

Cuestión droga: los límites de un manifiesto y la necesaria profundización de un debate *

Roberto Bergalli **

Algunos meses después de su firma, he sido destinatario de un *manifiesto por una nueva política sobre la droga*. Este documento fue suscrito por 35 juristas reunidos en un "Encuentro sobre Alternativas a la actual Política Criminal en materia de Tráfico de Drogas", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el día 2 de diciembre de 1989. Con el envío de tal *Manifiesto* y en el caso que compartiera su contenido, se me solicitaba una adhesión por escrito y una toma de contacto con la Comisión Coordinadora del mismo.

Puesto que básicamente estuve de acuerdo con el contenido, envié mi adhesión a quien fuera el remitente del documento. No obstante, al propio tiempo, me permití manifestar algunas reflexiones que entonces me había provocado el llamado *Manifiesto*, formulando, en consecuencia, unas sugerencias y solicitando respuesta a estas. El documento ha sido, mientras tanto, publicado (v. *Anuario de Derecho Penal*, t. XLII, fasc. III, Madrid, 1989, págs. 1187-1191)*** y mis reflexiones propuestas no han tenido, por ahora, repercusión alguna; quizá la puedan tener, mas, mientras tanto, desearía difundirlas no solo para que sean sencillamente conocidas, sino con el pretendido fin de provocar la profundización del debate que proponía en mi respuesta-adhesión al *Manifiesto* ya público.

* Publicado en *Jueces para la Democracia*, núm. 9, Madrid, Edisa, 1990.

** Profesor de la Universidad Central de Barcelona.

*** Publicado también en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Temis, 1990.

1) El citado Encuentro de Málaga fue, por lo visto, una reunión específica de juristas y presumiblemente cerrada a una asistencia de profesores de derecho penal y jueces o magistrados especializados en la jurisdicción punitiva y en la ejecutivo-penal (o de vigilancia penitenciaria, en lenguaje legislativo). De hecho, el *Manifiesto* está firmado por 21 de los primeros y por 14 de los segundos, algunos exponentes conspicuos de la Asociación "Jueces para la Democracia". Por lo demás, el título de la convocatoria a tal Encuentro planteaba un tratamiento de la "política criminal en materia de tráfico de drogas".

Por lo tanto, era difícil esperar que de la reunión surgiese algo más que un cuestionamiento a dicha política criminal. No obstante, de la lectura del *Manifiesto* puede extraerse la idea de que sus firmantes han pretendido ir más lejos, con lo cual, ciertamente, se advierte una particular sensibilidad —tradicionalmente ausente en los medios académicos y judiciales— por aspectos que se evaden del rígido tratamiento normativista de los temas encarados en el Encuentro, propio al tipo de formación que reciben los estudiosos del derecho en la Universidad y que ha pasado a ser un rasgo característico de la cultura jurídica de nuestro ámbito. Se me podrá alegar que si el derecho está constituido por normas, es natural que quienes se preparan para tratar con ellas no pueden menos que ser formados en el conocimiento de sus estructuras y de su interrelación con otras semejantes. Pero, más allá de la perogrullada que esta alegación encierra, también ella indudablemente encubre la anomalía cultural que supone el seguir formando a los juristas del siglo XXI sin que estos sepan indagar sobre los procesos de creación y aplicación del derecho, en los cuales influyen con peso decisivo unas variables que provienen de la estructura económica, de la política y de la cultural de una sociedad y que solo pueden ser abordadas con categorías e instrumentos que suministra un entramado disciplinario compuesto por la antropología y la psicología social, la economía política, la sociología jurídica, la teoría del Estado, etc.

Como se sabe, las perspectivas o puntos de vista que todas esas disciplinas pueden proporcionar para el conocimiento de la realidad que facilita la producción y empleo de normas jurídicas, están ausentes en la formación de nuestros juristas (también en el de nuestros científicos sociales) y pese a los reclamos que se formulan para incluir en los planes de estudio de nuestras facultades de derecho (idem en las de ciencias sociales y políticas) un tipo de enseñanza semejante, ellos siguen sin ser satisfechos.

