



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

---

## COMENTARIOS MEDICO-PSIQUIATRICOS Y JURIDICO-PENALES A LA LEGISLACION ESPAÑOLA VIGENTE SOBRE TOXICOMANIAS

AQUILINO M. POLAINO-LORENTE \*  
MIGUEL POLAINO NAVARRETE \*\*

I. INTRODUCCIÓN. — 1. *Sentido de este trabajo*: Abordar el estudio de un tema que como el de las toxicomanías asume un sentido pluridimensional, aun concretando su examen a los aspectos clínico y jurídico, exige ineludiblemente por razones sistemáticas considerar diversos factores que intervienen en el proceso de conformación de tal concepto, todavía demasiado complejo y a cuya investigación se pretende aquí contribuir en modesta medida.

Es un hecho fuera de discusión que toda sociedad ha de regirse por una serie de normas de conducta, que cristalizan en concretas disposiciones jurídico-positivas vigentes, las cuales de otro lado reclaman para sí la atención sostenida de cualquier pragmatismo. A veces, incluso, las particulares circunstancias en que se manifiesta un comportamiento individual con proyección social disvalorada reclaman la normativización del mismo de un modo perentorio. Y en tal sentido es hasta frecuente que el legislador no se detenga, no ya a supeditar su decisión a la opinión del científico, sino ni siquiera a oír y conocer el criterio de éste. Lo cual no obsta en absoluto a que el científico, paralela o adversamente a la tarea del legislador, deba rendir cumplimiento a su compromiso de investigar el origen y la finalidad de la materia normada así como del modo de regularla, sometiendo las prescripciones generales a una crítica doctrinal especializada que, con argumentaciones de carácter dogmático y con el rigor técnico preciso, tienda a subsanar los defectos, ya sean de índole formal o de injusticia material, de que en ocasiones inevitablemente adolece la ley, contribuyendo por esta vía a una exacta aplicación de cada precepto singular que resulte más acorde a las efectivas exigencias sociales que el mismo se halla destinado a tutelar.

En aquellos supuestos en que el legislador ha omitido o descuidado prestar la debida atención a ciertas manifestaciones que especialmente la reclaman en el marco de las relaciones de convivencia humana, la eficacia y el sentido de la labor de la doctrina científica se hacen patentes de un modo más directo. Y acaso este aspecto integre, precisamente, una nota característica del complejo problema de las toxicomanías, por lo que a nuestro Ordenamiento se refiere.

En atención a ello, constituye propósito de los autores intentar una síntesis binaria en la exposición del problema desde las perspectivas clínica y penal, circuns-

---

\* Profesor adjunto de Psiquiatría de la Universidad de Sevilla.  
\*\* Profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

crita al momento presente y al ámbito geográfico de nuestro país, donde acaso es reclamada de modo especial. Esta circunstancia limitativa de carácter tópico-crónico no resulta superflua, pues en todo caso, en el tema que nos ocupa, las variaciones socioculturales integran una de aquellas constantes esenciales a tener en cuenta, de modo necesario, a la hora de penetrar en un estudio orientado a ofrecer posibles soluciones de esta problemática.

Teniendo presente la circunstancia de que las aludidas condiciones socioculturales modifican y metamorfosean el problema de las toxicomanías, hasta el punto de que pueden llegar a hacerle científicamente «irreconocible» en un área cultural distinta a aquella en la que se hubiera operado una determinada investigación, los autores de la presente comunicación —haciendo honor a la brevedad que la debe caracterizar— pretenden afrontar sólo el examen de aquellos sectores y aspectos que consideran fundamentales, y en cierto modo básicos, en orden al desarrollo de su manifestado propósito, que no es otro que la consideración crítica, desde los puntos de vista médico-psiquiátrico y jurídico-penal, de las toxicomanías a la luz del Ordenamiento positivo español.

2. *Precisiones terminológicas*: Un problema que en primer término se ofrece a nuestra consideración es de carácter puramente terminológico. La circunstancia de que filológicamente no exista una designación unitaria da lugar, con frecuencia, a que el entendimiento entre especialistas de uno y otro campos científicos se vea oscurecido. Una precisa delimitación conceptual del presupuesto médico es en este punto de significativa importancia en el plano jurídico, a efectos de la correcta interpretación de la ley que tiene como objeto un concepto normativamente determinable con arreglo a criterios metajurídicos, considerándose como punto de partida que, desde luego, no existe coincidencia terminológica en uno y otro terreno.

La designación propuesta por la OMS indicativa de las «toxicomanías» resulta ser inapropiada, pues las dos acepciones —semántica y etimológica— que sustenta traicionan el significado que se proponen expresar. Efectivamente: su significación más particularizada con arreglo a estos problemas —como «impulso irresistible e incontrolable por parte del sujeto que usa aquellas sustancias»— resulta ser infiel a la expresión propuesta del concepto; y el término de tóxico, que acuña el vocablo de toxicomanía, tampoco refleja propiamente el significado exacto de que parece querer investirse al concepto de referencia.

Terminología muy generalizada, en un lenguaje más coloquial y dialéctico que puramente técnico, es la integrada por la expresión de «sustancias psicodélicas», que en todo caso, al resultar excesivamente comprimida, hace imposible una comprensión global del problema.

Los términos «adicto», «drogadicto», que vierten al castellano con mayor o menor fidelidad el vocablo inglés «addiction», no encierran una significación con-

ceptual homologable y superponible de modo absoluto a la obtenida en el idioma original.

Mayor consonancia y adecuación a la realidad parecen manifestar los términos de «drogomanía» y «drogodependencia» por cuanto significan, de un lado, el uso de una droga y, de otro, la relación de dependencia psíquica que el empleo de tal sustancia genera en el consumidor: el concepto de droga es tan amplio que permite dar entrada en él a un elenco vastísimo de sustancias, y el de dependencia que aquí se designa no es tan particularizado que concrete el grado o el modo de dependencia, lo que hace posible la administración de los diversos tipos imaginables de la misma establecidos en base al consumo de sustancias variadas.

En el plano jurídico es frecuente el empleo como sinónimos de los términos «drogas tóxicas», «estupefacientes», y otras sustancias análogas, que en rigor expresan un concepto demasiado alejado de la problemática médica y farmacológica y no resultan, por ello, congruentes con la misma. Ha de hacerse constar, sin embargo, que la trascendencia de esta cuestión terminológica no reside, obviamente, en un aspecto filológico puro que nos lleve a delimitar qué término es más exacto y apropiado, sino que asume un carácter exegético y práctico, pues en esencia lo que interesa saber desde el punto de vista positivo es a qué sustancias se refiere el legislador al regular (en la medida en que la regule) esta materia del vocablo —más o menos adecuado desde el punto de vista médico— con el que las designe, y más exactamente qué relaciones sanciona entre las que puedan vincular al sujeto con tales sustancias.

3. *Aproximación criminológica:* No todas las personas que, de alguna manera y en algún momento, establecen contacto con las drogas quedan comprometidas con el problema desde el punto de vista médico, por la razón fundamental de que los posibles respectivos comportamientos difieren sensiblemente entre sí desde la perspectiva criminológica; y consiguientemente ello comporta efectos jurídicos de diversa índole.

En un bosquejo brevísimo de los principales tipos criminológicos de sujetos relacionados con el uso de drogas, hemos de señalar en primer término, como supuesto representativo, al mero experimentador que se acerca a la droga más por motivaciones adscritas al *establishment* a que pertenece que por razones de otro género, y que con suma frecuencia abandona el experimento apenas iniciada la primera sesión: se alude a los «users», «Frazier» o «Ausübel», conforme a expresiones de uso internacional generalizado. El polo más alejado del experimentador genuino lo representa el consumidor habitual de drogas, que, al contrario que el anterior, ofrece sin duda caracteres clínico acusados. Una amplia y variada gama de sujetos ocupa los lugares intermedios a los puntos extremos consignados anteriormente: de este modo, v. gr., el consumidor ocasional, el usuario tendencial, el enfermo con desviaciones toxicómanas a veces de origen terapéutico, etc., representan tipos ca-

racterísticos de sujetos que, sin ser consumidores asiduos ni habituales, no desperdician eventuales oportunidades de búsqueda, adquisición o consumo de drogas.

