

# Legislación simbólica y administrativización del derecho penal: la penalización del consumo de drogas

Carlos GONZALEZ ZORRILLA

## 1. RECIENTES TENDENCIAS INTERNACIONALES

Asistimos a un fenómeno curioso: mientras cada vez más parecen afirmarse en el campo científico las dudas sobre la conveniencia de mantener la actual política penal en materia de drogas, vistos los desastrosos resultados a que esa política parece conducir, más parece asimismo afirmarse una tendencia de las legislaciones nacionales e internacionales a endurecer y exasperar la reacción penal no sólo frente al fenómeno del tráfico, sino incluso frente a los simples consumidores.

Probablemente la expresión más clara de esta última tendencia en la legislación internacional se halle en la convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de diciembre de 1988. El artículo 3.2 de la convención establece:

«Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como *delitos penales* conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, *la posesión, la adquisición o el cultivo* de estupefacientes o sustancias psicotrópicas *para el consumo personal...*»

La ratificación de esa convención por todos los países de la Comunidad Económica Europea en diciembre de 1990 obliga, pues, en principio, a recoger en la legislación interna de esos países, la penalización del consumo de drogas (o mejor dicho, la posesión, la adquisición o el cultivo, *con la intención*, de destinarlo al consumo personal, con lo cual aún se amplía más el ámbito de la punición).

También dispone el apartado 4.d) del mismo artículo 3 de la convención que:

«Las partes podrán, ya sea a título *sustitutivo* de la declaración de culpabilidad o del castigo... o como *complemento* de dicha declaración de culpabilidad o de dicho castigo, disponer medidas de *tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.*»

La política parece, pues, estar clara. Se pretende prevenir el fenómeno de las drogas mediante una combinación de castigo y tratamiento dirigido a los consumidores, a fin de cumplir el preámbulo de la convención. En dicho preámbulo, los firmantes, tras mostrarse *profundamente preocupados* por la mag-

nitud del fenómeno y *decididos* a acabar con él, afirman hallarse «deseosos de eliminar las *causas profundas del problema* del uso indebido de estupefacientes... comprendida la *demanda ilícita* de dichas drogas y sustancias y las *enormes ganancias* derivadas del tráfico ilícito».

Es decir, que el diagnóstico parece ser el siguiente: las enormes ganancias de los traficantes se producen por la existencia de una gran demanda de drogas. Una política penalizadora y/o rehabilitadora hará disminuir la demanda y, por consiguiente, los beneficios de los grandes traficantes. A eso se le llama en la convención *eliminar las causas profundas del problema*. Ciertamente no parece que la profundidad haya sido mucha.

Entre otras cosas esa política olvida un dato fundamental del problema: el papel que la propia política represiva juega en la extensión y gravedad del fenómeno droga. Como ha puesto de relieve recientemente Albrecht (1991)<sup>1</sup>, analizando la política de prevención de la criminalidad asociada a la toxicomanía en la República Federal Alemana:

«Una evaluación general de los resultados de esta política corrobora la opinión según la cual los problemas ligados a la toxicomanía tienen al menos dos raíces: *la droga misma y la manera en que es controlada*. Esta constatación ha atraído la atención sobre la relación entre los problemas de la toxicomanía y el control de la droga, así como sobre los efectos no previstos, pero esencialmente negativos de las políticas prohibicionistas en términos de problemas de mercado negro, el cual ha creado a su vez obstáculos a las tentativas de reducir los problemas de la droga.»

A pesar de esa constatación, recientemente dos países europeos —Italia y España— se han añadido, aunque con fórmulas diversas, a los países que como Francia o Suiza prevén en su legislación sanciones para reprimir el consumo de drogas. En Italia, como es sabido, la Ley 162 de 26 de junio de 1990 añade los artículos 72 y 72 bis a la Ley 685 de 22 de diciembre de 1975, estableciendo para los poseedores de droga, para uso personal, una serie de sanciones administrativas y de medidas penales «en cascada», que pueden ir desde la simple «advertencia» del prefecto hasta la privación de libertad de hasta tres meses de duración y multa de hasta cinco millones de liras impuesto por el juez, a los que incumplan las medidas sancionadoras impuestas

<sup>1</sup> Albrecht, Hans-Jörg: «Bilan des connaissances en République Fédérale d'Allemagne». En: Philippe Robert (ed.), *Les politi-*

*ques de prévention de la délinquance. A l'aune de la recherche.* Ed. L'Harmattan, Paris, 1991.

