

Capacidad Civil: ¿Una cuestión penal?

Da Silva-Sá, Domingos B.

Domingos Bernardo da Silva Sá: Abogado brasileño, profesor de Derecho Civil de la Universidad Católica de Petrópolis, Estado de Río de Janeiro. Ex-presidente del Consejo Estadual de Estupefacientes de Río de Janeiro, CONEN-RJ. Miembro Jurista del Consejo Federal de Estupefacientes, CONFEN.

Un viejo y conocido dicho popular propone: «De médico, poeta y loco, todos tenemos un poco». El uso de drogas psicoactivas, con sus variados efectos, independientemente de que sean lícitas o no, parece querer atender a esa triple y universal vocación humana hacia la medicina, la poesía y la locura. Dada esta universalidad todos nosotros, en algún nivel, nos sentimos habilitados para tratar sobre el tema. Y, de hecho, en algún nivel estamos habilitados; por eso la cuestión es tan polifacética. Los problemas surgen, mientras tanto, de las absolutizaciones con que cada uno pretenda abordar la cuestión y encaminar las soluciones específicas y particulares. Y la más nefasta de las absolutizaciones es la del tratamiento unitario, dentro del derecho penal, del problema de las drogas, en el que se destaca la capacidad civil, ligado al consumo de drogas. El tratamiento legal inadecuado ha sido uno de los mayores obstáculos para el correcto avance de las soluciones.

Son incontables las soluciones ofrecidas para tratar el problema de las drogas. Antes que nada, es preciso indagar sobre el tipo de problema que enfrentamos. Tal vez aquí comiencen las mayores dificultades, porque en esta materia es común que surja una pseudo-ciencia o «ciencia del absurdo» en la que se define el problema de acuerdo a la solución que se conoce o se dispone.

Soluciones en busca de un problema

El penalista, por ejemplo, tendrá más facilidades para el encuadre de la cuestión en el área criminal por cuanto entiende de crímenes y de penas. De este modo, basta tipificar bien unos e imponer correctamente otras para encontrar la solución. El

cura o el pastor indicarán, probablemente, la disciplina religiosa como la mejor salida para una práctica pecaminosa. No faltará, inclusive, quien vea demonios y proponga el exorcismo. Los profesionales del área psi tenderán, naturalmente, a una asociación con el psicoanálisis y sus teorías diversas.

Evidentemente ningún área de conocimiento debe ser excluida. Al contrario, todas ellas son necesarias y poseen su lugar. Pero es preciso comprender que la materia abarca varias disciplinas y que, por ello, las absolutizaciones resultan siempre perjudiciales. Es por ello que hoy el problema de las drogas reside, antes que nada, en las soluciones, con sus distorsiones, ambigüedades, absurdos y contradicciones. Para ejemplificar esta situación basta recordar el alcohol y el tabaco, drogas recreativas, psicotrópicas - cada una a su modo - responsables de millones de enfermos anuales en todo el mundo, pero que no integran, realmente, el «problema de las drogas» tal como hoy es imaginado. Fueron problemáticos en otras épocas, cuando merecieron las condenas y apóstrofes semejantes - y hasta más virulentos - a los utilizados ahora frente a las drogas ilícitas de la actualidad.

Desde luego, el «problema de las drogas» de que estamos hablando y del que se ocupan los gobiernos de diversos países está indisolublemente ligado al tratamiento legal dispensado a ciertas drogas; tratamiento que no está esencialmente fundamentado en razones farmacológicas o sanitarias sino en motivaciones jurídicas, políticas y económicas.

En cierta forma, las diversas soluciones basadas en las distintas áreas relacionadas con la materia, tienden a reforzar las distorsiones y ambigüedades, en la medida en que trabajan el y con el «problema de las drogas» generado arbitrariamente por factores jurídicos, políticos y económicos. El modelo es arbitrario porque la elección de las drogas consideradas ilícitas en determinado momento histórico, de acuerdo a razones de salud, en su sentido más general, no respeta leyes o reglas a partir de las mismas razones de salud que justifiquen tal opción, con exclusión de otras drogas consideradas lícitas. Trabajar con tal «problema» sin considerar, claramente, que es arbitraria la definición de ilicitud es admitirlo como real y por lo tanto reforzar la ambigüedad. El efecto es el descrédito de cualquier discurso que adopte directa o indirectamente ese modelo.

Es importante señalar que denunciar claramente la ambigüedad derivada de la elección arbitraria que excluye algunas drogas de la ilegalidad para incluir otras, no significa sólo hacer referencia, en manuales de prevención, a los efectos del alcohol, del tabaco o de los variados psicotrópicos fabricados por las industrias farma-

céuticas, por la simple razón de que nadie propone que las mencionadas drogas lícitas sean consideradas ilícitas, y por lo tanto prohibidas, no obstante todos sus efectos negativos. Resulta indispensable explicar, entonces, por qué empeoraría la situación actual dispensar a las drogas ilícitas el mismo tratamiento conferido a las lícitas, en la medida que se demuestre que unas y otras son equivalentes. Si no lo son, obviamente no hay nada que discutir. La talidomida, por ejemplo, es medicación sedativa e hipnótica, pero no se mostró equivalente a otros productos que, con la misma finalidad, eran y son ofrecidos al consumo público. Exactamente por no ser equivalentes y por comprobarse sus efectos nocivos generalizados fue retirada del mercado. Entonces es posible deducir, como principio, lo acertado de prohibir aquello que, independientemente de tamaño, medida y forma resulte siempre nocivo. Para tal verificación existen los laboratorios oficiales y la administración pública de salud, encargados de vigilar la calidad de los productos ofrecidos al consumo y de, llegado el caso, su prohibición pura y simple. En contrapartida, todo lo que posea un uso provechoso en algún aspecto, ya sea para fines terapéuticos o exclusivamente placenteros o recreativos (lo que no deja de ser también terapéutico), para lo cual dependa principalmente del criterio individual - de la responsabilidad, moderación, o la adecuada evaluación personal en cuanto a la relación costo - beneficio -, cualquier sustancia en esas condiciones exige claras explicaciones de las autoridades públicas sobre los controles impuestos a tales productos. De sostener la tesis contraria sería imposible la legalidad del alcohol, del tabaco y de la casi totalidad de la producción químico-farmacéutica. Prohibido debería de ser, siempre, un uso lesivo para los derechos de terceros.

