



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.
San Sebastián, N.º 6 - 1992.

• A. Maeso. Presentación	7
II Jornadas de Policía Judicial	
• C. Conde-Pumpido. El modelo Constitucional	13
• J. Fernández Leyva. El servicio fiscal y el contrabando	21
• A. Giménez Pericás. La prueba ilícitamente obtenida	29
• A. Nájera Cerrillo. El juego en Euzkadi	37
• L. Navajas Ramos. Drogodependencias y Derecho penal ..	43
Homenaje a D. José M. de Barandiarán	
• A. Beristain. Barandiarán, universitario	51
• F. Etxeberria. Barandiarán, formador de investigadores	57
• J.M.^a Gondra. Barandiarán y Wilhelm Wundt	61
Respuestas criminológicas a las toxicomanías	
• F. Azurmendi. Drogodelincuencia y medidas alternativas ...	67
• D. Beltrán. Penalización o legalización	79
• J.L. de la Cuesta. Ley de las drogodependencias	91
• A. Giménez Pericás. Los medios de comunicación	97
• J. Huete. Tráfico de drogas e inseguridad ciudadana	103
• L. Navajas. La respuesta judicial	113
Asistencia a las víctimas del delito	
• M.^a J. Conde. Derechos Humanos de la víctima	123
• E. Echeburúa. Las víctimas de agresiones sexuales	131
• M.^a E. de Miguel. Coordenadas del Departamento de Justicia	137
• J.R. Palacio. La asistencia a las víctimas en Vizcaya	153
• A. Seoane. Aspectos médicos	165
G. Kaiser, Doctor "Honoris Causa" en Criminología	
• J.J. Goirieta. Alocución del Lector	175
• G. Kaiser. La función de la Criminología	181
• A. Beristain. Criminología, Deontología y Victimología	193
• Presentación de publicaciones	227
• V Promoción de Criminólogos Vascos	241
• Memoria del IVAC-KREI	249

EGUZKILORE

Número 6.
San Sebastián
Diciembre 1992
113 - 119

“LA RESPUESTA JUDICIAL ANTE LA PROBLEMATICA DE LAS DROGAS”

Luis NAVAJAS RAMOS

*Fiscal Jefe de la Audiencia
Provincial de Gipuzkoa*

Resumen: el autor hace una clasificación de los sectores sociales en razón a la influencia de la droga sobre ellos y propone respuestas a sus diferentes problemas.

Laburpena: egileak sailketa bat ematen du gizarte mailagatik drogazko eraginen arauz eta eman behar den erantzunak arazo desberdinarentzat aztertzen du.

Resume: l'auteur fait une classification des secteurs sociaux en raison de l'influence de la drogue et il propose des réponses à ses différents problems.

Summary: the author classifies the social sectors because of drug influence on them and he suggests answers to their differents problems.

Palabras clave: traficante, consumidor, sujeto pasivo, delincuencia, Victimología.

Hitzik garrantzizkoenak: tratalaria, hartzaile, burur jasalea, gaiztakerria, Eraikeiztia.

Mots clef: trafiquant, drogodépendant, sujet passif, délinquance, Victimologie.

Key words: trading, consumer, passive subject, delinquency, Victimology.

CLASIFICACION DE LOS SECTORES SOCIALES: TRAFICANTE-CONSUMIDOR, TRAFICANTE-NO CONSUMIDOR, SUJETO PASIVO

No puede parecer exagerada la afirmación de que hoy nos desenvolvemos y vivimos en una sociedad que se encuentra profundamente contaminada, quizás de forma irremediable, por el fenómeno de la droga y de que la aspiración de alcanzar una Comunidad sin drogas no pasa de ser una inalcanzable utopía.

La trascendencia y la profundidad con que el fenómeno se manifiesta es tal, que bien puede afirmarse que no existe estamento o colectivo social que, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad no se vea afectado, no siempre de forma negativa, por las consecuencias del mismo.

Desde mi punto de vista y por simplificar y centrar mi exposición, estimo que tal vez podría intentarse una clasificación de los sectores sociales en razón a la distinta influencia y eficacia que el fenómeno de la droga produce sobre ellos.

