

LA DESCriminalIZACIÓN DEL TRÁFICO Y TENENCIA DE DROGAS COMO ALTERNATIVA POLÍTICO-CRIMINAL*

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE**

1. Introducción

El tratamiento jurídico-penal de las drogas a nivel internacional atraviesa su momento más confuso: mientras algunos países, como los Estados Unidos o España, se deciden por un incremento sustancial de la criminalización, creando nuevos delitos y elevando fuertemente las penas, aparecen grupos no gubernamentales que entienden que el derecho penal no debe intervenir. Dichos grupos están formados por médicos, juristas, policías y otros sectores no sospechosos de representar intereses favorables a las drogas¹. Desde esta perspectiva se sostiene que el consumo y tráfico de drogas debe despenalizarse, pasando al Estado la tarea de administrar esas sustancias con criterios médico-sanitarios.

Es indiscutible que la cuestión de las drogas encierra un problema multidisciplinario, siempre de difícil solución. En un comienzo fue tratado exclusivamente como un tema jurídico y terapéutico, pero hoy no puede pensarse en una solución válida sin recurrir a otras disciplinas. Es necesario acudir a los enfoques sociológicos, psicológicos, antro-

* Trabajo presentado y expuesto en el I Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal, Buenos Aires, 1 al 3 de diciembre de 1988.

** Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

¹ Según informa el periódico "El País" del 2/10/88, se intenta formar una "Liga Antiprohibicionista Mundial" en base a que la prohibición de las drogas ha provocado problemas más graves que aquellos que debía resolver.

pológicos y político sociales², pero, sobre todo, al enfoque político económico.

Lo que trataré de concretar en esta ponencia es si el derecho penal tiene que ser una de esas instancias de control de la droga, si es lógico y necesario que intervenga, o bien cabe exigir que no actúe, dejando paso a otras instancias de control y a una actividad más seria y consecuente del Estado. La pregunta es si tanto la tenencia de drogas para el consumo, como el tráfico y distribución nacional e internacional de esas sustancias deben ocupar la atención del derecho penal, o bien si la política criminal que se desarrolle respecto a las drogas debe ser modificada.

En el momento actual, dentro del panorama internacional, podemos advertir un endurecimiento en la intervención penal, sobre todo en los Estados Unidos, país que recientemente ha elevado las penas para los delitos relacionados con las drogas, llegando inclusive a establecer la pena de muerte para algunos supuestos³. En España, el cuadro se presenta de manera similar, pues la ley orgánica 1/1988 que reforma el Código Penal en materia de drogas, supone un fuerte incremento en las penas y el ámbito de intervención del derecho penal sin llegar, por supuesto, a la pena de muerte que no está constitucionalmente permitida en el ordenamiento español⁴.

El aumento de las penas viene exigido a los gobiernos por la opinión pública. El punto de mayor coincidencia en la campaña electoral de los candidatos presidenciales norteamericanos de 1988 fue el incremento de la lucha contra las drogas. Una eventual propuesta de mantener o rebajar las penas existentes hubiera frustrado las expectativas presidenciales de ese candidato. Lo que ocurre es que la opinión pública norteamericana está influida por los medios de comunicación que asocian droga y delincuencia, y quiere penas ejemplares para el tráfico y consumo de drogas⁵. El

² Ver al respecto Bergalli, Introducción al Informe sobre la cuestión droga en la República Argentina, en "Poder y Control", n° 2, p. 112.

³ El incremento espectacular de las medidas represivas contra el narcotráfico puede verse también en las últimas Convenciones de la ONU, y en el marco de la CEE. Cfr. Díez Ripollés, La política de drogas en España, en ADP, 1987, p. 348 y siguientes.

⁴ Ver Muñoz Conde, Derecho penal. Parte especial, 7ª ed., Valencia, 1988, p. 447 y siguientes.

