

Las Drogodependencias en el nuevo Código Penal de 1995.

José M. de Paúl Velasco

Magistrado de la Audiencia Provincial de Sevilla.
Miembro del Colectivo Jueces para la Democracia.

1.- LAS DROGODEPENDENCIAS COMO CAUSA DE MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.-

1.1.- Planteamiento.

Hablar de las drogodependencias como causa de modificación de la responsabilidad criminal implica aludir a la influencia de las toxicomanías en la *imputabilidad* del sujeto. La imputabilidad es un concepto jurídico con el que se hace referencia, según la doctrina dominante, a la *capacidad de culpabilidad*, entendida como la facultad de conocer la normatividad o antijuridicidad de los propios actos y de ajustar la conducta a ese conocimiento.

Como ha señalado acertadamente MARÍN CASTÁN, cabe preguntarse si, en el caso de encontrarse legalizadas las drogas de tráfico prohibido, su tratamiento jurídico-penal, en lo que a la imputabilidad concierne, no sería sin más idéntico al que de antiguo vienen mereciendo la embriaguez y el alcoholismo. En efecto, añade el mismo autor, el supuesto verdaderamente polémico, el que suscita las mayores dudas y enfrenta con mayor crudeza las posturas defensistas a las garantistas no es el delito cometido bajo los efectos de la droga, sino el que se comete para obtenerla o para conseguir dinero o bienes de cambio con que procurársela a fin de evitar o paliar los síntomas que produce su carencia, derivada a su vez de la imposibilidad de adquirirla en el mercado legal.

En definitiva, los efectos problemáticos de la drogadicción sobre la imputabilidad se dan primordialmente en relación con la llamada *delincuencia funcional* del drogodependiente, en especial del heroinómano. A ello nos referiremos en lo sucesivo, aun sin olvidar lo que de simplificación tiene toda abstracción; pues, como ha subrayado JIMÉNEZ VILLAREJO, ni el heroinómano está siempre tan irresistible y objetivamente impulsado a la delincuencia como él mismo se cree, ni todo heroinómano es indefectiblemente un delincuente.

1.2.- Estado actual de la cuestión.

Como es sabido, el Código Penal todavía en vigor no contempla específicamente la adicción a sustancias estupefacientes o psicotrópicas como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. El legislador español no ha considerado hasta fechas muy recientes la drogadicción como un problema prioritario de nuestra sociedad. Producido el

siniestro *boom* de la heroína a finales de los años setenta, a principios de la década siguiente los casos de delincuencia funcional comienzan a llegar en masa al Tribunal Supremo, que se ve obligado a intentar ofrecer un tratamiento unitario y coherente al problema de la drogadicción, ante el silencio legal. No interesa aquí detenerse en las fases de la evolución jurisprudencial en la materia, ni poner de relieve sus contradicciones internas; pero sí ofrecer un sumario repaso del estado actual de la cuestión en la doctrina del Tribunal Supremo, a fin de poder valorar las novedades que en la materia ofrezca el Código de 1995.

A este respecto, aunque sean constantes las declaraciones jurisprudenciales de que la drogadicción por sí sola no basta para atenuar ni para eximir la responsabilidad criminal del sujeto, tal afirmación de principio se está convirtiendo cada vez más en una cláusula de estilo carente de contenido real y de consecuencias prácticas. En efecto, en la jurisprudencia más reciente se ha abierto paso la idea de que la drogadicción prolongada a lo largo de los años y con una cierta intensidad, necesariamente repercute en las condiciones intelectivas y volitivas determinantes de la imputabilidad, que por fuerza han de verse seriamente dañadas por la repetición de los síndromes carenciales y por la tensión, ansiedad y efectos somáticos que la dependencia continuada conlleva para quien la padece, que acaba por orientar sus actividades de manera casi exclusiva a la adquisición de la droga, generándose así un deterioro permanente que no precisa de la necesidad puntual propia del síndrome de abstinencia para afectar gravemente la capacidad de comprender y querer del sujeto.