Desde esta perspectiva, un primer segmento social, desde luego el más minoritario, estaría constituido por aquel grupo de individuos que podrían etiquetarse como traficantes o involucrados en el tráfico, pero no consumidores. Característica propia de este grupo sería que su no adicción al consumo o adicción controlada y no problemática, conllevaría que únicamente perciben el aspecto positivo que el fenómeno de la droga genera, esto es, el acceso a los beneficios de todo orden, no sólo económicos, que del mismo dimanar.

Un segundo grupo o segmento social estaría integrado por los sujetos que podrían etiquetarse como traficantes-consumidores. Numéricamente sería un sector intermedio y cuya característica más significativa sería el hecho de que pudiendo tener un acceso temporal y mínimo a algunas de las ventajas, básicamente económicas, derivadas del fenómeno, sería el estamento que con mayor intensidad y de forma más trágica percibe sus aspectos negativos, formando parte de una espiral cuya meta final suele hallarse, con extraordinaria frecuencia, en el binomio *cárcel-muerte*.

Un tercer segmento social, abrumadoramente el más mayoritario, estaría constituido por los individuos que en forma alguna aspiran a jugar ni el rol de traficante ni el de consumidor, individuos que en principio estarían destinados a contemplar de forma pasiva y desde su butaca, el desarrollo y desenlace del drama, pero que sin embargo son obligados a participar en el mismo, en un papel siempre de sujeto pasivo, en virtud del carácter extraordinariamente corruptor y criminógeno que el fenómeno de la droga conlleva, percibiendo siempre y de forma inexorable, únicamente los aspectos negativos del fenómeno.

RESPUESTA JUDICIAL A LA PROBLEMATICA DE LAS DROGAS Y LOS DIFERENTES SECTORES

Planteadas así la cuestión, llega el momento de dar entrada en escena al aparato judicial, entendido éste en sentido amplio, comprensivo no solo del Poder Judi-

cial como magistratura decisoria, capacitada para interpretar y aplicar la norma jurídica en la búsqueda de soluciones para los conflictos sociales, sino igualmente del fiscal, integrado en dicho Poder con autonomía, auténtica magistratura postulante obligado no sólo a que la función judicial se desarrolle en forma independiente y eficaz, sino con igual intensidad, a la adecuada tutela de los intereses públicos y sociales legalmente tutelados y a la protección de los derechos de los ciudadanos cualquiera que sea su origen.

Frente al ingente número de conflictos sociales que la droga origina, es evidente que el Aparato Judicial ha de dar una adecuada respuesta. De un lado, el Fiscal, postulando la solución más adecuada en su caso, procurando que la satisfacción del interés público y social, lo que necesariamente implicará el sacrificio de intereses particulares, se haga en el marco de la más estricta legalidad, procurando que la intensidad de esa respuesta no vaya más allá de lo necesario. De otro lado, la Magistratura "estricto sensu" cuya independencia debe garantizar el propio Fiscal, inseparable compañero de viaje, al tiempo que procurar su máxima eficacia y rendimiento. Magistratura llamada a la excelsa función de juzgar, valorando imparcialmente los elementos de prueba aportados, fallar, determinando la respuesta más adecuada a cada caso y ejecutar lo fallado, haciendo realidad el contenido de su pronunciamiento.

Es evidente que aunque la Ley Penal sea única e igual para todos y único el procedimiento para aplicarla, el principio de individualización que debe regir toda actividad de enjuiciamiento, determina, desde mi punto de vista, que el talante e intensidad de la respuesta judicial no puede ser el mismo frente a cada uno de los tres sectores o segmentos sociales a los que anteriormente me refería.

A) Centrémonos en el primero de ellos, aquéllos que etiquetábamos de traficantes no consumidores o con adicción controlada y no problemática. A mi modo de ver integran un foco delictual extraordinariamente grave, comparable en su trascendencia a cualquier otra manifestación delictiva, incluida la terrorista, aun a pesar de que habitualmente no sea tan emocionalmente sentida por el conjunto social.