⁵ En España se da el mismo fenómeno. Sobre la identificación dro-

círculo se cierra cuando advertimos que la clase política y económica más poderosa, la que selecciona los candidatos presidenciales, domina los medios de comunicación e indirectamente la opinión pública.

Trataré por una parte la problemática de la tenencia y el consumo para luego ocuparme del tráfico y distribución. Se trata de problemas distintos, pues la tenencia y el consumo exigen una solución acorde con la forma de organización política y social de cada Estado. Las soluciones pueden no ser coincidentes de un país a otro. Pero el tráfico y distribución internacional de drogas exigen soluciones de conjunto, para permitir una lucha coherente contra las grandes mafias y poderosos capitales que manejan este negocio.

2. TENENCIA Y CONSUMO

La problemática de la tenencia y el consumo de drogas debe analizarse desde el marco social y geográfico concreto. La mejor solución para un país puede no coincidir con la de otros. Hay que averiguar en qué clase de Estado nos encontramos: Debemos constatar si se trata de un Estado democrático y pluralista, que permita la participación de los sujetos en los procesos sociales. Hay que comprobar si ese Estado respeta las garantías individuales y deja un marco de libertad para que el sujeto pueda realizarse. Dentro de ese modelo político y social no puede intervenir el derecho penal para sancionar a quien posea una cantidad de droga para consumirla. No cabe amenazar con penas la tenencia para el consumo ni, menos aún, el propio consumo⁴.

Partimos de la circunstancia de que las drogas ilícitas están definidas por ciertas instancias de control, autoridades gubernamentales o sanitarias. Ellas elaboran unas listas que incluyen el cannabis y el opio pero no así el alcohol, droga peligrosísima pero socialmente difundida y aceptada. Quién fuma cannabis es un delincuente, que verá agredida

ga-delinuencia y la elevación de las penas para estos delitos en los países europeos, ver González Zorrilla, C., *Drogas y control social*, en "Poder y Control", n° 2, p. 36 y siguientes.

⁴ En España la tenencia para el consumo no constituye delito. Ver Muñoz Conde, *Derecho penal*, cit. p. 455.

su personalidad y su vida tras una violenta incursión policial, plagada de vejaciones. Quien bebe buen whisky comprobará que su comportamiento no interesa al derecho penal. La barrera de lo lícito e ilícito depende de las valoraciones del funcionario sanitario de turno. Estos criterios, al ser poco claros, pueden conducir a que inexplicablemente una sustancia sea droga lícita y otra ilícita, a la arbitrariedad y a la manipulación política y económica.

En la Argentina la problemática de la tenencia de drogas para el consumo es objeto de una gran discusión. Existe un argumento acorde con la lógica jurídica que lleva a la despenalización, pues la Constitución, en su art. 19, consagra un marco de libertad en el que las acciones privadas del sujeto que no afectan al orden y la moral públicas ni perjudican a un tercero quedan fuera del poder jurisdiccional: dentro de ese ámbito privado el ciudadano puede hacer lo que quiera, bueno o malo, mejor o peor, pero el Estado no puede intervenir. Es lógico porque se trata de su ámbito más íntimo, de su universo más personal, y allí no puede entrar un Estado respetuoso de las garantías individuales.

Como destaca Bergalli, el art. 19 de la Constitución argentina impide la sanción penal para la tenencia de drogas para consumo personal y esto implica la imposibilidad de imponer subsidiariamente medidas de seguridad terapéuticas y curativas, si esas medidas no se aplican con total consentimiento del sujeto¹. Pero, además, aplicar esas medidas de seguridad requiere constatar un hecho típico y antijurídico (en definitiva, prohibido por el ordenamiento con carácter general) lo que no puede afirmarse de la tenencia de drogas para el consumo personal. Es un comportamiento conforme a derecho porque lo autoriza la Constitución en su art. 19.

Pero por otra parte advertimos que castigar al consumidor o al que tiene drogas para consumir nos lleva a un derecho penal de autor, donde se sanciona penalmente a los drogadictos por ser drogadictos con independencia de que realicen o no determinados comportamientos disvaliosos.