(prohibición de alejarse del municipio de residencia, obligación de volver a casa a una determinada hora, prohibición de frecuentar determinados locales públicos, etc.).

En España, acaba de aprobarse la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana que en su artículo 25 define como «infracciones graves a la *seguridad ciudadana*, el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tendencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de *drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas...*, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo».

La sanción (administrativa) prevista para dicha infracción consiste en una multa que oscila entre las 50.000 y los cinco millones de pesetas.

Por otro lado, se prevé, como en la legislación italiana y atendiendo la «filosofía» de la Convención de Viena, la posibilidad de suspender las sanciones «si el infractor se somete a un *tratamiento de deshabituación* en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine».

No es posible, en el marco de este trabajo, hacer un examen particularizado de los diversos problemas que esa legislación plantea, por lo que voy a exponer sólo algunos de los rasgos esenciales de la misma, de su relación con los derechos del hombre, y de las consecuencias de esa política para una política de prevención auténtica del consumo de drogas.

## 2. LA LEGISLACION COMO FACTOR DE IDENTIFICACION SOCIAL DEL «PROBLEMA DROGA»

El primer rasgo esencial de esa legislación parece ser su carácter «simbólico». Ello quiere decir que los destinatarios primeros de esas normas no parecen ser los toxicodependientes, sino los ciudadanos en general y que el fin último de la norma busca más afirmar un valor —«*el consumo de drogas constituye un peligro para la paz pública*»— que proteger un bien jurídico —«*la salud de los consumidores*»—

De esa manera el «problema droga» se define socialmente como un *problema* no de salud, sino de seguridad. Lo importante parece ser trazar una línea clara, delimitadora de los confines de lo «normal» y lo «peligroso», lo «lícito» y lo «ilícito».

Particularmente clara me parece esa función en la legislación sancionadora española, donde la discusión sobre la legitimidad constitucional de perseguir el consumo de drogas para defender el derecho a la salud —convirtiendo así el derecho a la salud, en una obligación a la salud— se ha pretendido obviar persiguiendo tan sólo el consumo *público* y definiendo dicho consumo no como atentado a la salud —en cuyo caso también debiera haberse perseguido el consumo «privado»—, sino en un peligro para la *seguridad ciudadana*.

En definitiva, lo que parece buscarse es una especie de «clandestinización» del consumo, de manera que, visto el fracaso de las políticas represivas

para atajar el fenómeno, al menos éste sea menos visible socialmente y, por tanto, las autoridades se vean menos cuestionadas por los ciudadanos que exigen que se atajen las *causas profundas* del problema.

Junto a ese efecto de disminución de visibilidad social del fenómeno del consumo, se pretende, creo, el efecto inverso, esto es: aumentar la visibilidad social de «determinadas drogas». El «problema droga» se define así, en primer lugar como problema, pero en segundo lugar, y principalmente como problema perteneciente *sólo* a una clase de drogas: las ilícitas.

La científica y absurda división entre drogas legales e ilegales que a nivel internacional se consagró en la Convención de las Naciones Unidas de 1961, obtiene así un nuevo respaldo legislativo.

Una vez más, como en el punto anterior, lo que se desprende de ello es que no es la salud el bien jurídico que se trata de proteger —puesto que los perjuicios para la salud provienen, si acaso, de todas las drogas, y no sólo de las ilegales—, sino una concepción moral acerca de «lo permitido» y «lo prohibido». El objetivo de la legislación no es, pues, la tutela de la salud de los ciudadanos, sino la conformidad de los mismos con unos patrones culturales y morales impuestos coactivamente.