En conexión con todos ellos la figura —bien caracterizada— del traficante de tales sustancias juega un papel significativo, que encuentra singular reflejo en el elevado nivel que de hecho ha alcanzado en amplios sectores la especulación comercial sobre estos productos.

Pero con frecuencia los tipos criminológicos, extremos e intermedios, de los sujetos a que hemos aludido no se presentan en la realidad con unos caracteres puros nítidamente delimitadores, sino que a menudo encierran notas características de naturaleza mixta, o bien acusan un proceso evolutivo de diverso signo: así, no es extraño que con el transcurso del tiempo el traficante originario se vuelva consumidor del propio producto que suministra, deviniendo de este modo un traficante-consumidor que del plano jurídico pasa a interesar primordialmente en el terreno clínico, o, a la inversa, que el consumidor inicial se convierta en traficante del producto cuyos efectos conoce empíricamente, dando vida a la figura del consumidor-traficante, que, de igual modo que la anterior y otras múltiples posibles variantes de análogo tratamiento, incide tanto en el aspecto médico como jurídico no asumiendo unilateralmente relevancia excluyente en ninguno de estos dos campos.

A cuanto antecede ha de añadirse la constatación de la circunstancia —no infrecuente— de que numerosos consumidores y traficantes sustentan además, de modo consciente o inconsciente, una conducta prosélita.

En virtud de toda esta compleja serie de factores y aspectos pluridimensionales que se interrelacionan, la valoración jurídica de la conducta de los sujetos a que aludimos, con referencia al ámbito de los bienes y valores jurídico-penalmente tutelados, resulta de ordinario particularmente difícil; y en cualquier caso precisa, de forma ineludible, tener muy presente el punto de vista médico aportado por una precedente consideración clínica lo más completa y adecuada posible. De ahí que, en definitiva, en esta materia el tratamiento médico constituya algo así como supuesto indeclinable del examen jurídico-penal del problema.

II. LA DROGODEPENDENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA CLÍNICO. — 1. *Planteamiento*: Desde la perspectiva clínica el problema nuclear de la temática enunciada se centra en la cuestión relativa a si la drogodependencia es una enfermedad o no. Apriorísticamente no cabe contestar dicho interrogante, sino que sólo es dado llegar una respuesta consecuente a su respecto tras una consideración —siquiera sea esquemática— de los distintos factores que en esta materia se advierten, así como de los diferentes criterios valorativos de los mismos.

Los criterios a que se alude, que pueden permitir a través de diversas vías una solución más o menos satisfactoria de este tema, no sólo son variadísimos, sino que muchas veces resultan puestos en entredicho por los propios autores que res-

pectivamente los sustenten. De ahí que, para tratar de esclarecer en lo posible el problema, se estime conveniente proceder, en primer término, a una exposición sintética de las principales conclusiones obtenidas por las opiniones doctrinales más comunes al respecto, y adoptar, seguidamente, una postura personal según los postulados generales de los singulares criterios que —en atención a razones varias— hemos considerado más adecuados y válidos en su concreta aplicación a este ámbito.

2. *Criterios sociológicos:* Conforme a los pronunciamientos doctrinales más representativos de carácter sociológico, toda definición de una enfermedad debe estar relacionada con las normas sociales, a cuyas espaldas nunca ha de estructurarse ninguna realidad. Y, en este sentido, las pautas principales en orden a la definición de la existencia o no de una enfermedad vienen representadas por conceptos como los de: lo normal y sus desviaciones, la «salud mental», la conducta social, etc.

Sin embargo, todos esos términos resultan estar impregnados de ambigüedades que en rigor nada esclarecen el problema. De hecho, muchos científicos, que dentro de la línea argumental de estos criterios mantienen tesis que en considerable medida son contradictorias entre sí, relativizan, al final, el valor de sus opiniones construyendo una teoría sociológica muy apartada de los auténticos fundamentos biológicos de la enfermedad. Aún más, de otra parte, tales opiniones no pocas veces van teñidas de contenidos ideológicos que son extraños, en términos absolutos, al marco biológico del problema.

3. *Criterios psicológicos apriorísticos:* En esta línea lógico-argumental se adopta como básico punto de partida el estudio de la personalidad predrogómana, y, en especial, de la motivación concreta conducente al uso de las sustancias a que aquí se hace referencia.

Hasta ahora, y con ser mucho lo escrito acerca del problema, no se ha llegado aún a una conclusión suficientemente universal como para resolver de modo definitivo el estado científico de la cuestión. Pero es perfectamente previsible que esta vía pueda aportar frutos muy positivos en los próximos años, si es que logra vencer las dificultades metodológicas inherentes a la propia índole del planteamiento que sustenta de la investigación.

4. *Criterios farmacodinámicos y toxicológicos:* La esencia de esta aproximación reside en el estudio de las modificaciones de las constantes biológicas operadas por el uso de las drogas. En ella se insiste, además, en el estudio de las dependencias biológicas que el uso de estas sustancias comportan, así como en los problemas de tolerancia, tolerancia cruzada o resistencia, nocividad, etc.

También este criterio puede resultar interesante y útil. Pero convendría en todo caso poner orden en las conclusiones fundamentales de los principales trabajos que en esta línea se han publicado, dado que aquéllas con frecuencia se muestran, paradójicamente, contradictorias. Ya ha de tenerse presente, de otra parte, que la investigación de estas sustancias realizada en animales no parece resultar realmente

muy útil, por no ser homologables los efectos producidos en ellos con los desencadenados en el hombre.

5. *Criterios médico-psiquiátricos finalistas*: Hasta el momento presente, y desde el punto de vista de la facticidad —el más importante dentro de la clínica—, parecen ser estos criterios los mejor fundamentados de que disponemos para determinar médicamente hasta qué punto las drogodependencias constituyen un estado de enfermedad o no. Se asientan directamente en las consecuencias que se deducen de la observación clínica diaria al estudiar al drogómano.

Hemos denominado «finalistas» a estos criterios médico-psiquiátricos por estimar que los mismos se fundamentan en la última realidad fenomenológica —esto es, la realidad clínica—, y por considerar de modo consecuente que dichos criterios son los que deben asumir decisiva validez a la hora de adoptar postura en relación con el concreto problema suscitado.

A continuación procuraremos, por nuestra parte, no ser exhaustivos en la exposición de la sintomatología que frecuentemente hemos advertido en las personas afectas. De un modo sintético, por tanto, pasaremos revista sólo a aquellos síntomas nucleares más frecuentes por nosotros observados en el quehacer médico y que ofrecemos estructurados de la siguiente forma:

a) Alteraciones somáticas y orgánicas: alteraciones del parénquima hepático y del S.N.C., midriasis; modificaciones de la presión arterial, del pulso y del ritmo respiratorio; lagrimeo, sudoración, opresión de cabeza, náuseas, vómitos, etc. No se entra aquí en el estudio sistemático de estas modificaciones al no considerarlo oportuno, por razones obvias, en el presente momento.

b) Alteraciones psíquicas. En general, pueden resumirse en cuadros más o menos psicofuncionales integrados en verdaderas psicosis agudas, crónicas o meta-tóxicas, cuya sintomatología más llamativa queda consolidada por: alteraciones sensorceptivas (tales como alucinaciones auditivas y sobre todo visuales, cinestias, pseudoalucinaciones cuyos elementos formales se tiñen casi siempre de un colorido abstracto; sensaciones angustiosas y fantásticas de la propia corporalidad muy parecidas a las alucinaciones corporales de los esquizofrénicos, así como fenómenos de despersonalización muy somatizada en forma de metamorfosis de algunos de los elementos corporales, quedando quebrantado el esquema corporal, etc.); alteraciones de la afectividad (que oscilan de uno a otro de sus extremos, desde la euforia a la depresión, siendo frecuentes los éxtasis místicos y cósmicos, siempre psicopatológicos); trastornos del pensamiento (en donde puede estudiarse toda una abigarrada y compleja psicopatología, viniendo a constituir el llamado, por *Leuner*, síndrome psicótico de base); alteraciones de la conciencia (que varían desde el enturbiamiento de la conciencia de *Bonhoeffer*, al cambio formal protopático de *Conrad*, hasta la consolidación de un «yo residual reflexivo» que no pocas veces se disuelve en intoxicaciones agudas: en todas estas manifestaciones el yo aparece ca-

ricaturizado, trasluciendo una edición barata de la propia y primitiva personalidad; otras veces, el yo se disocia en una primera experiencia, sobreviniendo una despersonalización).

En otras ocasiones la enfermedad toma la fenomenología de una psicosis depresiva que acaba en el suicidio, o una forma paranoide que se hace acompañar de alucinosis aguda y de cuadros delirantes. Finalmente, otras veces, se producen verdaderas psicosis por abstinencia. Constituye una alteración muy común la de la vivencia de espacialidad y la de temporalidad, que no describimos aquí precisamente por ser motivo de otra comunicación.

III. VALORACIÓN JURÍDICA DE LAS TOXICOMANÍAS. — 1. *Planteamiento*: De la consideración clínica del problema parece derivar que ha tenerse por cierto, con la mejor doctrina, que determinadas manifestaciones de las drogodependencias integran auténticas alteraciones patológicas de carácter médico prevalentemente psicótico. Y ello justifica que de hecho las investigaciones técnicas en este plano científico reclamen cada vez más, sobre todo en el ámbito internacional, la atención de los especialistas, siendo orientadas por éstos a descubrir nuevas vías de conocimiento de variadas manifestaciones psíquicas que presentan muy diversas intensidad y sintomatología, con el fin de hacerlas objeto de un tratamiento adecuado y eficaz.

También desde el punto de vista jurídico el tema de las toxicomanías, y de ciertas actividades relacionadas directamente con las sustancias tóxicas, ha inquietado con frecuencia al legislador hasta el punto de que puede afirmarse que es relativamente copiosa la normativa al respecto. Dicha normativa es constatable no sólo en el plano administrativo sino también en el estrictamente jurídico-penal, y tanto en el ámbito interno como en el internacional.

La *ratio legis* de la regulación jurídico-positiva viene determinada en considerable medida —según creemos— por la preocupación estatal por un buen estado de salud física y mental de la totalidad de los ciudadanos, así como, más indirectamente, por otras estimaciones de orden moral de prevalente carácter social o colectivo.

Pero, sin perjuicio de este fundamento primario, la circunstancia de la relativamente minuciada reglamentación de que en los planos administrativo y de prevención social es objeto esta problemática, y la estricta actitud ante conductas distintas a las que se conmina con la más grave de las sanciones jurídicas —la pena—, reclaman ciertas consideraciones sobre la justificación y sentido de la toma de posesión de nuestro legislador, que parece hallarse en un proceso de expansión represiva, como ha puesto de relieve con motivo de la reciente reforma parcial del Código penal por Ley de 15 de noviembre de 1971.

Una valoración de la problemática jurídica, circunscrita sólo a aquellos aspectos que ofrecen más acentuadas trascendencia social e intrínseca gravedad sancio-

natoria, reflejada en el ámbito penal, aconseja por conveniencias sistemáticas una alusión a los antecedentes histórico-legislativos de mayor interés en la materia.

En efecto, la propia mutabilidad que se advierte en las circunstancias fácticas y sociales que pertenecen al substrato de la ley condiciona el criterio del legislador, y, consiguientemente, constituye un factor que debe ser tenido en cuenta de modo ineludible a la hora de intentar cualquier exégesis de la disposición legal y, por supuesto, en el momento de realizar apreciaciones de sentido crítico al respecto. La «inercia» de los acontecimientos, tal como éstos surgen realmente a la vida, repercute de manera insoslayable en la línea, forzosa y elocuentemente, progresiva de toda regulación jurídica de la realidad social. Y, por ello, cuando el legislador desatiende las verdaderas exigencias socioculturales de cada momento y lugar, actúa fuera de los límites que corresponden a la auténtica justificación del Ordenamiento jurídico, y excede con nitidez los términos que le garantizan una eficacia viable y segura de su normatividad.

Veamos cuál ha sido y cuál es en la actualidad la actitud del legislador español con referencia a las toxicomanías, para adoptar seguidamente posición ante la misma, con el propósito de señalar aquellos aspectos que, a nuestro modo de ver, merecen —y acaso reclamen— una nueva consideración legislativa del problema, primordialmente en el plano jurídico-penal.

2. *Antecedentes histórico-legislativos y regulación vigente:* La inquietud por el problema de las drogas tóxicas, y por las consecuencias frecuentemente nocivas que de una aplicación indebida de estas sustancias pueden derivar, no sólo no es privativa de nuestra legislación, sino que más bien puede afirmarse que ésta ha seguido las principales vicisitudes constatables en el área internacional sobre esta materia. Así pues, la normativa al respecto pertenece tanto al ámbito interno como al plano internacional.

A) *Regulación en el plano internacional:* Uno de los iniciales acuerdos adoptados por determinado número de naciones es el *Convenio Internacional de La Haya*, de 23 de enero de 1912, sobre restricción del empleo y tráfico del opio, morfina, cocaína y sus sales, que España firmó el 23 de octubre de 1912 y ratificó el 25 de enero de 1919.

Unos años más tarde sigue el primer *Convenio Internacional de Ginebra* (también denominado *Convenio Internacional del Opio*), de 19 de febrero de 1925, sobre restricción en materia de tráfico de opio, morfina y cocaína, del que España fue signataria y al que ratificó el 29 de mayo de 1928. En él se determinan disposiciones más precisas para el logro de los fines pretendidos; se definen los conceptos de opio medicinal, morfina, diacetilmorfina, hoja de coca, cocaína bruta, cocaína, ecgonina y cáñamo indio, y con referencia a ellos se establecen unas normas relativas a la inspección interior del opio bruto y de las hojas de coca, así como de las drogas manufacturadas, cáñamo indio; se incorporan disposiciones sobre el comercio internacional, y otras generales; y se crea un Comité Central Permanente, cuyos miembros serán designados por el Consejo de la Sociedad de las Naciones y cuyos principales cometidos se hallan orientados a asegurar la vigilan-

cia, con autonomía funcional, del movimiento del mercado internacional denunciado y recabando a tal efecto la ayuda necesaria de los Gobiernos de las Partes contratantes.

Posteriormente se adopta el *Convenio Internacional de Ginebra*, de 13 de julio de 1931, sobre fabricación y reglamentación de la distribución de estupefacientes, que fue aprobado por España y ordenado su cumplimiento por Ley de 28 de marzo de 1933, siendo depositada la ratificación del mismo el 7 de abril de 1933: es complementario y extensivo del Convenio (internacional del opio) firmado también en Ginebra el 19 de febrero de 1925, y mantiene el organismo del Comité Central Permanente con funciones adaptadas a tenor de las nuevas competencias estatuidas.

En esta línea legislativa internacional se han de tener en cuenta, además, dos protocolos: el *Protocolo de París*, de 19 de noviembre de 1948, sobre fiscalización internacional de drogas sintéticas, firmado por España el 26 de septiembre de 1955, en el que se establecen normas relativas al control y reglamentación de aquellas drogas y sustancias tóxicas que no se hallaren incluidas en la relación del Convenio de 13 de julio de 1931, debiéndose a su respecto elevar una notificación al Secretario General de las Naciones Unidas, quien la comunicará inmediatamente a los demás Estados parte en el Protocolo, a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y a la Organización Mundial de la Salud, para los efectos oportunos, que son debidamente consignados en el presente acto; y el *Protocolo de Nueva York*, de 23 de junio de 1953, firmado por España en esta fecha y ratificado por Instrumento de 11 de diciembre de 1954, depositado en la Secretaría de las Naciones Unidas el 15 de junio de 1956. Ambos Protocolos, sin embargo, fueron abrogados por el Convenio Unico de 1961 (art. 44) para aquellas partes que, siendo contratantes de aquéllos, suscribieron también éste.