¹ Bergalli, *Introducción*, cit., p. 117 y siguientes. Por otra parte, las medidas rehabilitadoras que se imponen contra la voluntad del sujeto no consiguen los fines preventivo especiales que se pretenden, por lo que resultan condenadas al fracaso. La voluntad del que debe someterse al tratamiento es fundamental para conseguir algún resultado positivo.

Y como sabemos, el derecho penal de autor es arbitrario, ataca las garantías individuales y desemboca en posiciones autoritarias, donde lo importante es inventar un catálogo de los desviados y desatar toda la violencia penal sobre ellos. El drogadicto es otro chivo expiatorio, es otro enemigo interno señalado por el Estado para que la gran masa de gente, influida por los medios de comunicación, radio y televisión, lo vean como un delincuente, como un peligro social. Se atree a la opinión pública para que rechace al drogadicto y encuentre al enemigo que el Estado necesita para consolidar el orden establecido.

En el marco de la discusión internacional sobre el problema de las drogas, se está volviendo a un argumento que aún se utiliza en la Argentina, del que sacan partido pensadores conservadores y reaccionarios: la única manera de luchar contra el tráfico es sancionar penalmente al consumidor, pues si nadie consume nadie trafica. En consecuencia, la sanción penal al consumo se convertiría en el camino más idóneo de la lucha contra el tráfico.

Este pensamiento puede ser catalogado de ingenuo e infantil, o de una hipocresía manifiesta. Es ingenuo si constatamos lo que ocurre en la realidad. De una u otra manera el tráfico de drogas es incontrolable. Ningún país, ningún gobierno, posee dinero suficiente para luchar contra el tráfico de drogas. Se trata del negocio más rentable del mundo, con beneficios superiores a los 100.000 millones de dólares al año, que puede permitirse corromper, comprar y vender funcionarios de todas las escalas y gradaciones. Ha sobornado a cientos de generales latinoamericanos, presidentes, jueces, policías, funcionarios de la OEA y un catálogo impensable de figuras políticas. No puede sostenerse, ante un emporio económico de tal naturaleza, que la sanción penal a cinco infelices detenidos con medio gramo de cocaína pueda afectar la forma de producción y distribución de una empresa que maneja más dinero que muchos Estados.

Pero decir que sancionando al consumidor se sanciona al traficante, que llegará a desaparecer, puede encerrar también una hipocresía manifiesta. Es sabido que la droga multiplica su precio de 1000 a 5000 veces entre el lugar de producción y el sitio de venta en los Estados Unidos o Europa. Ese precio exagerado se produce por el monopolio que poseen los traficantes y productores. Y el monopolio está consolidado porque la gente común no se arriesga individualmente a producir y transportar esas sustancias

prohibidas, justamente por eso, porque están prohibidas, porque se trata de delitos amenazados con penas privativas de libertad. La amenaza penal al tráfico de drogas contribuye a mantener un buen precio en el mercado. Y si la amenaza también se dirige al consumidor, el buen precio está más que garantizado.

En definitiva, quien sostiene que hay que sancionar al consumidor para acabar con el traficante puede formular esa afirmación pensando ingenuamente que se puede acabar con el traficante –algo contrario a lo que la experiencia nos demuestra cada día– o bien procurando que con la sanción penal al consumo se mantenga el alto precio internacional de la droga o incluso se aprecie algún incremento, produciendo mayores beneficios a las bandas de narcotraficantes y a sus no menos poderosos amigos, políticos y asesores de toda clase.