Sobre esta base, una vez acreditada la toxicomanía del sujeto, su prolongación durante algunos años y, por supuesto, el carácter funcional del delito cometido, tiende a superarse el anterior criterio general de reservar la eximente incompleta para los casos de delito perpetrado bajo síndrome de abstinencia, y se empieza a aplicar con frecuencia esta importante rebaja de pena al heroinómano que comete un delito como consecuencia de su adicción, siempre que ésta venga de antiguo y aunque no lo haga bajo síndrome de abstinencia. Los casos de exención total de responsabilidad siguen siendo absolutamente excepcionales, por no decir puramente teóricos; mientras que la simple atenuante, que determina una disminución de pena mucho menos enérgica -y a veces nula en la práctica- se tiende a aplicar a los supuestos de menor antigüedad o intensidad de la adicción, sin que exista una frontera clara con la eximente incompleta. Existe incluso una posibilidad intermedia, la denominada *atenuante analógica muy calificada*, con efectos similares a los de la eximente incompleta, pero condicionados a que no concurren simultáneamente circunstancias agravantes; aunque en los últimos tiempos tiende a eludirse esta solución, reputada como excesivamente artificiosa, una vez que se ha admitido la posibilidad de la eximente incompleta aunque no exista síndrome de abstinencia o intoxicación aguda en el momento de delinquir.

Hay que subrayar que algunas de las sentencias más recientes introducen por primera vez el criterio *in dubio pro reo* en esta materia; de manera que cuando existen dudas acerca de la concreta influencia de la toxicomanía en la imputabilidad del sujeto ha de optarse por la conclusión más favorable al reo. De consolidarse esta tesis, prácticamente se vendría a acabar imponiendo en la práctica la solución opuesta a la que se afirma en línea de principio; puesto que por esta vía acabaría por reconocerse con carácter casi

general una inherencia automática entre la condición de drogadicto y la disminución de la responsabilidad criminal. No obstante, hay que insistir una vez más que los criterios jurisprudenciales son acusadamente casuísticos, no siempre armónicos y muy dependientes de la actitud ante la droga de los distintos Magistrados Ponentes; por lo que el panorama que se ha expuesto ha de entenderse como líneas de fuerza dominantes o corrientes mayoritarias, no exentas de desviaciones importantes y relativamente numerosas. En cualquier caso, ése es el panorama sobre el que viene a operar el nuevo Código Penal.

1.3.- Regulación de la materia en el Código Penal de 1995.

El artículo 20.2º del nuevo Código Penal, que entrará en vigor el próximo 24 de mayo, regula la influencia de las drogodependencias en la imputabilidad sobre las siguientes bases:

- 1º.- Está exento de responsabilidad criminal "el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no se haya buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".
- 2º.- Si la intoxicación aguda o el síndrome carencial no alcanzan la intensidad necesaria para la plena inimputabilidad, o no concurren los restantes requisitos de la misma, podrá apreciarse una eximente incompleta, al amparo del artículo 21-1º, lo que determinará una rebaja de hasta tres cuartas partes de la pena. Si la pena resultante de la rebaja es inferior a seis meses de prisión, será en todo caso sustituida por una pena no privativa de libertad (artículos 68, 70 y 71).
- 3º.- Finalmente, aunque no concurra en el momento de la perpetración del hecho delictivo una intoxicación aguda o un síndrome de abstinencia, el artículo 21.2 contempla también como circunstancia atenuante "la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior", es decir, el alcohol y las sustancias estupefacientes o psicotrópicas. La atenuante determina en principio que la pena señalada al delito haya de imponerse en su mitad inferior; si bien cabe apreciarla como muy cualificada, en cuyo caso surte los mismos efectos que la eximente incompleta. A diferencia de lo que ocurre en el sistema actual, la equiparación de la atenuante muy cualificada a la eximente incompleta no está condicionada a que no concurren simultáneamente circunstancias agravantes (artículo 66).

Fácil es comprender que el sistema establecido puede coincidir en sus resultados prácticos con la praxis jurisprudencial dominante que hemos expuesto en el apartado anterior, aunque las vías para llegar a estos resultados no sean técnicamente las mismas.

Estas diferencias son en buena parte explicables por el hecho de que las referencias al síndrome de abstinencia y la introducción de una atenuante basada en la adicción en sí misma fueron introducidas durante la tramitación parlamentaria del Código. En efecto, y por sorprendente que pueda parecer, el Anteproyecto primitivo y el Proyecto remitido a las Cortes sólo contemplaban el influjo de la drogadicción desde la perspectiva de la intoxicación aguda; lo que no sólo resultaba de nula utilidad, sino que suponía un grave retroceso respecto a posiciones jurisprudenciales ya consolidadas. En este aspecto es indudable que la labor legislativa de las Cortes ha mejorado sustancialmente el texto remitido por el Gobierno.