Al hablar entonces del «problema de las drogas», es preciso definir a qué problema o aspecto del mismo nos estamos refiriendo. Y para ello se impone primero distinguir los puntos centrales de la cuestión, que exigen diferentes tratamientos legales: la oferta y el consumo. En resumen, el «problema de las drogas» posee contornos propios, especialmente su vinculación al universo criminal, asociado fundamentalmente al tráfico nacional e internacional - y al incremento de los niveles de violencia y corrupción en todas las esferas y países -. De este universo criminal y violento (tráfico, lavado de dinero y contrabando de armas) en el que están envueltos millones y millones de dólares, no forman parte las drogas lícitas, por mayores que sean - y de hecho son - sus problemas específicos ligados principalmente a la salud. Y repetimos, la mención, en las políticas públicas, de los aspectos gravemente perjudiciales que el uso de las drogas lícitas acarrea, no tiene cómo integrar a éstas en el llamado «problema de las drogas», que tiene como rasgo específico la criminalización de la oferta y el consumo. Por ello la materia carece de alternativas de tratamiento a partir, principalmente, de las «soluciones» psiquiátricas, farmacológicas,

psicoanalíticas o religiosas, para citar apenas algunas áreas que se ocupan del asunto. En razón de la especificidad del problema, el tema viene siendo objeto de reflexión, específicamente respecto de la descriminalización y legalización, tanto en lo que se refiere a la oferta como al consumo, de lo que son ejemplos las propuestas legalizadoras de Milton Friedman; Jocelyn Elders, directora general del Ministerio de Salud de EE.UU.; Charles Pasqua, ministro de Interior de Francia. Lo cual comprueba la estrecha relación del problema con los modelos legislativos adoptados, la política y la economía, aparte de toda la carga sociocultural presente en tales áreas. Es preciso que nuevos edificios legales permitan a las áreas hoy apartadas trabajar efectivamente el nudo del problema, pues es allí y, de manera general, en los sectores de la cultura, salud y educación donde mejor podrán ser formulados criterios para un adecuado tratamiento de la cuestión.

La criminalización del consumo en busca de una solución

¿Por qué se criminaliza el consumo de ciertas drogas? Algunos mitos pueden responder a ello. El primero consiste en que de la criminalización de la oferta deriva obligatoriamente la criminalización del consumo. Sin remontarse al análisis de las razones para la incriminación arbitraria de ciertas drogas, la vinculación entre las dos conductas, de suerte que la tipificación penal de una atraería obligatoriamente a la otra, se debe a una simplificación primaria. El encuadramiento legal de ambas conductas ha de ser diferente, *ratione materiae*, pues la primera - la relativa a la oferta - se refiere básicamente, a la industria y el comercio ilícitos de drogas. La otra se refiere al consumo de las mismas. En relación a la industria y el comercio - por lo tanto, la provisión del mercado - no hay dificultades sobre en qué rama del derecho insertar esa vertiente. El criterio puede ser tomado, incluso, de las fuentes del Derecho Romano, alrededor del año 367 a. C. La *cura urbis*, es decir, la administración de la policía en la ciudad, y la *cura annonae*, o sea, la disciplina de los mercados y provisiones, que constituían actividades propias de la administración pública por intermedio de los *edis curuis*, magistrados, integrantes de las *aedilitas*, magistratura ordinaria creada en aquella época. No hay duda, de este modo, de que la industria y el comercio de drogas o de cualquier otro producto ofrecido al consumo deben ser reglamentados, fiscalizados o reprimidos, cuando las circunstancias lo exigieran, basándose en alguna de las ramas del derecho público, especialmente el administrativo, penal, tributario, entre otros posibles encuadres. El consumo personal de drogas es materia, entre tanto, del campo del derecho privado; se refiere a las relaciones individuales. Es evidente que no se admite abarcar allí cualquier ofensa que alcance al bien jurídico tutelado, con sanción penal, practicada bajo el efecto de cualquier droga, lícita o ilícita. En esa hipótesis, con toda

evidencia, el agente deberá responder, penalmente, por sus actos, habiendo o no consumido drogas, prohibidas o admitidas. Por lo tanto, no está en discusión la represión penal a comportamientos lesivos al derecho de otros. Ahora bien, el consumo de drogas y las consecuencias personales o privadas derivadas del mismo son cuestiones que solamente pueden ser enfrentadas adecuada y eficazmente en el ámbito del derecho privado, en razón del argumento aludido. La interferencia del derecho penal en las disputas familiares o educacionales es extremadamente nefasta y constituye un obstáculo grave para la superación de las dificultades propias de las múltiples interacciones del ser humano con su medio, donde deben nacer los controles auténticos, resultantes de la «pedagogía de los límites» desarrollados por la vida en sociedad.

