Palma de Mallorca, Murcia, con la inestimable aportación, en la mayoría de los casos, de recursos pertenecientes a las respectivas Comunidades Autónomas, así como el convenio de colaboración firmado con Cruz Roja para trabajar conjuntamente en modelos de tratamiento con drogodependientes, inicialmente en los centros de Sevilla, Yeserías y Hospital Penitenciario de Madrid.

De todas formas debemos admitir que el centro penitenciario no es un buen lugar para establecer programas de recuperación de drogodependientes, pero es un espacio temporal que hay que aprovechar para conseguir procesos de abstinencia forzada y crear síntomas de deshabitación.

5. NIVELES DE ACTUACION

La institución penitenciaria posee una doble motivación para articular políticas de actuación en el tema de la droga: por una parte la atención indivi-

dual a los internos drogodependientes en el proceso integral del tratamiento y, por otra, el beneficio institucional en orden a asegurar unos bienes colectivos como son el de la salud general y la seguridad en los centros penitenciarios.

5a. Preventiva

- Actitud institucional de ayuda con actuaciones de sensibilización e información.
- Programas de formación a los funcionarios (convenio con el Plan Nacional).
- Actualizar criterios de clasificación interior en los establecimientos, recalcando las variables de traficante, consumidor, etc.

5b. Reducción de la oferta

- Construcciones de nuevos centros penitenciarios fuera de los cascos urbanos.
- Profundización y mejora de los sistemas de vigilancia de los canales de entrada de sustancias tóxicas en el interior de la prisión.
- Aplicación sistemática del Código Penal en los hechos que se den en los establecimientos que puedan ser constitutivos del delito contra la salud pública.

5c. Tratamiento

- Mejorar las condiciones de atención asistencial en el momento de ingreso en prisión.
- Establecer programas informativos y formativos para la población afectada.
- Consolidar modelos de intervención diversificados y funcionales en el medio penitenciario.
- Programas ocupacionales aprovechando los recursos educativos, laborales, de animación socio-cultural, etc.

5d. Integración en los programas comunitarios de recuperación

- Posibilitar el trabajo en los centros penitenciarios de instancias y colectivos extrapenitenciarios que desarrollan su trabajo en el ámbito de la comunidad.
- Incorporar las demandas que surgen en los centros penitenciarios en las redes asistenciales que ofrecen los servicios de las comunidades.
- Consolidar modelos específicos de tratamiento en los centros penitenciarios.

La prisión no es el mejor sitio para tratar al drogadicto, pero los drogadictos que se encuentran en prisión necesitan que durante el cumplimiento de las penas privativas de libertad se creen espacios de abstinencia forzada y climas y medios adecuados de ayuda para la deshabitación de su adicción y su recuperación social.

NOTAS

- 1 Art. 56.1. Los Establecimientos Especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:
 - a) Centros Hospitalarios, que tendrán la diversidad que exijan las necesidades médicas y comprenderán, además, Centros o Departamentos para toxicómanos.
 - b) Centros Psiquiátricos, que comprenderán, al menos, sanatorios psiquiátricos para psicóticos o enfermos mentales en sentido estricto, centros para deficientes mentales y establecimientos para psicópatas.
 - c) Centros de Rehabilitación Social para ejecución de medidas de seguridad de conformidad con la legislación vigente en esta materia.
- 2 «Tratándose de penados clasificados en tercer grado que, por presentar problemas de drogadicción, necesiten de un tratamiento específico, la Dirección General podrá autorizar su asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, dando cuenta al Juez de Vigilancia y condicionado ello a que el interno dé su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución que le haya de acoger a los controles que establezca el Centro directivo.»



Jaime Funes

Proceso penal y proceso de recuperación

Como última ponencia de este encuentro, me corresponde acabar con algunas cuestiones prácticas intentando hacer casar los dos procesos que están en discusión: el proceso penal y el proceso de recuperación de personas con problemas de drogodependencias. Desde el discurso del profesor A. Baratta podría parecer que las ideas que siguen contribuyen finalmente a cerrar el círculo teórico en torno al mundo de las drogas, sobre todo porque incorporaré al debate elementos «terapéuticos» que podrían interpretarse como su última justificación.

Debe entenderse que, por muy posibilista que pueda parecer, todo lo que diga a continuación está inevitablemente referido al marco conceptual que en las primeras ponencias se planteaba y que en gran parte comparto. No por querer resolver los problemas debemos dejar de pensar; no porque hoy por hoy el marco del debate criminológico sea el que es, estamos justificados para no intentar pensar en otro posible.

103

0. PROPONER SALIDAS A UN SINFIN DE DILEMAS

Como es sabido, el tema que nos ocupa tiene una entidad compleja, dependiendo en cada momento histórico de un contexto político, penal y técnico cambiante. No podemos olvidar qué es lo que preocupa a los dirigentes sociales (contexto político), ni qué conductas rechaza y sanciona cada sociedad (contexto penal), así como tampoco podemos dejar de lado las diferentes propuestas recuperadoras (contexto técnico) que sucesivamente se van haciendo.

Pero, a pesar de todo, aunque estemos metidos en un conjunto de dilemas, habremos de ir planteando soluciones; habremos de proponernos tareas prácticas que, a mi entender, son posibles, se reforme o no se reforme el Código Penal, se haga en los términos del proyecto de Ley o en otros. Vaya por donde vaya el debate y la reforma, detrás de la cuestión droga hay personas a las que debemos aportar soluciones, tanto si el Código Penal lo dificulta como si lo facilita. Estas personas no pueden esperar a que nos acabemos de aclarar sobre cuál es el marco criminológico, o cuál es el marco de la respuesta penal que es procedente en cada momento. Es un planteamiento positivista que no intenta eliminar el debate teórico ni mucho menos, pero que intenta también pensar en qué línea concreta podemos hacer aplicaciones, salvo que llegásemos a la conclusión de que intentar llegar a acuerdos concretos entre lo penal y lo «terapéutico» es peor que no hacer nada.

Yo sigo pensando que son posibles modificaciones de estilo, de actitudes, de comportamiento, de normas, de regulaciones..., hoy inexistentes, que posibilitarían mejorar algo la realidad compleja que une hoy al proceso penal y al proceso de recuperación. Por lo menos, no sólo es posible, sino que además es necesario, que los profesionales que intervienen en el sistema penal y en el sistema «terapéutico» establezcan algún tipo de diálogo, conociendo mutuamente cuáles son las lógicas propias de los dos sistemas, así como sus principios básicos, sus limitaciones y, de igual manera, la evolución que con el tiempo han ido sufriendo sus intervenciones.

Como principal tema de fondo —sin querer teorizar sobre la interrelación de los diferentes sistemas en cada sociedad— se plantea la discusión de si el proceso penal, el proceso terapéutico y el que prodríamos etiquetar genéricamente como proceso vital son autónomos o están relacionados entre sí. Si son tres procesos autárquicos e independientes, o si se influyen mutuamente y son interdependientes.

Esquemáticamente (ver gráfico núm. 1) existe un proceso penal constituido por unos delitos a veces (no siempre) conectados con la detención, una primera posibilidad de quedar en situación de prisión o de libertad, un juicio del que puede derivarse una condena, una nueva situación alternativa de prisión o libertad y una extinción final de las relaciones con la Justicia.

El segundo proceso que discutimos, el «terapéutico»*, está compuesto por una historia de consumos (una serie de individuos diferentes, que consumen diversas sustancias de diversas maneras), que en un determinado momento aboca a una situación límite en cuya vivencia inician un proceso de recuperación, utilizando diversos recursos terapéuticos o a veces sin utilizarlos, hasta llegar a recuperarse y acceder a una situación de cierta normalización social y después al final del proceso.

Finalmente, hemos de hablar de un proceso de tipo vital en el que, sobre todo cuando se trata de adolescentes y jóvenes, se parte de una realidad que es la infancia para llegar a una situación actualmente tan imprecisa como es la vida adulta, a través de un cada día más largo proceso de transición. En este proceso de transición se dan una serie de etapas o momentos evolutivos así como un conjunto de procesos de socialización derivados de las actividades de incorporación a la vida adulta de los individuos.

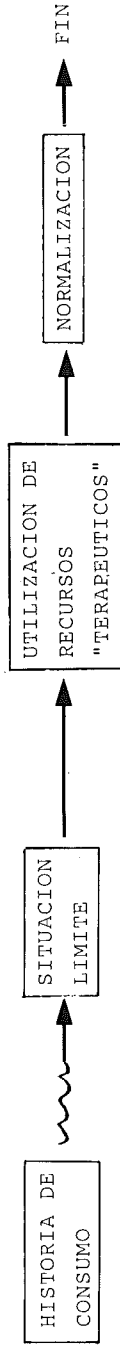
¿Pueden funcionar de manera autónoma estos tres procesos? Ya lo veremos. De momento hay que señalar que, nos guste o no, el proceso penal no es autónomo y al menos no puede prescindir olímpicamente de los efectos secundarios, no previstos, que genera. Igualmente, el proceso terapéutico, por mucho que intente autorregularse sólo y exclusivamente con reglas propias y hablar en térmi-

* «Terapéutico», o terapéutica es empleado aquí en el sentido más lato posible. Nada tiene que ver con una defensa del tema de las drogodependencias como cuestión médica o psicológica, sino que hablo de terapéutica como manera de mejorar o modificar las condiciones en las que se encuentra el individuo.

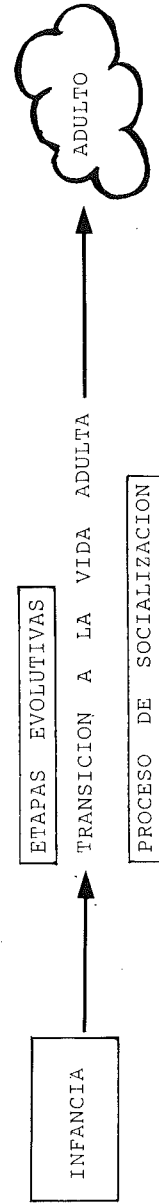
a). - PROCESO PENAL



b). - PROCESO TERAPEUTICO



c). - PROCESO VITAL



nos de un campo exclusivo de intervención, es subsidiario de otros procesos y está modificado por los otros procesos. Finalmente, hay que recordar que el objetivo final del proceso penal y el del proceso terapéutico no pueden ser exclusivamente castigar y curar. Ambos se han de inscribir en un planteamiento más amplio: la incorporación de la persona a la sociedad.