Por otra parte, la exigencia para la eximente completa de que al cometer el delito no se hubiera previsto o debido prever su comisión, aun siendo en principio irreprochable, encierra el peligro de ser tomada como argumento para reavivar cierta línea jurisprudencial, iniciada a principios de los años ochenta y posteriormente abandonada, que aplicaba la llamada doctrina de la *actio libera in causa* a los delitos cometidos por el drogodependiente; reprochándole que al iniciarse en el camino de la droga no previera la futura comisión de delitos para procurársela, con el resultado de negar cualquier atenuación de su responsabilidad. Evidentemente esta tesis hunde sus raíces en el más perfecto desconocimiento de los mecanismos psicológicos y biológicos de la drogodependencia y de sus efectos sobre la autodeterminación volitiva del sujeto. No parece que el nuevo texto legal pueda servir para resucitarla, si se piensa que la previsibilidad viene referida en él a la comisión del delito en concreto -no a una genérica situación criminógena, como en la abandonada tesis jurisprudencial- y que su ámbito se limita a los supuestos de intoxicación aguda, que en el caso de los estupefacientes, a diferencia de la intoxicación etílica, es un factor de riesgo criminal relativamente irrelevante.

Finalmente, es de observar que la drogadicción como estado crónico requiere para servir de atenuante, además de su relación causal con el delito cometido, el poder ser calificada de *grave*; por lo que la atenuante muy cualificada -única que permite una rebaja sustancial de la pena- queda reservada a supuestos de drogodependencia de extraordinaria gravedad o en los que la toxicomanía se combine con otros factores. Lo importante a este respecto no son tanto los adjetivos empleados por el texto legal como su concreción jurisprudencial en la práctica. Es de prever, dada la praxis actual, un criterio generalmente benévolo; pero seguirá subsistiendo una cierta desigualdad, seguramente inevitable, en la aplicación de la Ley por los distintos Tribunales. Los dictámenes periciales serán todavía más importantes que en la actualidad, pero en ningún caso podrán sustituir el arbitrio judicial.

2.- LA REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA PARA LA DELINCUENCIA FUNCIONAL DE LOS DROGODEPENDIENTES.-

2.1.- Situación actual.

La reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, operada por Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, trajo como una de sus principales novedades la introducción de una nueva modalidad de remisión condicional de la pena destinada, según el preámbulo de la Ley, a ofrecer "un tratamiento jurídico-penal específico para esa singular figura criminológica del drogodependiente que incurre en la comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de toxicodependencia". Con esta declarada finalidad, el artículo 93 bis del vigente Código Penal dispone textualmente:

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

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

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

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

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

La ejecución de la suspensión de la pena quedará condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale [de dos a cinco años, por aplicación del artículo 93], así como a que no abandone el tratamiento.

Cumplido lo anterior, una vez transcurrido el plazo de la suspensión y acreditada la deshabitación del reo, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena. De lo contrario, ordenará su cumplimiento."

Existe una rara unanimidad doctrinal en considerar que el largo y prolijo precepto que hemos transcrito establece tantas limitaciones a su aplicación, debido a la declarada obsesión por "salvaguardar la cobertura de los fines preventivo-generales" y evitar "un uso fraudulento de la disposición legal" (en palabras del preámbulo de la Ley), que no introduce mejoras sustanciales respecto al régimen general de la condena condicional, lo que lo hace inoperante e incluso incongruente y regresivo, pues en algunos puntos endurece la regulación preexistente. Entre estas sustanciales limitaciones cabe señalar las siguientes:

1º.- La remisión condicional sólo es aplicable a los condenados a penas de hasta dos años de privación de libertad. Ello implica dejar fuera del ámbito del precepto la figura criminológica del consumidor-trafficante de heroína, a la que aluden primordialmente los textos internacionales cuando proponen este tipo de medidas; puesto que la pena mínima establecida para este delito

por el artículo 344 del Código Penal es de dos años, cuatro meses y un día de prisión. Lo mismo ocurre con muchos de los delitos contra la propiedad característicos de la delincuencia funcional del drogodependiente. Parece que los límites de aplicación del beneficio no deberían fundarse tanto en la extensión de la pena como en la naturaleza del delito y su relación con la drogodependencia.

