

## UNA PROPUESTA ALTERNATIVA AL DISCURSO DE LA CRIMINALIZACION/DESCRIMINALIZACION DE LAS DROGAS

*Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias*

Catedrático de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de la Universidad  
de Coimbra, de la Universidad Católica Portuguesa y de la Universidad de Macao  
Presidente de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire

### I

Hace ahora treinta años que *Edwin Schur* pretendió demostrar, en el contenido de un libro notable (*Edwin Schur, Crimes Without Victims*, 1965) que el Estado carece de legitimación para intervenir con sus recursos punitivos en situaciones que se traduzcan en la permuta, sin coacción y entre adultos, de bienes o servicios escasos que, a pesar de tener mucha demanda, están penalmente prohibidos.

Este sería, de forma paradigmática, el caso del tráfico (y, con más razón, del simple consumo) de drogas prohibidas. En esa permuta no es posible identificar una "víctima" del comportamiento definido como delito, existiendo simplemente un suministrador y un cliente, ambos interesados en la transacción. La demanda se hace así inelástica y el mercado, no reducido por la prohibición, se realiza de forma ilegal, con el aumento exponencial de los precios, como consecuencia del riesgo que incide sobre la oferta y con los tentadores márgenes de ganancia que le proporciona al que esté dispuesto a correrlo. Estos comportamientos, por otro lado, por la estigmatización legal y social que comportan, originan conductas marginales e ilícitas conexas (criminalidad secundaria) con particular incidencia en el terreno de la violencia contra las personas, de la criminalidad patrimonial y de la corrupción; y llevan inevitablemente a la institucionalización de mercados ilícitos del bien o del servicio ilegalmente transaccionado, a la organización de sindicatos del crimen que los regulan y a la organización de asociaciones criminales que operan en ellos y mueven los capitales producidos. Lo que trae como consecuencia inevitable, a breve plazo, la corrupción generalizada de las propias instancias formales encargadas de prevenir o reprimir la respectiva actividad.

Y no sólo esto: la institucionalización, así realizada, de actividades ilícitas, principales y secundarias, termina originando una cultura delincuente específica que une, según ciertos códigos de conducta, a las personas que intervienen en ellas. Oigamos ahora lo que *Schur* afirmaba respecto de la droga: "La inmersión gradual de muchos adictos en un mundo propio está (...) ligada al proceso general que los ha apartado de la sociedad respetable. La definición social del adicto como delincuente no sólo influye decisivamente sobre su comportamiento, sino que altera su autoimagen (...) Llevado hacia un mundo de relaciones subterráneas y hacia el delito con el fin de satisfacer su hábito, empieza a sentirse enemigo de la sociedad, o, por lo menos, a sentir que la sociedad es enemiga suya. Se desencadena así un ciclo de *self-fulfilling prophecy* del que

muy difícilmente puede un adicto librarse. Tiene la conciencia de que la gente respetable lo ve como un criminal y él mismo se ve actuando como tal. Lo cual refuerza su ligazón y dependencia en relación al mundo de la droga, tanto en lo que concierne al apoyo interpersonal, como en lo que se refiere a la obtención de ésta. Puesto que la necesidad de financiar su vicio le absorbe una parte cada vez mayor de su tiempo y energía, y dado que los otros universos (trabajo, familia...) lo repelen o lo rechazan, la droga se transforma en un modo de vida”.

Tenemos aquí representadas las razones principales que, en un campo como de la droga, convierten en inaceptable tanto el proceso de criminalización como la necesidad de pena, principios con los que el Estado está en realidad “creando” mucho más delincuencia que la que es capaz de evitar. Sería importante, pues, descriminalizar radicalmente un campo como éste, con el consecuente traslado de los medios de reacción y de control desde el terreno de la política criminal hasta el terreno más amplio de la política social de carácter no criminal.

## II

*Edwin Schur* escribió esto hace treinta años. Y desde entonces, si no todos, al menos muchos principios se han quedado trasnochados y otros muchos se han rejuvenecido. Fue en Estados Unidos donde la tesis de la descriminalización total de las drogas se presentó por primera vez; allí se discutió durante muchos años; allí conoció sus mejores teóricos y propugnadores. Pero los tiempos han cambiado, los cambios han traído una inflexión radical de las propuestas político-criminales y, con esta inflexión, la tesis de la descriminalización ha sido paulatinamente sustituida por la tesis de la criminalización total y sin lagunas, apoyada en principios de la constitución político-criminal tan importantes como los de la indispensable defensa de la sociedad, la protección de bienes jurídicos fundamentales como son la salud individual y colectiva, y la obligación estatal de prestación de especiales cuidados a los miembros de la comunidad que se encuentren en situación de necesidad y particularmente faltos de auxilio y tratamiento. Apoyada en estos principios, pero apoyada también en un discurso caracterizado por el *law and order* y por la “guerra a la criminalidad de la droga” que comenzó ganándose a los órganos de gobierno norteamericanos, invadió después las más altas entidades internacionales, fue exportado a Europa y alcanzó ya en ésta también a la mayor parte de las instancias legislativas y de control, nacionales y regionales. Sin que, a pesar de ello, hasta este momento, de un lado y de otro del Atlántico —en esto, al menos, están todos de acuerdo—, esa lucha haya concluido con una victoria significativa en la disminución, contención o mero control del fenómeno (ahora globalizado a escala planetaria) de la criminalidad de la droga y de la criminalidad conexas. Hasta tal punto que quizás para ningún otro ámbito del Derecho Penal global sea tan válida la angustiada pregunta y la desencantada respuesta de *Martinson* a propósito de la política criminal global de nuestros días: *What works? Nothing work.*