Urge, por eso, construir una nueva legislación que prevea restricciones a partir de la visión conjugada del derecho privado - de los derechos civiles - con la acción apenas subsidiaria de la administración pública. No es tan difícil, de este modo, imaginar conductas integradoras del mismo acontecimiento, pero con diferentes encuadres legales. Véase, por ejemplo, lo que ocurrió en la época en que el comercio ofrecía al consumo público leche en polvo contaminada por las emanaciones radiactivas de la usina nuclear de Chernobyl. Las autoridades sanitarias de los países que habían importado aquel producto ordenaron el retiro inmediato del mercado, teniendo en cuenta su potencial cancerígeno y prohibiendo, asimismo, su comercialización. Todos los medios de comunicación de masas esclarecían, entonces, a la población sobre los peligros del consumo y alertaban sobre la prohibición de su comercialización. Entre tanto, en varias oportunidades, las televisoras pasaban entrevistas con personas que adquirirían gracias a comerciantes inescrupulosos el producto prohibido. Interrogadas esas personas por el reportero acerca de si conocían la prohibición, teniendo en cuenta los males que la mercadería significaba para la salud, las respuestas eran afirmativas, pero seguidas de la afirmación de que no creían que fuesen a contraer cáncer. Frente a esa situación real hay que preguntarse: ¿sería razonable dar al comerciante inescrupuloso y a la ama de casa inconsecuente, compradora del producto prohibido, el mismo tratamiento legal? Por otra parte, no hay duda de que el lucro perseguido por aquel comerciante, a cualquier precio, constituye un crimen contra la salud pública. Pero sería absurdo proponer la prisión de la consumidora imprudente.

Otro mito presentado como justificativo para la incriminación del consumo es la asociación que habría, necesariamente, entre el uso de drogas ilícitas y la delincuencia, la alienación del usuario o la dependencia. En realidad, al contrario de la «asociación necesaria», los hechos comprueban solamente, la posibilidad de esa

asociación en condiciones, en el mejor de los casos, semejantes o inferiores a las de las drogas lícitas. Lo que se hace, en este caso, es algo semejante a criminalizar la «realidad virtual», puesto que la conducta objetivada es, rigurosamente, potencial y minoritaria, como quedó demostrado en sucesivas investigaciones brasileñas realizadas en las principales capitales del país¹.

La «solución» criminalizante: un obstáculo a vencer

Es preciso enfrentar, acaso por primera vez de manera eficaz, el problema real (no el creado arbitrariamente) del uso indebido de drogas que atraviesa la esfera de las relaciones individuales, objeto de las regulaciones (jamás se pensó en (desregulación) propias del derecho privado. Para eso es preciso superar los obstáculos creados por la solución criminalizante. ¿Qué alternativas disponibles hay para que la sociedad civil enfrente el problema real del uso indebido de drogas, ya que ella - la sociedad - es el mayor y mejor agente de prevención? Hoy, ella está castrada en su potencial creativo, pues se considera que el uso indebido de drogas es un crimen de acción pública, tornándose, así, inevitable la intervención del Estado en las relaciones privadas, sean familiares, escolares o laborales. Los límites hoy adoptados para el uso indebido de drogas no son auténticos, al contrario de aquellos que nacen de los problemas, naturalmente surgidos en la vida en familia, en la disputa de opiniones, en la dialéctica social, en la discusión de las formas de convivencia y de los medios de corregir distorsiones. Pero nada de eso, actualmente, puede acontecer en el campo, exclusivamente, de las relaciones privadas, personales o familiares, porque en esta materia interviene, obligatoriamente, la rama del derecho penal.

No hay, por tanto, legitimidad, desde el punto de vista rigurosamente legal, para que la cuestión del uso de drogas sea discutida con exclusividad, como sería esencial para el buen desempeño de la noble misión de educar, entre el profesor y el alumno, entre el padre y el hijo. Esa cuestión, por tratarse de un crimen, exige la presencia vejatoria del poder público, por imposición del derecho penal, con la nefasta actuación de la policía y, finalmente, con el desenlace en la acción penal pública. Es interesante observar el momento por el que pasamos, cuando se evalúa de qué manera el derecho penal puede servir mejor a la sociedad. La tesis de la descriminalización causa, también, inmensos pruritos moralistas no obstante las voces de destacados juristas como el criminalista y ex-ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Evandro Lins e Silva, quien propone sustitutos penales y alternativas

¹Bajo la coordinación del profesor E. A. Carlini, con un equipo multidisciplinario, del Departamento de Psicobiología de la Escuela Paulista de Medicina.

a la privación de libertad, en sintonía con el movimiento de grandes penalistas en todo el mundo.

El presidente de la Sociedad Brasileña de Victimología, juez Eduardo Mair, escribe: «... Hace más de medio siglo Ferri ya exponía sus ideas de sustitutos penales, o sea, otras formas de reprobación de la sociedad contra el crimen, que no sea la prisión. Ya entonces se observaba que la cárcel no resocializa, ni recupera al preso. (...) Han de encontrarse alternativas para la pena de prisión, descriminalizando o despenalizando conductas»². Esas observaciones venían a propósito de lo acontecido en la Penitenciaría de Carandiru, la mayor del Estado de San Pablo, cuando la represión policial derivó en la muerte de aproximadamente un centenar de presidiarios. Lins e Silva escribió lo siguiente en oportunidad de la tragedia: «Llegamos a la conclusión de que es preciso encontrar alternativas para la pena de prisión, descriminalizando o despenalizando conductas que pueden ser reprimidas a través de otras sanciones, reservada la segregación apenas para los peligrosos capaces de poner en riesgo la seguridad ajena...»³.