1. EL JUEZ ALTERA, PARA BIEN O PARA MAL, EL POSIBLE O REAL PROCESO DE RECUPERACION

Debe quedar claro que no es bueno convertir la Justicia en un instrumento de ingeniería social, situándolo en un marco de absoluta discrecionalidad. La sociedad no puede delegar en ella la resolución de los problemas sociales. Cuando una sociedad tiene problemas, por ejemplo con sus adolescentes, no es bueno que exista una Ley de Menores en la que se señale que serán perseguidos por su «conducta desordenada» o su «insumisión a la patria potestad». La sanción penal, por tanto, no puede perseguir la drogadicción, la conducta de los que se drogan, ni su objetivo tiene por qué ser la curación de las personas con problemas de drogadicción.

Ahora bien, de este planteamiento no puede deducirse que el juez —y el terapeuta— no forman parte de un sistema más amplio, que participan a su manera de un objetivo básico: *la recuperación no conflictiva de los individuos para la sociedad*. Una cosa es utilizar la Justicia para corregir y solucionar nuestros problemas y otra muy distinta es afirmar que el sistema penal y el sistema judicial funcionan independientemente, en sí mismos y por sí mismos, y no tienen como objetivo final la recuperación de los individuos de una manera no conflictiva para la sociedad.

Cuando en Italia, en 1985, se introducían algunas modificaciones legales en torno a la problemática penal de los drogodependientes, en parte similares a las que ahora discute nuestro Parlamento, L. Cancrini decía lo siguiente: «*es una invitación explícita al juez para que considere su sentencia como un paso del proceso terapéutico rehabilitador*»¹.

Sin subscribir totalmente una afirmación tan taxativa, sí hay que afirmar que el juez no puede ni debe olvidarse de que todas sus intervenciones, todas, tendrán que ver con la recuperación. Especialmente tendrán que ver con esa recuperación el tipo de pena que aplique y la manera cómo se aplique. (Contrariamente a lo que a menudo se dice, el principal tema de discusión no es la cantidad de pena, sino los tipos de pena que se apliquen y la manera cómo se cumplen estas penas aplicadas.)

2. DROGODEPENDENCIA: ¿ATENUANTE O ESTADO CONDICIONANTE? ¿APRECIARLA PARA CUMPLIR MENOS O PARA CUMPLIR DE OTRA MANERA?

No reproduciré aquí toda la discusión sobre las atenuantes, eximentes y remisiones condicionales aplicadas de manera singular y exclusiva a los drogodependientes. Remito a la persona interesada a un artículo reciente² escrito con Carlos González. Recordaré tan sólo que las drogodependencias no han puesto en crisis el sistema penal o demostrado la inutilidad destructora

de la prisión para los toxicómanos; lo que han hecho es hacer algo más patente esa crisis, esa inutilidad, para todos los sujetos. Si la remisión condicional debe cambiarse para los drogodependientes no es porque éstos la necesiten más que otros sino porque las condiciones en las que está regulada la hacen inviable para casi todos. Si necesitamos la condena a prueba no es porque sea un instrumento terapéutico para las drogodependencias, sino que la necesitamos porque no existe para ninguno, a pesar de ser más útil que la prisión.

No entraré, por tanto, ni en los agravios comparativos, ni en los efectos perversos, ni en el ocultamiento de la realidad que la consideración específica de las drogodependencias en el sistema penal provoca. Sí considero, sin embargo, útil señalar cómo a veces detrás de este planteamiento pueden ocultarse un conjunto de exclusiones importantes. Así, por ejemplo, cuando se analiza el problema de los «toxicómanos judiciales» desde las redes de atención a las drogodependencias, en general, su planteamiento suele ser: *«Tengo un individuo que está definido y atendido en función de sus drogodependencias. Ha venido a mí porque era drogodependiente; lo estoy atendiendo por esa drogodependencia y ahora en este momento de su recuperación le toca abordar sus problemas con la Justicia. Mi deseo básico como terapeuta es que el juez no altere demasiado lo que estoy haciendo. Cómo lo haga me da igual; no discuto de qué manera aplique las leyes. Los otros —seguiría diciendo el terapeuta— los que no he definido yo como drogodependientes, los que no han venido a mí sistema, al sistema de atención, a pesar de que sé que existen, no me importan, puesto que no son asistidos como drogodependientes, me da igual cómo son abordados sus problemas desde el punto de vista penal.»*

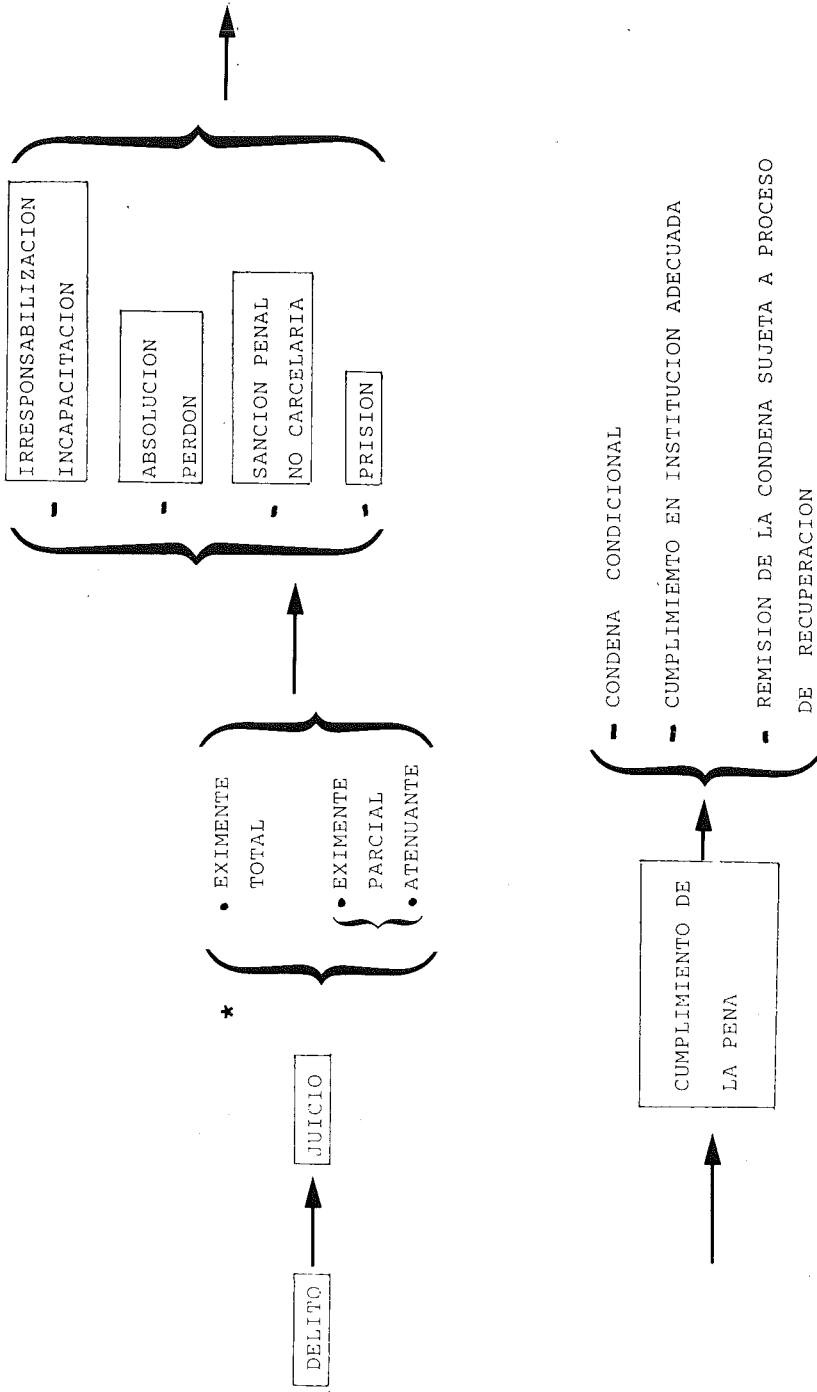
107

Detrás de este planteamiento aparecen las discusiones sobre el drogodependiente delincuente y el delincuente drogodependiente que, en definitiva, intentan situar la cuestión de las atenuantes o las eximentes o las condenas condicionales, etc., como propia de aquellos colectivos previamente etiquetados y definidos por las redes de atención como drogodependientes.

Desde la Justicia también se hacen exclusiones a la inversa. Desde el sistema penal, desde los policías, los jueces, los fiscales o los responsables de las prisiones tiende a esquematizarse el siguiente discurso: *«Delincuencia y drogadicción van unidas. No puede resultar que los clientes que hasta ahora hemos tenido como delincuentes, porque ahora consumen drogas, se escapen a la acción penal. Los conocemos como son, sabemos que reincidirán continuamente, sabemos su «pronóstico» y, por tanto, la cuestión de las atenuantes, eximentes y condicionantes aplicables a los drogodependientes no puede ser algo que afecte a esos delincuentes que conocemos; debe tratarse de algo aplicable a casos más excepcionales, es decir: aquellos que han entrado en el sistema penal porque un día se “descarriaron” por culpa de las drogas.»*

Puede parecer un planteamiento excesivamente crudo, pero en esas exclusiones, en parte o a ellas podemos acabar llegando. **Antes de cualquier planteamiento de las excepcionalidades penales, antes de concretar la voluntad**

GRAFICO Nº 2



* Discusión simple sobre los hechos y la autoría

de que el sistema penal no desea impedir la atención a los aspectos drogo-dependientes, debe manifestarse una clara voluntad de aplicarlas a todos, no sólo a unos determinados colectivos, pequeños, previamente definidos por uno de los dos sistemas. Todo ello aceptando de entrada dos importantes problemas: 1) el tema de la drogodependencia puede convertirse tras la reforma en un argumento sistemático de las estrategias de los abogados defensores; 2) los servicios de atención habrán de recibir lo que hasta ahora habían definido como sujetos no asistibles, les llegarán sujetos que no encajan con el modelo previamente definido para su atención.

Si hacemos un primer análisis (ver gráfico n.º2) de la ubicación de las drogodependencias en el proceso penal nos encontramos con:

- a) *Los delitos.*
- b) *El juicio*, en el que puede plantearse simplemente una discusión sobre hechos y autoría o, «grosso modo», pueden apreciarse dos grandes circunstancias: eximentes totales y eximentes parciales/ atenuantes.
- c) *La resolución del juicio* —en el caso de ser condenatorio— en una de las tres direcciones siguientes: la irresponsabilización/incapacitación, el perdón/desinculpación, la aplicación de una sanción penal.