Es natural, por lo tanto, que nos preguntemos ahora si las propuestas de la criminalización y de la descriminalización totales —en cierto momento nuevas, hoy ya viejas— se deben mantener incólumes e irremediamente opuestas, como en una guerra de trincheras en que cada uno procura defender la suya sin pretender tomar la del adversario; o si, por el contrario, importa partir de otros presupuestos e intentar alcanzar otros resultados.

## III

A una pregunta como ésta no puede contestarse en un clima de pasión como el que hoy tiñe la mayor parte de las controversias suscitadas en esta área. Ya va siendo hora de llevar la discusión al terreno de la objetividad posible, pese a los datos no siempre coincidentes que aportan las ciencias invocadas por la ineludible interdisciplinariedad del tema. Son igualmente indefendibles los *slogans* con que muchas veces procuran fundamentarse las posiciones extremas de la descriminalización y de la criminalización, cuya exasperación polémica revela en seguida, además, la alteración emocional en que transcurre la discusión y sirven más para oscurecer la situación que para aclararla.

“El deber primario de todo Estado es defender la salud y la vida de los ciudadanos y atender a la tranquilidad pública, castigando a los prevaricadores”, ¡claman unos! Y con razón, sin duda. Sólo que no reside ahí el problema, sino en saber si, dada la extensión y la intensidad del fenómeno social de la droga en nuestros días, la utilización del Derecho Penal y de sus medios propios de reacción es el camino legítimo y adecuado para atajarlo; o si, por el contrario, su utilización comporta violación de principios tan fundamentales como los de la autonomía de la persona y, también, los de la necesidad, de la subsidiariedad y de la proporcionalidad de la intervención penal, que constituyen patrimonio inalienable de los Estados de derecho liberales y democráticos de nuestra época.

“Mi cuerpo y mi salud me pertenecen, como también me pertenece la forma de orientar mi vida, teniendo inclusive el inalienable derecho de, si así lo quiero yo, irme al infierno a mi manera”, claman otros. Y también esto es verdad... si en esta “ida al infierno” y en la afirmación correlativa del “derecho a ser diferente” no se pusieran en causa o no se vulneraran, de paso, los derechos de los demás; y es precisamente ésta, y no otra, la cuestión que está en causa.

Incluso aunque se ignoraran las fórmulas apasionadas de la agitación pública y se atendiera exclusivamente al contenido material implícito en las recomendaciones de criminalización y de descriminalización totales, ni una ni otra parecen, en definitiva, aconsejables.

Esto es válido, desde luego, para la propuesta de mantener la criminalización total y seguir concentrando esfuerzos, de la forma más masiva posible, en los instrumentos de detección, persecución y punición del tráfico de drogas y de la toxicomanía; con la esperanza, hasta ahora vana, de poder alcanzar progresivamente, si no la erradicación, al menos el control del fenómeno de la droga hasta niveles socialmente soportables. Efectivamente, aunque consideremos la droga —la droga prohibida e ilícita— como un mal que hay que impedir de todas las formas posibles, la criminalización total sólo será defendible si ésta se revela como el medio *adecuado* para combatirlo. Pero, precisamente, *no es éste el caso*. Cuando en todas partes la gente está de acuerdo en que las *cifras negras* son, en este campo, de una magnitud impresionante y difícilmente comparables a las de cualquier otro y, de todos modos, extraordinariamente superiores al número de casos de condenas; y cuando, a pesar de la criminalización integral, miles y miles de personas mueren y muchas más sufren daños graves en su salud, no puede concebirse *ningún punto de vista* desde el que sea admisible considerar como solución dotada de sentido político-social una criminalización que provoca tales situaciones o, por lo menos, que no las evita. Es irresponsablemente cómodo contemplar pasivamente la producción en masa de violacio-

nes penales de la leyes de la droga y las desgracias que éstas acarrearán y creer que la conciencia ha quedado salvaguardada defendiendo una criminalización totalmente ineficaz.