La Memoria del Fiscal General del Estado ya apuntaba en 1985 cómo: "...no el consumo de drogas o drogodependencia, sino la existencia de la droga misma como mercancía extraordinariamente deseada y valorada, es lo que determina la aparición de esa específica forma de delincuencia y criminalidad organizada, la más grave de nuestro tiempo, que es el gran tráfico de estupefacientes". Y en la Memoria correspondiente a 1991, se insiste en la persistencia del fenómeno, que se califica como "Narcotráfico Mundial" y en la necesidad de aunar y redoblar los esfuerzos contra el mismo, hasta el punto de que la propia Organización de Naciones Unidas haya declarado la última década del siglo XX como de específica lucha contra el narcotráfico, "auténtica bomba de relojería en el corazón de nuestra civilización", como acertada y gráficamente lo calificaba el propio Secretario General de la ONU en la Asamblea General Extraordinaria del 23 de Febrero de 1990.

Frente a este fenómeno delictual, una adecuada respuesta judicial tiene que venir presidida por la eficacia y la energía de la misma, lo que evidentemente

no quiere decir en absoluto que se produzca un aumento espectacular de la penalidad, del número de agravantes o de la supresión de beneficios penitenciarios, lo que supondría caer en lo que acertadamente se ha calificado como la “*ilusión represiva*”, trayendo como consecuencia lo que Hassemmer califica como la “*Legislación Simbólica*”, en la búsqueda de ofrecer a la opinión pública una apariencia de diligencia frente a un problema en el que existe un gran reclamo social de actuar de forma drástica y radical.

No siendo evidentemente el Poder Judicial el facultado para la elaboración de las normas, la eficacia y energía de sus respuestas ha de venir preordenada por la creación de normas jurídicas que, ante la realidad del relativo fracaso de lo hasta ahora intentado, requieren grandes dosis de imaginación y adaptación del Legislador a la realidad del problema, lo que necesariamente supone la modificación del actual marco legislativo, en el ámbito penal.

En este campo parece absolutamente imprescindible adecuar nuestra legislación al ámbito del texto definitivo de la Convención de Viena de 1988, lo que conlleva la modificación de aspectos fundamentales de nuestra legislación punitiva, que por simplificar se centrarían en los siguientes aspectos más trascendentales:

1) Creación de una figura específica en torno al delito de blanqueo, o como se establece en una directiva de la Comunidad Europea, establecimiento de normas sobre “prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales”.

El objetivo principal de esta norma sería impedir que el sistema financiero en su conjunto, no sólo las entidades de crédito, sea utilizado para el blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas y delincuencia organizada, lo que podría incrementarse ante la próxima liberalización de capitales y la libre prestación de servicios financieros en el espacio europeo.

Aparece este delito en el artículo 1 de la Convención de Viena de 1988 y en el artículo 347 del Anteproyecto de Código Penal elevado recientemente por nuestro Gobierno al Parlamento. Se trata de una figura próxima al delito de Receptación aunque distinta del mismo. El delito de blanqueo se definiría esencialmente por los verbos nucleares “ocultar o encubrir bienes” que procedan del tráfico de drogas y estupefacientes tanto en lo que se refiere a su naturaleza, origen, movimiento o destino, como a su conversión o transferencia.

Como precedente a la Legislación venidera en esta materia, la Asociación Española de Banca y la Confederación de Cajas de Ahorro, aprobaron el 10 de Julio de 1990 unas normas de actuación y ética profesional, de carácter vinculante y obligada observancia para las entidades integradas en estas Instituciones. En el preámbulo se expresa la plena solidaridad de estas entidades con la actividad que vienen llevando a cabo las Autoridades Internacionales para evitar el blanqueo de origen criminal.

2) Directamente relacionado con todo lo anterior, establecimiento de un adecuado sistema de proscripción del secreto bancario, de acuerdo con el artículo 5 de la Convención de Viena, en donde se establece la facultad de los Tribunales y

otras Autoridades Administrativas para "ordenar la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales".