Sobre todo ha de tenerse presente, en el plano internacional, el *Convenio Unico de 30 de marzo de 1961* sobre estupefacientes, que fue firmado por España el 27 de julio de 1967 y ratificado por Instrumento de 3 de febrero de 1966, depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas el 1 de marzo de 1966, entrando en vigor el 31 del mismo mes. En primer término, contiene normas referentes a la constitución y régimen de diversos órganos internacionales de fiscalización de estupefacientes, y en concreto de la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en conexión con la O. M. S., y, además, las listas de sustancias a que afecta el Convenio, y otras disposiciones relativas a la fabricación, comercio internacional y aplicación médica de las mismas, inspiradas fundamentalmente en las siguientes ideas: mitigación del dolor; gravedad de eventuales daños que puedan derivar para la salud del individuo y peligrosidad social y económica para la humanidad que representan las toxicomanías; necesidad de una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes, y requerida por una acción internacional de esta índole; y limitación del uso de los estupefacientes a aplicaciones médicas y científicas, acordándose para el logro de tales finalidades una cooperación y una fiscalización internacionales constantes.

B) *Ordenamiento jurídico positivo español*: En nuestro ámbito jurídico interno, la regulación relativa a estupefacientes es copiosa, pero con frecuencia objetivamente fragmentaria. Los límites en que la presente exposición se desarrolla imposibilitan una singularizada consideración, circunstancia que nos obliga a realizar una breve referencia, sin pretensiones exhaustivas, de la principal normativa sucesivamente establecida al respecto.

Por R. D. de 31 de julio de 1918 se aprueba un reglamento para el comercio y dispensación de las sustancias tóxicas, en especial de las que ejercen acción narcótica, anti-térmica o anestésica. El R. D. L. de 30 de abril de 1928 dispone las Bases para la restricción del Estado sobre distribución y venta de estupefacientes: las finalidades primordiales que persigue son la de evitar que el tráfico libre haga posible la aplicación de

estupefacientes sin prescripción médica justificada, y la de luchar, en defensa de la salud pública, contra el mal social de las toxicomanías; a tal efecto instaura como principal medida asegurativa la exigencia de la «receta oficial» para la expendición al público de estas sustancias por parte de farmacéuticos. El *R. D. de 8 de julio de 1930* aprueba un reglamento provisional sobre el control de tóxicos, en el que se configura la restricción de estupefacientes como un órgano dependiente del Ministerio de la Gobernación, afecto a la Dirección General de Sanidad; y se dispone que únicamente pueden efectuar la expendición al público de las sustancias y especialidades que contengan estupefacientes los farmacéuticos con oficina de farmacia, siempre que la demanda se formula en recetas oficiales, que serán facilitadas por la Restricción a los Colegios Médicos y Veterinarios, quienes las transmitirán a los respectivos colegiados observando una serie de medidas precautorias. La *R. O. de 6 de agosto de 1930* impone algunas reglas para el tráfico de estupefacientes, relativas a la solicitud de autorizaciones a la Restricción por parte de actuales almacenistas de tales sustancias. La *R. O. de 8 de noviembre de 1930* aprueba el reglamento de la Inspección Técnica del Tráfico de Estupefacientes, que surge como un organismo auxiliar de la Restricción y dependiente de ella, y cuyas principales competencias corresponden a los cargos de Inspector Jefe, Inspectores regionales, Inspectores farmacéuticos de Aduanas y de las Aduanas de correos. El *D. de 3 de agosto de 1932* establece ciertas normas referentes a la fabricación y prescripción de estupefacientes, y el *D. de 29 de agosto de 1935*, otras relativas a la adquisición y expendición de tales sustancias. La *O. de 31 de agosto de 1935* proporciona algunas disposiciones sobre pedidos de estupefacientes y expendición de éstos por parte de los farmacéuticos: junto a la receta oficial será preceptiva la presentación del carnet de autorización para la expendición de aquellas sustancias tóxicas en cantidades que sobrepasen las establecidas en la Farmacopea española. La *O. de 23 de abril de 1941* contiene normas concernientes a la adquisición de estupefacientes por parte de hospitales, sanatorios, dispensarios y casas de salud, debiendo a tal efecto cursarse los pedidos a través de especiales vales foliados de talonario. Por *O. de 20 de febrero de 1958* se incluye la dextromoramide entre las sustancias tóxicas sujetas al control de la Restricción de estupefacientes y sometidas a la fiscalización internacional. Por el contrario, la *O. de 7 de noviembre de 1961* excluye la papaverina y sus sales, sobre las que se determina la libertad de comercio. La *O. de 6 de febrero de 1962* modifica algunos preceptos de la *O. de 31 de agosto de 1935*. Y la *O. de 7 de mayo de 1963* establece normas de fiscalización e intervención, por parte del organismo competente, del cultivo y recolección de plantas dedicadas a la producción de estupefacientes. Toda esta normativa ha sido, sin embargo, puesta al día por una ley de 8 de abril de 1967, que la deroga en cuanto se oponga a lo en ella establecido y que amplía las atribuciones de fiscalización y control de estupefacientes a la luz de las nuevas orientaciones del Convenio Único de 1961, encomendando tales competencias a servicios de la D. G. de S. que actuarán en relación con distintos otros organismos.

En lo que respecta al vigente Ordenamiento jurídico español sobre toxicomanías, hemos estimado oportuno limitar nuestro comentario a tres textos legales que, si bien desde el punto de vista material pertenecen a órdenes sustancialmente distintos, guardan estrecha conexión entre sí. Se alude concretamente a:

- a) Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre estupefacientes.
- b) Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.
- c) Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma del Código penal.

La ponderación de esta normativa es suficiente, pero necesaria, para permitir una respuesta a la cuestión relativa a si el legislador español se ha mostrado realmente coherente en el tratamiento de la materia a que se alude, en las distintas facetas que la misma presenta y que él ha destacado haciéndolas objeto de concreta regulación, o si, por el contrario, no obstante la reiterada atención que recientemente le viene prestando, resulta aún precisa y oportuna una reconsideración seria del problema.

En modo alguno ni en ningún momento se pretende por nuestra parte dogmatizar sobre esta problemática, debatida y siempre sujeta a una crítica y una revisión que por intrínsecas exigencias estructurales prometen ser constantes, sino, antes bien, ofrecer sólo unas sugerencias, animadas por el propósito de conseguir una más auténtica satisfacción actual de las necesidades sociales e individuales así como de las exigencias de justicia equitativa.

a) La *Ley de 8 de abril de 1967* renueva la legislación española sobre estupefacientes, adaptándola a lo establecido en el Convenio Unico de 1961, y deroga cuantas disposiciones anteriores se opongan a lo por ella prescrito.

En el preámbulo de la ley se destaca la preocupación general que deriva de la constatación de los efectos individuales y sociales a que, sin duda, puede conducir un uso indiscriminado de estupefacientes fuera de los límites terapéuticos y científicos aconsejables. Tal preocupación es fundamentalmente de carácter sanitario, toda vez que la salud física y mental de la población constituye la razón profunda explicativa de toda intervención estatal en la normativa sobre estupefacientes. Para una debida atención de esta inquietud, se hace preciso un control eficaz de la producción y tráfico de estupefacientes, en cuanto antecedentes causales del uso y consumo de los mismos.

De manera consecuente, el texto positivo de esta ley declara el derecho del Estado español (acorde a las suscritas exigencias internacionales en la materia) a intervenir dentro de su territorio la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión y uso, reservándose asimismo el derecho de prevenir, perseguir y sancionar aquellos hechos que, en relación con la normativa de esta materia, sean constitutivos de infracción o delito (art. 1). Configura, dentro de la Dirección General de Sanidad, el Servicio de Control de Estupefacientes (art. 5) y una Comisión Técnica de carácter consultivo, organismos que actuarán en conexión con la Brigada Especial de Investigación de Estupefacientes (art. 6) y la actividad de los Inspectores provinciales de Farmacia (art. 30). Simultáneamente, opera un proceso de descentralización administrativa en virtud de las atribuciones encomendadas a las Jefaturas provinciales de Sanidad.