Por otra parte, sin embargo, la total liberalización de las drogas prohibidas constituiría, en este momento, una solución no menos calamitosa. Desde luego, esta solución sólo podría llegar a revelarse eficiente si fuese íntegramente aceptada a escala planetaria, si hubiese desaparecido el último reducto de la criminalización y del mercado ilegal. Además, y de todos modos, el tráfico y el consumo de drogas —al menos de ciertas drogas— comporta inevitablemente una serie de consecuencias socialmente dañosas, la vulneración de bienes jurídicos tan esenciales, que ningún legislador responsable puede ya ignorar o permitir. No se trata, claro está (como más adelante expondré mejor), de los bienes jurídicos del propio consumidor, que no podemos dejar de reconocer como *disponibles* en relación a su propio titular y cuya autolesión, por consiguiente, forma parte de su derecho irrestringible a la orientación de su propia vida y de su consecuente “diferencia”; en suma (por chocante que esta afirmación pueda parecer en el presente contexto) pertenece al derecho de libre conformación y realización de su personalidad. Se trata, sí, de bienes jurídicos de terceros y de la propia comunidad (también ésta titular de bienes jurídicos autónomos) que, en el estado actual de las legislaciones, no pueden dejar de defenderse frente a agresiones tanto del traficante, como (éstas de menor frecuencia e importancia) del propio consumidor. ¡Olvidar esto en nombre de prejuicios puramente doctrinarios sería ofrecer sacrificios en aras de la rehabilitación de un liberalismo a ultranza y mal entendido; tendencia que infelizmente se está extendiendo cada vez más en los tiempos que vivimos!

#### IV

Así, pues, ceñido en su libertad de movimientos entre los dos límites antes señalados, ¿cómo puede contribuir el legislador penal a contener y controlar la lacra social de la droga dentro de cotas socialmente soportables? La pregunta, incluso dentro de estos límites, no es susceptible de una respuesta global, sino que supone una consideración y un análisis diferenciados en función de singulares postulados político-criminales propios de un Estado de derecho. Estos postulados directamente concernientes a la materia que estoy tratando son, de acuerdo con mi visión de las cosas, los siguientes:

1. El Derecho Penal debe constituir, exclusivamente, un orden de protección de bienes jurídicos, y no de preservación de la moral o de una moral determinada.
2. Tal orden de protección sólo debe entrar en funcionamiento como *ultima ratio* de la política social, razón por la cual la descriminalización debe llevarse tan lejos como sea compatible con la tarea jurídico-penal tutelar del orden social.
3. Un desarrollo libre y sin trabas de personalidades en formación —es decir, de niños y de adolescentes, al menos hasta la edad de su imputabilidad jurídico-penal— constituye, considerado en sí mismo, un bien jurídico susceptible de ser autónomamente protegido por el Derecho Penal contra agresiones ilícitas de terceros.

4. Las finalidades de las sanciones criminales, tanto de las penas como de las medidas de seguridad, son exclusivamente preventivas. Así, pues, la misma aplicación de penas y de medidas de seguridad debe dirigirse únicamente a proteger bienes jurídicos y, en la medida de lo posible, a socializar al delincuente. La culpabilidad en el caso de la pena y la proporcionalidad en el caso de la medida de seguridad se constituyen como límites de medida y de gravedad de las sanciones; límites que éstas en ningún caso pueden exceder sin violar la soberana dignidad de la persona humana.
5. Esta preservación de la dignidad —y de la consecuente autonomía personal— no agota, sin embargo, su función como límite de la medida de las sanciones, sino que constituye axioma y presupuesto de toda la intervención penal. Por ello, también, es, en principio, ilegítimo efectuar cualquier tratamiento o intervención médica de manera coactiva o sin el previo consentimiento de un paciente bien informado.

Es obvio que con los principios que he señalado no se resuelve inmediatamente cualquier problema suscitado en el discurso de la criminalización/descriminalización de las drogas. Pero las máximas político-criminales apuntadas contribuyen poderosamente —estoy plenamente convencido de ello— a hacer más sólido cualquier juicio que se emita sobre esta materia, o a fundamentar cualquier propuesta que sobre ella sea presentada. Pasemos, pues, ahora directamente a exponer esa tal propuesta y a emitir los juicios de valor que, sobre la situación actual, nos parezcan indispensables.

Pero, antes, dos prevenciones de índole diversa.

La primera es que no voy a cuestionar el concepto de droga ilícita o prohibida, tal y como éste aparece hoy trazado por la mayor parte de las legislaciones pertenecientes a nuestro espacio de civilización y cultura. No porque estime que tal concepto —que lleva a considerar ilícitas, en el sentido de la criminalización, drogas como la marihuana, la cocaína, el hachís o el opio y, por el contrario, drogas lícitas en ese sentido a los tranquilizantes, al alcohol, al tabaco o al café— esté exento de grandes dudas e incluso de contradicciones, pues asienta muy probablemente, como quieren los partidarios de la descriminalización, en meros usos sociales del momento que ni la ciencia, ni la previsión de su nocividad personal y comunitaria justificarán. No por ello, digo, sino porque las tesis que a continuación defenderé y que van a constituir el núcleo de la propuesta alternativa que presentaré permiten, en amplio grado, dejar de lado esa cuestión; y porque, pretendiendo esas tesis y esta propuesta presentarse como reformistas y no radicales, aceptarán hasta el límite de lo posible el *statu quo* de las legislaciones vigentes en la mayor parte de los países de nuestro entorno cultural.

La segunda prevención es que se trata, en lo expuesto a continuación, de una propuesta pensada exclusivamente en el terreno de la *política criminal*. No va a ocuparse, por consiguiente, de los problemas —y son tantos, y algunos de tan difícil solución— que suscite en los planos (que son, sin embargo, consecuentes y, en esta acepción, “subordinados” al de la política criminal) de la formulación legislativa y de la dogmática del Derecho Penal; como, por la misma razón, tampoco se ocupará de las especificidades que estos problemas puedan suscitar en relación a una determinada legislación nacional y al grado de evolución que ésta pueda haber alcanzado ya.

## V

La primera tesis que desearía presentar es la siguiente: *La criminalización de la producción, venta, tenencia y consumo de drogas de bajo potencial (aunque sólo sea relativamente bajo) a la luz del criterio de dependencia corporal grave —y del que puede apuntarse como ejemplo paradigmático el cannabis— es, en relación a los adultos, injustificable, por ser absolutamente contraria a las finalidades que con ella se pretende alcanzar.*

En primer —y decisivo— lugar, el consumo de drogas de este tipo por adultos, perteneciendo (como, por otra parte, el de cualquier droga) al derecho de libre conformación de la vida y de la personalidad de éstos, no se presenta, en principio, relacionado con consecuencias especialmente perjudiciales para terceros o para la comunidad, a las que se deba acudir con la aplicación de penas. Por ello, tal aplicación no se justifica ni en cuanto a su legitimación, ni en cuanto a su fundamento. Sin duda, es perfectamente respetable el deseo de una comunidad de constituir un espacio libre de la droga y de su consecuente adicción. Pero esto significa simplemente que la actitud del legislador debe ser aquí exactamente la misma que adopta frente al consumo de tranquilizantes, de tabaco o de alcohol. Son admisibles y están legitimadas (si ésa es la voluntad de la comunidad democráticamente expresada) las campañas de información, de desmotivación, de prohibición de publicidad, de limitación de su uso en lugares públicos; campañas éstas que —de ser exactos los datos que internacionalmente se vienen presentando a propósito de campañas idénticas destinadas al consumo de tabaco— estarán logrando poco a poco el efecto pretendido, llevando a la pérdida de “legitimación social” del consumidor, a la alteración de comportamientos de la población más joven y, en definitiva, a la caída de la demanda. Pero no es admisible, ni siquiera legítima, a la luz de los principios del Estado de derecho, la criminalización de comportamientos que no dañan bienes jurídicos ajenos, no postulan la necesidad de la pena, ni su adecuación, ni su proporcionalidad; y que, repito, acaba generando muchísimo más criminalidad (primaria y secundaria) que la que es capaz de evitar.

A este tipo de consideraciones —que puede decirse que está basado en una “lógica de justicia”— se añade otra subsistente a la luz de una “lógica de productividad”<sup>1</sup>. Ese otro orden de consideraciones es el siguiente: ante el potencial de peligro relativamente bajo de las drogas en cuestión, de las que hemos escogido como paradigma las derivadas del *cannabis*, los costos sociales resultantes del consumo no serán particularmente elevados; no serán seguramente más elevados, ni siquiera tan elevados como los que proceden del consumo de alcohol, de tabaco o de tranquilizantes. Relativamente baja (tan baja o más que la de las mencionadas drogas lícitas) será igualmente la dependencia física resultante de ese consumo, lo que mantiene la cota de adictos dentro de niveles socialmente soportables y hace que la demanda sea hasta cierto punto elástica, con las consecuencias que de ello se derivan para los precios del mercado.

<sup>1</sup> Lógica que no puede ser despreciada ni minimizada en el discurso político-criminal bajo la fácil alegación de que radicaría en una postura puramente funcionalista o eficientista, extraña a la ética jurídica y a sus principios. Olvidando así que los principios “éticos” jurídico-penales no pueden hoy ser vistos como magnitudes absolutas y metafísicas, al estilo del pensamiento idealista alemán del siglo XIX, sino que tienen que ser funcionalmente orientados para obtener resultados socialmente positivos dentro del respeto debido a la alta dignidad de la persona y de su libre realización comunitaria.

Todo ello, a su vez, influye decisivamente sobre la actividad de las instancias de control en relación a la criminalidad secundaria resultante: una criminalidad que, es cierto, seguirá produciéndose, principalmente en el ámbito de los delitos de imprudencia, pero que no tendrá ninguna importancia en el terreno de la criminalidad dolosa y violenta. Tal y como sucede, una vez más, en el caso de las llamadas drogas lícitas, sobre todo el alcohol y los tranquilizantes, cuya amplia participación en la criminalidad del tráfico rodado o en la criminalidad en los lugares de trabajo, es de sobra conocida como consecuencia de los efectos nocivos que aquéllas provocan sobre la capacidad de concentración y de dirección. Como aquí, por ello, también la descriminalización de las drogas blandas debería ser seguida de reglamentaciones estrictas, eventualmente con recurso a medios criminales.