Bien es verdad, como señalan los promotores de la reforma, que si la situación de drogodependencia ha servido para fundamentar una eximente incompleta, o al menos una atenuante analógica muy cualificada, el artículo 93 bis puede aplicarse a delitos castigados en principio con penas de hasta veinte años de reclusión. Pero en estos casos lo procedente no es la remisión condicional de la pena, sino el establecimiento de las medidas de seguridad contempladas en el artículo 9.1 del propio Código, que en virtud del denominado sistema vicarial tienen efectos más beneficiosos para el reo que el del artículo 93 bis.

2º.- Precisamente, la exigencia de que se declare probada en la sentencia la situación de drogodependencia, así como que la conducta delictiva fue realizada por motivo de dicha situación, determina que la inmensa mayoría de los condenados susceptibles de recibir este beneficio se les haya apreciado la eximente incompleta o la atenuante analógica muy cualificada, con la consiguiente aplicación de medidas de tratamiento o con la posibilidad de acogerse a la remisión condicional ordinaria, que en estos casos se extiende también a penas de hasta dos años. De esta forma, se da la paradójica consecuencia de que la remisión condicional del artículo 93 bis tiene como sujetos preferentes de aplicación aquellos condenados que presentan un grado de drogodependencia menos intenso (ya que no alcanza la intensidad necesaria para ser considerada como eximente incompleta o atenuante muy cualificada) y que por lo mismo es posible que ni siquiera necesiten tratamiento alguno, o que no se justifique su imposición en vía penal.

En relación con este requisito, los autores no suelen reparar en que en numerosas ocasiones, por deficiencias de la instrucción o de la defensa del acusado, o por la propia dejadez de éste (tan característica de la personalidad desestructurada por la adicción), la situación de drogodependencia sólo se acredita en el proceso una vez que se ha dictado ya sentencia firme, en la que lógicamente no se ha hecho ninguna referencia a tal situación. En tales casos, el tenor literal de la norma impide radicalmente la posible aplicación del artículo 93 bis, por clara que resulte la drogodependencia y su relación causal con el delito. La única solución consiste en acudir a la ficción de entender que la adicción sobrevino después de la sentencia y, siempre que su intensidad la haga equiparable a la eximente incompleta de enajenación, sustituir la pena por medidas de internamiento o tratamiento ambulatorio, aplicando analógicamente el artículo 82 del Código Penal. Tal solución, aunque fuerza los límites legales, ha sido admitida con ciertas limitaciones por la Fiscalía General del Estado, pero su aplicación en

la práctica es muy reducida; restringida sobre todo a los casos en que en el momento de ingresar en prisión el condenado está ya sometido a tratamiento, a fin de no interrumpir el mismo (si bien la Fiscalía exige en todo caso el previo ingreso del condenado en prisión, a los solos efectos de clasificación en tercer grado).

- 3°.- La exigencia de que el condenado no sea reincidente ni haya gozado anteriormente del beneficio de remisión condicional choca frontalmente con la patente realidad criminológica que ofrece la delincuencia funcional del drogodependiente, caracterizada precisamente por un alto nivel de reincidencia. En cuanto a la remisión condicional anterior, que ni siquiera se exige que fuera de este régimen especial, el requisito resulta ser más estricto que para la remisión condicional ordinaria; puesto que desde la reforma de 1983 el régimen general del artículo 93 permite sucesivas remisiones condicionales, siempre que previamente hubieran transcurrido los plazos para la rehabilitación de la condena anterior, cosa que la dicción literal del artículo 93 bis impide. Además, como señala GONZÁLEZ ZORRILLA, este requisito resulta contrario a la experiencia terapéutica que enseña que, normalmente, un sujeto se halla más dispuesto a recibir un tratamiento rehabilitador después de un cierto tipo de consumo que en las etapas iniciales del mismo. Negar, por tanto, a un sujeto la posibilidad de iniciar un tratamiento sustitutivo de la pena de prisión por la sola circunstancia de que años atrás hubiera tenido la "mala fortuna" de cometer un delito banal y serle aplicada la condena condicional es una muestra de ceguera político-criminal.
- 4°.- La exigencia de que el reo se encuentre deshabitado o se halle sometido a tratamiento para tal fin en el momento de concederse el beneficio deja fuera, en principio, aquellos supuestos en que la voluntad de someterse a tratamiento existe, pero no ha habido oportunidad de ponerla en práctica, por las limitaciones del sistema asistencial o por cualquier otra causa. Ciertamente, una interpretación judicial integradora puede equiparar el tratamiento ya iniciado con la voluntad o promesa del condenado de someterse al mismo en cuanto las condiciones lo permitan, con una cierta garantía del comienzo, en la línea de lo previsto en el §35 de la Ley sobre tráfico de estupefacientes alemana de 1981. Esta interpretación podría apoyarse en la posterior referencia del precepto a que el órgano sentenciador pida informes sobre el comienzo del tratamiento, cuando en principio éste debería estar acreditado antes de acordar la suspensión. En la misma línea, se plantea el problema de si al tratamiento propiamente deshabitador pueden equipararse los programas de mantenimiento con metadona; siendo claro que quedan fuera del ámbito del precepto los programas de medio o bajo nivel de exigencia.
- 5°.- La exigencia de que el condenado no abandone el tratamiento durante el período de remisión condicional da nuevamente la espalda a la realidad criminológica y terapéutica, que enseña que una rehabilitación completa de la drogodependencia supone siempre un proceso complejo y difícil, que incluye