En el cap. VII, que está dedicado a los toxicómanos, destaca la ley inequívoco-

camente (art. 25) el carácter patológico de determinadas manifestaciones de drogodependencia, y dispone que la Dirección General de Sanidad, a través del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, «establecerá los Centros de asistencia especializados que sean necesarios para el tratamiento médico, aislamiento curativo y rehabilitación de aquellos enfermos que hayan de someterse a tratamiento de desintoxicación».

La posibilidad y la forma de la autorización de suministro y aplicación de dosis extraterapéuticas de estupefacientes a enfermos toxicómanos son previstas en el art. 27, que las encomienda a los Servicios de la Dirección General de Sanidad. La obligación de dar cuenta a esta Dirección, por parte de los facultativos, de los casos de toxicomanías de que tengan conocimiento o sospecha en el ejercicio de su profesión es instaurada en el art. 28, y el principio de que para el internamiento gubernativo de los toxicómanos en establecimientos adecuados, a efectos de observación y, en su caso, de tratamiento, regirán las mismas normas que para los enfermos mentales en general es recogido en el art. 29 de la ley.

Resulta poco científica, sin embargo, la homologación que la ley efectúa de los «toxicómanos» respecto de los «enfermos mentales en general». De otro lado, nada se aclara acerca de las condiciones de ese internamiento, cuando es opinión técnica común el reconocimiento de la específica y especialísima asistencia psiquiátrica que estos enfermos requieren para sí: tan específica que resulta ser esencialmente distinta a cualquier otra.

Por su signo positivo, es de singular interés en la consideración de esta materia la prescripción contenida en el apartado b) del art. 26, indicativa de que el Servicio de Control de Estupefacientes está obligado «a promover estudios, encargar investigaciones y gestionar el otorgamiento de becas y premios, con objeto de fomentar la mayor eficacia en la lucha contra el mal social de la toxicomanía y en especial la sustitución de medicamentos que la producen por otros sin efectos secundarios, y asimismo el descubrimiento de nuevos métodos de desintoxicación y cura de las personas afectadas».

Una ajustada y frecuente aplicación de este precepto constituirá, sin duda, un camino idóneo para garantizar la consecución de los fines que la ley persigue y respecto de los que todos los componentes del núcleo social, de manera más o menos directa, nos hallamos interesados. La visión de la realidad nos muestra, sin embargo, por el momento un panorama bastante escéptico.

En efecto: cabe preguntar si, y en qué medida, estos loables propósitos del legislador, jurídico-positivamente consignados con carácter preceptivo hace ya cinco años, han experimentado real cumplimiento. ¿Se ha efectuado ciertamente una puesta en práctica de la labor de fomento e investigación científica que prescribe el citado art. 26, b) de la ley? ¿Se han creado, organizado administrativamente y dotado personal e instrumentalmente en forma debida, a través del Patronato Nacio-

nal de Asistencia Psiquiátrica, los centros de asistencia especializados necesarios para el tratamiento médico, el aislamiento curativo y la rehabilitación de los enfermos que precisan someterse al tratamiento de desintoxicación a que alude el art. 25 del mismo cuerpo legal?

Personalmente no tenemos noticias fidedignas sobre la existencia de estos nuevos centros asistenciales, ni de la puesta en práctica de la tarea investigadora en sus múltiples facetas. Y, en todo caso, entendemos que la respuesta sincera a estos, y otros posibles análogos interrogantes, es francamente desencantadora y desilusionante en el momento actual. No puede desconocerse, en suma, que la aplicación de determinados preceptos de significado fundamental en la normativa de la ley hasta hoy ha sido inexplicablemente infrecuente, cuando no virtualmente nula.

b) La *Ley de 4 de agosto de 1970*, sobre peligrosidad y rehabilitación social, insiste en alguna de las ideas ya destacadas. Así, al señalar expresamente (en el número 9.º de su preámbulo), como uno de los fines fundamentalmente perseguidos por ésta, el de creación de nuevos establecimientos especializados donde se cumplan las medidas de seguridad —por ejemplo, los de preservación para enfermos mentales (en el sentido amplio en que utiliza esta referencia)—, establecimientos que, dotados del personal idóneo necesario, garantizarán la reforma y rehabilitación social del peligroso con medios de la más depurada técnica.

Para el logro de la indicada finalidad, se hace precisa (como se destaca debidamente en el número 2.º del citado preámbulo) la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso y de su probabilidad de delinquir, requiriéndose a tal efecto que sus condiciones antropológicas, psíquicas y patológicas sean estudiadas por los técnicos y ponderadas adecuadamente. Los datos que de estas indagación y ponderación deriven serán de gran utilidad a la hora de considerar si los sometidos a las mismas se hallan incluidos o no dentro de las nuevas categorías subjetivas de estados de peligrosidad, entre los que se incorporan actividades tales como el tráfico de estupefacientes y las toxicomanías, junto al ejercicio habitual de la prostitución y la embriaguez habitual.

Recuérdese que la aplicación de las medidas de seguridad no exige como presupuesto, a diferencia de las penas, el antecedente jurídico constituido por la comisión de un delito, toda vez que en las medidas de seguridad el delito no es causa sino simple motivo o accidente. No se aplica la medida al sujeto por el hecho de haber delinquido, sino para evitar que delinca, y a veces incluso meramente para sustraerle de condiciones personales de peligro social no constitutivas de delito. En cuanto ello es así, resulta técnicamente irrelevante en esencia la distinción entre medidas predelictuales y postdelictuales, que sólo aportan un dato cronológico en el capítulo de antecedentes del historial jurídico del sujeto, sin perjuicio de que la circunstancia de haber sido condenado por tres o más delitos constituye uno de los supuestos actuales de peligrosidad social, pudiendo ser declarados socialmente peli-

grosos los sujetos en quienes, concurriendo, sea presumible la habitualidad criminal.

De los diversos supuestos de estados de peligrosidad que se recogen en la ley a que se alude (en concreto, en su arts. 2, 3 y 4), interesa considerar aquí sólo dos hipótesis:

- la relativa a los enfermos toxicómanos, y
- la de actividades concernientes al tráfico y consumo de drogas tóxicas.

En relación con la primera de las hipótesis señaladas, ha de tenerse presente que el art. 2 de la ley dispone que serán declarados en estado peligroso, y se les aplicarán las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación, quienes resulten probablemente incluidos en algunos de los supuestos descritos en dicho precepto (o en los arts. 3 y 4), cuando además se aprecie en ellos una peligrosidad social. Y entre tales supuestos de estado peligroso se hallan incluidos «los ebrios habituales y los toxicómanos» (art. 2, núm. 7.º). A estos sujetos, cuando sean declarados en estado de peligrosidad social, se aplicarán para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, según proceda, alguna o algunas de las medidas siguientes (artículo 6, 5.º):

a) Aislamiento curativo en casas de templanza hasta su curación (art. 5, quinta, de la Ley, y art. 35 del Reglamento de aplicación de la Ley, de 13 de mayo de 1971).

b) Tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación (art. 5, sexta, de la Ley, en conexión con los arts. 42 y 43 del Reglamento, en que se acentúa la misión asistencial y el carácter eminentemente terapéutico de esta medida).

c) Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo, por un tiempo no inferior a un mes ni superior a dos años (art. 5, séptima, de la Ley, debiéndose a este respecto tener en cuenta las formalidades prescritas en el artículo 10 del Reglamento).

d) Obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años (que se ejecutará bajo la directa vigilancia de un delegado judicial, a tenor del art. 5, novena, de la Ley, y art. 12 del Reglamento), y sumisión por tiempo comprendido entre uno y cinco años a la vigilancia de los Delegados, que tendrá un carácter tutelar y de protección y en todo caso será ejecutada bajo la supervisión del médico forense, pudiendo esta medida ser reemplazada por caución de conducta (en virtud de lo dispuesto en el art. 5, denuéncuarta, de la Ley, y arts. 7 y 50 del Reglamento).

e) Se impondrá además a los toxicómanos la incautación a favor del Estado de los efectos ocupados (art. 5, decimosexta, de la Ley, y art. 17 del Reglamento), y a los ebrios habituales, la prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas durante el tiempo que se fije, no superior a cinco años, debiendo ejecutarse esta medida bajo la directa vigilancia del delegado judicial especialmente designado y con el auxilio de las autoridades judiciales y gubernativas (art. 5, undécima, de la Ley, y art. 12 del Reglamento).

