

LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS DROGAS COMO POLÍTICA CRIMINAL DE LA EXCLUSIÓN*

Jacson Luiz Zilio**

Resumen: En el presente artículo se hace un análisis crítico de los aspectos fundamentales de la política criminal actual en materia de lucha contra las drogas, así como de sus nocivos efectos jurídicos y sociales, a partir de lo cual se presenta una propuesta alternativa de política para el tratamiento del problema de las drogas tanto a corto como a largo plazo***.

Palabras Clave: Lucha contra las drogas; Política criminal; Peligrosidad; Bien jurídico protegido; Principio de *ultima ratio*; Efectos nocivos; Descriminalización.

Abstract: In this article, the fundamental aspects of current criminal policy regarding the war on drugs, as well as its harmful effects, are critically analyzed, leading the author to propose an alternative policy for the treatment of the drug problem both in a short and in a long term.

Key Words: War on drugs; Criminal policy; Dangerousness; Legally protected interest; *Ultima ratio* principle; Harmful effects; Decriminalization.

Sumario: I. Los Cinco Elementos que Caracterizan la Imagen Inicial de las Drogas que Sustenta la Política Criminal Oficial; II. Funciones Declaradas y Ocultas de la Política Criminal de las Drogas; III. Los Efectos de las Drogas y los Efectos de la Criminalización de las Drogas; IV. Hacia una Política Criminal Alternativa de las Drogas.

*Artículo presentado en el “Congreso internacional sobre políticas de drogas: estrategias en un contexto globalizado”, organizado por UNAD y ENLACE, en Torremolinos (Málaga/ES), de 31 de marzo a 1 de abril de 2011. Agradezco profundamente la invitación, observaciones y correcciones de mi compañera abogada Carmen Martínez Perza, de Sevilla/ES.

**Doctor en Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor de Derecho Penal y Criminología del Centro Sulamericano de Ensino Superior/CESUL (Francisco Beltrão, PR) y del Centro Universitario Positivo/UNL CENP (Curitiba, PR). Fiscal del Ministério Público de Estado de Paraná (Brasil). Correo electrónico: jacsonzilio@hotmail.com.

***Resumen agregado por la editora.

I. Los Cinco Elementos que Caracterizan la Imagen Inicial de las Drogas que Sustenta la Política Criminal Oficial

Las investigaciones científicas identifican una serie de elementos en relación a la imagen inicial de las drogas que sustenta la política criminal oficial: a) que existe un vínculo *necesario* entre consumo y dependencia; b) que el consumidor *siempre* integra una subcultura distinta de la “mayoría normal”; c) que el comportamiento asocial de los adictos los aísla de la vida productiva y los inserta en carreras criminales; d) que el estado de salud de los dependientes es, en general, irreversible; e) que las medidas preventivas y represoras conforman una respuesta normal y necesaria de defensa de la *salud pública*, en el marco del Estado de Derecho.¹

Así, pues, la política criminal actual parte del *miedo* de la sociedad de “junkyzados”, intensificado por la cultura *mass media*. Si se parte del hecho de que esta imagen inicial sea real, entonces también es posible que sea “real” en las consecuencias, es decir, si es verdad que hay dependencia, subcultura, carreras criminales y aislamiento social, entonces también hay peligro para la salud pública. Luego, el estigma inicialmente proyectado se realiza. La satanización de las drogas conduce a la satanización del consumidor, del productor y del comerciante de las drogas, tal como el conocido Teorema de Thomas: “*Situations defined as real are real in their consequences*”.²

A partir de esta imagen inicial de la “realidad”, la política criminal actual se fundamenta abiertamente en la idea de *tutela del bien jurídico salud pública*. Esta finalidad, en general, se pretende alcanzar por medio de la *pena de prisión*. En América Latina, aproximadamente tres cuartas partes de los presos están sometidos a medidas de contención por *peligrosidad presunta*, es decir, sin sentencia condenatoria formal (prisión preventiva).³ El número de presos sin sentencia condenatoria formal por delitos de drogas es muy significativo en nuestro margen latinoamericano. Por desgracia, también la política criminal oficial cumple la pena de prisión de forma selectiva. Una triste “coincidencia” hace que las personas privadas de libertad sean jóvenes y mujeres transportadoras de drogas (*mulas*) y la gran mayoría integren las capas sociales económicamente desfavorecidas.

¹*Vid.*, en este sentido, por todos, el artículo de BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, trad. de Mauricio Martínez, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, IBdeF, 2006, p. 113.

²THOMAS, William Isaac, THOMAS, Dorothy Swaine, *Situations defined as real are real in their consequences*, en STONE, Gregory P., FABERMAN, Harvey A., *Social Psychology through symbolic interactions*, 2º ed., New York, Wiley, 1981. El teorema sociológico ha sido mencionado en THOMAS, William Isaac, *The child in America: behavior problems and programs*, New York, A. A. Knopf, 1928. En este sentido también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, *op. cit.*, pp. 112-138.

³ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, 1º ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 69. En Brasil, por ejemplo, el derecho procesal penal del enemigo en los delitos de drogas es tan claro que el artículo 44 de la Ley 11.343/2006 (Ley de Drogas) ha creado una prisión preventiva obligatoria. Además, el § 4º del artículo 33 de la Ley 11.343/06 ha impedido la aplicación de penas alternativas a la prisión en los casos de tráfico de drogas. Por suerte, en este caso, la Corte Constitucional de Brasil ha declarado la inconstitucionalidad (“habeas corpus” n. 97.256/RS, Ministro AYRES BRITTO). Sin embargo, la prisión preventiva obligatoria en los delitos de drogas sigue siendo una vergüenza que la Corte Constitucional de Brasil poco hace por cambiar. Esto contribuye a que miles de personas sigan en las cárceles inhumanas de Brasil sin que exista una sentencia condenatoria formal. Solamente la insensibilidad y la ceguera de los jueces y fiscales brasileños puede explicar la falta de pensamiento crítico del autoritarismo del derecho penal de drogas latinoamericano.

Cambiar esta dura realidad no es tarea fácil y requiere costos personales y sociales. Sin embargo, a pesar de estas dificultades, es importante retomar las críticas que desde los setenta se realizan a la criminalización de las drogas. Este camino puede comenzar esclareciendo las funciones declaradas y ocultas de la actual política criminal de las drogas, sobre todo después del declive del Estado social. Así es posible construir otra política criminal de las drogas de naturaleza *liberalizadora*, pese a los difíciles momentos neoliberales que estamos viviendo y que están íntimamente relacionados con lo que se denomina *sociedad de control*.⁴

II. Funciones Declaradas y Ocultas de la Política Criminal de las Drogas

Desde los esfuerzos iniciales de FOUCAULT realizados en el siglo pasado, es bien conocido que las *funciones declaradas* del Derecho penal no son cumplidas y que otras *finalidades ocultas* laten en el seno del sistema penal.⁵ Desgraciadamente, eso suele suceder también en el ámbito del Derecho penal de las drogas.

