

CONSUMO, TENENCIA Y TRÁFICO DE DROGAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1995 Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO¹

Marino BARBERO SANTOS²

El consumo y tráfico de drogas sigue siendo en España el fenómeno social prioritario,³ junto al terrorismo —por su dramatismo sangriento siempre renovado⁴ y un sinnúmero de extorsiones—,⁵ y la desocupación, tres millones trescientos noventa y seis mil ochocientas personas sin empleo, el 21.17% de la población activa,⁶ en el grupo de cabeza de los Estados de la Comunidad Europea.

Quizá sólo la corrupción origina en estos momentos una preocupación mayor, sea en la forma de financiación ilegal de algún partido político, sea por la financiación asimismo ilegal, con fondos reservados, de la lucha violenta contra el terrorismo de ETA, presuntamente por parte de altas personalidades del Estado, eventual contraterrorismo estatal al que se le reprocha haber cometido veintiocho asesinatos y algún secuestro.⁷

1 Este estudio se dedica al doctor Sergio García Ramírez en su sesenta cumpleaños.

2 Catedrático de derecho penal de la Universidad de Madrid. Ex magistrado del Tribunal Supremo. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y presidente de la Sección Nacional Española. Delegado en España de la Sociedad Internacional de Criminología.

3 La situación es preocupante en todo el mundo. Según el Informe Mundial sobre las drogas de la ONU, que se presentó en Viena el 26 de junio de 1997, más de doscientos diecisiete millones de personas consumen diferentes tipos de drogas (ciento cuarenta y un millones, cannabis; treinta, anfetaminas y otras drogas sintéticas; veinticinco, alucinógenos; trece, cocaína; ocho, heroína) y otros doscientos veintisiete millones toman sedantes.

4 Por ejemplo, asesinatos, chantagistas a plazo fijo.

5 Algunos tan graves como secuestros durante quinientos treinta y dos días en condiciones inhumanas.

6 Según la Encuesta de Población Activa correspondiente al segundo trimestre (abril-junio) de 1997 del Instituto Nacional de Estadística. Las cifras reales, sin embargo, deben ser superiores, por no tener ya los parados obligación de inscribirse en las listas de desempleo. La situación para los jóvenes menores de veinticuatro años es aún más dramática. Según el informe de UNICEF “El progreso de las naciones 1997”, presentado en Madrid el 22 de junio de 1997, más del 43% no encuentran trabajo.

7 Existe también una corrupción policial vinculada al narcotráfico: pagar con droga a colaboradores, confidentes o denunciantes o retener parte de la droga aprehendida.

Y es que los costos del consumo y tráfico de drogas son enormes, no sólo en absentismo laboral, accidentes de trabajo, domésticos o de tráfico, contagio de enfermedades tan graves como la hepatitis o el sida, sino también por la invertebración de la vida comunitaria a nivel familiar o a nivel individual y desequilibrios en la economía nacional.⁸

En fenómeno no es antiguo. En la década de 1970, en pleno desarrollo en Occidente de la cultura hippy, iniciado en el mundo anglosajón, España estuvo prácticamente ausente.

A finales del siguiente decenio, empero, pasó del no consumo de drogas —o del muy limitado de drogas blandas del periodo de la contestación— al consumo masivo de drogas duras. Los consumidores no eran tanto jóvenes pertenecientes a clases medias o elevadas que se automarginaban con el fin de manifestar su repudio al sistema capitalista al cual pertenecían, sino jóvenes en paro, mayoritariamente encuadrados fuera del sistema, del que en gran parte eran sus víctimas trágicas, desarraigados familiarmente, marginados socialmente, empobrecidos cultural y afectivamente, su ociosidad y su desencanto les llevaban a la droga, la cual se convirtió en símbolo de su esclavitud.⁹

Por esos años también España llegó a ser lugar de paso preferido de la droga procedente de América —Colombia, Bolivia— a Europa. Y el tráfico de droga adquirió especial relevancia.

Los términos drogas tóxicas y estupefacientes aparecieron por vez primera en la esfera penal en el Código de 1928, donde su elaboración y tráfico fue acogido como delito cualificado contra la salud pública, carácter que mantuvo en el Código de 1944 y en la reforma de 1966.

Con tipicidad sustantiva surgió en la reforma de 15 de noviembre de 1971, con la siguiente formulación (artículo 344): “los que ilegítimamente ejecutaren actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso”, formulación que reprodujo el texto refundido de 1973.

La Ley de Vagos y Maleantes de 6 de agosto de 1933 —obra de Jiménez de Asúa y Ruiz Funes— consideró estado de peligrosidad la to-

8 En algún país, por su vinculación con el poder político, conmueve los cimientos del propio Estado (Bolivia, Venezuela).

9 Barbero Santos, Marino, “La droga en España. Problemática social, jurídica y jurisprudencial”, en Velásquez, Fernando (ed.), *Drogas. Problemática actual en España y América*, Bogotá, Temis, 1989, pp. 37 y ss.

xicomanía, pero no el tráfico de drogas, que sólo se introdujo al convertirse, en 1970, en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

De acuerdo con la misma, podía imponerse al toxicómano que no había cometido delito alguno, si se apreciaba en él peligrosidad social, aislamiento curativo en casas de templanza (centro de deshabitación) hasta lograr su curación.

A mi juicio, el precepto violaba el principio de legalidad, pues el consumo de drogas no era delito, y la sanción, materialmente penal.

En el Código Penal, tras la reforma de 1971, no se distinguía, pues, entre drogas duras y blandas. Se preveían expresamente como delito de donación y la simple tenencia. Las sustancias psicotrópicas no se incluían en el figura delictiva. Por simple tenencia de cannabis se podían imponer penas de hasta doce años de privación de libertad, más una pena de multa.

El 12 de mayo de 1978, el primer ministro de Justicia de la España democrática nombró una Comisión Especial para la reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación, la cual abogó no por la reforma sino por la derogación de la entera ley y la integración de algunos estados de peligrosidad y de ciertas medidas de seguridad —que pasarían a ser post-delictuales— en el nuevo Código Penal.

En lo que afecta al tema de la exposición, propuso que tanto el consumo como la posesión para el propio uso de sustancias tóxicas, psicotrópicas y estupefacientes no debían dar lugar a una sanción penal.

En la reforma que el 25 de junio de 1983 se operó en el artículo 344, la tenencia de drogas sólo era delictiva si se poseía con la finalidad de traficar con ella, y se incluyó por vez primera las sustancias psicotrópicas junto a las drogas tóxicas y estupefacientes. Propuestas de la citada Comisión Especial que presidí.

Además de ello, también por vez primera se distinguió entre drogas que causan grave daño a la salud y las que no lo causan. En el primer caso, la pena máxima impuesta era de seis años (salvo la concurrencia de modalidades agravadas); en el segundo, de seis meses.

La propuesta de Anteproyecto del Ministerio de Justicia, que se difundió a finales de 1983, aun previó menores penas. Por conductas vinculadas a sustancias que causaran grave daño a la salud, la pena era de dos a seis años (artículo 322), salvo si concurrían modalidades agravadas. Por las que no causaran grave daño, drogas blandas, la pena prevista era la de arresto de ocho a catorce fines de semana o multa de seis a doce meses.

En los dos supuestos podía imponerse la pena inferior en grado, si el tráfico se realizaba para atender el propio consumo, y dejaba de constituir conducta agravada la difusión de droga en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios. Se prescindió asimismo de la agravación por la cuantía notoria de la droga.

La Ley de 24 de marzo de 1988 significó un giro copernicano en la política sobre drogas. Ya en el preámbulo manifestaba que pretendía fortalecerse la función de prevención general de las normas sancionadoras por medio de un “importante incremento de las penas de privación de libertad”. Por conductas de cultivo o tráfico de drogas duras previó penas de hasta ocho años de privación de libertad; y de dos años y cuatro meses y multa de hasta cincuenta millones si se trataba de drogas blandas. Incluía, expresamente, la donación como delictiva con la siguiente fórmula: “los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas”.

Aun más, por la aplicación conjunta de los artículos 344 bis a) y 344 bis b), que permitían imponer penas superiores en dos grados, podía llegarse, respecto de drogas duras, a la pena de veintitrés años y cuatro meses de privación de libertad (cuando se expendieran, por ejemplo, a menores de dieciocho años o en establecimientos abiertos al público o por los encargados de organizaciones que tuvieran por finalidad difundir drogas); y respecto de drogas blandas, a diecisiete años y cuatro meses, en supuestos análogos. Se ampliaba la institución de comiso e, igualmente, la posibilidad de aplicar la remisión condicional, aunque sólo a condenados a penas que no excediesen de dos años de privación de libertad.

Carece de interés analizar la regulación de esta materia en el borrador de nuevo Código Penal, de 1990, o en los proyectos de 1992 o de 1994, pues se dispone, al fin, tras un tortuoso caminar, de un nuevo Código promulgado el 23 de noviembre de 1995 y que, tras seis meses de *vacatio legis*, ha entrado en vigor el 25 de mayo de 1996.

La materia se regula en el capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública, que se incluye en el título de los delitos contra la seguridad colectiva.

El tipo básico no se diferencia del regulado en el Código precedente tras las últimas reformas.

Éste es el tenor del artículo 368: “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”. La pena se hace depender de si la droga causa o no grave daño a la salud.

Se mantiene, pues, la distinción entre sustancias que causan y sustancias que no causan grave daño a la salud, y con la fórmula los que “de otro modo” favorezcan su consumo se incluye, evidentemente, la donación de droga.

Se soluciona así la situación precedente a la Ley de 1988 que forzaba al Tribunal Supremo, al castigar la donación, a incluirla en el término de tráfico: al donante se consideraba traficante. Interpretación que, a mi juicio, no se acomoda a lo que se entiende por tráfico en sentido gramatical, popular o jurídico. Después de 1988, sin embargo, ha seguido haciéndolo. En numerosas sentencias sostiene que reducir los actos punibles a aquellos en los que el autor percibe un precio carecería de sentido, pues dicho precio no es una condición esencial de lesión del bien jurídico ni del reproche penal de la conducta. En una reciente sentencia del 29 de septiembre de 1995 se dice que la entrega de drogas tóxicas o estupefacientes por su tenedor a otra persona para su consumo constituye un acto de tráfico aun cuando no conste que exista una contraprestación económica por parte del receptor de la droga.

No estamos de acuerdo, por lo expuesto, con esta doctrina. En todo caso, hoy la conducta está prevista en el artículo 368.

Más progresista nos parece la doctrina jurisprudencial que acoge la impunidad del consumo compartido por personas adictas.

Cuando un pequeño grupo de adictos entrega dinero a uno de ellos para que adquiera droga con el fin de compartir su consumo, el Tribunal Supremo lo ha considerado conducta impune. Pero para que sea impune el consumo compartido, la jurisprudencia reciente (sentencia del Tribunal Supremo —en adelante, STS— del 21 de febrero de 1997) amplía el número de requisitos: *a*) los consumidores han de ser adictos; *b*) la consumición ha de realizarse en lugar cerrado; *c*) la cantidad de droga ha de ser insignificante; *d*) el número de participantes ha de ser pequeño; *e*) el acto esporádico e íntimo, y *f*) el consumo inmediato.

No tan firme es la doctrina jurisprudencial respecto a la entrega de droga a un familiar interno en un centro penitenciario. Prevalece, sin embargo, el criterio de su punición, con el argumento de que no puede excluirse el riesgo potencial de que al menos parte de la droga llegue a

otros internos, ya que el dador carece de la posibilidad de controlarla y que el recluso en un centro penitenciario dispone de atención médica precisa para controlar los padecimientos y procurar su deshabitación.

Las penas privativas de libertad previstas, sea para los supuestos de droga dura, sea de droga blanda, son ligeramente superiores a las anteriormente vigentes: de tres a nueve años y de uno a tres años, respectivamente.

La multa por una cantidad fija se sustituye ahora por la del duplo al triplo del valor de la droga objeto del delito.

En realidad, sin embargo, la pena de prisión no es ligera, sino notablemente más grave que la precedente por suprimir el nuevo Código una institución creada con el fin de disminuir el elevado número de reclusos como consecuencia de la Guerra Civil de 1936-1939: la redención de penas por el trabajo, que permitía descontar un día de prisión por cada dos de trabajo, lo que producía una notable disminución de la duración de la pena privativa de la libertad.

Se castiga toda contribución al consumo de droga, pero no el propio consumo. La jurisprudencia estima que no es droga destinada al autoconsumo, sino al tráfico la que posee un no drogadicto, también la que concede a la dosis que consume un drogadicto de tres a cinco días.

El legislador menciona las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, pero no las define.

El Tribunal Supremo considera estupefacientes las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV anexas al Convenio Único de las Naciones Unidas de 10 de enero de 1962, enmendado por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, conforme al texto de 8 de agosto 1975, así como las que se determinan en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establece (STS del 1 de junio y 23 de octubre 1990) y que tiene lugar por orden ministerial que aparece en el *Boletín Oficial del Estado*. Se trata de una ley penal en blanco que no viola el principio de legalidad. El Convenio Único se ha incorporado al ordenamiento español por Ley 17 de 8 de abril de 1967.

El Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 define y enumera las sustancias psicotrópicas: sustancias que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central que tenga como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de

ánimo. Y son cualesquiera sustancias natural o sintética o cualquier material natural de las listas I, II, III y IV anexas al mismo. España se adhirió al Convenio el 2 de febrero de 1973 aunque las listas no se publicaron hasta el decreto de 6 de octubre de 1977.

España asimismo ratificó la Convención de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1988, que se remite a las listas citadas del Convenio Único.

La jurisprudencia sostiene que sólo se reputan sustancias psicotrópicas las incluidas en estas listas. Carece de interés, evidentemente, enumerar las sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Mayor relevancia tiene la diferenciación entre sustancias que causan y sustancias que no causan grave daño a la salud (artículo 368 del Código Penal), o en el lenguaje común, drogas duras y drogas blandas.

El legislador no determina cuáles son unas u otras. La distinción se basa en su mayor o menor nocividad en abstracto, no en su mayor cantidad o pureza.

Se considera que causan graves daños las sustancias *a*) que producen tolerancia, entendiéndose por tal la necesidad de exigir mayor dosificación para producir iguales o similares efectos; *b*) que ocasionan dependencia psíquica o física; *c*) que deterioran el organismo humano, y *d*) que a bajas dosis pueden producir la muerte.

La jurisprudencia estima, de modo constante, que la heroína y la cocaína causan grave daño a la salud. También las anfetaminas, en doctrina jurisprudencial reciente (STS del 10 y 18 de diciembre de 1996) y sus derivados; dexedrina (STS del 22 de julio de 1993), *speed* (STS del 17 de noviembre de 1993), bustaid (STS del 14 julio 1993), rohipnol (STS del 16 julio de 1996). Asimismo, las denominadas drogas de sueño: sustancias sintetizadas en laboratorio con una estructura química similar a la de otras drogas ya declaradas ilegales. La mayoría de ellas son derivados anfetamínicos. Las variantes más polémicas en la actualidad son la MDMA (éxtasis o Adam) (metilendiexianfetamina); la MDA (metilendiioxietilánfetamina) (píldora del amor), y la MDEA (metilendiioxietilánfetamina) (eva). Todas causan grave daño a la salud (STS del 22 y 23 de diciembre de 1996).

Por ser el “grave daño a la salud” un elemento del tipo exige para su apreciación el conocimiento por parte del autor.

Considera, por el contrario, que no causan grave daño a la salud los derivados del cáñamo indio: hachís, marihuana y grifa.

Se prevén unos subtipos agravados que permiten imponer una pena privativa de libertad de hasta trece años y medio, si se trata de droga dura, y hasta cuatro años y medio, de droga blanda y multa del tanto al cuádruplo. Entre otros supuestos que proceden de la regulación anterior, se enumeran:

Si la droga se facilita a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o se introduce o difunde en centros docentes o asistenciales o establecimientos militares o penitenciarios; si se facilita a personas sometidas a tratamiento de deshabitación; si el culpable pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias aun de modo ocasional, o fuese autoridad, facultativo, funcionario público, docente, etcétera, y obrare con abuso de su profesión, oficio o cargo.

También si la cantidad es de notoria importancia. Se trata de un concepto indeterminado. El Tribunal Supremo lo justifica, sin embargo, porque la distinta potencia de la droga obligaría al legislador a regular un contenido prolijo y variadísimo en una materia que siempre sería contingente y voluble, por lo que son los tribunales los que, sin perjuicio del principio de legalidad, han de motivar los supuestos del caso concreto, partiendo de cifras orientativas. Éstas son, respecto de la cocaína, superior a ciento veinte gramos; de la heroína, de sesenta a ochenta gramos (teniendo en cuenta su pureza); de hachís, más de un kilogramo (alguna sentencia exige su pureza —20 de abril de 1993—); de aceite de hachís, más de cien gramos; de grifa o marihuana, más de cinco kilogramos, sin tener en cuenta el porcentaje concreto de THC.

Si varios sujetos se concertaron para al ejecución del delito, se tiene en cuenta la cantidad total de droga intervenida, sin que proceda su fraccionamiento (STS del 3 de mayo de 1996).

Se introdujeron dos nuevas agravaciones con el fin de adaptar nuestra legislación a las prescripciones de la Convención de Viena de 1988: “si el culpable participa en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito” o “se utiliza a menores de dieciséis años para cometer el delito”.

Cuando la conducta es de extrema gravedad o se trata de los jefes o encargados de las organizaciones antes mencionadas, puede imponerse pena de prisión, si se trata de droga dura, de hasta veinte años y tres meses de duración.

El término “extrema gravedad” es un elemento valorativo del tipo, bordea, si no quebranta, el principio de legalidad. Según la Memoria de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, correspondiente a 1995, el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, en los cinco años anteriores (1991 a 1995), en sólo once ocasiones y lo ha efectuado siempre en sentido restrictivo. Ha partido de la importancia de la cantidad de droga y ha solido tener en cuenta si el hecho se ejecutó en el marco de un grupo organizado, el uso de elementos especialmente preparados, etcétera. Las sentencias son contradictorias y confusas.

En el supuesto de que los hechos se hubieran realizado en establecimientos abiertos al público o en el marco de organizaciones que tengan por finalidad difundir droga, el juez puede decretar *a*) la disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales; *b*) suspensión de las actividades o clausura de los establecimientos, y *c*) prohibición de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito.

Por Ley Orgánica de 23 de diciembre de 1992 se introdujo en el Código Penal, por imposición de la Convención de Viena, una figura relativa al tráfico ilícito de los denominados precursores; es decir, de equipos, materiales y sustancias que pueden ser utilizadas en el cultivo, producción o fabricación de drogas.

El legislador, ante el grave fenómeno de la droga, ha anticipado las barreras de la represión penal hasta simples actos preparatorios, con lo que eso significa. Se trata de productos de comercio lícito cuyo uso ninguna trascendencia penal tiene. La adquieren como consecuencia de la prueba de indicios, en virtud de una actividad de inferencia por parte del juez que en ningún caso puede llevar a una inversión de la carga de la prueba.

El Código de 1995 ha previsto una figura privilegiada de arrepentimiento que permite al juzgador imponer pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la ley al delito de que se trate, pero excluye la remisión total de pena.

No es nueva en la legislación española. El Código anterior la previó en relación a delitos relativos a bandas armadas, terroristas o de rebeldía. El proyecto de 1992 extendió su aplicación a los delitos de tráfico de drogas, incluido el blanqueo de dinero. El nuevo Código la excluye en el último supuesto.

Sus requisitos son: *a)* abandono voluntario de las actividades delictivas; *b)* presentación a las autoridades confesando los hechos en que hubieren participado, y *c)* colaboración activa con éstas para impedir la producción del delito, obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a las que hayan pertenecido o con las que haya colaborado.

Su modelo ha sido la figura del *pentito* italiano.

Una circunstancia que subraya la Memoria de la Fiscalía Especial sobre Drogas, antes citada, es la despreocupación del legislador por la protección de los arrepentidos, a pesar de la situación de grave peligro para él y sus familiares en que se encuentran, al contrario de la puesta a los peritos y testigos en causas criminales de conformidad con la Ley de 23 de diciembre de 1994.

El nuevo Código prevé la figura del comiso o decomiso ya no con el carácter de pena accesoria, como antes, sino con el carácter de consecuencia accesoria de una pena. Ha variado su naturaleza jurídica, no su contenido.

Consiste en la pérdida de la droga, de los precursores o de los instrumentos que hayan servido para la comisión de los delitos revistos, así como de las ganancias de ellos obtenidas, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar: se incluyen vehículos, buques, aeronaves, etcétera. Los bienes decomisados se adjudican al Estado.

Con estos bienes se engrosa un fondo creado por Ley de 11 de diciembre de 1995 con el fin de financiar programas de prevención de toxicomanías, asistencia y reinserción de tóxicodependientes, intensificación y mejora en las tareas de prevención, investigación, persecución y represión de estos delitos y la cooperación internacional en esta materia.

La jurisprudencia no estima, en todo caso, susceptible de comiso los vehículos que hayan servido de instrumento para la comisión de un delito de tráfico de drogas. Lo rechaza cuando se trata del transporte de droga de poco volumen y peso —en el caso trescientos cuarenta y nueve gramos de cocaína— que cualquier persona puede llevar encima sin necesitar el auxilio de ningún medio de transporte y el vehículo utilizado es un coche de uso ordinario, sin ningún habitáculo ni dispositivo especialmente preparado para ocultar la droga. El vehículo se consideró aquí un elemento accesorio en el modo de comisión el delito (STS del 28 de abril de 1991).

El nuevo Código prevé el blanqueo o lavado de capitales. La expresión es un neologismo procedente del inglés *money laundering* y del *riciclaggio* italiano. Está constituido por una serie de comportamientos delictivos, previstos antes en preceptos diversos, que se aúnan en el nuevo Código en el artículo 301. Se regula en el capítulo de la receptación y otras conductas afines, bajo el título “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, y en el artículo 1,2 de la Ley 19/93 de 28 de diciembre. El delito consiste en incorporar el tráfico económico legal a bienes o dinero ilegalmente obtenidos. Se prevé una pena agravada cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas. El hecho se castiga también si se realiza por imprudencia grave e igualmente si se cometió total o parcialmente en el extranjero.

Tanto la figura del artículo 301 del Código Penal, como la del artículo 1,2 de la Ley 19 de 1993 se armonizan con el artículo 1 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 208/91, de 10-6, sobre prevención de la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales. Se regula en el capítulo de la receptación y otras figuras afines y bajo el título de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

No se exige el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo, por lo que no es necesario que el autor haya obtenido beneficio alguno, aunque debe conocer que los bienes proceden de un delito grave relacionado con el tráfico de drogas para poder apreciar el elemento de agravación.

Son circunstancias que llevan a una agravación superior de la pena, si el autor pertenece a una organización dedicada a los fines citados o es jefe, administrador o encargado de tales organizaciones. Al igual que se prevé respecto al tráfico de drogas, también respecto del blanqueo de dinero cabe en estos supuestos: a) la disolución de la organización o la clausura definitiva de sus locales o establecimientos; b) la suspensión de las actividades de la organización o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por un tiempo no superior a cinco años, y c) la prohibición de que realicen actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito por tiempo no superior a tres años.

Cabe la imposición de la pena de inhabilitación especial, junto a la pena correspondiente si los hechos fueron cometidos por empresarios,

funcionarios públicos, facultativos, trabajador social, docente, etcétera, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

Se pune, pero con pena inferior, la provocación, la conspiración y la proposición para cometer estos delitos; es decir, se penan actos preparatorios.

Carece de sentido agravar la pena en el supuesto de facultativos, trabajadores sociales o docentes que carecen de una especial facilidad para cometer el hecho.

Al igual que respecto del tráfico de drogas también en relación al blanqueo de capitales se acoge el principio de justicia penal universal. El culpable será castigado, aunque el delito del que provinieren los bienes o los actos penados se hubieren cometido, total o parcialmente, en el extranjero.

Se ha de añadir que la figura básica se estructura como un delito de peligro abstracto, por lo que se consuma por la ejecución de cualquiera de las conductas especificadas en el precepto sin necesidad de resultados delictivos concretos. Se trata de infracciones de resultado cortado. Exigen, por tanto, según la jurisprudencia un ánimo tendencial; tal elemento por ser interno, personal y subjetivo debe inferirse de las circunstancias del caso (STS del 30 de junio de 1995).

Dada la amplitud con que el legislador regula la conducta, “los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas”, o “las posean con aquellos fines”, la jurisprudencia estima que se excluyen, al menos en principio, las formas de participación.¹⁰ En casos excepcionales, no obstante, admite la posibilidad de considerar cómplices y no autores de delitos de tráfico de drogas, por ejemplo, a quienes indican el lugar de venta de heroína, acompañan al domicilio de los traficantes u ocultan ocasionalmente y por breve tiempo una pequeña cantidad de droga.¹¹

También excluye las formas imperfectas de comisión, o sea, la tentativa.

10 El legislador ha adoptado un concepto amplio de autor, lo que excluye, en principio, las formas accesorias de participación, y sólo en casos excepcionales se admite por la jurisprudencia la mera complicidad (STS del 4 de abril de 1997). Al incluir el legislador en la reforma del Código Penal de 24 de mayo de 1988 el término “de otro modo” pretendió que todo favorecimiento constituyese autoría (STS del 24 de abril de 1997).

11 La diferencia entre cooperación necesaria (autoría) y complicidad es la eficacia, necesidad y trascendencia que la actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido.

Respecto de la posesión, basta para la consumación del delito la posesión mediata con la mera *voluntas posedendi*, aunque la cosa poseída no esté incorporada al patrimonio y no se tenga la tenencia material en ese momento; tal posesión no es necesario que sea material, por lo que, en casos de previo acuerdo y subsiguiente envío, la droga queda sometida a la acción y voluntad del destinatario sin que a tal consumación obste la vigilancia policial del paquete recibido (STS del 4 y 24 de abril de 1997).

En lo que afecta al delito provocado, la jurisprudencia no ha seguido una línea uniforme. Hoy distingue entre propio delito provocado, impune, que se da cuando las incitaciones policiales suponen la creación de una resolución criminal, hasta entonces inexistente, y los casos en que el sujeto está dispuesto a delinquir y la actuación policial solamente pone en marcha una decisión previamente adoptada o sirve para descubrir delitos que están cometiéndose. La intervención de la policía, incluso utilizando medios engañosos, infiltración, incógnito, ocultación de identidad, se considera legítima, pues actúa en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

El Código Penal de 1995, por vez primera, expresamente prevé la posibilidad de que el drogadicto pueda quedar exento de responsabilidad penal. Lo regula en el artículo 20,2 de esta forma:

El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o se halle bajo los efectos de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

En este caso, podrá imponérsele, si fuere necesario, la medida de internamiento en centro de deshabituación público o privado debidamente homologado, que el sujeto no podrá abandonar sin autorización del juez o tribunal sentenciador (artículo 102, 2 y 2), o cualquiera otra de las medidas previstas en el artículo 96, entre ellas, internamiento en centro psiquiátrico, centro educativo especial u otras penas no privativas de libertad.

No conozco ninguna sentencia del Tribunal Supremo que haya declarado la inimputabilidad de un drogadicto.

En el supuesto de aplicación de una eximente incompleta, el juez podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas de seguridad citadas, pero la duración de éstas no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito, si el sujeto hubiese sido declarado responsable, y a tal efecto, el juez o tribunal fijará ese límite en la sentencia. Asimismo puede aplicar otras no privativas de libertad, por ejemplo, prohibición de estancia o residencia en determinados lugares; privación del derecho a conducir vehículos de motor o de licencia o permiso de armas; inhabilitación profesional, etcétera.

El nuevo Código también prevé la circunstancia atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adicción a la droga (artículo 21,2). Pero el legislador, lamentablemente, ninguna medida privativa o no privativa de libertad ha previsto al respecto.

Antes de finalizar la exposición parece de interés proporcionar algunos datos fenomenológicos. Uno de los más relevantes es la preocupante situación respecto del sida.

España está a la cabeza de la tasa de usuarios de droga, por vía endovenosa, correspondiente a 1981-1994 con diecinueve mil doce casos, seguida de Italia con dieciséis mil quinientos sesenta y cinco y a gran distancia de Francia, con ocho mil cuarenta y ocho, y Suiza, con mil seiscientos cuarenta y siete, que ocupan el tercer y cuarto lugar. La tasa acumulada por millón de habitantes es:

España	486,2
Italia	286,6
Suiza	235,3

También preocupa la relación entre adicción a la droga y prisión. En algunos establecimientos penitenciarios, el 75% de los internos es adicto a la droga. La media de la población reclusa española es superior al 60%. Siete mil presos están infectados de sida. El 21 de julio de 1997 en el centro penitenciario de Basauri (Vizcaya) se inició la experiencia de entregar jeringuillas a los internos toxicómanos.

Otra muestra de la extensión del fenómeno es el número de personas detenidas, que pasó de treinta y una mil setecientas tres en 1994 a cuarenta y cuatro mil trescientas dieciséis en 1995 y a sesenta y cinco mil setecientas seis en 1996 (trescientos treinta y siete italianos; en 1995,

ciento ochenta y cinco). Los comisos de droga se encuentran entre los más elevados de Europa. En 1995 se decomisaron quinientos cuarenta y cinco kilogramos de heroína, con tendencia a la baja. Ocupa, sin embargo, la cabeza en aprehensiones de cocaína: trece mil setecientos cuarenta y tres kilogramos, seguida de los Países Bajos (ocho mil sesenta y siete kilogramos) e Italia (dos mil ciento veinte kilogramos). En 1994 los Países Bajos ocupaban el primer lugar, seguidos de Italia y España. En 1995 pasó al primero, que mantuvo en 1996.

También España está a la cabeza en aprehensiones de hachís: doscientos cuarenta y siete mil setecientos cuarenta y cinco kilogramos. Seguida del Reino Unido (sesenta y ocho mil), Bélgica (veinticinco mil) e Italia (once mil seiscientos sesenta y cuatro). Igualmente ostenta el triste privilegio de ser la primera en decomisos de éxtasis: setecientos cuarenta mil dosis, seguida de Alemania, Bélgica e Italia (con ciento sesenta y un mil).

Parece asimismo de interés manifestar que en 1994 las pesetas y divisas extranjeras decomisadas importaron un billón trescientos veinte millones novecientos trece mil seiscientos siete pesetas. Y se decomisaron mil setecientos veintisiete vehículos y embarcaciones.