La consecuencia de todo ello es la de tender a afirmar en la conciencia social una definición del problema droga basado en el tabú, los estereotipos y la alarma. La actual política de drogas recuerda a un teatro donde el foco, dirigido exclusivamente al protagonista de la obra, nos impide ver *todo el escenario*, dejando en penumbra la auténtica dimensión del fenómeno, y, por supuesto, a todos los demás personajes del drama. Se diría que «la droga» ha hecho perder de vista a «los jóvenes» y sus problemas. Y desde luego ha dejado en la oscuridad otros problemas sociales (como los accidentes laborales o de circulación, el consumo de alcohol o psicofármacos o la destrucción del medio ambiente) de infinita mayor gravedad.

Todo ello condiciona, obviamente, tanto los objetivos como los métodos de la política de prevención: si el consumo de drogas se define como un problema de seguridad, es evidente que el objetivo primero pasa a ser la protección de la colectividad y, por lo tanto, el aislamiento de los posibles focos de la epidemia, es decir, los toxicómanos. De esa manera, aumenta la distancia social entre los drogodependientes (mejor dicho, entre los *consumidores*, sean o no drogodependientes) y el resto de la sociedad, con el inevitable resultado de hacer más difíciles, y más angostos los procesos de integración social de los mismos.

Incluso el camino de integración social que pudiera consistir en la inserción en un programa de rehabilitación, en la medida que se concibe como un anexo a la aplicación de la sanción represiva pervierte su función, y hace más difícil la inserción social de los drogodependientes.

En definitiva, por encima de sonoras declaraciones de principio, se puede afirmar que no ha sido la salud el derecho fundamental que los legisladores han pretendido proteger y, antes al contrario, la po-

lítica de penalización del consumo introduce efectos perversos para esa protección que más tarde tendré ocasión de analizar.

Pero, además, existen otros derechos fundamentales comprometidos seriamente por esta legislación, y en primer lugar, el más importante de todos después de la vida: el derecho o la libertad.

### 3. LEGISLACION PENAL Y DERECHOS HUMANOS. EL PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA

El tortuoso camino histórico que ha servido para afirmar como valor universal la libertad del hombre y sus derechos fundamentales ha corrido paralelo al proceso de limitación del poder del Estado frente a los individuos. Se podría decir que consolidación del Estado de derecho y limitación del «poder de castigar» del Estado —el *ius puniendi*— forman parte del mismo proceso.

Pero como todo camino, y todo proceso, ni siquiera hoy, en las sociedades occidentales avanzadas podemos afirmar que la meta se haya alcanzado, ni que no puedan emprenderse peligrosas marchas hacia atrás. Conceptos tales como «orden público», «seguridad del Estado» o «economía nacional» son hoy todavía conceptos que pretenden legitimar opciones políticas de signo tecnocrático que tienden a ampliar el sistema punitivo a fin de tutelar un «orden» en el que la subjetividad y la diversidad de los sujetos humanos, sus necesidades y derechos se reduzcan a una abstracta necesidad de confianza en el sistema institucionalizado (Baratta, 1985)<sup>2</sup>.

Por eso es necesario reivindicar una vez más una concepción de los derechos del hombre, concreta y no abstracta. Y concreta en los dos sentidos posibles: concreta, en cuanto a la concreción de los derechos que se reclaman (el derecho a la libertad, a la participación en la vida social, al libre desarrollo de la personalidad, etc.); y concreta en cuanto a la concreción de los portadores de esos derechos, los *individuos concretos*, y no una abstracta colectividad dotada de subjetividad propia.

El reconocimiento de esos derechos humanos puede asumir así una doble función: una función negativa, como límite de la intervención penal; y una función positiva, como contenido posible del objeto de protección estatal, a través (o no) del derecho penal.

Desde el primer punto de vista me referiré tan sólo al viejo principio, que desde los iluministas, ha pugnado por afirmarse como criterio corrector a la expansión del derecho penal: el principio de intervención mínima.

Desde el segundo punto de vista, como función positiva, haré referencia al contenido posible de una regulación que tienda a proteger la salud sin atropellar la libertad.