Además de las investigaciones antropológica, psíquica y patológica aplicables a todo sujeto a procedimiento de declaración de peligrosidad social, y de la información sobre sus factores familiares y sociales que se recogerán en los antecedentes

del mismo, respecto de los toxicómanos se hará constar, en concreto, la dependencia al tóxico y a los efectos psíquicos y somáticos que éste haya producido, así como las causas determinantes de la toxicomanía (arts. 83 y ss. del R.).

Examinemos ahora las conductas relacionadas con el tráfico y consumo de drogas. Con referencia a ellas, la LPRS dispone que integran un supuesto de estado peligroso «los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o fármacos que produzcan análogos efectos; y los dueños o encargados de locales o establecimientos en los que, con su conocimiento, se permita o favorezca dicho tráfico o consumo, así como los que ilegítimamente posean las sustancias indicadas».

A los sujetos indicados en este precepto se les impondrán, simultáneamente, las tres medidas siguientes (art. 6, 6.º):

a) Internamiento (por el tiempo mínimo que se fije en la sentencia o auto de revisión y máximo de tres años) en un establecimiento de trabajo, adecuado a la personalidad del sujeto y cuyo régimen estará condicionado por las exigencias de la organización laboral (art. 5, primera de la Ley, y arts. 30, 31, 32 y 36 del Reglamento).

b) Incautación en favor del Estado del dinero y efectos procedentes (art. 5, decimo-sexta, de la Ley, y art. 17 del Reglamento).

c) Multa de 1.000 a 50.000 pesetas, atendiendo el Juez para la determinación de la cuantía exacta al grado de peligrosidad del sujeto, a la incidencia que en él puedan tener las demás medidas aplicables y especialmente a la posición económica del peligroso social (art. 5, decimoquinta, de la Ley, y art. 16 del Reglamento).

A los mismos sujetos a que nos referimos se les aplicará, sucesivamente: la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, que no podrá exceder del límite máximo de cinco años, y cuya ejecución se realizará bajo la directa vigilancia del delegado judicial designado y con el auxilio de las autoridades judiciales y gubernativas (art. 5, décima, de la Ley, y art. 12 del Reglamento); y la sumisión por tiempo de uno a cinco años a vigilancia de los delegados especiales, teniendo esta medida un carácter tutelar y de protección hasta el punto de que tales delegados cuidarán de proporcionar trabajo a los sujetos a su vigilancia según la aptitud y conducta de los mismos (art. 5, decimo-cuarta, de la Ley, y art. 7 del Reglamento).

Además, a los dueños de los establecimientos se clausurará, en su caso, el local por duración de un mes a un año, no afectando dicha clausura a la relación laboral del personal que preste servicios en el establecimiento (art. 5, octava, de la Ley, y art. 11 del Reglamento).

c) La *Ley de 15 de noviembre de 1971*, sobre reforma del Código penal, incide también en el ámbito de las toxicomanías, al modificar el texto del art. 344 del Código penal, el cual desde la entrada en vigor de la presente ley dispone:

«Los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas.

El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.

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

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se ejecuten en establecimiento público, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, podrán decretar la medida de clausura del establecimiento de un mes a un año.

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

Recuérdese que antes de la indicada reforma el contenido del art. 344 C.p. se determinaba en relación con lo establecido por los arts. 341, 342, 343 y 343 bis, a los que remitía y en los que, en términos generales, se incriminaban las conductas de elaborar sustancias sin autorización para su expedición o comerciar con ellas, despacharlas o suministrarlas con autorización pero sin cumplir las formalidades prescritas, despacharlas cuando estuvieran deterioradas o sustituirlas por otras en ocasión de su expedición.

El texto actual vigente es, desde luego, de mucha mayor amplitud que el derogado, hasta el extremo de que la nueva extensión conferida a los límites legales de configuración típica hace poner en tela de juicio la verdadera eficacia de los mismos, y la equiparación en pena de conductas muy dispares suscita ineludiblemente una cuestión de justicia material. Estos aspectos y otras cuestiones relacionadas con el nuevo tipo legal, se someten seguidamente a consideración.

3. *Consideraciones críticas:* En el art. 334 del Código penal, reformado por Ley de 15 de noviembre de 1971, se describen como delictivas determinadas conductas, relacionadas con el problema de las drogas, y a las que por tanto se conmina con una sanción penal. Con fines interpretativos del indicado precepto, pasemos a examinarlas por separado.

A) En el párrafo primero, primer inciso, del art. 344 se dispone que incurrirán en responsabilidad criminal, y serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas: «los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes». En este inciso se castigan, en definitiva, como delictivas diversas modalidades de comportamiento que genéricamente pueden designarse con el término de «tráfico ilícito» de estupefacientes.

El concepto de tráfico ilícito, así configurado, deja de tener un sentido estricto y asume uno acaso excesivamente amplio y ambiguo, pero que en todo caso no es extraño a la terminología empleada por el legislador español, sino más bien acorde a la expresamente utilizada por el mismo. Recuérdese, a este respecto, que una definición legal del concepto aludido es ofrecida por la ley extrapenal sobre estupefacientes, de 8 de abril de 1967, que en su art. 15 dispone: «Constituyen

tráfico ilícito todas las operaciones de cultivo, adquisición, enajenación, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución y tránsito de sustancias estupefacientes que sean realizadas contrariamente a las disposiciones de la presente ley o con incumplimiento de los preceptos de la misma».

Téngase presente, sin embargo, que de la confrontación de ambos preceptos legales (el art. 344 del C. p. y el art. 15 de la ley de estupefacientes) no resulta la constatación de la identidad del contenido conceptual de ambos. En efecto:

La excesiva amplitud de la descripción del art. 344 del C. p. incluye a todos los actos de tráfico ilícito en general, conminándolos con la más grave de las sanciones jurídicas. Esta imprecisa, y por ello defectuosa, redacción legal llevaría a plantear hipotéticamente el problema de si conductas de tráfico ilegítimo contenidas, por ejemplo, en la ley de 1967, a efectos distintos de los puramente penales, deberían considerarse incluidas o no en el texto penal y, por tanto, sujetas a una sanción de esta índole. De otro lado, suscitaría igualmente el tema de si nos encontramos ante una ley penal en blanco, que señala una pena para conductas descritas en otro cuerpo legal. Pero, en realidad, no creemos que sea éste el caso a tenor de la descripción del art. 344 del C. P. No hay lugar ni siquiera al planteamiento coherente de estas cuestiones, porque el legislador se ha encargado de solucionar el problema por la vía que nos parece menos plausible por estimarla más injusta: efectivamente, el legislador penal (art. 344) incorpora como delictivas conductas de tráfico ilícito que no se hallan previstas en la ley extrapenal sobre estupefacientes, que lógicamente sobre la misma materia debería resultar más amplia.

Así, en el nuevo art. 344 se consideran punibles, además de las conductas de cultivo, fabricación y elaboración, transporte, venta y tráfico en general (algunas de ellas discutibles en el plano de la desvaloración jurídico-penal), la simple donación y la mera tenencia de estas sustancias, que son equiparadas en pena a las anteriores.