Como último argumento de peso contra esta teoría puedo decir que en una sociedad democrática y pluralista, que debe permitir la convivencia de distintos grupos sociales e ideologías, el sujeto no puede ser un medio para ningún fin. No puede utilizarse al drogadicto para detener al traficante. Si el Estado no puede materialmente detener al traficante e imponerle penas es un problema que debe resolver el Estado pero nunca a costa del consumidor. El Estado no tiene derecho a utilizar a los consumidores para evitar por esa vía utilitarista e indirecta que se trafique con las drogas. Y esto es más grave cuando constatamos que con la sanción al consumidor sólo se quiere evitar una caída del precio de la droga. No puede ser una simple coincidencia que se incaute anualmente un porcentaje ínfimo de droga en todo el mundo. Las policías intervienen hasta el punto de consolidar el precio del mercado. Los traficantes dejan perder ciertos envíos de drogas a conciencia de que es necesario para que el precio sea estable.

Se entiende que el bien jurídico tutelado es la salud pública², pues se quiere evitar que los miembros de la sociedad consuman ciertas sustancias que producen dependencia física y psíquica, y deterioran gravemente el organismo. Pero si se interviene con el derecho penal para salvar al individuo de su ruina personal, se recurre al único camino

² Sobre la discusión –nada pacífica– acerca del bien jurídico tutelado, ver Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 378 y siguientes.

desaconsejado. ¿Cómo se puede recurrir a sancionar penalmente a quien se quiere ayudar? Entonces la premisa original se demuestra falsa. No se quiere ayudar a nadie, no interesa la situación personal de nadie. No hay un Estado benefactor que se preocupe por la salud de sus administrados, sino un Estado autoritario que lleva a prisión a ciertos sujetos con el pretexto de ayudarlos.

Queda perfilado nitidamente que si el bien jurídico salud pública debe protegerse penalmente por encima de los individuos y justamente contra los individuos que ven afectada su salud individual, nos encontramos ante un modelo que poco difiere del nacionalsocialista, donde ciertos valores superiores permitían actuar indiscriminadamente sobre los miembros de la sociedad. Los bienes jurídicos no merecen protección si no están en directa relación con los individuos concretos que son sus titulares. Los bienes jurídicos supraindividuales, desconectados del individuo, llevan a un poder sin límites del Estado.

El gran traficante está integrado en los sectores dirigentes de la sociedad, y cuenta con el asesoramiento técnico jurídico de los profesionales más entendidos. El camino a prisión de los grandes traficantes es prácticamente imposible, mientras que el de los consumidores, y más aún para aquellos que son al mismo tiempo marginados sociales, está prácticamente asegurado.

En definitiva, tenencia y consumo de drogas deben encontrarse fuera del derecho penal porque:

a) Un estado plural, que permite la convivencia de distintas razas, religiones e ideologías, no puede utilizar al derecho penal para sancionar las costumbres privadas de un grupo o grupos de ciudadanos.

b) Los límites de lo lícito y lo ilícito en materia de drogas está determinado por las autoridades sanitarias con criterios poco claros, que bien pueden responder a intereses económicos que procuran mantener el precio internacional de la droga.

c) Sancionar el consumo y la tenencia nos lleva a un derecho penal del autor y no del acto.

d) No puede sancionarse con una pena a aquel a quien se dice que se trata de ayudar.

El consumo de drogas y su tenencia para consumir implican una cuestión de conciencia individual, en la que el Estado no puede intervenir directamente, sino sólo a través

de campañas para desalentar el consumo, como las que se desarrollan en muchos países contra el alcohol y el tabaco.

3. TRÁFICO

Distinto es el problema del tráfico de drogas. Podríamos considerar que se trata de un fenómeno delictivo porque determinadas personas producen, distribuyen y se enriquecen con la comercialización de sustancias altamente nocivas para la salud individual, que destruyen el organismo y hasta pueden llevar a la muerte. Sin duda con lo dicho hasta ahora podríamos estar definiendo la venta de alcohol o tabaco, pero tenemos que sentar la distinción entre el tráfico de unas drogas y otras. El alcohol y el tabaco son drogas producidas por particulares que brindan, sin embargo, espectaculares beneficios al Estado a través de los impuestos. El resto de las drogas, que escapan al marco de legalidad, es decir, al límite señalado por los funcionarios competentes, no enriquecen económicamente al Estado a través de los tributos. Solamente benefician a los narcotraficantes, productores e intermediarios, y a un gran número de funcionarios que se prestan a la corrupción.