El principio de intervención mínima parte del reconocimiento de que las penas son violencia insti-

tucional y que su aplicación, para ser legítima, sólo puede hacerse frente a conductas gravemente atentatorias de los derechos humanos y sólo cuando no existan formas de respuesta no punitivas más eficaces para prevenir o contrarrestar dichas conductas.

Ese principio, hoy unánimemente aceptado en la totalidad de los países democráticos, requiere, sin embargo, algunas concreciones si no se quiere que quede como una bella proclamación vacía de contenido.

Se podría, pues, siguiendo a Baratta (1985)<sup>3</sup>, enumerar algunas de las proposiciones concretas en las que se descompone al principio de intervención mínima:

a) *Principio de proporcionalidad abstracta:*

Sólo graves violaciones de derechos humanos *de otros* pueden ser objeto de sanción penal. Las penas deben ser proporcionadas al daño social producido.

b) *Principio de idoneidad:*

El principio de idoneidad obliga al legislador a un estudio atento de los efectos socialmente útiles que se pueden esperar de la pena, y abstenerse de establecerla si tras estudios serios de derecho comparado o métodos de prognosis sociológica no aparecen probados o altamente probables dichos efectos útiles para la protección de los derechos humanos amenazados.

c) *Principio de subsidiariedad:*

Una pena debe ser impuesta sólo si se puede probar que no existen otros métodos de menor coste social distintos del penal, para responder a la situación de amenaza a los derechos humanos.

d) *Principio de proporcionalidad concreta:*

También se podría denominar principio de adecuación del coste social, y supone tener en cuenta los efectos indeseables de la pena a los efectos de agravar o consolidar los conflictos sociales que se quieren regular. La introducción de medidas penales en determinados ámbitos de la vida social puede producir problemas nuevos y más graves que aquel que se trata de resolver (piénsese, por ejemplo, en la penalización del aborto).

En resumen, una legislación que respete los derechos humanos y, por tanto, el principio penal de intervención mínima, ha de probar que esa intervención penal es idónea, proporcionada y no produce efectos sociales más nocivos.

Ninguna, repito ninguna, de esas condiciones parecen cumplirse en la legislación penal en materia de drogas y menos aun en aquella que penaliza el consumo.

Ni el consumo de drogas supone una violación de los derechos humanos *de otros* (la aceptación de que el Estado tiene derecho a intervenir para proteger los derechos humanos del propio individuo, nos introduciría en una especie de mundo al revés), ni las penas son proporcionadas al daño causado, ni sobre todo evitan la producción de efectos perversos que agravan la situación social de los propios consumidores y, desde luego, de toda la colectividad.

<sup>2</sup> Baratta, Alessandro «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale».

le». En: *Dei delitti e delle pene*, num 3, 1985.

<sup>3</sup> Baratta, Alessandro: *op. cit.*

#### 4. LOS EFECTOS PERVERSOS DE LA PENALIZACION

Como decía al principio de este trabajo, hoy parece afirmarse cada vez más en el ámbito científico la opinión de que la actual política de drogas, el prohibicionismo, produce más problemas que los que trata de resolver.

En efecto, hoy parece ya una verdad aceptada que es la política represiva la causante de la enorme tasa de beneficio derivado del tráfico de drogas, lo que a su vez repercute en el desorbitado precio de venta de las mismas y, por consiguiente, en la necesidad de muchos drogodependientes de delinquir para atender su necesidad de droga.

Cada vez es más extendida la conciencia de que la clandestinización del consumo agrava las condiciones higiénicas en que se realiza, impide un control acerca de la pureza y calidad de las sustancias, impide la formación de hábitos de consumo menos peligrosos y empuja a los consumidores a los brazos de la delincuencia organizada.

Cada vez son más los servicios de atención a los toxicómanos que rechazan actuar en labores auxiliares del control penal con la consiguiente reducción de sus posibilidades rehabilitadoras que han de estar basadas en relaciones de confianza y libertad.

