

Revista del Foro Canario



90

Las Palmas de Gran Canaria, 1995

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano
Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez
Diputado Segundo

Javier Ayala Galán
Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez
Diputado Cuarto

Jaime Rubio López
Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez
Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández
Diputado Séptimo

Noemí Fernández Álvarez
Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes
Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido
Tesorero

Rafael Vera Comínges
Secretario

**COMISIÓN DELEGADA DE LA
REVISTA DEL FORO CANARIO**

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA CONVENCIÓN DE VIENA

EXAMEN DE LA LEY ORGÁNICA 8/1992, DE 23 DE DICIEMBRE

ÁLVARO CAMPANARIO HERNÁNDEZ

SUMARIO

I. PREÁMBULO Y EXPOSICIÓN.

- A) Manifestaciones doctrinales.
- B) Fiscalía General del Estado: Datos actuales del tráfico de drogas.
- C) Plan Nacional de Droga y Proyecto Hombre: su aportación.
- D) Exposición de la sistemática a seguir.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

- A) Consideraciones Generales.

- B) Los Códigos Penales hasta 1971.
- C) La Reforma de 1971.
- D) La L.O. 8/1983 de 25 de junio.
- E) La Reforma de 24 de marzo de 1988.
- F) La Reforma de 1992.

III. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988.

- A) Características.
- B) Nuevas tendencias.
- C) Aspectos criticables.

IV. ADICIÓN DE NUEVAS CAUSAS DE AGRAVACIÓN.

V. EL COMISO.

- A) Evolución hasta 1983.
 - a) Aspecto legislativo.
 - b) Criterios del Tribunal Supremo.
- B) El Comiso en la Ley 1/1988, de 24 de marzo.
 - a) Críticas doctrinales.
 - b) Ampliación del comiso a las ganancias.
- C) El Comiso según la Ley 8/1992.
 - a) Críticas doctrinales.
 - b) Utilización por la Policía Judicial.
 - c) Adjudicación al Estado.

VI. TRÁFICO DE PRECURSORES.

VII. ENCUBRIMIENTO ESPECÍFICO: Art. 344 bis h. Art. 344 bis h.

- a) Encubrimiento doloso.
- b) Encubrimiento por negligencia.

VIII. LA RECEPCIÓN ESPECÍFICA DEL ART. 344 BIS.

IX. LA ENTREGA VIGILADA.

- A) Consideraciones generales.
- B) El artículo 263 bis en relación con las normas procesales.
- C) Valor y eficacia de la entrega vigilada.
 - 1) Circulación.
 - 2) Entrega.

X. RESUMEN DE LA LEY DE 1992.

XI. POLÍTICA CRIMINAL.

- A) Consideraciones generales.
- B) Consecuencias del fracaso represivo.
 - a) Ineficacia del endurecimiento de la represión.
 - b) Menoscabo del principio de proporcionalidad.
 - c) Dureza de las penas.
 - d) Alternativas al sistema tradicional.
 - 1) Alternativas despenalizadoras.
 - 2) Propuesta de una solución ya existente.
 - 3) Resumen.

I. PREÁMBULO Y EXPOSICIÓN

A) Manifestaciones doctrinales.

“El fenómeno social que hoy día causa conturbación mayor es, sin duda, el del tráfico y subsiguiente consumo de drogas.

Por encima del terrorismo, pese a su dramatismo sangriento. Por encima del desempleo, no obstante los tres millones de parados, más del veinte por ciento de la población activa, de los que tan sólo el veintiséis por ciento percibe prestaciones de paro.

Ocupa el primer lugar en la generalidad de las encuestas, lo que pone de relieve que para la colectividad es uno de los más graves problemas y de ello es trágica al par que elocuente muestra la eliminación de ciudadanos vascos a manos de ETA, por su presunta implicación en el tráfico de drogas”.

Escribía MARINO BARBERO estas palabras en unas fechas en que recién se había producido la reforma llevada a cabo en el artículo 344 del Código Penal a virtud de la LO. 1/1988 de 24 de marzo, largo tiempo ansiada por la doctrina y el clamor popular que demandaban una profunda modificación del texto introducido en 25 de junio de 1983. Por pura paradoja, el legislador español, tan proclive en otras ocasiones a alterar o suprimir las normas legales existentes⁽¹⁾ o introducir nuevas disposiciones, hizo oídos sordos a las insistentes peticiones procedentes de los más diversos lugares, por lo que hubieron de transcurrir cinco años hasta que, al amparo de la Ley mencionada, dio nueva redacción y amplió los preceptos dedicados a la prevención y represión del tráfico de drogas.

Aunque parecía que el tratamiento punitivo se presentaba más completo a la luz de la reforma y, por ende, de presumible mayor eficacia, aún así el ilustre magistrado no podía por menos de manifestar su preocupación ante unas actividades delictivas cuya profunda trascendencia aparecía sobradamente contrastada, como también las funestas consecuencias procedentes de las mismas, y de las que bastaría citar “las secuelas de enfermedades como el

(1) El legislador, desde 1983, ha efectuado diecinueve modificaciones en el Código Penal, y otras varias en la legislación especial, y todas ellas sin respetar el sistema legal establecido en la elaboración de proyectos de Ley. En lo tocante a la Comisión General de Codificación, ésta informó en el Proyecto de 1980, sin que fuera posteriormente oída ni en cuanto a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, ni en el Borrador de la Parte General de 1990, ni, por supuesto, en el Proyecto de 1992, siguiéndose así un proceso autoritario en el que apenas se hacen valoraciones a las enmiendas presentadas a los distintos proyectos por otros grupos parlamentarios.

SIDA y la hepatitis B; las alteraciones graves y, en ocasiones irreversibles, producidas en la psiquis del individuo drogadicto; los trágicos y continuos accidentes de tráfico, domésticos y laborales surgidos al calor de la ingestión de aquellas sustancias; la desvertebración comunitaria que se produce en los ámbitos familiar, social y colectivo y el auge de la criminalidad violenta, con el progresivo e inquietante aumento de la inseguridad ciudadana”.

Este sentimiento de desasosiego era compartido por LATORRE DÍAZ, cuando se refería a la importancia y a las derivaciones de estas conductas criminales, en los siguientes términos:

“Es necesario, aunque no por ello menos penoso, reconocer el gran protagonismo que en nuestros días ha alcanzado este tipo de delincuencia que llega, en ocasiones, a colapsar las instituciones con que el Estado cuenta para atajarla.

El aumento incesante del tráfico y consumo de drogas tóxicas y de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, ha contribuido de manera decisiva a la aparición de un singular fenómeno social, pues el problema ha alcanzado tales cotas que los mismos ciudadanos de ciertas localidades y barriadas han comenzado a organizarse con el fin de patrullar las calles más conflictivas de sus municipios y evitar así, en la medida de lo posible, acciones delictivas que pudieran perpetrarse contra las personas y los bienes”.

Con un sentido igualmente realista, señala QUERALT JIMÉNEZ que “el tráfico de drogas y, en consecuencia, su consumo, no cesa de crecer y las dimensiones que cobra el problema permiten suponer que sólo se emplea a fondo la huida hacia el Derecho Penal.

Por todo ello, en este contexto formado por hipocresía, fatalismo, indiferencia y no poca desesperanza, el Derecho Penal tiene que operar, y las más de las veces en solitario, a posteriori y contra los sujetos menos relevantes, lo que lleva a que la droga se convierta en una lacra social más, con la que habrá que habituarse a convivir”⁽²⁾.

Era obligado admitir, ante estas manifestaciones duras aunque concretas, que tanto para el jurista y el sociólogo, como para el médico, el político y el ciudadano de a pie, la situación en orden a la lucha contra esta especie de delincuencia se presentaba con tintes sombríos y ofrecía escasas posibilidades de éxito, cuando menos a corto plazo y máxime con la vista puesta en el con-

(2) En sentido crítico similar escribe MUÑOZ CONDE que “si se considera la regulación jurídico penal desde el punto de vista de su eficacia preventiva, la historia de la represión penal del tráfico de drogas es la historia de un sonado fracaso”.

cierto internacional donde se respiraban aires igualmente proclives al pesimismo. En el Preámbulo de la sexta sesión plenaria de la Convención de Viena, celebrada el día 19 de diciembre de 1988, las partes manifestaban su profunda preocupación ante una serie de situaciones, claramente señaladas y comprobadas:

· “La magnitud y la tendencia creciente del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad y, particularmente, por la utilización de menores para esta distribución, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable⁽³⁾.”

El reconocimiento del tráfico ilícito como una actividad delictiva internacional, cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad; su íntima conexión con otras actividades delictivas organizadas, que socavan las lícitas economías y amenazan la seguridad, la estabilidad y la soberanía de los Estados; así como que este tipo de delincuencia genera considerables rendimientos financieros que permiten corromper las estructuras de la Administración Pública”.

B) Fiscalía General del Estado: Datos actuales del tráfico de drogas.

En nuestro ámbito interno, este clima de intranquilidad se veía confirmado por los datos fríos de los Centros especializados. En este sentido, la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio de 1987, ya advertía que “se trata del principal problema sociopenal al que debe hacerse frente, pues en otro caso cualquier previsión de libertad, de seguridad ciudadana y de mejora social, puede hacerse inviable”.

Posteriormente, la Memoria para el Año Judicial de 1991 comenzaba el capítulo dedicado al tráfico de drogas con breves palabras, siquiera suficientemente significativas:

“Al contrario de lo sucedido en el ejercicio anterior, se han incrementado espectacularmente los principales indicadores de esta actividad delictiva”.

Era obvio, a la vista de esta afirmación, acompañada de los números que la avalaban, que resultaba necesario plantearse bajo nuevos parámetros

(3) DÍEZ RIPOLLÉS se hacía eco de estas afirmaciones en términos idénticos: “la capacidad económica y organizativa desplegada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muchos países, corrompiendo las estructuras financieras, administrativas y comerciales de naciones enteras y afectando ya, de modo directo, a la estabilidad, seguridad y soberanía de las naciones”.

y desde una perspectiva diferente, la problemática de la lucha contra esta especie de criminalidad, tratando de buscar y encontrar la solución adecuada, eficaz y verdaderamente positiva. Lo mismo esta situación que aquella lógica urgencia se describían en la Memoria con trazos ciertamente realistas:

“Parece pues evidente, que aun reconociendo una mayor efectividad y contundencia en la acción represora del Estado frente a las organizaciones de traficantes, la expansión continua e incesante de esta actividad criminal es un hecho cierto.

La detención de aquellos históricos personajes que lideraban las grandes familias de traficantes contrabandistas ha propiciado la aparición de pequeños y numerosos grupúsculos que han asumido y ampliado las actividades de transporte y distribución de droga.

Es el desafío del crimen organizado a la Sociedad, a las Instituciones y a las Leyes y, frente a este reto intolerable no cabe otra solución que intensificar la investigación, persecución y castigo de estas conductas criminales en la seguridad de que, tarde o temprano, responderán ante los Tribunales de Justicia”.

Ya en el terreno de los datos concretos y siquiera de manera sucinta, es dable señalar, de acuerdo a las aportaciones ofrecidas por la Memoria a que se hace referencia, el notable incremento experimentado por la droga denominada HACHÍS. Bien sea por la proximidad de Marruecos al territorio nacional, ya por la conexión de la Mafia italiana con los traficantes andaluces, la realidad acreditada es que el aumento de la sustancia intervenida se sitúa en el 49'8 por ciento, superando la droga aprehendida, y por primera vez, la cifra de los cien mil kgs.⁽⁴⁾.

Por lo que a la COCAÍNA se trata, “nuevamente el año 1991 ha batido todos los registros, pues de los sorprendentes 5.382 kgs. de 1990 se ha pasado a los 7.574 del presente año”. La explicación de esta subida pudiera encontrarse en alguna, o algunas, de estas tres razones: la mayor demanda procedente de los países europeos, la saturación del mercado norteamericano y el mayor valor de la cotización de la mencionada droga.

La citada cantidad de COCAÍNA decomisada en territorio nacional supera el total de la misma sustancia intervenida en el resto de Europa; unido este dato a la considerable cuantía de HACHÍS aprehendida, hacen que España figure con el dudoso honor de colocarse a la cabeza y en primer

(4) De 70.075 kgs. decomisados en 1990, se pasó al año siguiente a 104.750 kgs.

lugar en capturas de estas dos clases de drogas, en cuanto al viejo continente se refiere ⁽⁵⁾.

También en el campo de las drogas sintéticas se dispararon las cifras en el año 1991: las cantidades intervenidas de LSD y psicotrópicos se elevaron a 8.707 y 8.556 dosis, lo que evidencia un aumento importante del tanto por ciento respectivo ⁽⁶⁾.

En este panorama desalentador ⁽⁷⁾, un solo dato emergía con alguna posibilidad de desvanecer, siquiera en parte, las sombras que dominaban el año 1991: la HEROÍNA presentaba una disminución, ligera ciertamente, de la cuantía de lo decomisado con relación al año anterior, un dieciséis por ciento menos, al ser la cifra de lo intervenido de 742 kgs. Sin embargo, las posibles razones de esta variación, ofrecidas por la Jefatura de Investigación e Información de la Guardia Civil, pudieran enfriar esta ligera nota de optimismo:

a) el menor consumo de esta sustancia es debido, en buena parte, a una mayor sensibilización social por considerarla una droga de efectos mortíferos y causante de enfermedades infecciosas.

b) las modificaciones en el modo y los medios de transporte han contribuido a la aprehensión de una cifra muy inferior, al utilizarse el tráfico por vía terrestre, mucho más difícil de controlar que el aéreo.

Es innecesario insistir, a la vista de los datos numéricos acabados de exponer, que resultaban plenamente justificados, tanto el clima de preocupación y el sentimiento de intranquilidad general, como las manifestaciones vertidas por los autores y la crítica al referirse al estado actual de la delincuencia consistente en la distribución de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

C) Plan Nacional de Drogas y Proyecto Hombre: su aportación.

No obstante, y siempre partiendo de los elementos y resultados que para el Año Judicial de 1992 han aportado, tanto la Fiscalía General del

(5) En el año 1991 y por Comunidades Autónomas, se decomisaron en Canarias 1.399 kgs. de COCAÍNA, lo que supondría colocar a las Islas Afortunadas en el tercer lugar europeo por aprehensiones, detrás de Holanda en cuyo territorio se intervinieron 2.228 kgs.

(6) Tanto por ciento que es, respectivamente, del 32'65% y 44'75%.