Las drogas no controladas, que no producen beneficios económicos directos al Estado, son las que hoy persigue el derecho penal.

Actualmente las drogas ilícitas atraviesan el momento de máxima expansión y éxito comercial. Paralelamente se han convertido en un factor criminógeno por excelencia. Se calcula que en Europa muchos delitos contra la propiedad son cometidos por individuos que necesitan dinero para comprar drogas. La inseguridad ciudadana está íntimamente relacionada con el factor droga, aunque no pueden desconocerse los factores socioeconómicos, de marginación y desempleo que contribuyen a dicho estado de inseguridad pública.

Pero por más que se quiera luchar contra ella sancionando al traficante, la experiencia ha demostrado que esa lucha está perdida de antemano, que es imposible actuar contra el traficante con los medios económicos y técnicos con que se cuenta actualmente.

El número de sujetos que se droga es cada vez mayor. Puede afirmarse que la oferta y demanda de drogas nunca desaparecerán, pues se trata de un fenómeno que desde

siempre afectó a importantes sectores sociales y lo seguirá haciendo en el futuro.

Actualmente la droga está al alcance de cualquiera. Existen calles, esquinas, bares o refugios en todas las ciudades del mundo en los que se consiguen libremente drogas. Y la ubicación de esos sitios la conocen todos. ¿Entonces cómo es que la policía no actúa y detiene a los traficantes? Cuando las fuerzas de seguridad deciden actuar sobre los lugares de tráfico, sólo detienen a quien da la cara, al vendedor incauto y sin experiencia a quien sus jefes no comunicaron la inminencia de una redada. Porque los jefes de la droga conocen el sitio y la hora de las redadas con antelación a los propios agentes policiales sin gradación. Esta situación es inevitable, nada puede ir contra los millones de dólares de la droga, o por lo menos ningún medio descubierto o por descubrir en un futuro inmediato.

Ante esta situación, un importante movimiento de científicos norteamericanos y europeos inician sus investigaciones para contemplar la posibilidad de despenalizar el tráfico de drogas, es decir, que la barrera no esté marcada por el alcohol y el tabaco de un lado y el resto de las drogas del otro, sino que las drogas ahora prohibidas sean cultivadas, producidas y distribuidas por el Estado con criterios médicos, evitando que el consumidor deba robar para obtener su dosis diaria y permitiendo la destrucción de los emporios económicos construidos en base a las drogas. Este planteamiento no incita al consumo sino todo lo contrario, intenta encontrar una posible solución para desalentarlo³.

La droga se consigue con facilidad en cualquier parte del mundo, y eso es inevitable, no hay forma de modificar esa situación. El fenómeno de la producción, venta y consumo de drogas tiene que ser analizado como un hecho de la realidad que no cambiará, diga lo que diga el Código Pe-

³ Como señala Díez Ripollés, el Informe Stewart-Clark de la Comisión de Investigación del Parlamento Europeo aborda el problema actual de las drogas y valora las consecuencias a las que llevaría una eventual despenalización. El grupo mayoritario dentro de la Comisión rechaza esta posibilidad, basándose en el posible incremento de consumidores. La minoría se muestra favorable a la despenalización, porque se acabaría con las organizaciones multinacionales de traficantes. Cfr. Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 358 y siguientes. Personalmente entiendo que no es posible cerrar la discusión con el argumento de un eventual incremento del consumo, ya que no existen pruebas empíricas que demuestren que ese incremento se producirá efectivamente.

nal. A nada conduce el actual modelo norteamericano que prevé pena de muerte para algunos supuestos de narcotráfico. Tal vez sólo ayude a estabilizar o aumentar el precio del producto.

La política contra las drogas no puede pasar por el Código Penal. Sólo la información a los eventuales consumidores y el potenciar aspectos médico-preventivos puede ayudar a resolver esta cuestión.