Uno de los problemas más serios que se puede constatar a partir del desastre ocurrido en San Pablo está en la reacción de una parte significativa de la opinión pública, fuertemente «condicionada por la criminalización y activada por la acción de los medios de comunicación», como alerta Alessandro Baratta⁴. De hecho, como anotó Lins e Silva, «la población está tan impregnada de la propaganda ley y orden que parte de ella llegó a apoyar el salvajismo y la barbarie practicados contra los presos»⁵. Todo ese clima violento y dramático tiene una profunda y esencial relación con el problema que todos encaramos al proponer nuevos modos de enfrentamiento a la cuestión de las drogas. Una parte considerable de la sociedad está condicionada a admitir que sólo los mecanismos de represión penal son capaces de defenderla adecuadamente. Sin tales mecanismos quedaría «al descubierto», sin recursos para resguardarse de las más variadas amenazas. Y más aún: la sanción penal es apenas idónea para poner límites, para contener el uso de drogas. Independientemente del simple y exclusivo análisis histórico, ya de por sí suficiente para desmentir la fantasía de la eficacia protectora de la represión penal, la más perjudicial consecuencia derivada de ese furor criminalizante es la descalificación de la familia, la escuela y la sociedad organizada como factores decisivos para una más perfecta estrategia de enfrentamiento a la cuestión. En realidad son los únicos ins-

²En el Boletín Mensual de la Sociedad correspondiente a noviembre de 1992.

³«Jaulas manchadas de sangre» en *Jornal do Brasil*, 16/10/92.

⁴En «Introducción a una Sociología de la Droga», conferencia publicada en los *Anais da Conferência Internacional de Direito Penal*, Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991, p. 58.

⁵Lins e Silva, op. cit.

trumentos verdaderamente eficaces para alcanzar soluciones competentes de los diversos problemas vinculados con el consumo de drogas.

Ahora reflexionemos juntos. Si los penalistas modernos, a través de sus representantes escogidos entre los más respetados, entienden que la pena de prisión es fallida porque «no resocializa, ni recupera al encarcelado (...) es una jaula reproductora de criminales»⁶ - y eso en relación a comportamientos cuya tipificación penal nadie pone en duda - ¿qué se dirá en relación al consumo de drogas, cuya materia se incluye, principalmente, en el campo de la educación, de la salud y de la cultura? Ahora bien, esas áreas interesan, ante todo, a las relaciones civiles, y corresponden, especialmente, a necesidades fundamentales de la persona humana, a intereses individuales pertinentes al campo de los derechos de la personalidad, del derecho de la familia y a otras ramas del derecho civil, en la esfera del cual deberían ser resueltos eventuales conflictos emergentes del universo de las relaciones privadas. No se trata, por tanto, de negar conflictos - y son muchos y variados - surgidos en el terreno de las relaciones civiles, sino de afirmar como ámbito para solucionarlos el derecho privado, donde deben ser desarrollados los límites pertinentes, los mecanismos sociales de control. La óptica represivo-penal, entre tanto, priva a las instituciones civiles fundamentales - la familia, la escuela y la empresa - del desarrollo de sus propios instrumentos limitativos de la libertad de actuar, elaborados como forma de viabilizar la vida en sociedad. Es precisamente ahí, en la experiencia de los conflictos, del diálogo y de la indispensable tolerancia donde se articula la verdadera, necesaria y positiva pedagogía de los límites.

La misma política represivo-legal genera, también, una perniciosa ambigüedad, promueve un doble mensaje, fomenta la contradicción cuando, por ejemplo, gobiernos de distintos países, por intermedio de sus órganos competentes para luchar contra las drogas, incentivan y hasta mantienen establecimientos destinados al tratamiento de problemas, de todo orden, surgidos de la relación impropia con el universo psicoactivo. Pues bien, tales establecimientos consideran la cárcel, unánimemente, como la antítesis terapéutica. Esas instituciones, apoyadas por la administración pública, trabajan, paradójicamente, con la clientela marginal generada por el propio Estado, puesto que ésta sólo existe en la medida en que la policía no apresó al internado del establecimiento. Si la represión policial hubiese funcionado adecuadamente, la entidad terapéutica o no tendría candidatos para adelantar los trabajos, o no tendría posibilidad de mantenerlos. No es difícil imaginar que tales establecimientos son llevados, por fuerza de las leyes criminalizantes, en complicidad, a esa absurda clandestinidad de sus clientes para que su tratamiento se torne

⁶Boletín Mensual de la Sociedad Brasileña de Victimología, cit.

viable. Al final, es común el proceso de tratamiento en el que el interesado declara en presencia de su grupo de ayuda: «yo uso drogas», «yo tengo problemas». Es evidente que para hacer tales declaraciones (fundamentales en muchos procesos terapéuticos) la persona, en cierto aspecto, especialmente el legal, prefiere la clandestinidad, en complicidad con la institución que lo acoge. De otra forma sería otro «sospechoso» frente a la autoridad policial.