En 1994, mil ochocientos treinta y dos adictos a la cocaína fueron admitidos a tratamiento, y treinta y siete mil doscientos cuarenta y tres, adictos a la heroína. Las cifras corresponden a centros públicos. Los adictos a la cocaína prefieren acudir a centros privados.

En 1995, el número de muertos a causa de la droga (sobredosis o suicidio) se elevó a quinientas setenta y tres personas y en 1996, a quinientas una (cuatrocientos noventa y una por sobredosis; dos, por suicidio).

Ante un fenómeno tan grave, empieza a tenerse conciencia de la importancia de la prevención y de la rehabilitación. Valgan algunos ejemplos:

En 1985 se creó el Plan Nacional sobre Drogas. En 1988, se puso en funcionamiento el teléfono de ayuda contra la droga de la Fundación de Ayuda a la Drogadicción que, hasta 1994, había recibido más de cincuenta mil llamadas: el 80%, por casos de consumo; el 20%, en solicitud de información.

En 1994 se creó el Consejo Superior de Lucha contra el Tráfico de Drogas y el Blanqueo de Dinero y un Grupo de Asesoramiento. Existe una Comisión Mixta Congreso-Senado para el estudio del problema de la droga.

El Plan Municipal de Madrid contra las drogas, en su Programa de Inserción Laboral, contrata durante seis meses a treinta personas rehabi-

litadas en los centros municipales de atención a drogodependientes (CAD) que se encargan de limpiar y acondicionar zonas verdes de la capital; se les enseñan manejos de herramientas y maquinaria; prevención y extinción de incendios; botánica aplicada a parques históricos, etcétera. No se les renueva el contrato. Este programa pretende proporcionarles unos conocimientos que les permitan abrirse paso en el mercado de trabajo. Perciben setenta y cinco mil pesetas brutas al mes.

Según la Unión Española de Asociaciones y Entidades de Atención a los Drogadictos (UNAD), sólo uno de cada ocho drogadictos dependientes de la Comunidad de Madrid cuentan actualmente con algún tipo de atención. Únicamente existen dos mil plazas de metadona, lo que implica que haya lista de espera de cerca de año y medio.

Sobre la prevención, ha prevalecido en ocasiones la actividad represiva. Durante la primera mitad de junio de 1997, la policía acordonó un poblado de Madrid, la Resilla, con el resultado de graves enfrentamientos con traficantes y drogadictos (dos fallecieron por atropello de vehículos), aumento exorbitante del precio de la droga (el gramo de heroína pasó de cinco mil a diez mil pesetas, y se multiplicó por cinco el valor de rohipnol o del transilium). Según el defensor del pueblo faltó cobertura suficiente para atender a los drogadictos en grave situación de síndrome de abstinencia.

Aparte de ello, el Plan ayudó el año pasado a seis mil cuatrocientos drogodependientes y a tres mil ochocientos cincuenta y seis familiares suyos.

Hay un movimiento en favor de la legalización del tráfico de hachís; en general, de las drogas blandas.¹²

Incluso el secretario de Estado del Plan Nacional sobre Drogas del gobierno saliente abogó por ello, lo que provocó una airada reacción contraria. Hace unos años un grupo no numeroso, pero sí cualificado, de profesores de Universidad y jueces firmó un manifiesto por una nueva política sobre la droga cuyo principal fin era incitar a un debate nacional sobre el tema de la eventual despenalización del tráfico en general de drogas.

12 No sólo en España. En abril de este año, el presidente de la República portuguesa abogó, en un mensaje dirigido a expertos de todo el mundo reunidos en Lisboa, por un debate sobre la prohibición de las drogas. Una semana después lo reiteró el presidente de la Asamblea de aquel país respecto a la despenalización de las drogas blandas: el Estado debería adquirirlas para distribuir las con ciertas condiciones.

Tras la Convención de Viena de 1988, la “Cumbre” antidroga de Londres, con la presencia de ciento dos países, diversas recomendaciones del Consejo de Europa, etcétera, no parece viable tal despenalización. La opinión internacional es opuesta. Y si un solo país o pocos países la despenalizaran, se convertirían en paraíso del tráfico de drogas con efectos opuestos a los que el manifiesto aspira.

Una seria discusión nacional sobre el dramático tema es, sin embargo, absolutamente necesaria. Es rechazable que desde 1983 a 1995 seis o siete textos legales en vigor o proyectados por el Ministerio de Justicia hayan mantenido sobre la droga posiciones divergentes.