normalmente recaídas, abandonos parciales o esporádicos del tratamiento y desfallecimientos de la voluntad más o menos graves. Ciertamente, también es posible en este punto una interpretación judicial flexible que considere el abandono como abandono *definitivo*. Pero esta tesis plantea el problema de determinar cuándo un abandono del tratamiento es esporádico o definitivo; sobre todo, como indica el autor antes citado, cuando desde la perspectiva del sujeto drogodependiente todos sus abandonos se le presentan como "definitivos", de la misma forma que todas sus decisiones de iniciar o reemprender el tratamiento son igualmente "definitivas". Y ninguna flexibilidad judicial puede orillar el requisito de no cometer nuevos delitos, riesgo harto elevado en los períodos de recaída en la dependencia.

- 6°.- La exigencia de control judicial de la evolución y eventuales modificaciones del tratamiento, si por un lado parece insoslayable -puesto que de una medida judicial de ejecución de sentencia se trata- plantea indudables riesgos. En primer lugar, el de una cierta inversión de roles, en la medida en que los órganos jurisdiccionales puedan acabar subrogándose en el lugar de los terapeutas, cuya actuación y propuestas han de evaluar, y éstos en el de aquéllos, puesto que son conscientes de que sus informes serán determinantes a la hora de mantener o revocar la suspensión de condena. En segundo lugar, si el control es muy estricto, puede resultar contraproducente para los fines de rehabilitación pretendidos, al hacer peligrar la necesaria relación de plena comunicación y confianza entre los terapeutas y el asistido.
- 7°.- El condicionamiento de la remisión definitiva a que el reo se encuentre acreditadamente deshabitado parece olvidar que esa deshabitación o rehabilitación es una situación orgánica, psicológica y aun social que con mucha frecuencia no está completamente bajo el control del propio sujeto drogodependiente. Por ello la mayoría de los autores proponen que debiera bastar con la constatación de que ha existido una voluntad seria de deshabitación durante todo el período de suspensión y tratamiento (aun contando con los normales altibajos a que antes nos referíamos) y de que nada hace suponer que esa voluntad no se mantenga en el futuro. Esta propuesta, por otra parte, ofrecería una solución razonable al arduo problema de decidir cuando un drogodependiente está efectivamente "deshabitado"; concepto siempre problemático y más aún si se admite la aplicabilidad del precepto a los programas de mantenimiento con metadona. En cualquier caso, se trata siempre de una propuesta *de lege ferenda*, pues el tenor literal del precepto impide interpretarlo en este sentido. Acaso habría que plantearse, más radicalmente, si tiene sentido que un sujeto que se ha sometido a un programa de tratamiento, que ha pasado los controles preceptivos durante el mismo y que no ha delinquido durante el plazo de suspensión se le obligue a entrar en prisión, varios años después de haber cometido su delito, por la sola circunstancia de no haber accedido a la imprecisa condición de "deshabitado".

8º.- Por último, es especialmente inaceptable que en caso de fracaso del tratamiento se obligue al condenado a cumplir en prisión la totalidad de la pena, sin que le compute a efectos de cumplimiento al menos el tiempo que haya permanecido internado durante el tratamiento. Tan elemental previsión, característica del denominado sistema vicarial, está contemplada en el § 36 de la Ley alemana antes citada y se prevé asimismo para las medidas de seguridad en caso de eximente incompleta en el artículo 9.1 del propio Código Penal, pero no, inexplicablemente, en el artículo 93 bis que ahora nos ocupa.