En la sociedad tardocapitalista actual, creada por el modelo de globalización del proyecto colonialista neoliberal, la función declarada de protección de la salud pública es cada vez menos creíble, aunque la perspectiva ideológica del fracaso se *funcionalice* en una historia de éxito. Pero en mi opinión, esta función declarada se revela problemática en la dogmática penal, en la sociología, en la política y en la economía.

En la dogmática penal, el concepto de “salud pública” es poco claro para concretar el contenido del bien jurídico.⁶ El concepto de bien jurídico debe ser expresivo de su contenido y, a la vez, servir de límite del propio Derecho penal. Un concepto abstracto y vacío de contenido como el de “salud pública” es

⁴Sobre este modelo de sociedad, véase GARLAND, David, *La sociedad del control*, Barcelona, Gedisa, 2005. Una visión general sobre el tránsito de la sociedad disciplinaria de FOUCAULT a la sociedad de control de la actualidad, se puede ver en BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*, Granada, Comares, 2007.

⁵Vid. FOUCAULT, Michael, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975. En este clásico libro, FOUCAULT vinculaba el interés económico de la burguesía a los mecanismos por los cuales el delincuente es controlado, perseguido, punido y reformado. El interés económico de la clase dominante y la disciplina de la cárcel son las dos caras de la misma moneda, que es el sistema penal. A partir de la noción acuñada de “economía de la ilegalidad”, FOUCAULT prueba definitivamente que el desarrollo de la sociedad capitalista se estructuró a partir de un doble derecho penal, la “ilegalidad de bienes” (el derecho penal de clases bajas) y la “ilegalidad de derechos” (derecho penal de clases altas). En la Criminología, este ocultamiento de los fines clasistas del derecho penal es revelado en la crítica severa de BARATTA, Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla Sociologia giuridico-penale*, Bolonia, Il Mulino, 1982. Antes de todo eso, es fundamental la obra *Punishment and Social Structure*, de RUSCHE y KIRCHHEIMER, publicada en 1939 por la Columbia University Press de New York. Hay versión en español (*Pena y estructura social*, trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984) y tardíamente en portugués (*Pena e estrutura social*, 2ª ed., trad. de Gizlene Neder, Rio de Janeiro, REVAN/Instituto Carioca de Criminología, 2004). En Brasil, estos fines ocultos del sistema penal fueron revelados principalmente por la tesis doctoral de CIRINO DOS SANTOS, Juárez, *A criminologia radical*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

⁶En este sentido, por ejemplo, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, T. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, reimpresión, 2003, p. 61. La justificación de la criminalización, según ROXIN, estaría en la “incontrolabilidad” de la difusión y el peligro de las drogas para consumidores no responsables. De todos modos, ROXIN anota que “una investigación más exacta debería conducir a una restricción sustancial del actual Derecho penal en materia de estupefacientes” (p. 59).

expresión de un funcionalismo extremo en Derecho penal, que no cumple con la importante encomienda de contención del poder punitivo. Además, un concepto colectivista en extremo desprecia la necesaria retro-referencia a intereses individuales, como manda el Derecho penal liberal. SCHÜNEMANN ha acuñado la expresión “bien jurídico intermedio” para definir esta “hipostasia de aparentes bienes jurídicos colectivos” en los casos que más bien se trata de “bienes jurídicos individuales”⁷.

En realidad, en el Estado democrático de Derecho sólo el concepto personal de bien jurídico, como entidad real, puede servir para asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica. Los bienes jurídicos de la comunidad sólo son legítimos cuando sirven al ciudadano. ROXIN ha enseñado que “*la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico*”. En concreto, dice que “el bien jurídico “*sociedad sin drogas*” no es suficiente para legitimar el precepto. La razón está en que con ello sólo se indica lo que quería el legislador. Lo importante es, sin embargo, si se ve perjudicada la coexistencia libre y pacífica de las personas, y esto es algo que ha de negarse cuando los excesos puedan evitarse mediante controles estatales”⁸.

También es contradictorio que siendo toda droga nociva para la salud pública, solo se sancionen los actos relacionados con algunas y no con todas. Con razón, BUSTOS RAMÍREZ ha dicho que no hay argumento para justificar la función declarada (protección de la salud pública) de la ley penal, pues no se protege la salud pública frente a toda droga y, por otra parte, tampoco las drogas ilegalizadas aparecen como aquellas con una mayor dañosidad social, sino todo lo contrario.⁹ De hecho, comparativamente baste pensar que 0,4g de nicotina tiene efectos mortales, mientras que la morfina y la cocaína tienen, al contrario, un efecto tóxico menor (0,3g o 1-2g actúan mortalmente).¹⁰ Además, hay más enfermos por drogas lícitas que ilícitas (tabaco y alcohol, por ejemplo).

⁷SCHÜNEMANN, Bernd, *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, trad. de María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 223.

⁸ROXIN, Claus, *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, trad. de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en HEFENDEHL, Roland (ed.), *op. cit.*, p. 449. También HASSEMER ha acuñado un concepto crítico de bien jurídico que impide “*generalizaciones nebulosas: una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería un terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado ingerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido*”. Cfr. HASSEMER, Winfried, *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, en HEFENDEHL, Roland, *op. cit.*, p. 103. Muy crítico con la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, sobre el cannabis, es SCHÜNEMANN: “*la salud humana, tanto de los individuos como de la población*”, no representa otra cosa que el bien jurídico individual de cada uno de los ciudadanos, es decir, que en modo alguno constituye un bien jurídico colectivo susceptible de ser protegido autónomamente, porque carece de sentido hipostasiar la suma de todos y cada uno de los bienes jurídicos individuales singulares en un bien jurídico colectivo”. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 214. Lo que parece suceder en el caso de las drogas, es una confusión entre función (política pública) y bien jurídico (salud individual). Como ha dicho TAVARES, “*la función no existe en sí misma, sino que depende de una relación y de sus variables, posibilitando únicamente cálculos de predicados que no pueden ser considerados valores*”. Véase TAVARES, Juarez, E. X., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, trad. de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 65: “*Si no se puede reducir la acción a situaciones concretas de peligro o de daño a la salud, no se estará delante de un bien jurídico, sino de una función*”.

⁹BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 93.

¹⁰ALBRECHT, Peter-Alexis, *Criminología: uma fundamentação para o Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso, Curitiba/Rio de Janeiro, ICPC/Lumen Juris, 2010, p. 512.