Ejemplo de cómo el encuadramiento del consumo de drogas en la esfera del derecho penal crea serios obstáculos al adecuado enfrentamiento del problema, puede constatar en los allanamientos de locales destinados a la implementación de procesos de tratamiento y recuperación que se da en las llamadas comunidades terapéuticas. Como se sabe, la comunidad terapéutica es un modelo ampliamente adoptado en todo el mundo. Y muchas veces establecimientos de este tipo sufrieron amenazas o intervenciones violentas y arbitrarias, explícita o embozadamente a manos de policías. ¿Por qué tales formas de actuar, cuando no explícitas, se suponen como de origen policial? En primer lugar porque la policía actúa así reiteradamente. Además, aquellas entidades llevan el estigma de luchar contra la mencionada clientela «marginal» que ya «cometió el crimen» de consumo de drogas y cuenta con fuertes probabilidades de «reincidencia». Esos son los hechos, la realidad. No hay exageración o terrorismo en lo que acaba de ser narrado. Eso es lo que ocurre hoy, con la mayoría de las personas que enfrentan la cuestión de las drogas en trabajos en la calle, junto a usuarios por vía endovenosa, en la prevención del sida, en comunidades terapéuticas y en consultorios ambulatorios. Hasta en grupos del mundialmente conocido y respetado movimiento anónimo (Narcóticos Anónimos - NA - que adoptan el modelo de Alcohólicos Anónimos - AA -), el problema con la policía ya se produjo.

La primera dificultad que se enfrenta, con todo, al proponerla discusión sobre sustitutos al control penal, y por lo tanto a la criminalización del consumo personal de drogas - lo que los penalistas ya citados proponen de manera más amplia - es la incapacidad de los opositores a admitir otros controles que no sean penales. Por eso afirman que proponer la descriminalización es lo mismo que proponer la liberación de las drogas, la autorización o la desreglamentación. Cuando tal argumento no es el fruto de la incapacidad, resulta una manifestación intencional y perversa con que se busca mantener en el oscurantismo a la opinión pública recurriendo al terrorismo cultural. En realidad los opositores no consiguen articular nada más que eso: «liberación de drogas». Ese pasa a ser, entonces, el mote, el título de artículos, de solicitadas periodísticas y de toda especie de catilinaria, dictada por el miedo de perder el venerado control penal, o por los más diversos e inconfesables

intereses en mantenerlo. Cuando no es el argumento de la «liberación de las drogas» se da la distorsionada interpretación de que se busca una política más «blanda» con el usuario. Se trata de otra rematada sandez. Es algo semejante a decir que la visión de la moderna psiquiatría, al prescribir restricciones severas a los manicomios y las internaciones psiquiátricas, ha sido formulada porque se quería un tratamiento más «blando» para el paciente psiquiátrico. En realidad, lo que se busca es un tratamiento específico, más adecuado, independientemente de ser más o menos «blando». El tratamiento más doloroso y enérgico puede incluso ser el mejor en ciertos casos. Si, por ejemplo, una persona está con apendicitis aguda, no podría proponerse un tratamiento a base de analgésicos por ser más «blando», sino la intervención quirúrgica que, en esta hipótesis, es el tratamiento indicado o el más adecuado. La preocupación de la nueva propuesta, por lo tanto, no pasa por adoptar el tratamiento más «blando» o «fuerte», sino el enfrentamiento específico de la cuestión con la intensidad e instrumentos que fueran apropiados.

El actual cuadro mundial exige políticas compatibles, como mínimo, con el buen sentido y la realidad. Para ello es indispensable distinguir los dos ejes principales de la cuestión: la oferta y el consumo que imponen un tratamiento legal diferenciado, como ha sido dicho anteriormente. La vertiente del consumo, reiteramos, debe ser objeto, básicamente, de las regulaciones y sanciones del campo del derecho privado, donde se incluye la *ratione materiae*. Es, exactamente, en esta vertiente donde la sociedad civil tiene o debería tener una amplia posibilidad de participación. Será, por lo tanto, absolutamente indispensable, para cualquier progreso en el actual abordaje de la cuestión, discernir los diferentes campos del derecho que deben servir como referentes para regular cada uno de los dos ejes principales de la actividad. Y el derecho penal no es lugar legítimo para disponer sobre el uso personal de drogas. Las leyes de los diversos países necesitan, urgentemente, poner término al nefasto desorden de tratar en una sola rama del derecho una materia que pertenece a otra. De hecho, los asuntos pertenecientes a la capacidad civil, las relaciones entre padres e hijos, educadores y educandos, profesores y alumnos, profesionales de la salud y pacientes, a la cultura y al trabajo, constituyen un universo que exige un tratamiento en una esfera distinta a la del derecho penal. Este debe servir, tan sólo supletiva y subsidiariamente en la medida en que las relaciones civiles así lo requieran.

La definición de tráfico de drogas, por otra parte, sufre, normalmente, de una terrible imprecisión conceptual y de una ambigüedad que fácilmente deriva en arbitrariedad o violencia de parte de la autoridad. Mientras tanto, las nociones sobre producción, industria y comercio son objeto de antigua conceptualización doctrinaria.

Lo que importa apuntar, en este caso, como factor de posible sanción penal, es la ilicitud de las actividades productivas, industriales y comerciales, puesto que ellas ya tienen suficiente definición en las áreas del derecho que les son propias. Y las conductas que no se encuadren en esas actividades no pueden, obviamente, ser equiparadas con ellas. Así, la redefinición legal deberá efectuar una distinción entre el tráfico propiamente dicho y la eventualidad del mismo, el volumen de actividad y su práctica cuando esté motivada, básicamente, por el uso, además de otros aspectos como el transporte con la intención de instigar al uso. Por todo esto, la profusión de conductas que, tradicionalmente, las leyes adoptan para indicar el tráfico ilícito, más allá de la inutilidad, resulta factor de peligrosas confusiones, extremadamente perturbadoras de la forma correcta de encarar la cuestión. La materia relativa a la oferta de productos para el consumo - no sólo de drogas - es de interés supremo para las diversas áreas del derecho público, en los términos en que lo hemos expresado.