(7) Tanto más proclive al desaliento por cuanto, afirma SERRANO, las capturas vienen a ser como la punta del iceberg, pues representan un tres por ciento del total de la mercancía distribuida. Para otros autores, se sitúa esta cifra entre el 10 y 20 por ciento. DE LA CUESTA ARZAMENDI —conferencia pronunciada en Las Palmas de Gran Canaria, UPLGC 24-1-94—, habla del siete por ciento.

Estado, como el Plan Nacional de Drogas⁽⁸⁾ parece abrirse una puerta a la esperanza, bien que el resquicio sea todavía mínimo, pues es factible admitir que comienzan a vislumbrarse aspectos positivos en la lucha contra esta especie de criminalidad y el fundamento de este nuevo enfoque, más distendido, radica y se centra en las cifras concretas que se manejan con referencia al citado año 1992.

Y así el HACHÍS continúa su escalada pero por debajo de la cantidad y, lógicamente, del tanto por ciento que corresponde a los doce meses anteriores; pero es que la COCAÍNA experimenta un acusado descenso frente a los datos de 1991 y, también, la HEROÍNA mantiene el mismo sentido a la baja del año anteriormente transcurrido. Desciende igualmente el nivel de psicotrópicos intervenidos.

En cambio, debe apuntarse el alza notable del LSD y, sobre todo, del llamado "éxtasis" —MDA—: con relación a esta última droga las cantidades decomisadas en 1992 doblan las intervenidas en 1991, y este más que notable y sorprendente incremento parece apoyarse en la ausencia de temor al posible contagio de enfermedades que sí pudieran adquirirse a través de drogas más tradicionales⁽⁹⁾.

En cualquier caso y aunque tales signos deban interpretarse en un moderado sentido de optimismo, no cabe olvidar que se trata simplemente de situaciones en las que se ha marcado una cierta estabilización. Por lo demás, el problema del delito de tráfico de drogas, amén de sus funestas consecuencias, sigue ofreciendo caracteres preocupantes y resulta difícil aventurar a corto plazo, una solución apta, idónea y eficaz para superarlo y resolverlo.

De esta manera es como lo entendía el resumen del Proyecto Hombre⁽¹⁰⁾

(8) El Plan Nacional de Drogas obtuvo su visto bueno por el Gobierno en 24 de julio de 1985, ante la moción aprobada en el Congreso de los Diputados en su sesión de 7 de octubre de 1984 y trata de abordar el complejo fenómeno de las drogas "desde un enfoque multidisciplinar, estableciendo una política coherente que coordine las distintas instancias competentes en esta materia".

(9) 121.000 kgs. de HACHÍS; 4.154 kgs. de COCAÍNA; 672 kgs. de HEROÍNA. Por contra y como señalan la Memoria de la Fiscalía y el Plan Nacional de Drogas de los 2.221.650 dosis de éxtasis, se ha pasado a 4.535.000. Recientemente, la Audiencia Nacional, en sentencia de 12-1-94, ha declarado que la droga del amor —MDA— y la del éxtasis —MDMA— no deben ser consideradas drogas duras, pese a su contenido anfetamínico.

(10) El Proyecto Hombre tiene su origen en la Comunidad Terapéutica de Daytop, EEUU. El 20 de agosto de 1984 abrió sus puertas en Madrid, a los pocos meses lo hizo en San Sebastián y, posteriormente, en León. Actualmente existen 21 programas en España con 86 centros en 14 Comunidades Autónomas, y su objetivo es que "la persona en tratamiento pase de la dependencia de la droga a la autonomía personal", lo que se desea lograr a través de un proceso educativo terapéutico.

emitido en septiembre de 1993, en el que se recogían una serie de conclusiones que, extractadas, eran del siguiente tenor:

“El noventa y cuatro por ciento de los encuestados confiesa haberse iniciado en el consumo de la heroína y de cocaína entre los dieciséis y los dieciocho años; es también entre esas edades cuando tiene lugar el comienzo en la ingestión de drogas sintéticas y speed, que están adquiriendo una enorme incidencia.

Inquietante es, en grado sumo y ante lo anterior, la temprana edad en que los jóvenes comienzan a adentrarse en el mundo de la droga y, frente a esta situación el Proyecto Hombre se ve en la necesidad de hacer una llamada a los Poderes públicos, a fin de que éstos, y también la Sociedad, sean conscientes de que todavía queda mucho por hacer en este tema, y que uno de los primeros puntos debe ser la reforma del Código Penal en materia de drogas.

Al mismo tiempo, el Proyecto Hombre quiere manifestar su más rotunda oposición en cuanto a los intentos de legalización de las mismas.

De no atajarse el problema, esta lacra seguirá cobrándose infinidad de víctimas, destruyendo familias y convirtiendo la vida de muchos adolescentes y jóvenes en un callejón sin salida, plagado de miseria y desolación”.

De las manifestaciones resumidas que se contienen en la memoria del Proyecto Hombre destaca con caracteres propios una nota por demás atractiva en orden a su consideración de elemento eficaz en la lucha contra este tipo de criminalidad, y no es otra que la llamada a la conciencia social y a la solidaridad común para que, en aras de estas ideas básicas, los Poderes públicos actúen de modo conjunto, abandonando su respectiva torre de marfil y empeñándose en una lucha con garantías contra la que bien puede considerarse como una de las formas más virulentas y nocivas de la moderna delincuencia.

Y es de notar que el Plan Nacional de Drogas⁽¹¹⁾, en su estado de cuentas del año 1992, expresa la necesidad de solicitar de los Ministerios de Hacienda y de Asuntos Exteriores su implicación en la lucha política contra la droga, junto y en íntima conexión con los demás departamentos, mostrando así una clara visión de presente y de futuro.

Por contra, la Memoria de la Fiscalía General del Estado, frente a estas declaraciones reveladoras de una indispensable actuación múltiple y coordi-

(11) El Plan Nacional de Drogas parece haber terminado su periplo ministerial al abandonar el Ministerio de Asuntos Sociales y asentarse, quizá de manera definitiva, en el de Interior.

nada, adopta una postura quizá exclusivamente inclinada al aspecto jurídico penal:

“Todos los servidores del Estado, particularmente quienes ostentamos responsabilidades en este terreno, debemos redoblar esfuerzos e intensificar nuestra labor en la investigación, persecución y castigo de estas actividades tan claramente criminales”.

Estas frases son atrayentes, poseen indudable sonoridad y pudieran tener un público adicto, pero acentúan lo que ya había indicado la doctrina patria al poner de relieve que la política criminal del legislador español en torno y a propósito de estos delitos —a ello se aludirá más adelante—, se han decantado de forma sensible hacia una mayor dureza en la represión⁽¹²⁾.

Y no basta con ello, ni es suficiente el endurecimiento de las penas privativas de libertad, ni la exacerbación de las sanciones pecuniarias hacia límites millonarios.

Esto es así, porque la consecución de resultados positivos que desemboken en una erradicación del, por ahora, insoluble problema de la distribución y consumo de drogas requiere y va inevitablemente unida a la presencia y esfuerzo común de estamentos, órganos, clases, poderes e instituciones de cualquier índole y naturaleza, y es claro que, entre ellas, ocupará lugar destacado el Derecho penal aunque, por supuesto, no de manera exclusiva⁽¹³⁾.

D) Exposición de la sistemática a seguir.

Pues bien, conforme al sentido jurídico positivo que preside la convocatoria del certamen “Foro Canario”, el estudio de las nuevas normas incluidas en el texto punitivo en orden a la prevención y represión del tráfico de drogas constituirá el elemento central de este trabajo, contraído a si el tratamiento penal es el correcto y las medidas adoptadas las más idóneas para la consecución del fin pretendido. Si, en especial, las modificaciones recogidas

(12) Es prueba que domina en la doctrina patria el sentido represivo en materia de tráfico de drogas la propuesta del Partido Popular, en diciembre de 1993, de interesar el cumplimiento íntegro de las penas para los terroristas y narcotraficantes. Propuesta rechazada por el pleno del Congreso de los Diputados aduciéndose por las fuerzas políticas contrarias a la proposición de ley que es una cuestión que por su gravedad, debe debatirse en el contexto del proyecto de ley del Gobierno del nuevo Código Penal.

(13) “Naturalmente, dice MUÑOZ CONDE, debe seguir interviniendo el Derecho penal, pero únicamente para reprimir el tráfico por cauces ilegales, o para sancionar el suministro de drogas a menores y a deficientes mentales. En cambio, hay que reforzar la actuación de la Administración para ir imponiendo programas asistenciales, verdadero aspecto de la función preventiva”.

en el Código Penal han de mantenerse tal cual se incorporaron o resulta procedente su variación o, incluso, la supresión de alguna de ellas. Y se dedicará atención preferente a la por ahora postrera reforma producida por mor de la LO. 8/1992 de 23 de diciembre.

Concretamente, el comiso, la responsabilidad civil y el nuevo orden establecido para el pago de las responsabilidades que han surgido para el penado; la introducción de sanción penal para la elaboración y tráfico de los llamados precursores; la denominada nueva modalidad de encubrimiento y la entrega vigilada, serán los puntos a examinar, ofreciendo el indudable interés para su estudio y obtención de conclusiones de haber sido los últimos en incorporarse al Código, con lo que ello significa de ausencia de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre los que comparar y trabajar, máxime cuando algunas de las nuevas normas ofrecen por su redacción, sentido e, incluso terminología, aspectos de no muy fácil conciliación con el Derecho positivo.

De otra parte ha sido constante la doctrina patria, quizá incluso mayoritariamente, en censurar la labor de Política Criminal desarrollada por el legislador español al promulgar las normas atinentes al delito de tráfico de drogas. Censura y crítica que principalmente se centran en dos puntos: el amplio arbitrio judicial y la excesiva dureza de las penas.

Por lo anterior se antoja oportuno abordar, aunque sea de forma resumida, la evolución legislativa en esta materia, a través de sus distintas etapas: ello permitirá conocer los orígenes y la razón de ser de las instituciones arriba señaladas, como también la motivación que ha guiado a los legisladores al configurar el sistema, preventivo y represivo, instaurado en torno a esta delicada al par que inquietante problemática.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

A) Consideraciones Generales.

Si la necesidad crea el órgano, y según todos los indicios esta afirmación es válida, la aparición en los Códigos penales españoles de un tratamiento concreto y específico en torno al tráfico de drogas debe considerarse reciente, y ello por la sencilla razón de que sólo en los últimos años se ha notado el trasiego y consumo de estas sustancias en cantidad bastante como para, vista la alarma social que comenzaba a manifestarse, motivar la publicación en los textos legales de normas represivas y sancionadoras.

“La irrupción masiva de las drogas en las sociedades occidentales constituye, al menos en lo que a España respecta —escribe MANZANARES SAMANIEGO—, un fenómeno cercano en el tiempo pues, hasta hace unas décadas su consumo parecía limitado a los soldados que probaban el Hachís durante su servicio militar en los territorios africanos, así como a algún que otro médico o paciente que caía en la adicción de la Heroína, por lo que desde esta perspectiva, el problema distaba mucho de ser preocupante y se situaba en el terreno de lo anecdótico”.

En esta labor del legislador español dando vida a las normas reguladoras de esta nueva forma de criminalidad pueden distinguirse estas etapas:

B) Los Códigos Penales hasta 1971.

En lógico y obligado paralelismo con lo expuesto, los redactores de los primeros Códigos apenas si prestaron atención a estas situaciones episódicas y únicamente consideraron oportuno sancionar aquellas conductas que consistían en la fabricación, venta y/o comercio de ciertas sustancias cuando estas operaciones se llevaban a cabo huérfanas de las oportunas licencias o autorizaciones administrativas, de donde era factible apreciar una doble nota de esta regulación:

una, que se trataba, en puridad de principios, de simples infracciones administrativas elevadas a la categoría de actividades delictivas, y

dos, que el tráfico de drogas, tal y como hoy, desgraciadamente, domina en el terreno de la criminalidad, no era conocido, y, por ende, idéntico desconocimiento había que predicar en cuanto a normas penales sancionadoras del mismo.

Hay que señalar en justicia que el Código de la Dictadura de Primo de Rivera puso en esta materia una pica en Flandes al apartarse por vez primera del rutinario esquema de los cuerpos legales que le precedieron y aludir, por fin, de manera clara y concreta, al tráfico ilícito de estas sustancias, poniendo de relieve, como apunta BELTRÁN BALLESTER, “la especial consideración que ante la ley merecen las drogas tóxicas y estupefacientes, al separarlas de las restantes sustancias nocivas a la salud e incriminar expresamente su ilícito trasiego”.

Acertadamente indica PRIETO RODRÍGUEZ, que la preocupación mostrada por los legisladores de 1928 se tradujo no sólo en la formulación legal del correspondiente precepto inserto en el Código⁽¹⁴⁾, sino “también en

(14) El artículo 558 del texto de 1928 establecía: “el tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupe-

la publicación de diversas disposiciones administrativas tendentes a regular el consumo de drogas”, acentuando el intervencionismo del Estado ⁽¹⁵⁾, y es que parece como si ya por entonces se hubiera visto, a través del tiempo, la necesidad de una acción directa estatal, habida cuenta de la peligrosidad y de las funestas consecuencias del incipiente delito que sancionaba el artículo 558, y cuya razón de ser se describía claramente en la Exposición de Motivos:

“la razón de esta agravación no precisa de explicación alguna, pues es notoria la necesidad de reprimir el comercio internacional criminal de estas sustancias, cuyo empleo causa cada día mayor número de víctimas” ⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, el Código de 1928 tuvo desde el primer momento de su aparición la enemiga declarada del partidismo político que, como indica PUIG PEÑA ⁽¹⁷⁾, “exageraba sus defectos y ocultaba sus virtudes”. Unido este ambiente al nuevo cambio nacido de la Constitución de abril de 1931, nada de particular tiene que aquella innovación, interesante por demás, cayera en el olvido y se abandonase el sistema de considerar estas acciones típicas como autónomas, generadoras de alarmantes secuelas y productoras de una sensible alarma social, para retornar al criterio tradicional.

Así, el Código de 1932 siguió la orientación de los anteriores cuerpos legales y el mismo camino tomó el Texto de 1944. Incluso con la reforma llevada a cabo en el artículo 344 por el Decreto de 1963, este delito aparecía enmascarado, carente de autonomía, como una simple figura agravada por la especial condición del objeto del tráfico:

“En el caso de los cuatro artículos anteriores, cuando se trate de drogas tóxicas o estupefacientes, se impondrán al culpable las penas inmediatamente superiores a las establecidas para los mismos”.

Seguía, por consiguiente, el Código Penal sin contemplar el delito propiamente dicho de tráfico de drogas, ni tampoco podía hablarse de prevención o represión de estas actividades, desde el momento en que se volvía al sistema de normas penales en blanco ⁽¹⁸⁾ subsumiendo aquella grave conducta

(...) facientes será castigado con pena de seis meses a tres años de reclusión, y multa de dos mil a veinte mil pesetas”.