A la vista de las limitaciones e inconvenientes que hemos puesto de relieve, no es de extrañar que haya podido decirse que el artículo 93 bis nació muerto; pronóstico que parece confirmado por la escasísima aplicación judicial del mismo.

2.2.- Regulación en el Código Penal de 1995.

El artículo 87 del Código Penal de 1995 dispone:

1. "...el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20 [alcohol, estupefacientes, psicotrópicos o análogos], siempre que se den las siguientes circunstancias:

1ª. Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado, debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

2ª. Que no se trate de reos habituales.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar, así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo.

De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años."

Como novedades más importantes respecto a la regulación del actual artículo 93 bis, además de la equiparación del alcohol a las drogas de tráfico ilegal, pueden señalarse las siguientes:

- 1ª.- La elevación del límite de la pena susceptible de suspensión hasta tres años de prisión. La modificación es importante, porque por primera vez permitirá la aplicación de la remisión condicional a los consumidores-trafficantes, aunque no se haya apreciado en su conducta la concurrencia de una eximente incompleta o de una atenuante muy cualificada de drogadicción. En efecto, la pena básica prevista para el delito de tráfico de drogas en el nuevo artículo 369 va de tres a nueve años en el caso de sustancias gravemente dañosas para la salud y de uno a tres años en los demás casos. De esta suerte, el adicto a la heroína que *trapichea* para financiar su propio consumo no quedará como hasta ahora excluido de antemano de este beneficio, con tal de que no haya incurrido en alguno de los subtipos agravados (venta a menores, p.ej.) y no le sean aplicables agravantes genéricas; e incluso en este último caso podría igualmente cumplir el requisito de duración de la pena si se le apreciara junto a la agravante la atenuante de drogadicción, aunque no fuese muy cualificada. Por la misma razón, unida a la desaparición de los llamados delitos complejos, tampoco quedan excluidos los delitos contra la propiedad característicos de la llamada drogodelincuencia; salvo el supuesto del robo con uso de armas o medios peligrosos, y aun éste no siempre (artículo 242)
- 2ª.- Desaparece, en buena hora, el requisito de que la situación de drogodependencia y su influencia causal en el delito se hayan apreciado en la sentencia. Ello permitirá aplicar el beneficio aunque estas condiciones no hayan aparecido en el proceso hasta la fase de ejecución de sentencia (cfr. *supra* 2.1.2ª).
- 3ª.- No se excluye automáticamente del beneficio a los reincidentes; quedando la decisión al respecto conferida al arbitrio motivado del órgano sentenciador. Ello puede originar una inevitable desigualdad en la aplicación de la Ley, puesto que casos muy parecidos pueden recibir soluciones opuestas, pero no deja de suponer un indudable avance. Desaparece igualmente el impresentable requisito de no haber gozado anteriormente de otra remisión condicional de condena. En cuanto al nuevo requisito de no ser delincuente habitual, el artículo 94 precisa que a estos efectos se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Esta definición legal, aun siendo bastante restrictiva, no deja de presentar algunas hipótesis insatisfactorias y dudas de interpretación.