Igualmente, la inclusión del consumo pertenecerá al ámbito del derecho privado, porque la principal razón de que la ley se interese porque alguien usa droga psicoactiva se define en la repercusión que ese uso pueda tener en el plano de la capacidad civil, especialmente en lo que, en doctrina, se llama capacidad de hecho. La capacidad es la presencia de los requisitos materiales que permiten a la persona manejarse con autonomía en el mundo civil y que le otorga aptitud para manejarse de acuerdo a su voluntad en el universo de las relaciones civiles, de los derechos y obligaciones.

Vale citar, a propósito, un episodio interesante de la historia forense brasileña. En una opinión del 10 de octubre de 1921, el segundo Curador de Huérfanos de Río de Janeiro, Dr. Raul Camargo, se manifestó sobre la internación de un paciente, de 33 años, por toxicomanía, basándose en un veredicto. En la época, refería Camargo, en que «el derecho de diversos pueblos ya pensaba en el alcoholismo, desde el punto de vista de la capacidad civil (...) muchas otras modalidades de toxicomanía escapaban a la previsión de la ley . La reciente ley brasileña es más amplia, comprendiendo todas las sustancias embriagadoras y estupefacientes, como el opio, cocaína, morfina y sus derivados»⁷. Luego de referirse al artículo 451 del Código Civil, que contempla el principio de categoría de la capacidad, afirmaba: «la psiquiatría enseña que la toxicomanía puede coexistir con la plena capacidad». Este juicio sugiere importantes reflexiones. En primer lugar, es indiscutible que es en el cuadro de la capacidad civil donde se puede situar el interés de la ley por el hecho de que alguien use drogas, equiparando, en la época, el alcohol a otros psicotrópicos. Evi-

⁷Publicado en Revista Forense, vol. 38, pp. 88-90.

dentemente, la materia referida a la incapacidad absoluta o relativa - y sus repercusiones en el mundo civil, en las relaciones familiares y sociales - no puede ser objeto de regulación penal.

Una segunda reflexión, de igual importancia, se une a que el toxicómano de ayer, llamado hoy dependiente, puede reunir los requisitos materiales necesarios como para manejarse con autonomía en el universo de las relaciones sociales. En otras palabras, puede ser perfectamente capaz desde el punto de vista civil. Eso no niega la dependencia - o toxicomanía - que puede ser de gran escala. Pero afirma que el dependiente no es, obligatoriamente, «víctima» incondicional de la delincuencia. La impotencia del toxicómano para rechazar el uso de determinada droga, sea alcohol, tabaco, medicamentos o las drogas ilícitas, no significa, necesariamente, igual impotencia para detenerse frente a la práctica de ilícitos de naturaleza civil o penal. De allí, exactamente, la afirmación de Camargo, hace más de 70 años atrás, de «que la toxicomanía puede coexistir con la plena capacidad». La vinculación obligatoria del dependiente a comportamientos antisociales o delictivos es señalada por Baratta como factor de reproducción ideológica o material del modelo represivo-penal para el tratamiento de la cuestión de las drogas ⁸. Así se da, entonces, uno de los más serios obstáculos para una confrontación adecuada, pues la opinión pública está condicionada a asociar el uso de drogas especialmente la dependencia a las mismas - con el comportamiento criminal. Así se impide o dificulta la revisión de posiciones establecidas sobre el tema.

El toxicómano de ayer, llamado hoy dependiente, puede reunir los requisitos materiales necesarios como para manejarse con autonomía en el universo de las relaciones sociales

Además, la propia noción de dependencia, tal como está en la ley, induce a la conclusión errónea del poder absoluto de una sustancia, en el sentido de determinar la dependencia física o psíquica. Cabe aquí la observación de A. Morgado: «La dependencia no es más aquello que era: algo que sería engendrado por las acciones farmacológicas de las drogas. Las categorías del sujeto reconquistaron su primacía. Eso no significa banalizar aquellas acciones y efectos, y sí insertarlos en una conceptualización más acorde con la realidad del sujeto y del contexto socio-cultural»⁹. Osaría decir, entonces, que el determinismo farmacológico contemplado en la ley «crea» un tipo peculiar de dependencia y, en consecuencia, de dependiente, a tal punto que es común la sinonimia entre «usuario de droga» y «dependiente» en el

⁸A. Baratta, op. cit., pp. 51-52.

⁹ En Revista da Associação Brasileira de Psiquiatria N° 26, vol. 7, 1985, p. 94.

lenguaje popular y en los medios de comunicación. Aquí está el resultado de la idea de sustancia que determina dependencia física o psíquica. Es la ley quien lo declara. Si ella afirma que cierta droga «determina» dependencia, «crea», artificialmente, esa dependencia, como consecuencia prevista en su propio texto, por el consumo de aquellas drogas.