(15) Principalmente, el Reg. de 31 de julio de 1918, fruto de la ratificación por España del I Convenio de La Haya de 1912; el R.D. de 22 de julio de 1920 y el R.D. de 30 de abril de 1928, dimanante del Convenio de Ginebra de 1925.

(16) En este sentido debe considerarse al Código de 1928 portador de una clara visión de futuro, en cuanto que se anticipó en sesenta años al contenido del Preámbulo de la Convención de Viena de 1988.

(17) “Se le criticaba por criticar, aludiendo machaconamente a su origen político y sin querer ver sus excelencias de contenido”.

(18) No anda muy conforme la doctrina patria en torno al sistema de leyes penales en blanco:

en los tipos anteriores que se caracterizaban porque las actividades en ellos tipificadas se tornaban delictivas por el mero hecho de la ausencia de formalidades administrativas en la venta, fabricación o comercio en general, y en la entrega, elaboración, tráfico, despacho o suministro si se carecía de autorización o si se omitían las exigencias reglamentarias.

Así cuidaba de acentuarlo HERNÁNDEZ GIL, con base en la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, indicando que “con anterioridad a la reforma de 1971, el artículo 344 presentaba el carácter de precepto penal en blanco, de donde se infería que para la existencia de la figura punible del delito de tráfico de estupefacientes era preciso que, sin autorización bastante, se elaboraran, vendieran o comerciare con ellos, por lo que la antijuridicidad surgía a través de la ilicitud administrativa, y esto convertía al citado artículo 344 en un subtipo de los preceptos que le precedían”⁽¹⁹⁾.

C) La reforma de 1971.

Pese a que España había ratificado en 1966 el Convenio Único de Naciones Unidas de 1961, hubo que esperar cinco largos años para que las modificaciones introducidas en el Código Penal por la Ley de 15 de noviembre de 1971 llegaran al artículo 344, otorgando al precepto en cuestión una redacción nueva que seguía las directrices fijadas tanto por las disposiciones internacionales como las derivadas del propio texto de la Convención.

Así lo afirma la Exposición de Motivos de la Ley:

“La ratificación por España del Convenio Único de 30 de marzo de 1961 ha determinado la modificación del artículo 344 del Código Penal, si bien esta reforma viene impuesta no sólo por el compromiso internacional, sino también por la necesidad de disponer de los medios legales precisos para atajar con eficacia el problema social que entraña el tráfico y consumo ilícito de sustancias tóxicas y estupefacientes”.

Por supuesto que las fuentes internacionales no eran las únicas que podían proporcionar elementos válidos en orden a la modificación que se pretendía; el mismo derecho interno, representado principalmente por la Ley de 1967, debía ser tenido muy en cuenta, y por ello la Exposición de Motivos continuaba delimitando los respectivos campos de la competencia, lo que ya

(...) “la concepción amplia de la ley penal en blanco procedente de Mezger es rechazada por la generalidad de la doctrina, escribe MIR PUIG. En los autores españoles parece acentuarse un sentido estricto: la ley penal en blanco se entiende y concibe como autorización a una instancia inferior”.

(19) Citado por PRIETO RODRÍGUEZ, J., *El delito de tráfico de drogas...*, pág. 100.

supuso un precedente acerca de la necesidad de actuación conjunta y no puramente punitiva:

“Al Código Penal corresponde la prevención y castigo de las conductas tipificadas; a la Ley especial, que configura los estados de peligrosidad social, ordenar las medidas de seguridad convenientes para la curación del drogadicto, sin perjuicio de otros objetivos afines”.

A virtud de lo expuesto, la reforma protagonizada por la Ley de 1971 determinó que el artículo 344⁽²⁰⁾ perdiera su condición de simple figura agravada por su referencia a otras conductas y, al abandonar esta situación de dependencia, adquiriera sustantividad una regulación específica y un tratamiento diferente del seguido hasta entonces, si bien es verdad que esta autonomía no puede ni debe oscurecer las numerosas y duras críticas dirigidas a la nueva fórmula sancionadora, que se centraban, casi de manera absoluta, en el desmedido arbitrio judicial⁽²¹⁾. Los Tribunales, en efecto, podían recorrer prácticamente, toda la escala de las penas privativas de libertad llegando a reclusión menor, sin que estas facultades tuvieran más freno ni límite que las “circunstancias del hecho y del culpable”.

No obstante y aun siendo exacto que el arbitrio judicial, aparentemente, se presentaba desmesurado, las críticas adversas en torno a esta cuestión no dejaban de constituir una clara censura hacia la profesionalidad de los jueces, desconfiando de su recta manera de proceder⁽²²⁾.

Sí era merecedora de mayor y más severa censura la expresión legal de “otro modo”, empleada en la descripción típica, al permitirse dar cabida con estas palabras a actividades que no hubieran sido previstas por la mente del legislador, pese a la amplitud de la fórmula legal, y abriendo de esta suerte una puerta a la peligrosa aplicación de la analogía, o cuando menos, de la interpretación extensiva, con el ataque que ello supone a la seguridad jurídica⁽²³⁾.

(20) Art. 344: “los que igualmente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, tenencia, transporte, venta, donación o tráfico en general de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso, serán castigados con prisión mayor y multa.

Los Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en grado”.

(21) Este criterio de tomar en consideración las circunstancias del hecho y del culpable no es nuevo en nuestra legislación penal. Figura, por ejemplo, en el artículo 318 del Código y, sobre todo, se tiene en cuenta por el Juez de Instrucción para resolver, al margen de otras circunstancias y en la pieza de situación personal, sobre la libertad o prisión del acusado, conforme a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(22) Para RODRÍGUEZ DEVESA, la posibilidad de imponer penas de seis meses a veinte años se le antojaba “inconciliable con el principio de legalidad”, afirmación un tanto gratuita por cuanto la facultad citada aparecía claramente descrita en la Ley.

(23) Esta fórmula legal “de otro modo” fue eliminada por la reforma de 1983 aduciéndose y

En parecidos términos, se pronunciaba MUÑOZ CONDE, criticando la reforma de 1971, caracterizada “por su gran confusión, fruto de su ambigüedad” y constatando que, “no obstante el salto eminentemente cualitativo en la dureza de las penas, a mediados de los años setenta el tráfico y consumo de heroína y cocaína en España experimentó un aumento vertiginoso”.

Al margen de las críticas y consideraciones apuntadas, merece destacarse, por su referencia a los motivos del legislador de la época, el punto de vista sostenido por PRIETO RODRÍGUEZ: “los defectos señalados al artículo 344 obedecían a que el legislador español se propuso en 1971 hacer frente de manera tajante al ya por aquel entonces, más que previsible aumento del tráfico y consumo de drogas, utilizando para ello especialmente, por no decir de manera exclusiva, medios represivos, característica ésta que es la que mejor dibuja la esencia de la reforma de 1971 y que ha continuado vigente en las sucesivas y posteriores modificaciones siempre que el legislador ha puesto manos en los preceptos relativos al delito que es aquí objeto de examen”.

En suma, la política criminal desplegada por el legislador español en materia de tráfico de drogas y sin perjuicio de otras notas igualmente importantes que se descubren en las restantes reformas, se dibuja claramente por una manifiesta tendencia a la severidad de las penas. En la Ley de 1971, dejando al criterio judicial su determinación; en las posteriores redacciones de los delitos correspondientes, fijando las circunstancias susceptibles de exacerbar las sanciones penales: se puede en ambos casos alcanzar una notable dureza, sólo que en la actualidad yendo de la mano y al compás de las causas agravatorias taxativamente señaladas⁽²⁴⁾.

D) La L.O. 8/1983 de 25 de junio.

El cambio democrático surgido a partir de 1975 propició, según es sentir general, el aumento de las críticas a una legislación excesivamente ambigua que favorecía, de manera casi descarada, el arbitrio judicial en torno a la individualización de las penas. A la vera de esta razón, casi siempre enarbolada por los autores patrios como principal defecto a la reforma de 1971, se unieron voces que proclamaban la necesidad de distinguir, y no solamente a

(...) con razón, el carácter analógico que presentaba. Renació, sin embargo, y se mantiene en la actual redacción del artículo 344.

(24) La última adición de causas de agravación ha venido de la mano de la reforma introducida en el artículo 344 bis a) por la Ley 8/1992 de 23 de diciembre. En la actualidad y a virtud del juego combinado de las circunstancias reflejadas en el Código, es factible llegar a los veintitrés años de reclusión mayor.

efectos penológicos sino que también en cuanto a tratamiento rehabilitador, entre drogas llamadas blandas y las calificadas de duras.

Se aducía asimismo la urgencia de afirmar de forma indubitada que el simple consumidor realizaba una conducta atípica y quedaba extramuros del Código Penal, lo que no dejaba de ser una fútil e innecesaria reclamación, toda vez que la Jurisprudencia había repetido hasta la saciedad que el simple autoconsumo estaba despenalizado⁽²⁵⁾. Finalmente no faltaron tampoco críticas a las sanciones penales, estimadas totalmente insatisfactorias.

Unido lo anterior a razones de significado eminentemente pragmático y no obstante el precedente del Proyecto de 1980⁽²⁶⁾, la consecuencia de las críticas y aspiraciones apuntadas fue la aparición de la denominada por sus redactores Reforma Urgente y Parcial del Código Penal que, pese a este pretendido carácter, vino a constituir una auténtica modificación en profundidad del texto legal. Era inevitable, pues, que se acometiera el cambio de la normativa vigente en los delitos de tráfico de drogas y, debe reconocerse así, se hizo de manera más selectiva y diferenciadora aunque, y también hay que indicarlo, con la nota característica de una cierta autolimitación del poder punitivo en esta materia, reduciendo las penas en general.

La Exposición de Motivos de la Ley quiere expresar las razones que guiaron a sus autores al regular el delito en cuestión, justificando sus innovaciones; sin embargo, el preámbulo elude pronunciarse con claridad y sitúa una vez más el eje de la crítica en el defecto, en tantas ocasiones ya apuntado, del arbitrio judicial excesivo.

Así, “la experiencia acumulada desde la introducción del artículo 344 en nuestro derecho punitivo pone de manifiesto defectos cuya trascendencia no permite postergar por más tiempo una profunda modificación, suprimiendo uno de los inconvenientes más graves del vigente artículo 344, cual es el marco punitivo que va, de hecho, desde seis meses a veinte años, desvinculando de toda indicación normativa y fiado exclusivamente al arbitrio judicial; en su lugar se indican las circunstancias en que la pena debe reducirse y aquellos otros en que debe exasperarse”.

Distintas fueron las opiniones de la doctrina ante la reforma presentada. No cabe negar que cumplió la modesta misión que le fue encomendada,

(25) Con anterioridad a 1971 ya lo habían entendido así las sentencias de 13 de febrero de 1966, 29 de noviembre de 1968, 25 de febrero de 1971 y 11 de septiembre de 1971. Con posterioridad, esta declaración de atipicidad del propio consumo es pacífica y continuada.

(26) Se contenía la regulación de esta materia en el artículo 326 del citado Proyecto de 1980.

esto es, suprimir los más graves defectos de la normativa anterior, y que consiguió mayor coordinación y equilibrio en la materia, adoptando criterios análogos a los seguidos en otros ordenamientos jurídicos cercanos a nuestro entorno⁽²⁷⁾. No obstante, tampoco cabe silenciar que de una parte, los posibles aciertos de la reforma de 1983 proceden en buena medida de la experiencia acumulada desde que en 1980 se inició la tarea de modificar el artículo 344; de otra, salvo la restricción del arbitrio judicial, prácticamente nula es la aportación que, en orden a la labor de política criminal, puede atribuirse a la Ley de 1983⁽²⁸⁾.

Siendo la disminución de las sanciones penales la nota quizá más acusada de la ley que examinamos, queda en pie, a pesar del tiempo transcurrido, una pregunta que se formulan los estudiosos del Derecho penal y, de forma especial, quienes siguen con atención estas sucesivas reformas: ¿hasta qué punto la nueva regulación contribuyó, dada la benignidad punitiva, al relevante aumento experimentado por esta criminalidad en España?⁽²⁹⁾

E) La reforma de 24 de marzo de 1988.

La virulencia de las críticas dirigidas contra las modificaciones que la Ley de 1983 había insertado en el delito de tráfico de drogas determinó que el legislador pusiera manos nuevamente en el articulado, pensando en aprovechar la coyuntura propicia que suponía el intento codificador, que no llegó a buen puerto y se quedó en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal. Al no resultar viable este camino, se acudió al procedimiento usual de regulación de esta materia, a través del mecanismo de una ley especial, en este caso la L.O. 1/1988, cuya necesidad urgente y apremiante se reconocía al afirmar que “el artículo 344 ha devenido insuficiente para afrontar la pluralidad y heterogeneidad de manifestaciones criminales que surgen en torno al complejo mundo de las drogas”.

- (27) No menciona, sin embargo, la doctrina un mérito importante a contar en la reforma de 1983, cual fue incluir como objeto del delito a las drogas psicotrópicas, junto a las tóxicas y estupefacientes, ya que como los psicotrópicos no se encontraban comprendidos en 1971, podía pensarse que su tráfico era atípico, no obstante su consignación expresa en el Convenio de Viena de 1971, ratificado por España en 2 de febrero de 1973.
- (28) No son de recibo aquellas críticas que sostienen que, a virtud de la reforma de 1983, las drogas habían sido legalizadas en España. Sí en cambio, resultaba cierto que ante la penalidad establecida, podía correrse el riesgo de traficar con ellas en territorio español.
- (29) La diversidad de criterios se refleja claramente en estas dos opiniones contrapuestas: MUÑOZ CONDE considera que “nada hay que demuestre que el incremento notable del tráfico y consumo de drogas esté en relación con el sistema punitivo fijado en la Ley de 1983”. Por contra SERRANO entiende que esta reforma, “al suavizar las sanciones, tuvo sin duda efectos criminógenos ya que influyó en el aumento de la criminalidad”.

Es un hecho que la nueva ley se presenta con trazos que la definen como más ambiciosa y completa, y su Preámbulo es claramente expresivo en cuanto a estos caracteres, ya que recoge los aspectos más delicados y los puntos calificables de problemáticos del tráfico de drogas, asumiendo sus dificultades y procurando una solución conforme a los criterios, tanto internos como internacionales.

En este sentido puede afirmarse que se ofrece una perspectiva seria de Política Criminal, acertada o no, pero concretamente formulada y de la que es posible, a la luz de las directrices de la nueva regulación, señalar las siguientes líneas maestras:

a) Era inevitable que la ley de 1988 exacerbase las sanciones, tanto privativas de libertad como pecuniarias y que adicionara supuestos no previstos con anterioridad, a virtud de los cuales podía llegarse a cotas sumamente altas en la penalidad. Se ha escrito, por ello, que esta ley nace con el carácter de la represión o, al decir de MANZANARES, “se ha hablado de una contrarreforma en el sentido de que el péndulo ha oscilado esta vez hacia la agravación”.

Y esto es cierto, pero tampoco debe olvidarse que la propia Ley quiere explicar el porqué de esta sensible elevación punitiva y lo hace de estas dos formas: “matizando que el incremento del rigor penal se efectúa desde el respeto al más elemental principio de justicia de tratar de manera distinta aquello que es diferente”, y resaltando el deseo de fortalecer “la idea de la prevención general”.

b) Nuevamente se reitera la necesidad de una actuación conjunta internacional mediante una estrecha y fluida cooperación susceptible de conseguir y alcanzar resultados eficaces en esta materia, dada la estructura organizativa de las asociaciones criminales.

c) Ya se ha abierto paso en el concierto universal —no sin algún retraso—, la idea, mejor la convicción, de que tras las conductas delictivas relacionadas con la droga no existe sino la realización de un gran negocio económico, por lo que desde las propias leyes internas deben buscarse instrumentos que “permitan aproximar la lucha contra la droga a su indiscutible entidad económica”.

Tres son los mecanismos arbitrados por la Ley para atajar los beneficios económicos surgidos de este criminal negocio:

La imposición de multas de cuantía sumamente elevada, además de una alteración parcial del artículo 63 para la determinación de estas penas pecuniarias, constituye el primer recurso en aras de la finalidad perseguida.

En segundo lugar, se amplían —aparentemente—, los términos del comiso, facultando a la autoridad judicial para la intervención de los bienes en cualquier momento del proceso a fin de garantizar la efectividad de esta medida.

Y tercero, se adiciona un nuevo precepto que viene, todavía de forma primaria, a incriminar aquellas conductas que han comenzado a denominarse, y así se conocen, como blanqueo de dinero⁽³⁰⁾.

Quizá, a manera de contrapartida por la sensible elevación de las penas en comparación con el régimen anterior, los redactores de la Ley 1/88 acen-tuaron el significado de la prevención especial ampliando la posibilidad de que aquellos consumidores que, por su adicción a la droga, traspasan las barreras legales para entrar en las páginas del Código, pudieran gozar del beneficio de la remisión condicional.

A tal fin se creó el artículo 93 bis, especialmente dedicado a este tipo de delinquentes y que, pese a los buenos deseos del legislador, será escasa-mente aplicable debido a las exigencias a que aquella concesión aparece subordinada. Con razón decía MUÑOZ CONDE que “la mayor dureza de las penas y el intervencionismo del Estado, apenas se ve compensado con la tímida oferta rehabilitadora que supone el artículo 93 bis”⁽³¹⁾.

Sin embargo y al lado de esta visión de conjunto, en principio favorable a la nueva regulación, deben señalarse aspectos de índole pragmática que no pueden silenciarse, de matiz negativo para el enjuiciamiento de la Ley de 1988, y que derivan, en su casi totalidad, de la expresión “o de otro modo” que emplea el art. 344.

La consecuencia más directa de la aplicación de esta frase es que la índole, clase o importancia de la actividad que se desarrolle, en tanto se relacionen con el favorecimiento, entrarán en el capítulo de la autoría, dada la

(30) El contenido de estas notas características que aparecen descritas en el Preámbulo y que contribuye a determinar la orientación que, en materia de política criminal, siguieron los autores de la Ley de 1988 no debe extrañar: responde a los modelos internacionales en orden al delito de tráfico de drogas, su punición y medidas a adoptar pues la gestión de esta norma se inspiró en buena parte en los borradores que prepararon la Convención de Viena.

(31) En el mismo sentido, MAQUEDA ABRÉU: el artículo 93 bis “corresponde, como no podía ser menos, a la tendencia característica de nuestros días de la exasperación punitiva, propia de no saber o no poder, querer afrontar los problemas desde puntos de vista racionales”. También Díez Ripollés indica que “el legislador ha introducido con retraso una regulación que ya venía demandada por Convenios internacionales, si bien la falta de coherencia introduce tantas cautelas en el artículo 93 bis que ha inducido a equívocos acerca de su carácter beneficioso”.

renuencia, justificada por la redacción del precepto, a admitir el Tribunal Supremo grados menores de participación, quedando borradas las diferencias entre autoría, complicidad y encubrimiento. Ello conduce a resultados absurdos, a los ojos del Derecho: el padre o la madre que guarda la droga que le entrega el hijo, para que no sea descubierta por la policía, no será encubridora, sino narcotraficante; si esa misma actividad, dice MUÑOZ CONDE, se dirige a la ocultación de la pistola con que el hijo ha cometido un asesinato, sí sería encubrimiento que, además quedaría impune por el juego de las reglas del artículo 18 del Código.

“La expresión “de otro modo”, señala DÍEZ RIPOLLÉS, atenta frontalmente a los principios de legalidad y seguridad, dando lugar a una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición; puede afirmarse que se ha querido abarcar y sancionar cualquier contribución por mínima que sea al consumo”.

Para MAQUEDA ABRÉU la reforma de 1988 merece un juicio negativo, al menos por dos importantes razones: “sus normas están impregnadas de la tendencia, tan característica, de la exasperación punitiva, con olvido de las finalidades preventivas. Y, por otro lado, los últimos eslabones del comercio ilícito, los sectores marginados y del subproletariado urbano, son los que sufren en verdad los efectos de criminalización y frente a los que se dirigen, dispuestas a crear un clima de inseguridad ciudadana artificial, leyes como ésta, acertadamente calificadas de simbólicas y cuyos efectos no cabe esperar que se traduzcan en una solución del problema”.

F) La reforma de 1992.

Las últimas, por ahora, innovaciones introducidas en nuestro Derecho positivo en el tema de la delincuencia que estamos examinando han tenido lugar para dar el debido cumplimiento a las medidas adoptadas en la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 y respecto de la que España, en tanto que parte en dicha Convención, está obligada, señala la Exposición de Motivos de la Ley, “a dar cabida en su Ordenamiento Jurídico a las medidas que en la misma figuran y que todavía no tienen plasmación expresa en su sistema legal”.

El camino para llevar estas normas nuevas al derecho patrio parecía ser la vía ofrecida por el Código Penal de 1992, toda vez que se presumía que fueran de la mano la publicación del mismo con los términos y plazos que la Convención exigía para que sus normas formasen parte de nuestro derecho interno. Sin embargo, la disolución de las Cortes y el fin de la legislatura impidieron aquella coincidencia; hubo, por ende, que adelantar la modifica-

ción prevista en el Código por Ley 8/1992 de 23 de diciembre, anticipando la entrada en vigor de las medidas penales que ante todo, y bien se cuida de señalarlo la Exposición de Motivos, suponen un incremento de la reacción punitiva frente a aquellas conductas delictivas.

Al lado de esta nota de Política Criminal que nada nuevo viene a añadir a la tradicional dureza utilizada para la lucha contra esta especie de criminalidad, el Preámbulo continúa expresando las novedades que, al amparo de la convención, pasan a formar parte de nuestro derecho interno:

“De manera coordinada con lo que se está haciendo en todos los países de nuestra órbita cultural, estas novedades se refieren, básicamente, a la punición de la fabricación, transporte y distribución de los llamados precursores y, asimismo, de las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de los estupefacientes y de las sustancias psicotrópicas, lo que supone la trasposición de los aspectos penales de la Directiva 91/308 CEE.”

Por otra parte y a fin de cumplimentar la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen, se incorpora un nuevo artículo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la finalidad de regular el régimen de las entregas vigiladas de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Además y al lado de estas innovaciones recogidas en el Preámbulo de la Ley, procede añadir que se exasperan las sanciones mediante la adición de tres nuevas causas de agravación de las conductas mencionadas como básicas; se otorga una nueva redacción al comiso con la particularidad de permitir la utilización provisional de los bienes efectos e instrumentos decomisados y se establece un nuevo orden de prelación, para este delito exclusivamente, caso de insuficiencia de los bienes del penado para satisfacer las responsabilidades dimanantes de su quehacer delictivo.

El contenido de la reforma de 1992 a virtud de la Ley de 23 de diciembre será el centro del presente trabajo, adelantando ya que las nuevas situaciones creadas ofrecen serios reparos, tanto desde el punto de vista práctico como legal. La mencionada modificación se presenta así con la nota, cuando menos, de problemática en su doble vertiente sustantiva y procesal, y ya lo manifestaba QUERALT: “los Convenios suscritos por España —Convenio de Viena de 1988, artículo 73 del Convenio de Schengen, Directiva 91/308 de la CEE—, no imponían la innovación legislativa, tal y como se ha llevado a cabo”.

III. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988

La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena, de 20 de diciembre de 1988, fue ratificada por España en julio de 1990, y con fecha de 12 de noviembre de 1992 el Congreso de los Diputados aprobó la L.O. 8/1992 de 23 de diciembre, reformadora del Código Penal en aquella materia y que, además, ha introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 263 bis.

A) Características.

La Convención de Viena, de la que dimana la aludida Ley de 1992, sigue la línea represiva que ya se venía manifestando en los sistemas penales, tanto en nuestro ordenamiento interno como en buena parte del Derecho comparado. Mantiene, por supuesto, la necesidad de endurecimiento de las sanciones penales y señala, asimismo, nuevas circunstancias que pueden llevar a la exasperación punitiva; juntamente con ello se busca la criminalización de cualesquiera clase de conductas, bastando para la tipificación penal que, de alguna forma, se relacionen con el tráfico de drogas. “Se aspira, escribe DÍEZ RIPOLLÉS, a una punición absoluta, claramente incompatible con los principios de proporcionalidad, intervención mínima y seguridad jurídica recogidos en nuestro Derecho punitivo”⁽³²⁾.

Puede por ende afirmarse que la Convención, surgida de las Resoluciones 39/141, 39/142 y 39/143 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aparta radicalmente de los Convenios que la precedieron, singularmente de los de 1961 y 1971 y este alejamiento se acusa en los fines perseguidos por la Convención que, lógicamente, aspira a trasladar al derecho interno de las Partes que la ratificaron.

Por descontado que la protección de la salud pública continúa siendo la cuestión de fondo y el tema emblemático propio de este tipo de acuerdos, y también se acentúa la honda preocupación por los efectos del tráfico sobre los menores, tanto en su condición de consumidores como en su calidad de meros instrumentos del delito.

B) Nuevas tendencias.

Pero, y sin perjuicio de mantener estas afirmaciones, van colocándose

(32) De manera destacada, en la Constitución Española, artículos 25.1 y 9.3.

en lugar destacado ideas afines a las señaladas, que adquieren autonomía y relevancia propias, y que se traducen en la necesidad de eliminar las ganancias económicas derivadas del tráfico que se persigue, y es suficiente una ojeada al Preámbulo para fundamentar esta aseveración del trasfondo económico que impregna las disposiciones de la Convención: las alusiones a las ganancias y beneficios obtenidos; el menoscabo de las economías estatales; la generación de grandes fortunas ilícitas; la posibilidad, casi probabilidad de corrupción de las Administraciones merced a los pingües beneficios obtenidos del narcotráfico son indicios evidentes, llevados a la parte positiva, de que la lucha contra esta especie de criminalidad, sin perder de vista la protección de la salud colectiva, se dirige, y destacadamente, a la eliminación de los cuantiosos beneficios económicos que origina para los mercaderes de la droga.

C) Aspectos criticables.

Parte de las medidas o acuerdos adoptados en la Convención de Viena han pasado a nuestro derecho interno por mor de la aludida Ley 8/1992; otras esperan, quizá, mejor ocasión para incorporarse al ordenamiento jurídico español y respecto de estas últimas es posible mantener criterios muy diferentes acerca de su viabilidad y sentido pragmático pues la Convención contiene recomendaciones no aptas para figurar en nuestro Derecho y, por contra, hay menciones que sería deseable su incorporación al texto punitivo.

Así, el artículo 3, en su apartado 4, después de señalar la necesidad de que las Partes apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de los delitos, cuida de señalar que, como complemento de la culpabilidad o condena, “el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, rehabilitación y reinserción”, pudiendo aplicarse estas medidas, como se ve carentes de sentido sancionador, en lugar de las penas para los casos de infracciones de carácter leve o cuando la declaración de culpabilidad o condena lo sea por la posesión o la adquisición para el consumo personal.

Junto a las medidas acabadas de mencionar y que poseen indudable sentido de reeducación y tratamiento y, por ende, dignas de aplauso, otras disposiciones de la Convención se hacen acreedoras a la crítica, y no ciertamente elogiosa.

Una es la contenida en el artículo 5, apartado 7, al admitir “la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso”.

Es innecesario resaltar que en nuestro ordenamiento penal y procesal, tal declaración resultaría inadmisibile, por cuanto supone un ataque frontal al

principio de la presunción de inocencia, recogido y sancionado como derecho fundamental en el artículo 24.2º de la Constitución.

Y si bien es cierto que la misma norma de la Convención establece a manera de paliativo que tal medida estará a “que sea compatible con los principios del derecho interno y con la naturaleza de los procedimientos judiciales”, de momento ya se ha lanzado la idea de esta insostenible inversión de la carga de la prueba.

Tampoco parece de recibo la declaración del artículo 3, en su párrafo 2, sobre adopción de las medidas que fueren precisas para “tipificar como actos penales, la posesión, adquisición y cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el propio consumo”.

Se rompe así una trayectoria reflejada no solamente en el derecho interno de buen número de países, el nuestro entre ellos, sino que también en los Convenios de 1961 y 1971, con una falta de razonamiento o fundamentación que justifica la afirmación de que esta modalidad de política criminal debe estimarse inadmisibles: aparte sus casi insuperables dificultades prácticas, no tiene en cuenta lo establecido en la misma Convención⁽³³⁾ y, sobre todo, ataca la libertad personal del individuo⁽³⁴⁾ hasta el punto que, en orden a nuestro ordenamiento jurídico, bien puede afirmarse que conculca el artículo 10 de la Carta Magna, que consagra que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

IV. ADICIÓN DE NUEVAS CAUSAS DE AGRAVACIÓN

Al amparo de lo establecido en el artículo 3, punto 5 de la Convención, la ley de 1992 ha llevado al Código Penal tres nuevas circunstancias cuya presencia permite exasperar la sanción penal, ratificando de esta forma el carácter represivo que la doctrina venía asignando a los Acuerdos de Viena.

(33) El artículo 14 de la Convención de Viena dispone que “Las Partes adoptarán las medidas adecuadas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con miras a suprimir el sufrimiento humano”.

(34) Sin embargo, la Ley 1/1992 de 24 de febrero, de Seguridad Ciudadana, sanciona en el artículo 25 el consumo público de droga. Añade DE LA CUESTA: la atipicidad de la posesión para el propio consumo “es una de las características más relevantes de la legislación española y que ha suscitado no pocas controversias a nivel internacional”.

Son las siguientes:

a) cuando el culpable participare en otras actividades delictivas organizadas.

b) cuando el culpable participare en otras actividades ilícitas, cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

c) cuando los hechos descritos en el artículo 344 fueren realizados mediante menores de dieciséis años.

Estas causas de elevación de la pena, adicionadas al artículo 344 bis a), presentan serias dudas a propósito de su conveniencia y oportunidad, de modo particular las dos primeras.

Parece claro que, en el primer supuesto, la razón de la agravación descansa en la mayor peligrosidad atribuible al sujeto puesta de relieve por su clara tendencia al delito al adscribirse a dos asociaciones delictivas distintas. Y, desde un aspecto puramente objetivo, porque el culpable encontrará mayores facilidades para la comisión de los delitos de tráfico de drogas al contar con la infraestructura de la otra entidad a que pertenece.

Aun así, resulta cuestionable que la nota de mayor peligrosidad, que es lo que subyace en el fondo de la agravación, sea bastante para ir a un grado superior de la pena señalada, pues se olvida que la razón primaria para la imposición —y en su caso exasperación punitiva— se encuentra en la relación conexa del binomio culpabilidad-sanción, siendo la peligrosidad un elemento válido para la ejecución de la pena o la adopción de medidas de seguridad, mas no tanto para la agravación de la responsabilidad penal⁽³⁵⁾.

Tampoco cabe olvidar que la participación en actividades delictivas a que alude el nuevo texto legal requerirá sentencia declarativa de aquella pertenencia anterior del culpable, lo que puede originar retrasos⁽³⁶⁾ en los ya cargados organismos penales. Incluso preocupa a VIDALES RODRÍGUEZ, una posible vulneración del principio del non bis in idem⁽³⁷⁾.

Similares consideraciones procede realizar en cuanto al segundo punto de agravación, quizá con mayor motivo; la participación en actividades ilícitas.

(35) En algún supuesto, el Código toma en consideración esta nota para determinar la sanción penal, cual es el caso del delito de tenencia de armas de fuego, del artículo 256, permitiendo atenuar la pena en función “de la escasa peligrosidad del delincuente”.

(36) “Agravación confusa y creadora de inseguridad jurídica”, opina SERRANO de la fórmula legal.

(37) Parece que mejor se daría un supuesto de concurso o, si se quiere, de reincidencia, si se cumplieran las exigencias del artículo 10-15°.

tas no es materia que deba llevarse a la órbita del Derecho penal, aunque puede ser competencia de otras ramas del ordenamiento jurídico. Así debe resultar del principio de intervención mínima, claramente recogido en el derecho punitivo.

En orden a la tercera de las razones aducidas para la agravación, sí es factible en este caso hablar y admitir una agravación por una mayor culpabilidad del autor, que justificaría la mayor sanción penal al poner en juego la personalidad de quienes no han adquirido todavía madurez bastante para moverse libre y conscientemente en el campo del Derecho.

No obstante, no pueden dejar de formularse dos consideraciones: una, que la agravación resultante de la puesta en juego de los menores solamente está prevista para los casos de tráfico de drogas del artículo 344, con olvido de la incorporación al Derecho penal de la figura del trasiego, elaboración y tenencia de los llamados precursores, conductas que aparecen descritas en el artículo 344 bis g) y para las que es totalmente posible el empleo de los menores, sin que así lo haya previsto el legislador. Y otra, la posible repetición de términos semejantes al emplear la fórmula legal las expresiones “mediante y utilizándolos”⁽³⁸⁾.

Pudiera, no obstante, salvarse esta redundancia en base a estimar, conforme indica QUERALT, que “traficar con droga mediante menores es servirse de éstos con su pleno conocimiento, mientras que utilizándolos significa realizar el tipo sin que los mismos tomen conciencia de ser correos de la droga”.

V. EL COMISO

Desde el terreno estrictamente doctrinal se ha rechazado la consideración de sanción que se atribuye al comiso⁽³⁹⁾, por cuanto dificulta una correcta individualización de la pena al acomodarse mal a los principios de personalidad y proporcionalidad, sobre los que se construye la imposición de la sanción punitiva. Y en cuanto al llamado comiso parcial, igualmente se ha extendido a él la censura en cuanto que, al menos teóricamente, puede conducir a un condominio inviable.

(38) Sin olvidar que el empleo de los menores los convierte en potenciales consumidores de las drogas a cuyo tráfico sirven, lo que podría determinar un cambio en la calificación jurídica.

(39) La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1992 define el comiso entendiendo por tal “la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punible y el traslado directo e inmediato de la titularidad dominical al Estado”.

A) Evolución del comiso hasta 1983.

a) *Aspecto legislativo.*

Estas críticas adversas no hicieron sin embargo mella en el legislador español, que a partir de los primeros códigos penales incluyó el comiso en el arsenal de penas, y dentro de las denominadas penas accesorias, con una inercia legislativa que continúa a través de los distintos cuerpos legales sin más significativa alteración que la leve ruptura procedente del Código de 1928. Este texto legal⁽⁴⁰⁾, aunque coincidió fundamentalmente con el sentido del comiso —pena en los códigos anteriores—, lo incluyó como medida de seguridad, calificación que no resulta desconocida en el Derecho comparado.

Debe, pues, afirmarse que, a salvo la alteración ya citada del Código de la Dictadura, las normas relativas al comiso permanecieron inalterables hasta la publicación de la Ley 8/1983 de 25 de junio que, en esta cuestión, adicionó un segundo párrafo al artículo 48, permitiendo no solamente el comiso parcial sino también la no aplicación del mismo.

Los redactores de la Ley de 1983 guardaron silencio absoluto acerca de los motivos por los que se modificaba una regulación tradicional, mantenida a través de años y códigos; mutismo inexplicable⁽⁴¹⁾ por cuanto no era ciertamente de escasa importancia la innovación. Ello no impide apreciar y consignar en base a qué razones se introdujo la referida alteración que, y vaya esto por delante, debe ser estimada acertada y plausible.

En efecto, el Proyecto de 1980 aceptaba la figura del comiso siguiendo la postura de los Códigos precedentes, pero puntualizaba que “el nuevo Código⁽⁴²⁾ concibe la pena como un castigo que ha de guardar proporción con el hecho cometido y su gravedad”, sobre la base del importante principio, más tarde enfatizado por la reforma de 1983, de que “no hay pena sin culpabilidad”. Fuera, sin embargo, de esta afirmación como línea programática, el aludido proyecto no se extendía a dos puntos importantes, pues no tuvo en cuenta que “cualquier dosis de culpabilidad no es bastante para cubrir el contenido de la sanción que comporta el comiso”, ni tampoco acogía la posibilidad, frecuente por otra parte, de los casos de patente desproporción entre antijuricidad y culpabilidad por un lado, y contenido sancionador del comiso

(40) Evolución histórica que, de manera detallada, ofrece la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1992.

(41) También en esta reforma de 25 de junio de 1983 se elevó la pena del asesinato a reclusión mayor en su grado máximo, superando su gravedad la del parricidio y sin que se ofreciera explicación alguna acerca de la ruptura de este tradicional paralelismo punitivo.

(42) Así lo expresaba la Exposición de Motivos del Proyecto de 1980.

cuencia del delito, abstracción hecha del principio de personalidad, mientras que otras veces la orientación jurisprudencial se enmarca en una tendencia restrictiva, prescindiendo de su aplicación en los delitos imprudentes y, también, en aquellas figuras delictivas dolosas escasamente acordes con el principio de proporcionalidad.

B) El comiso en la Ley 1/1988 de 24 de marzo.

La parca regulación del comiso, contenida en el artículo 48 del Código ha sido factor determinante de que cualquier modificación o trasvase de esta institución a otro aspecto del ámbito punitivo, se resienta de aquellas deficiencias, pese a que a raíz de la reforma de 1983 se introdujo, como quedó apuntado, la importante innovación de permitirse el comiso parcial e, incluso, la posibilidad de no practicarlo, y es desde estas consideraciones como procede examinar la figura del artículo 344 bis e), traída por la reforma de 1988, primero y, más tarde, retocada al amparo de la Ley 8/1992, conforme a las modificaciones de la Convención de Viena de 1988.

El artículo 344 bis e) expresa:

“A no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito, serán objeto de comiso los vehículos, buques y 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) así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

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

a) Críticas doctrinales.

Resulta curioso al par que necesario hacer constar, llegado este punto, que la doctrina patria que se ha ocupado del comiso lo ha hecho prestando escasa atención al tema, y pasando de puntillas sobre los diferentes problemas que pueden surgir, tanto de su aplicación como del sentido de la propia norma reguladora, pues la redacción del artículo 344 bis e) no puede ser calificada, precisamente, de brillante:

1. No es comprensible, en primer lugar, que el legislador se refiera a la comisión “de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis

b)”, pues da a entender que en los mencionados preceptos se contienen conductas típicas diferentes, y nada más lejos de la realidad: el tipo básico descrito en el artículo 344, con la ya clásica distinción entre drogas duras y blandas, y los dos preceptos que le siguen —bis a) y bis b)— no encierran ninguna nueva conducta; sencillamente tienen en cuenta la posibilidad de que en la comisión de la infracción básica aludida puedan concurrir determinadas circunstancias⁽⁴⁹⁾ que, si así fuere, produciría el efecto de exasperar las sanciones penales, mas sin variar la morfología del delito base.

2. Se reitera la expresión, estimada superflua por muchos autores, consistente en la exigencia legal de que los efectos “no pertenezcan a un tercero no responsable del delito. En cualquier caso, esta fórmula está lejos de ser satisfactoria ya que parece contemplar únicamente a quien se verá salpicado por la responsabilidad penal, con olvido de que pudieran existir otras responsabilidades relacionadas con la infracción y que aquí no se precisan.

3. Por contra, y no deja de ser sorprendente, no se recoge la nota alusiva al comiso parcial que sí encierra el segundo párrafo del artículo 48, con los inseparables caracteres de proporcionalidad y personalidad, pero esta omisión ha sido debidamente interpretada por la doctrina del Tribunal Supremo, de la que resulta que “aunque en principio podría pensarse que dada la especificidad del comiso sería aplicable sin tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción, ello sería desconocer el carácter del nuevo artículo que, a través de la remisión que indudablemente hace el artículo 48, impone una aplicación generalizada de su normativa, debiendo reivindicarse para el mencionado artículo 344 bis e) la vigencia del principio de proporcionalidad, de no querer conculcarse las garantías para la propiedad privada contenidas en el artículo 33 de la Carta Magna, como también el principio de adaptación de la pena a la culpa” (STS. mayo 92).

4. El artículo 48 distinguía dos conceptos netamente diferenciados: instrumentos y efectos. A ello se ha unido en la normativa el término “ganancias”, que debe entenderse con dos salvedades, pues de una parte la palabra ganancia lleva consigo la idea de beneficio y, aunque la operación de tráfico no fuera exitosa, los efectos procedentes de la misma caerían igualmente en comiso aunque para los autores los resultados hubiera que anotarlos en números rojos. De otro lado, el concepto de ganancia supera la tradicional fórmula del artículo 48 y debe entenderse en esta acepción tanto el precio, como la recompensa, el provecho y todo aquello que traiga causa del delito, o bien a través de dicha infracción, “sin generalizaciones ni zonas oscuras” y

(49) VIDALES RODRÍGUEZ plantea la duda, no suficientemente aclarada, acerca de si se trata de simples circunstancias agravantes o, bien, de subtipos agravados.

siempre bajo la idea de que la ausencia de beneficio no impedirá la aplicación del comiso.

5. Decía MANZANARES que, en otro orden de cosas, “resulta evidente que la nueva norma desea asegurar, contra la benévola práctica judicial, el comiso de unos medios empleados en la comisión del delito que pueden alcanzar un elevado precio. Sin embargo, la precisión legal es innecesaria si, como el propio texto afirma, se trata de cosas que efectivamente hayan servido de instrumentos pues, en tal supuesto, bastaría con atenerse a lo establecido con carácter general en el artículo 48”.

6. Pudiera hablarse de dificultad para incluir la droga en alguna de las dicciones legales, ya que en puridad de principios no es instrumento del delito ni efecto del mismo, por lo que tan sólo podría estimarse como “cosa” relacionada con él. En cualquier caso su comiso será siempre válido si bien no sería superfluo puntualizar el concepto en que tiene lugar⁽⁵⁰⁾.

7. Buscando que en materia de tráfico de drogas no quedase punto alguno por resolver, siempre en aras de la lucha contra el narcotráfico, se admite por vez primera en el derecho patrio lo que pudiera denominarse “comiso de segundo grado”, y que tiene lugar cuando recae sobre un objeto que ha sustituido al inicialmente propuesto, con independencia de la causa material o jurídica productora del cambio y tratando de esta manera llegar al fondo de la primera transformación. Así y en base al primitivo origen ilegal se decreta la intervención de todas las ganancias que traigan causa de la misma.

b) Ampliación del comiso a las ganancias.

Se demuestra aquí el interés de los redactores de la Ley de llevar al derecho interno las directrices de los Convenios Internacionales para combatir el tráfico de drogas, si bien en este punto es forzoso hacer alguna salvedad. Si se quiere ampliar el contenido del comiso y se busca finiquitar todo lo que sea blanqueo de dinero, habrá que contar ante todo con un eficaz seguimiento probatorio, indispensable para comprobar tanto las operaciones de comienzo como las celebradas a posteriori para lograr un adecuado camuflaje de aquéllas, y serán estas dificultades las que sin duda, y así lo entiende MUÑOZ CONDE, “aumentarán la impunidad de las transacciones realiza-

(50) La cuestión se presenta claramente resuelta en base a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la sentencia de 20 de abril de 1991 se decanta sin dudas por el comiso de la droga. De otra parte, a igual solución llega la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/91, inserta en la Memoria de 1992, pág. 1.027.

das, sin perder de vista que el respeto a los derechos de tercero vendrá a incrementar los obstáculos existentes”.

Frente a la alegría con que se pronuncia el Código, es claro que la más elemental y exquisita prudencia debe presidir toda actuación dirigida al comiso de los bienes, instrumentos y efectos, huyendo de las amplias posibilidades que parece conceder la redacción legal: “las ganancias caerán en comiso cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar”.

Con esta frase se obtiene la impresión de que se desea conceder patente de corso para ingresar en las arcas del Estado todo lo que proceda del tráfico de drogas, y esto no es de recibo. Si la fórmula legal expresa que el comiso no procederá cuando los bienes pertenezcan a un tercero no responsable del delito, debería haberse concluido el precepto con idéntica salvedad o regla excepcional: “no tendrá lugar el comiso de los bienes, cualesquiera que fuesen sus transformaciones, si se hallaren en poder de un tercero que los haya adquirido en la forma y con las condiciones establecidas por la Ley para convertir su adquisición en irreivindicable”⁽⁵¹⁾.

Para MUÑOZ CONDE, la apuntada posibilidad de ampliar el comiso a las transformaciones es la más destacada de la nueva redacción y coincidente es la opinión de SERRANO al reconocer que el nuevo artículo se presenta ampliado, singularmente en orden a la cuestión de las ganancias. Sin embargo, difiere de los anteriores PRIETO para quien la mayor amplitud de contenido del artículo 344 bis e) en relación con el 48 es sólo aparente, por lo que la aportación de la Ley de 1988 debe reputarse innecesaria y redundante y únicamente cabe señalar que la sola diferencia entre ambos preceptos se contiene en la posibilidad de que los bienes “podrán ser aprehendidos y puestos a disposición de la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias”, y siendo este aditamento igualmente superfluo si consideramos que las leyes procesales ya prevén⁽⁵²⁾ suficientes instrumentos previos tendentes al

(51) Son casos de irreivindicabilidad, entre otros, las mercancías compradas en tiendas abiertas al público y las monedas dadas en pago de dichas compras (art. 85 del Ccom.); los efectos cotizables al portador y los negociados en bolsa, con intervención de Notario o Corredor de Comercio (art. 324 y 545 del Ccom.) los objetos adquiridos de buena fe en pública subasta, del art. 464 del Ccivil; los empeñados en los Montes de Piedad. Si se trata de inmuebles, si el comprador de buena fe tiene inscrito su derecho, a virtud de contrato oneroso otorgado por tercero que aparezca en el Registro con capacidad para otorgarlo.

(52) Entre otros, los artículos 326, 338 y 367 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los que resulta la recogida y conservación de los efectos e instrumentos del delito, hasta el juicio oral, sin que durante el sumario se admitan tercerías que tengan por objeto la devolución de los mismos.

aseguramiento de esta pena accesoria y demás responsabilidades pecuniarias de los encartados”.

C) El Comiso según la Ley 8/1992.

Siguiendo las líneas que se dibujaron en la Convención de Viena, de 20 de diciembre de 1988, la L.O. 8/1992 de 23 de diciembre, ha incorporado a nuestro Derecho positivo nuevas normas en orden a la lucha contra el delito de tráfico de drogas y ha modificado algunos preceptos ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Entre éstos figura el artículo 344 bis e) al que se otorga una distinta redacción de la que presentó al ser llevado al Código Penal por la L.O. 1/1988 de 24 de marzo, y de cuya simple lectura es fácil apreciar las innovaciones, que suponen otras tantas diferencias.

El artículo 344 bis e) dice:

“A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de comiso las sustancias a que se refiere el artículo 344 bis g); los vehículos, aeronaves y cuantos bienes y efectos de la naturaleza que fueren hayan servido de instrumento para la comisión de los delitos comprendidos en los artículos 344 a 344 bis b) o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que hayan sido 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 a disposición de la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, mientras se substancie el procedimiento, los bienes, efectos e instrumentos puedan ser utilizados por la Policía Judicial encargada de la represión y tráfico ilegal de drogas.

Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia, se adjudicarán al Estado”.

Ya la doctrina patria estimó que el artículo 344 bis e) en la fórmula recibida por mor de la L.O. 1/1988 era cuando menos, superfluo e innecesario. La nueva redacción procedente de la Ley de 1992 puede llevar a una crítica más severa al aumentar sensiblemente unos defectos que, con cierta benevolencia, podrían considerarse comprensibles y pasajeros.

Vale, por consiguiente, lo manifestado a propósito del texto legal surgido de la reforma de 1988, a lo que debe adicionarse este conjunto de consideraciones:

a) *Críticas doctrinales.*

1. Se observa, ante todo, un aditamento al comienzo de la expresión legal, pues los bienes no sólo deben pertenecer a un tercero no responsable, sino que, y además, este tercero ha de presentarse adornado por el requisito de la “buena fe”.

Esta exigencia debe estimarse, como otras ya indicadas, innecesaria; requerir que el tercero titular lo sea de buena fe es una redundancia⁽⁵³⁾; el tercero de mala fe no está protegido por el derecho mientras que el de buena fe puede, en los casos establecidos en las leyes, gozar de un total respeto hacia lo adquirido o poseído, o bien el derecho a repetir contra quien corresponda.

Nada decía el inicial artículo 48 acerca de la necesidad de la concurrencia de la buena fe en el titular de los bienes presuntamente decomisables; la nueva fórmula nada añade que no estuviera, o debiera estar presente en la mente judicial a la hora de decidir sobre la intervención y comiso de los bienes que se describen.

2. La Convención de Viena introdujo, como innovación, la descripción de lo que se ha llamado “precursores” —equipos, materiales o sustancias— cuya tenencia integra una ilícita actividad delictiva, lo que implica que al trasladar a nuestro Derecho estos conceptos, en las condiciones de destino y finalidad a que alude el artículo, podrán y deberán igualmente caer en comiso, a tenor de las disposiciones generales, sin necesidad de declaración específica.

Sin embargo, llama la atención que siga el legislador sin hacer una referencia a las drogas, objeto precisamente del tráfico, respecto de las que debería pronunciarse con claridad en orden al comiso, aprovechando incluso, la oportunidad que le brindaba el artículo 344 bis g).

3. Discutido y discutible es el último inciso del párrafo segundo del artículo bis e) en cuanto que el Juez podrá autorizar a la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas, la utilización provisional de aquellos bienes, efectos e instrumentos.

b) *Utilización por la Policía Judicial.*

Y es que por más que se trate de indagar y comprender el significado de esta disposición de nuevo cuño, no se presenta fácil descubrir las razones

(53) Fundamental es el artículo 434 del Código Civil: “la buena fe se presume siempre”. La misma Convención de Viena reconoce la necesidad de protección a los terceros de buena fe. Artículo 5, punto 8.

que los redactores de la ley tuvieron para incorporar estas expresiones a nuestro Derecho penal, a salvo, es claro, dos motivos:

1. El deseo de aumentar la eficacia de la lucha contra la criminalidad y

2. Dar cumplimiento a las prescripciones de la Convención de Viena, cuando lo cierto es que ni este deseo ni aquel motivo teleológico justifican la presencia de esta norma, carente de antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

1.— De entrada se aprecia una total falta de determinación y concreción en la utilización acordada: nada más se indica que tiene carácter provisional, y que el ámbito temporal de utilización se contrae a la sustanciación del procedimiento⁽⁵⁴⁾ y ambas limitaciones no ofrecen suficiente precisión en cuestión que debería, al ser excepcional, aparecer claramente fijada en sus distintos extremos. Pero además quiere darse a entender que el empleo concedido o la utilización acordada lo es con las miras puestas en la función “de represión” del tráfico de drogas, siendo así que ésta es una misión ajena a la Policía Judicial: el artículo 282 de la LECrim. encomienda a estas Fuerzas misiones de investigación, comprobación, descubrimiento y prevención, sin que en precepto alguno se indique o añada que aquellas funciones deben ir acompañadas de un carácter represivo ni que una actuación de esta clase corresponda a la Policía Judicial.

Es más, el RD 796/1987 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, señala de manera diáfana en el Preámbulo, que esta disposición “se orienta preferentemente a delimitar las funciones de la Policía Judicial, en sentido estricto, esclarecimiento de las conductas presuntamente delictivas e identificación y aprehensión de sus responsables”.

En armonía con estas palabras, el artículo 28 de la citada disposición se cuida de señalar que las unidades “especialmente adscritas desempeñarán cometidos de investigación criminal propios de una policía científica”, sin que en los ocho apartados de dicho precepto se aluda a función de significado represivo; igual ausencia de misiones de esta índole es dable deducir del artículo 786, dictado para el procedimiento abreviado y en el que se señalan las funciones de la Policía Judicial.

2.— En el segundo aspecto, relativo a la adecuación y seguimiento por nuestro derecho de las directrices de la Convención, ya se dijo que la L.O.

(54) ¿Qué debe entenderse por procedimiento? En un sentido amplio pudiera comprender la iniciación de las primeras diligencias policiales; sin embargo, la mención al Juez hace suponer que éste ha tenido conocimiento de las actuaciones pues sólo así cabe admitir que pueda dar las oportunas autorizaciones a la Policía Judicial.

8/1992 ha adelantado la modificación prevista en el Proyecto de Código Penal en materia de tráfico de drogas, y que esta reforma resulta más que problemática, desde el momento que las normas de nuestro ordenamiento interno permitían asumir buena parte de lo que se quiere presentar como innovaciones.

Con relación al discutido último inciso del párrafo segundo, es terminante la postura de QUERALT JIMÉNEZ: “llama particularmente la atención que la policía pueda, previa autorización del juez, conservar bajo su poder y para su utilización los productos de lo intervenido, con lo que el legislador otorga a esta modalidad de comiso, que podría denominarse provisorio, y máxime a la vista del último párrafo de este artículo, una especie de vuelta a la premoderna figura del premio por captura o derecho de botín. Una vez más se pone de manifiesto el protagonismo que el legislador quiere atribuir a las fuerzas del orden, olvidando la existencia del Juez y del Ministerio Fiscal, pues no cabe desconocer la notable inseguridad jurídica que se produciría de llevarse a cabo este empleo de lo decomisado por los agentes que han intervenido en ello”.

Pero lo curioso del caso es que en la Convención no existe basi ni fundamento para la incorporación de esta norma a nuestro derecho interno; antes bien el artículo 5 de la Convención, en su apartado 5º-a, manifiesta que “la parte que haya decomisado el producto o los bienes, dispondrá de ellos de acuerdo a la forma prevista en su derecho interno y sus procedimientos administrativos”, de donde resulta que los redactores de la Ley 8/1992 no pueden acogerse a la Convención para explicar la entrada del citado y discutido párrafo en nuestro derecho interno⁽⁵⁵⁾.

c) *Adjudicación al Estado.*

El último párrafo del artículo 344 bis e) es igualmente notable:

“los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia, se adjudicarán al Estado”.

Dejando a un lado que la sentencia que se menciona adolece de no ir acompañada de la nota de firmeza, lo que es, sin duda, olvido del legislador aunque siempre censurable, con el apartado anterior se marca una novedad en materia de comiso que sigue la línea de despropósitos mantenida por las

(55) Debe resaltarse que, frente a esta redacción novedosa de la Ley de 1992, el Proyecto de Código Penal en estudio, en el artículo 361, para nada menciona la entrega a la Policía para su utilización, de los efectos o instrumentos, ni se hace eco de la adjudicación directa al Estado de lo decomisado.

sucesivas reformas penales en lo tocante a la protección de las víctimas del delito; la adjudicación al Estado impedirá que el producto de los bienes decomisados, cuando sean de lícito comercio, se aplique a cubrir las responsabilidades del penado.

Las consecuencias no podrán ser más claras al tiempo que insólitas, ya que la responsabilidad civil derivada del delito quedará sin cobertura; se ha dejado en fuera de juego el artículo 48-1 y los autores de la reforma de 1992 chocan frontalmente con lo que es un principio básico y fundamental en el Derecho penal moderno: la protección de las víctimas del delito.

Esta adición al artículo 344 bis e) está totalmente injustificada y la derogación de la misma se presenta con notas de urgencia, sobre todo en los momentos actuales cuando parece conseguirse una más efectiva coordinación entre las distintas fuerzas sociales para la lucha contra esta delincuencia organizada.

El criterio restrictivo que en materia de resarcimiento civil parece reflejarse en el artículo citado, no es privativo de este tipo de criminalidad; lo cierto es que, pese a las buenas intenciones y mejores deseos del legislador⁽⁵⁶⁾, el ofendido por la infracción penal suele quedar en el más profundo desamparo, ya que las piezas de responsabilidad civil terminan con el consabido auto de insolvencia, premonitorio y expresivo de una total ausencia de satisfacción para el perjudicado.

El silencio acerca del porqué de la nueva redacción del artículo relativo al comiso, aconseja indagar sobre cuáles pudieran ser las causas motivadoras de la nueva redacción y, desde un terreno puramente hipotético, es factible señalar estas dos:

a') La incesante voracidad recaudatoria del Estado le lleva a manifestarse en el campo de la criminalidad, y posiblemente a la vista de las ingentes cantidades que se manejan en el delito de tráfico de drogas. En este sentido el bocado parece demasiado succulento para renunciar a él, sobre todo si su

(56) El legislador ha establecido ciertas medidas para conseguir la efectividad de la reparación civil: solidaridad y subsidiariedad entre los delincuentes (art. 107); aplicación de los efectos decomisados a cubrir las responsabilidades del penado (art. 48); fijando en primer lugar esta enumeración en la relación del artículo 111; condicionando a su satisfacción la concesión de beneficios, como el indulto y la cancelación de antecedentes penales (Ley de 1870 y art. 118 del Código penal).

Como novedad trascendente, el nuevo artículo 344 bis k, altera el orden del art. 111, situando a la multa en segundo lugar. Las consecuencias de esta anteposición serán que, dada la inexistencia de responsabilidades civiles, el pago de la multa irá al Estado pasando por encima de los derechos jurídicos profesionales producidos durante el proceso.

consecución no ofrece excesivas dificultades: basta con arbitrar los medios necesarios, aunque éstos se aparten de la normativa tradicional e, incluso, aun cuando impidan reparaciones de afectados por el delito.

b') Desde un plano teórico pudiera venir motivada la nueva disposición por la creencia de que esta clase de delitos no genera responsabilidad civil al tratarse, como indica la doctrina y reitera la jurisprudencia, de infracciones de peligro abstracto, frente a los delitos materiales, de lesión o resultado, caracterizados por la producción de un daño material lesivo que, ligado a la acción u omisión mediante la oportuna cadena causal, da lugar a un pronunciamiento sobre reparación civil.

Así, en los delitos de tráfico de drogas, se anticipa la consumación por el mero hecho de la tenencia, acompañada de la vocacional dedicación a la distribución; el riesgo sustituye al resultado dañoso y la consecuencia más directa es la ausencia de responsabilidad civil. Sólo en casos especiales, ya se estimen como hipótesis de dolo eventual bien se acuda a la estimación de delitos cualificados por el resultado, el legislador penal exacerba la sanción por la existencia del daño⁽⁵⁷⁾.

No parece que estas conclusiones deban ser admitidas sin hacer unas matizaciones necesarias que conducirán, así lo creemos, a la admisión de la solución contraria: en estos tipos delictivos se producen daños y perjuicios que entran de lleno en el campo de las indemnizaciones civiles, a tenor de las normas generales, y particularmente al amparo de los artículos 101 y siguientes del Código.

Esto es claro: los delitos de tráfico de drogas constituyen infracciones de peligro, el Código las agrupa bajo la rúbrica "delitos de riesgo", y ya en esta especial nota, son creadores de tal situación para la salud de la colectividad y no para la de una persona determinada, cuya protección personal se lleva a cabo mediante mecanismos diferentes.

A pesar de lo anterior, la existencia del daño y de la lesión surgen además del peligro o riesgo causado, y para apreciarlo basta considerar estas notas:

a) la existencia de drogadictos, toxicómanos y, en general, de personas afectadas por la ingestión de drogas es un hecho innegable que se puede constatar a diario.

b) el mismo Código, al sancionar las conductas integrantes de este delito, cuida de separar, a efectos singularmente sancionadores, aquellas sustan-

(57) Artículo 338 bis: en los casos de muerte por ingestión de droga, se impondrá al autor la pena de reclusión menor, además de las pecuniarias.

“El que fabricare, transportare, distribuyere, comerciare o tuviere en su poder los equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo o futuros Convenios o Convenciones ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, producción o fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas”.

Esta fórmula legal, nueva en el Derecho penal español por lo que al tráfico de drogas se refiere, ha sido objeto de críticas, lo que por otra parte es algo ya común a las modificaciones procedentes de la Ley de 1992, si bien en el presente caso es justo señalar que sus defectos quizá no llegan a la altura que se les quiere atribuir.

Cierto es que parece desprenderse alguna ambigüedad en el tratamiento de los equipos y materiales, que produce como directa derivación un arbitrio judicial amplio, pero esto puede quedar paliado exigiendo, como se desprende del texto, la idoneidad de tales equipos para el fin a que van a ser destinados, ya que las sustancias serán las incluidas o que vayan a incluirse en las listas del Anexo, de manera que por ella no se resentirá el principio de legalidad.

Posiblemente pueda hablarse también de innecesariedad del precepto ya que las conductas en él descritas constituirían tentativa del delito principal, por lo que extraña que el legislador del 92 haya creído conveniente una punición concreta ⁽⁶⁰⁾.

Pues bien, aunque sea de rechazo, la incorporación del tráfico de precursores a los correspondientes artículos debe estimarse acertada al llenar un vacío difícil de colmar: resulta que la doctrina jurisprudencial es pacífica y reiterada en orden a negar, en el delito de tráfico de drogas, tanto la presencia de formas imperfectas —léase tentativa o frustración—, como de participaciones distintas de la autoría ⁽⁶¹⁾ y así parece que debe ser al considerarse este delito de mera actividad, cuya consumación tiene lugar por la simple posesión con vocación tendencial de tráfico. La ausencia del precepto nuevo

(60) No sería el único supuesto de actos preparatorios sancionados pues, aparte de los casos de conspiración, proposición y provocación para delinquir del artículo 4, el Código sanciona expresamente estas actividades iniciales en los artículos 287 —falsificación de moneda— y 509 —tenencia de útiles para el robo—.

(61) En cambio, del articulado de la Convención aparecen aplicables al delito de tráfico de drogas tanto las figuras imperfectas como los distintos grados de participación, según resulta del art. 3, punto 1, letra c, ap. IV.

determinaría que dicho tráfico de precursores se incardinase, forzosamente, en el artículo 344 y con ello se rechazarían aquellas intervenciones que, por su entidad, estarían mejor situadas fuera del concepto de la consumación. Por contra, su presencia permite admitir formas de intervención y de ejecución más acordes con la realidad jurídica y material.

Harto más grave es, sin duda, la penalidad establecida para los autores de las anteriores conductas, pues bien puede afirmarse que se ignora por completo el principio de proporcionalidad: se sancionan con mayor rigor actividades que no tienen el carácter principal de otras y que, por consiguiente, no producen una lesión de la trascendencia del tráfico de drogas, aun reconociendo el significado de delito abstracto que le atribuyen tanto la doctrina como la Jurisprudencia.

Las consecuencias pudieran conducir al absurdo, y así lo indicaba VIDALES, al comentar que resulta más rentable la dedicación al tráfico de drogas que al de precursores.

VII. ENCUBRIMIENTO ESPECÍFICO: ART. 344 BIS H)

El confesado propósito de la Convención de Viena de ir a la erradicación de los ingentes beneficios económicos que genera el tráfico ilegal de drogas aparece reflejado en su Preámbulo y, por supuesto, en su articulado de manera elocuente⁽⁶²⁾. Dice así el prólogo que una de las decisiones a adoptar es “privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito, del producto de sus actividades delictivas, y eliminar así el principal de su actividad”.

Ya la reforma llevada a cabo en el texto punitivo en materia de tráfico de drogas, por la Ley 1/1988 de 24 de marzo introdujo en el Código el artículo 546 bis f), consecuencia natural de haberse forjado aquella reforma bajo las inspiraciones de los sucesivos borradores que dieron lugar al contenido de la Convención, y la Ley de 1992 ha incorporado dos nuevos preceptos, 344 bis h) y 344 bis i) de parecida orientación y con los que la comunidad internacional quiere colocar contra las cuerdas a los grandes narcotraficantes convencida de los efectos casi definitivos del éxito de estas operaciones.

(62) No cabe negar que la salud pública fue, en un principio, el bien jurídico protegido de estos delitos, afirma COBO DEL ROSAL, si bien el aspecto económico gana posiciones, lo que es demostrativo del interés del Estado por asumir el monopolio en el comercio de estas sustancias. Y debe apuntarse que en las alternativas que se presentan para combatir esta clase de delincuencia, figura en lugar destacado el móvil financiero.

Art. 344 bis h):

1. “El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas”.

2. “Con las mismas penas será castigado el que encubriese u ocultare la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento, o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos”.

Del examen de estos dos primeros números del artículo 344 bis h) pueden obtenerse estas consideraciones:

a) *Encubrimiento doloso.*

a') La descripción de conductas típicas que realiza el legislador puede antojarse prolija, quizá desacertada y, en cierto modo, repetitiva. Sin embargo y aun reconociendo que la fórmula legal no presenta una redacción excesivamente brillante, existe para esta variedad una explicación lógica, nacida del simple deseo de los redactores de la ley de abarcar todas aquellas actividades encaminadas a los fines perseguidos, y ello para evitar el defecto —con razón duramente criticado—, de recurrir a la expresión “de otro modo” o similar que pudiera motivar la crítica de haber tenido que acudir al recurso del procedimiento analógico.

b') Algún sector de la doctrina ha apuntado que planea sobre las actividades contenidas en el artículo 344 bis h) la sombra de la receptación, de manera que sería una confusión entre este precepto y el artículo 546 bis f). Sin embargo, esta posibilidad debe rechazarse, simplemente a la luz del contenido y finalidad de los respectivos delitos, encubrimiento y receptación ⁽⁶³⁾.

Supone el encubrimiento la ayuda a los intervinientes en el delito principal, sin beneficio para el encubridor, quien limita su actuación a alguna de

(63) La distinción se produce a partir de la Ley de 9 de mayo de 1950 que separó del encubrimiento la conducta consistente en aprovecharse el tercero de los efectos del delito, llevándola a la receptación y, por ende, al Título de los delitos contra la propiedad. No cabe olvidar que en el Proyecto de 1992 desaparece la figura del encubrimiento.

las actividades que contempla el artículo 17. Por contra, la receptación, ya sea la general, bien la específica del delito de tráfico de drogas, requiere la obtención de un provecho para el receptor, siquiera tal beneficio aparezca estimado por la Jurisprudencia en términos amplios que permiten adscribirlo a buen número de conductas que, en principio, quedarían extramuros de esta actividad delictiva⁽⁶⁴⁾.

c') Afirmar que la redacción del nuevo artículo es escasamente afortunada sería repetir afirmaciones puestas de relieve y con reiteración por la doctrina; en la descripción de este precepto se habla "del que realice un acto de participación en tales delitos", expresión que debe interpretarse en su verdadero sentido, deseado por el legislador, so pena de incurrir en un trato privilegiado para este "partícipe": la finalidad aquí perseguida, indica QUE-RALT, es "ocultar los efectos del delito, facilitar su aprovechamiento o ayudar a eludir la acción penal, aspiración finalística típica que permite estas descripciones, conduciendo todas ellas al abrigo de la figura del encubrimiento".

d') Una postrera afirmación procede realizar en orden a las conductas contenidas en los dos primeros números del artículo 344 bis h): la naturaleza de las actividades tipificadas por los autores de la reforma decantan las mismas, de manera inevitable, hacia la figura del encubrimiento. Lo entiende igualmente la doctrina de forma mayoritaria y el mismo artículo emplea el término "encubriere".

Pues bien, así las cosas, lo que ya no debe admitirse, por no ser de recibo, es que se produzca una sensible distorsión de los principios generales que, en materia de codeinlucencia, inspiran el Derecho Penal español.

En un doble frente se produce este apartamiento de las normas básicas contenidas en el Código y reafirmadas por la Jurisprudencia:

a") Se incurre en la acción típica cuando "se ayuda a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones". Estamos pues, en presencia de lo que la doctrina llama favorecimiento personal, al que se refiere el número 3 del artículo 17 del Código, y del que este apartado del art. 344 bis h) viene a ser modalidad específica.

(64) Por todas, la sentencia de 9 de marzo de 1988 que, seguida por la de 22 de junio de 1990, es clara y terminante: "el aprovechamiento incluye cualquier tipo de utilidad que la cosa pueda reportar al culpable, el disfrute directo y personal, su utilización por terceras personas, incluso el simple goce estético, el lucro económico o dinerario o de mera satisfacción interna. Inclusive, dar a los bienes el caprichoso destino que le plazca".

imprudencia temeraria o simple, y sólo en algún caso aislado mantiene aquella dicción, procedente de la antigua LO. del Poder Judicial, de 1870⁽⁶⁶⁾.

VIII. LA RECEPCIÓN ESPECÍFICA DEL ART. 344 BIS I)

Aprovechando la reforma de 1988, el legislador llevó al Código Penal el artículo 546 bis f) destinado a sancionar aquellas actividades de trasfondo evidentemente económico y consistentes en el aprovechamiento por parte de un tercero de los efectos o ganancias derivados del tráfico de drogas. Era, sencillamente, una trasposición a esta materia de las normas generales que regían en cuestión de receptación, y una simple prueba de ello era que el tratamiento de esta modalidad delictiva se incluía en el título de las infracciones contra la propiedad.

La Ley de 23 de diciembre ha creído conveniente añadir al articulado del texto punitivo una figura relativamente nueva, descrita en el artículo 344 bis i) por la que se sanciona a “el que adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores”. La sanción es de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas.

Lógicamente, la principal y casi única cuestión planteada en la doctrina se traduce en la duda acerca de si se trata de duplicidad de conductas o estos preceptos encierran sustantividad bastante y caracteres propios para permitir su mantenimiento independiente, no obstante su semejanza, lo que determinaría la aplicación del concurso de leyes para concretar cuál devendría a regular cada situación que se presentara.

Es una problemática resuelta de manera diversa por la doctrina, pues para VIDALES, en este ámbito del concurso de leyes, procede aplicar el principio de subsidiariedad y, por ende, declarar preferible el artículo 344 bis i). BAJO FERNÁNDEZ sostiene que “por medio del artículo 546 bis f), no se podría penalizar lo que se llama receptación sustitutiva”, y VIVES ANTÓN⁽⁶⁷⁾ considera que esta entidad delictiva ya estaría incluida en el aludido precepto y, como colofón, parece predominar la idea de que el legislador, al dar vida al 344, olvidó la previa existencia del 546.

(66) Siguiendo el ejemplo del antiguo artículo 262 de la L.O. Provisional del Poder Judicial de 1870, todavía el Código Penal habla de ignorancia o negligencia inexcusable, en los artículos 855 —prevaricación— y 895 —malversación de caudales públicos—.

(67) Citados por VIDALES RODRÍGUEZ.

Esta última afirmación no deja de ser discutible por varias razones, pues al introducir la ley de 1992 las nuevas conductas delictivas del tráfico de precursores y de encubrimiento, era necesario aplicar a estas actividades punibles la posibilidad de la receptación, entendida como aprovechamiento por un tercero de los efectos e instrumentos de estos delitos. Como quiera que el artículo 546 bis f) fue introducido por la Ley de 1988 y estas conductas lo fueron por la Ley de 1992, posiblemente el legislador, al querer aplicar a estos delitos el criterio de la receptación, no cayó en la cuenta que podía ser aplicable el 546 bis f). Quizá sea ésta la razón que dio vida al art. 346 bis i).

Una conclusión clara se desprende de lo anterior: bastaba con un único artículo para disciplinar este ilícito beneficio obtenido por tercero no partícipe del tráfico de drogas, bien fuera el 546 ampliándolo a las nuevas actividades, ya el 344, eliminando en tal caso aquel otro.

Y es que su mantenimiento conjunto originará dificultades de interpretación si se observa la distinta redacción de estas dos normas, que presentan diferencias sensibles, pues el artículo 344 bis i) limita la titularidad de la conducta punible “al que adquiera, posea o utilice” y, por tanto, exclusivamente para sí; al tiempo que el comportamiento sancionado en el 546 bis f) es más amplio ya que este provechó puede ser “para su autor o un tercero”. De otra parte el elemento cognoscitivo o intelectual viene dado en el 546 por “el simple conocimiento”, mientras que en el art. 344 la exigencia se traduce en una actuación “a sabiendas”, más reforzada y subjetiva, de donde es factible concluir que, ante estas descripciones legales diversas, adquiere mayor fuerza la necesidad de eliminación de una de ellas.

IX. LA ENTREGA VIGILADA

A) Consideraciones generales.

El Preámbulo de la Ley de 23 de diciembre de 1992 señala en el último de sus apartados las razones que movieron al legislador español a llevar al texto procesal la figura que ha recibido el nombre de entrega vigilada: se trata, simple y llanamente, “de cumplimentar la previsión contenida en el artículo 73 del Convenio de Schengen”.