Hay quien defiende la primera de estas direcciones, sobre la base de afirmar que el drogodependiente no es persona capacitada y por tanto la intervención judicial debe consistir en convertirlo en un enfermo mental, por el que se puede decidir y al que se le puede imponer lo que haga falta. La segunda dirección no parece posible, en general, en nuestro sistema, pero es una línea importante de descriminalización que existe en otros países, tanto basándose sobre la no incriminación como en el perdón, como en la suspensión del fallo, etc.

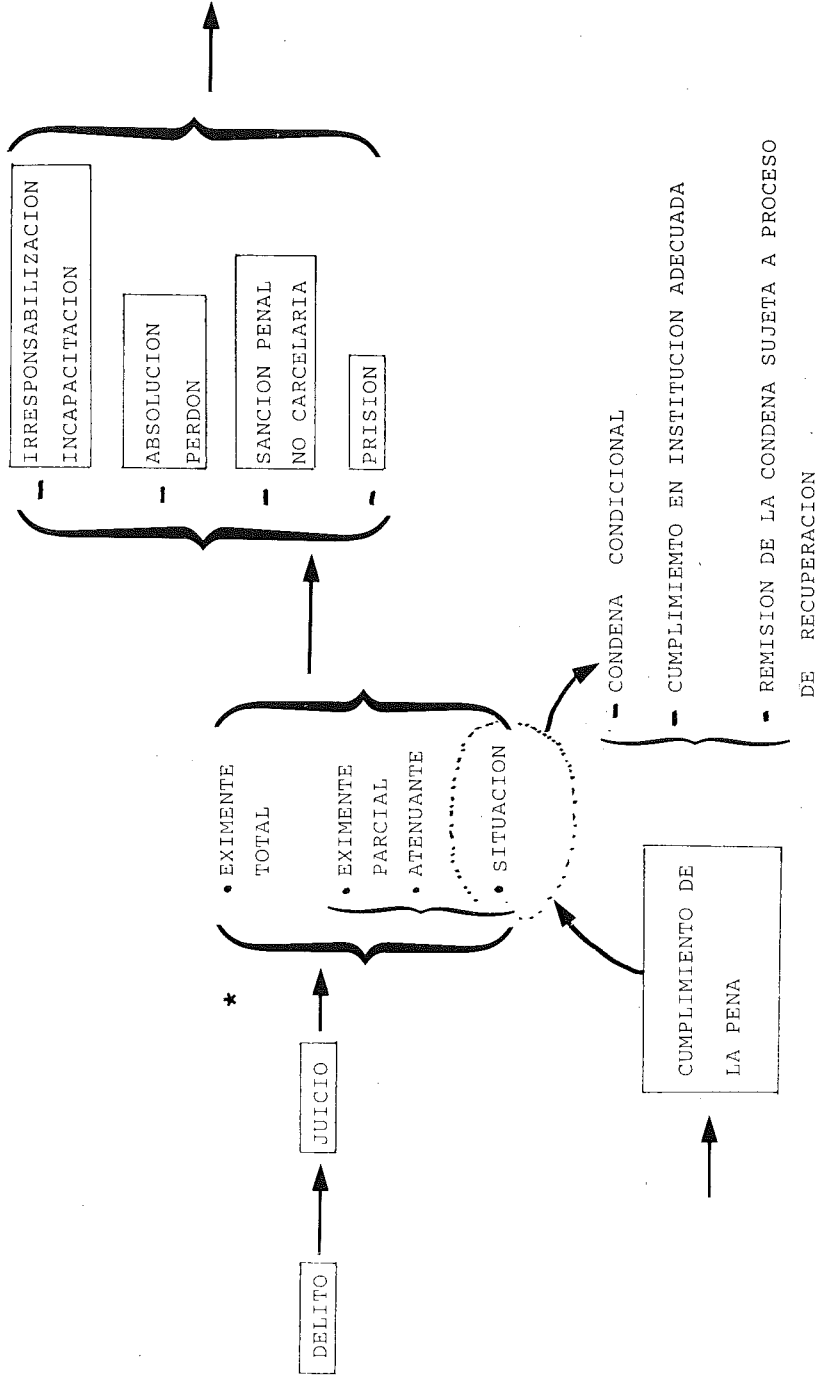
- d) *El cumplimiento de la pena*, a su vez, puede derivar en tres supuestos: la condena condicional, el cumplimiento en institución adecuada, la remisión de la condena sujeta a un proceso de recuperación.

En el primero, se trataría de una remisión condicional no basada en la drogodependencia, sino en los supuestos generales que regulan su aplicación; el segundo supone simplemente aplicaciones diversas de la ley para cumplir en otros establecimientos diferentes de la prisión; finalmente, el tercero es el introducido por la reforma con el artículo 93 bis, al aplicar la remisión de la condena con sujeción a un proceso de recuperación.

Es patente, sin embargo, que en la práctica actual la única posibilidad de llegar a un cumplimiento de la pena en situación no carcelaria desde el principio pasa, inevitablemente, por el camino de las eximentes y atenuantes y no se puede acceder, por ejemplo, a la remisión condicional directamente. (Ver gráfico n.º3.)

Pero algo parece cambiar con el proyecto de Ley y su propuesta del artículo 93 bis. Desconozco si ha sido por un «lapsus linguae» o por una redac-

GRAFICO Nº 3



* Discusión simple sobre los hechos y la autoria

ción semántica consciente, pero en el citado artículo se habla de «**situación**» de drogodependencia. Aparece un nuevo vocablo, no utilizado hasta ahora, que podría ayudar a vadear los efectos perversos de las atenuantes y eximentes exclusivas para los drogodependientes. Haciendo una lectura abierta de la primera parte de este artículo, el juez podría colocar al condenado en una situación positiva para la atención a sus problemas de drogodependencia, fuera de la prisión, simplemente apreciando la situación de drogodependencia en la que vive y vivía cuando delinquiró, sin necesidad forzosa de apreciar eximentes y atenuantes específicas.

(No obstante, el conjunto del redactado del artículo 93 bis, me parece que hará imposible esta interpretación. En la mayoría de los procesos se tendrá que plantear la batalla de la eximente/atenuante para poder conseguir una condena inferior a los dos años, supuesto único en el que se puede apreciar la «situación de drogadicción», que permite acceder a la remisión condicional con un proceso de recuperación. Es decir, con la simple introducción de la «situación de drogadicción» ahorrábamos problemas, podíamos entrar en una nueva aplicación penal más útil desde el punto de vista de las drogodependencias, pero al estar situado el listón en las condenas de dos años seguirán usándose los dos supuestos).

Si, desde el punto de vista de la atención al sujeto, hubiera de resumir el nuevo marco que la introducción del artículo 93 bis plantea, diría: **No es de ninguna manera la creación de una pena alternativa a la prisión ni siquiera para los drogodependientes. Ni tan siquiera es un modo diferente de cumplirla. Es estar un tiempo** (cinco años si no recuerdo mal) **bajo supervisión terapéutica de la red de atención, previa declaración de la situación de drogadicción.** Todo ello con las limitaciones y condicionamientos que en otras ponencias y discusiones ya se han señalado.

111

Así, si retomamos el posibilismo que anunciaba al comienzo, debemos plantearnos una primera tarea: ya que se reconocerá la «situación de drogadicción» es importante que alguien se la plantee al juez para que éste la reconozca. No se trata ya de un simple recurso al forense, se trata de que el juez haga una evaluación del individuo, apreciando que delinquiró en una situación de drogadicción. Por tanto, hemos de conseguir que el juez, con la información pertinente, haga esta evaluación. Hemos de conseguir que esa situación, en un contexto de posibilidad de recuperación sea certificada por las redes de atención. Hemos de conseguir también que, incluso aquellos que llegan a juicio estando en prisión preventiva, cuenten con alguien que se preocupe de apreciar para el juez esa situación.

Finalmente, antes de abordar un nuevo capítulo y en aras de ser realista me gustaría recordar que la realidad existente no es la de un sujeto-un delito; más bien nos veremos en la obligación de aplicar la remisión condicional porque se aprecia la situación de drogadicción a sujetos con varias causas pendientes, todas surgidas en la misma situación en un período de tiempo. Sería poco menos que esquizofrénico pensar que la misma situación circunscribió a todos los delitos, pero que sólo es aplicable a aquel que aleatoriamente ha sido juzgado en primer lugar, o a aquél que es juzgado por una Sala que no llega a conocer otras causas o sentencias firmes.

A la vez, debemos plantearnos lo que podríamos llamar drogodependencia sobrevenida: a una persona que está en proceso de recuperación se le juzga por un delito que cometió con anterioridad a su problema de drogadicción, pero la situación en la que se le juzga es la de drogadicción. Si lo que realmente pretende el legislador es que todo aquél al que se le aprecie una situación de drogodependencia, el proceso penal no impida el de su recuperación, carece de sentido que no se le pueda aplicar la remisión condicional en base a que no influyó en la comisión de aquel delito.

Aun pecando de reiterativo, debo insistir en que el tema principal al que remite la consideración de las drogodependencias es el de las diferentes maneras de cumplir la pena y no el de la consideración de eximentes y atenuantes; a no ser que las penas en general sean tan inapropiadas que deba litigarse a fondo por su reducción, no ya tanto por tratarse de un drogodependiente sino por ser un joven del que se espera que llegue a ser una persona adulta y un ciudadano.

3. ¿ES POSIBLE UNA DEFINICION DE TOXICOMANIA UTIL PARA LA JUSTICIA?

112

Algunos de los temas planteados nos llevan, antes de continuar, a reconsiderar algunas cuestiones de fondo. La justicia debe moverse en un Estado de derecho por criterios aquilatados y precisos, por lo que suele exigir de los otros sistemas que hagan definiciones y planteamientos también precisos.

A todos nos iría bien tener una definición de drogodependencia en base a una etiqueta de enfermedad. Dispondríamos de un clínico que nos diría quién está enfermo, habría un terapeuta que nos diría quién es asistible y finalmente sabríamos cuál es el tratamiento que se le puede aplicar.

La falta de conexión entre el sistema terapéutico y el sistema judicial ha hecho que existan discursos y evoluciones nunca conectados entre sí. El mundo judicial debería conocer, por ejemplo, que ya hace algún tiempo que —por fin— los profesionales de la atención aceptan mayoritariamente la diversidad y la diferencia en el tema de las drogas. Aunque con matices y discrepancias, la mayoría acepta que «la drogadicción» no existe, sino que nos encontramos con sujetos diferentes, de grupos diferentes, que consumen de manera diferente, que tiene diversidad de necesidades y que se recuperan siguiendo procesos diferentes. Esta realidad no casa con la rigidez del sistema penal, pero no podemos inventarnos una enfermedad sólo por el hecho de que otro sistema lo solicite.