Hemos dicho que la ley crea, también, algo parecido a un «crimen ilícito». Y eso porque las «razones» que ella y los defensores dan de la incriminación del uso de «ciertas» drogas, son las mismas que llevarían, igualmente, a la criminalización del consumo de otras drogas, hoy, de uso lícito, como el alcohol o el tabaco. Ahora bien, usar estas últimas es el crimen lícito, pues el consumidor de las incriminadas no absuelve al incriminador, exactamente porque de él recibe, con el poderoso apoyo de los medios de comunicación, la cultura criminalizante del uso de psicoactivos. Así, ambos usuarios dividen sus diferentes crímenes: el del usuario de drogas ilícitas (que no se absuelve a sí mismo) y el del consumidor de psicotrópicos semejantes, apenas arbitrariamente admitidos y que engendran el crimen lícito. Ejemplo de ese sentimiento subyacente, al hacer la confrontación entre los usos lícitos e ilícitos, está en la comparación del alcohol y la marihuana, hecha, frecuentemente, por sus respectivos usuarios. Los primeros afirman que la marihuana es para el joven de hoy algo así como el cuba libre era para la juventud de los años 50 ó 60. Y viceversa. Otro ejemplo de la cambiante y arbitraria criminalización de psicotrópicos nos lo da la famosa Ley Seca, o la férrea persecución del tabaco por los soberanos europeos, alrededor de 1620, al punto de que en Inglaterra decapitaron a Sir Raleigh, inventor de la pipa ¹⁰.

Un crimen lícito no es menos absurdo que criminalizar y descriminalizar el consumo de drogas psicotrópicas semejantes. De ahí resulta, sin embargo, que uno de los mayores obstáculos para la implementación de políticas nacionales, en el ámbito de la prevención del uso indebido de drogas, es la inconsistencia de los argumentos que sustentan el tratamiento unitario de la materia relativa al consumo de drogas en la esfera del derecho penal. Por tales razones, el primer objetivo para la credibilidad de esas políticas debe ser eliminar la ambigüedad, el discurso doble y desacreditado instituido para luchar con la materia. Con todo, es tosco el argumento - utilizado con el propósito de confundir y aterrorizar - de que aquel que propone la descriminalización de una conducta es porque busca la legitimación de la misma o le da su apoyo. Sería semejante, por ejemplo, a decir que la defensa, casi unánime, de la descriminalización del adulterio significase su apología o que fuesen adúlteros los partidarios de la descriminalización. Bueno sería que las políticas de pre-

¹⁰Cf. Francis Caballero: Droit de la Drogne, Dalloz, 1989, p. 142-143.

vención adoptasen como premisa que se destinan no sólo a los que nunca usaron drogas o jamás vayan a hacerlo. Con eso se quiere alertar sobre que la prevención no divide a sus destinatarios entre criminales y no criminales. Y si lo hace, no se trata, verdaderamente, de prevención en su sentido más abarcador, integral. Además, tal reducción sería tan impropia como lo sería restringir la prevención de accidentes de trabajo o de tránsito a quien jamás se haya accidentado. Somos destinatarios, así, todos los que, de alguna forma, debemos relacionarnos con el fenómeno de las drogas. Se impone que lo hagamos adecuadamente.

Conforme se afirmó al comienzo y procuré demostrar, el «problema de las drogas» está íntimamente vinculado al tratamiento legal dispensado al tema. Por eso, es importante destacar puntos que parecen esenciales en la formulación de nuevas leyes. El primero de ellos sería la ampliación formal de la posibilidad de participación de la sociedad civil en la implementación de los programas públicos de prevención, en la medida en que se prevea la actuación de entidades no gubernamentales en esos programas. Los agentes de prevención, por tanto, investidos legalmente de autoridad, se multiplicarán sumándose a los demás recursos humanos reclutados, normalmente, en los cuadros de la administración pública. Otro dispositivo legal que debe adoptarse ha de prever la legitimidad de todas las actividades que vayan a implementar en cualquier fase los componentes de los programas de prevención integral. Con eso se acaba con la verdadera marginalidad de los agentes de salud que, en el presente, enfrentan gravísimos obstáculos en los trabajos en la calle, junto a personas con problemas relacionados al consumo de drogas. Basta recordar que la simple orientación de usuarios, por ejemplo, sobre los riesgos de compartir las jeringas, con vistas a la prevención del sida u otras infecciones, ha sido entendido, absurdamente, como un estímulo al consumo. La infracción por el uso indebido de drogas tiene que tener otra naturaleza que la penal y, por tanto, tener otras sanciones que no sean la prisión. Lo que importa no es la sanción por la sanción misma, sino su objetivo de preservar el interés público en lo que concierne a la seguridad, la higiene, el orden, las costumbres, la tranquilidad, el respeto a la propiedad y a los intereses individuales o colectivos. Por esos intereses debe velar la administración pública, en el ejercicio de su «poder de policía», que no debe confundirse con el desempeño de la actividad típica policial-represiva. El «poder de policía» es una actividad general de la administración pública, al limitar derechos o intereses individuales, atendiendo a las conveniencias públicas en áreas como la higiene, el orden, la tranquilidad, entre otras. Las infracciones en ese campo son, por consiguiente, administrativas y no penales.