Esta materia no se halla específicamente regulada en nuestro ordenamiento, pero en relación a la misma, conviene recordar como precedente la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Noviembre de 1984, en donde se establece que el secreto bancario, no regulado explícitamente por nuestra Constitución, debe incardinarse en el ámbito del Derecho Fundamental a la Intimidad Personal del artículo 18.1, derecho perfectamente limitable, dado que la Administración está perfectamente legitimada, también desde el plano constitucional, para exigir determinados datos de la situación económica de los contribuyentes, tanto a los particulares como a las entidades bancarias y crediticias por su función de intermediación en el área económica.

3) Incorporación a nuestra Legislación Penal de la figura del colaborador. Esta figura tiene precedentes en nuestros Códigos Penales, no sólo a través del Arrepentimiento Espontáneo, sino también por la reciente incorporación de una figura muy parecida en el artículo 57 bis B en relación con los delitos relativos a Bandas Armadas o elementos Terroristas, posibilitando según los casos y grado de colaboración del sujeto, no sólo la reducción sustancial de la pena, sino incluso la remisión total de la misma.

Esta figura del Colaborador me parece esencial sobre la base de una realidad palpable y es que en el oscuro e intrincado espacio delictivo de la droga, son muy escasas las denuncias concretas de ciudadanos particulares, pero no son infrecuentes los casos de personas implicadas en la trama delictiva que se muestran dispuestas a colaborar con la Justicia. Esta colaboración ha de tener una adecuada relevancia jurídico-penal favorable, que sin llegar al modelo norteamericano de la negociación o pacto —plea bargaining—, llegue a equipararse a fórmulas establecidas en el Derecho Continental Europeo como ocurre en países como Alemania, Bélgica, Francia o Italia.

B) Pasemos al segundo de los grupos o segmentos sociales relacionados con la droga y que estaría constituido por lo que denominaríamos traficantes-consumidores, llamados a desempeñar ese doble rol, que frecuentemente se nos aparece como muy poco nítido, involucrado siempre en el círculo vicioso que Beristain describe al hablar de "delinquir para consumir droga y consumir droga para delinquir", ya que se trata de situaciones que habitualmente aparecen entremezcladas y confundidas al tener orígenes muy semejantes.

Se trata sin duda alguna del sector que de forma más trágica percibe los aspectos más negativos del fenómeno de la droga, como lo acredita la cifra de 690 fallecidos a lo largo del año 1990, según se acredita en la última Memoria de la Fiscalía General del Estado, con un crecimiento de un 15% respecto al año anterior. Este segmento social y el papel que juega en el fenómeno es el origen de una modalidad típica de delincuencia, generalmente urbana y contra la propiedad, que se ha dado en llamar delincuencia funcional, dado que el sujeto, ante la imperiosa necesidad de dar salida a su doble dependencia física y síquica de determinadas sustancias, acude a la comisión de delitos como medio más adecuado para encontrar satisfacción.

Esta delincuencia funcional, que origina una alarma social, directamente conectada con la denominada inseguridad ciudadana, ha de obtener la adecuada respuesta del Aparato Judicial, que a mi modo de ver ha de venir articulada a caballo de una represión controlada, directamente conectada con una paralela política de prevención y rehabilitación, aspectos estos últimos que me parecen sumamente trascendentales si de verdad se quiere paliar los efectos del fenómeno de la droga.

Prevención que como apunta Jiménez García, supone siempre la puesta en acción de los medios más apropiados para impedir la aparición del fenómeno de la dependencia de la droga tanto a nivel individual como colectivo. Prevenir es educar y la educación ha de tener como objetivo el pleno desarrollo del individuo, consiguiendo que sea capaz de tomar decisiones sanas frente a la droga.

Rehabilitación y reinserción social del drogodependiente, casi siempre más víctima que protagonista del fenómeno, lo que exige un tratamiento penal diferenciado respecto a otros tipos de delincuencia, en la búsqueda de alternativas a la drogadicción del sujeto, actuando preferentemente más sobre la causa del delito, la drogadicción, que sobre el delito como resultado.