De nuevo el posibilismo nos debe llevar a organizar una nueva tarea: conseguir que el sistema penal, el sistema judicial, entienda un poco más sobre qué es la drogadicción y cuáles son las posibilidades de recuperación y las diferentes maneras de que esto se produzca. A la vez, también debemos proponernos conseguir que el sistema terapéutico entienda algo más sobre las garantías judiciales, el porqué de determinados elementos del proceso, etc.

Ni es posible una sola definición de drogodependencia, ni vamos a conse-

guir hacerla. Como ejercicio de contradicción podemos analizar las relaciones entre tres posibles definiciones de drogodependencia y la justicia y la pena:

- a) *La toxicomanía como estilo de vida.* Sabemos que hay una serie de personas que consumen de una forma que es parte de su manera de vivir en unos casos, de su filosofía vital en otros, de sus sensaciones, de sus experiencias, de sus vivencias... Toxicomanía que puede definir casos tan extremos como el del ejecutivo cocainómano y como el adolescente de la calle, en los que el consumir es parte integrante del estilo de vida que los rodea. ¿La justicia y la pena en qué modo y manera pueden y deben servir para cambiar una manera de vivir? ¿La drogodependencia entraría en el capítulo de conductas socialmente inaceptables que la sanción debe corregir?
- b) *La toxicomanía como hábito insuperable.* Se trata de un simple enfoque psicobiológico: aunque quiera ni su cuerpo ni su persona le permiten dejar el consumo. Se trata de una posible definición que casa mucho mejor con la nueva ley, ya que en ella se habla de «*deshabitación*», entendiendo que la drogadicción es un hábito que no puede superarse y del que la persona debe salir. ¿La justicia y la pena deben plantearse que su objetivo es la ruptura del automatismo del consumo, que sirven para alterar ese mecanismo de hábitos que mantiene la drogadicción?
- c) *La toxicomanía como desesperación.* Una parte importante de las personas que consumen drogas problemáticas de manera socialmente problemática, son personas con suficientes conflictos y destrucciones en las que todo remite, más o menos, al sinsentido final de sus vidas, en el que simplemente han añadido el consumo de estas drogas. ¿Qué son aquí la justicia y la pena?, ¿una especie de sanción añadida? En Barcelona, en el barrio de La Mina por usar el ejemplo habitualmente más paradigmático, hay muchos jóvenes para los que consumir «caballo» es por lo menos una manera de no vivir una existencia cotidiana plagada de desesperación. ¿Qué papel puede jugar aquí la justicia y la pena?

113

Podríamos alargarnos con múltiples definiciones, pero, a nuestro entender, no se trata fundamentalmente de que el juez sepa o no sepa qué es la drogadicción, sino que para apreciarla debe recibir información y explicaciones que le permitan discernir: 1) hasta qué punto la vida y los actos del individuo se estructuran de manera conflictiva básicamente en torno a las drogas, especialmente de aquellas más desestructurantes y problemáticas; 2) hasta qué punto las diferentes alternativas de aplicación de la sanción conectarán con un programa de recuperación de lo que ahora aparece como consustancial a su conflicto y que, en todo caso, condiciona cualquier rehabilitación que se pretenda.

A pesar de que nos gustaría, no podemos entrar en una definición esquemática de drogodependencia, mecánicamente aplicable al sistema penal. El juez no tendrá otra salida que valorar si las condiciones de vida del individuo, su situación de consumo, condicionan el resto de comportamientos.

Aunque sea a título de disgresión recordaré que la justicia y la pena también pueden ser generadores de drogadicción. Si alguien pretende que el objetivo sea que existan menos consumidores de drogas, hay que evitar la entrada de las personas en el sistema penal, o al menos evitar que entren en la prisión, ya que parecen ser, en sí mismos, generadores de consumo de drogas.

4. ASPECTOS DEL PROCESO DE RECUPERACION EN SU RELACION CON EL PROCESO PENAL

Al principio de este texto he considerado como punto de partida la existencia de tres procesos cuya autonomía estaba en duda. Finalmente, no nos queda más remedio que aceptar que no son separables. Un adolescente que evoluciona hacia la vida adulta, que vive en transición hacia la ciudadanía adulta (*), está sometido a un conjunto de sucesos (ver gráfico n.º 4), pasan cosas en su vida. Algunos de estos sucesos (S), de estos acontecimientos que tienen potencial como para variar el recorrido de transición de esta persona, tienen que ver con las drogas, surgen en el mundo de los consumos, de los conflictos y de las experiencias positivas que generan, así como de la degradación y de la recuperación. Algunos de estos sucesos que tienen que ver con las drogas son sucesos de tipo penal.

Así, los sucesos penales formarán parte de los sucesos de la drogadicción y de la recuperación y, a su vez, estos sucesos serán una parte de los acontecimientos con capacidad para alterar y modificar el recorrido de transición entre la infancia y la vida adulta. El esquema de recorridos paralelos, pero separados que inicialmente planteábamos (gráfico n.º 1), no queda más remedio que sustituirlo por uno de tipo integrado en el que los sucesos de un proceso son una parte intrínseca de los otros (ver gráfico n.º 5).

4.1 JUSTICIA Y SUCESOS SIGNIFICATIVOS PARA LA RECUPERACION

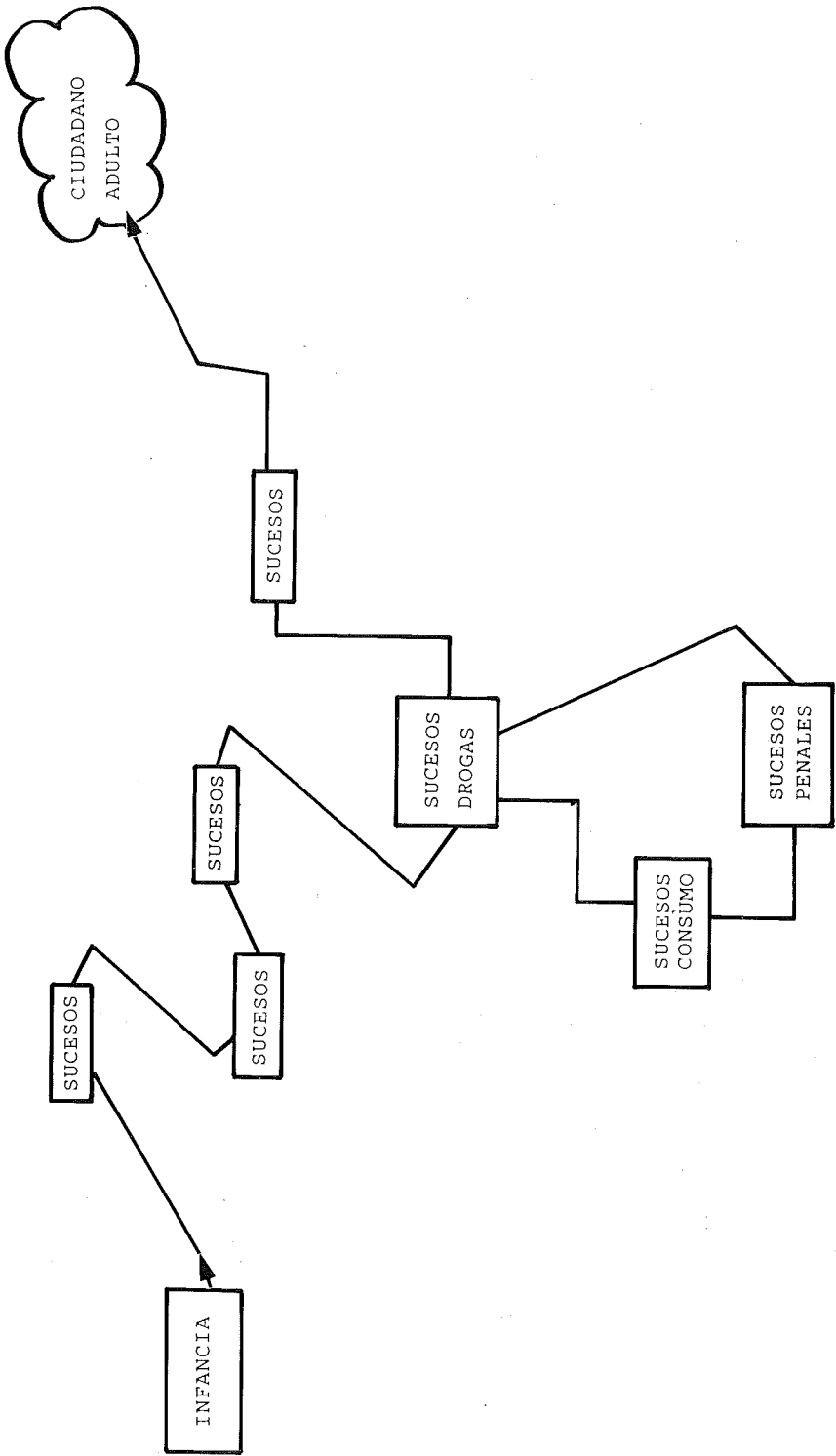
No repetiré aquí el análisis en profundidad del proceso de recuperación de una persona con problemas graves de drogodependencia, remito en todo caso otros trabajos en los que he podido dedicarle mayor atención (3).