Por tales motivos, los colegas y magistrados amigos que han revelado una peculiar sensibilidad para proponer una nueva política criminal sobre las drogas, deberían hacer esfuerzos semejantes para lograr que nuestros futuros juristas reciban una formación mucho más plural y abierta de forma tal que, a la hora que lleguen a tener una participación de peso en la creación y aplicación de normas, no reflejen las tendencias represivas manifestadas, por ejemplo, en la reforma española de 1988 al Código Penal que el *Manifiesto* en cuestión se encarga de criticar muy acertadamente. Hay que tener en cuenta, en sostén de lo que digo, que la gran mayoría de los firmantes de ese documento —por lo menos de los casos que yo conozco

(y creo que estos constituyen una buena parte de ellos)— son estudiosos y profesionales que han abrevado sus conocimientos no normativos fuera de la universidad española y que han acrecentado la sensibilidad que destaco en el contacto con otros medios culturales distintos al de nuestras academias.

Estas primeras reflexiones surgidas de la lectura del *Manifiesto* no hacen posiblemente parte del fondo de los asuntos que este documento me propuso. No obstante, no las creo extemporáneas sobre todo cuando el propio *Manifiesto* pretende abordar ciertos aspectos que intrínsecamente no son de naturaleza jurídico-penal en tema de una "nueva política sobre la droga", aun cuando para concretar esa pretensión únicamente se rozan o más bien se soslayan los terrenos de la economía, de la política y de la cultura de la sociedad española. Me explicaré.

2) Es verdad que el *Manifiesto* dirige toda su atención a subrayar el fracaso que en España —y en todo el mundo— ha obtenido la acentuación de la política represiva de los últimos años. Para ello, recurre a señalar que con esa política no se han alcanzado las metas supuestamente perseguidas, cuales eran erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas; que la droga se ha convertido en un producto muy caro, originando la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón y causando o agravando la marginación social; que, como consecuencia, los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas, mientras los reclusos provenientes de la misma empeoran las condiciones de habitabilidad en las prisiones; que la población en general sufre directamente, tanto el aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga, cuanto las medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia; que el Estado de derecho se ve conmovido ante todo por que la acentuación de la vía represiva no se detiene ante los principios garantistas del derecho penal y, además, por que el poderío económico de los traficantes les permite corromper instituciones esenciales de la democracia; que, asimismo y en otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con tal política represiva resulta notoriamente distorsionada no solo porque no se respeta el principio de que la salud solo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada, sino también por cuanto es precisamente la prohibición la que al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad lo cual genera daños tanto más importantes a la salud (sobredosis y muertes consecuentes, SIDA, hepatitis B, etc.); que igualmente en el nivel internacional son del mismo modo negativo los efectos de la prohibición pues a través de la cuestionable distinción entre drogas duras y blandas se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental, mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última; que, de la misma manera, se producen nefastos efectos sobre los esfuerzos dirigidos a la prevención pues, por una parte, fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud y, por la otra, permite eludir la responsabilidad de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos

vos; que, finalmente, esa política represiva se limita a la adopción de una intervención-asistencia centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados— e impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones sociales y privilegia la confusión entre asistencia y control con claros efectos perniciosos.

2.1) Ahora bien, al repetir la exposición de todos estos argumentos empleados por el *Manifiesto* para descalificar la política represiva seguida en España e internacionalmente sobre la droga (así se expresa el documento), he tenido por objeto destacar los límites dentro de los cuales ese escrito ha sido formulado. En un primer momento, no podría discutirse el hecho de que tales límites venían impuestos por el carácter y el marco del Encuentro en que se firmó ese escrito y por la condición o profesión de sus firmantes aunque estos, como he querido resaltarlos, han pretendido sobrepasarlos. Pero —y aquí retomo las reflexiones emitidas antes (v. 1)— a poco que se ahonde en los diferentes aspectos que configuran lo que con propiedad se denomina contemporáneamente como *cuestión droga*, no puede menos que aceptarse que ella está constituida por otros elementos tanto o más centrales que aquellos exclusivamente jurídicos o, si se quiere, político-criminales e incluso que de los que, por extensión, los subscriptores del *Manifiesto* habrían deseado abarcar.