Sin embargo, habrá ocasiones en que sea preciso la utilización de la vía puramente represiva contra esa delincuencia funcional; es entonces cuando ha de acreditarse la especial fibra de sensibilidad de que tiene que estar adornado cualquier integrante de la Magistratura y que habrá de demostrarse por el uso, y en ocasiones abuso, de aquellas medidas alternativas que tiendan a paliar la dureza de una respuesta exclusivamente penal. Estas medidas, de todos es conocido son aquéllas que aparecen reflejadas en los artículos 8.1, 9.1 y 93 bis del Código Penal, a las que por conocidas no voy a extenderme en su exposición, si bien, sí quisiera recalcar la ampliación que de las mismas se hace en el Anteproyecto de Código Penal elevado por nuestro Gobierno al Parlamento.

C) Finalmente llegamos al tercer y último segmento social, integrado por aquellos que calificábamos de protagonistas forzosos del fenómeno de la droga, al aparecer como sujetos pasivos de la Delincuencia Funcional. La respuesta o más bien actitud que frente a ellos ha de adoptar el Aparato Judicial, está estrechamente vinculada a la ciencia de la Victimología, término ideado por el norteamericano Wertham en 1949, dando inicio a una serie de estudios posteriores preocupados por la adecuada protección de los derechos de las víctimas del delito.

Desechadas en el Derecho Penal moderno las figuras de la venganza y autodefensa como legítimas respuestas del delito y logrado el monopolio del "ius puniendi" por el Estado, con la producción del fenómeno que Hassemmer denominaba "*neutralización de la víctima del delito*", no cabe duda que frente a estos innegables progresos se ha producido un correlativo fenómeno de "deshumanización del Derecho Penal" olvidándose frecuentemente que todo delito genera siempre una víctima concreta, que no sólo sufre la vejación del delito, sino que frecuentemente ve alterada su vida cotidiana y su propia intimidad por el defectuoso funcionamiento de la mecánica persecutoria del Estado, que suele obligarle a colaborar con la Administración de Justicia en la búsqueda e identificación del delincuente sin que posteriormente se le compense con una adecuada reparación, no necesariamente económica de las consecuencias del delito.

A mi modo de ver son varios los aspectos en los que podría mejorarse el tratamiento a la víctima del delito, comenzando en la fase de Instrucción, con el perfeccionamiento de la relación víctima-policía, dándose con ello un adecuado cumplimiento a la Resolución 40/34 de la ONU y a las Recomendaciones 83 y 85 del Consejo de Europa, en donde se establecen una serie de sugerencias para una adecuada asistencia policial a la víctima y una mayor información sobre sus derechos y protección de los mismos.

Perfeccionamiento igualmente de la relación víctima-administración de justicia, dando un completo desarrollo y cumplimiento al artículo 24 de nuestra Constitución, cuando habla del derecho a "un aprovechamiento público sin dilaciones indebidas", para lo que sería necesario un perfeccionamiento y agilización de los Actos de Comunicación del Organo Jurisdiccional así como igualmente de la ejecución de la Resolución Judicial una vez que ésta haya adquirido el carácter de firme.

Especial atención merece la situación de desprotección que suele originarse en aquellos supuestos en los que la víctima del delito, generalmente violento, solicita no declarar en juicio a presencia de su agresor, por entender que ello pudiera atentar a su futura seguridad. Se produce aquí una colisión de los derechos reconocidos en favor de la víctima en el artículo 24.2 de la Constitución, cuando se habla del derecho a un juicio "...con las debidas garantías" y el del inculpado a presenciar todas aquellas imputaciones que se le hagan. La protección que ambos derechos merecen, así como la necesidad de que el procedimiento esté presidido por el principio de intermediación obligaría a la adopción de imaginativas soluciones que permitan conciliar la seguridad de la víctima aún cuando ello conllevara cierta restricción del principio de publicidad del proceso, que vendría amparada por el artículo 232.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que lo permite en aquellos casos en que se pueda producir colisión de derechos fundamentales, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevee en su artículo 790 ciertas excepciones al principio de publicidad e intermediación en los casos de prueba anticipada, así como por el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, artículo 6 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