La despenalización del consumo y tráfico de drogas mejoraría sensiblemente el aspecto sanitario de aquellos que se encuentran esclavizados por esas sustancias.

Fundamentalmente los colectivos marginales que hasta pierden la vida cuando el proveedor de heroína la entrega adulterada para obtener mayores beneficios.

Disminuiría el número de delitos contra la propiedad, aumentando la seguridad ciudadana.

Pero al mismo tiempo que se controla el mercado de las drogas, debe desestimularse el consumo a través de mecanismos racionales.

Si tenemos como cierto que la droga la consigue cualquiera en cualquier lugar, el hecho de que sea el Estado el encargado de su control y distribución sólo encierra beneficios, pues:

a) Desaparecen los poderosísimos narcotraficantes, los mayores delincuentes de nuestra época, cuyas ganancias se aplican a crear nuevas empresas multinacionales, y a colocar y derribar gobiernos a su antojo.

b) Disminuyen las cuotas de criminalidad común, pues los adictos podrán recibir la droga del Estado y no necesitarán cometer delitos contra la propiedad para comprar esas sustancias.

Al mismo tiempo pueden obtener, si lo desean, una atención sanitaria completa y mayores posibilidades de integración social, pues ya no serán considerados delincuentes por el hecho de drogarse.

c) Se evitan las muertes por sustancias adulteradas.

d) Inclusive, si se repite lo acontecido en Norteamérica cuando se derogó la llamada "ley seca", autorizándose la venta de alcohol, debería disminuir sensiblemente el consumo de drogas.

La prohibición y la ilegalidad hacen más apetecible para muchos el consumo de sustancias que, de estar al alcance

de todos, no consumirían¹⁰. Pero para poder poner en marcha un programa de despenalización del tráfico de drogas se necesita, sin duda, la cooperación internacional y el consenso de un número importante de países que adopten esa misma medida. Pues si un Estado suministra legalmente drogas que pueden ser vendidas a un precio superior en el país vecino que conserva la prohibición, sólo se estará multiplicando hasta el infinito la red de narcotraficantes y no se apreciará ninguna ventaja.

Sin embargo, debe mantenerse la actuación del derecho penal para resolver algunos supuestos marginales, como el suministro de drogas a niños o menores¹¹. Esta penalización no afecta para nada el planteamiento general recién esbozado.

4. Conclusión

Esta comunicación sólo pretende sentar las bases para una discusión amplia y sin tabúes sobre el tema de las drogas, valorando luego cuál debe ser la salida político-criminal más adecuada.

La droga, como elemento que se posee para consumir, encierra un problema eminentemente individual que debe ser resuelto en conciencia por los ciudadanos adultos. El Estado sólo puede desalentar su consumo con campañas de información y con un tratamiento médico adecuado para quienes lo requieran y necesiten. Pero no es un fin del Estado educar por la fuerza a personas adultas, utilizando nada menos que la poderosa herramienta del derecho penal. Cada sujeto tiene que tener la oportunidad de optar, entonces, en conciencia.

En cuanto al tráfico, distribución y venta de drogas, es una tarea que debe desarrollar el Estado con el auxilio de sus servicios médicos, procurando que la droga llegue a

¹⁰ En un reciente estudio sobre el consumo de drogas en Alicante se comprobó que un importante número de sujetos recurre a la droga "Por gusto de probar algo prohibido". Ver Rodríguez Martín y otros, *Conductas adictivas, actitudes y opiniones acerca del consumo de drogas y su regulación legal en la ciudad de Alicante*, en "Problemáticas jurídicas y psicosocial de las drogas", Valencia, 1987, p. 297 y 303.

¹¹ En este sentido, Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, p. 378.

todo aquel que la requiera. No se debe retirar el producto del mercado ni elevar su precio.

Paralelamente, deben desarrollarse campañas para desalentar el consumo y para que los propios sectores sociales afectados se vuelquen libremente por el abandono de las drogas.