En efecto, nadie ignora que cualquier impulso legislativo tendente a exacerbar instrumentos penales respecto de las toxicodependencias contribuye en esencia a afirmar una particular cultura de la exclusión y de la punición de todos quienes viven en una condición de malestar social y/o de marginalidad. En el fondo, aunque por lo menos para algunos, con marcada evidencia, el prohibicionismo latente en todo tipo de impulso semejante está revelando una orientación ideológica acorde con unas políticas generales y, particularmente, con una política social negativa propia al modelo de dominación que se está expandiendo universalmente.

Después del *Diktat* del zar William Bennet —alto comisario USA para la *War on Drugs*— decretando la caza de brujas contra todo consumidor de cualquier tipo de drogas y luego de la espectacular alocución televisiva del presidente Bush, en septiembre de 1989 (similar a aquella de Ronald Reagan el 2 de octubre de 1982), mostrando la papalina de *Crack* hallada frente a la Casa Blanca, quedó claro que la “guerra santa” iba a tener una orientación directa a la persecución de los clientes adictos provenientes de sectores privados de todo tipo de asistencia o intervención social que pudiera paliar los efectos de sus condiciones marginales. Esta nueva estrategia respecto de los toxicodependientes —de todos modos ya diseñada en los tiempos de la crisis energética en 1973, con la implantación del modelo Reagan-Thatcher de políticas restrictivas el cual se basa sobre una injusta distribución del rédito y se reproduce junto a dinámicas individualistas o de todas maneras antisociales— tuvo una rápida difusión tanto en la periferia como en el centro. Efectivamente ha sido así pues, por una parte, en América Latina se ha presenciado la expansión de operaciones antidrogas de carácter bélico, proyectadas desde la *Drug Enforcement Agency* (DEA) pero firmemente apoyadas en Washington, con la colaboración de algunos gobiernos locales, para encubrir el verdadero negocio que supone el mercado interno interamericano y no intervenir en el reciclaje del narco-dinero que realiza la banca privada. De esta forma se ha llegado a situaciones

como la de Bolivia, cuando a mitad de los años ochenta las mayores minas de estaño fueron cerradas por el gobierno de conformidad con las disposiciones de los bancos internacionales y así 30.000 mineros quedaron en paro. Faltando el trabajo en industrias alternativas, la gran masa de mineros invirtió sus indemnizaciones en la tierra y en la producción de coca; de tal modo, mientras la política antidroga de Bush declaraba la guerra a la producción de coca, la deuda externa y la política de austeridad generaron nuevos cultivadores de coca (cfr. J. PETRAS, “Delito, austerità e narcotraffico”, en: *Il Passaggio*, Rivista di dibattito politico-culturale, numero doppio Anno II nro. 6, nov./dic. 1989 - Anno III nro. 1, gen./feb. 1990, Roma, 65-69, esp. 65). Pero también se llegó a extremos de verdadera intervención, si se consideran las operaciones de “asistencia” que elementos de la DEA han cumplido en Perú y Colombia o si se analiza en profundidad la invasión de Panamá por 25.000 infantes de la marina de los Estados Unidos a “sangre y fuego”, en diciembre del año pasado, como una operación antidroga antes que como una ayuda para “restaurar” la democracia y desalojar al dictador Noriega (tal como así lo reconoció el propio Melvin Levitsky, subsecretario de Estado para el tema de las drogas, cfr. *El País*, del 8.v.90, pág. 11).