En la sociología de las drogas, las imágenes iniciales de las drogas tampoco corresponden a la realidad.

En primer lugar, no se debe asumir como “verdad absoluta” la existencia de una relación necesaria entre consumo y dependencia. Este vínculo hasta ahora se basa en una creencia sin base científica. Por eso también es posible partir de la idea contraria de que la mayoría de las personas que consumen drogas no son, necesariamente, dependientes. Por ejemplo, la mayoría de las personas que consumen alcohol no padecen alcoholismo. La relación de causa y efecto depende de múltiples factores, tanto en las drogas lícitas, como en las ilícitas.

En segundo lugar, el consumidor de drogas no integra una subcultura.¹¹ No se trata de que quienes consumen drogas sean “otra gente”. Es idéntico problema al que se da respecto al delincuente cuando se piensa que existe una distancia entre ellos (delincuentes) y nosotros (personas honradas). El consumo, el comercio y la producción de drogas está presente en todas las capas sociales, aunque la criminalización opere en las clases subalternas. Esto se explica porque los más privilegiados socialmente son invisibles a los estereotipos creados por la comunicación de masas y, además, por mantener la “identidad social” intacta, son inmunes al proceso de criminalización secundaria, que se mueve siempre por etiquetas y prejuicios.¹²

En tercer lugar, no es cierto que las drogas creen un comportamiento asocial que provoque aislamiento de la vida productiva, ni que los drogodependientes estén insertos en verdaderas carreras criminales. Tampoco existe aquí un dato científico real que fundamente tal argumento. Evidentemente, los consumidores son más vulnerables que las personas no consumidoras, pero también es cierto que gran parte de las personas que consumen drogas están integradas plenamente en la dinámica de producción capitalista. Esto último puede explicar por qué el consumo de estas sustancias es mayor en las grandes ciudades que en zonas rurales. En realidad, las carreras criminales se explican mejor por la existencia de la prohibición penal, que eleva el precio de la droga (si la represión penal es mayor, el precio también es mayor) y fomenta la relación personal entre consumidores y delincuentes en el proceso de compra de la droga. Si los precios aumentan por la naturaleza del mercado, los consumidores no pueden adquirir las drogas por las vías legales, de modo que se ven envueltos en actividades ilegales. Esto ha sido calificado por HULSMAN como “problemas secundarios para el consumidor”.¹³

Por último, el estado de salud de los drogodependientes no es algo irreversible. El proceso de tratamiento de los dependientes de drogas responde a variantes distintas, tanto personales, como sociales. No es posible definir la irreversibilidad general del daño a la salud, incluso porque los efectos primarios son distintos en relación a las diversas sustancias. Además, los éxitos dependen

¹¹En el caso de Brasil, véase PROCÓPIO, Argemiro, *O Brasil no mundo das drogas*, 2ª ed. Vozes, Petrópolis, 1999, p. 26. En este libro se muestra como la estructura de las empresas que operan en el negocio de la droga ha nacido vinculada al contrabando, a la evasión de las riquezas nacionales y a la corrupción estatal.

¹²Después del libro de MALAGUTI BATISTA, Vera, *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003, ya no es más posible negar la selectividad histórica del poder punitivo en temas de drogas en Brasil. Este libro analiza la criminalización de las drogas por el derecho penal juvenil en Rio de Janeiro entre los años 1968 y 1988. Ahí es posible entender como el proceso de demonización de las drogas ha fortalecido los sistemas de control social y reforzado el carácter genocida del poder punitivo de la periferia contra las clases populares.

¹³HULSMAN, Louk, *Consecuencias negativas de la penalización de las drogas*, en *La política de las drogas, fuente de colonización y represión*, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 35, 1987.

siempre de la disposición personal del adicto y de la “calidad” del tratamiento. Pero la política de salud pública debería buscar antes de la represión la efectividad del principio la *ayuda para sobrevivir* en busca de *la reducción de daños a la salud*, sea buscando espacios reservados para el consumo responsable de drogas, auxilios de emergencias, etc., sea mediante la entrega controlada de la droga por indicación médica.¹⁴

Con independencia de estos problemas dogmáticos y sociológicos, políticamente también la criminalización de las drogas destruye las bases del Estado de Derecho. La política actual de control de las drogas es un avance hacia condiciones totalitarias, como ha señalado CHRISTIE al describir las similitudes de estos modelos de Estado en sus metas, en la forma de comunicación, en el poder y en los tipos de control (objetivos, volumen y formas).¹⁵ Las *metas* son únicas y corresponden a la producción, el dinero y el consumo. Domina el libre mercado y los éxitos en la vida son recompensados con dinero y el consecuente consumo de bienes.¹⁶ La *comunicación* depende de la selección de las informaciones que alimentan la venta del sueño americano. Es impresionante como la comunicación en masa vende informaciones que intentan legitimar la masacre. La imagen del excluido es la imagen del delincuente y del fracasado en el sistema de capital. El *control* rompe los límites entre las áreas pública y privada: escuchas telefónicas, policías espías, agentes encubiertos, calles vigiladas por cámaras, etc., son los nuevos instrumentos de las democracias para el control. El control de las personas ahora ya no es por lo que éstas *hacen*, sino por lo que *son*. Los dictadores del siglo XX se quedarían fascinados ante nuestros actuales aparatos de control. Tiene toda la razón CHRISTIE cuando pone de manifiesto las similitudes de las democracias actuales con los regímenes totalitarios de ayer: la guerra contra las drogas ha funcionado como un tranquilizante social, la miseria ha sido justificada como resultado del uso de las drogas y la debilidad interna de las sociedades altamente industrializadas ha quedado sin cuestionar.¹⁷

Por su parte, la criminalización de las drogas ha cumplido siempre finalidades ocultas. La criminóloga venezolana ROSA DEL OLMO las reveló hace más de veinte años. Así, en los años cincuenta, en el discurso jurídico de las drogas predominaba la idea de *peligrosidad* expresada por el *estereotipo moral* del consumidor. En la postguerra, el problema era la sobreproducción del opio, que convertido en morfina y heroína, constituía la esencia de los negocios de organizaciones mafiosas. En los años sesenta las drogas, especialmente la marihuana, forman parte de la llamada “contracultura”, lo que fundamentaba el discurso médico-jurídico: la no participación de los jóvenes consumidores en el ideal de vida americana justificaba la necesidad de tratamiento médico de la “enfermedad”. Se crea la idea de enemigo interno y el discurso se politiza en defensa de la seguridad nacional. En los setenta el consumo de heroína mantiene al consumidor como enemigo interno, mientras que los productores ahora aparecen como enemigos externos. En los últimos años de la década de los setenta surge el estereotipo de la cocaína y, más tarde, en los años ochenta se internacionaliza el discurso de la criminalización.¹⁸ En los años siguientes la situación empeora de

¹⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, *op. cit.*, pp. 520-522.