Con toda seguridad, las sanciones administrativas tienen mucho mayor alcance pedagógico que la pena privativa de la libertad. Esta última, en realidad, ha servido mucho más para fomentar la corrupción de malos policías y, paralelamente, la de los usuarios de clase media que, como es notorio, saben que pueden «pagar» el precio de la inmunidad y proseguir así con el uso ilícito. Recuérdese que ya no sería más el agente policial el que reprimiría el uso de drogas, sino otros agentes de prevención, investidos de autoridad, trabajando junto con los demás funcionarios de la administración pública, y no de los cuadros policiales exclusivamente. Además, como lo que se deberá aprehender será la droga y no la persona, se debilita el «poder» de que disponen los malos policías para corromper. Los establecimientos de uso público que tolerasen el uso ilícito de drogas en sus dependencias, deben sufrir pesadas multas, además de la suspensión o definitiva prohibición de actividades. Así, por ejemplo, bares, boites, discotecas y restaurantes que toleran, y muchas veces estimulan convenientemente el uso de drogas en sus dependencias estarán comprometidos, necesariamente, con la política de prevención, sentirán «en el bolsillo» la responsabilidad por sus actos u omisiones, con amplia fiscalización de la comunidad. De la misma forma, el uso de drogas, cuando es ilícito, será enfrentado con la retención, siempre, del producto. Y como el objetivo de las sanciones es la preservación de los intereses públicos, mediante el ejercicio, por el Estado, de su «poder de policía», el usuario, además del pago de la multa, tendrá suspendida o anulada la habilitación para conducir cualquier vehículo y lo mismo acontecerá con el porte de armas. Las mismas sanciones deben ser aplicables a la hipótesis de embriaguez. En realidad, lo que interesa al público es ser resguardado, en su seguridad, contra el uso indebido de drogas psicoactivas, sean lícitas o no. Es oportuno esclarecer que la aplicación, de plano, de las referidas sanciones por la autoridad administrativa, es una práctica común como, por ejemplo, sucede con la fiscalización de tránsito. El interesado, entre tanto, podrá recurrir al Poder Judicial siempre que se sienta injustamente perjudicado.

Un dispositivo de relevante interés público es el tema de la publicidad. Su aprobación, no obstante, solamente logrará éxito, cualquiera sea el país, si cuenta con el apoyo en bloque de la sociedad civil. Se trata de la recomendable prohibición de la publicidad de drogas psicoactivas, obviamente de las lícitas inclusive, salvo en carácter excepcional, con autorización del órgano público competente, en casos en que el interés social justifique la publicidad, hipótesis en que el mensaje deberá incluir esclarecimientos sobre los riesgos de consumo con duración y cualidades idénticas a las de la promoción del uso. Está claro que las cuentas corrientes de las grandes empresas nacionales y multinacionales de los medicamentos, bebidas alcohólicas y cigarrillos hablarán muy alto contra una propuesta de este tipo, bajo los más diversos pretextos, desde el argumento de la preservación de los empleos has-

ta la defensa de la libre empresa. Es imposible continuar con una comunidad impasible ante la impostura que significa la publicidad, por ejemplo, de cigarrillos, bien hecha, atractiva en imagen y sonido, seguida, no obstante, del mensaje mudo, en pequeños discursos, informando sobre los perjuicios del consumo. Tal mensaje que a nadie convence, ni siquiera puede ser percibido por los ciegos, puesto que es mudo, ni por los analfabetos, porque sólo es escrito. Pero la promoción del uso cuenta con todos los sonidos, alegrías y emociones.

Además, conviene a la sociedad que el gobierno, por su órgano competente, esté obligado a promover el relevamiento y publicación de los resultados relativos a la ejecución de la política de drogas que haya adoptado, con vistas a eventuales correcciones legislativas, basándose en la experiencia realizada. Un título legal, especialmente sobre drogas, no puede pretender la eterna inmutabilidad. Que no se incentive pues la momificación de las futuras leyes. Al contrario, que ellas sean un título vivo, adaptado a la realidad presente, a los intereses palpitantes de la sociedad civil.

Conclusión

No ha sido y no será la represión penal la mejor solución para dotar a la sociedad de instrumentos eficaces para la lucha que precisa trabar con el multifacético problema de las drogas psicoactivas. Recuérdese, a propósito, que los «sustitutos penales» constituyen la reivindicación de la ciencia penal contemporánea y hasta un reclamo de la inteligencia.

Una reflexión interesante nos provoca el libro *Licit and Illicit Drug Use in Amsterdam*, de J. P. Sandwijk, P. D. A. Cohen y S. J. Musterd que trata del censo de 1990, sobre el uso de drogas en Amsterdam, realizado después del último censo, de 1987. En sus conclusiones se lee lo siguiente: «En Amsterdam, el uso de la mayor parte de las drogas ilícitas permaneció estable, desde 1987 hasta 1990 (...) Parece que un nivel bajo de control policial del uso individual y de la distribución de drogas ilícitas no provocó una tendencia al incremento de esas drogas en Amsterdam entre 1987 y 1990 (...) Los niveles de uso común permanecieron bajos o más bajos en la población en general»¹¹. No obstante todo lo que quedó dicho, la propuesta de nuevos caminos genera siempre virulentas reacciones. Es el precio de la madurez. Es mejor, entretanto, enfrentar la crisis incontrolable que permanecer con la mórbida adaptación a los gravísimos males de gran parte de las políticas en curso.

¹¹Instituut voor Sociale Geografie, Universiteit Van Amsterdam, Amsterdam, 1991, pp. 81-82.

Referencias

- *Anónimo, BOLETIN MENSUAL DE LA SOCIEDAD BRASILEÑA DE VICTIMOLOGIA. - 1992; Jaulas manchadas de sangre.
- *Anónimo, JORNAL DO BRASIL. 16/10 - 1992; Introducción a una Sociología de la Droga.
- *Anónimo, ANAIS DA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DEREITO PENAL. p58 - Río de Janeiro, Brasil, Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. 1991;
- *Anónimo, REVISTA FORENSE. 38. p88-90 - 1985;
- *Anónimo, REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSIQUIATRIA. 7, 26. p94 - 1989;
- *Caballero, Francis, DROIT DE LA DROGNE. p142-143 - Amsterdam, EEUU. 1991;
- *Anónimo, INSTITUUT VOOR SOCIALE GAOGRAFIE - UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM. p81-82 -