Mientras tanto, en el resto del mundo occidental se produjo la transformación de la imagen del adicto como enfermo-dependiente para tratar y curar, el delincuente que se identifica a partir de una posesión de dosis. El proceso de construcción social de semejante imagen tuvo una rápida recepción en Europa. En España, ella ya se adelantó con claridad mediante la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo. Pero, internacionalmente, se afirmó con el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico, aprobado el 18 de diciembre de 1989, signado también por España. Ahora, este proceso ha quedado sellado con la ley que acaba de aprobar el Parlamento italiano, mediante la cual todo tipo de adicción (y, en consecuencia, de posesión) se convierte en delito (art. 12), con lo cual claramente se acepta el modelo represivo impuesto desde los Estados Unidos y manifiestamente diseñado sobre políticas sociales restrictivas las cuales, a su vez, reflejan desarrollos de un modelo económico que supone una gran polarización de la riqueza como de la miseria.

Ahora bien, si el concepto de bienestar común ya no depende entonces de determinadas políticas sociales y si por lo tanto la idea de realización del *Welfare State* se encuentra en crisis permanente, es coherente que la cuestión droga se encare desde meros enfoques prohibicionistas lo cual, por cierto, no solo traduce una visión reduccionista de ella sino que sobre todo impide abordarla en todos sus aspectos, generando así únicamente análisis desde perspectivas unidisciplinarias. De esta manera, la dialéctica prohibición-legalización pasa a ocupar todo el espacio del planeta droga con lo cual se explica (que no se justifica) la hegemonización del mismo por el discurso jurídico-penal.

2.2) Mas el debate en torno a la cuestión droga es fundamentalmente de carácter cultural y no puede restringirse a alguno(s) de sus aspectos. Ese debate ha sido muy vivo en la sociedad italiana, con motivo de la discusión del proyecto recién convertido en ley a pesar de la polémica que desató dentro y fuera del Parlamento, involucrando no solo a políticos sino a todo preocupado por la cuestión social.

Sin embargo, no veo que un debate semejante se abra en España pese a los anuncios por ejemplo del ministro de Sanidad para penalizar ciertas formas del consumo público de drogas (cfr. *El País* y *La Vanguardia* de 11.V.90), lo que viene siendo apoyado por ayuntamientos como el de Madrid (v. *El País*, 14.VI.90) y por algún partido político, como el Partido Popular en Barcelona (v. *El País*, 16.VI.90) o después de la Conferencia Mundial, celebrada en Londres en el mes de abril pasado y que concluyó con una amplia y ambiciosa declaración (subscrita también por España) en la cual si bien se estudiaron las distintas estrategias para enfrentar el problema se acabó descartando cualquier tipo de legalización del consumo (v. *El País*, 12-13.IV.90, pág. 7). Es verdad que en la segunda mitad de 1989 tuvo una cierta repercusión en la prensa el contraste de posiciones entre unas más permisivas —sustentadas incluso por la mayor organización sindical (Sindicato Unificado de la Policía, SUP, v. *El País*, 18.XII.89, y de las cuales el Encuentro de Málaga fue un ejemplo (v. *El País*, 4.XII.89)— y otras radicalmente prohibiciones (cfr. por ejemplo las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales Socidrogalcohol, *El País*, 10.XII.89, aunque una ponente en ellas llegó a sostener “que el debate actual se ha polarizado en dos posturas contrarias que no conducen a ningún lado”, o las más anteriores del propio delegado para el Plan Nacional de Drogas (v. *Legalización, una propuesta que choca frontalmente contra la realidad*, en *El País*, 29.XII.88) que acaba de ratificar recientemente aunque haya definido a la política estadounidense para combatir el narcotráfico como “política de pistola basada en la represión a ultranza, que no resulta” (v. *El País*, 9.VI.90). Pero, en todo caso, esa atención periodística fue simplemente un reflejo del debate que se estaba produciendo fuera de las fronteras españolas, dentro de las cuales semejante debate (como se acaba de señalar con las citas anteriores) siguió discurriendo por penalizar o no el consumo; es decir, que se mantuvo de modo reduccionista en los límites de una discusión político-criminal.