Es posible, por otra parte, que la mencionada descriminalización pudiese determinar una sensible baja del precio de venta, incentivadora de un indeseado aumento del consumo. Pero a ello debería entonces oponerse el Estado, creando impuestos —una vez más: como hace con el alcohol y con el tabaco— que mantuviesen los precios a niveles comparables a los que hoy están en vigor en el mercado ilegal. Y aunque pudiéramos admitir que, a pesar de esto, los costos sociales subirían un poco con la liberalización, esta subida sería, sin duda, compensada por los recursos obtenidos al no percibir ni punir a los traficantes de *cannabis*, debiendo estos recursos ser obligatoriamente canalizados para el control de las drogas duras.

Aun cuando con la descriminalización del tráfico y del consumo de drogas del *cannabis* éstas pierdan —lo cual es muy importante— su “carga de protesta” y con ésta desaparezca, para muchos jóvenes, el “encanto de lo prohibido”, no debe negarse *a priori* el peligro de que esas drogas lleguen a ser drogas “de transición” hacia las (o “de acceso” a las) llamadas “drogas duras”. Pero como demuestran las investigaciones ya realizadas en este campo, tal peligro no debe ser exagerado: en Holanda, principalmente, después de haber terminado la prohibición del *cannabis* en 1976, el número de consumidores no aumentó e, inclusive, el número de consumidores de drogas duras bajó a partir de 1982. No cabe duda que los datos fiables, orientados a un propósito tan sensible como éste, deben ser mantenidos por los legisladores bajo estricta atención y control, y pueden influir decisivamente sobre las propuestas reformadoras que en este campo lleguen a hacerse. Pero, sean éstos cuales sean, nunca podrán ser válidos como indicaciones vinculantes de criminalización; por lo menos, no antes de ser confrontados con los principios aludidos que deben orientar la criminalización en un Estado de derecho y no antes de que se ponderen en el entramado de intereses contrapuestos, ponderación que, en ese momento, tendrá siempre que hacerse.

Todo lo que acabo de decir a propósito de esta primera tesis tiene apenas validez en el caso de que los comportamientos a descriminalizar se refieran exclusivamente a adultos o, si lo prefieren, a personas plenamente imputables en razón de su edad. Lo cual equivale a decir que, en caso de tratarse de posibles menores inimputables, nos encontramos con un límite *absoluto* de la tesis presentada. La protección a la juventud y a la libre realización de la personalidad del joven constituye efectivamente, como ya lo he subrayado antes, un bien jurídico que *en sí mismo* merece tutela penal y revela necesitarla. De tal modo que para defenderlas no tiene el orden jurídico que limitarse a aplicar sanciones administrativas (o incluso penal-administrativas), del tipo de las que

normalmente se usan para regular ciertos mercados, sino que puede legítimamente –y hasta debe, desde los puntos de vista de la necesidad, de la eficacia, de la adecuación y de la proporcionalidad– echar mano a sanciones específicamente penales. En suma, pues, incluso por lo que respecta a drogas derivadas del *cannabis*, no obviamente a su consumo, sino a su venta a menores o a su colocación a disposición de éstos por cualquier otro método, debe seguir siendo criminalizada, y el respectivo mercado debe seguir siendo considerado ilegal y penalmente prohibido.

## VI

La segunda tesis que pretendo defender es la siguiente: al contrario de lo que sucede con las llamadas “drogas blandas”, *la producción, la venta y el consumo de drogas de elevado potencial de dependencia (de las que todos los opiáceos y, principalmente, la heroína constituyen un ejemplo paradigmático) pueden invocar argumentos poderosos a favor de su criminalización que, de este modo, al menos en la mayoría –si no en su totalidad– de los países pertenecientes a nuestro entorno cultural, debe aún hoy ser mantenida.*

En primer lugar, tanto el consumo como los comportamientos organizadores del mercado de opiáceos contienen en sí un potencial de peligros graves, de diverso tipo, para los consumidores. Estos crean rápidamente una fortísima dependencia física y psíquica, de tal modo que el porcentaje de adictos entre el círculo de consumidores es elevadísimo, haciendo que la demanda sea prácticamente inelástica. Estos, por ello, son en sí mismos un peligro real al causar daños mortales, bien sea por sobredosis, bien sea por inducción al suicidio.

Se me dirá que estas razones no son aún suficientes para llegar a la criminalización, ya que, de acuerdo con los principios político-criminales de legitimación antes expuestos, no es función del Estado, ni siquiera como protector de la *salud pública*, defender a los ciudadanos, individualmente considerados, contra sí mismos; y ya que, por consiguiente, en la autolesión o incluso en la autodestrucción del adicto a estas drogas no es posible aún vislumbrar un *bien jurídico* merecedor y necesitado de tutela penal. Y esto es, desde mi punto de vista, absolutamente exacto. Pero, como ya he dejado sugerido, el problema no termina aquí. El simple consumo de opiáceos encierra en sí mismo un altísimo potencial de peligros también para los intereses jurídicos de terceros y de la propia sociedad, principalmente para la salud, a través de la propagación de enfermedades graves (cosa que ya era clara y que ahora es indiscutible desde la eclosión del SIDA) y a través de la propia criminalidad secundaria (no toda ella condicionada por la criminalización primaria, como lo demuestra la elevada cifra de delitos cometidos en estado de intoxicación y que, sin embargo, no tienen nada que ver con la necesidad de adquirir más droga). Incluso un Estado de derecho liberal, siempre que incluya en la lista de los valores constitucionalmente protegidos la prevención criminal general y, en especial, la defensa de la salud pública y de terceros tiene plena legitimidad –si es que no nos encontramos aquí con una imposición constitucional de criminalización, a pesar de que tales imposiciones se presenten, en general, como dudosas– para mantener la criminalización de principio tanto del consumo, como (por mayores razones y en términos más absolutos) de los comportamientos organizadores del mercado de las llamadas “drogas duras”.

Incluso porque, también en este caso, una "lógica de la productividad" y de la "eficiencia" acaba siendo el soporte de la conclusión lograda a la luz de un análisis de los principios. Además de los costos sociales ya resultantes de la situación anteriormente descrita —de los peligros de muerte y suicidio, de los peligros para la salud de terceros y de la propia comunidad—, los adictos (lo demuestran sin ninguna duda la experiencia y los datos conocidos) son, por regla general, incapaces de cualquier tipo de trabajo y son lejanas y malas las expectativas de cura de desintoxicación; de todo lo cual resulta que esos adictos representan, durante toda su vida, costos sociales muy difícilmente sostenibles. El análisis económico del problema debe por ello encaminarse, por un lado, a mantener tan baja como sea posible la cota de los adictos a opiáceos, y, por otro, a disminuir, todo lo que se pueda, los también altos costos de la criminalización. ¿De qué manera se podrá llegar a una cierta "concordancia práctica" de estos vectores, a primera vista, radicalmente opuestos? Eso es lo que pretenden sugerir las tesis siguientes.

## VII

La tercera hipótesis dice así: *Una vez supuesta la criminalización del consumo y de los comportamientos de mercado de las drogas duras, ésta debe ser plena por lo que respecta al tráfico, pero en cuanto al consumo ésta debe quedar restringida a los comportamientos susceptibles de crear un peligro —y, en realidad, un peligro concreto— para bienes jurídicos, de terceros o de la comunidad, penalmente protegidos.*

De esta tesis se deduce que no es, en último análisis, el consumo de drogas duras o los comportamientos directamente relacionados con éste (posesión, adquisición, fabricación propia por cualquier método) los que deben ser en sí mismos punidos; y por ello, también aquí, tales comportamientos se mantienen estrictamente dentro de los principios de la falta de ilicitud (o, por lo menos, de la a-ilicitud) penal de la autolesión o de la autodestrucción del individuo y de su plena disponibilidad sobre su salud, su cuerpo y su propia vida. Lo que debe punirse es, en última instancia, los referidos comportamientos en cuanto que ponen (no presumiblemente, sino) efectivamente en peligro bienes jurídicos de terceros o de la comunidad; ya sea bajo la forma de delitos de peligro concreto-individual o ya sea bajo la forma de delito de peligro concreto-común. Lo cual no es una cuestión de mera técnica legislativa, sino que posee las más relevantes consecuencias práctico-dogmáticas en materia de limitación del ámbito de la criminalización del consumo: la punición dependerá entonces de la comprobación judicial de la efectividad, en cada caso concreto, del peligro, del nexo de causalidad entre el comportamiento y el peligro, así como de la culpabilidad, dolosa o imprudente, no pudiendo ser ninguno de estos elementos constitutivos de la responsabilidad penal legítimamente presumidos, ya sea *iuris et de iure*, ya sea simplemente *iuris tantum*.

Se me dirá que, para conseguir este objetivo, no parece necesaria (y acaso hasta resulte inconveniente) la criminalización, aunque sea en los restringidos términos apuntados, del consumo de drogas duras y de comportamientos del consumidor directamente relacionados con éste; y que bastarían para ello los tipos legales de delito que, *en general*, prevén y punen la producción de peligros para la vida y para la salud o para el cuerpo de las personas, así como los delitos

de peligro común relacionados con la salud pública. Ello justificaría entonces que la criminalización en el campo de las drogas se redujese a los comportamientos de organización del mercado de drogas duras, lo cual seguiría estando prohibido y siendo penalmente ilícito.

Esta es, sin duda, una propuesta alternativa a la que aquí presento y que merece la más atenta consideración y una discusión más profunda de lo que en este contexto puede realizar. Si me decido a contestarla es simplemente porque el consumo de drogas duras representa una fuente potencial de peligro para bienes jurídicos que sobrepasa ampliamente, en la sociedad actual, a cualquier otra que pueda constituir conducta integrante de los delitos de peligro, general o común, existente en los códigos penales. Desde este punto de vista, se comprenderá bien que su tipificación, la determinación legal de su contenido ilícito y, sobre todo, la previsión de las sanciones aplicables puedan legítima y eficazmente conformar un tipo legal específico, con sus presupuestos y sus efectos propios, sin que con ello se extienda la mancha de criminalización hasta más allá de lo admisible y de lo adecuado. Comprobar este punto de vista es lo que pretende la última tesis que voy a presentar.

### VIII

Esta última tesis puede ser formulada así: *Los toxicómanos dependientes del abuso de drogas duras pueden quedar completamente exentos de una eventual responsabilidad penal si aceptan voluntariamente el tratamiento a que el Estado se habrá de comprometer.* Esta tesis está cargada de consecuencias que sobrepasan ampliamente el contexto inmediato en el que se presenta.

a) Así, desde luego, esta tesis hace comprender que el principio de la *terapia coactiva*, al que muchas legislaciones actuales obedecen todavía en materia de dependencia de drogas, es político-criminalmente inadmisibles, contrario a máximas indiscutibles del Estado de derecho y, por ello, sin duda, en muchos países, materialmente inconstitucional. Un principio como éste viola realmente, sin remisiones, la máxima fundamental de la autonomía y de la dignidad de la persona, a las que tiene derecho incluso aún aquél que se encuentre sumido en la más pesada adicción. Las intervenciones y los tratamientos médicos cuyo objetivo sea corregir la salud o el estado corporal de cualquier persona (incluso de un detenido en cumplimiento de una sanción penal) sólo pueden efectuarse, en principio, siguiendo una rigurosa base de consentimiento del paciente.

b) De la tesis en discusión resulta, en segundo lugar, un estricto deber estatal de tratamiento médico (en su más amplio sentido) de todo adicto a la droga dura que lo solicite o que consienta en ello, incluyendo el deber de distribución controlada, en los casos en que esto sea médica y socialmente indicado, de opiáceos a los drogadictos. De donde se derivan, a su vez, dos consecuencias de índole diversa, pero de la mayor importancia.

c) Por un lado, ese tratamiento (incluido el tratamiento de sustitución con opiáceos) debe proceder de la asistencia *social* al drogadicto y no tener naturaleza o significado penal. Se trataría en este caso, tanto desde un punto de vista político-criminal como dogmático-jurídico, de una situación en muchos aspectos

tos análoga a la de la mujer embarazada que obtiene autorización para interrumpir su embarazo en función de una indicación médico-social. Pues también, en la materia que nos ocupa, el tratamiento sólo deberá efectuarse bajo control oficial, normalmente de los servicios de asistencia social, que para tal efecto deberían disponer de *centros interdisciplinarios de asesoramientos especializados*. Centros éstos que, después de observar al adicto temporalmente, o lo aceptarían para tratamiento, recubriendo de este modo su actividad relacionada con la droga con una credencial específica de impunidad; o lo rechazarían al no ser aún drogadicto y no necesitar tratamiento —por ser, digamos, un principiante o un consumidor eventual—, dejando a su autorresponsabilidad una eventual persistencia en su relación con la droga.

Debe contarse con que esta propuesta habrá de enfrentarse al mismo escepticismo y a la misma contradicción con que, en muchos sistemas, ha sido acogida la propuesta correspondiente sobre interrupción del embarazo por indicación médico-social. Pero, tal y como en este campo, ese escepticismo y esa oposición no me parecen fundamentados; o (tal vez mejor) se fundamentan, en definitiva, en una consideración estrictamente política, que quiere evitar el gasto de dinero público en una asistencia psíquica y una ayuda social destinadas a personas que (según los criterios de una moral social decadente e inmedatista, pero en muchas partes todavía dominante) no las merecerían. A esta concepción hay que oponer otra, según la cual son sobre todo “merecedores” de asistencia y ayuda aquellos miembros de la comunidad que más la precisen, por encontrarse en una situación de necesidad a la que, por sus propios medios, ya no pueden poner fin. Y en cuanto a los costos políticos, es cosa sabida que éstos sólo en raras ocasiones coinciden con los costos económicos; porque, de coincidir, una propuesta como la que aquí se hace no podría ser objeto de censura, sino de aplauso. Pero, con esto, estamos ya en el terreno de la otra consecuencia.

d) Esta se traduce en que, en realidad, de esta manera, el mercado de opiáceos se dividirá en un mercado en parte legal, en relación a drogadictos así identificados, observados y voluntariamente tratados, y en un mercado en parte ilegal, para los que no quieran recurrir a la ayuda del Estado o para los que, habiendo recurrido, lleguen a ser considerados como todavía no drogadictos. Debería de ser obvio, por lo menos, que, de este modo, el mercado ilegal reducirá considerablemente sus proporciones, ya que una parte (que habrá de ser cada vez más considerable) de los drogadictos se concentrará en el mercado legal. A partir de aquí no parecerá muy discutible mi afirmación de que de este modo le serían, en definitiva, ahorrados al Estado altísimos costos económicos que, como ya he referido, derivan de las proporciones que actualmente asume el mercado ilegal de opiáceos; ahorros que, sin duda alguna, asumirían un particular carácter social positivo si fuesen íntegramente canalizados hacia el control y el dominio del mercado parcial ilegal.