- 4ª.- El plazo mínimo de suspensión se eleva de dos a tres años, mientras que para la remisión ordinaria permanece en dos años; lo que hace innecesariamente más prolongado el tiempo que se exige sin delinquir al drogodependiente.
- 5ª.- Puede entenderse que la sustitución de la palabra *motivo* por la más genérica y objetiva de *causa*, al referirse a la relación entre la situación de dependencia y el delito cometido, da nuevos argumentos a quienes consideran que la remisión condicional específica no debe aplicarse sólo a los supuestos de delincuencia funcional en sentido estricto, sino siempre que se pruebe la situación de drogodependencia y que de alguna manera el delito se produzca en el seno de una realidad vital de la que dicha situación forme parte determinante (la llamada delincuencia *asociada*, en oposición a la *funcional*). Señalemos a este respecto que para el Diccionario de la Real Academia *motivo* es fundamentalmente la razón que inclina a hacer alguna cosa, mientras que *causa* es simplemente lo que se considera como fundamento u origen de algo.
- 6ª.- La referencia actual al *control* por el órgano sentenciador de la evolución y modificaciones del tratamiento se sustituye por el *conocimiento periódico* de las mismas. De esta forma parece situarse más adecuadamente el papel que corresponde en el tratamiento al órgano judicial y a los terapeutas.
- 7ª.- La remisión definitiva de la pena ya no se condiciona tajantemente a la efectiva deshabitación, sino que basta la continuidad en el tratamiento. La posibilidad de prorrogar la suspensión -que puede llevar la medida hasta la desmesurada duración de siete años- no viene referida, tal como está redactado el precepto, a los casos en que no se haya conseguido la deshabitación pese a la continuidad en el tratamiento (casos en los que procede la remisión); sino a aquellos otros a que antes nos referíamos (cfr. *supra* 2.1.5º) en que pueda considerarse que el abandono del tratamiento no es definitivo. En cualquier caso, ello no evitará ni las dificultades para determinar ese carácter definitivo ni el ingreso en prisión de personas que pueden llevar siete o más años sin haber vuelto a delinquir. Finalmente, al desaparecer como requisito fundamental de la remisión definitiva la deshabitación, sustituida por la continuidad del tratamiento, ello refuerza la posibilidad de aplicar esta medida a los tratamientos con metadona u otros agonistas opiáceos.

Hay que observar, por otra parte, que el legislador permanece empecinado en no admitir el abono para el cumplimiento de la condena del tiempo de internamiento en los supuestos de abandono definitivo del tratamiento (cfr. *supra* 2.1.8ª). Del mismo modo, no se ha aprovechado la reforma del Código Penal para introducir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la sumisión a tratamiento de deshabitación como medida sustitutiva de la prisión preventiva; posibilidad establecida, por ejemplo, en la Ley italiana de 1975 y que en nuestro país queda así conferida al puro voluntarismo judicial.

En definitiva, la nueva regulación aporta mejoras sustanciales sobre el artículo 93 bis todavía vigente, aunque dista mucho de agotar las posibilidades en esta materia, como fruto de la tensión dialéctica entre las opciones defensoras y las político-criminalmente más avanzadas. En cualquier caso, aunque quepa prever un cierto aumento en la aplicación de la remisión condicional específica a los condenados drogodependientes frente al vacío actual, no parece que vaya a convertirse en un instrumento de utilización frecuente. Por un lado, en la mayoría de los casos en que sea posible aplicar esta medida seguirá siendo más adecuado, más sencillo y más favorable para el condenado acudir a otro tipo de substitutos de la pena, ya sea la apreciación de una circunstancia modificativa acompañada de medidas de seguridad, ya la remisión condicional ordinaria, ya otras formas substitutivas de ejecución, de las que por primera vez regula el nuevo Código Penal. Por otro lado, la escasez de plazas disponibles en la red asistencial, la limitación de medios económicos de los delincuentes drogodependientes, la falta de predisposición seria al tratamiento en la mayoría de ellos y la desconfianza judicial sobre el éxito último de la medida son otros tantos factores que operan en contra de una aplicación masiva.

3.- MEDIDAS DE SEGURIDAD POSTDELICTUALES PARA LOS DELINCIENTES DROGODEPENDIENTES.

3.1.- Regulación actual.

Conforme al artículo 8.1 del Código Penal todavía vigente, el delincuente al que se le haya aplicado en la sentencia una exención total de responsabilidad basada en su drogodependencia (caso insólito) deberá ser internado en un establecimiento de deshabitación, del cual no podrá salir sin la previa autorización del órgano sentenciador, no estableciéndose ningún límite máximo a la duración de dicho internamiento. Éste puede ser substituido desde un principio o a la vista de la evolución del afectado por la sumisión a tratamiento ambulatorio.

En los supuestos de eximente incompleta (más frecuentes que el anterior) el Juez o Tribunal *puede* imponer, además de la pena correspondiente al delito (sustancialmente rebajada), la medida de internamiento o la de sumisión a tratamiento ambulatorio. La primera sólo es posible cuando la pena aplicable es privativa de libertad, y la relación entre pena y medida se determina por el denominado *sistema vicarial*: la medida se cumple siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que el órgano judicial pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento.

No está prevista la aplicación de medidas de seguridad en caso de que la drogodependencia se aprecie como circunstancia atenuante, ordinaria o muy calificada, pero algunas sentencias del Tribunal Supremo vienen admitiendo esta posibilidad.

3.2.- Regulación en el Código Penal de 1995.