Cada vez son más los profesionales de la prevención que denuncian una política basada en la «demonización» de unas sustancias por encima de otras que crean iguales o mayores problemas sociales y que impide políticas de educación basadas en el incremento de la responsabilidad de los individuos y que privilegien los mensajes positivos e inespecíficos por encima de los tabúes, los estereotipos y la angustia.

Cada vez son más, en fin, los operadores jurídicos que denuncian la superpoblación judicial y penitenciaria a que ese control conduce y la enorme distancia existente entre los costes de esa política en comparación con los escasos beneficios que se obtienen en términos de reducción de la oferta y de la demanda de drogas. Y que al mismo tiempo denuncian el peligro que esa misma legislación comporta para la vigencia de principios y garantías fundamentales para los ciudadanos —coartados de forma genérica en aras a una pretendida mayor «eficacia» en la lucha contra las drogas—. (Por ejemplo, en España, un nutrido grupo de juristas, intelectuales y miembros de asociaciones defensoras de los derechos humanos recogen estos días firmas para oponerse ante el Tribunal Constitucional ante la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana a que antes me refería.)

Todo eso es conocido, pero como antes decía, hasta ahora parecía ser algo exclusivo del mundo científico, sin que ninguna de estas reflexiones hubiera traspasado el umbral del mundo político. A pesar de Foucault. «saber» y «poder» parecen caminar por sendas opuestas.

Aunque quizá algo empiece a estar cambiando. En los últimos días he recibido el informe de la Co-

*misión del Parlamento Europeo encargada de la investigación sobre la difusión de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de drogas*<sup>4</sup>, donde se pueden leer los siguientes párrafos significativos:

«El poder de las organizaciones delictivas que organizan el tráfico de droga registra un crecimiento inquietante... El coste muy elevado de las drogas en el mercado es causa de delincuencia, inseguridad, desorden y discriminación social y racial. La salud de los consumidores de drogas prohibidas sufre no sólo los efectos de las sustancias consumidas, sino también la situación de ilegalidad en que se desarrolla el mercado... Las políticas que hasta el momento se han realizado no han alcanzado el objetivo que se habían fijado: hacer cesar o al menos reducir la penetración del tráfico de drogas en la C.E. Hasta ahora la represión ha tenido una incidencia que se estima entre el 5 y 15 por 100 del tráfico de estupefacientes y los capítulos que genera... Cada año aumenta el número de consumidores, se multiplican las muertes ocasionadas por la droga, aparecen nuevas drogas más fuertes y más dañinas y aumenta la producción de droga. No es posible, a pesar de todos los esfuerzos, hacer frente al blanqueo de capitales procedentes del tráfico de droga.»

En vista de todo ello, la comisión formula una serie de recomendaciones que extracto brevemente:

«La comisión opina que, aparte del fenómeno del tráfico de drogas, también es necesario investigar las consecuencias de la *lucha contra la droga*, especialmente las repercusiones de esta lucha en la democracia y la seguridad y libertad de los ciudadanos.»

«La drogadicción y el uso ilícito de drogas deberían tratarse en primer lugar como problemas de salud pública y de bienestar y no como problemas de carácter policial o judicial. No se debería considerar delito la posesión de pequeñas cantidades de drogas ilícitas para uso personal. Las leyes relativas a la droga deben crear una distancia entre el consumidor y el mundo del crimen, evitando con ello convertir al toxicómano en delincuente y malograr toda posibilidad de integración social. La ayuda a los drogadictos no debe ser objeto de procedimiento penal.»

«La lucha contra la drogadicción mediante los procedimientos penales, la abstinencia obligatoria y la ayuda pública condicionada a la abstinencia han fracasado. La demanda sigue existiendo; el desamparo de los drogadictos, desde el punto de vista médico y social, es cada vez mayor; cada vez es mayor el número de drogadictos afectados por el sida; cada vez más drogadictos mueren; el tráfico ilegal de drogas se extiende y sus beneficios son cada vez mayores; en las ciudades, es cada vez mayor el temor de la gente ante el tráfico de drogas y la criminalización con el mismo.»