Un término tan amplio como el de «tenencia» puede resultar peligroso, y por ello contraproducente, en relación con el logro de los fines perseguidos por el legislador. ¿Qué ha de entenderse exactamente por tenencia? ¿Acaso la mera detentación accidental, o la posesión actual, o el mantenimiento corporal, del objeto? ¿Deben reputarse tales conductas, no ya ilícitas administrativamente, sino incluso sancionarse penalmente? ¿Actúa el legislador, al disponer esto, dentro de unos límites realmente viables que le garantizan la consecución de los fines jurídicos pretendidos, de prevención y castigo de aquellas conductas tan intrínsecamente graves que reclaman un medio coactivo-represivo como el de las penas señaladas, con las gravísimas consecuencias que éstas comportan de privación, no ya de bienes materiales (multa de 5.000 a 250.000 pesetas), sino de la propia libertad humana por un período de 6 años y un día a 12 años, y, en casos de extrema gravedad, de

hasta 20 años? ¿Es razonable desde un punto de vista sociológico que se impongan tales sanciones al sujeto que accidentalmente tenga en su poder unas ínfimas cantidades de droga ( ¡de cualquier clase de drogas, sin atender a los respectivos efectos nocivos de las mismas, tan distintos en unas u otras! ), y sobre todo que se equipare el disvalor jurídico de este comportamiento al de la conducta del individuo que convierte en su medio de vida el negociar con tales sustancias, o el explotar auténticas enfermedades de sujetos patológicamente vinculados al consumo habitual de drogas, o el inducir a otros sujetos, aún no dependientes, al uso y habituación en el consumo de las mismas?

Consideramos que la contestación de estos y de otros análogos interrogantes es de suma importancia para el legislador, quien debe tratar de subvenir las auténticas necesidades sociales, y satisfacer equitativamente las respectivas exigencias de justicia derivadas de conductas diferentes entre sí. No ha de olvidarse que, según indicara GRAF ZU DOHNA, la noción de las normas de cultura no es en absoluto extraña al propio concepto del Ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es cierto que puede pensarse —y acaso fundadamente— que, con motivo de estas consideraciones críticas, estamos rebasando el ámbito puramente hermenéutico referido a este delito y, en concreto, al elemento típico de la tenencia. En efecto, este término es susceptible también de ser interpretado de una manera distinta, más restringida: como aquella detención de la cosa con la que se persiguen fines de transmisión posterior (prevalentemente a título oneroso) del objeto poseído a otros sujetos.

Tal sentido interpretativo, que encuentra fundamento inmediato en los tipos delictivos anteriores a la reciente reforma, o, si se quiere, en los antecedentes histórico-legislativos del vigente precepto legal, es sustentado dentro de la doctrina penalista, con buen criterio de justicia y con favorables confrontaciones jurídico-comparadas, por RODRÍGUEZ DEVESA, quien afirma que desde luego victimarios y víctimas no pueden ser sometidos a una misma pena, ya que no puede constituir *ratio legis* que se llegue a la consecuencia de que una persona necesitada de tratamiento médico sea condenada a severas penas privativas de libertad, cuando precisamente su protección ha motivado los acuerdos internacionales y el endurecimiento legislativo de la represión. Por tenencia —concluye— «hay que entender la posesión de drogas tóxicas o estupefacientes en condiciones tales que por su cantidad o circunstancias pueda inferirse que se destinaban a un tráfico ilícito, oneroso o gratuito».

Esta ecuánime y, por otra parte, loable toma de posición es perfectamente plausible desde el punto de vista *de lege ferenda*, y por ello debe ser ineludiblemente tenida en cuenta en el caso de que el legislador decidiese reconsiderar nuevamente el problema.

Pero su fundamento *de lege data* no reviste, a nuestro modo de ver, los carac-

teres de absoluto e inequívoco, porque desgraciadamente el legislador de modo expreso no alude a la tenencia como posesión del objeto para la posterior negociación con el mismo (esto es, como una situación actual de tenencia de drogas dirigida a un ulterior tráfico ilícito de las mismas), sino que más bien parece dar a entender que la mera tenencia es ya en sí constitutiva del concepto legal de tráfico ilícito, penalmente sancionable.

Al menos, esta segunda posibilidad interpretativa, de la que los Tribunales de Justicia podrán hacer uso al permitirlo así la Ley, es sostenible en base al tenor literal del precepto. Y por ello otro sector de la doctrina, representado por GIMBERNAT, critica duramente la confusión entre Derecho y Moral en que, con la configuración del nuevo delito, incurre el legislador a través de la excesiva amplitud conferida al ámbito típico del mismo.

Esta posición crítica, en su significado esencial, es compartida por nuestra parte, toda vez que, como punto de partida, destacamos que no puede desconocerse que las esferas moral y jurídica integran dos órdenes de conducta relacionados a veces estrechamente pero distintos y bien delimitados entre sí. Sin perjuicio de la veracidad de la afirmación de JELLINECK de que todo Derecho penal representa un mínimo ético, y de que el objeto jurídico de muchos delitos está constituido por la salvaguarda de normas morales, no es menos exacto que el legislador penal debe limitar la protección de las normas éticas a aquellos supuestos en que las manifestaciones moralmente rechazables lesionan determinados bienes jurídicos de que son titulares sujetos individuales o la propia sociedad. Tales bienes jurídico-penalmente tutelados pueden perfectamente coincidir con valores morales, con sentimientos éticos o con momentos emocionales de otra índole, y asimismo cabe aceptar que éstos representen el motivo de aquéllos, pero lo que no resulta admisible sin más es que los valores y las normas morales deban ser objeto de protección jurídica, pues en rigor ambos Ordenamientos pertenecen a planos distintos y deben ser en cada caso diferenciables. En definitiva, el bien jurídico protegido en los delitos singulares constituye un concepto normativo que alcanza relevancia jurídico-penal en cuanto es asumido por el legislador, sin perjuicio de que su naturaleza sea de índole moral, o de carácter sociológico, cultural, etc.; aquel concepto puede, incluso, faltar en algunos delitos siempre que en ellos exista una causa (v. gr., la violación de un deber jurídico, o de una norma de contenido evolutivo o propulsivo, como dijere ANTOLISEI) explicativa de la sanción penal.

Así planteada la cuestión, interesa en concreto ver si en el tipo de delito que comentamos existe un auténtico objeto jurídico de protección en las diversas modalidades de acción que contiene o, más exactamente, si la descripción típica de estas conductas realizada por el legislador aparece social y culturalmente justificada.

Con base en el planteamiento expuesto, nos limitaremos a indicar aquí que las conductas de venta y tráfico ilícito en general reclaman, sin duda, a nuestro modo de ver, una sanción de carácter penal.

Algunas reservas nos merecen, por el contrario, las acciones de cultivo, fabricación y elaboración al margen de los límites legales administrativos establecidos, sin perjuicio de la relevancia jurídica que en este plano puedan asumir. La conveniencia y proporcionalidad de la sanción penal de determinadas conductas creemos que deben venir condicionadas por la concurrencia de circunstancias tales como las graves consecuencias lesivas que objetivamente pueden derivar de ellas, la particular intensidad del reproche sociológico dirigido al sujeto que de este modo infringe el Ordenamiento jurídico, así como la fundada presumibilidad de la orientación de tales comportamientos a resultados penalmente injustos. En conexión con estos factores, estimamos que, por ejemplo, en el supuesto hipotético del amante de las plantas que en su invernadero particular cultiva diversas especies de plantas de que se obtienen sustancias estupefacientes a los puros efectos de curiosidad o colección indicados, no es constitutivo de delito, aun sabiendo el sujeto que actuaba sin cumplir los requisitos legales (así, sin autorización debida o sin entrega de las cosechas a los organismos competentes), por no hallarse su actuar finalmente dirigido a las ideas de transmisión o suministro a terceros u otras formas de tráfico ilícito. Estas consideraciones se proponen con criterio de futuro, porque de hecho no aparecen bien delimitadas en la ley vigente, que más bien sustenta el criterio del carácter delictivo de la infracción puramente formal.

Aun mayores reservas nos merecen, por razones ya apuntadas, los supuestos de mera tenencia, transporte y donación de tales sustancias tóxicas con conciencia del carácter de las mismas. Creemos que, en rigor, nos hallamos en tales casos más bien ante infracciones puramente administrativas cuando de estos comportamientos no se deriven otras consecuencias lesivas que sean inequívocamente relevantes en el ámbito penal. Pero consideramos que el criterio que indicamos no es compartido por el legislador, quien parece entender lo contrario al establecer para tales comportamientos la misma pena «in genere» que a las demás actividades aludidas sobre drogas tóxicas.

Por otro lado, el poseedor de drogas es susceptible de aplicación de medidas de seguridad, a tenor del art. 2, núm. 8, de la LPRS, y desde luego estimamos que tales medidas son más adecuadas ciertamente que la imposición de sanciones penales.