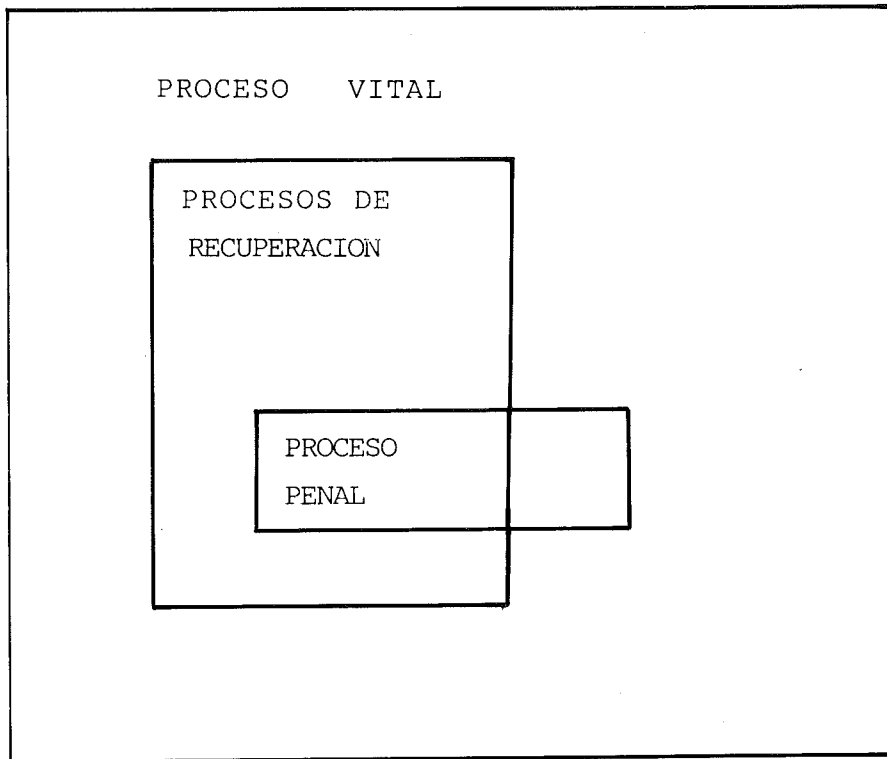
Sin embargo, he de hacer un breve resumen del esquema de la recuperación (ver gráfico n.º 6), para ver dónde y cómo encajamos los sucesos del proceso penal.

Existe una historia de consumos: el individuo ha consumido de maneras diversas a lo largo de su vida. En esta historia han ido pasando sucesos traumáticos, entre los que estarán los delictivos, los policiales, los penales. Sucesos en los que hay que destacar, para lo que ahora nos interesa, si el individuo los ha vivido como problemáticos, no si objetivamente son proble-

(*) Señalo gráficamente la situación de adulto en una nebulosa para patentizar la inexistencia de una propuesta clara de lo que es ser adulto en nuestra sociedad actual.

GRAFICO Nº 4





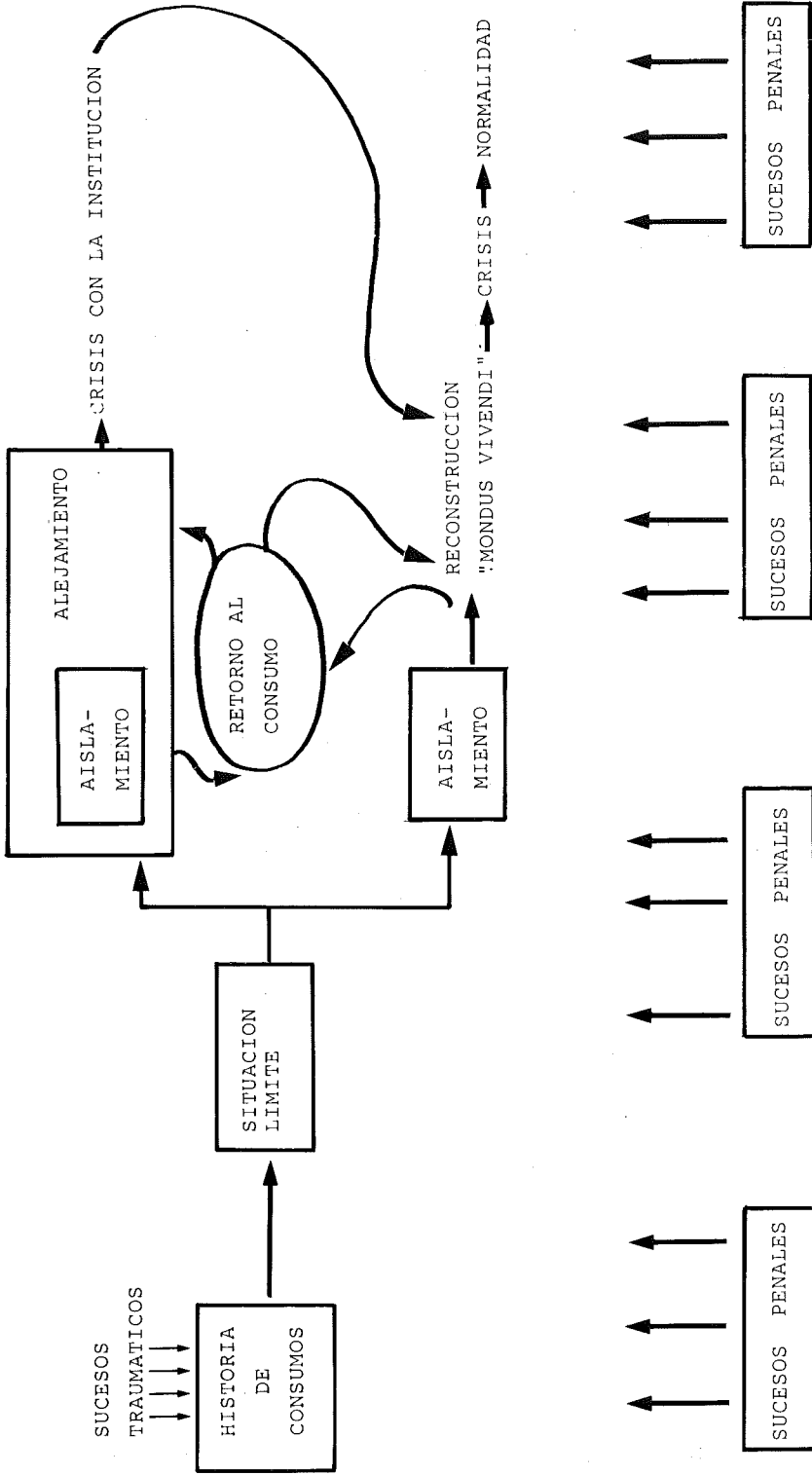
máticos; es decir, que su valor no está en función de la cantidad de problemática que aportan sino del nivel de vivencia problemática que tuvieron o se consiguió que tuvieran.

En este proceso llega un día en el que el individuo se sitúa en un contexto de vivencias límites, en un contexto límite en el que cree que no puede aguantar más, e inicia la recuperación. (Vuelvo a insistir en que no es una situación límite objetiva, sino que se trata de una situación que llega a vivir o se le hace vivir como límite). A partir de esta situación límite comienzan los dos caminos clásicos de la recuperación; uno de ellos pasa por el alejamiento del individuo del medio, el otro sin separarlo totalmente de su entorno.

En ambos casos debe producirse una ruptura con el consumo (aislamiento), debe aplicarse un mecanismo que permita (mediante fármacos, vigilancia, ayuda, hospitalización, encierro, etcétera...) romper el consumo cotidiano, directo, impulsivo, automatizado. A partir de aquí, si no se ha producido un alejamiento del medio comienza la larga tarea de reconstruir una manera de vivir sin la presencia absoluta de las drogas, reconstruir la vida cotidiana, conseguir una manera propia de vivir que no gire en torno a ellas. Llegará finalmente un día en el que podrá hacerse crisis tanto con el pasado de drogas como con el de recuperación y podrá entrarse en una cierta «normalización» social.

En el caso de haberse alejado del medio, también llega un día en que se ha de hacer crisis con la institución, que uno ya no puede aceptar vivir a ex-

GRAFICO No 6



piensas de una institución total, que soluciona la totalidad de la vida, y debe volver al medio cotidiano del que provenía. Se inicia aquí también de nuevo una reconstrucción del «modus vivendi», hasta conseguir un cierto estado de «normalidad», mediante la pertinente crisis y paréntesis con respecto al pasado.

Entre los dos recorridos del gráfico he indicado la presencia de continuas recurrencias o retornos al consumo (no se pueden señalar simplemente como recaídas) que hacen que las personas reinicien momentos diversos de su recuperación o pasen de un sistema a otro. Es un resumen absolutamente esquemático y conviene recordar que las maneras de recuperarse son muchas y diferentes y que, en cualquier caso, recurrir al alejamiento (es decir recurrir a la Comunidad Terapéutica) no es más que uno de los posibles mecanismos de recuperación, que sirve para algunos drogodependientes, en algún momento del proceso de recuperación. (Por tanto ni la Comunidad Terapéutica es «la» recuperación, ni es toda la recuperación, ni sirve para todos los drogodependientes).

118 Establecido el esquema, debemos entrar a considerar una primera dificultad: la diacronía diversa en la que se producen los sucesos penales en comparación con el proceso de recuperación. Los acontecimientos penales se pueden ir produciendo en diferentes momentos. A un individuo lo pueden detener, enjuiciar y penar cuando está consumiendo, cuando ha llegado a la situación límite, cuando ha iniciado un programa de recuperación, cuando está reconstruyendo su vida, etcétera. Los sucesos penales no son sincrónicos siempre con el resto de sucesos con potencialidad traumática, capaces de inducir, finalmente, a una vivencia de la situación límite y, por lo tanto, nos hemos de plantear cómo van a influir en cada uno de los momentos y situaciones en que se produzcan. Lejos de poder ignorarse mutuamente, juez y terapeuta van a tener que prestar atención a las interrelaciones que, casi siempre a destiempo, se irán produciendo entre uno y otro proceso.

El juez, al decidir cómo hacer esperar el juicio o cómo cumplir la pena, deberá entrar a considerar la variabilidad de situaciones en las que el sujeto con problemas de drogodependencias puede encontrarse, tanto si ya inició un proceso de recuperación como si pueden acercarlo o conducirlo a él.

En segundo lugar, debemos considerar el tema de las figuras mediadoras. Si ni los sucesos ni la situación son objetivamente traumáticos y límites, sino que **se viven** como tales, habrá que pensar cómo conseguir que los sucesos penales lleguen a ser traumáticos, para que pueda generarse una situación límite. Para ello hace falta que alguien haga vivir al individuo estos acontecimientos, estos sucesos, esta situación, como problemáticos, como algo que le ha llevado a un callejón sin salida, como algo que le sitúa ante la necesidad de vivir de otra manera. ¿Será el juez ese alguien?, ¿serán la Policía o los funcionarios de prisiones?... a veces sí. Pero, probablemente, ésta será una de las tareas principales que han de hacer las figuras mediadoras entre los dos procesos, que suelen llamarse «trabajadores sobre el territorio»: educadores de calle, trabajadores sociales, educadores de otras instituciones,

... personas en relación con el individuo, con capacidad de hacerle vivir los sucesos penales como sucesos con incidencia sobre un posible o real proceso de recuperación. Que el individuo que ha entrado tres veces en la prisión en el último medio año no se lo tome como una simple entrada en el Metro depende, en gran parte, de que alguien trabaje con el significado de la entrada en la prisión.