¹⁵ CHRISTIE, Nils, *El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias*, en *El poder punitivo del Estado*, Rosario, Editorial Juris, 1993, pp. 147-161.

¹⁶ *Ibidem*, p. 149.

¹⁷ *Ibidem*, p. 155.

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, el problema de la criminalización de las drogas en las décadas de los cincuenta, sesenta, setenta y ochenta en el clásico libro de DEL OLMO, Rosa, *La cara oculta de la droga*, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpresión de la primera edición, 1998.

manera considerable: se mantiene el discurso médico de tratamiento de los consumidores y se refuerza la internacionalización la lucha contra algunas drogas (fármacos, cocaína, marihuana, etc.) por medio de la guerra: militarización de lucha en los países periféricos productores y punibilidad extrema en los países centrales consumidores. Tras la caída del muro de Berlín, el enemigo subversivo consumidor de drogas, identificado como guerrillero, desaparece y entonces era necesario justificar la “alucinación de una nueva guerra y mantener niveles más represivos”. Ahí se reforzó, como ha dicho ZAFFARONI, la guerra contra la droga.¹⁹

En mi opinión, en todas estas etapas de la historia, la política criminal oficial oculta el vínculo entre la criminalización de las drogas y las estructuras económica y religiosa de las sociedades capitalistas. El mercado libre crea economías complementarias que sin la criminalización de las drogas no evitaría la recesión, mientras que las religiones necesitan del moralismo para cegar a la gente.

Desde un realismo jurídico-penal, ya no es posible negar las relaciones funcionales de la criminalización de las drogas y los objetivos del capital. Como ha puesto de relieve BARATTA, “el consumo de la droga está ya afectado negativamente por la estructura misma de su economía de mercado, como es la economía capitalista, en la cual la producción no está fundamentalmente determinada por las necesidades del hombre productor y consumidor, sino que son potencial o actualmente manipulados y el hombre convertido en un instrumento de magnificación del beneficio y de acumulación del capital en el interés de la reproducción del sistema económico global”.²⁰ En otras palabras, la criminalización de las drogas eleva el precio de las drogas, coloca a los consumidores, productores y comerciantes en los ámbitos criminales, genera un aumento de la violencia social y, principalmente, perpetúa el proceso de producción de grandes beneficios y de acumulación del capital.²¹

En el neoliberalismo excluyente, caracterizado por la *subsunción real de la sociedad bajo el capital*, en que los individuos se relacionan siempre como *propietarios del capital* y como *poseedores de la fuerza de trabajo*, la criminalización de las drogas representa lo que NEGRI ha llamado el “*complemento de la idea de mercado, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento social y ampliar los términos del mercado*”.²²

Naturalmente, la criminalización de las drogas produce lo que pretende el capital neoliberal: la distinción de las personas, la separación inevitable del trigo de la paja. La exclusión social es, por lo tanto, la mayor marca de la política actual de lucha contra las drogas.

El resurgimiento de la guerra como instrumento de gobierno y de solución de los problemas y controversias relacionados con las drogas, también contribuye a la exclusión social y genocidio de las clases populares. Esta política criminal forma parte esencial del proceso de unificación de los objetivos del capital mundial neoliberal, que consiste (a) en la definición de la homogeneidad

¹⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*, p. 50.

²⁰BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga, op. cit.*, pp. 132-133.

²¹*Ibidem*, p. 133.

²²NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, trad. de Susana Lauro, Barcelona, Paidós, 2008, p. 69.

de los valores dominantes por parte del poder soberano e imperialista (valores establecidos por los países del Norte en clara destrucción de los pueblos del Sur del mundo), (b) en la predominancia de la especificidad sobre la generalidad a través del viejo racismo y, finalmente, (c) en el equívoco de la aproximación real entre la teoría política de la guerra y el Derecho penal de la lucha.

En la definición de la homogeneidad de los valores, los pueblos del Sur son los que más sufren los efectos de la criminalización de las drogas. Los campesinos productores de drogas son arrestados en muchos países latinoamericanos y sus propiedades confiscadas. Los trabajadores son encerrados en la prisión. La coca, que domina culturalmente los países andinos, ha sido sustituida por la cultura del terror y de la cárcel, como forma de adiestramiento.

Por otro lado, el viejo racismo sigue determinando el proceso de criminalización: las agencias del control penal siguen orientadas por estereotipos racistas. En Estados Unidos la población de color es mayoría en las cárceles y el tráfico siempre se vincula con el estereotipo de latinoamericano y extranjero. También en España se relaciona con personas latinoamericanas, africanas o gitanas²³. En nordeste de Brasil, por ejemplo, numerosas mujeres africanas, mulas del tráfico de drogas, cumplen penas privativas de libertad de duración excesiva. En general, las prisiones están pobladas de negros y pobres, que buscan en las drogas la última posibilidad de salir de la exclusión social; salen de la calle y van directamente a la cárcel.

Finalmente, la aproximación real entre la teoría política de la guerra y el Derecho penal de la lucha encuentra su punto alto en la criminalización de las drogas. En el panorama actual, de subsunción real de la sociedad bajo el capital, el Derecho penal de la lucha contra las drogas emplea sin escrúpulos la violencia de los medios ilegítimos al servicio de fines injustos. La militarización de la política criminal de la drogas difuminó las fronteras que existían entre la guerra y el Derecho penal.²⁴ La dureza de las penas privativas de libertad nos recuerdan tiempos sombríos de irracionalidad y barbarie. En los países periféricos dependientes del capital externo, miles de personas son asesinadas por las fuerzas estatales o por milicias que disputan los lucros del capital ilícito de las drogas. Colombia, Brasil y México representan la estupidez de una política criminal bélica determinada por Estados Unidos de América. La administración norteamericana, integrada por demócratas o republicanos, presionó a las dictaduras latinoamericanas para que declararan la *guerra a la droga*. Ahora ellos presionan a las democracias inestables del continente. Son como vampiros en busca de la sangre. Por cobardía, la élite latinoamericana que domina la política, permite que su propio pueblo sea asesinado por empresarios de la moral yanqui. No es necesario mucho esfuerzo para saber que la gran mayoría, si no la totalidad, de las víctimas pertenecen a las capas sociales más vulnerables de los países de la periferia. No es una triste coincidencia de la vida. Es la finalidad buscada por el capital y su maquinaria de criminalización: mantener la división social por medio de la criminalización de las clases subalternas. Por ende, la razón está con NEGRI cuando dice que el Derecho penal -y creo que la criminalización de las drogas es un ejemplo claro- reproduce los mecanismos de la reproducción del despotismo capitalista sobre la sociedad, cada vez más irracional e inhumano, más allá de un *faux frais* (gastos adicionales).²⁵ Triste realidad de nuestra triste periferia en las manos del autoritarismo penal del capital.

²³Por ejemplo, PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 29, afirma que la manía de culpar las minorías étnicas, en España, es una herencia del franquismo.

²⁴Críticamente, también PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 83.

²⁵NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, trad. de Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2003, p. 408.

III. Los efectos de las drogas y los efectos de la criminalización de las drogas

BARATTA recuerda MARX: te sacas siempre, como la mujer del médico, de la ceguera blanca de que hablaba SARAMAGO. En el Derecho penal de las drogas, también pasa lo mismo.

BARATTA ha descrito los efectos de las drogas primarios y secundarios.²⁶ Los primarios son los efectos relacionados con la naturaleza misma de la droga y sirven para desarrollar estudios, estrategias y procedimientos preventivos, educativos, asistenciales y terapéuticos. Son efectos que definen el grado de dañosidad y riesgo que provoca en la salud de las personas. No se confunde el consumo con el problema de la droga. El efecto de la droga depende también de la situación personal y condiciones en que la droga es consumida.²⁷

Sin embargo, los efectos secundarios son mayores e inciden sobre el consumidor, el ámbito social, el sistema penal, el sistema terapéutico, asistencial y educacional y, finalmente, sobre la economía de mercado. Estos efectos de la criminalización de la droga pueden clasificarse en efectos secundarios individuales concretos y efectos secundarios sociales. Los costos individuales son el aislamiento, la estigmatización, el riesgo de marginalización, el elevado precio de la droga, el sufrimiento familiar y el daño a la salud derivado de la mala calidad de las sustancias consumidas y de las malas condiciones higiénicas en las que el consumo se realiza.²⁸

Por otro lado, los efectos secundarios sociales inciden sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal, el funcionamiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educacional y sobre la economía. El potencial problema social no es algo exclusivo de las drogas ilícitas. Baste pensar en las muertes o gastos por drogas culturalmente establecidas, como el alcohol y tabaco. Por una cuestión de tiempo, aquí interesan los efectos de la criminalización de las drogas sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal.²⁹ Estos efectos son: a) aumento de la población carcelaria; b) aumento de la corrupción; c) erosión de la dogmática jurídico-penal.

El aumento de la población carcelaria está conectado con el aumento de la represión en el ámbito de las drogas. Brasil es un ejemplo claro: en 2006 eran 401.236 personas presas; en 2007, 422.590 personas; en 2008, 451.429 personas; en 2009, 473.626 personas; en 2010, 496.251 personas. En 2008, eran 66.604 hombres presos por delitos de drogas (19%); en 2009, eran 78.725 hombres

²⁶BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, op. cit., pp. 122-133. Esta importante distinción entre problemas de drogas primarios y secundarios ya aparece en HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, *Evaluation critique de la politique des drogues*, en *Déviante et société*, vol. VII, no. 3, Gêneve, 1983.

²⁷Así, por ejemplo, ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 511.

²⁸En este sentido, también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, op. cit., pp. 123-124: "En realidad, la mayor parte de los efectos más graves de la droga sobre la salud y el status social del drogadicto dependen de las condiciones en las que el consumo de la droga ilícita se realiza en un régimen de prohibición; la calidad de las sustancias que llegan a la calle, no controladas, por el hecho de ser una mercancía ilícita; las condiciones higiénicas y de vida en las que el consumo se realiza y que añaden muchos nuevos riesgos a los efectos primarios".

²⁹Las consecuencias sobre el funcionamiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educacional son evidentes: los millones que se usan para hacer funcionar la máquina genocida del sistema penal, podría servir para algo preventivo y educacional a respecto de los efectos primarios y secundarios individuales de las drogas. En la economía, los daños causados por la ilegalidad de las drogas son terribles: gastos de la persecución, gastos terapéuticos, gastos de la criminalidad secundaria, disminución de los impuestos, etc. Cfr. ALBRECHT, Peter-Alexis, op. cit., p. 510. Además, la criminalización de las drogas provoca la huida del capital para otros sitios para ser "limpio", fomentando la economía capitalista sobre todo en tiempos de recesión.

presos por delitos de drogas (20%). La situación de las mujeres es aún más dramática: en 2008, había en prisión 10.767 mujeres por delitos de drogas (59%); en 2009, 12.312 (59%). El tasa de encarcelamiento (el número de presos por cada 100.000 habitantes) ha aumentado: en 2008, 237,97 presos por cada 100.000 habitantes; en 2009, 247,35 presos por cada 100.000 habitantes.³⁰ En 1994, los presos en Brasil eran 129.000 y la tasa era de 88 presos por cada 100.000 habitantes. No se precisa mucho esfuerzo para ver la consagración de la cultura punitiva.

La criminalización de las drogas fomenta la corrupción generalizada.³¹ La prohibición del comercio de las drogas hace que el precio dependa de variantes como la eficacia de la represión. Así, el precio de las drogas se relaciona con la oferta existente en el mercado, siendo muy elevado el lucro de los traficantes: el valor agregado al producto hace que el lucro del proveedor sea exorbitante. El poder económico de los productores y vendedores de las drogas fomenta la economía capitalista, en un sistema de magia en que el dinero sucio es enviado a paraísos fiscales, donde se limpia y regresa como inversiones. El sistema financiero es ciego a los intereses de los comerciantes de las drogas, pues necesita del dinero y por ello presta poca atención a la procedencia. En efecto, la fuerza de la estructura económica de los productores y comerciantes de las drogas hace que algunas agencias del sistema penal sean contaminadas por la corrupción, para evitar daños a la economía “informal”. La policía, que integra la punta del sistema de represión penal, es la que más sufre los efectos de la corrupción: a los traficantes les interesan la circulación de las drogas más que la libertad de una u otra persona detenida por la justicia. Esto explica, además de otras variantes, por qué la corrupción de esta agencia del sistema penal es mayor que otras.

Ya he descrito como la criminalización destruye una de las bases fundamentales del Derecho penal democrático, que es el principio de lesividad o de protección al bien jurídico. Pero la política criminal actual (mundial) de las drogas afronta un principio político-dogmático mayor: la idoneidad de la criminalización como método útil para proteger el bien jurídico-penal y controlar determinado problema social. En el Derecho penal del Estado democrático de Derecho, este principio está vinculado con la idea de intervención mínima.

Ya en 1975, mi maestro, MUÑOZ CONDE, afirmaba que la “*norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos que se abstengan de dañar esas condiciones elementales*”.³² A partir de ahí se plantea el problema de los límites al poder punitivo estatal y crea, desde el principio de dignidad humana y Justicia, el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. El principio intervención mínima consiste en que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y únicamente en cuanto

³⁰Estos datos son oficiales del Departamento Penitenciario Nacional de Brasil/DEPEN, del Ministerio de Justicia de Brasil.

³¹Sobre este problema en Brasil, véase PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 58: “*O grande número de excluídos na sociedade, a pobreza e o alto nível de desemprego e subemprego cercam as ilhas sociais com altíssimo poder de consumo. Isso mais a vizinhança com os principais centros produtores de cocaína e a existência de infraestrutura de transportes e de comunicações colocaram inicialmente o Brasil em posição privilegiada nos negócios dos entorpecentes. Hoje, o que principalmente ajuda o país no negócio das drogas é a corrupção generalizada, o sistema judiciário que funciona muitíssimo mal e o sistema financeiro que absorve dinheiro sem mecanismos de controle eficaz*”.

³²MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 47.

fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho (principio de subsidiariedad).³³ Siguen vigentes, por tanto, la triple cualidad del bien mencionada por MAYER: “merecedor de protección”, “necesitado de protección” y “capaz de protección”.³⁴ Además, el principio de intervención mínima se refiere, como consecuencia, también a la gravedad de la penas, en el sentido de que debe ser preferible la sanción más leve a la más grave. Por ello, el principio de humanidad y el principio de proporcionalidad son consecuencias del principio de intervención mínima.³⁵ Por otro lado, el *principio de intervención legalizada* quiere decir que la intervención punitiva debe estar regida, en todos sus aspectos, por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”.³⁶

En sentido similar, en 1985 FERRAJOLI afirmaba que el utilitarismo penal en la versión “*minima sofferenza necessaria* da infliggere alla *minoranza dei devianti*” es una doctrina de limitación del Derecho penal al mínimo necesario.³⁷ El máximo beneficio posible a los no desviados y también el mínimo mal necesario a los desviados. Ahí se funda un utilitarismo penal reformado en que el Derecho penal cumple dos fines: la prevención del delito y la prevención de la pena informal.³⁸ La prevención sería un aspecto de doble minimización de la violencia, por un lado de la violencia del sistema penal, y por otro de la violencia informal existente en la sociedad.

De hecho, la legitimidad del sistema penal existe siempre y cuando la suma de las violencias (delitos, venganzas y puniciones arbitrarias) que pretende prevenir sea superior a la violencia constituida por los delitos no prevenidos y de las penas por estos conminadas.³⁹ BENJAMIN ya definía esa dialéctica de la violencia: “*toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el derecho*”.⁴⁰ La violencia que establece el derecho (la licitud de un acto que de otra forma sería ilícito) al mismo tiempo lo conserva, ya que el contenido del nuevo derecho es la conservación del antiguo. Así, pues, la guerra ilegítima se convierte en legítima, de modo que en esta nueva guerra legal se conserva la misma violencia de la antigua. En efecto, el poder queda garantizado por la violencia creadora de derecho.⁴¹ A partir de ello, BENJAMIN parece encontrar el significado de esa problemática, que es el origen del dogma de la sacralidad de la vida, especialmente la relación entre la sacralidad de la vida y el poder del derecho, entre el carácter sacro de la vida y el poder soberano.⁴²

La dialéctica de la violencia, que permite la justificación de la existencia del sistema penal en los casos en que la violencia que el Derecho crea es menor que la violencia que se intenta prevenir, encuentra en la pena la idea de un *mal menor* (y sólo está justificada si es menor y menos arbitraria

³³*Ibidem*, p. 60.

³⁴*Ibidem*, p. 72.

³⁵*Ibidem*, p. 77.

³⁶*Ibidem*, p. 80.

³⁷FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo*, en *Dei Delitti e Delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, núm. 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985, p. 504.

³⁸*Ibidem*, p. 507.

³⁹*Ibidem*, p. 512.

⁴⁰BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Buenos Aires, Leviatán, 1995, p. 27.

⁴¹*Ibidem*.

que la violencia privada) en relación a la reacción no jurídica. En otras palabras, la pena y el propio Derecho penal solamente están justificados cuando causan un mal menor respecto a la violencia que pretenden prevenir, pues el monopolio estatal del poder punitivo es tanto más justificado cuanto más bajo es el costo del Derecho penal respecto al costo de la *anarquía punitiva*.⁴³

En la defensa de un Derecho penal como instrumento de minimización de la violencia, FERRAJOLI también analiza cuatro conocidas posibilidades de sistemas de control social: *a) el sistema de control social-salvaje (sociale-selvaggio)*, del derecho penal arcaico, como expresión de la venganza; *b) el sistema de control estatal-salvaje (statale-selvaggio)*, el ordenamiento primitivo del poder despótico, como expresión autoritaria y arbitraria de la pena, sin garantías para el condenado; *c) el sistema de control social-disciplinar (sociale-disciplinare)*, de la comunidad primitiva de fuerte sentimiento ético e ideológico, como expresión de una policía social moralizante; *d) el sistema de control estatal-disciplinar (statale-disciplinare)*, producto moderno del estado totalitario, caracterizado por el desarrollo de una función preventiva de policía mediante el espionaje del ciudadano.⁴⁴

Estos sistemas (sociedad salvaje, estado salvaje, sociedad disciplinar y estado disciplinar), como la actual expansión del Derecho penal (estado preventivo extremo), provocan la actual crisis del Derecho penal y los nuevos y justificados intentos abolicionistas. Los dos últimos sistemas (el del estado disciplinar y el del estado preventivo extremo) son efectivamente los más alarmantes, no solamente por el simbolismo penal, sino también por la capacidad de manipulación para alcanzar fines distintos del Derecho penal y, como ha dicho FERRAJOLI, de convivir ocultamente en la moderna democracia.⁴⁵

En mi opinión, la política penal de lucha contra las drogas representa un medio inidóneo de protección a la salud pública y un medio idóneo de aumento de la violencia social: exterminios, muertes, cárcel, sangre, tortura y organizaciones criminales son las consecuencias de esta política. Esta política criminal de drogas es la renovada función de gestión de la creciente exclusión social por parte del sistema penal de que habla el joven penalista gallego BRANDARIZ GARCÍA.⁴⁶ Es, en definitiva, una política criminal que expresa una fuerte visión autoritaria y arbitraria de la pena, moralizante y altamente totalitaria.⁴⁷

⁴²En sentido diferente, pero partiendo del planteamiento de BENJAMIN, el filósofo italiano AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2006, p. 31, afirma que la dialéctica de la doble violencia es un poco diferente, pese a partir de los mismos fundamentos. Porque la violencia del estado de excepción, esa tierra de nadie y ese espacio biopolítico del poder soberano, no sustrae la regla, sino que la regla, suspendiéndose, da lugar a la excepción y, sólo de este modo, se constituye como regla, manteniéndose en relación con aquella. Es decir, p. 86, "la violencia que se ejerce en el estado de excepción no conserva ni tampoco establece simplemente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él". Por eso, concluye AGAMBEN, p. 85, "la violencia no establece ni conserva el derecho, sino que lo revoca".

⁴³FERRAJOLI, Luigi, *Il diritto penale minimo, op. cit.*, p. 512. Esta anarquía punitiva, evidentemente, es derivada de la ausencia de control social penal, como ha dicho FERRAJOLI, Luigi, *Ibidem*, p. 514: "libero abbandono del sistema social al bellum omnium e alla reazione selvaggia e incontrollata alle offese, con inevitabile prevalenza del più forte".

⁴⁴*Ibidem*, pp. 514-515.

⁴⁵*Ibidem*, p. 515.

⁴⁶BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *op. cit.*, pp. 39-52.

⁴⁷Muy crítico a la actual política criminal de drogas en Brasil, véase CARVALHO, Salo de, *A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06)*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010; BATISTA, Nilo, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Rio de Janeiro, 1990, pp. 59-69; KARAM, Maria Lúcia, *Revisitando a sociologia das drogas*, en PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva*, Florianópolis, Boiteux, 2002, pp. 133-145.

La política criminal de la exclusión en el ámbito de las drogas no puede ser legitimada por el discurso penal democrático. La legitimidad del Derecho penal se encuentra en la *racionalidad* del actuar del sistema penal. Legítimo es el ejercicio de un poder planificado racionalmente cuando existe *coherencia interna* y un *grado de verdad en su operatividad* (los fines declarados y reales deben ser coincidentes). ZAFFARONI apunta como características la existencia de “coherencia interna del discurso jurídico-penal” y “valor de verdad en cuanto a la operatividad social”.⁴⁸ Concreta la coherencia interna del discurso jurídico penal no sólo con la ausencia de contradicción o lógica, sino precisamente con la existencia de una *fundamentación antropológica*: si el Derecho sirve al hombre, la planificación del ejercicio del poder del sistema penal debe presuponer una antropología filosófica básica.⁴⁹

En efecto, la presencia del ser humano en el centro del Derecho es una premisa básica fundamental para legitimar el ejercicio del poder del sistema penal. A *contrario sensu*, la desconsideración del ser humano como *persona*, como hace actualmente el llamado “derecho penal del enemigo en el ámbito de las drogas”, por ejemplo, nunca puede construir un saber legitimado. La legitimidad del poder del sistema penal, como vemos, depende del grado de verdad operacional. El discurso penal no puede elaborarse mediante la declaración de fines que son imposibles o abstractos, sin contacto con la realidad del ser. El Derecho penal es un eterno “deber ser” que encuentra en la realidad del ser la materia necesaria para la construcción del delito. Por tanto, la verdad operacional consiste en la simetría de hecho y norma, entre realidad e idealismo. La legitimidad del saber exige entonces que el Derecho penal sea un *medio adecuado* para cumplir los fines propuestos (la defensa de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad). De ahí que el saber debe ser capaz de influenciar la realidad. Si el Derecho penal quiere proteger la salud pública contra los males causados por las drogas, su legitimación existirá siempre que pueda reducir estos efectos indeseados. Pero si la intervención penal causa más muertes que el propio consumo de drogas, entonces es evidente que se trata de un medio inadecuado para tal fin y, por tanto, deslegitimado.

También me parece un equívoco confundir los vocablos *legitimidad* con *legalidad*. La *legitimidad* depende del grado de coherencia interna del discurso y de adecuación para la obtención de los fines propuestos. En cambio, la *legalidad* exige sólo que el discurso penal obedezca al proceso de producción de normas jurídicas, como determina el Estado de Derecho. Pero el cumplimiento de las exigencias formales del principio de legalidad no implica necesariamente la afirmación de la legitimidad. El ejemplo de la criminalización de las drogas es claro: la política de lucha contra las drogas cumple muy mal la legalidad penal y está hace años deslegitimada por la realidad de los hechos (por la violencia que genera).

IV. Hacia una Política Criminal Alternativa de las Drogas

La legitimidad del poder del sistema penal de las drogas requiere la reconstrucción del discurso penal a partir de la ética “universal” de los derechos humanos y el único camino posible en este sentido es la propuesta de minimización, es decir, el Derecho penal mínimo.

⁴⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 20.

⁴⁹*Ibidem*, p. 21.

El Derecho penal mínimo está legitimado porque consiste en un modelo de discurso penal que se estructura en una dogmática jurídico-penal con un alto grado de coherencia interna y con grandes posibilidades de cumplir las finalidades que expresamente declara.

Internamente evita contradicciones lógicas porque está regido por principios de limitación del poder: legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y humanidad. Materialmente también se legitima porque minimaliza la intervención específicamente para la protección de la persona, evitando, por tanto, los riesgos de las doctrinas organicistas o funcionales. Finalmente se muestra como un modelo adecuado porque es modesto en los fines que propone: quiere defender los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad y sólo en los casos en que las otras ramas de control social son insuficientes. Por estas razones, otra política criminal de las drogas debe imponerse. Debe imponerse “ahora” *de lege lata* y “mañana” *de lege ferenda*.

A corto plazo, la política penal alternativa debe intentar reducir el ejercicio del poder punitivo que opera por medio de las agencias del sistema penal. Esta contención se puede realizar, en la práctica, mediante las siguientes medidas: 1. Declarar la inconstitucionalidad de la criminalización del consumidor poseedor de drogas, con fundamento en el principio del bien jurídico, que impide la criminalización de autolesiones; 2. Reforzar las penas alternativas a la cárcel a los traficantes que no dominen las “estructuras de poder del tráfico”; 3. Reducir la prisión preventiva a los casos de extrema necesidad para protección exclusiva del proceso y no para satisfacer los intereses materiales de la criminalización; 4. Desmilitarizar las acciones de las policías que ejecutan la política criminal de combate a las drogas; 5. Restringir el uso de instrumentos totalitarios como el agente encubierto, escuchas telefónicas y buscas domiciliarias; 6. Por fin, humanizar la cárcel!

A largo plazo, la política penal alternativa de las drogas, la única respetuosa del Estado democrático de Derecho, debe seguir este camino: descriminalización completa del uso, de la producción y del comercio de las drogas.⁵⁰

Estoy seguro de que tal planteamiento todavía puede resultar impopular, pero impopular también debería ser el fracaso de la actual política criminal de las drogas. Quizá esta satanización de las drogas desaparezca si desaparece la confusión que se promueve entre descriminalización y desreglamentación. El control de la producción y tráfico debe seguir en las manos del Estado, pero no a través del Derecho penal sino de un derecho administrativo sancionador eficiente, que entiendo puede solucionar mejor los problemas que las drogas pueden generar.

Paralelamente, el refuerzo de los sistemas terapéutico, asistencial y educativo puede ayudar sensiblemente en la decisión sobre el consumo. Los gastos para mantener el sistema penal genocida de las drogas podrían muy bien ser utilizados para reforzar otros sistemas de control. Naturalmente, las medidas administrativas sancionadoras y fiscales podrían controlar los suministros de las sustancias a menores y drogodependientes, así como también en espacios públicos, en la conducción de vehículos y en ciertos trabajos⁵¹. También pienso que el aumento de la

⁵⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis, *op. cit.*, pp. 521/525-526, habla de un refuerzo a la prevención y conservación de la salud y renuncia amplia a la prohibición penal. Esta reforma de la política de las drogas que sostiene ALBRECHT –correcta desde todos los puntos de vista- tendría las siguientes premisas: (a) el principio de prevención y el principio de intervención política de salud como finalidad del Estado Social; (b) en el Estado de Derecho la autolesión debe ser enfrentada, precipuamente, por medios de control no represivos; (c) combate a la desgracia de la droga por intervención económica.

⁵¹ En este sentido, también BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, *op. cit.*, p. 138.

oferta y no necesariamente de la demanda -por cuenta del fortalecimiento de los sistemas terapéutico, asistencial y educativo- quizás evitaría la creación de una nueva criminalidad organizada. De todos modos, siempre sería conveniente implementar políticas públicas de incentivo a la producción agrícola alternativa, precisamente porque la ausencia de prohibición rebajaría el precio de las sustancias y no sería económicamente viable para los campesinos, al contrario de lo que sucede en la actualidad.⁵²

Para concluir, soy consciente de la impopularidad de este planteamiento en tiempos de “pensamiento único”. Sin embargo, el debate democrático en torno de la cuestión de las drogas no puede ser aniquilado por un discurso fracasado en la realidad de la vida. Vivimos ahora con los mismos problemas de que ya hablaba ORTEGA Y GASSET en 1929: “Hoy, en cambio, el hombre medio tiene las “ideas” más taxativas sobre cuanto acontece y debe acontecer en el universo. Por eso ha perdido el uso de la audición. ¿Para qué oír, si ya tiene dentro cuanto hace falta? Ya no es sazón de escuchar, sino, al contrario, de juzgar, de sentenciar, de decidir. No hay cuestión de la vida pública donde no intervenga, ciego y sordo como es, imponiendo sus “opiniones”.⁵³ Ya llegó la hora de hacer pensar al “hombre-masa” y para eso sería importante que los políticos escuchasen lo que dicen los criminólogos, sociólogos y penalistas. Quizá así la política criminal de las drogas sería fruto de un pensamiento científico y no del simbolismo que usa la imagen del problema social para alcanzar otros objetivos.

Bibliografía

ALBRECHT, Peter-Alexis, *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos y Helena Schiessl Cardoso, Curitiba/Rio de Janeiro, ICPC/Lumen Juris, 2010.

AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2006.

BARATTA, Alessandro, *Introducción a la Criminología de la Droga*, trad. de Mauricio Martínez, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo/Buenos Aires, IBdeF, 2006.

_____, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla Sociologia giuridico-penale*, Bolonia, Il Mulino, 1982.

BATISTA, Nilo, *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Rio de Janeiro, 1990.

BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, Buenos Aires, Leviatán, 1995.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *Política criminal de la exclusión: el sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*, Granada, Comares, 2007.

⁵²PROCÓPIO, Argemiro, *op. cit.*, p. 115

⁵³ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, 21ª ed., Madrid, Alianza, 2009, pp. 96-97.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1996.

CARVALHO, Salo de, A Política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06), 5ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CHRISTIE, Nils, El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias, en El poder punitivo del Estado, Rosario, Editorial Juris, 1993.

CIRINODOSANTOS, Juarez, A criminologia radical, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

DEL OLMO, Rosa, La cara oculta de la droga, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpresión de la primera edición, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, Il diritto penale minimo, en Dei Delitti e Delle Pene: rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale, núm. 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1985.

FOUCAULT, Michael, Surveiller et punir, naissance de la prison, Paris, Gallimard, 1975.

HASSEMER, Winfried, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en HEFENDEHL, Roland (ed.), en La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

HULSMAN, Louk, Consecuencias negativas de la penalización de las drogas, en La política de las drogas, fuente de colonización y represión, en Nuevo Foro Penal, n.º 35, 1987.

HULSMAN, Louk, RANSBEEK, Hilde Van, Evaluation critique de la politique des drogues, en Déviance et société, vol. VII, n.º 3, Gêneve, 1983.

KARAM, Maria Lúcia, Revisitando a sociologia das drogas, en PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina, Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva, Florianópolis, Boiteux, 2002.

MALAGUTI BATISTA, Vera, Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1975.

NEGRI, Antonio, La forma-Estado, trad. de Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2003.

_____, La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política, trad. de Susana Lauro, Barcelona, Paidós, 2008.

ORTEGAY GASSET, José, La rebelión de las masas, 21ª ed., Madrid, Alianza, 2009.

PROCÓPIO, Argemiro, O Brasil no mundo das drogas, 2ª ed., Vozes, Petrópolis, 1999.

ROXIN, Claus, Derecho penal. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, T. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, reimpresión, 2003.

_____, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, trad. de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

RUSCHE, Georg, KIRCHHEIMER, Otto, Pena y estructura social, trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Temis, 1984.

SCHÜNEMANN, Bernd, El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación, trad. de María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en HEFENDEHL, Roland (ed.), La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007.

TAVARES, Juárez E. X., Bien jurídico y función en Derecho penal, trad. de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

THOMAS, William Isaac, THOMAS, Dorothy Swaine, Situations defined as real are real in their consequences, en STONE, Gregory P., FABERMAN, Harvey A., Social Psychology through symbolic interactions, 2ª ed., New York, Wiley, 1981.

THOMAS, William Isaac, The child in America: behavior problems and programs, New York, A. A. Knopf, 1928.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en el Derecho penal, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.

_____, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Buenos Aires, Ediar, 2003.