B) Además del tráfico ilícito de drogas, ya examinado, en el art. 344 del C. p. (párrafo primero, inciso segundo) se sanciona con las mismas penas de prisión mayor y multa de 5.000 a 250.000 pesetas a los que de otro modo «promuevan», favorezcan o faciliten su uso».

La técnica que aquí sigue el legislador pudiera pensarse que es análoga a la que utiliza en otros delitos, por ejemplo en las modalidades típicas de intervención en el suicidio ajeno, en que siendo la conducta principal impune (el suicidio en España no es delito) se eleva a la categoría de delito independiente la participación

en el suicidio de otro. Esta técnica incriminadora, que es perfectamente admisible cuando por razones de política criminal se estime conveniente, sólo será constatable en el delito a que nos referimos de actos de favorecimiento del uso de drogas en el caso de que se entienda que el uso es realmente impune, lo cual es discutible, porque, si se interpreta como punible la mera tenencia de tales productos en sí mismo considerada, toda vez que el que usa tiene, habría que calificar el uso como punible a título de tenencia.

En todo caso lo que interesa destacar es que los actos de intervención en el consumo ajeno de drogas, promoviendo, favoreciendo o facilitando el uso de ellas, integran una modalidad típica autónoma e independiente frente al uso. Y desde luego el disvalor jurídico-penal de aquellas conductas nos parece mucho más justificado que el eventualmente conferido a éste, pues en tanto que el consumidor de drogas con suma frecuencia precisa un tratamiento médico, quien promueve, favorece o facilita el consumo ajeno no es por ello, de ordinario, un enfermo, y en principio su conducta reclama una evaluación jurídica, que es la que hace con notoria mayor oportunidad el inciso segundo del párrafo primero del art. 344, sancionándola con una pena.

Por último, indiquemos también con sentido crítico a este respecto que los sujetos que realicen o promuevan el ilícito tráfico de drogas, además de incurrir en responsabilidad criminal (a tenor del art. 344 C. p.), cuando en ellos se aprecie peligrosidad social podrán hacerse acreedores de las medidas de seguridad, tanto simultáneas como sucesivas, que son relacionadas en la LPRS (art. 6.º, núm. 6.º), con lo que se advierte una duplicidad de medios penales, uno en atención al delito y otro en atención al sujeto, pero que inciden sobre una misma conducta y que en modo alguno resultan claramente coherentes entre sí.

C) Una tercera y última modalidad típica de los delitos relativos a estupefacientes es la descrita en el párrafo segundo del art. 344, que venimos comentando, del C. P., que dispone:

«El facultativo que con abuso de su profesión prescribiere o despachare tóxicos o estupefacientes será castigado con las mismas penas e inhabilitación especial.»

La esencia de este tipo está constituida por la infracción de las normas relativas al uso y aplicación legalmente permitidos de estupefacientes, que, según el artículo 22 de la Ley de 1967, son los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados por la misma.

Tal infracción es realizada precisamente por aquellos sujetos —y sólo por ellos— a quienes, por razones profesionales, incumbe de manera especial el cumplimiento de estas disposiciones sobre sustancias tóxicas.

Por ello, la incriminación de dicha conducta tiene mayor fundamento, a causa del especial deber jurídico que obliga, a este respecto, al facultativo en el ejercicio de su arte. Entre los límites legales establecidos que afectan de modo directo a este

ejercicio profesional ofrecen especial interés las dosis terapéuticas y las recetas oficiales reglamentariamente determinadas, haciéndose posible la admisión de dosis extraterapéuticas y continuadas para toxicómanos dentro de una pauta de deshabituación (arts. 19 y siguientes de la Ley de 1967).

También por aquella misma razón, al facultativo se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial, que privará al penado de la facultad de ejercer su cargo durante el tiempo de la condena.

La presente modalidad típica es incluíble en la categoría de los delitos especiales impropios, en cuanto sólo quien reúna la cualidad profesional de facultativo puede concretar el tipo y asumir responsabilidad criminal por una conducta que ya, en sí considerada, es penalmente antijurídica.

Precisamente esta circunstancia suscita la siguiente cuestión: ¿qué ha de entenderse con exactitud a efectos de este delito por «facultativo»: sólo al graduado académicamente en sentido estricto o también a todas aquellas personas que en algún modo participan del ejercicio de las funciones concretas de prescripción o despacho de las sustancias tóxicas?

RODRÍGUEZ DEVESA se ha pronunciado a favor del criterio restrictivo, entendiendo que el precepto no debe aplicarse nada más que al personal que tenga títulos expedidos por una Facultad. Aduce para ello una razón interpretativa de prevalente carácter sistemático: la de no constar en este precepto una extensión semejante a la contenida en el último párrafo del art. 415 (aborto con intervención de facultativo con abuso de su arte), en que se dispone que «la sanción del facultativo comprende a los médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios, y la del farmacéutico a sus dependientes».

No obstante los sólidos fundamentos exegéticos de la opinión citada, nos parece que en el espíritu del legislador ha estado presente el deseo de incriminar la conducta de todo aquel que por razones profesionales se halla legitimado para prescribir o para despachar tóxicos o estupefacientes, sin conferir ningún sentido técnico al vocablo (ya de por sí bastante impreciso y amplio) de «facultativo».

IV. CONCLUSIONES. — Del estudio que antecede pueden deducirse como principales las siguientes conclusiones:

1. Desde el punto de vista científico, interesa operar una precisa delimitación terminológica (tanto en el plano médico como jurídico) de los distintos modos posibles de relación entre el hombre y la droga. Ello facilitaría un mejor entendimiento de ideas que son comunes, aunque diferentemente expresadas.

2. Constituye necesidad perentoria toda acción de fomento de investigaciones médicas especializadas en el terreno de la drogodependencia, lo que representaría en todo caso el cumplimiento de disposiciones legales que por el momento creemos han sido objeto de muy escasa atención. Tales investigaciones deben desa-

rollarse con la plena conciencia del sentido pluridimensional que ofrece el tema de las toxicomanías, y sin desprecio del auxilio y colaboración, de todo punto de vista imprescindible, de estudios que paralelamente deben llevarse a cabo en otras Ciencias afines: de modo particular, en la Sociología, Filosofía, Ética, Psicología, Estadística, Criminología, Derecho, etc.

3. Ineludible necesidad de un mayor compromiso operativo entre las diversas clases profesionales especializadas, que aumente la cohesión y eficacia en la lucha contra las drogomanías. A tal efecto, resulta por complejo imposible determinar la organización de los planes de higiene mental en torno a estos problemas, así como de la profilaxis y conductas preventivas, que a nivel nacional deben programarse, a espaldas de la realidad clínica, so pena de incurrir en la ineficacia más patente. Dicha afirmación podría también referirse a los Dispensarios, Centros de diagnóstico precoz, Conferencias informativas preventivas, e Instituciones de cura y rehabilitación.

4. Todo ello exige una intervención del legislador principalmente en un plano jurídico-administrativo, orientada a la satisfacción de estas exigencias sociales del presente momento cultural a la luz de las investigaciones aportadas por los distintos sectores profesionales especializados, que deben actuar a un nivel internacional, si bien con específica referencia a las peculiares circunstancias de nuestro país.

5. También en el plano jurídico se hace precisa una revisión del actual ámbito regulativo de nuestro Código penal y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social sobre la materia aquí examinada, que posibilite una más coherente valoración del problema de la drogodependencia, distinguiendo de modo preciso situaciones tan distintas como la de los enfermos drogadictos, que precisan asistencia médica, y la de quienes sostienen en alguna forma la drogodependencia ajena.

Se impone además, con referencia concreta a estos últimos sujetos, conferir un diferente y equitativo tratamiento jurídico a las diversas formas en que su intervención puede tener lugar, lo que constituye una exigencia ineludible desde el momento en que se toma conciencia de que no puede existir auténtica justicia equitativa donde no se otorgue un trato desigual a los desiguales, y que en materia penal se traduce en la necesidad de determinación de penas distintas para quienes realizan acciones diferentes.