«En este contexto, los Estados miembro deberían garantizar el libre acceso al tratamiento, jeringuillas gratuitas y prescripción de drogas (Temalgésic, Metadona) en clínicas registradas.»

<sup>4</sup> Parlamento Europeo: *Informe de la comisión de investigación de la difusión de la delincuencia organizada vinculada al tra-*

*fico de drogas en los países de la comunidad.* PE. 152.380/det/A de 2 de diciembre de 1991.

«Es preciso adoptar una actitud pragmática de reducción de los riesgos (*harm reduction*) relacionados con el consumo y el abuso de drogas, proporcionando cuidados sanitarios y sociales al drogadicto, para garantizar y organizar la disponibilidad de drogas no alteradas y la dosificación que permite reducir las defunciones y los problemas sanitarios (especialmente la contaminación por el virus del sida), así como la disminución de la criminalidad inducida.»

Como puede verse, aunque sea por un estrecho margen (nueve miembros de la comisión votaron este texto frente a seis que hicieron un informe de la minoría), un grupo de representantes políticos parece haber roto la impermeabilidad a los argumentos científicos.

Quizá lo único curioso fuera preguntarse por qué esos mismos representantes políticos y esos mismos argumentos parecen tener poca influencia en

la legislación nacional de sus respectivos países. Pero en todo caso ha de ser acogida con esperanza la ruptura del monolitismo penalizador que hoy parece empezar en la esfera política.

¿Podría quizá eso representar la posibilidad de una política «normalizadora» con respecto a las drogas, orientada realmente a la protección de la salud y respetuosa con los derechos humanos? Esperemos que sí. Quizá lo importante sea entonces afirmar la primacía de los derechos humanos como referente material de la política de drogas y confiar en que finalmente adquieran realidad legislativa dos principios educativos elementales: el de que no tiene sentido prohibir aquello que no se puede hacer cumplir, y el que afirma que la única política de prevención de la salud sería es aquella que aumenta el grado de autorresponsabilidad de los individuos para utilizar dentro de límites razonables las inmensas posibilidades que les ofrece nuestra sociedad.

# CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

## NOVEDADES

- **¿ES CONVENIENTE ENGAÑAR AL PUEBLO?** Condorcet, Castellón y Becker.
- **REFORMA Y MUTACION DE LA CONSTITUCION.** G. Jellinek
- **EL SILENCIO DE LA ESCRITURA.** Emilio Lledo.
- **LO RACIONAL COMO RAZONABLE.** Aulis Aarnio
- **REGIMEN JURIDICO DE LA ENTRADA Y PERMANENCIA DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA.** Vicente Escuin Palop.
- **RAZON DE ESTADO, RAZON DE INDIVIDUO, RAZON DE HISTORIA.** Bartolomé Clavero Salvador
- **LOS DERECHOS LABORALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.** Manuel Carlos Palomeque
- **LAS RAZONES DEL DERECHO: TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.** Manuel Atienza.
- **LOS VICIOS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.** Paloma Biglino
- **EL MERCADO DE LAS IDEAS.** Pablo Salvador Corderch y otros
- **EL VOTO PARTICULAR.** Francisco J. Ezquiaga Ganuzas.
- **ETICA CONTRA POLITICA. LOS INTELLECTUALES Y EL PODER.** Elías Díaz
- **DEBERES Y OBLIGACIONES EN LA CONSTITUCION.** Rafael de Asis Roig
- **LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO: DEBER JURIDICO Y RAZONES PARA LA ACCION.** Juan C Bayón Mohino.
- **RAZON PRACTICA Y NORMAS.** Joseph Raz
- **EL ABORTO: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES.** Alfonso Ruiz Miguel

DISTRIBUIDO POR:  
S. A. Distribuciones Editoriales

# ÍTACA

CENTRAL LIBRERIA  
Y EXPOSICION  
LOPEZ DE HOYOS, 141  
28002 MADRID  
Teléf 416 66 00 (14 líneas)  
Telex 47497 ITAD-E

MINISTERIO DE RELACIONES CON LAS CORTES Y DE LA SECRETARIA DEL GOBIERNO