Con arreglo a esta fundamentación y siguiendo de manera literal la definición que se contiene en la propia Convención, el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice:

mida la segunda actividad. Asimismo, parece conveniente eliminar la dualidad normativa que se plantea con la presencia de los artículos 344 bis y 546 bis f).

También se apunta como necesaria la modificación de la dosimetría penal, singularmente en la cuestión del castigo de los actos preparatorios y la sanción del encubrimiento, evitando el menoscabo que sufre el principio de proporcionalidad. Tal vez hubiera sido acertado incluir las formas de participación que recoge la Convención, dando vida a la inducción y la complicidad, principalmente.

Por último, criticable es que no se haya aprovechado la reforma para erradicar la expresión “de otro modo”, ausente en la fórmula de 1983 e incorporada nuevamente por la Ley de 1988, y que se ha revelado como fuente de inseguridad, abiertamente contraria al principio de legalidad e inaceptable en Estado social y democrático de Derecho.

XI. POLÍTICA CRIMINAL

A) Consideraciones generales.

De la historia de la evolución legislativa en orden al tráfico ilegal de drogas infieren los penalistas patrios que la labor de política criminal en esta materia viene caracterizada por la nota de la represión, en el sentido de sancionar severamente las conductas susceptibles de encajar en los artículos 344 y siguientes del Código Penal. Actitud del legislador ⁽⁷²⁾ que se inicia con la Ley de noviembre de 1971 y continúa en las sucesivas modificaciones del texto legal, sin más paréntesis que el quinquenio representado por la vigencia de la reforma de 25 de junio de 1983.

Esta dureza de la reacción penal contra este tipo de delincuencia, añade la doctrina, no parece que se haya visto acompañada de resultados prácticos a cuyo amparo pudiera hablarse de una eficacia positiva. Se han mantenido las elevadas penas privativas de libertad; se han exacerbado hasta límites millonarios las sanciones económicas; el comiso huye de la regulación tradicional para adaptarse a las exigencias de la lucha contra el narcotráfico; surgen nuevas circunstancias que agravan las penas y, finalmente, se quiere

(72) “Esta dureza de la reacción penal se agrava, si cabe, en España por el hecho de la práctica ausencia de previsiones que sirvan para atender la problemática de los toxicómanos”, indica DE LA CUESTA ARZAMENDI.

conseguir, con el respaldo internacional, no dejar extramuros del Código conducta alguna o actividad de la índole que sea, relacionada con el tráfico de drogas. A pesar de estos medios domina un clima de insatisfacción ⁽⁷³⁾.

Hasta tal punto ello se presenta con estas notas que, con cierto matiz de alarma, señala DE LA CUESTA que “se tiende a la apertura sistemática de nuevos espacios de intervención policial y penal, de los que resulta una fuerte afectación de las garantías individuales y básicas de los ciudadanos, y en contradicción con los principios de Derecho Procesal y Penal”.

B) Consecuencias del fracaso represivo.

Así no es difícil que, ante el fracaso que se atribuye a la labor legislativa, se apunten estas consecuencias: 1) “la ineficacia de la política desarrollada en torno a esta forma de criminalidad basada en un endurecimiento de la represión; 2) el menoscabo que sufre el principio de proporcionalidad, por mor precisamente de la dureza de las penas y la variedad de circunstancias de agravación; 3) la propia penosidad de las sanciones penales, inadecuadas desde la perspectiva de la doble función, preventiva y represiva, asignada a las mismas, y 4) por último, la necesidad de enfocar el problema del narcotráfico con el empleo de nuevos parámetros y bajo una óptica diferente.

Forzoso es reconocer que en el fondo de las críticas se encuentra una parte de realidad y certeza innegables, pero ello no impide que deban hacerse una serie de consideraciones encaminadas a presentar esta problemática desde una visión posiblemente distinta a la que, hasta ahora, ha venido dominando el sentimiento de la mayor parte de la doctrina, siguiendo para su desarrollo el mismo orden arriba indicado de las consecuencias deducidas ante la labor de la política criminal realizada.

a) Ineficacia del endurecimiento de la represión.

Esta afirmación es preciso entenderla, como las restantes que posteriormente se examinarán, dentro de ciertos límites.

Sobre la base de datos acreditados que se han aportado, a un aumento de la represión penal ha seguido de inmediato ⁽⁷⁴⁾ una elevación del consumo,

(73) Es opinión de MUÑOZ CONDE, a la vista de la trayectoria histórica, que “la única conclusión que puede obtenerse de la evolución penal del narcotráfico en los últimos años es que los efectos dejan mucho que desear”.

(74) No sólo la práctica, sino la simple visión de la realidad revelan que uno de los efectos más inmediatos que produce la severidad de la represión punitiva es, al originar una disminución del tráfico, el encarecimiento de las drogas, convirtiendo esta delincuencia en

siendo preocupante, indica MUÑOZ CONDE, que “ante esta ineficacia demostrada de las normas penales para atajar el problema, por lo menos en su actual configuración, se quiera perseverar en la misma línea, incluso aumentando el nivel represivo y sancionando a los propios consumidores”.

Parecen necesarias, por lo anterior, algunas matizaciones tendentes, no a desvirtuar lo que son hechos materiales claramente demostrados, pero sí a aportar alguna explicación adicional a los datos fríos aunque elocuentes de los números.

Cierto es que se registra un aumento sensible y continuado en orden a las capturas de sustancias estupefacientes y psicotrópicas mas, junto a ello, debe hacerse constar que según la Memoria de la Fiscalía de 1993 —la correspondiente a 1994 no ha sido publicada a la realización de este trabajo— ha disminuido el número de detenidos por tráfico de drogas en un tres por ciento, y los procedimientos judiciales igualmente descienden de 53.585 a 45.482.

De otra parte, y esta situación es común a la generalidad de las estadísticas, se indica el aumento constatado pero se omite el número de aquellos sobre los que la función de prevención de la pena ha actuado de manera disuasoria. Parece lógico, a la vista de la disminución arriba apuntada, afirmar aun con ciertas reservas que algún influjo inhibitorio habrá producido la sanción penal.

El continuo recurso al Derecho Penal es una medida de la que no se puede prescindir, pero que requiere el indispensable complemento de puesta en funcionamiento de los medios materiales adecuados para erradicar, a la manera preventiva, educadora y resocializante el complejo problema del tráfico de drogas, y sobre este punto y sin desconocer actuaciones y resultados ya conseguidos, todavía resta mucho por hacer. En consecuencia, no parece justo cargar en el deber del Derecho Penal la ineficacia del sistema; cuando menos, habrá que compartirlo con la ausencia de medidas educadoras, curativas y tutelares, que también son función del Estado.

Finalmente, sería una omisión insoslayable no aludir a las causas generadoras del tráfico y consumo entre las que ocupa papel destacado el acuciante y, al parecer insoluble, problema del paro. El sentimiento de frustración, cada vez más agudo, entre los jóvenes pertenecientes a grupos marginados, desfavorecidos económicamente, es un caldo de cultivo propicio para fomentar ese trasiego, de escasa cuantía y generalmente localizado, mediante el que el pequeño traficante atiende a su dependencia de la droga.

(...) el más rentable de los negocios, con capacidad incluso para cubrir la deuda externa de los países donde se produce.

Posiblemente y mediante una adecuada política de creación de empleo pudieran obtenerse resultados positivos.

b) *Menoscabo del principio de proporcionalidad.*

La clara y repetida alusión a la vulneración del principio de proporcionalidad derivada de la excesiva dureza de las sanciones establecidas por el legislador, requiere algunas precisiones. Entiende la doctrina que hay figuras delictivas, singularmente las afectadas por la concurrencia de algunas de las causas de agravación, que ofrecen una penalidad calificable de “exagerada e inoportuna”, en comparación con otras conductas tipificadas y atentatorias a bienes jurídicos distintos.

Es curioso que la doctrina, al referirse a la delincuencia aquí examinada, utilice términos variopintos pero siempre con el denominador común de la importancia de estas infracciones: lacra social, desvertebración de la familia, fuente de delitos graves, todo ello sin mencionar las secuelas, algunas veces irreversibles, que se producen en la salud y en la mente del consumidor, alarma social profunda, por no hablar del aspecto económico perturbador de las finanzas del Estado, son algunas de estas manifestaciones⁽⁷⁵⁾.

Paradójicamente, todas estas notas que convierten el delito de tráfico de drogas en uno de los que mayor preocupación genera para la vida misma de la sociedad, no son suficientes al parecer para que las sanciones señaladas se mantengan en los límites del principio de proporcionalidad.

Pero además, la misma relación comparativa que se indica con otras figuras tipificadas en la Parte Especial no es de recibo: el robo de un televisor en casa habitada se castiga con pena, en principio, superior a la venta de cocaína; las lesiones del artículo 421 pueden situarse en la misma penalidad; una utilización ilegítima de vehículo a motor para la que se emplea una ganzá, puede sancionarse, como el tráfico de hachís, con arresto mayor en su grado máximo.

Hay, pues, en el Código Penal entidades delictivas respecto de las que la punición se sitúa a un nivel similar a la fijada para el tráfico de drogas sin que, por contra, se ofrezca una gravedad intrínseca paralela.

c) *Dureza de las penas.*

Punto y aparte merece la repulsa general que la doctrina experimenta

(75) Un resumen de estas notas reveladoras de la gravedad puede verse en las consideraciones que, inmediatamente antes de las propuestas, contiene el Manifiesto de Málaga.

Desde un aspecto teórico, es decisiva la equiparación de las drogas psicotrópicas y estupefacientes al medicamento normal, y de este punto derivan implícitamente para sus firmantes las restantes consecuencias de índole favorable a la aceptación de esta alternativa.

La primera de todas ellas sería la desaparición del lucrativo negocio que supone para los traficantes, quienes abandonarían la escena al controlar el Estado todo el proceso de aquellas sustancias. El abaratamiento de los costos permitiría la adquisición de los “medicamentos a los necesitados”, y tendría lugar también una consecuencia importante, cual sería una incidencia mucho menor en la criminalidad de la situación de drogodependencia. Debe apuntarse igualmente el mayor control de la mercancía que, al ser suministrada por el Estado, evitaría alteraciones en su calidad⁽⁸⁰⁾.

Esto es lo que, en el terreno de las hipótesis, pudiera argumentarse. Sin embargo, y siempre en el campo de la teoría, sería ilusorio imaginar la erradicación del tráfico ilegal por el solo hecho del control estatal de la venta de drogas; sí es factible hablar de reducción de beneficios y ello temporalmente, porque las redes del trasiego clandestino se readaptarían a las nuevas perspectivas de mercado.

Y, si teóricamente, esta primera y fundamental premisa falla no cabe esperar que las restantes que traen causa de ella sigan una suerte diferente: la razón de la delincuencia no está per se en la adicción a la droga, sino que ésta surge a su vez de otros factores que son los que habría que atajar, y el riesgo de las consecuencias del consumo se encuentra en su propia realidad y no únicamente en la pureza y la calidad del producto.

Es factible obtener un mayor control de las mercancías vendidas; no obstante, seguirán éstas sin encontrarse al alcance de buen número de potenciales consumidores, quienes continuarán en situación muy similar a la actual, quizá incluso adquiriendo de los vendedores droga de mejor calidad y más económica.

Esta equiparación al medicamento dará lugar, siempre en el plano de las elucubraciones, a la entrada en el círculo de los consumidores a personas que, hasta entonces, se habían retraído de la adquisición y posterior consumo de las drogas y que accederán a esta situación con la nueva regulación que da visos de legalidad al estatus de nuevo usuario. Para los patrocinadores de la propuesta alternativa, la consideración finalística del consumo de drogas

(80) La principal dificultad, si se desea que la alternativa de legalización funcione, será la necesidad de una infraestructura de control, seguimiento y atenciones al “paciente” pues, obviamente no bastará con proporcionarle la droga y despedirle hasta la próxima toma.

como “la obtención de bienestar corporal o mental”⁽⁸¹⁾, justifica suficientemente la nueva incorporación de personas hasta entonces huérfanas de los placeres de la droga. Podría sin embargo, objetarse que la misión del Estado sea acudir a estas legalizaciones; más bien sería correcto aludir a su obligación de promover y proteger la salud individual⁽⁸²⁾ y colectiva, y abdicaría de ese deber si permitiera y facilitara el consumo de sustancias psicoactivas.

Una duda razonable aparece en el horizonte de esta situación permisiva: esta incorporación de personas a este consumo de drogas puede crear una situación imparable convirtiendo en toxicómano a quien no lo era. ¿A quién exigir responsabilidad?, ¿tendría fuerza moral el Estado para una política criminal represiva respecto de otras actividades contrarias, por ejemplo, al sistema ecológico o socioeconómico, si patrocina el consumo de estas sustancias?

Discutible es, desde luego, sin abandonar el campo de la teoría, que sea adecuada la pena propuesta para los “traficantes”⁽⁸³⁾; aparte del retorno que supone al caduco sistema de normas penales en blanco, vuelve a recurrirse al criterio de apertura de conductas delictivas mediante la expresión “cualesquiera actos de promoción del consumo”. Preferible sería mantener la dureza de las sanciones, bien rebajar la penalidad, ya intentar sustituirla por otras medidas, si su actuación viniera determinada por su propia adicción.

Existe, por lo expuesto, una sensible igualdad de consideraciones a favor y contrarias a la nueva propuesta, por lo que es inevitable afirmar que, en orden a su aplicación práctica, pueden plantearse dudas sobre su viabilidad y producción de efectos en el sentido deseado por sus autores y partidarios.

2. Propuesta de una solución ya existente.

El Derecho Penal no ofrece más alternativa para combatir el narcotráfico que la doble función de prevención general y especial asignadas a la sanción penal y que, en opinión de la doctrina se ha revelado insuficiente. Sólo a raíz de la reforma de la Ley 1988 de 24 de marzo, se introdujo una modalidad

(81) Escribía THOMAS SZASZ (El País, 10 de diciembre de 1987) que la “libertad individual supone también la opción de poder poner en el propio cuerpo lo que se desea, incluso aquello que es convencionalmente peligroso”.

(82) J.J. CASAS NOMBELA: “La legalización del tráfico no eliminaría los problemas derivados de la distribución y consumo de drogas” (El País, 10 de diciembre de 1987).

(83) Arresto mayor y multa, penalidad mínima si se tiene también en cuenta que, para los autores de la propuesta, las drogas blandas se despenalizan por lo que las sanciones señaladas se refieren al tráfico de drogas duras.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal español. Parte General*. 1977.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.J. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal español. Parte Especial*. 1993.

SERRANO GÓMEZ, A.: *El costo del delito*. Madrid, 1986. UNED.

VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La última reforma del Código Penal en materia de drogas*. Revista General del Derecho, núm. 583, abril 93.