Si queremos que los sucesos penales tengan incidencia en el proceso de recuperación debemos plantearnos quién hace que lleguen a ser «vivos» como traumáticos en una línea de aprovechamiento para el posible proceso de recuperación. La no coincidencia en el tiempo entre sucesos penales, distorsionadores por sí mismos, y etapa anterior a un proceso de recuperación —situación que judicialmente sería fácil y clara— nos obliga a plantearnos, a tener en cuenta, que el suceso penal puede ser el inicio recuperador, pero también puede ser su ruptura; por ello debe actuarse para que el suceso penal pueda encajar con el momento o la faceta recuperadora que los individuos que ya iniciaron el proceso están viviendo. (*)

4.2. Sometido a tratamiento

119

Pensando en el sistema penal conviene hacer, de nuevo, una referencia a la diversidad de los programas, de los sistemas y de los recursos de atención a las personas con problemas de drogodependencia. La redacción que del artículo 93 bis se ha hecho en la Comisión del Congreso dice que el reo deberá estar «**sometido a tratamiento**»; habremos de trabajar para que se interprete, para que se entienda que la persona está en proceso de recuperación, puesto que hay momentos del proceso en los que no hay actividad de tratamiento —entendido en estricto sentido médico, clínico, psicológico o social.

Debe quedar claro también el **dónde** recuperarse. Sería mucho mejor que la ley dijese que la atención será llevada a cabo «en servicios debidamente acreditados u homologados» y que, por tanto, no se mantuviese la actual redacción de «en centros debidamente acreditados u homologados».

Este cambio de palabras puede parecer una simple cuestión de matiz, pero no es así. Con frecuencia el legislador —por voluntad o por olvido de la afi-

(*) Aunque lo que se debate en estos momentos es la reforma del Código Penal, estimo que realmente para poder trabajar en la línea de la «vivenciación» de los sucesos y de la sincronización de los efectos de los dos procesos, la reforma más importante se ha de producir en la ley de Enjuiciamiento Criminal. El grupo más importante de personas jóvenes con problemas de drogadicción sometidos a un proceso penal se encuentran a la espera de juicio y los acontecimientos más importantes se producen antes de que se emita sentencia. En esta ley la que condiciona la libertad o la prisión provisionales, las condiciones en las que se produce la reacción social cuando se ha cometido el delito. Tal como funciona hoy la Justicia, el Código Penal adquirirá plena virtualidad dos o tres años después, cuando las condiciones del drogodependiente sean probablemente del todo diferentes. Pero, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra más sujeta a las personas sociales, y el modo en que se aplica puede variar conforme se difunde una imagen u otra de la denominada «seguridad ciudadana».

ción reglamentista— hace leyes que permiten gran flexibilidad de aplicación; pero después, el aparato judicial aplica estas posibilidades con criterios mucho más restrictivos, por razones diversas entre las que está la presión social. Finalmente, el último aparato del sistema penal, el aparato penitenciario, las ejecuta mucho más restrictivamente todavía.

Así, en la actualidad, teniendo en cuenta la actual redacción del Código Penal, la Ley Penitenciaria y su Reglamento, sin ningún otro instrumento más, hay muchísimas más posibilidades de intervención fuera de la cárcel de las que realmente se están produciendo. Pero todos acabamos contaminados de la vivencia de la seguridad como necesidad absoluta y no tenemos especial interés en que se apliquen. El objetivo principal pasa a ser la seguridad y entre otras interpretaciones restrictivas que se establecen está la asociación mecánica entre prisión y centro; de esta manera si se acepta el cumplimiento de la pena fuera de la prisión este ha de producirse en un centro, es decir en una Comunidad Terapéutica, sin querer entrar a considerar que en muchos casos no es el mecanismo de recuperación adecuado y que existen otros programas diferentes.

Es necesario, por tanto, discutir y contrastar con el poder judicial (*) todo lo que es el proceso de recuperación, de lo contrario habrá pocas posibilidades para cualquier aplicación diversificada. Quizá sería mejor una redacción con la palabra «servicios» en lugar de «centros», pero de todas maneras el problema de fondo será el de los criterios de interpretación.

4.3. ¿Curar y sancionar? Los objetivos de los dos sistemas

Al querer sincronizar o al menos armonizar dos procesos estamos intentando hacer coincidir sistemas cuyos objetivos no tienen por qué ser los mismos, sino que con frecuencia son contradictorios. Es más, cada uno de los dos sistemas tiene, o se le adjudican, variedad de objetivos, a veces irreconciliables entre sí.

Así, por ejemplo, si tenemos en cuenta la Constitución, las penas han de servir para recuperar y reinsertar al individuo. Pero si tenemos en cuenta el Código Penal, o lo que la sociedad espera de él, las penas han de servir para castigar, para que la gente pague por lo que hace. La Ley General Penitenciaria vuelve a resaltar el valor recuperador, su Reglamento y la realidad de las prisiones acaban asignando el valor castigo a las condenas.

(*) La discusión y el contraste con los jueces no es la única a establecer. Los sistemas de atención hacen habitualmente gala de un desconocimiento olímpico de lo que es un Estado de derecho, de las garantías procesales, de la seguridad jurídica de las personas aunque sean toxicómanos, etc. Erigir una supremacía de lo terapéutico por encima de cualquier otra consideración no conduce de ninguna manera a mejores sistemas de atención a las personas con problemas de drogodependencias.

Pero no es sólo el sistema penal el que tiene dudas y contradicciones sobre si lo que ha de hacer es sancionar, castigar, educar, o una mezcla de todo. El propio sistema terapéutico tampoco tiene como objetivo «curar», aunque dejáramos de lado la discusión sobre lo que esta palabra pueda significar en cada contexto. Para no perdernos en un complejo análisis de objetivos terapéuticos podemos tomar un esquema reciente de Eusebio Megías⁴. Este autor, por ejemplo, señala cuatro objetivos posibles de la intervención terapéutica:

- a) Mejorar la calidad de vida del toxicómano sin modificar el hecho de la dependencia (disminución de los trastornos de salud, disminución de las complicaciones penales, disminución de las alteraciones socio-personales).
- b) Mejoras parciales en relación con el consumo (abstinencias transitorias, disminución de los aspectos más graves del consumo, etc.).
- c) Sustitución controlada de la droga por otra con menos consecuencias personales y sociales (como paso previo a otro objetivo o como situación permanente).
- d) Eliminación de la dependencia y consecución de la abstinencia como definitoria de la forma de vida (autocontrol, mejora de la salud, maduración personal, reordenación de la dinámica social y familiar, etc.).

121

Uno y otro sistema, pues, viven sus contradicciones y sus posibles incompatibilidades. No obstante, debemos intentar plantearles objetivos comunes, propuestas comunes, aunque ambos se debatan en la duda de no saber si su existencia, si su actuación está generada por los costos que para el individuo tiene la realidad problemática de las drogodependencias, o si esta actuación se debe tan sólo a los costos sociales que esta realidad produce, o finalmente una mezcla de las dos cosas.

Quizá podríamos plantear el siguiente objetivo común: **conseguir que el individuo diseñe y practique un proyecto de vida no excesivamente conflictiva con la sociedad, pero tampoco autodestructiva, sin el recurso abusivo a sustancias modificadoras de la conducta.** Pero también podemos plantearnos como objetivo común el buscar **un cierto grado de compatibilidad social.** En esta misma línea podemos aceptar como máxima común una que preside un servicio de atención a drogodependientes en Nottingham: «*Que la droga pierda su importancia en tu vida*»⁵. No se trata necesariamente de que pasen su vida sin consumir drogas, de que dejen de consumir drogas, sino que éstas pierdan la importancia capital que tienen en su vida.

5. LAS RELACIONES ENTRE LOS JUEGES Y LAS REDES DE ATENCION

Sigue en nuestro país, como asignatura pendiente sin aprobar, la reorganización de los diferentes modelos de atención que existen para la atención

a las personas con problemas de drogodependencias. Quizás es todavía un tema difícil de superar, pero la complejidad del problema y las diversas realidades no justifican que todo lo que se ha puesto en marcha sea racional y deba mantenerse. Algún día deberíamos comenzar a definir modelos diversos, pero coherentes, para que puedan servir de pauta y de homologación.

Pero, al margen de esta cuestión, debemos entrar a considerar algo que la reforma del Código Penal no especifica, pero que tendrá que producirse: las relaciones entre el juez y la persona o personas que atienden al drogodependiente (con quién ha de relacionarse el juez y cómo ha de ser esta relación).

Esta relación, sin embargo, conduce a otras cuestiones diferentes, aparentemente ajenas a las drogodependencias: cómo ha de ser la oficina judicial y si ésta es una competencia estatal o autonómica; cómo han de organizarse los recursos sociales en su relación con los juzgados, etc. Debe tenerse en cuenta que vamos a pedir al juez que valore, que tenga en cuenta la «situación» del individuo, que tenga en cuenta los efectos de su intervención. Si en el campo de la Justicia de Menores, que es en el que yo actúo profesionalmente, pedimos que el juez intente saber algo de adolescentes y jóvenes, y sólo se consigue en la medida que tiene una dedicación prioritaria al tema, será difícil que el juez penal ordinario —que no puede saber de todo— tenga en cuenta todos los matices de las drogodependencias. Va a necesitar, por tanto, ayuda, asesoramiento y orientación.

¿Con quién ha de estar en relación para obtenerla? ¿Con la red de atención a las drogodependencias? ¿por qué no con la red de atención a la juventud, o con la de atención social, o con la sanitaria en general...? ¿Con cuántas redes debe estar en relación el juez? Es un problema de relación que debe plantearse en serio en un modelo de la Administración Judicial (no de la Administración de Justicia, sino de aquella Administración que aplica, o pone los medios previos, la decisión judicial).

5.1 La información previa y el programa individual

En cualquier caso, el juez comienza por necesitar una información previa a sus decisiones, tanto en la instrucción del proceso como en el juicio y en la aplicación de la sanción penal. Siguiendo con los interrogantes, ¿de qué ha de ser esta información previa?, ¿de la situación de drogadicción o de la situación de tratamiento? No parece quedar claro en el proyecto de reforma. ¿Qué debe saber el juez? ¿Que el individuo ha iniciado un proceso de recuperación, o que ha delinquido en situación de drogadicción y que ahora iniciará el citado proceso?