Me parece imprescindible, si de verdad quiere debatirse en torno a la cuestión droga, profundizar en el choque entre dos concepciones culturales que se expresan sobre ella pero también sobre otros ámbitos de la vida individual y social de los ciudadanos, antes que manifestarse —aunque se haga con toda seriedad y preocupación— simplemente sobre políticas criminales. La primera de esas concepciones es la que se dirige a afirmar el instrumento de la punición como disuasión para toda conducta que infrinja los juicios morales que controlan la convivencia y el orden social; la otra, es la que aparece orientada por el principio de la autonomía de la voluntad y de una educación individual tales como para no propiciar en las personas libres el requerimiento, antes bien el rechazo de cualquier sugerencia represiva o punitiva. No hay que olvidar que el punto central de un debate como el propuesto es que ese choque cultural no se produce ciertamente en un contexto teóricamente *neutral* del conflicto político y social que hoy se encuentra abierto en España, sino que representará en los hechos —más allá de las intenciones de algunos legisladores— un viático extraordinario para cuantos políticos han venido propiciando, desde hace tiempo (en concordancia con las directivas europeas, de las que las reuniones de los ministros de Interior y Justicia en el denominado grupo

TREVI son sus fuentes) unas modificaciones radicales en tema de extranjería y terrorismo. La sinonimia u homogeneidad en el tratamiento europeo de estos últimos temas con la cuestión droga, más allá de la necesaria relación de intervención policial como expresiones de la criminalidad internacional organizada (lo cual ha convertido a España de tierra hospital en frontera exterior de Europa, teniendo que transigir así con las particulares relaciones que la vinculan al Magreb y a Hispanoamérica), excede el enfrentamiento de aspectos como el narcotráfico y/o el blanqueo de los capitales producidos por este negocio e incide en el campo de las grandes batallas por el derecho a una educación laica, libre de toda injerencia autoritaria, auto-reflexiva y plenamente respetuosa de la autonomía de la voluntad individual.

2.3) Por último, como se sabe, el decantamiento de la cuestión droga hacia el plano punitivo y la polémica entre legalización o prohibición, la llevan a convertirse en otra “emergencia” con lo cual, otra vez, se destaca como un problema cultural, tal como ha ocurrido con emergencias similares como la del terrorismo en la cual la excepcionalidad penal solo ha sido cuestionada en España por sus aspectos antigarantistas. Pero, como ya me he permitido decirlo hace algún tiempo (cfr. R. BERGALLI, *Emergencia: una cultura específica*; “Presentación” a J. R. SERRANO PIEDECASAS, “Emergencia y crisis del Estado social. Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación”, colec. Sociedad-Estado, nro. 3, PPU. Barcelona, 1989, I-XVII), una cultura de la emergencia, como cultura específica, se verifica con la intrusión de elementos de origen externo a las condiciones de coherencia y orientación de una cultura que rápidamente alteran la organización de las experiencias y la dirección de los comportamientos de unos individuos insertos en la estructura de una sociedad históricamente determinada (esp. pág. VI). Por eso, es seguramente en el campo del fenómeno toxicodependiente (como uno de los aspectos salientes de toda la cuestión droga) donde más se han revelado en España los dos elementos centrales de una forma de control (o de gobierno) por vía de la “emergencia”, cuales son las decisiones del llamado Plan Nacional de la Droga o las reformas legislativas de urgencia (cuando no de excepción), como la citada Ley Orgánica 1 de 1989, y las que se anuncian, y la puesta en marcha, con sentido autoritario, de sentimientos colectivos que suponen el consenso a todo trance bajo la forma exclusiva y penetrante de las campañas de ley y orden; de la galvanización moderada de estratos, ambientes y categorías sociales; y de una forma de actividad conservadora que, a menudo, tiene como interlocutora a una “mentalidad de izquierda” (esp. pág. XIII).