También aquí debemos contar con el contra-argumento —una vez más: totalmente paralelo al que ha circulado a propósito de la interrupción estatalmente controlada del embarazo médico-socialmente indicado— según el cual serán probablemente infundadas las esperanzas de una disminución de la parte ilegal del mercado, en favor de la parte legal. En otros términos: los drogadictos preferirían mantenerse en el mercado ilegal, aumentando descontroladamente sus dosis y su adicción, a pasarse al mercado legal estatalmente tutelado. Pero a favor de la tesis que he expuesto deben decirse al menos dos cosas. La primera

es que, en los países donde se han hecho experiencias (tímidas, en todo caso) de distribución controlada de opiáceos, los datos hasta ahora conocidos —a pesar de que también éstos deban ser leídos con la mayor precaución— no dejan de ser animadores. Así, después de ser editadas en 1968, en Gran Bretaña, las *Dangerous Drug Regulations* y las *Supply to Addicts Regulations*, ni el número de heroinómanos, ni las cantidades de heroína prescritas parecen haber aumentado, sugiriendo los números conocidos, por el contrario, una cierta disminución. La segunda es que, de todos modos, debería ser indiscutible para cualquier persona sensata que las medidas político-sociales de asesoramiento, a cargo de especialistas, revelan ya en principio muchísimo más capacidad para reducir la cifra de toxicómanos que los preceptos incriminadores del consumo, en cuanto tal, de opiáceos. Y si es así, entonces, no será necesario añadir nada más para comprender que, desde el punto de vista de los bienes jurídicos (de terceros o de la comunidad) puestos en peligro o lesados por ese consumo, la solución alternativa preconizada aquí es preferible tanto en relación a la criminalización, como a la descriminalización globales.

## IX

La propuesta alternativa al discurso de la criminalización/descriminalización en el campo de las drogas que aquí he esbozado, no tiene en sí, como ahora se ve, nada de revolucionario, ni siquiera nada de verdaderamente nuevo: tentativas de alcanzar las metas por ésta ansiadas han comenzado ya, en realidad, a ser experimentadas en algunos países, principalmente en Holanda y Gran Bretaña. Lo que aquí he procurado ha sido recoger lo esencial de esas propuestas y enmarcarlas en una concepción político-criminal-teleológica, racionalmente coherente, funcionalmente creíble y legitimada por los fundamentos de un Estado de derecho. Una concepción que se acoge, en último término, al principio de la autonomía y de la dignidad de la persona fase a consideraciones tanto de tipo moralista, como pragmatista. No se llegará, con éxito y de forma justa, a una verdadera solución del problema de las drogas por medio de intervenciones represivas en la autodeterminación de los individuos y de sus culturas, y, por ello, tampoco por medio de sanciones penales contra consumidores adictos. Claro que tampoco será por medio de una propuesta alternativa como la presente como se llegará a una solución *definitiva*; ésta sólo será posible a través de una política socio-cultural a largo plazo, que ataje los condicionalismos de la patología social presente, en particular la falta de una justa integración de una parte considerable de los jóvenes. Esto exige, sin duda, en vez de una comprensión instrumentalmente limitada de la política criminal, de carácter inmediatamente represivo, una concepción amplia que la proyecte en una política social orientada decisivamente —a escala planetaria, y no meramente nacional— hacia el bien común y hacia su justa distribución.

Si, en todo caso, la propuesta aquí presentada no aporta una solución definitiva al problema de las drogas, representa, a mi parecer, lo mejor que se puede preconizar a corto plazo. Lo mejor que puede preconizarse para la protección simultánea de la autonomía y de la dignidad del drogadicto y, al mismo tiempo, de los bienes jurídicos de terceros y de la comunidad. Y tal vez pueda reconocer esto quien quiera ponerse a salvo de moralismos y doctrinarismos apriorísticos. También aquí, al final de cuentas —como en tantos otros campos

en que las concepciones básicas de los miembros de una comunidad sobre problemas fundamentales de su existencia se reparten en campos opuestos y contienden duramente— los defensores de los valores esenciales del hombre (de su vida, de su cuerpo, de su salud...) no tienen necesariamente, en relación al discurso de la criminalización/descriminalización, por qué estar todos del mismo lado.