Como es perfectamente conocido, tras la acogida de una persona con problemas de consumo de drogas en un servicio de atención que funcione con una cierta coherencia, se trabaja con el individuo para decidir su programa específico de recuperación. Se plantea la sucesión de objetivos posibles para cada momento, se hacen progresivamente hipótesis sobre los recursos más

idóneos a utilizar, dentro de los existentes, etc. En los casos «judiciales» que nos ocupan, ¿quién debe decidirlo?, ¿quién señalará su programa específico de recuperación? Sea quien sea, al menos alguien deberá explicar al juez cuál es este programa de recuperación que ahora parece más idóneo y, a su vez, éste deberá contar con la diversidad de la recuperación y su idoneidad variable en cada momento.

5.2 Terapia versus control y viceversa

Ya he señalado que las pequeñas reformas en ciernes sitúan en el primer lugar de las tareas más inmediatas a abordar la de las relaciones hasta ahora casi inexistentes y a menudo conflictivas entre los dos sistemas. Conviene, sin embargo, aclarar este futuro marco relacional para evitar una mutua inutilización.

En primer lugar, convendría señalar que contar sólo con la figura de la remisión condicional es contar con un marco relacional muy estrecho y que, en cualquier caso, no debe confundirse con otras figuras jurídicas necesarias para aplicar una buena parte de todo lo que llevo dicho. Incluso desde el punto de vista terapéutico no es lo mismo estar en libertad con un seguimiento, que estar bajo suspensión del fallo, que estar en libertad a prueba, etcétera.

123

Alguno de los responsables de la elaboración del proyecto de ley en el Ministerio de Justicia ha dicho que con esta propuesta del artículo 93 bis del Código Penal se introducía por la puerta trasera una especie de «probation» para los drogodependientes. No quisiera polemizar sobre algo que ni desde el punto de vista penal es cierto ni hace falta profundizar demasiado en la realidad europea de la «probation» para comprobar lo poco que se parece con la remisión adicional que ahora se propone. Pero, si algo tienen en común los variopintos sistemas terapéuticos es su regla básica de que al «paciente» se le deben dejar perfectamente claros cuáles son los papeles que desempeña cada una de las personas que intervendrán en su recuperación.

Por este motivo, conviene que el juez deje patente que se brinda al drogadicto la ocasión de la recuperación, pero que sigue bajo sanción penal. A la vez conviene que el «terapeuta» aclare al sujeto que juntos trabajan en un programa de recuperación, pero que éste está sometido a un control judicial. Sistema penal y sistema terapéutico deben asumir sus responsabilidades sin pasarse mutuamente la pelota de los problemas. Pero, repito, no deben invadirse y anularse mutuamente. Determinadas funciones de control convendrá que nunca se adjudiquen al terapeuta, determinados elementos de la recuperación, difíciles de obtener por este último, no deberá depositarlos en el sistema penal. Mutuamente no deben convertirse en instancias delegadas una de la otra.

Así, la libertad con seguimiento a prueba (Probation) se organiza en todos los países bajo la fórmula de unos profesionales con doble función: la de ser

delegados del tribunal para ejercer un «control», un seguimiento del individuo y la de intervenir educativamente mediante su relación con el individuo y la utilización de los recursos de atención de la comunidad para conseguir su inserción-reinserción social. Creo que las redes de atención no pueden convertirse en redes de «probation». Una cosa es estar a prueba y otra estar con la condena colgando de que un terapeuta diga si sigo y cómo lo sigo un proceso de recuperación. El tema de las drogodependencias quizá nos recuerda que faltan entre los dos sistemas figuras intermedias que posibilitarán el que una parte de las relaciones entre el sistema terapéutico y el sistema penal no tengan que pasar por la relación directa, sino que se puedan hacer encargos de seguimiento que incluyan en su seno elementos diversos, incluidos los del proceso de recuperación. En esta línea, quizá, podría haberse aprovechado alguna enmienda parlamentaria al proyecto de ley que sugería hablar no sólo de remisión a prueba, sino también de «condena tutelada» para evitar que recuperación y control quedasen siempre juntas y fusionadas.

El tema de las relaciones deberá profundizarse y hasta regularse y lo dejo para la próxima ocasión. No obstante, me gustaría recordar que también queda pendiente pensar sobre la provisionalidad que supone la remisión condicional y la función de espada de Damocles pendiente sobre la cabeza de la persona que se recupera que esto supone. ¿Qué es preferible,... cumplir algunos meses de una condena de dos años y posteriormente iniciar un proceso de recuperación, o estar cinco años embarcado en un proceso de recuperación controlado que un día u otro puede fracasar, haciendo que finalmente acabe entrando en la prisión?

124

6. NOTAS SOBRE LA VOLUNTAD

Aunque sólo sea de pasada, conviene tener en cuenta también el tema de la voluntad. En general, en España, y fuera de ella, las reformas en el tema que nos ocupa suelen utilizar el argumento de **ofrecer el tratamiento como alternativa a la prisión a aquellos que quieren recuperarse**. Junto a lo discutible de la cantidad de libertad que hay detrás de una decisión que se toma bajo la amenaza de la cárcel, lo que en realidad deberíamos analizar es si realmente las recuperaciones se inician porque se **tiene voluntad de cambiar**.

El tema de la voluntad es algo realmente confuso, incluso para la propia psicología, que se mueve a la hora de analizar el porqué de la conducta de un individuo, de sus decisiones y cambios. La psicología habla más bien de motivación, motivo, impulso, fuerza, incentivo, valencia, etc. Voluntad es un término que remite más bien a la moral o a la adquisición de hábitos, no al análisis del querer hacer.

Para situar el tema de la recuperación y la Justicia creo que sería más conveniente hablar de «estar dispuesto en ese momento a recuperarse», «aprovechar la ocasión para recuperarse», «no aguantar más sin iniciar una recuperación», etc... Cualquier fórmula que deje claro que cualquier ocasión pue-

de ser utilizada, por el individuo y los que le atienden, para generar condiciones de aproximación a la recuperación, es más positiva y se aproxima más a la realidad.

De igual manera, dado que no existe objetivamente, ni es objetivable, un punto cero en el que hay voluntad, en todos los casos debe aplicarse el beneficio de la duda y hacer que el individuo se sitúe más cerca de la «situación insostenible» que da origen a un proceso de recuperación.

Aunque parezca simple e inaplicable, el tema de la voluntad, el tema del querer, remite a un planteamiento marco que podríamos expresar, también desde la óptica judicial, en los siguientes términos: **¿cuándo, cómo, dónde, quién, dará a la persona drogodependiente una razón, un motivo, una circunstancia, una situación... para cambiar?**

7. MAS NOTAS SOBRE LA REINCIDENCIA

No retomaré aquí la discusión sobre la realidad reincidente, a nivel penal, de los sujetos a los que teóricamente sería aplicable el nuevo artículo 93 bis, pero que en la práctica, con la redacción que se propone, quedarán fuera. Tan sólo quisiera señalar la secuencia dialéctica entre abstinencia y consumo que se suele dar en todos los procesos de recuperación. De forma bastante general, aunque sin haber resuelto las contradicciones que comporta, la mayoría de las personas que atienden a drogodependientes aceptan que en todo proceso de recuperación no es que se den recaídas o reincidencias, sino que se producen vueltas al consumo. Retornos al consumo que suponen un reinicio o un seguimiento de la recuperación en otra situación diferente. Además, casi nadie ha conseguido su recuperación la primera vez que lo intentó; todo proceso de recuperación comportó un retomar el consumo en otras condiciones, sabiendo que las experiencias de no consumir sirven para el día en que se inicia un proceso de recuperación definitivo.

125

Se habrá de ser, pues, muy cauto a la hora de interpretar la condición de «no abandonar el tratamiento» que el nuevo artículo 93 bis pone para la remisión condicional. De ninguna manera podría servir una interrupción temporal, un simple volver a consumir, un volver a relaciones y amistades conflictivas, un no seguir las indicaciones del «terapeuta», etc. Será una situación difícil de evaluar, sobre todo porque su incidencia no es sólo terapéutica, sino porque, además, puede comportar el ingreso en prisión para cumplir la pena.

Aunque no entraré en su análisis, propongo trabajar para definir un concepto que podría sernos útil: «*el avance recuperador positivo*». Sería algo así como evaluar no ya los retornos al consumo, cuanto el considerar globalmente si el individuo avanza en un proceso complejo que a largo plazo lo conducirá a unos comportamientos (unos consumos) no conflictivos ni destructores ni consigo mismo ni con la sociedad. Esta será una nueva tarea en la

que habrán de entrar a trabajar tanto el sistema penal como el terapéutico, en los próximos meses.

Me queda, finalmente, llamar la atención sobre los problemas de la edad. Así como la criminología hace tiempo que plantea una gran parte de la actividad delictiva de los jóvenes como «delitos de condición»; es decir, delitos que dejan de hacerse cuando el joven «madura» y adquiere responsabilidades sociales, en la drogadicción la edad también tiene un peso importante. Aparte del estilo y condiciones de consumo, la edad también determina las posibilidades y estilo de la recuperación. Hoy en día, por ejemplo, prácticamente no existe ningún sistema técnico-terapéutico que sepa cuál es la fórmula para conseguir la recuperación de drogodependientes adolescentes o muy jóvenes (por debajo de los 18-20 años). Penalmente, también nos habremos de plantear en serio qué supone «estar en tratamiento» cuando el sujeto enjuiciado tiene esas edades.

BIBLIOGRAFIA

1. Entrevista a L. CANCRINI en: «*Il Cammino*». Revista de la «Comunita Incontro». n.º 5. Roma, Octubre 1985.
2. J. FUNES, C. GONZALEZ: «*Imágenes sociales, política criminal y proceso terapéutico en las drogodependencias*». Comunidad y Drogas. n.º 3. Madrid 1987.
3. J. FUNES, O. ROMANI: «*Dejar la heroína*». Ed. Cruz Roja Española. Cuadernos Técnicos n.º 6. Madrid 1985.
4. J. FUNES, I. MAYOL. «*Incorporarse a la sociedad*». En prensa. (Cruz Roja Española, Madrid 1988.)
5. E. MEGIAS: «*Indicación Terapéutica en drogodependencias*». Comunidad y Drogas n.º 4. Madrid 1987
6. Documentos del consejo de Europa. Grupo Pompidou. «Symposium on methods of rearing young persons who are particularly at risk». Mayo 1987. I. UNELLS. «*Developing specific activity projects*». Documento P-PG (87) 20.



Escriben en este número

ALESSANDRO BARATTA: Doctor en Derecho, Catedrático de Sociología del Derecho y Filosofía Social en la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad del Saarland, Saarbrücken, R.F.A., Director del Instituto de Filosofía Jurídica y Social de la misma Universidad. Dirige la revista «Dei delitti e delle pene», editada en Nápoles.

CARLOS GONZALEZ ZORRILLA: Jurista. Profesor de Derecho Penal y de Criminología de la Universidad de Barcelona. Autor de diversos trabajos sobre desviación juvenil y toxicodependencias. En la actualidad es responsable de investigación en el Centro de Estudios y Formación del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña.

JUAN JOSE CASAS NOMBELA: Profesor de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Asesor Ejecutivo del Ministro de Justicia.

JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE: Magistrado. Presidente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao. Portavoz de la Asociación «Jueces para la Democracia».

129

JOSE ANTONIO GARCIA MARIJUAN: Psicólogo y Pedagogo. Inspector de Servicios del Area de Tratamiento de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

JAIME FUNES ARTIAGA: Psicólogo y periodista. Desde 1975 es miembro del Equipo Psicopedagógico del Ayuntamiento de Cornellá (Barcelona). Es especialista en temas de educación y de atención a los conflictos sociales en la adolescencia. Actualmente es Asesor Técnico del Director General de Protección y Tutela de Menores de la Generalidad de Cataluña.

Anexo^(*)

*LEY ORGANICA 1/1988, de 24 de marzo, de
Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal
de drogas.*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

PREAMBULO

Como se indicaba en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, la modificación del artículo 344 de ese cuerpo legal tuvo entonces un alcance limitado, pues obedecía «únicamente al deseo de suprimir los más graves defectos que presenta» la única norma penal de que dispone nuestro ordenamiento jurídico para abordar los problemas del tráfico ilícito de drogas. Junto a lo anterior, no cabe perder de vista que la citada reforma legislativa se insertaba en un contexto mucho más amplio y ambicioso, cual era la amplísima revisión, modernización y adaptación a la Norma Constitucional de nuestro viejo Código Penal, llevada a cabo por la Ley Orgánica antes citada.

Se impone ahora, sin embargo, abordar de forma monográfica la modificación de un precepto penal que, por circunstancias diversas, ha devenido insuficiente para afrontar la pluralidad y heterogeneidad de manifestaciones criminales que surgen en torno al complejo mundo de las drogas.

(*) Se incluye, por considerarlo de interés para los lectores de esta Monografía, una reproducción fotográfica de la Ley Orgánica que ha modificado recientemente la normativa penal en materia de tráfico ilegal de drogas. Hay que señalar que las *Jornadas sobre modificaciones penales y atención de personas con drogodependencias* tuvieron lugar antes de la discusión del texto legal en el Senado, por lo que las citas de los presentes se refieren siempre al borrador del mismo, que sufrió alguna modificación en dicha Cámara, antes de su aprobación final.

La reforma del artículo 344 del Código Penal que ahora se acomete no se presenta como el único y aislado instrumento para combatir las toxicomanías. En julio de 1985, el Gobierno, cumpliendo una moción aprobada por el Congreso de los Diputados, aprobó el Plan Nacional sobre Drogas, que, en estos momentos, constituye un proyecto político inspirado en el reconocimiento de la pluralidad de problemas que confluyen en este fenómeno y en la consiguiente convicción de la necesidad de disponer de cuantos mecanismos sean necesarios a fin de vencer tales problemas. De ahí que el citado Plan prevea una actuación coordinada de distintas instancias sociales, tanto públicas como privadas, al servicio de la prevención y el tratamiento de las drogodependencias, pero también con la finalidad de perseguir con mayor eficacia el tráfico ilícito de drogas.

132
Ese objetivo pretende alcanzarse con la presente Ley Orgánica que, en primer lugar, con la finalidad de fortalecer la función de prevención general que cabe a las normas sancionadoras, establece un importante incremento de las penas de privación de libertad con que se conmina la realización de las conductas prohibidas. No obstante, ese incremento del rigor penal se efectúa desde el respeto al elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente. De esa forma, la nueva regulación penal de estas conductas pretende acomodarse a una estructura piramidal, en cuya base se asientan las que podrían considerarse conductas de tráfico ordinario, ocupando la cúspide la incriminación de aquellos hechos que, sin duda, poseen la mayor capacidad lesiva de los bienes jurídicos objeto de tutela penal, esto es, las acciones de los responsables de organizaciones dedicadas al narcotráfico.

Se completa esa estructura con un escalón intermedio en el que se sitúan aquellas conductas que, por concurrir en las mismas algún elemento de especial reprochabilidad, constituyen tipicidades agravadas. Entre éstas, y complementando las hasta ahora incluidas en el párrafo segundo del artículo 344, se han incluido tres nuevos supuestos: que el autor de la conducta prohibida sea funcionario público o autoridad, que las sustancias psicoactivas hayan sido adulteradas, con incremento del posible daño a la salud y que, por último, se faciliten a personas que se encuentren en proceso de deshabitación.

Una de las novedades más importantes que introduce esta Ley Orgánica la constituye, sin duda, la incorporación de un tratamiento jurídico-penal específico para esa singular figura criminológica del drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de toxicodependencia. Desde el convencimiento de que en alguno de tales supuestos debe primarse la orientación preventivo-especial de las sanciones penales, se dispone la posibilidad de que la autoridad judicial conceda el beneficio de la remisión condicional, siempre

que el reo se hubiere deshabituado o se encontrare en tratamiento para ello. La regulación de esa alternativa se lleva a cabo con suficientes garantías a fin de salvaguardar, de un lado, la cobertura de los fines preventivo-generales, base de toda norma penal y de evitar, de otra parte, un uso fraudulento de la disposición legal que permitiera su aplicación en supuestos distintos a los realmente queridos por el legislador.

Sin lugar a duda alguna, se ha abierto paso ya en el contexto internacional la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas con el mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico. La reducción y eliminación de los beneficios económicos obtenidos a través de esta criminal actividad debe deparar los más positivos logros en la difícil lucha contra el tráfico de drogas.

Existe, igualmente, en el concierto de las naciones el pleno convencimiento de que sin una estrecha y fluida cooperación internacional no podrán alcanzarse resultados eficaces en esta materia. La estructura organizativa de este tipo de asociaciones criminales y el carácter transnacional de sus actividades impone, en verdad, esa necesaria cooperación.

No obstante, desde las propias leyes internas debe realizarse un esfuerzo para el hallazgo de instrumentos que permitan aproximar la lucha contra la droga a su indiscutible entidad económica. Desde ese punto de vista, la presente Ley Orgánica establece tres mecanismos que tratan de atajar los beneficios económicos surgidos de ese criminal negocio. Por una parte, se dispone la imposición de penas de multa de muy elevada cuantía. Además, se establece una modificación parcial de lo dispuesto en el artículo 63 de la norma citada, significando que en la determinación de la multa se tendrá en cuenta por la autoridad judicial, de manera preferente, el provecho o ganancia obtenidos o que hubieran podido obtenerse a través de la conducta criminal.

En segundo lugar, se amplían los términos de la figura del comiso, disponiendo como susceptibles del mismo los bienes, de cualquier naturaleza, utilizados o que provengan de la conducta delictiva. Por otra parte, para garantizar la efectividad de esa medida, se faculta a la autoridad judicial para aprehender los citados bienes en cualquier momento en que el proceso se encontrare.

En tercer término, con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas, se incorpora un nuevo precepto al capítulo VII del título XIII del libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico, o lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas

conductas que vienen denominándose de «blanqueo» del dinero de ilícita procedencia.

Por último, conviene dejar constancia de que la represión de las conductas de tráfico ilícito y de las de aprovechamiento económico no agota la lucha contra el complejo mundo de la droga. Se requiere también el desarrollo de actividades de prevención y tratamiento de las toxicomanías por parte de las diversas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias. El desarrollo de tales programas exige un considerable esfuerzo económico y planificador, que ha de tener su reflejo en los presupuestos correspondientes.

Artículo primero

El artículo 344 del Código Penal queda redactado de la siguiente forma:

134 «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, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos.»

Artículo segundo

Se añaden al Código Penal los siguientes artículos:

«Artículo 344 bis a) Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior:

1.º Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares o en establecimientos penitenciarios.

2.º Cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

3.º Siempre que fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

4.º Cuando las citadas sustancias o productos se faciliten a

personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5.º Cuando las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud.

6.º Cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

7.º Cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador.»

«Artículo 344 bis b) Los Tribunales impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior cuando las conductas definidas en el mismo fueren de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones mencionadas en su número 6.º En este último caso, así como cuando concorra el supuesto previsto en el número dos del artículo anterior, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo de seis meses a tres años.

c) Prohibición a la misma de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.»

«Artículo 344 bis c) Si los hechos a que se refieren los artículos 344 y 344 bis a) fueren realizados por facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta cuando los referidos hechos fueren realizados por Autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los Médicos, Psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los Veterinarios, los Farmacéuticos y sus dependientes.»

«Artículo 344 bis d) Para la determinación de la cuantía de las multas que se impusieran en aplicación de los artículos anteriores, el Tribunal 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.»

«Artículo 344 bis e) A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos,

buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b), o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.»

«Artículo 344 bis f) Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza a los previstos en los artículos 344 a 344 bis c), producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos, en orden a lo que establece el número 15 del artículo 10 del presente Código.»

Artículo tercero

Se añade al Código Penal un nuevo artículo 93 bis, con la siguiente redacción:

«Aun cuando no concurrieren las condiciones previstas en el artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de dos años, que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias:

1.^a Que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia del sujeto, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de tal situación.

2.^a Que se certifique suficientemente, por centro o servicio debidamente acreditado u homologado, que el reo se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio.

3.^a Que el sujeto no sea reincidente ni haya gozado con anterioridad del beneficio de la remisión condicional.

La autoridad judicial requerirá al condenado o a los centros o servicios que participen en su tratamiento de deshabitación lo necesario para comprobar el comienzo y la continuación del mismo, así como para controlar su evolución y las modificaciones que hubiere de experimentar.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de suspen-

sión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario ordenará su cumplimiento.»

Artículo cuarto

Se añade al Código Penal un nuevo artículo 546 bis f), con la siguiente redacción, pasando el actual artículo 546 bis f) a ser el artículo 546 bis g):

«El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechare para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo.

137

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código.»

Artículo quinto

El actual artículo 344 bis del Código Penal pasa a constituir el 344 ter del mismo.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 24 de marzo de 1988.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