El Código Penal de 1995 contiene por primera vez una regulación detallada y garantista de las medidas de seguridad. Éstas se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho delictivo (artículo 6.1). Es decir: las medidas de seguridad tienen como presupuesto necesario no sólo la previa comisión de un delito (no caben medidas predelictuales), sino también que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (artículo 95).

Las medidas de seguridad aplicables a los drogodependientes exentos total o parcialmente de responsabilidad son sustancialmente iguales a las actuales. Se prevé expresamente que el centro de deshabituación pueda ser público o privado, debidamente homologado o acreditado y rige respecto al internamiento el sistema vicarial que antes describimos. En los casos de exención total de responsabilidad se abandona el sistema de duración indefinida, estableciéndose como límite máximo el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable, que habrá de ser fijado en la sentencia.

El Código de 1995, al igual que el vigente, no prevé la adopción de medidas de seguridad en el caso de que se haya apreciado la drogadicción como atenuante, ni siquiera como muy cualificada. La omisión es ahora especialmente importante; puesto que, como antes vimos, sólo se contemplan como causas de exención total o parcial de responsabilidad la intoxicación aguda y el síndrome carencial. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, no es posible construir una eximente incompleta basada en la situación crónica de drogodependencia. Dada la escasa transcendencia criminógena de la intoxicación aguda y las enormes dificultades de probar la concurrencia del síndrome de abstinencia en el momento del delito, la estricta aplicación del nuevo texto legal vendrá a dejar prácticamente inéditas las medidas de seguridad para delincuentes drogodependientes. Ello parece que debería abonar el mantenimiento de la interpretación extensiva de la jurisprudencia que permite la aplicación de medidas de seguridad a los casos de simple atenuante. Pero esta tesis, que siempre ha sido de difícil encaje con el principio de legalidad, resulta expresamente excluida por el artículo 1.2 del nuevo Código, a cuyo tenor las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley. La conclusión es obvia, y la gravedad de la misma dependerá de la confianza que cada uno tenga en los tratamientos coercitivos.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Conde-Pumpido Tourón, Cándido: "La delincuencia funcional: el tratamiento penal del drogodependiente que delinque"; en AA.VV.: Delitos contra la Salud Pública. Cuadernos de Derecho Judicial, XXI. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993, pp.203-233.
- 2.- Díez Ripollés, José Luis: Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo. Tecnos. Madrid, 1989.
- 3.- Jiménez García, Joaquín: "Alternativas a la prisión en caso de drogodelincuencia", en *Actualidad Penal*, 1995-1, pp.129-142.
- 4.- González Zorrilla, Carlos: "Remisión condicional de la pena y drogodependencia (Artículo 93 bis del Código Penal)"; en AA.VV.: Delitos contra la Salud Pública (Tráfico Ilegal de Drogas). Comentarios a la Legislación Penal, t.XII. Edersa. Madrid, 1990, pp.1-30.
- 5.- Jiménez Villarejo, José: "Droga y criminalidad"; en AA.VV.: La Problemática de la Droga en España (Análisis y Propuestas Político-criminales). Edersa. Madrid, 1986, pp.165-177.
- 6.- Maqueda Abreu, M^a Luisa: "Observaciones críticas a algunos de los aspectos de la reciente reforma sobre drogas (Ley Orgánica 1/1988, 24 marzo); en *Actualidad Penal*, 1988-2, pp. 2285-2291.
- 7.- Marín Castán, Francisco: "Drogadicción e imputabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"; en AA.VV.: La imputabilidad en general en el Derecho Penal". Cuadernos de Derecho Judicial, XVII. Madrid, 1993. Pp.281-320.
- 8.- Martín Martín, José Antonio: "La atenuante analógica de drogodependencia: posible consideración como muy cualificada y aplicación de medidas sustitutorias"; en AA.VV.: Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Cuadernos de Derecho Judicial, VII. Madrid, marzo 1995. Pp.407-420.
- 9.- Rey Huidobro, Luis Fernando: "El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a)"; en AA.VV.: Delitos contra la Salud Pública (Tráfico Ilegal de Drogas). Comentarios a la Legislación Penal, t.XII. Edersa. Madrid, 1990. Pp.33 y ss.; esp.221-248 (causas de inimputabilidad).
- 10.- Rodríguez Roca, J. y Col.: Drogodependencias y su tratamiento en siete países europeos. Intress. Barcelona, 1989.