Todo esto, más la ineptitud de la estrategia concreta y de los órganos dispuestos para ejercer el control, están exasperando la opinión pública hasta el límite de demandar medidas e intervenciones de tipo excepcional (aunque quizá temporalmente se la pueda calmar con macro-operativos policiales y judiciales como el desatado en estos días en que escribo estas líneas, desplegado en Galicia bajo los esotéricos nombres de “Operación Mago”, “Operación Rodríguez” o “Nécora”.

Debo también aquí citar como muestra del despliegue de una cultura de la emergencia en España para la cuestión droga, el empleo de categorías o procedimientos inusuales para la investigación policial o judicial, tales como la introducción

de la figura del arrepentido-colaborador (como se acaba de verificar en el origen del macro-operativo al que acabo de aludir, el cual se construye con los datos suministrados por un elemento vinculado a la red de narcotraficantes que decidió "colaborar", cfr. "Interior crea una nueva identidad al arrepentido de la operación Galicia", en *La Vanguardia*, 15.VI.90 o como lo ha empleado la jurisdicción para rebajar condenas a traficantes colaboradores, cfr. "Rebajada la condena a un traficante que colaboró con la policía", en *El País*, 15.VI.90, pág. 21) o bien la creación de un servicio de espionaje específico contra el narcotráfico, como el que acaba de proponer el Servicio Central de Estupeficientes de la Policía Nacional (cfr. *El País*, 1.VI.90). Me parece, en consecuencia, que cuanto se está produciendo en España en torno de la cuestión droga es la constatación de cuanto me adelanté a decir (en *op. cit.*) como producción de una *cultura de la emergencia*.

Las reflexiones que acabo de vertir y que no son más que una ampliación de las que me permití participar cuando expresé mi adhesión al *Manifiesto por una nueva política sobre las drogas*, tienen por objeto una profundización de los aspectos que apenas rozó o más bien soslayó o que ni siquiera abordó ese documento. Repito que el necesario debate que debe abrirse en España en torno a la cuestión droga debe sobrepasar los límites de un único cuestionamiento a la política criminal pues, de quedarse encerrado dentro de tales límites —como parece preverlo la realización futura de otros encuentros entre penalistas que se están proyectando—, sin el aporte de otros estudiosos de la sociedad y de los fenómenos culturales que en ella se producen, consciente o inconscientemente se continuará colaborando en la construcción social de la cuestión droga como un problema del que no se desentrañan sus aspectos esenciales y sobre el cual solo se manifiestan discursos autoalimentadores.

Junio 17 de 1990.

Constituyente y derecho penal (Invitación a un debate)

Juan Oberto Sotomayor Acosta *

I. TEXTO DEL ACUERDO ENTRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS MAYORITARIOS SOBRE EL TEMARIO A DEBATIR POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, EN LO RELACIONADO CON LA JUSTICIA Y EL DERECHO PENAL

2. JUSTICIA Y MINISTERIO PÚBLICO

2.1 Posibilidad de dotar a la rama jurisdiccional y al ministerio público de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada, permitiendo que la ley regule mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba para determinar el origen legítimo de bienes, procedimientos de identificación y sanción de interpuestas personas, la negociación de penas por colaboración eficaz, el levantamiento del velo corporativo, el perdón judicial, el juez plural, la protección de la identidad de jueces y testigos, el pago de recompensas y el aumento significativo de sanciones penales, fiscales y pecuniarias. También para la creación de un régimen especial para la lucha contra el terrorismo que involucre la alternativa de creación de jurisdicciones especializadas, excepciones al principio de responsabilidad subjetiva, creación de tipos penales para prevenir y sancionar actos terroristas y procedimientos especiales que señalen los derechos constitucionales que pueden ser suspendidos para poder enfrentar con eficacia estas conductas delictivas. Así mismo, deferir a la ley la diferenciación entre el delito político, el delito común y el de terrorismo.

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín.