# Drogas ilícitas y narcotráfico

## Nuevos desarrollos en América Latina

Editores | Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs

Alemania - Kai Ambos / Argentina - Esteban Mizrahi / Argentina - Noelia Núñez / Brasil - Fabíola Girão Monteconrado, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marcos Zilli / Colombia - Alejandro Aponte / Colombia - Sergio Chaparro, Luis Felipe Cruz, Rodrigo Uprimny / Costa Rica - Alfredo Chirino Sánchez / Chile - José Luis Guzmán / Ecuador - Ramiro García Falconí / El Salvador - Jaime Martínez / España - Alicia Gil Gil / Guatemala - Julio Cordón / Italia - Emanuela Fronza / México - Javier Dondé / México - Gustavo Fondevila / Paraguay - César Alfonso / Perú - Dino Carlos Caro / Perú - Salvador Herencia Carrasco / Perú - Ricardo Soberón / Uruguay - Pablo Galain Palermo / Venezuela - Juan Luis Modolell

EDPAL

Konrad Adenauer Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

# Drogas ilícitas y narcotráfico.
# Nuevos desarrollos en América Latina

Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

# DROGAS ILÍCITAS Y NARCOTRÁFICO. NUEVOS DESARROLLOS EN AMÉRICA LATINA

Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Marie-Christine Fuchs
(editores)

CEDPAL
GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT GÖTTINGEN

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2017 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2
Bogotá, Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

*Editora responsable*
Marie-Christine Fuchs

*Coordinación editorial*
Andrés Villegas

*Asistente editorial*
Daniel Pinilla

*Edición*
Sebastián Rivera

*Corrección de español*
María José Díaz Granados M.

*Corrección de portugués*
Paulo Baptista

*Armado de páginas*
Marta Rojas

Impreso en Colombia por Editorial Temis Ltda. en septiembre de 2017

ISSN 978 958 35 1154-7
2909 20170039030

Esta publicación se distribuye en forma gratuita, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.
Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

# CONTENIDO

PRÓLOGO ..... 9

GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL ..... 13

PRESENTACIÓN CEDPAL ..... 17

SIGLAS ..... 19

**I. SECCIÓN INTERNACIONAL**

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DROGAS
ESTADO ACTUAL Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO ..... 25

*Kai Ambos, Noelia T. Núñez*

LA REGULACIÓN DE LAS DROGAS ILÍCITAS REDUCIR LOS DAÑOS
DE LAS POLÍTICAS PARA CONTENER LOS POSIBLES DAÑOS DE LAS SUSTANCIAS ..... 53

*Rodrigo Uprimny, Sergio Chaparro, Luis Felipe Cruz*

ALGUNAS IDEAS CENTRALES EN TORNO A LAS DINÁMICAS
Y LA EVOLUCIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN AMÉRICA LATINA ..... 81

*Ricardo Soberón Garrido*

¿UNA ORGANIZACIÓN REGIONAL PARA UN PROBLEMA REGIONAL?
EL PAPEL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS
EN LA ARTICULACIÓN DE UN ENFOQUE REGIONAL SOBRE LAS DROGAS ..... 91

*Salvador Herencia Carrasco*

NARCOTRÁFICO Y COLONIZACIÓN DEL APARATO ESTATAL
EFECTOS FUNCIONALES DE LA CORRUPCIÓN ESTRUCTURAL
EN LOS ESTADOS CONTEMPORÁNEOS ..... 109

*Esteban Mizrahi*

## II. ENFOQUES NACIONALES

LA POLÍTICA DE DROGAS EN PARAGUAY ..... 129
*César Alfonso*

ACUERDO SOBRE MANEJO DE DROGAS ILÍCITAS ENTRE EL GOBIERNO
Y LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP HACIA UN TRATAMIENTO MENOS PUNITIVO
Y MILITARISTA DEL FENÓMENO DE LAS DROGAS ..... 149
*Alejandro Aponte Cardona*

ANÁLISIS CRÍTICO DE POLÍTICAS CRIMINALES EXISTENTES
EN MATERIA DE DROGAS ILÍCITAS EN EL PERÚ ..... 171
*Dino Carlos Caro Coria*

POLÍTICA CRIMINAL Y NARCOTRÁFICO
UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA COSTARRICENSE ..... 203
*Alfredo Chirino S.*

ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LAS POLÍTICAS CRIMINALES EXISTENTES EN MATERIA
DE DROGAS ILÍCITAS EN GUATEMALA ASPECTOS NORMATIVOS Y PRÁCTICOS ..... 231
*Julio César Cordón Aguilar*

COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y NARCOTRÁFICO EN MÉXICO ..... 257
*Javier Dondé Matute*

DROGAS Y PELIGRO EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN MÉXICO ..... 275
*Gustavo Fondevila*

EL CULTIVO DE ESPECIES VEGETALES CON PROPIEDADES ESTUPEFACIENTES
EN ITALIA ..... 291
*Emanuela Fronza*

EL MODELO URUGUAYO DE REGULACIÓN DEL CANNABIS
CUESTIONES JURÍDICAS Y DE GEOPOLÍTICA ..... 311
*Pablo Galain Palermo*

EL NARCOTRÁFICO EN ECUADOR ..... 365
*Ramiro García Falconí*

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS CLUBES CANNÁBICOS
EN ESPAÑA: CONTRADICCIONES Y PROBLEMAS ..... 379
*Alicia Gil Gil*

TRASCENDENCIA DE LA PENA AL DEFENSOR Y AUTOPROTECCIÓN DEL ESTADO EN LA LEY CHILENA DE ESTUPEFACIENTES ..... 403

*José Luis Guzmán Dalbora*

LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS ILÍCITAS EN EL SALVADOR UN ANÁLISIS CRÍTICO ..... 439

*Jaime Edwin Martínez Ventura*

PODERES PÚBLICOS Y POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE NARCOTRÁFICO EL CASO VENEZOLANO ..... 473

*Juan Luis Modolell González*

A POLÍTICA CRIMINAL NO ENFRENTAMENTO DAS DROGAS NO BRASIL ..... 485

*Marcos Zilli, Maria Thereza Rocha de Assis Moura*
*Fabíola Girão Monteconrado*

DECLARACIÓN DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL PROBLEMA DE LAS DROGAS ..... 521

LOS AUTORES ..... 523

# PRÓLOGO

Para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, es un honor y un gran placer presentar esta obra en el aniversario número quince de existencia del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Gledpi).

Como en las publicaciones anteriores de este distinguido grupo de especialistas latinoamericanos y europeos en derecho penal y derecho penal internacional, el tema de investigación del que se ocupa este libro son las políticas públicas, la regulación legal –especialmente la regulación penal y procesal penal– y la jurisprudencia en materia de drogas a nivel internacional, con énfasis en la región latinoamericana. Una temática de actualidad y relevancia no solo desde el punto de vista jurídico, sino también político, social, económico, psicológico y cultural.

Entendemos que hablar sobre drogas implica, en primer lugar, reconocer un tema de adicción y dependencia que refleja a nivel mundial un problema de salud crónico, con un fuerte impacto social. Aparte de la reflexión sobre cómo este fenómeno nocivo puede ser prevenido y tratado –por ejemplo, por medio de campañas y programas de tratamiento y atención basados en datos y evidencia científica– deberíamos preguntarnos en qué sentido el derecho penal es una medida adecuada para combatir el fenómeno y –si este fuera el caso– de qué manera. La repercusión dañina de la droga y sus consecuencias nos obligan a pensar en el derecho penal como herramienta, entre otras, para la reducción de la demanda y medidas conexas, bajo un enfoque de prevención y tratamiento, y no solo en la mera punición del "delincuente".

Al mismo tiempo están otras formas de delincuencia relacionadas con las drogas –económicamente de una importancia mucho más grande que el actual consumo–, que impulsan el debate regional frente a una aplicación más eficaz de las leyes nacionales y



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

de los tres tratados de fiscalización internacional de drogas. Los vínculos que no se pueden desconocer, producto de los dineros de cultivos ilícitos y del tráfico de drogas en la política y en el sector privado, han venido dejando en el centro y el sur del continente una marca casi indeleble, provocando delitos como el lavado de dinero, el soborno, la trata de personas y la corrupción.

En muchos países del continente, los vínculos entre el crimen organizado y las élites políticas son innegables, en desmedro del fortalecimiento o la consolidación de instituciones estatales estables, de los derechos humanos y la democracia liberal. Además, el dinero ligado al tráfico de drogas abre las puertas a la corrupción de funcionarios públicos, en detrimento de las clases más vulnerables de la sociedad.

En consecuencia, en varios de los estudios de caso que componen esta publicación se hace evidente que en las legislaciones penales de la región ha primado un enfoque prohibicionista que sanciona, más o menos drásticamente, casi la totalidad de conductas relacionadas con la producción, el tráfico y el consumo de sustancias psicoactivas. Todavía queda en la discusión la oportunidad de nuevos enfoques de salud pública y derechos humanos.

De los distintos artículos se desprende también que ese enfoque, si bien diferenciado en los países de la región –que ve en los consumidores sujetos pasivos de la acción penal más que posibles pacientes de terapias de atención y rehabilitación, y que ha medido su éxito preponderantemente en aprehensiones y condenas a los eslabones más débiles de la cadena de la producción y el tráfico–, no ha sido efectivo en la lucha contra el narcotráfico. Por el contrario, esta política meramente prohibicionista y punitiva de drogas ha contribuido a una situación de hacinamiento nefasto en la mayoría de las prisiones de la región, que ha puesto en peligro la salud de los internos. Es por eso que parte de las reflexiones apuntan a generar esfuerzos de reducción del consumo con modelos preventivos para contrarrestar la situación penitenciaria y los factores socioeconómicos conexos.

Como contraste a este tipo de aproximación, y como propuesta de posibles reformas, también están presentes en esta publicación algunos ejemplos de políticas alternativas de países que han optado por el modelo de prevención del delito, de regulación de la venta de drogas y de reducción del daño. Un trabajo que esperamos motive a la articulación regional y a la cooperación común basada en el principio de corresponsabilidad. La despenalización del consumo de drogas, al menos de las drogas blandas, también podría tener como consecuencia un mejoramiento de la precaria situación de muchas prisiones latinoamericanas.

Por último, algunos artículos tratan el tema de las nuevas sustancias psicoactivas, y la veloz amenaza de los estimulantes de tipo anfetamínico, incluida la metanfetamina. Así, los autores buscan aportar, desde el intercambio y la construcción de conocimiento,

para anticipar de manera responsable los nuevos retos y desafíos, tanto a nivel penal como social, frente a estas nuevas formas no menos nocivas de drogas y la falta de regulación frente a ellas.

Aunque aún es prematuro evaluar los resultados de este cambio de perspectiva, y teniendo en cuenta el gran número de dificultades que se han venido presentando en su implementación en países como España y Uruguay, estos modelos nos brindan luces para concebir otro tipo de abordaje de esta problemática desde la criminología y la política criminal. Tema mencionado y discutido, con excelente representación regional, en la reciente Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el problema mundial de las drogas (Ungass 2016).

En consecuencia, como lo hacemos con los seminarios, las conferencias, los talleres y las publicaciones sobre temas jurídicos relevantes para la región, con la publicación de esta obra el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica busca hacer un aporte a la discusión jurídica y al debate informado sobre políticas de drogas de uso ilícito. Una perspectiva comparada sobre la normativa regional y de algunos países europeos al respecto, producto de varios años de encuentros, investigaciones y retroalimentación entre los abogados litigantes, jueces y académicos penalistas que componen el Gledpi puede ayudar a repensar el tratamiento punitivo en esta materia, al presentar un análisis riguroso de los aciertos y desaciertos de la legislación y jurisprudencia pasada y actual sobre el tema. Asimismo, puede aportar a plantear alternativas al tratamiento represivo y prohibicionista que parece desconocer que el derecho penal debe ser la *ultima ratio* en la protección de los bienes jurídicos en peligro o presuntamente vulnerados. Esperamos que este trabajo contribuya a un cambio de paradigma en la política de drogas que este continente busca.

Queremos agradecer de manera especial a los coordinadores académicos del Gledpi, los profesores Kai Ambos y Ezequiel Malarino, por su acompañamiento y liderazgo en el trabajo del grupo y en la materialización de este libro. Felicitamos además por esta importante obra colectiva a todos los miembros del grupo y a los autores invitados a hacer parte de esta publicación.

Dra. Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

# GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Göttingen (República Federal de Alemania) se estableció el "Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional". El grupo trabaja conjuntamente desde enero de 2002. Con la creación del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal) de la Universidad de Göttingen, el grupo pasó a formar parte de su estructura.

Actualmente cuenta con miembros de casi todos los países latinoamericanos, así como de algunos países europeos.

Su objetivo principal es el estudio y análisis del derecho penal internacional, del derecho penal transnacional, y de problemas de derecho penal y procesal penal que afectan a los países latinoamericanos.

Los miembros se mantienen regularmente en contacto e intercambian información sobre asuntos de relevancia para el derecho penal internacional y el derecho penal y procesal penal en general.

Hasta el momento, el grupo de estudios ha finalizado once investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

- *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.), Montevideo, KAS, 2003. Existe una versión reducida en portugués: *Persecução Penal na America Latina e Espahna*, Kai Ambos / Ezequiel Malarino (eds.), São Paulo, IBCCRIM, 2004.
- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.), Montevideo, KAS, 2005.

- *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.), Montevideo, KAS, 2006.
- *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo, KAS, 2007; reimpresión Bogotá, Temis, 2008 (Ambos y Malarino, eds.).
- *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo, KAS, 2008; reimpresión Bogotá, Temis, 2008 (Ambos y Malarino, eds.).
- *Justicia de transición en América Latina*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo, KAS, 2009; reimpresión Bogotá, Temis, 2010 (Ambos y Malarino, eds.).
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal,* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo, KAS, 2010.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal,* tomo II, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.), Montevideo, KAS, 2011.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal,* tomo III, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (eds.), Montevideo, KAS, 2013.
- *El caso Lubanga. Un análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Christian Steiner (eds.), Montevideo, KAS, 2014.
- *Terrorismo y derecho penal,* Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (eds.), Bogotá, KAS, 2015.

La composición del grupo es actualmente la siguiente:

### *Coordinación académica*

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, juez del Tribunal Especial para Kosovo (Alemania/Países Bajos).

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina).

### *Coordinación institucional*

Marie-Christine Fuchs (Fundación Konrad Adenauer).

*Asistente de coordinación institucional*

Andrés Villegas (Fundación Konrad Adenauer).

*Referentes latinoamericanos*

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia).
Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú).
Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica).
Prof. Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay).
Prof. Dr. Ramiro García (Ecuador).
Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Chile).
LL.M. Salvador Herencia (Perú).
LL.M. César Alfonso Larangueira (Paraguay).
Jaime Martínez Ventura (El Salvador).
Prof. Dr. Juan Luis Modollel (Venezuela).
Dra. Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil).
Prof. Dr. Javier Dondé (México).
Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina).
Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil).
Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia).
Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil).

*Referentes internacionales*

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España).
Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia).

# PRESENTACIÓN CEDPAL

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen, y parte integrante del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad el 10 de diciembre de 2013, con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho del 6 de noviembre del mismo año. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y la capacitación en estas áreas. El Centro está integrado por una Dirección, una Secretaría Ejecutiva y un Consejo Científico, así como por investigadores adscritos y miembros externos (más información en: http://cedpal.uni-goettingen.de).

Una de las actividades principales del Centro es el desarrollo de proyectos de investigación. En este libro presentamos los resultados de la duodécima investigación del Grupo de Estudios sobre Derecho Penal Internacional dedicada al análisis de diversos problemas de las drogas ilícitas y el narcotráfico, de gran relevancia en América Latina. Las versiones preliminares de los trabajos fueron presentadas y discutidas en tres seminarios preparatorios en Ciudad de México, entre el 28 y 29 de septiembre de 2015; en Bogotá, entre el 5 y el 6 de octubre de 2015; y en Montevideo, entre el 23 y el 24 de noviembre de 2015, y en una reunión final en San José de Costa Rica, del 28 al 30 de noviembre de 2016, todos ellos organizados y financiados por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer en conjunto con el Cedpal.

Con posterioridad a estos encuentros, los autores presentaron la versión definitiva de sus trabajos procurando tener en cuenta las observaciones hechas por los participantes del seminario.

Deseamos agradecer a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, y especialmente a su directora, la doctora Marie-Christine Fuchs, por la organización y financiación del encuentro de discusión y de la presente publicación. También queremos agradecer al doctor Christian Steiner, antiguo director del programa, con quien había comenzado el proyecto. En segundo lugar, queremos agradecer a Andrés Villegas, actual investigador y coordinador de proyectos del Programa mencionado, por sus valiosos aportes no solo organizativos, y a Juliana Pavía, quien se ocupó de esas funciones al inicio de este proyecto. Por último, y especialmente, a los autores de los trabajos que componen el libro: César Alfonso, Alejandro Aponte Cardona, Dino Carlos Caro, Sergio Chaparro, Alfredo Chirino, Julio Cordón, Luis Felipe Cruz, Javier Dondé Matute, Gustavo Fondevila, Emanuela Fronza, Pablo Galain Palermo, Ramiro García, Alicia Gil Gil, Fabíola Girão Monteconrado, José Luis Guzmán Dalbora, Salvador Herencia Carrasco, Jaime Edwin Martínez Ventura, Esteban Mizrahi, Juan Luis Modolell González, Noelia Trinidad Núñez, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Ricardo Soberón, Rodrigo Uprimny y Marcos Zilli.

Prof. Dr. Kai Ambos
Director general - Cedpal
Georg-August Universität Göttingen
Juez del Tribunal Especial
para Kosovo (Países Bajos)

Prof. Dr. Ezequiel Malarino
Director académico - Cedpal
Universidad de San Andrés
Conicet

Göttingen-Buenos Aires, abril de 2017

# SIGLAS

| | |
|---|---|
| Acnudh | Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos |
| Ancap | Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland |
| CABA | Compañía Ancap de Bebidas y Alcoholes |
| CBD | cannabidiol |
| CCATID | Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas |
| CE | Comisión de Estupefacientes |
| Celac | Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños |
| Cicad | Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas |
| Cicig | Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala |
| CNA | Comisión Nacional Antidrogas |
| CND | Commission on Narcotic Drugs |
| COIP | Código Orgánico Integral Penal |
| Consep | Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas |
| CP | Código Penal |
| CPP | Código Procesal Penal |
| CSA | Controlled Substances Act |
| CU | Constitución de la República de Uruguay |
| DDR | desarme, desmovilización y reintegración |
| Devida | Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas |
| Dinar | Dirección Nacional de Narcóticos y Drogas Peligrosas |
| DEA Drug | Enforcement Administration |
| DGRTIDU | Dirección General de Represión al Tráfico Ilícito de Drogas de Uruguay |
| Dinandro | Dirección Nacional contra las Drogas |
| DPR | Decreto del Presidente de la República |

| | |
|---|---|
| ENLCD | Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas |
| FAO | Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura |
| FARC | Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia |
| Gledpi | Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional |
| HC | *habeas corpus* |
| ICD | Instituto Costarricense contra las Drogas |
| IDPC | International Drug Policy Consortium |
| Infopen | Banco de Dados de Informações Penitenciárias |
| Ircca | Instituto de Regulación y Control del Cannabis |
| ISNA | Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia |
| JIFE | Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes |
| JND | Junta Nacional de Drogas |
| LRARD | Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas |
| MP | Ministerio Público de la República de Costa Rica |
| MSPBS | Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social |
| NAS | Sección Antinarcóticos de la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica |
| ODCCP | United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention |
| OEA | Organización de los Estados Americanos |
| OGD | Observatorio Guatemalteco sobre Drogas |
| OIJ | Organismo de Investigación Judicial |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| ONA | Oficina Nacional Antidrogas |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| PBC | pasta básica de cocaína |
| PBPD | Plataforma Brasileira de Política de Drogas |
| PEN | Programa Estado de la Nación |
| PIB | producto interno bruto |
| PNUD | Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo |
| PPL | personas privadas de la libertad |
| RE | recurso extraordinário |
| RISTF | Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal |
| SAL | Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério de Justiça |
| Senad | Secretaría Nacional Antidrogas |
| Senda | Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol |
| Seprelad | Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes |
| Sisnad | Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas |

| | |
|---|---|
| SNU | Sistema de las Naciones Unidas |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| Sunat | Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria |
| THC | tetrahidrocannabinol |
| TWAIL | Third World Approaches to International Law |
| UE | Unión Europea |
| UFRJ | Universida de Federal do Rio de Janeiro |
| UIF | Unidad de Inteligencia Financiera del Perú |
| Unasur | Unión de Naciones Suramericanas |
| Ungass | Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas |
| UNODC | Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito |
| VRAEM | Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro |

# I.

# SECCIÓN INTERNACIONAL

# MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DROGAS

## ESTADO ACTUAL Y DESAFÍOS PARA EL FUTURO

***Kai Ambos***
***Noelia T. Núñez***

**RESUMEN.** En este trabajo se analiza el marco normativo internacional sobre drogas en función de las tres convenciones de las Naciones Unidas sobre la materia (1961, 1971 y 1988). En primer lugar, se realiza un repaso general sobre el contenido esencial de cada una de ellas. En segundo lugar, el trabajo se concentra en los aspectos más relevantes de la normativa internacional para combatir el tráfico ilícito; en esta parte, se resalta el carácter represivo de la normativa internacional y se cuestiona la existencia de una obligación para los Estados de criminalizar la posesión para el consumo personal. Luego, se analizan algunos problemas a los que se enfrenta el régimen jurídico de las convenciones. Por un lado, se examina si la implementación de políticas alternativas a la criminalización es compatible con el régimen de las convenciones y, por otro, se ponen de manifiesto las falencias del régimen internacional de clasificación de drogas frente a la sucesiva aparición de las llamadas *nuevas sustancias psicoactivas*. Finalmente, se presentan algunas conclusiones en las que se sugiere que el régimen actual, basado en la criminalización, no cumple eficientemente con el propósito de proteger la salud, y se pone en evidencia la falta de un consenso sobre la política internacional en materia de drogas.

**Palabras clave:** drogas, marco normativo internacional, derecho (penal) internacional, criminalización, políticas alternativas, regulación, clasificación de sustancias.

**ABSTRACT.** This work analyzes the international legal framework on drugs, based on three United Nations conventions on the subject (1961, 1971 and 1988). First, it gives a general overview of the essential contents of each convention. Second, it focuses on the most relevant aspects of international law against illicit trafficking; in this part, it highlights the repressive nature of international law and questions the existence of the States' obligation to criminalize possession for personal consumption. Next, it analyzes some problems faced by the conventions' legal



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

regime. One the one hand, it examines whether the implementation of policy alternatives to criminalization is compatible with the conventions' regimes and, on the other, it reveals the shortcomings of the international drug classification regime in light of the successive appearance of so-called *new psychoactive substances*. Finally, the work presents some conclusions, suggesting that the current regime, based on criminalization, does not efficiently fulfill the purpose of protecting health, and it highlights the lack of consensus on international drug policy.

**Keywords:** Drugs, international legal framework, international (criminal) law, criminalization, alternative policies, regulation, classification of substances.

## 1. Panorama general

El sistema internacional de control de drogas está conformado, principalmente, por tres tratados sobre drogas de las Naciones Unidas: la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y su Protocolo de Modificación de 1972, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Los organismos encargados de diseñar, implementar y monitorear la aplicación de estos tratados son: la Comisión de Estupefacientes (CE), la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) que funciona como un ente asesor.

A nivel general, el objetivo principal de este sistema es el de limitar los usos de las sustancias a fines médicos y científicos exclusivamente. Los usos lícitos de las sustancias controladas se encuentran sujetos a medidas administrativas de fiscalización; los usos ilícitos deben ser eliminados y como principal instrumento de control se prevé la utilización del derecho penal. Para cumplir con estos objetivos, los tratados definieron listas de control donde se clasifican las sustancias según su peligrosidad y potencial uso médico. El trasfondo de esta regulación es el deseo de proteger la salud y el bienestar de los humanos y las bases sociales, económicas y políticas de la sociedad (ver preámbulos de las convenciones).[1]

También es relevante la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,[2] que si bien no tiene por objeto principal regular sobre el tráfico ilícito de drogas, complementa las acciones previstas en los instrumentos referidos, teniendo en cuenta nuevas figuras de delincuencia internacional.

---

1 Si la política internacional en materia de drogas, tal y como está diseñada, es eficiente para cumplir con estos objetivos, es una cuestión bastante debatida. Al respecto ver *infra* nota al pie 12 y texto correspondiente.

2 La Convención se firmó en el año 2000 y entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf.

Además de estas convenciones, en el plano internacional existen otros instrumentos de menor jerarquía normativa, como decisiones y resoluciones de la CE[3] y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que en líneas generales tienen por objeto fortalecer las políticas de control diseñadas por las convenciones y organizar un esfuerzo coordinado entre los Estados en esa dirección. En este contexto, tienen un papel relevante las Sesiones Especiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ungass) sobre drogas. En 1998, se celebró una Ungass sobre drogas en la que los Estados miembros acordaron una *declaración política* sobre el control mundial de estas sustancias.[4] Diez años después, los Estados miembros se reunieron en Viena para discutir los progresos alcanzados y acordar una nueva *declaración política* y *plan de acción*. En abril de 2016, se celebró la tercera sesión especial en la historia de las Naciones Unidas dedicada a la cuestión de las drogas (Ungass 2016), en el marco de la cual se esperaba que tuviera lugar una reforma sustancial de la política internacional en la materia, especialmente en relación con temas hoy en día muy discutidos como la regulación de un mercado de cannabis, la despenalización de la tenencia para consumo o la introducción de estrategias para reducir los riesgos, por mencionar algunos ejemplos. Si bien el documento final de la Asamblea General contiene elementos positivos (por ejemplo, menciones específicas a la proporcionalidad de las penas, a la necesidad de tomar en cuenta los problemas socioeconómicos que se hallan no solo tras el cultivo, sino tras la producción y el tráfico), en esencia, apoya el *statu quo*, pues reafirma "las metas y los objetivos de los tres tratados de fiscalización internacional en materia de drogas" y la determinación de "promover activamente una sociedad libre del uso indebido de drogas"; asimismo reconoce –por cierto contrafácticamente– que con el régimen actual "se han logrado avances tangibles".[5]

En este trabajo analizaremos el marco normativo internacional en función de las tres convenciones sobre drogas de las Naciones Unidas. En primer lugar, haremos un repaso general del contenido esencial de cada una de ellas. Luego nos concentraremos en los aspectos más relevantes de la normativa internacional para combatir el tráfico ilícito y analizaremos algunos problemas a los que se enfrenta el régimen jurídico de las convenciones. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones.

---

3 Ver UNODC, Documentation. Disponible en: https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/session/cnd-documents-index.html.

4 Ver Declaración política. Disponible en: http://www.un.org/ga/20special/poldecla.htm.

5 Ver Ungass, *Documento Final del Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas,* A/RES/S-30/1, Nueva York, 2016 (resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de abril de 2016, distribución general, 4 de mayo de 2016). Disponible en: http://www.unodc.org/postungass2016/. Ver también David Bewley-Taylor y Martin Jelsma, "Ungass 2016: ¿Un consenso roto o a-m-p-l-i-o?", *Informes sobre políticas de drogas*, núm. 45, agosto de 2016. Disponible en: http://www.undrugcontrol.info/images/stories/documents/dpb45s.pdf (con más información sobre los resultados de la Ungass 2016).

## 2. Las tres convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas

Las tres convenciones de las Naciones Unidas fueron suscritas en diferentes años y, en esencia, regulan distintos aspectos del sistema de fiscalización internacional en materia de drogas. Puede decirse, por tanto, que funcionan de manera complementaria.

### 2.1. La Convención Única sobre Estupefacientes de 1961

La Convención Única sobre Estupefacientes fue suscrita en 1961. Antes de esa fecha, el régimen normativo internacional en materia de drogas estaba conformado por un gran número de acuerdos y tratados.[6] Esta Convención sustituyó la gran mayoría de estos instrumentos (art. 44) y, de esta forma, logró unificar el régimen de fiscalización internacional. Además, consolidó la competencia de las Naciones Unidas en materia de fiscalización de estupefacientes.

El término *estupefacientes*, empleado en el título de la Convención, abarca todas las sustancias, naturales o sintéticas, respecto de las cuales requiere la aplicación de las medidas de fiscalización (ver definición del art. 1(1) (j) de la Convención).[7] Los estupefacientes se encuentran clasificados en cuatro listas sujetas a diferentes niveles de control, que sirven a su vez de modelo para los sistemas de clasificación nacional. La clasificación, en una u otra lista, está relacionada con la dependencia que crean las propiedades de las sustancias:

- La Lista I contiene sustancias que están sujetas a todas las medidas de fiscalización bajo la Convención (por ejemplo, el cannabis, la cocaína y heroína).
- La Lista II incluye sustancias utilizadas con propósitos médicos y que requieren un grado de control menos rígido en vistas a que conllevan un menor riesgo de abuso (por ejemplo, la codeína y la narcodeína).
- La Lista III incluye una serie de preparados médicos, confeccionados con sustancias que no generan un consumo abusivo, como líquidos y preparados con bajas dosis de opio.
- Las sustancias incluidas en la Lista IV son aquellas que pueden ser permitidas en determinadas cantidades necesarias para finalidades médicas y científicas.

6 El régimen internacional de control de drogas es el resultado de un largo proceso que empezó hace algo más de cien años. Los primeros esfuerzos para lograr un régimen normativo internacional se centraron en los opiáceos, a los que se le fueron agregando otras drogas. En un primer momento, el énfasis estaba puesto en regular la producción y el consumo de dichas drogas, en lugar de prohibirlas. Con el tiempo, el régimen se hizo cada vez más restrictivo, y ya en el Protocolo de 1948 se afirmó el principio fundamental sobre el que luego se diseñaron las convenciones vigentes: las drogas controladas solo pueden estar destinadas a finalidades médicas y científicas.

7 Con excepción de la adormidera, el arbusto de coca, la planta de cannabis, la paja adormidera y las hojas de la planta de cannabis. Estas sustancias no son consideradas "estupefacientes", pero por su potencialidad para derivar de ellas este tipo de sustancias, la Convención establece medidas de control sobre su cultivo.

Esta lista incluye algunas de las sustancias incluidas en la Lista I, que se consideran que tienen propiedades particularmente riesgosas y un valor terapéutico extremadamente limitado (por ejemplo, el cannabis y la heroína).

El objetivo perseguido por la Convención de 1961 es limitar el cultivo, la producción, la fabricación, exportación, importación, distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a usos médicos y científicos, con un enfoque específico en las sustancias derivadas de plantas: opio-heroína, coca-cocaína y cannabis.

Los usos lícitos de estas sustancias fueron sometidos a un sistema de fiscalización bastante estricto. La Convención requiere que las partes otorguen licencias para la producción y fabricación de las sustancias controladas; la importación y exportación requieren autorizaciones especiales de los gobiernos. Además, deben exigir licencias para el comercio y la distribución en el mercado local, y los consumidores deben contar con prescripciones médicas para obtener las sustancias controladas. Por tanto, salvo que cuenten con autorización legal, las partes no deben permitir la posesión de estas drogas.

La Convención, además, prevé un régimen de control estricto sobre el cultivo de algunas plantas que no están clasificadas como estupefacientes, pero poseen una alta potencialidad para derivar de ellas este tipo de sustancias (por ejemplo, el arbusto de coca, la adormidera; ver más ejemplos en nota 7). Incluso exige a las partes que prohíban estos cultivos si consideran que es la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar el tráfico ilícito. En todos los casos de cultivos ilícitos, las plantas deben ser destruidas.

La Convención también incluye algunas disposiciones de carácter penal destinadas a erradicar las actividades ilícitas. Como veremos más adelante, la obligación de criminalizar estas conductas se encuentra condicionada a lo dispuesto por las constituciones de las partes.

### 2.2. Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971

El Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas suscrito en 1971 se adoptó como respuesta al aumento del consumo experimental y recreativo de muchas drogas sintéticas durante los años sesenta del siglo pasado. En esencia, este Convenio hizo extensivas las medidas de fiscalización internacional previstas en la Convención de 1961 a varias sustancias psicotrópicas, en su mayoría sintéticas (por ejemplo estimulantes, sedantes y alucinógenos). Sin embargo, en comparación con los controles estrictos que existían sobre las drogas que derivaban de plantas, el tratado de 1971 impuso una estructura de control un tanto más débil, debido a las presiones de las industrias farmacéuticas durante las negociaciones.

Al igual que la Convención de 1961, el Convenio de 1971 establece un sistema de clasificación de las sustancias sujetas a fiscalización, en cuatro listas con diferentes grados de control. La clasificación está relacionada con la dependencia que crean las propiedades de las sustancias, el nivel de abuso potencial de las mismas y su valor terapéutico:

- La Lista I contiene sustancias que presentan un alto riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza especialmente grave para la salud pública, con escaso o nulo valor terapéutico (por ejemplo, LSD, MDMA).
- La Lista II contiene sustancias que presentan un riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza grave para la salud pública, con un valor terapéutico bajo o moderado (por ejemplo, anfetaminas y dronabinol).
- La Lista III contiene sustancias que presentan un riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza grave para la salud pública, con un valor terapéutico de moderado a alto (por ejemplo, barbitúricos).
- La Lista IV contiene sustancias que presentan un riesgo de uso indebido y que constituyen una amenaza menor para la salud pública, con un alto valor terapéutico (por ejemplo, tranquilizantes).

La Convención también contiene algunas disposiciones de carácter penal que, en esencia, son similares a las de la Convención de 1961.

### 2.3. La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

Como respuesta al creciente problema del abuso y el tráfico de drogas durante los años setenta y ochenta del siglo pasado, se adoptó la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Este instrumento complementa los otros dos tratados y ofrece, en esencia, medidas integrales para combatir el tráfico de drogas. Sus objetivos principales son reforzar la cooperación internacional en materia de represión del narcotráfico y armonizar y fortalecer la legislación penal interna. Para ello, impone a las partes la plena obligación de penalizar conductas tradicionalmente relacionadas con el tráfico de drogas; suma nuevas modalidades delictivas, como el blanqueo de capitales; prevé, por primera vez, disposiciones penales específicas para la adquisición, la posesión y el cultivo para consumo personal; y regula con bastante detalle diferentes supuestos de la asistencia judicial. Contiene disposiciones referidas a la competencia y a la eliminación del tráfico ilícito en las zonas y puertos francos, y mediante la utilización de los servicios postales.

Además, complementa las disposiciones de la Convención de 1961 referidas a los cultivos lícitos, indicando que las medidas que se adopten para evitar su desvío hacia

fines ilícitos deben respetar los derechos humanos fundamentales, tener en cuenta los usos tradicionales lícitos y la protección del medio ambiente.

La Convención de 1988 también prevé la fiscalización de sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (por ejemplo, precursores, reactivos y disolventes). Estas sustancias no están definidas en la Convención, pero se encuentran incluidas en dos cuadros (cuadros I y II) anexos a la misma.

De conformidad con el derecho internacional, estos tratados tienen fuerza vinculante para los Estados, pero sus disposiciones no son directamente aplicables (*self executing*); la ejecución de ellas depende de que cada una de las partes adopte medidas legislativas pertinentes para implementarlas en sus propias jurisdicciones. De esta forma, los delitos previstos en las convenciones sobre drogas (llamados *treaty based*), a diferencia de los crímenes nucleares del derecho penal internacional (*core crimes*),[8] no son directamente vinculantes ni cuentan con una jurisdicción penal supranacional para juzgarlos.[9] Los tres tratados prescriben que las partes podrán aplicar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en ellos. De todos modos, los Estados parte de las convenciones se encuentran obligados a cumplir con ellas, aun cuando se opongan a las normas de su derecho interno (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Si no cumplen sus obligaciones al respecto, incurren en responsabilidad en el plano internacional.[10]

Para supervisar el cumplimiento de los tratados y sus objetivos, las convenciones otorgan funciones a la CE, la JIFE y la UNODC. La CE examina el cumplimiento de los objetivos de los tratados a partir de informes que deben presentarle las partes, por ejemplo, con información sobre la aplicación de sus disposiciones en cada uno de sus territorios, sobre el texto de las leyes y reglamentos que promulguen para dar efecto a los instrumentos internacionales y sobre los casos de tráfico ilícito. Además, es el órgano competente para decidir qué drogas deben ser objeto de fiscalización, si deben suprimirse los controles impuestos o modificar su alcance.

La JIFE se desempeña como un órgano independiente y con funciones cuasi judiciales. Administra un sistema de previsiones de las necesidades de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para asegurar que haya suministros de drogas adecuados para fines médicos y científicos, y supervisa las actividades lícitas en materia de drogas, mediante un sistema de información estadística, para evitar que se produzcan desviaciones

8 Ver Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículos 5 a 8 *bis*.

9 Cfr. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, OUP, 2014, p. 222.

10 Cfr. United Nations, *Responsibility for International Wrongful Acts 2001*, 2005. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.

a canales ilícitos. Cada año, la JIFE publica un informe con un análisis de la situación de la lucha contra las drogas en varias partes del mundo.

Además, estos dos órganos tienen competencias específicas para intervenir en caso de violaciones aparentes de los tratados. En estos supuestos, la JIFE debe pedir explicaciones a las partes y proponer las medidas correctivas que considere apropiadas. Cuando sea necesario, puede prestar asistencia a los gobiernos para superar dificultades en el cumplimiento de los tratados. Si la JIFE observa que no se han tomado las medidas necesarias para remediar una situación grave, puede comunicárselo a las partes interesadas, a la CE y al Consejo Económico y Social. Las convenciones de 1961 y 1971 facultan a la JIFE, como último recurso, a recomendar a las partes que dejen de importar o exportar drogas al país en falta. En todo caso, la CE puede poner en consideración de la JIFE cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma y realizar sugerencias o recomendaciones de carácter general. Según la Convención de 1988, además, debe tomar medidas que estime adecuadas, cuando la JIFE pone a su consideración el caso de un Estado o territorio respecto del cual tiene motivos para creer que no cumple con los objetivos de la Convención.

La UNODC cumple funciones como secretaría de la CE y la JIFE, y tiene un papel importante como agencia de la ONU encargada de coordinar las actividades internacionales de fiscalización de estupefacientes. Su programa de trabajo se basa en tres pilares: investigación y trabajo analítico (como parte del cual elabora informes sobre drogas), trabajo normativo para asistir a los Estados miembros en la implementación de las convenciones sobre drogas, y elaboración de proyectos de cooperación técnica en la materia.

La OMS funciona como órgano experto, y tiene la responsabilidad de examinar las propuestas que se formulen para incluir nuevos estupefacientes y sustancias psicotrópicas a las listas de los tratados. Evalúa, desde una perspectiva de salud pública, si la sustancia tiene propiedades medicinales y si puede ser, además, objeto de un uso indebido. En cambio, el órgano competente para evaluar la conveniencia de la clasificación de los precursores es la JIFE.

## 3. Aspectos relevantes de la normativa internacional para combatir el tráfico ilícito de drogas

### 3.1. Usos permitidos y usos prohibidos: deber de fiscalizar y deber de prohibir

Como se indica en los preámbulos de las convenciones, la preocupación central del régimen jurídico internacional sobre el control de drogas es proteger la salud de los

individuos y evitar los perjuicios sociales y económicos que ocasiona el uso indebido de estas sustancias sobre la sociedad. Para lograr estos objetivos, las convenciones sobre drogas se basan en un planteamiento esencialmente prohibicionista, que tiene por objetivo principal eliminar el uso ilícito de las drogas y asegurar su disponibilidad para usos médicos y científicos.[11]

El régimen internacional no distingue entre sustancias lícitas e ilícitas. Diferencia, en cambio, entre usos prohibidos y permitidos (indebidos o debidos, ilícitos y lícitos). La expresión, frecuentemente empleada, "drogas ilícitas" o "drogas prohibidas", no figura en las convenciones; en cambio, las expresiones "uso indebido" o "usos ilícitos" aparecen con frecuencia.

Los usos lícitos o permitidos de las drogas clasificadas se encuentran sometidos a medidas de control, esencialmente administrativas, de diferente intensidad, que varían según la lista en la que se encuentren (por ejemplo, suministro de licencias, inscripción en registros, fiscalización a cargo de organismos oficiales). Estos controles tienen la finalidad de evitar que los usos lícitos se desvíen a canales ilícitos.

Para combatir los usos ilícitos, las convenciones recurren principalmente a la criminalización. Los tres instrumentos internacionales contienen disposiciones penales que definen las conductas constitutivas de delitos en materia de drogas (deber de tipificar) y prescriben la imposición de determinadas sanciones (deber de sancionar).

Este planteamiento es objeto de múltiples críticas. Se cuestiona si la limitación de los usos de las drogas a fines médicos y científicos, y la supresión de los demás empleos, realmente son eficientes para cumplir con el objetivo de proteger la salud y el bienestar de la humanidad. Se alega que el sistema internacional se basa en un presupuesto indemostrable, esto es, que la supresión de la oferta y la demanda tendrá efectos positivos en la salud y el bienestar de la humanidad. Finalmente, se critica que el sistema ni siquiera ha logrado suprimir las actividades ilícitas.[12]

---

11 Las hojas de coca, incluidas en la Lista I de la Convención de 1961, también están sujetas al principio general de que sus usos deben limitarse a finalidades médicas y científicas. Sin embargo, la prohibición no se extiende a la producción, importación y exportación, comercio, posesión y uso de hojas de coca para la preparación de una sustancia soporífera que no contenga ningún alcaloide.

12 Cfr. Neil Boister, "Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs", *Leiden Journal of International Law*, núm. 29, 2016, p. 393. Ambos señala que existe una gran hipocresía en el discurso internacional de la lucha contra las drogas si se tiene en cuenta que algunas sustancias dañinas para la salud, como el alcohol y la nicotina, son no solamente comercializadas libremente en las sociedades occidentales, sino que su consumo es activamente promovido (*op. cit.*, 2014, p. 236). Cfr. previamente, con respeto a la región andina, Kai Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, Friburgo, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, 1993, pp. 345 y ss., 413 y ss.; en castellano (versión actualizada pero parcial), *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y Alternativas*, Bogotá, Ediciones Ibáñez, 1998, pp. 135 y ss.

A continuación analizaremos los rasgos esenciales de la política criminal internacional en materia de drogas.

## 3.2. Deber de prohibir

### *3.2.1. Deber de tipificar*

En las convenciones de 1961 y 1971, el deber de tipificar está contemplado de manera prácticamente equivalente (arts. 36 y 22 de las convenciones de 1961 y 1971, respectivamente). En ambos casos puede decirse que esta obligación tiene un carácter débil, porque se encuentra condicionada a lo dispuesto en las constituciones de las partes. El texto de las disposiciones es el siguiente:

Artículo 36(1) (a) de la Convención de 1961:

> *A reserva de lo dispuesto por su Constitución*, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad. (Las cursivas son nuestras)

Artículo 22(1) (a) del Convenio de 1971:

> *A reserva de lo dispuesto en su Constitución*, cada una de las Partes considerará como delito, si se comete intencionalmente, todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio y dispondrá lo necesario para que los delitos graves sean sancionados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad. (Las cursivas son nuestras)

Entre estos dos instrumentos existe, no obstante, una diferencia de fondo: el Convenio de 1971 utiliza una fórmula general para definir los actos que estarán sujetos al derecho penal ("todo acto contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas por este Convenio"), mientras que la Convención de 1961 emplea primordialmente el método enumerativo ("cultivo, producción, fabricación…"), y solo de manera complementaria una fórmula general ("o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención").

La Convención de 1988 ha reforzado de manera considerable el régimen de control penal. La criminalización de diferentes formas del tráfico ilícito es uno de los rasgos más

sobresalientes de este instrumento y se diferencia en varios aspectos de las regulaciones anteriores.

Dicha Convención contiene una regulación penal mucho más extensa y detallada que, además de las conductas previstas en los instrumentos anteriores, prevé nuevas modalidades delictivas. A diferencia de los otros dos instrumentos internacionales impone a las partes una obligación plena de criminalizar la mayoría de las conductas relacionadas con el tráfico ilícito, pues este deber ya no se encuentra sujeto a lo que dispongan las constituciones de las partes. Además, la Convención de 1988 introdujo por primera vez una disposición en la que explícitamente se impone un deber a los Estados de tipificar la adquisición, el cultivo y la posesión para consumo personal, pero en este caso, la obligación sí se encuentra condicionada a lo que establezcan los principios constitucionales y los conceptos fundamentales de cada ordenamiento jurídico (en particular, sobre esto, ver más adelante "Deber de tipificar la posesión para consumo personal").

De conformidad con el artículo 3 de la Convención de 1988, el deber de tipificar (pleno, es decir, sin condiciones basadas en los principios de los ordenamientos nacionales) comprende las siguientes conductas:

- Las conductas tradicionalmente asociadas al tráfico ilícito (que, en esencia, ya estaban contempladas en la Convención de 1961), a saber: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica (art. 3(1)(a)(i)); el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca, o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 (art. 3(1)(a)(ii));[13] la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualesquiera de las actividades enumeradas anteriormente (art. 3(1)(a)(iii)).[14]

[13] La aclaración de que el cultivo de estas plantas debe realizarse en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 se debe a que, de acuerdo con este instrumento, ciertos tipos de cultivos son lícitos, a pesar de que están sometidos a un estricto control por su potencialidad para derivar de ellos sustancias estupefacientes.

[14] Algunas de las conductas enunciadas en este punto se encuentran definidas en las convenciones. Así, por ejemplo, los términos *producción*, *fabricación*, *importación* y *exportación* se definen en la Convención de 1961; la *fabricación* también en el Convenio de 1971. Pese a ello, definiciones como la del término *producción* podrían ocasionar inconvenientes, pues de acuerdo con la Convención de 1961, la *producción* debe entenderse como la separación del opio, de las hojas de coca, del cannabis y de la resina de cannabis de las plantas de las que se obtienen, mientras que en su uso corriente, este término suele tener un alcance más amplio. En su caso, en las legislaciones nacionales debería indicarse con qué alcance se emplea el término. Las demás conductas enunciadas en la Convención de 1988, no se encuentran definidas, de modo que las mismas deberían interpretarse de acuerdo con sus usos corrientes en este contexto.

- También incluye nuevas modalidades delictivas no previstas en los instrumentos anteriores, como: la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias precursoras, reactivas y diluyentes a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 3(1)(a)(iv)); distintas formas de criminalidad organizada que guardan relación con algunos de los delitos vinculados con el tráfico ilícito (art. 3(1)(a)(v)); el lavado de activos y la ocultación o el encubrimiento de bienes a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos que tradicionalmente se relacionan con el tráfico ilícito de drogas (art. 3(1)(b)(i) y (ii)).

El deber de tipificar está limitado a los casos en que las conductas descritas se cometan intencionalmente (art. 3(1)).[15] No existe, por tanto, deber de tipificar como delitos los actos de imprudencia. No obstante, cada parte es libre de incluir en su derecho interno estándares subjetivos inferiores, o sea, más estrictos. Por otra parte, tampoco se impone a los Estados la obligación de recurrir a una clasificación específica de delitos (delitos graves, crímenes) como la contienen algunos ordenamientos jurídicos particulares (por ejemplo Alemania: *Verbrechen-Vergehen*). Sin embargo, la Convención de 1988, en algunos casos puntuales, distingue entre la gravedad de los delitos tipificados, por ejemplo, en el marco de las sanciones y de la cooperación internacional. Además, identifica algunas circunstancias que necesariamente deben ser tenidas en cuenta como agravantes, como la participación en el delito de una organización criminal, el empleo de armas, la intervención de funcionarios públicos, la utilización de menores y la reincidencia.

La Convención también tiene disposiciones que imponen a las partes el deber de tipificar algunas formas de comisión, intervención o participación específicas, como: receptación, instigación o inducción, participación en la comisión, asociación y confabulación, tentativa, asistencia, incitación o asesoramiento. En estos casos, se trata de una obligación débil, porque el deber se encuentra sujeto a lo dispuesto en "los principios constitucionales y los conceptos fundamentales de cada ordenamiento jurídico" (art. 3(1) (c)). Ello seguramente se debe a las dificultades que podrían tener algunos de los Estados para incluir estas disposiciones en su derecho interno. Por ejemplo, la confabulación y los delitos conexos, cuando consisten en un mero acuerdo para actuar, sin una acción específica, pueden ser considerados una intervención demasiado anticipada del

[15] El concepto *intención* es objeto de diferentes interpretaciones (al respecto, cfr. Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 266 y ss.). Las convenciones sobre drogas, sin embargo, no definen este término ni indican cómo ha de interpretarse. Por tanto, los Estados cuentan con libertad para darle contenido, lo que seguramente afecta la uniformidad entre las regulaciones nacionales.

derecho penal y, así, contrarios a libertades fundamentales. Además, entre muchos ordenamientos jurídicos nacionales existen desacuerdos en cuanto a los límites apropiados de la responsabilidad penal. A diferencia de la Convención de 1961, la Convención de 1988 no incluye la frase "actos preparatorios", aunque muchos de estos casos podrían quedar abarcados en los supuestos contemplados.

#### *3.2.1.1. Deber de tipificar la posesión para consumo personal*

Como las disposiciones penales de las convenciones de 1961 y 1971 citadas no mencionan expresamente la finalidad para consumo personal, bajo esas regulaciones la cuestión de si ella debía criminalizarse no estaba completamente resuelta.[16] Esto cambió con la Convención de 1988, pues como mencionamos, incluyó una disposición que específicamente obliga a las partes a tipificar como delitos penales la posesión (también el cultivo y la adquisición) para consumo personal, siempre que ello esté de acuerdo con sus principios constitucionales y los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. El texto del artículo 3(2) es el siguiente:

> A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

Debido a que la disposición contiene una cláusula de salvaguarda ("A reserva de…"), existe para los Estados partes una obligación plena y clara de tipificar la posesión para consumo personal cuando no existan en sus ordenamientos jurídicos principios constitucionales o conceptos fundamentales que se opongan a ello.[17] En el Comentario a la Convención de 1988 se reconoce, no obstante, que en estos casos la posibilidad de aplicar un tratamiento o rehabilitación como alternativa a la pena (prevista en el art. 3(4) (d); ver más adelante "Deber de sancionar") concede a los Estados parte mayor

16 En el marco de estas dos convenciones, la criminalización de la finalidad para consumo personal se discutió esencialmente en relación con la posesión. La disposición penal de la Convención de 1961 incluye expresamente la posesión, pero no distingue entre finalidades. En este contexto, se discutía si la posesión para consumo personal también constituía una forma de "tráfico ilícito". Como el Convenio de 1971 solo se refiere a todo "acto" contrario a cualquier ley o reglamento que se adopte en cumplimiento de las obligaciones impuestas, la discusión sobre la criminalización de la posesión para el consumo personal se centró en si la "posesión" podía ser definida como un acto. Ver ONU, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, Nueva York, 1999, p. 67, parrs. 3.85 y ss. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios_a_la_convencion_1988.pdf.

17 Cfr. Boister, *op. cit.*, p. 393.

flexibilidad para tratar los delitos relacionados con el consumo personal en este contexto.[18] De hecho, en comparación con el resto de las conductas tipificadas en la Convención de 1988, las que tienen como destino el consumo personal se consideran delitos menos graves y ello tiene implicancias no solo en el marco de las disposiciones referidas a las sanciones, sino también con respecto al decomiso, a la extradición y a la asistencia judicial recíproca, pues estas disposiciones solo se limitan a los delitos más graves contemplados en el instrumento.

La inclusión de una disposición específica referida a la tipificación de la posesión para consumo personal merece unas consideraciones adicionales. Mientras que a nivel internacional la Convención de 1988 clarificó la voluntad de tipificar estas conductas, hace ya algunos años varios Estados han demostrado posiciones más flexibles en estos casos. Por ejemplo, despenalizaron el consumo los Países Bajos,[19] Portugal,[20] Uruguay[21] y algunos estados de Estados Unidos y Australia. En España[22] e Italia[23] se adoptó un sistema de penas administrativas para la posesión de drogas. En otros países como Argentina[24] y Colombia[25] fueron los tribunales, a través de sentencias judiciales, los que pusieron un freno a la criminalización de la posesión para consumo personal. Las causas de esta flexibilización varían desde la necesidad de encontrar soluciones más compatibles con los derechos humanos, de reconocer la autonomía personal y la privacidad de las personas, hasta la de hacer un uso más racional de los recursos públicos.[26]

---

18 Ver ONU, *op. cit.*, p. 70, par. 3.94.

19 Según la ley holandesa (Opiumwet, Staatsblat 1976), la producción, el tráfico, la venta y la posesión de cualquier droga es punible. Sin embargo, en la práctica, la posesión para consumo personal de drogas blandas (*softs drugs*), como el cannabis, y su venta en los *coffee shops*, no se persigue judicialmente. Esta práctica emana de las directivas impartidas por la Fiscalía (Department of Public Prosecution) y tiene como base la existencia de razones de prioridad y de interés público (cfr. Código de Procedimiento Criminal holandés, art. 167). La misma ley indica cuáles deben considerarse "drogas duras" o de riesgo inaceptable (como la heroína y el éxtasis) y cuáles "drogas blandas". Ver Toine Spapens, Thaddeus Müller y Henk van de Bunt, "The Dutch Drug Policy from a Regulatory Perspective", *Eur J Crim Policy Res*, núm. 21, 2015, pp. 191-205, y Maarten van Dijck, "Drug Policy in the Netherlands", en Sanne Taekema (ed.), *Understanding Dutch Law*, La Haya, Boom Juridische uitgevers, 2004, pp. 171 y ss.

20 A partir de la Ley 30/2000, que entró en vigor el 1 de julio de 2001, no solo la posesión y el consumo, sino también la compra de cualquier droga en cantidades suficientes para el consumo personal dejaron de ser delitos penales y se convirtieron en faltas administrativas. La posesión para la venta, en cambio, sigue siendo punible. Al respecto, ver Caitlin Elizabeth Hughes y Alex Stevens, "What can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs?", *Brit J Criminol*, núm. 50, 2010, pp. 999-1022, en donde se realiza un primer análisis empírico sobre la situación en Portugal luego de la entrada en vigor de la Ley 30/2000, y se concluye que la despenalización no condujo a un aumento considerable del uso de drogas e incluso hubo un decrecimiento en la población juvenil.

21 Ley 19.172, sancionada el 31 de julio de 2013 y promulgada el 24 de diciembre de 2013.

22 Ley Orgánica l/1992 del 21 de febrero de 1992.

23 Decreto Presidencial 309 del 9 de octubre de 1990.

24 En el año 2009, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró contraria a la Constitución la criminalización de la tenencia de drogas para consumo personal en lugares privados, porque violaba la autonomía personal (ver Fallo "Arriola" [A. 891. XLIV] del 25 de agosto de 2009).

25 Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994.

26 Ver al respecto, Boister, *op. cit.*, p. 394.

Estas tendencias no fueron bienvenidas por los órganos encargados de supervisar el cumplimiento de las convenciones.[27] En su informe anual de 2001, la JIFE "recordó" a los Estados la obligación según el párrafo 2, del artículo 3 de la Convención de 1988, y su deber de limitar el uso de las sustancias sujetas a fiscalización a fines médicos y científicos.[28] Posteriormente, en el año 2004, concedió que "la práctica de exonerar de enjuiciamiento penal al infractor en el caso de pequeñas cantidades de drogas es compatible con los tratados de fiscalización internacional de drogas", pero continuó enfatizando que "el objetivo de los tratados es prevenir el uso indebido de drogas y limitar la utilización de sustancias fiscalizadas a fines médicos y científicos".[29] En el informe anual de 2009, manifestó su preocupación frente a la existencia en América Latina y Estados Unidos de "un movimiento creciente a favor de la despenalización de la posesión de drogas fiscalizadas, en particular cannabis, para su uso personal", y advirtió que ese movimiento "socava la coherencia y eficacia del sistema".[30]

En este contexto la pregunta es, entonces, si estas tendencias son contrarias a la regulación internacional. Para ello, resulta conveniente distinguir entre legalización y despenalización. Probablemente, la *legalización* de estas conductas no estaría permitida por el régimen jurídico internacional, pues de acuerdo con este, las partes tienen el deber de prohibir todos los usos que no tienen por destino finalidades médicas o científicas. En este sentido, legislaciones que regulan un mercado de cannabis como la de Uruguay (a través de los "clubes cannábicos"), los Países Bajos (a través del sistema de los *coffee shops*) o algunos estados de Estados Unidos como Colorado y Washington, no serían compatibles con el régimen jurídico internacional de las convenciones.[31] Con respecto a la *despenalización*, el sistema internacional exige la tipificación de la posesión para el consumo personal, siempre que en el ordenamiento jurídico respectivo no existan razones constitucionales o principios fundamentales que se opongan a ello. De modo que si la no criminalización de estas conductas se basa en razones constitucionales no violaría el derecho internacional. En este contexto, el régimen jurídico internacional deja un

27 Ver, por ejemplo, JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2014*, Nueva York, 2015. Disponible en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2014/Spanish/AR_2014_ESP.pdf.

28 JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2001*, Nueva York, 2002, p. 82, par. 509.

29 JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2004*, Nueva York, 2005, p. 93, par. 538. Disponible en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2004/AR_2004_Spanish.pdf.

30 JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2009*, Nueva York, 2010, p. 82, par. 453. Disponible en: https://www.incb.org/documents/Publications/AnnualReports/AR2009/AR_09_Spanish.pdf.

31 Para una opinión diferente, ver en este volumen el trabajo de Pablo Galain referido al caso uruguayo.

margen de apreciación a los Estados, pues ellos, al establecer su marco constitucional, pueden incorporar reglas o principios que conduzcan a una no criminalización o a una despenalización. Por lo demás, la Convención en estos casos no impone la obligación de aplicar una determinada sanción (como veremos en el próximo punto, en estos casos podría indicarse un tratamiento como sustituto de la condena).

### *3.2.2. Deber de sancionar*

Las Convenciones de 1961 y 1971, especifican que "los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad" (art. 36 (1) Convención de 1961 y art. 22 de la Convención de 1971). Estas disposiciones fueron reforzadas por la Convención de 1988, que también distingue según la gravedad de los delitos.

Para los delitos graves se establece la obligación de aplicar sanciones proporcionadas a su gravedad, y se menciona como ejemplo la pena de prisión u otras formas de privación de la libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso. La Convención también requiere que las partes tengan en cuenta la gravedad de los delitos al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o condicional.

Como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito grave, las convenciones sobre drogas permiten a las partes que consideren medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social. Ninguno de estos conceptos está definido en las convenciones, lo que otorga a los Estados parte un amplio margen de interpretación (ver *supra* nota 20 y texto correspondiente). En la Convención de 1988, estas medidas están previstas con independencia de si el individuo, además, es toxicómano.

Para los delitos leves (como la posesión para consumo personal), la Convención no establece un tipo de sanción en particular. En estos casos, los tratamientos pueden ser aplicados, incluso, como sustituto de la declaración de culpabilidad o de la condena.

En el documento final de la Ungass 2016, se reafirmó la necesidad de que la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad de los delitos, pero no se hicieron recomendaciones específicas para la adopción de medidas en relación con la abolición de la pena de muerte por delitos de drogas[32] (y mucho menos para otras medidas alternativas a la criminalización) que aún está vigente en algunos Estados, y que el régimen jurídico internacional sobre drogas no prohíbe expresamente.

32 Ver Ungass, *op. cit.*, p. 18.

### *3.2.3. Otras disposiciones que refuerzan la persecución*

Además de las disposiciones mencionadas, la Convención de 1988 prescribe que cuando los Estados contemplan periodos de prescripción en sus legislaciones, deberán establecer plazos prolongados para los delitos graves, que se agravarán cuando el sospechoso haya eludido la administración de justicia.

En materia probatoria se admite la inversión de la carga de la prueba respecto de los bienes sujetos a decomiso, de forma que se consideren, salvo prueba en contrario, que han sido adquiridos ilícitamente. Teniendo en cuenta que para algunos ordenamientos la inversión de la carga de la prueba puede significar una afectación de los derechos del acusado, se dispone que la adopción de medidas a este respecto debe estar en consonancia con la naturaleza de los procedimientos judiciales de las partes. En materia probatoria también dispone que los elementos subjetivos de los delitos (finalidad, conocimiento) podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Esta disposición tiene en cuenta las dificultades que normalmente plantea la prueba de estos elementos. No obstante, no se incluye un análisis exhaustivo de las diferentes posibilidades que pueden presentarse (por ejemplo, circunstancias especiales como la "ceguera premeditada" o los casos de *dolus eventualis*). La disposición, por tanto, no llega a involucrarse en los procedimientos probatorios adoptados por los ordenamientos nacionales y, por tanto, no exige modificaciones en este sentido.

En materia procesal, además, se requiere que las partes adopten medidas necesarias para asegurar que la persona acusada o declarada culpable comparezca en el proceso penal correspondiente, aunque no se prescribe ninguna medida específica en ese sentido (prisión preventiva, limitación de las fianzas).[33]

La Convención de 1988 contiene también disposiciones referidas al decomiso, el embargo preventivo y la incautación, que merecen algunos comentarios. En algunas legislaciones, estos términos suelen emplearse de manera equivalente. No obstante, en la Convención, el decomiso se distingue del embargo preventivo y la incautación. Mientras que con *decomiso* se hace referencia a la privación con carácter definitivo de algún bien, entre la *incautación* y el *embargo preventivo* no existen diferencias conceptuales, ambos se entienden como la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes o su custodia temporal.[34] Por otra parte, las disposiciones relativas al decomiso

[33] Al parecer, la Convención tiene en vistas situaciones en que, dadas las sumas de dinero involucradas en estos delitos, y la dimensión internacional de gran parte de los delitos relacionados con las drogas, los acusados puedan estar en condiciones de afrontar costosas fianzas.

[34] Para la definición de *decomiso*, ver artículo 2(f); para la definición de *embargo preventivo* e *incautación*, ver artículo 2(l), todos de la Convención de 1988.

tienen suficiente amplitud, de forma que los legisladores nacionales puedan decidir si este debe estar precedido por una declaración de culpabilidad o es suficiente con probar que el bien se derivó de una conducta comprendida en la definición de alguno de los delitos.[35]

La Convención de 1988, además, es el primer instrumento internacional que respalda la práctica de las entregas vigiladas,[36] esto es, dejar que las sustancias salgan de un territorio, atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos. El mayor atractivo de esta técnica es que facilita la identificación de los delincuentes principales, en lugar de concentrarse en las capas inferiores. Sin embargo, en muchos ordenamientos la implementación de esta estrategia puede encontrar algunas dificultades. Como el presupuesto para recurrir a esta técnica es que las operaciones vigiladas estén sancionadas por el ordenamiento jurídico interno, los Estados en los que debe iniciarse un proceso, siempre que existan pruebas suficientes de que se ha cometido un delito (principio de legalidad procesal), pueden considerarla incompatible con sus ordenamientos. Por eso, la Convención no establece una obligación plena sobre los Estados de recurrir a la entrega vigilada, sino solo un deber condicionado a los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

### *3.2.4. Medidas de cooperación*

La cooperación entre los Estados es un aspecto esencial en la lucha contra el narcotráfico, fundamentalmente debido a su carácter transnacional. Las distintas tradiciones y ordenamientos jurídicos establecen procedimientos y exigencias diferentes, tanto sustantivas como de forma, que pueden ser un obstáculo para una cooperación eficaz, sobre todo si se prescinde de una regulación común que establezca determinadas pautas.[37] Los tres instrumentos internacionales sobre drogas contienen disposiciones referidas a la cooperación judicial, que en el caso de la Convención de 1988 constituyen uno de los ejes centrales de la regulación y, por tanto, son mucho más exhaustivas y detalladas. A los fines expositivos, distinguiremos entre extradición y asistencia judicial.

---

35 Debe tenerse en cuenta que no todos los ordenamientos jurídicos regulan el decomiso de la misma forma. Mientras que en algunos casos puede encontrarse regulado en la forma de una medida preventiva, también puede considerarse una sanción.

36 Los instrumentos anteriores hacían hincapié en el decomiso de las drogas (por ejemplo, la Convención de 1961).

37 Muchos de estos inconvenientes se han reducido con la obligación de tipificar determinadas conductas, de modo que los Estados parte cuentan con un margen considerablemente menor para negar la cooperación, basándose en la ausencia de una doble incriminación.

#### *3.2.4.1. Extradición*

La extradición es el mecanismo más antiguo y más firmemente establecido para la cooperación entre los Estados en asuntos penales. Por eso, a diferencia de otras formas de cooperación previstas en los tratados sobre drogas (como el decomiso), las disposiciones sobre extradición son menos exhaustivas y se basan en gran parte en los acuerdos internacionales y las leyes nacionales que ya existían. No obstante, como no todos los países se encuentran vinculados por tratados de extradición, la Convención de 1988 prevé su consideración como base jurídica de este mecanismo. Las disposiciones sobre extradición previstas en este instrumento no son aplicables a figuras de menor gravedad como la posesión, el cultivo y la adquisición para consumo personal. Por otra parte, el régimen jurídico internacional sobre drogas prevé la posibilidad de utilizar la extradición en combinación con otros métodos de cooperación, no tan bien asentados, como la transferencia de la ejecución de sentencias (esto es, que se cumpla la condena en el Estado requerido cuando la extradición se deniega con base en la nacionalidad del individuo solicitado) y la transferencia de personas declaradas culpables (esto es, el traslado de una persona declarada culpable que cumple una pena privativa de libertad a otro Estado, para que cumpla allí el resto de la condena).

Junto a ello, la Convención de 1988 reconoce el principio *aut dedere aut iudicare*, de modo que cuando un supuesto delincuente se encuentre en el territorio de un Estado y este no lo extradite, debe declararse competente para juzgarlo. Este principio tiene carácter obligatorio para las partes si la extradición se deniega porque el delito se ha cometido en el territorio del Estado requerido (art. 4(2) (a) (i)) o por uno de sus nacionales (art. 4(2) (a) (ii));[38] tiene solo carácter facultativo cuando la denegación se basa en otras razones.[39]

#### *3.2.4.2. Asistencia judicial*

La Convención de 1988 prácticamente ofrece un pequeño tratado en materia de asistencia judicial que se fundamenta en el principio de que las partes se presten la más amplia asistencia judicial en las investigaciones, los procesos y las actuaciones judiciales

[38] Esta disposición tiene por efecto que la competencia en razón de la nacionalidad, que en el artículo 4(1) (b) (i) se considera discrecional para los Estados, se convierte en obligatoria cuando se deniega la extradición sobre esa base. Por el contrario, el supuesto basado en la competencia territorial no sería un verdadero caso de aplicación del principio *aut dedere aut iudicare,* porque el Estado requerido ya resultaría competente en virtud del principio de territorialidad (competencia que es obligatoria para los Estados parte de la Convención, cfr. art. 4). Ver Ambos, *op. cit.*, 2014, p. 237; más detalladamente sobre este principio ver Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law, vol. III: International Criminal Procedure,* Oxford, Oxford Univerity Press, 2016, pp. 230 y ss.

[39] Ambos, *ibid.*, 2014, p. 237.

referentes a los delitos tipificados en la Convención (con la excepción de la adquisición, posesión y el cultivo para consumo personal). Sus disposiciones están redactadas de manera lo suficientemente flexible como para dar cabida a los diversos procedimientos de los ordenamientos jurídicos nacionales. Prevé la posibilidad de que las solicitudes de asistencia se formulen con arreglo a la misma Convención, y enumera una serie de medidas que pueden ser objeto de cooperación, aunque no tienen carácter exhaustivo: recibir testimonios, presentar documentos judiciales, efectuar inspecciones e incautaciones, examinar objetos y lugares, facilitar información y elementos de prueba, entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, identificar elementos con fines probatorios y remitir actuaciones penales. Se prevé, además, la cooperación para llevar a cabo decomisos y entregas vigiladas. En ningún caso las partes podrán invocar el secreto bancario para negarse a prestar colaboración.

## 4. Algunos problemas a los que se enfrenta el régimen jurídico internacional sobre drogas

### 4.1. Políticas para reducir los daños ocasionados por las drogas (*harm reduction*)

El acento puesto por las convenciones en la eliminación de los usos ilícitos y el recurso a la criminalización como instrumento principal para alcanzar este objetivo, prácticamente no ha dejado espacio para diseñar una política fuerte y completa focalizada en reducir los daños o riesgos que estas sustancias representan para la salud del individuo y el bienestar social en general.[40] Y ello incluso a pesar de que en los preámbulos de las tres convenciones, la salud y el bienestar de la humanidad figuran como presupuestos de la política internacional. Si bien es cierto que las convenciones prevén que los Estados adopten las medidas necesarias para prevenir el abuso de las drogas y procurar el tratamiento de los consumidores, estas medidas se encuentran principalmente subordinadas a los objetivos de la criminalización.

[40] El programa de las Naciones Unidas para el control de las drogas ha ofrecido una definición no vinculante del concepto reducción de daños (*harm reduction*): "'Reducción de daños' denota las políticas o programas centrados directamente en reducir los daños derivados del consumo de alcohol u otras drogas tanto para la persona como para la comunidad en general. La expresión se aplica en particular a las políticas o programas encaminados a reducir los daños sin exigir abstinencia necesariamente. Sin embargo, los esfuerzos por lograr la abstinencia total pueden verse precedidos de estrategias de reducción de daños para lograr mayor seguridad en el uso de drogas". (Cfr. la publicación de UNODC, *Abuso de drogas: tratamiento y rehabilitación. Guía práctica de planificación y aplicación*, Nueva York, 2003, Anexo IX p. 13. Disponible en: https://www.unodc.org/docs/treatment/Guide_S.pdf).

En algunos Estados, como política para reducir el daño, se han considerado estrategias que en alguna medida toleran el consumo de drogas, por ejemplo: la distribución y el cambio de jeringas, la provisión de salas de inyección o consumo, o programas de provisión controlada a través de médicos.[41] En qué medida estas políticas son compatibles con el régimen jurídico internacional de las tres convenciones sobre drogas es una cuestión bastante debatida.

Las principales objeciones contra este tipo de estrategias provienen de los defensores del régimen jurídico internacional. Se basan en que la obligación de prohibir los usos no médicos y científicos es difícil de conciliar con las políticas para reducir riesgos que toleran en alguna medida el consumo de las drogas. Aunque no existe en el marco jurídico internacional una exigencia de penalizar el consumo, las convenciones no permiten el uso recreativo de estas sustancias. Se alega, además, que en algunos casos estas medidas podrían encuadrar en alguna de las conductas tipificadas en los instrumentos internacionales; por ejemplo, fomentar el uso de salas de inyección podría considerarse una incitación o inducción al uso ilícito de drogas (ver art. 3 (c) (iii) de la Convención de 1988).[42]

Los defensores de estas estrategias sostienen, por el contrario, que tales medidas no son completamente incompatibles con el régimen jurídico internacional en materia de drogas. Según este punto de vista, los tratados no prescriben ni definen cómo deben cumplir las partes con los tratamientos de los consumidores, y les dejan margen para tratar estas cuestiones de acuerdo con las características que adquieran en sus respectivas sociedades.[43]

A pesar de que se ha comprobado la efectividad de estas estrategias para reducir los riesgos del consumo de drogas,[44] ellas han sido rechazadas por los organismos encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados. En el informe anual del año 2001, la JIFE advirtió que la creación de salas de inyección de drogas "es contraria a los tratados de fiscalización internacional de drogas",[45] y en el del año 2004 sostuvo que "son con-

41 Este tipo de medidas fueron implementadas, por ejemplo, en Australia, Alemania, Dinamarca y España. Ver ejemplos concretos en United Nations International Narcotics Control Board, *Flexibility of treaty provisions as regards harm reduction approaches*, E/INCB/2002/W.13/SS.5, 30 de septiembre de 2002. Disponible en: http://www.communityinsite.ca/INCB-HarmReduction.pdf.

42 Cfr. Boister, *op. cit.*, p. 395. Aunque difícilmente pueda sostenerse que con la creación de este tipo de salas las partes tienen la intención de incitar el uso ilícito de las sustancias.

43 Cfr. *ibid.*, p. 395.

44 La OMS sostuvo que no solo no hay evidencias de que los programas que tienen por objeto la proporción de jeringas haya incrementado la iniciación, duración o frecuencia del uso ilegítimo de drogas, sino que, por el contrario, estos programas demostraron eficacia para reducir las infecciones por VIH de una manera costo-efectiva (WHO, *Effectiveness of sterile needle and syringe programming in reducing HIV/AIDs among injecting drug users*, Ginebra, 2004, p. 28. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43107/1/9241591641.pdf).

45 JIFE, *op. cit.*, 2002, p. 82, par. 510.

trarias al principio central consagrado en los tratados de fiscalización internacional de drogas, a saber, que el empleo de drogas debe estar limitado a fines médicos y científicos únicamente".[46]

En 2002, una comisión de expertos de la sección de asuntos jurídicos de la UNODC realizó un informe a pedido de la JIFE, en el que evaluó la compatibilidad de este tipo de estrategias con el régimen jurídico internacional.[47] La comisión analizó tres casos puntuales: el establecimiento de salas de inyección de drogas, la sustitución de una sustancia por otra con igual grado de dependencia, pero con un riesgo menor, y la distribución y el intercambio de jeringas, y concluyó que el empleo de estas técnicas no contradecía el texto de las convenciones.

En los últimos años, la JIFE parece haber matizado su posición frente a este tipo de medidas. En sus informes anuales de 2014 y 2015 solo reiteró su preocupación "por la posibilidad de que estos locales (salas de inyección) incumplan lo dispuesto en los tratados de fiscalización internacional de drogas".[48] Sin embargo, la gama de políticas de reducción de daños es amplia y controversial, por lo que no es fácil llegar a un acuerdo sobre su legalidad y los países aún enfrentan limitaciones en el ámbito internacional para formular políticas relacionadas con las drogas que se aparten de la obligación general de prohibirlas.

En el documento final de la Ungass 2016, se hizo alusión a la necesidad de "reducir al mínimo las consecuencias adversas del uso indebido de drogas en los ámbitos social y de la salud pública", y se hicieron referencias concretas a la prevención de la sobredosis, los "programas de terapia asistida por medicación" y los "programas relacionados con el equipo de inyección". Sin embargo, no hay una mención explícita de la "reducción de daños", lenguaje que algunos Estados parte aún cuestionan.[49]

### 4.2. Clasificación de nuevas sustancias psicoactivas (NSP)

La clasificación de las sustancias, esto es, su catalogación en un sistema graduado de controles y restricciones o "listas", es el presupuesto para que una sustancia se incluya en el marco de la fiscalización internacional y determina, a su vez, el tipo y la intensidad de los controles que deben aplicarse. El tema es de suma importancia, no solo porque

46 JIFE, *op. cit.*, 2005, p. 89, par. 510.
47 Ver United Nations International Narcotics Control Board, *op. cit.*
48 Ver JIFE, *op. cit.*, 2015, p. 62, par. 362. En el mismo sentido, ver JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2015*, Nueva York, 2016, p. 23, par. 135.
49 Ver Ungass, *op. cit.*, p. 7.

las listas internacionales sirven de modelo para las legislaciones nacionales, sino también porque delimitan el alcance de la intervención penal.

En los últimos años, el sistema de clasificación internacional ha comenzado a ser fuente de fuertes tensiones a partir de la aparición y rápida expansión de numerosos tipos de drogas en forma de nuevas sustancias psicoactivas (NSP). Se considera que el proceso vigente para la clasificación de las sustancias es demasiado lento para responder al dinámico mercado de las drogas recreativas y a los avances tecnológicos.[50] Estas dificultades tienen consecuencias directas en las persecuciones penales de las conductas relacionadas con el tráfico ilícito: si el sistema internacional sirve como guía para la clasificación en el ámbito nacional, en la medida que este no pueda responder con rapidez a estos cambios, el uso en general de muchas de estas nuevas sustancias difícilmente puede ser perseguido bajo alguna modalidad del tráfico de drogas.[51]

Las convenciones de 1961 y 1971 contienen medidas de clasificación provisional a las que se puede recurrir para responder a necesidades urgentes. Como estas medidas permiten la aplicación de controles sobre determinadas sustancias mientras se espera el examen científico de la OMS, deberían emplearse con cierta cautela, pues su inclusión equivocada en alguna de las listas podría obstaculizar el aprovechamiento de eventuales propiedades terapéuticas.[52] A estos inconvenientes se suma que las convenciones no

---

50 El proceso de clasificación, en principio, consta de dos partes. Primero, la OMS evalúa desde una perspectiva de salud pública si la sustancia tiene propiedades medicinales y si puede ser, además, objeto de un uso indebido. Luego, la CE es la encargada de decidir si la sustancia debe ser incluida en las listas. La CE dispone de cierta flexibilidad respecto de las recomendaciones de la OMS, los tratados prevén la posibilidad de que rechace una recomendación. Excepcionalmente, puede instarse un proceso de revisión ante el Consejo Económico y Social. Según la Convención de 1988, el órgano competente para hacer recomendaciones a la CE respecto de la clasificación de sustancias precursoras es la JIFE y no la OMS.
En su informe mundial sobre drogas de 2013, la UNODC advirtió que "… el sistema de fiscalización internacional de drogas está fallando por primera vez ante la rapidez y creatividad del fenómeno de las nuevas sustancias psicoactivas (NSP)" (UNODC, *op. cit.*, 2013, p. 5. Disponible en: http://www.unodc.org/doc/wdr2013/World_Drug_Report_2013_Spanish.pdf).

51 En Argentina, por ejemplo, en estos casos se ha optado por perseguir las conductas bajo otras figuras penales relacionadas con la protección de la salud pública, como por ejemplo, la que tipifica la venta, la puesta en venta, el suministro, la distribución o el almacenamiento con fines de comercialización de sustancias medicinales o mercaderías peligrosas para la salud disimulando su carácter nocivo, que prevé penas de 3 a 10 años de prisión (art. 201, CP argentino).

52 La preocupación sobre cómo hacer frente a la cantidad de sustancias que han ingresado al mercado en los últimos años también está presente en el ámbito regional y nacional. En el año 2011, la Comisión Europea presentó un informe con la propuesta de reemplazar el sistema de clasificación existente en el ámbito de la Unión Europea ("Sistema de alerta rápida", Decisión Marco de la UE, núm. 2005/387/JAI, del 10 de mayo de 2005, relativa al intercambio de información, la evaluación del riesgo y el control de las nuevas sustancias psicotrópicas. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:127:0032:0037:es:PDF) por uno más ágil y que tuviera en cuenta la adopción de medidas proporcionadas, esto es, medidas de diferente intensidad según los riesgos que impliquen las sustancias. Esta propuesta se encuentra a la fecha de la redacción de este trabajo a consideración del Parlamento Europeo. Países como Nueva Zelanda y Estados Unidos han adoptado medidas para paliar los problemas asociados al sistema de clasificación de las NSP. En líneas generales, en estos países se establecieron sistemas de clasificación de sustancias como análogas o genéricas, que esencialmente son de índole proactiva (es decir, que comien-

proporcionan una definición técnica o científica para distinguir entre "estupefacientes" y "sustancias psicotrópicas",[53] de modo que permita conocer sin mayores complicaciones si la nueva sustancia debe ser fiscalizada según la Convención de 1961 o la de 1971.

## 5. Conclusiones

Como se ha señalado, el marco jurídico internacional está conformado por tres convenciones de las Naciones Unidas sobre drogas que funcionan de manera complementaria. El espíritu de esta regulación se basa en la idea de que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo, y entraña un peligro social y económico para la sociedad. El objetivo principal de esta regulación es proteger la salud y el bienestar de las personas, eliminando el uso ilícito de las drogas y asegurando su disponibilidad para usos médicos y científicos. De acuerdo con ello, los usos médicos y científicos de las sustancias fiscalizadas se encuentran sometidos a medidas de control, esencialmente administrativas, para evitar su desvío a actividades ilícitas y los usos ilícitos; a un sistema de control represivo que impone a los Estados parte el deber de criminalizar la mayoría de las conductas relacionadas con el tráfico ilícito. Este carácter represivo se fortaleció en cada una de las convenciones. La Convención de 1988, por ejemplo, además de ampliar el deber de criminalizar nuevas figuras delictivas (como el lavado de activos), selló las dudas sobre la existencia de una obligación internacional, condicionada a lo que establezcan las constituciones de las partes, de tipificar la posesión para consumo personal. Sin embargo, respecto de esta última conducta no existe un deber de aplicar una sanción específica. Aunque las convenciones incentivan a los Estados parte a adoptar medidas específicas como el tratamiento, la educación, rehabilitación y readaptación social para eliminar y reducir el uso indebido de drogas, estas solo están previstas como alternativas a la condena en caso de conductas destinadas al consumo personal.

El régimen jurídico internacional sobre drogas, por tanto, se encuentra estructurado sobre una base esencialmente prohibicionista y represiva. El foco de atención puesto en la criminalización de una gran cantidad de conductas vinculadas con el tráfico ilícito presupone la idea de que las drogas pueden ser efectivamente eliminadas y, con ello, los problemas que traen aparejados para la salud y el bienestar de las personas. Así, temas

---

zan a funcionar antes de que se compruebe que la sustancia plantea un grave riesgo para la salud o de que haya sido introducida en el mercado). La idea básica de estos sistemas es que en lugar de exigir un proceso de clasificación costoso y dilatado para cada sustancia, las modificaciones de la sustancia ya fiscalizada quedan sujetas de manera automática al sistema de fiscalización (ver, por ejemplo, Federal Analogue Act de 1986, Estados Unidos). Estas medidas, aunque pueden resultar efectivas, son cuestionables desde el punto de la legalidad penal (ver UNODC, *op. cit.*, 2013, pp. 101 y ss.).

53 Las definiciones de estos términos remiten a las sustancias clasificadas en las listas anexadas a las convenciones.

esenciales en las políticas de drogas como la salud y el desarrollo han sido subordinados a los objetivos de la represión. Sin embargo, desde el surgimiento de este régimen jurídico, tanto el narcotráfico como la delincuencia asociada a este han adquirido grandes dimensiones, y muchos problemas vinculados a la salud de las personas han aumentado considerablemente (por ejemplo, la transmisión de enfermedades venéreas, la superpoblación en las prisiones).

Frente a esto, en muchos ámbitos se proponen alternativas a la criminalización, destacando los efectos negativos de las políticas centradas en la represión. El surgimiento de alternativas menos punitivas y más prácticas en algunos sistemas nacionales, basadas en la salud, puede representar el comienzo de un cambio en el régimen internacional (por ejemplo, la adopción de políticas de reducción de daños o la despenalización del consumo). Debido a la posibilidad que dan los tratados de realizar interpretaciones amplias, este cambio de enfoque todavía es posible en el contexto jurídico internacional vigente. Incluso la UNODC está instando cada vez más a modificar el régimen internacional, alejándolo de los métodos represivos de aplicación de la ley, e inclinándolo hacia una perspectiva más fundamentada en la salud pública y los derechos humanos.[54] Sin embargo, pareciera que medidas como la regulación y el control del Estado sobre la producción y el suministro de las drogas requerirían de una reformulación del marco jurídico internacional actual.[55]

La resistencia todavía es fuerte. Muchos Estados siguen aferrados a la idea de que un mundo sin drogas es posible y defienden el modelo represivo vigente.[56] Esta también es la posición del organismo encargado de supervisar el cumplimiento de las convenciones, la JIFE, que en tal sentido es y ha sido crítica de aquellas disposiciones más pragmáticas que toleran en alguna medida el empleo de drogas fuera de los propósitos médicos y científicos autorizados en las convenciones.

Estas divergencias muestran que hoy en día difícilmente puede seguir sosteniéndose que exista un consenso internacional basado en la idea de una "guerra contra las drogas" (o también llamado Consenso de Viena). Esta pérdida de acuerdo es incluso más evidente si se repara en que mientras en algunos Estados se está legalizando el cannabis, en otros aún se prevén penas capitales por comercializar con él.[57]

---

54 Ver UNODC, *Contribución del Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, UNODC/ED/2014/1, 6 de diciembre de 2013. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/CND_Sessions/CND_57/_UNODC-ED-2014-1/UNODC-ED-2014-1_V1388517_S.pdf.

55 Para otra opinión, cfr. en este volumen el trabajo de Pablo Galain.

56 En la Ungass 2016, países como Nigeria, Egipto, la Federación de Rusia y China fueron los que más defendieron el orden jurídico vigente (Bewley, *op. cit.*, p. 45).

57 Estas contradicciones se advirtieron en el marco de la Ungass 2016 (Bewley, *ibid*., p. 2).

La Ungass celebrada en abril de 2016 prometía ser una oportunidad para discutir, revisar y reorientar las bases del marco internacional para el control de drogas. Sin embargo, sus resultados son una gran decepción para todos los que trabajan por una política alternativa en el tratamiento de las drogas. El documento final de la asamblea, en general, apoya el orden establecido y no hace referencia a temas candentes en la discusión actual, como la despenalización de ciertas conductas, la abolición de la pena de muerte por delitos de drogas o, incluso, la regulación de un mercado de cannabis. Así las cosas, se tendría que continuar trabajando con miras a la próxima reunión de alto nivel sobre drogas de las Naciones Unidas en 2019.

## Bibliografía


Ambos, Kai, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, Friburgo, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, 1993.

_____, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas*, Bogotá, Ediciones Ibáñez, 1998.

_____, *Treatise on International Criminal Law, vol. I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

_____, *Treatise on International Criminal Law, vol. II: The Crimes and Sentencing*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

_____, *Treatise on International Criminal Law, vol. III: International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

Bewley-Taylor, David y Martin Jelsma, "Ungass 2016: ¿Un consenso roto o a-m-p-l-i-o?", *Informes sobre políticas de drogas*, núm. 45, 2016.

Boister, Neil, "Waltzing on the Vienna Consensus on Drug Control? Tensions in the International System for the Control of Drugs", *Leiden Journal of International Law*, núm. 29, 2016, pp. 389-409.

Hughes, Caitlin Elizabeth y Alex Stevens, "What Can we learn from the portuguese decriminalization of illicit drugs?", *Brit. J. Criminol.*, núm. 50, 2010, pp. 999-1022.

JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2001*, Nueva York, 2002.

JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2004*, Nueva York, 2005.

JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2009*, Nueva York, 2010.

JIFE, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2014*, Nueva York, 2015.

ONU, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas,* Nueva York, 1999.

Spapens, Toni, Thaddeus Müller y Henk van de Bunt, "The dutch drug policy from a regulatory perspective". *Eur J Crim Policy Res*, núm. 21, 2015, pp. 191-205.

Ungass 2016*, Documento Final del Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas celebrado en 2016*, Nueva York, 2016.

United Nations, *Responsibility for International Wrongful Acts 2001*, 2005.

United Nations International Narcotics Control Board, *Flexibility of treaty provisions as regards harm reduction approaches*, E/INCB/2002/W.13/SS.5, 30 de septiembre de 2002.

UNODC, *Abuso de drogas: tratamiento y rehabilitación. Guía práctica de planificación y aplicación,* Nueva York, 2003.

UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas 2013*, Nueva York, 2013. Disponible en: http://www.unodc.org/doc/wdr2013/World_Drug_Report_2013_Spanish.pdf.

UNODC, *Contribución del Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, UNODC/ED/2014/1, 6 de diciembre de 2013.

van Dijck, Maarten, "Drug Policy in the Neatherlands", en Sanne Taekema (ed.), *Understanding Dutch Law*, La Haya, Boom Juridische uitgevers, 2004.

WHO, *Effectiveness of sterile needle and syringe programming in reducing HIV/AIDs among injecting drug users*, Ginebra, 2004.

# LA REGULACIÓN DE LAS DROGAS ILÍCITAS
## REDUCIR LOS DAÑOS DE LAS POLÍTICAS PARA CONTENER LOS POSIBLES DAÑOS DE LAS SUSTANCIAS

***Rodrigo Uprimny, Sergio Chaparro, Luis Felipe Cruz***

**RESUMEN.** En este texto se abordan la filosofía implícita, los objetivos y las herramientas de política criminal y pública que utilizan cuatro tipos de respuestas estatales a la producción, el tráfico y el consumo de sustancias psicoactivas. A partir de un análisis de los costos y beneficios del modelo de "guerra contra las drogas", el enfoque de reducción del daño, la regulación del mercado de sustancias psicoactivas y la creación de un libre mercado para el acceso legal de estas sustancias, se concluye que el modelo que mejor se ajusta a una política de drogas con perspectiva de derechos humanos es la regulación. De esta manera, los Estados podrían reducir los riesgos y daños asociados al consumo de sustancias, conocidos también como daños primarios, mientras que reducen los problemas derivados de la política de drogas, denominados daños secundarios.

**Palabras clave:** política sobre drogas, consumo de drogas, reducción de daños, mercados regulados, liberalización, derechos humanos.

**ABSTRACT.** This text addresses the implicit philosophy, objectives and criminal public policy tools that use four types of state responses to the production, trafficking and consumption of psychoactive substances. Based on an analysis of the costs and benefits of the "war on drugs" model, the harm-reduction approach, the regulation of the market for psychoactive substances, and the creation of a free market for legal access to these substances, the article concludes that regulation is the model that best accommodates a drug policy with a human rights perspective. In this way, States could reduce the risks and harms associated with the consumption of substances, also known as "primary harms," while reducing the problems derived from the drug policy, called "secondary harms."

**Keywords:** Drug policy, consumption of drugs, harm reduction, regulated markets, liberalization, human rights.

## Introducción

Durante más de 55 años, la política de drogas se ha centrado en prohibir la producción, el tráfico y consumo de sustancias derivadas de plantas como la marihuana, coca y amapola, al considerarlas una amenaza a la salud pública y el bienestar de la humanidad. Se ha creído que los usos permitidos de las drogas sometidas a control, por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, deberían estar limitados a los fines médicos y científicos. Sin embargo, ningún instrumento internacional define el contenido de tales fines, dejando la interpretación de lo "médico" y lo "científico" como monopolio del establecimiento médico, que terminó por decidir cuáles eran los usos aceptados de las sustancias, sin otorgar ninguna legitimidad a los aportes de las ciencias sociales.[1]

La ausencia de definición de los usos médicos y científicos también permite la inflexible interpretación que han tenido las instancias internacionales a la hora de garantizar el acceso a medicamentos esenciales (especialmente morfina) para el alivio del dolor producido por enfermedades crónicas. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) ha interpretado con tal rigor las convenciones, que la escasez de opioides en muchos países obedece a las prioridades establecidas por esa agencia de prevenir el consumo de las sustancias controladas con propósitos ilícitos por encima del aseguramiento del acceso para necesidades médicas.[2]

La regulación internacional y el sistema creado a partir de ella han reprochado los usos no médicos[3] sin una fundamentación basada en evidencia científica. Muchas interpretaciones de la política de drogas equiparan cualquier consumo con la drogodependencia. Ello puede obedecer a que la comprensión de los usos que no son adicción desborda el discurso dominante de las ciencias médicas que se ocupan de la drogodependencia (psicología, psiquiatría), lo que debería convertirse en una oportunidad para mejorar la "evidencia científica" construida por las otras ciencias, que permita proponer nuevas estrategias.

La construcción de una nueva política de drogas que minimice los riesgos de las sustancias, potencie la posibilidad de sus usos positivos y corrija los errores de la fallida guerra contra las drogas, llama a una reflexión sobre el conocimiento utilizado para formular la política vigente, y resalta la necesidad de hacer un balance de sus éxitos y

---

1 Francisco Thoumi, *Reexamen de las bases "médicas y científicas" en la interpretación de las convenciones internacionales de drogas: ¿será que el "Régimen" está desnudo?,* Bogotá D.C., Friedrich Ebert Stiftung, 2016, p. 8.

2 Global Commission on Drugs Policy, *The negative impact of drug control on public health: The global crisis of avodaible pain*, Geneva, Global Commsision on Drugs Policy, 2015, p. 5.

3 En el artículo 49, la Convención Única de Estupefacientes fijó como objetivo para el régimen internacional la eliminación del uso de opio para fines "casi" médicos en un plazo de 15 años, mientras que el plazo para abolir estos usos de la marihuana fue de 25 años. La masticación de la hoja de coca debía quedar prohibida en 25 años.

fracasos. Una reforma a la política de drogas debe permitirle a las instituciones públicas responder a los retos que representan la producción, el tráfico y el consumo de sustancias declaradas ilícitas desde una perspectiva de derechos humanos y de salud pública.

El propósito de este documento es discutir, en términos de principios, objetivos y estrategias, los diferentes modelos que han diseñado los Estados y la sociedad civil para atender las tres fases fundamentales del fenómeno de las drogas. El punto de partida es la conclusión que Kofi Annan aportó en el Foro Económico Mundial de Davos en 2013, donde aseguraba que "las drogas han destruido a muchas personas, pero las políticas gubernamentales equivocadas han destruido muchas más".[4]

Debido a lo anterior, es conveniente exponer los pros y los contras, desde una perspectiva de derechos humanos, de las distintas clases de respuesta que los Estados pueden adoptar frente al tema de las drogas ilícitas. En las secciones siguientes, y con base en una tipología desarrollada en un artículo previo por uno de los autores de este texto (que fue retomada por la Comisión Asesora de Política de Drogas en Colombia),[5] presentamos cuatro modelos teóricos que caracterizan las acciones de los Estados señalando, para cada uno de ellos, algunos ejemplos históricos de su aplicación, su filosofía implícita y objetivos, el papel del derecho penal en cada modelo y el uso de otra clase de instrumentos de política pública.

Por razones de espacio no se profundiza el estudio de países que hayan adoptado uno u otro tipo de estrategia, pero sí se exponen argumentos generales para responder la pregunta sobre cuál debería ser el modelo de política pública frente a las distintas sustancias, teniendo en cuenta el fracaso y los enormes costos que ha generado el modelo actual a nivel nacional e internacional. Nuestra conclusión es que el modelo deseable es la regulación de los mercados en una manera similar a la que promovió el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el control del tabaco, basados en un análisis de costo-efectividad, una aproximación de salud pública y el respeto de los derechos humanos, incluyendo aquellos de los usuarios. Un modelo de esa índole permitiría mejorar las estrategias de reducción del consumo (especialmente del que afecta negativamente la salud y la vida de las personas), los riesgos de las sustancias, garantizar un acceso seguro a través de un mercado justo, evitar la estigmatización de los consumidores, recaudar impuestos, y reducir el tamaño y los efectos negativos del mercado ilegal.

4 West African Commission on Drugs, *Not Just in Transit. Drugs, the State and Society in West Africa*, WACD, 2013.

5 Rodrigo Uprimny, *Drogas, derecho y democracia*, Mamacoca, 2003. Disponible en: http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/uprimny_drogas_y_democracia.htm#_ftnref1.

## 1. Los modelos de política de drogas

El cuadro a continuación presenta cuatro tipos de políticas de drogas. Los modelos I y IV son los extremos de una cadena que va desde la prohibición total de la producción, distribución y consumo de sustancias (para consumos no médicos), hasta la despenalización y liberación total de los mercados. En el medio están las estrategias de reducción de daños asociados al consumo, que se denominan prohibición flexible, y la legalización regulada, que implica la creación de un mercado de sustancias que reduce los daños en todas las fases de la economía de la droga.

| | I | II | III | IV |
|---|---|---|---|---|
| Tipo de política y denominación | Prohibición estricta o "guerra a las drogas". | Prohibición flexible o "reducción del daño". | Despenalización flexible o "modelo de salud pública" o "legalización regulada" o "regularización". | Despenalización estricta o política de "liberalización general". |
| Ejemplos históricos | Estrategia de países como Estados Unidos y Rusia frente a las drogas ilícitas y de los países musulmanes frente al alcohol. | Estrategia holandesa, suiza y de otros países y ciudades europeas. Igualmente, estrategia creciente en América Latina. | Política actual en muchos países frente al alcohol o el tabaco. Modelo propio del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. | Política dominante en el tabaco hasta hace pocos años. |
| Filosofía implícita y objetivos | • Perfeccionismo moral o protección a la salud impuesta por el Estado.<br>• El consumo es un vicio moral, delito o degradación moral.<br>• Es necesario erradicar todo consumo de drogas ilícitas, o al menos reducirlo significativamente. | • Reducción de los abusos y de los daños asociados al consumo.<br>• Reducción de los daños asociados a las políticas de control en relación con el consumidor. | • Proteger la salud pública en el marco de los derechos humanos.<br>• Reducir los daños en todas las fases de la economía de la droga.<br>• El consumo es tolerado pero desestimulado. | • Libre opción y escogencia.<br>• Proteger al máximo la libertad individual y restringir la intervención del Estado.<br>• Confianza en el papel regulador del mercado. |
| Papel del derecho penal y sancionador | Máximo en todas las fases de la economía de la droga (producción, distribución y consumo). | Mínimo en consumo y distribución minorista, pero máximo en producción y distribución mayorista. | Mínimo en consumo, distribución y producción. | Prácticamente eliminado, al menos como una política diferenciada frente a las drogas. |
| Uso de otros instrumentos | Mínimos y siempre al servicio de la represión. | Fuertes y diferenciados en consumo, pero mínimos en relación con la oferta. | Fuertes y diferenciados en toda la cadena. | Papel regulador del mercado, por lo cual no hay instrumentos específicos. |

**Fuente:** Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, 2015.

Se debe tener cuidado en la distinción entre la liberalización y la regulación, pues muchas personas que han defendido el modelo de la guerra contra las drogas equiparan ambas propuestas. La diferencia radica en el nivel de protección que el Estado da al consumidor. Por una parte, la regulación es una aproximación desde un enfoque de salud pública y de derechos humanos[6] que implica la creación de un mercado regulado que pretende garantizar unos estándares mínimos de calidad de las sustancias y medidas de protección a las personas que las usan. Por otra parte, la liberalización consiste en dejar al mercado y a los individuos suficiente autonomía y flexibilidad para consumir, con controles y exigencias mínimas por parte del Estado en relación con estándares de calidad sobre las sustancias y sin un objetivo claro de protección de la salud pública.

En últimas, lo deseable es una nueva política de regulación, ya que el prohibicionismo es un modelo relativamente reciente, que desvertebró aquellas apuestas regulatorias que existían en el siglo XIX y parte del siglo XX. En aquel entonces, la mayoría de las sustancias estaban sometidas a políticas que se podrían clasificar dentro de los modelos III o IV, lo que permite pensar que los regímenes anteriores a la Convención Única de Estupefacientes de 1961 eran muy liberales al respecto.

Un ejemplo del tipo de regulaciones que existían antes de que Estados Unidos impulsara un modelo basado en la prohibición internacional se dio en la colonia española de Filipinas. David Musto menciona que por más de cincuenta años el Gobierno español de Filipinas mantuvo el monopolio de la importación y comercialización de opio (1999, p. 26).[7] Los comerciantes compraban el opio pagando impuestos por las importaciones a los chinos, que eran el único grupo étnico autorizado para venderlo. El consumo estaba restringido a determinados círculos sociales. Cuando el Gobierno español terminó, las importaciones del opio aumentaron junto con el consumo entre los nativos debido a una epidemia de cólera en 1902, pues esta sustancia se consideró como un salvavidas para los dolores generados por la enfermedad. Los problemas del consumo descontrolado se hicieron manifiestos, pero la reacción del Gobierno de Estados Unidos (que ya tenía dominio sobre el país) fue promover la prohibición del consumo y del cultivo bajo el argumento de evitar la comisión de crímenes por parte de las personas consumidoras.[8]

---

6 El marco internacional de derechos humanos al cual hacemos referencia en este texto surge de la carta de las Naciones Unidas e involucra los principales instrumentos de derecho internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los tratados contra la tortura, la discriminación y la violencia de género. También se deben tener en cuenta los desarrollos regionales de derechos humanos, como la Convención Americana y otros tratados del sistema interamericano.

7 David Musto, *The American Disease: Origins of Narcotic Control,* New York, Oxford University Press, 1999.

8 *Ibid.*, p. 28.

Existe un llamado para hacer un estudio de estas regulaciones anteriores al régimen internacional de fiscalización de sustancias con el objetivo de construir argumentos históricos que afirmen la necesidad de implementar cambios en la actual política de drogas, incorporando al discurso de la reforma las experiencias aprendidas en el pasado y que permitan pensar más allá de la prohibición de las drogas.

### 1.1. Prohibición estricta o "guerra a las drogas"

El esfuerzo de Estados Unidos durante el siglo XX de promover un sistema internacional de control de drogas que limitara sus usos a los fines médicos y científicos, fue un tema que le permitió a ese país posicionarse como un dinamizador del escenario y la política internacional.[9] Sin embargo, fue solo hasta 1970 que el Gobierno de Richard Nixon declaró la guerra contra las drogas, con el propósito de lograr un "mundo libre de drogas", apelando a la maximización del derecho penal, mediante la prohibición absoluta de la producción, la comercialización y el consumo de sustancias controladas para fines recreativos.

De manera que la guerra contra las drogas, que tiene su base en una interpretación extremista de lo establecido por la Convención Única de Estupefacientes (1961), el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (1971) y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) consiste en la expansión de un régimen que pretende evitar a toda costa el consumo de estas sustancias basándose en el perfeccionismo moral y en la promoción de un modelo de vida virtuosa y saludable. Una vida libre de vicios en la que el mensaje central es que el Estado puede imponer una manera de ser, en términos médicos. El consumo de algunas sustancias (seleccionadas arbitrariamente)[10] se considera abusivo e intolerable. Cualquier consumo se compara con la adicción, lo que constituye una enfermedad que hay que curar, una acción que hay que castigar, y de la que hay que salvar a todas las personas pero en especial a niños, niñas y jóvenes.

---

9 Rodrigo Uprimny, "El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia", en B. de Sousa, *El caleidoscopio de las justicias: análisis socio-jurídico*, Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2001, p. 403.

10 Para Johan Hari, los inicios de la prohibición estuvieron relacionados con la lucha que Harry Aslinger mantuvo a comienzos de los años treinta, de allí que se le conozca como uno de los padres de los sistemas de fiscalización. En esa época escribió a 30 científicos para preguntarles asuntos relacionados con la prohibición del consumo de marihuana: 29 científicos contestaron que era un grave error prohibirla, mientras que solo un experto consideró que la marihuana era un mal que debía ser erradicado. Al final, Harry Aslinger pudo imponer su visión apocalíptica del consumo de marihuana, promoviendo el discurso de que si se consumía se caería en el delirio y tarde o temprano se llegaría a la "insania" mental (Johan Hari, *Chasing the scream: the first and last days of the war on drugs*, New York, Bloomsbury, 2015, pp. 15 y 16.

Muchos políticos se convirtieron en empresarios morales y así obtuvieron réditos políticos al defender la represión del uso de drogas ilícitas desde una fuerte virtud cristiana, que promovía el miedo a la desviación y aborrecía en términos morales el consumo recreativo.[11] El modelo de guerra contra las drogas plantea que las sustancias inducen al mal comportamiento porque vuelven a las personas sus esclavas, llevándolas a vivir una vida indigna y criminal. Esa idea sustenta el binomio "drogas-delito", tan arraigado incluso en el sistema de las Naciones Unidas, que crea una agencia en la que confluyen los dos fenómenos, asociados casi como si fueran una misma cosa, la "Oficina contra las Drogas y el Delito".

La racionalidad de esta política consiste en suprimir cualquier tipo de consumo de ciertas sustancias,[12] a través de la supresión de la oferta. En caso de que esto no se pueda lograr, el modelo tiene pensado reducir drásticamente la disponibilidad y hacer muy difícil el acceso a estas sustancias prohibidas, para de esta forma controlar su consumo. En esta lógica, que incorpora elementos del sufrimiento para exculpar los vicios morales, no es posible lograr los resultados esperados sin el ejercicio del derecho penal (en algunos casos también la fuerza armada) como estrategia privilegiada.

En América Latina se dieron tres tendencias en la legislación penal como consecuencia de este uso privilegiado del derecho penal sobre toda la cadena de producción, distribución y consumo, lo cual condujo a una especie de "adicción punitiva", es decir, la necesidad que experimentan los legisladores de los países de aumentar las penas en relación con el tráfico de drogas cuando las dosis punitivas no alcanzan los logros esperados, por ejemplo, la reducción del mercado ilícito.[13] Ha habido una criminalización creciente e indiferenciada de tipos de participación en el fenómeno, pues no solo han sido creados cada vez más delitos asociados a las drogas sino que, además, se aplican tratamientos similares a conductas muy disímiles. Por ejemplo, en varios países los tipos penales tienen diferentes conductas, como el porte simple, la elaboración y venta de estupefacientes, que permiten criminalizar, bajo el mismo artículo del Código Penal, a

11 Ethan Nadelmann, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society", *International Organization,* vol. 44, núm. 4, 1990, p. 508.

12 La Convención Única de Estupefacientes establece cuatro listas donde se han clasificado las sustancias y las diferentes medidas de control que deben implementar los Estados para reducir su consumo a los fines estrictamente médicos y científicos. Sustancias derivadas de la adormidera (amapola), el arbusto de coca y el cannabis están clasificadas en las listas I y II, lo que significa que se debe controlar su cultivo, producción y distribución a través del otorgamiento de licencias a personas y empresas idóneas. También el Estado debe informar sobre la cantidad de las sustancias que tiene en su territorio y debe prohibir el porte de estupefacientes sin las autorizaciones legales. Incluso, dispone que las actividades relacionadas con estas sustancias deben considerarse como un delito cuando se lleven a cabo sin el cumplimiento de los procedimientos de licencias y medidas de fiscalización.

13 Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán y Jorge Parra, *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2012, p. 6.

consumidores que porten dosis superiores a la personal y a los traficantes de gran escala. Además, ha habido un abuso de la prisión como método de sanción, bien sea por un uso recurrente de la prisión preventiva frente a estos delitos, o bien porque se excluye de la aplicación de subrogados penales o penas alternativas a la prisión a casi todos los delitos asociados a drogas.[14]

No es casualidad que el modelo de prohibición estricta haga énfasis en la prisión para castigar las conductas relacionadas con las drogas, pues si se consideran como sustancias peligrosas, la sociedad debe sancionar de la manera más severa y ejemplarizante a quienes deciden desviar su conducta moral. El objetivo de todo el sistema es imponer barreras de acceso a las sustancias declarándolas ilegales y sometiéndolas a la persecución penal. Sin embargo, cuando fallan estos controles sociales las personas deberían enfrentar consecuencias como el arresto y el encarcelamiento.[15] Y estas se deben aplicar de manera efectiva para reforzar los controles sociales contra las conductas desviadas.

La consecuencia obligada de este modelo es que no usa casi ninguna otra clase de instrumentos de política pública para dar respuesta a la producción, el tráfico y el consumo, debido a que los esfuerzos se concentran en criminalizar, perseguir y castigar. Bajo este modelo, las estrategias de prevención, rehabilitación o tratamiento para los usuarios de drogas son nulas o enfrentan serias limitaciones, pues a ellos se los termina por estigmatizar y marginar de los servicios de salud.

### 1.2. Prohibición flexible o "reducción de daños"

El enfoque de reducción de daños fue desarrollado en varios países europeos, como un conjunto de políticas, programas y prácticas que tienen el propósito de minimizar las consecuencias negativas del uso de drogas,[16] tanto en el impacto de las sustancias, como en las consecuencias de la sanción social y estigmatización sobre los consumidores. En la última década, esta perspectiva se ha extendido a programas en ciudades de Brasil, Canadá y Colombia, que plantearon un acceso a servicios de salud para la población en condición de vulnerabilidad por razones del consumo, ya sea de cocaína fumable, heroína, *crack* o inhalantes, a través de estrategias denominadas de "bajo umbral" o fácil acceso. Aunque la reducción de daños se concibió para evitar las consecuencias negativas relacionadas

14 CEDD, *Mitigando la adicción punitiva: alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas*, México D.F., Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015, p. 7.

15 Howard Becker, *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, México D.F., Siglo XXI, 2014, p. 80.

16 IDPC, *Guía sobre política de drogas*, International Drug Policy Consortium, 2016, p. 43. Disponible en: http://fileserver.idpc.net/library/IDPC-Drug-Policy-Guide_SPANISH_FINAL. pdf.

con la inyección de opioides, las autoridades y algunas organizaciones de la sociedad civil han ampliado el espectro de las estrategias a todas las sustancias y tipos de usos.

La filosofía detrás de estas estrategias consiste en la distinción entre los daños asociados a los abusos de las drogas (daños primarios) y aquellos derivados de las políticas de control (daños secundarios). Para Louk Hulsman, los daños primarios son aquellos que las drogas producen con independencia de las políticas que se implementen, mientras que los segundos son aquellos creados por las políticas implementadas y que no ocurrirían si se adoptaran otras diferentes.[17] Por ejemplo, adquirir VIH por el uso de drogas inyectadas no está asociado directamente a la composición química de la heroína; está asociado a la imposibilidad de acceder a jeringas limpias, es decir, adquirir VIH es un daño secundario relacionado con las políticas que marginalizan a los consumidores que usan drogas inyectables y no con las sustancias en sí mismas.

Este enfoque acepta que las personas hacen uso de las drogas y que esto puede generar afectaciones a la salud, pero reconoce la imposibilidad de atender los problemas asociados a estas sustancias psicoactivas a través de un paradigma de virtud que cree posible erradicar su consumo a través de la represión criminal o policiva de los usuarios. Es decir, la idea detrás de la reducción de daños es que el derecho penal no puede ser la herramienta privilegiada por el Estado para dar respuesta a los problemas de salud generados por el consumo de drogas, menos de aquellos generados por la exclusión y estigmatización de los consumidores que es propia del modelo de prohibición estricta. La política sugiere que no le gustan las drogas, sin embargo, quiere evitar los efectos de su abuso, algo que no se puede lograr con las políticas que se implementaron, porque crean daños peores de los que puede ocasionar el consumo de sustancias. Es decir, las instituciones reconocen que algunas veces los daños derivados de las políticas son más nocivos que aquellos generados por las sustancias en sí mismas.

La descriminalización de facto,[18] la permisión de venta en algunos lugares, el testeo de sustancias para que consumidores tengan pleno conocimiento de qué es lo que han comprado, el intercambio de jeringas, la creación de salas de consumo supervisado de drogas o las terapias de sustitución de drogas "duras", son estrategias dentro de este enfoque. A partir de allí, la reducción de daños atiende diferenciadamente la diversidad

17 Louk Hulsman, "La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión", *Nuevo Foro Penal*, núm. 35, febrero de 2012.

18 La descriminalización de facto hace referencia a la decisión de las autoridades estatales de cesar la persecución penal y administrativa del consumo y el porte de sustancias psicoactivas, sin que esas conductas dejen de estar penalizadas en la ley. Es decir, en un ejercicio de priorización de la práctica de la acción penal, las autoridades deciden no perseguir ni hacer seguimientos a los usuarios de drogas. Como se comenta en el párrafo siguiente, un ejemplo de esta estrategia son los Países Bajos, que desde la década de los sesenta han optado por no incriminar a los consumidores de estas sustancias, e incluso lograron la creación de sitios autorizados para su venta.

de sustancias y de consumos que existen en el mercado legal e ilegal. De esta manera, se considera que no todas las drogas tienen el mismo efecto sobre las personas, y no todos los usos generan problemas a la salud. Trata de identificar cuáles son las consecuencias del consumo de cada sustancia y aportar información para que los usuarios de drogas tengan un consumo seguro, o al menos con menores riesgos, incluso dentro de la ilegalidad.[19]

A partir de la premisa de que capturar a todos los consumidores de marihuana era un exabrupto, en los años sesenta los Países Bajos realizaron una reforma pionera en la política internacional sobre el control de la marihuana. De la "tolerancia cero" pasaron a permitir que lugares denominados *coffee shops* vendieran marihuana sin que las autoridades lo consideraran ilegal. Pero esta precaria regulación se manifestó en una paradoja: los proveedores y propietarios de los *coffee shops*, que están obligados a pagar impuestos por la venta al por menor de marihuana en estos lugares, sí podrían ser procesados por transportar la sustancia y comprarla al por mayor, ya que ante la ausencia de un mercado legal para abastecer sus negocios tenían que abastecerse en la ilegalidad.[20] Se podría decir que la marihuana era ilegal al llegar a la puerta trasera de estos establecimientos comerciales, pero cuando el consumidor final salía con ella por la puerta principal "milagrosamente" se convertía legal. A pesar de esta contradicción, esta estrategia disminuyó la represión penal sobre los usuarios de marihuana y, en ese sentido, fue una buena estrategia de reducción de daños asociados a la política de drogas.

Este modelo es una prohibición flexible, debido a que representa un giro de la política de drogas hacia la salud pública, minimizando al máximo posible el uso del derecho penal sobre los consumidores, pero sin transformar la reacción de las autoridades a los fenómenos de producción, distribución y venta. Atender los abusos de drogas no significa que los países que han adoptado este tipo de políticas toleren el narcotráfico, al contrario, terminan maximizando la criminalización en las fases de producción y distribución mayorista. Se tolera el consumo por pragmatismo, pero se continúa creyendo que el poder represivo puede evitar la disponibilidad de estas sustancias en las calles. En la actualidad, el propósito de una estrategia de reducción de daños no implica la reducción del mercado ilegal de drogas, así como tampoco la atención de las consecuencias

19 Por ejemplo, los programas de intercambio de jeringas en Nueva York han arrojado resultados muy positivos. Mientras en 1992 la proporción de casos nuevos diagnosticados de VIH relacionados con el consumo de drogas inyectables era de 52%, la medición más reciente atribuye al consumo de drogas por estas vías el 3% del total de nuevos casos de VIH (Harm Reduction Coalition, *Alternatives to public injecting*, New York, Harm Reduction Coalition, 2016, p. 6).

20 Tom Blickman, "El resultado de las elecciones holandesas y los *coffee shops*", *Transnational Institute: drugs and democracy*, núm. 14, septiembre de 2012. Disponible en: http://www.druglawreform.info/inicio/item/3860-el-resultado-de-las-elecciones-holandesas-y-los-coffee-shops#_ftn1.

negativas de la prohibición en territorios productores y de tránsito. Este aspecto se amplía más adelante.

### 1.3. Despenalización flexible o "legalización regulada"

Este es el modelo por el que optó el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco con el objetivo implementar estrategias de reducción de la demanda y de los efectos nocivos de esa sustancia a través de modificaciones a la manera como operaba el suministro, y la eliminación de la publicidad, la promoción y el patrocinio de empresas de tabaco a cualquier actividad recreativa. Sin que tengan que prohibir el consumo o criminalizar la cadena de producción y distribución, los Estados se obligaron internacionalmente a disminuir la cantidad de fumadores y proteger a todas las personas del humo del cigarrillo.

El modelo III se denomina "modelo de salud pública", "legalización regulada" o "modelo de regularización", porque enfatiza que el propósito de esta política es regular las tres fases del mercado para reducir el estímulo al consumo y controlar la disponibilidad de las sustancias para ciertas poblaciones, pero respetando los derechos humanos y evitando la creación de riesgosos mercados ilegales. Es decir, se trata de una apuesta que no pretende un juego de libre mercado, ya que la idea es evitar lo que sucedía con el tabaco, pues la publicidad y la promoción al consumo generaron aumento de la cantidad de cigarrillos fumados y de personas consumidoras, lo que a su vez provocó impactos negativos sobre los sistemas de salud.[21]

El principio filosófico más importante de este modelo, y del modelo de liberalización general, es la prevalencia de la autonomía personal sobre la imposición de modelos de virtud y abstinencia. Esta política plantea una ponderación entre este principio y el deber que tiene el Estado de reducir las consecuencias negativas del consumo sobre la salud de las personas. Es decir, el consumo es tolerado por el Estado, pero como puede traer consecuencias negativas en términos económicos y generar un impacto en el sistema de salud, el Estado toma medidas para reducirlo. No se trata de una apuesta paternalista, por el contrario, se intenta garantizar la autonomía al tiempo que se confrontan los efectos en todas las fases de la economía de la droga.

---

21 La Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la OMS estiman que la mortalidad atribuible al tabaco en la región es de 14 % en adultos de 30 años o más. Mientras que dentro del grupo de enfermedades no transmisibles el tabaco es responsable del 16 % de las muertes por enfermedades cardiovasculares, 25 % de las muertes por cáncer y 52 % de las muertes por enfermedades crónicas respiratorias. El costo económico directo que deben asumir los países de América Latina por causas atribuibles al tabaquismo es de aproximadamente US$ 33 mil millones, que equivale a 0,5 % del PIB de toda la región y al 7 % de todo lo que se gasta en salud al año (OPS y OMS, *Informe sobre el control de tabaco en la región de las Américas: a 10 años del Convenio*, Washingtn D.C., Organización Panamericana de la Salud, 2016, p. 10).

Este enfoque es compatible con una perspectiva de derechos humanos, pues hay quienes pueden no estar de acuerdo con la decisión que toman otras personas de consumir drogas, pero en un Estado democrático, respetuoso del pluralismo, no se pueden prohibir conductas que no afectan los derechos de los demás. Un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, no debería renunciar a las medidas de política pública y sustituirlas por la represión como forma de controlar el consumo de sustancias declaradas psicoactivas. Si en un Estado democrático no se puede prohibir a las personas el acceso a estas drogas, si se acepta el derecho a usarlas, entonces se deben aceptar vías legales para que los individuos puedan acceder a ellas.

La regularización toma algunas nociones del enfoque de reducción de daños, pero intenta extenderlas a las demás fases del circuito ilegal de las drogas. Es decir, no se centra exclusivamente en la atención del consumo, sino que incorpora la producción y distribución de las sustancias. En este sentido, para implementar una regularización de los mercados, los Estados y las sociedades deben comprender los errores de la estrategia de la guerra contra las drogas, y dar a conocer qué funciona y qué no se debe hacer. Esto implica un proceso de revisión de la política actual, donde se tienen en cuenta las violaciones de los derechos humanos del prohibicionismo a fin de incorporar la distinción entre los daños primarios y secundarios en la política pública. El gran daño de la prohibición es la creación de extensos y lucrativos mercados, controlados por organizaciones criminales muy poderosas con gran capacidad para generar violencia y corrupción.

### 1.4. Despenalización estricta o política de "liberalización general"

El último modelo se denomina liberalización general porque maximiza la protección de la libertad individual, bajo la idea de que los Estados no pueden entrometerse en el ámbito de las decisiones de carácter personal y que los mercados libres son mejores reguladores que las intervenciones estatales. De manera que esta aproximación libertaria no acepta límites al consumo de drogas, pues concibe al individuo como el único capaz de autorregularse de acuerdo con sus intereses y cálculos, lo que podría resumirse en la frase: "nadie tendría por qué decidir qué y cuánto debo consumir". Esta posición se ubica en el extremo opuesto al modelo de la guerra contra las drogas. En vez de una concepción de Estado paternalista que debe cuidar de las drogas a las personas, los libertarios confían en que el mercado puede brindar las herramientas necesarias para reducir los daños y generar el mayor bienestar posible. En términos prácticos, la postura libertaria considera que los individuos pueden evitar los excesos del abuso, porque los usuarios de drogas no son tontos. En este modelo de regulación se considera que si la gente percibe que una droga es muy dañina, se inclinará a evitar un consumo abusivo.

Hay dos consecuencias de la liberalización total de las sustancias. La primera es aceptar la excesiva confianza del poder regulatorio del mercado. El mercado privado podría buscar únicamente aumentar sus ganancias, sin importarle mucho las consideraciones de salud. Entonces, a pesar de que esta propuesta tiene algunas buenas nociones, por ejemplo, la protección de la libertad individual o la idea de que los usuarios no son tontos (como el prohibicionismo cree), sí es un modelo problemático en términos de salud pública. Bastaría recordar las consecuencias en salud de la desregulación que tuvo el mercado de tabaco y que motivaron a la OMS la promoción de una política internacional de regulación estricta. La segunda es que el uso del derecho penal desaparece, al menos como una política criminal específica en torno a las drogas. Por supuesto, puede haber regulaciones de índole penal, pero no se criminalizan las conductas de producir, procesar, transportar, comercializar o consumir. En este sentido, se perseguiría el contrabando de las sustancias o su fabricación por debajo de los estándares del mercado, etc.

En Estados Unidos, cuatro estados (Washington, Colorado, Alaska y Oregon) y Washington, D.C. crearon recientemente mercados legales de marihuana, generando una ruptura en el paradigma que defendía la política exterior estadounidense en materia de drogas. Los grupos promarihuana argumentaron que la legalización produce significativos beneficios, como el alivio de la carga que impone la prohibición sobre los sistemas de justicia penal, incrementando la capacidad para reorientar recursos e incrementar las ganancias fiscales. El modelo implementado en Colorado está basado en el ánimo de lucro, que desde una perspectiva social busca abastecer, en un principio, a los usuarios habituales de la marihuana ilegal.[22] En el corto plazo, la industria y el gobierno han pensado en campañas educativas y tratamiento de adicciones para la juventud involucrada en el consumo de marihuana.

En el largo plazo, el modelo comercial genera un rentable negocio, que puede crear una contradicción en la política pública, pues de un lado, la industria necesitará aumentar el número de usuarios, mientras por el otro, las autoridades públicas y de salud deberán asumir los costos económicos de los posibles abusos de marihuana. En otras palabras, las empresas van a realizar esfuerzos para crear ingresos a través del estímulo al consumo,[23] generando las afectaciones que se conocen del tabaco u otras aún desconocidas.

22 El 81 % de las personas que usan alguna droga ilegal son consumidores habituales de marihuana, de acuerdo con el Instituto Nacional de Abuso de Drogas (Michael Neener, *Assessing the cannabis legalization debate: lessons learned fromthe Colorado and Washington experiment*, Monterrey (California), Naval Postgraduate School, 2016, p. 16).

23 *Ibid.*, p. 16.

## 2. Análisis de las ventajas y debilidades de cada modelo

Una buena política de drogas debe estar encaminada a limitar el abuso de sustancias psicoactivas (es decir, prevenir los problemas primarios), sin que esto implique obligatoriamente erradicar su consumo, pues no se puede considerar socialmente reprochable debido a que está amparado en la autonomía personal, y la mayor parte de los consumos de estas sustancias no son problemáticos. Teniendo en cuenta que las políticas de control tienen un costo para la sociedad y para las personas (o sea acarrean problemas secundarios), una adecuada estrategia debe minimizar también los efectos que puedan tener sobre los derechos humanos.

A partir de allí, para hacer un análisis en términos teóricos de las ventajas y debilidades de cada uno de los modelos, se pensaron cuatro criterios. Primero, surge la pregunta de cómo abordan los tipos de política la distinción entre consumo y abuso de las sustancias; segundo, cuál es el lugar que le otorgan a la distinción de los problemas primarios y secundarios; tercero, cómo elaboran el debate entre uso de la libertad y la autonomía con respecto a las afectaciones de salud por el consumo de sustancias psicoactivas; y cuarto, cuáles son las herramientas de política pública privilegiadas para enfrentar el fenómeno.

### 2.1. Beneficios y costos del modelo "guerra contra las drogas"

El principal beneficio que ofrece la guerra contra las drogas es la posible reducción de la oferta y el abuso de las sustancias estupefacientes. Desde la lógica del prohibicionismo se entiende que si se sanciona a las personas que producen o transportan se va a lograr reducir la oferta de drogas por varios motivos: los controles generan aumentos en costos para quienes producen y trafican, costos que se trasladan al consumidor; la amenaza de sanción desincentiva a muchos a producir y a traficar, y estos dos factores, en teoría, logran reducir la oferta. Lo que se podría esperar es que a medida que aumentan las personas encarceladas por delitos de drogas, los precios de la mercancía deberían ir subiendo porque se restringe efectivamente la oferta.

Bewley-Taylor, Trace y Stevens muestran que en Estados Unidos, entre los años 1980 y 2000, la cantidad de personas encarceladas por delitos de drogas se multiplicó casi por nueve, mientras que en el mismo lapso de tiempo el precio de la cocaína descendió de aproximadamente US$ 750 a poco más de US$100. En la misma tendencia se ubicó el precio de la heroína, que en 1980 costaba más de US$ 600 y en el año 2000 se conseguía en las calles a menos de US$ 50.[24] La conclusión que se extrae de

[24] Dave Bewley-Taylor, Mike Trace y Alex Stevens, *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*, Oxford, The Beckley Foundation, 2005, p. 6.

estas cifras recuerda que viente años de endurecimiento de la lucha contra las drogas y encarcelamientos masivos no han elevado el precio de las sustancias; paradójicamente, los precios se han reducido a niveles muy inferiores. Lo que sí se elevó dramáticamente fue la persecución contra los usuarios de drogas y el costo en derechos humanos de la prohibición. Lo que muestra que los fenómenos del encarcelamiento y el declive de los precios coexisten, sin que haya causalidad entre ellos, lo que significa una evidencia más de que el objetivo de la prohibición no se logró.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) reconoció que el modelo prohibicionista, amparado en una interpretación punitiva dominante de las convenciones de control de drogas de las Naciones Unidas, ha generado "consecuencias no intencionadas" de las políticas de control de drogas.[25] Entre estas consecuencias se encuentra la creación de un enorme mercado ilegal controlado por organizaciones criminales; el efecto desplazamiento de las políticas de salud pública, motivado por el incremento de los recursos a las estrategias de seguridad para reducir la oferta y combatir la criminalidad asociada a drogas; el desplazamiento geográfico o efecto globo, conforme al cual respuestas más duras en unos países o regiones pueden significar que el mercado ilícito de drogas y sus consecuencias se trasladen a otros; la emergencia de nuevas sustancias en la medida en que el control de las ya existentes se refuerza, y la persecución y marginación de los usuarios de drogas.[26]

Expertos y organizaciones de la sociedad civil han documentado muchos más daños colaterales del enfoque de "guerra a las drogas" tales como: el encarcelamiento masivo, la persecución selectiva del sistema de justicia contra eslabones débiles, la restricción en el acceso a medicamentos esenciales, la violación de derechos humanos producto tanto de las estrategias de control de la oferta como de la demanda, el aumento en la disponibilidad de sustancias cada vez más peligrosas para niños y niñas, entre otras. El caso de Colombia permite ver estos costos desproporcionados de esta guerra. Pese a ser uno de los países más disciplinados en aplicar estrategias represivas para responder al asunto de las drogas ilícitas, la eficacia de las políticas en reducir los problemas primarios de las drogas es muy pobre, con el agravante de que los problemas secundarios han sido enormes.

Al final, se trata de problemas en el núcleo de la política de prohibición de las drogas. De manera que si se aumentara la represión (algo que implica un enorme costo económico), como ha sucedido con el incremento de la encarcelación y la interdicción, el mercado de la cocaína seguiría siendo muy estable, porque el crimen organizado ha aprendido a ser resiliente a los cambios que le ha impuesto la prohibición en los últimos

25 UNODC, *World Drug Report*, Viena, United Nations Office on Drugs and Crime, 2008, p. 216.
26 *Ibid.*, pp. 216-217.

veinte años. De esta manera, la producción de hoja de coca a nivel mundial (específicamente en Bolivia, Perú y Colombia) ha oscilado, desde 1998 y 2014, entre 140 y 220 mil hectáreas. De otro lado, la producción potencial de cocaína (con 100 % de pureza) ha oscilado entre 900 y 1.200 toneladas en el periodo de 2005 a 2014.[27]

Los actores del mercado de la droga se sustituyen muy rápidamente, pues ante el vacío que deja una organización criminal (cuando un capo es capturado o la banda es desarticulada) otro grupo llega a tomar esa sección del mercado por la alta rentabilidad del negocio. En Colombia[28] se han destruido los carteles de la droga, pero esto provocó una crisis temporal de vacío de poder, lo cual generó un alza temporal en los precios, lo que se convierte en un incentivo para reemplazar a la organización desarticulada dedicada a la producción y distribución de la droga.

Las "consecuencias no intencionadas" de la guerra contra las drogas resultan ser en realidad una falla estructural de la política.[29] Estos efectos no se generaron porque se aplicaran las estrategias de una manera incorrecta, hubiera ineficiencia o porque no existiera una voluntad política de ejecutarlas. No son fallas de un modelo que se implementó mal, sino las consecuencias de una apuesta donde incluso si se hacía lo planeado se iban a experimentar estos efectos dañinos y nocivos para los derechos. El prohibicionismo no va a funcionar porque por su propia dinámica es capaz de crear efectos colaterales muy problemáticos sin reducir significativamente ni la oferta ni el abuso. Por eso, cualquier análisis no puede concluir en un éxito de esta política, que sí produce un problema de salud pública y de violación de derechos humanos. Al final, el prohibicionismo pregona que un mundo sin drogas es posible, fallando en su visión de la realidad y en los medios para alcanzar sus propios objetivos; la represión no tiene como efecto la reducción de la oferta de drogas.

### *2.1.1. La prohibición en Colombia*

En Colombia, la prevalencia del consumo de alguna droga ilícita, alguna vez en la vida, aumentó de 8,76 % en 2008 a 12,17 % en 2013.[30] Se han propinado golpes a grandes

---

27 UNODC, *World Drug Report*, Viena, United Nations Office on Drugs and Crime, 2016, p. 36.

28 Para una mayor descripción de la trayectoria histórica de la guerra contra las drogas en Colombia, ver Andrés López, "Narcotráfico, ilegalidad y conflicto en Colombia", en F. Gutiérrez, M. Wills y G. Sánchez, *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Norma-IEPRI, 2006, pp. 237-255.

29 El Reporte Mundial Alternativo de Drogas estimó que la aplicación de la prohibición global cuesta al menos US$ 100 mil millones por año, y está lejos de eliminar el uso, la oferta y la producción, ya que más de 300 millones de personas en el mundo usan drogas en la actualidad, contribuyendo a un mercado de un tamaño aproximado de UD$ 330 mil millones al año (Count the Costs, *The alternative world drug report: counting the costs of the war on drugs*, Count the Costs, 2012, p. 8).

30 Observatorio de Drogas de Colombia y Ministerio de Salud y Protección Social, *Estudio nacional de consumo de sustancias pscioactivas en Colombia*, Bogotá D.C., Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, Observatorio de Drogas de Colombia, 2013, p. 171.

capos de las drogas, pero la mafia continúa controlando un negocio muy lucrativo, con enormes costos en términos de violencia, corrupción y deterioro de las instituciones. Más de 76.000 colombianos han sido asesinados desde 1994 como consecuencia de la guerra contra las drogas.[31] Según las cifras presentadas por las propias autoridades en la XXXII Conferencia Internacional de Drogas, más de 1.787 policías y 1.500 militares han caído en el marco de las acciones antinarcóticos. El aumento en el tamaño del mercado ilegal de drogas observado entre 1994 y 2008 (de 200 % aproximadamente) explica alrededor del 25 % de la tasa de homicidios actual del país.

La prohibición, además de no haber cumplido con sus propios objetivos, ha ocasionado violaciones de los derechos humanos y daños sociales de distinta índole. En los últimos 14 años, mientras que la población carcelaria total se ha incrementado en 135 %, la población en cárceles por delitos de drogas ha aumentado 269 %, lo cual ha agravado el problema del hacinamiento carcelario. La mayoría de las personas privadas de la libertad son eslabones débiles, que han tenido escasas oportunidades y cuya participación en el negocio es marginal: el 97 % de los internos del país tienen máximo bachillerato completo y el 43 % máximo primaria. El país ha gastado cuantiosos recursos en perseguir a esta clase de perfiles, en lugar de invertirlos en políticas de prevención o en estrategias más eficaces para desmontar las organizaciones criminales, combatir el lavado de activos o la infiltración de los dineros del narcotráfico en la política. Mientras que de cada 200 ingresos al sistema penal por el delito de tráfico, porte o fabricación, 48 terminan en condena, para el caso del delito de lavado de activos, solo 1 de cada 200 termina en condena efectiva.[32]

Entre 2005 y 2014 la policía realizó 2.479.630 capturas, de las cuales 727.091 (el 29,3 %) han sido por presunto porte, tráfico o fabricación de drogas. La policía ha capturado a 80.787 personas por año por conductas de drogas, lo cual equivaldría a 221 capturas diarias o 9 cada hora, pero la mayor parte de estas capturas son contra eslabones débiles, incluso contra consumidores.[33] El país ha gastado 1.184 millones de dólares (2,37 billones de pesos a precios de 2014) en mantener en prisión a la población recluida por delitos de drogas en los últimos 14 años. Se estima que si se aplicaran alternativas al encarcelamiento para mujeres recluidas por delitos de drogas (sin concurso con ningún

31 Daniel Mejía, "Políticas antidroga en el Plan Colombia: costos, efectividad y eficiencia", en A. Gaviria y D. Mejía, *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá D.C., Universidad de los Andes, 2011.

32 Mauricio García, José Espinosa y Felipe Jiménez, *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de droga en Colombia*, Bogotá D.C., Dejusticia, 2013, p. 52.

33 Los datos sobre las capturas realizadas por la Policía Nacional fueron obtenidos a partir de una respuesta a un derecho de petición radicado por los investigadores.

otro delito) desaparecería el hacinamiento en centros de reclusión femenina que asciende de hoy al 49 %, y se liberaría un 18 % de la capacidad carcelaria.[34]

## 2.2. Beneficios y costos del enfoque de reducción del daño

Las políticas de reducción de daño ofrecen un beneficio general: permiten que las autoridades públicas aborden el consumo (problemático o no) de las sustancias psicoactivas desde un enfoque de salud pública. A partir de allí se desprenden una serie de beneficios concretos relacionados con distintas poblaciones consumidoras de drogas. El primero implica un esfuerzo por reducir los riesgos de los consumos no problemáticos a través de campañas de información sobre la composición y los efectos de las sustancias o el testeo de las drogas que se consumen y se compran en eventos públicos como conciertos, partidos de fútbol, etc.

El segundo tiene que ver con el mejoramiento de las acciones que emprenden los Estados para integrar socialmente a los consumidores problemáticos que resultaron más afectados por la estigmatización y marginalización de la política dominante. Un ejemplo son las estrategias de "Alojamiento Primero",[35] un tipo de programas enfocados en generar vivienda social para las personas que sufren de dependencia a las drogas y ausencia de hogar, con el objetivo de minimizar los impactos de estas sustancias sobre su salud. Estos programas generalmente están acompañados por un conjunto de servicios sociales y de tratamiento de la dependencia, pero quienes asisten no están obligados a tomarlos.[36]

El tercer beneficio es la reducción del crimen asociado con el consumo de drogas, ya que algunas estrategias y programas impulsados por este enfoque crean la posibilidad de que los usuarios puedan acceder a las sustancias a través de formas alternativas al mercado ilegal, lo cual los expone menos para obtenerlas y debilita el crimen organizado. Este es el caso de los Países Bajos, Alemania, Suiza, España, Dinamarca, Canadá y Australia, que en la última década dieron un paso, de los programas de sustitución e intercambio de agujas, hacia la prescripción de heroína y salas para el consumo de drogas para los grupos más problemáticos de consumidores[37] como habitantes de la calle y

---

34 Uprimny *et al.*, *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en Colombia*, Bogotá D.C., Dejusticia, 2016, p. 63.

35 Jean Croisier, "Braços Abertos en São Paulo, ¿qué podemos aprender del modelo de Alojamientos Primero?", *Blog IDPC*, 2 de diciembre de 2014.

36 El programa de "Brazos abiertos", dirigido por el gobierno de la ciudad de São Paulo, buscó dar un lugar de alojamiento a los habitantes del sector de "Cracolandia", con el propósito de acercar los servicios sociales y de salud a una población que difícilmente entraría en un hospital. Los resultados fueron muy positivos, ya que se logró incluir en algún tipo de tratamiento continuado de salud al 83 % de los beneficiarios, el 64 % ya se encuentra trabajando y el 53 % recuperó el contacto con sus familias.

37 Tom Blickman y Martin Jelsma, "La reforma de las políticas de drogas: experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", *Nueva Sociedad,* núm. 222, julio-agosto de 2009, p. 85.

personas en alto grado de dependencia. La idea de los centros de consumo controlado es garantizar una sustancia legal que les permita a las personas más dependientes evitar el síndrome de abstinencia y reducir paulatinamente el consumo.[38]

Otro beneficio palpable de las estrategias de reducción de daños consiste en la descriminalización del consumo de drogas, decisión que baja las tasas de encarcelamiento de usuarios y portadores de la dosis personal. Con esto se disminuye el sufrimiento y el costo económico de la privación de la libertad. Al final, este modelo tiene beneficios claramente identificables y es además posible dentro del marco jurídico internacional, pues las convenciones otorgan discrecionalidad a los Estados para regular el consumo. Esta flexibilidad les permite a los países adaptar las políticas de drogas a sus experiencias y realidad sociales.

La estrategia de reducción de daños, al ser un prohibicionismo flexible, plantea costos y algunas consecuencias no intencionadas. Un ejemplo de una consecuencia no intencionada es el caso del posible aumento del uso de las sustancias, que no necesariamente se ve reflejado en un incremento del abuso o de los consumos problemáticos. En especial, las estrategias de testeo de drogas podrían contribuir al incentivo del consumo, ya que aumentan el grado de confianza de los consumidores en sus *dealers* y las sustancias que venden. Pero no es una consecuencia desproporcionada y casi cualquier estrategia que tolere el consumo debe enfrentar esta objeción a la hora de la discusión política. Lo que se podría decir es que al momento de implementar cualquier estrategia al respecto se debe aplicar el principio de política pública "acción sin daño", de manera que no se generen mayores problemas de los que se quieren solucionar.

Este es un modelo de política pública inmensamente superior al modelo de la guerra contra las drogas en términos económicos, de derechos humanos y de salud pública. Sin embargo, tiene una dificultad estructural: no atiende el problema de la producción y el tráfico de estupefacientes. La reducción de daños puede ser adecuada para los contextos de consumo, porque son políticas flexibles al problema de los daños generados por la prohibición sobre los consumidores, con diferenciación de las sustancias y sus perjuicios, pero no están diseñadas para atender los costos de la prohibición sobre los escenarios de producción y tráfico.

Por ejemplo, un factor determinante de la prohibición que afectó a Medellín fue la creación de un mercado que sustentó el poder político, económico y militar de varias organizaciones armadas que se han disputado la ciudad en las últimas tres décadas. La

38 A pesar de que la JIFE ha condenado estos centros de consumo controlado (Blickman y Martin Jelsma, *op. cit.*, p. 86), en este tipo de servicios existe una producción lícita de sustancias (heroína especialmente) ya que se hace con fines médicos, y las convenciones solo penalizan la producción para fines recreativos o aquellos que son diferentes a los tratamientos médicos.

reducción de daños no ayuda a disminuir el mercado ilegal que financia a estos grupos en Medellín, pero sí es un instrumento muy positivo en ciudades cuyo principal tema con las drogas es el consumo, como Ámsterdam y las demás ciudades europeas. Esto no quiere decir que no haya crimen organizado en Europa, lo que pasa es que la expresión de su poder es mucho menor que en Colombia.

### 2.3. Beneficios y costos de la regularización

Un mercado regulado de sustancias (que incluya drogas duras como la cocaína, la heroína y otras sintéticas) tiene la potencialidad de corregir muchos de los errores que cometieron los Estados aplicando las convenciones de drogas bajo una interpretación en extremo restrictiva. Básicamente, los beneficios de este modelo están en la misma dirección de la reducción de daños, pero se proyectan hacia las otras fases del fenómeno. Con respecto al consumo, integra a los diferentes tipos de usuarios y reduce el crimen asociado al consumo de drogas, pues hace uso de estrategias de salud pública y atención psicosocial en instancias no judiciales o sancionatorias. También ayuda a aminorar las tasas de encarcelamiento de expendedores y productores de pequeña escala, al implementar programas de alternativas a la prisión y centrar el ejercicio de la acción penal en las principales cabezas del crimen organizado, especialmente en aquellas personas dedicadas al lavado de activos, el testaferrato y el tráfico a gran escala.

El beneficio adicional que tiene esta propuesta de política regulatoria es la reducción significativa de los impactos de la economía ilegal, la violencia y la corrupción asociada a las fases de la economía de las drogas.[39] Al regular toda la cadena de negocio, el Estado puede mejorar efectivamente el control de las sustancias, ayudando a cultivadores, pequeños transportadores y expendedores de menor escala a incorporarse a la formalidad. Todo esto quita valiosos recursos al crimen organizado y a los carteles del narcotráfico. Por supuesto, en países exportadores de drogas la regulación no tendrá un impacto directo en el mercado ilegal, y podría subsistir con altos ingresos debido a que las zonas consumidoras como Estados Unidos y Europa pueden mantener en la ilegalidad las sustancias que allí se producen.

Falta estudiar mejor los efectos de un mercado regulado en el crimen organizado, y por ahora se puede decir que no hay suficiente evidencia empírica que nos permita asegurar que las bandas asociadas al narcotráfico se van a debilitar económicamente

[39] No es posible eliminar todos los fenómenos de ilegalidad. Tal como sucede con el alcohol, pueden presentarse bandas de contrabandistas de sustancias psicoactivas. La diferencia es que este mercado no termina siendo tan poderoso como el que existe ahora. Al final, el Estado se guarda el derecho de ejercer la acción penal en contra de las personas que participen en estas actividades ilícitas.

con la regularización si esta es desarrollada unilateralmente por algún país, mientras se mantiene la prohibición a nivel internacional y en otros países. Por el contrario, si hay una regularización concertada es obvio que el poder de las organizaciones criminales asociadas al narcotráfico se reduciría notablemente puesto que el mercado legal de esas sustancias desplazaría al mercado prohibido que hoy existe.

Adicional a la mencionada regulación estricta al tabaco, hay pocos experimentos de regulación de toda la cadena de alguna sustancia psicoactiva. Ya se presentó el caso de la creación del mercado de marihuana en Colorado, y se mencionó que algunos estados de Estados Unidos dieron un paso gigante al "terminar la guerra contra el cannabis". Ahora se hace referencia a la ley que aprobó el Congreso uruguayo a finales de 2013 sobre la regulación estricta de los usos médicos, científicos y recreativos de esa planta.[40] A partir de esta ley, el Estado uruguayo tiene control y potestad para regular/fiscalizar la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución de la marihuana y sus derivados. La prevención del abuso de drogas está orientada a la promoción de una vida saludable en términos de la OMS,[41] y a campañas educativas sobre los efectos, peligros y particularidades del consumo de la sustancia. En el 2013, se estimaba que el mercado ilegal de marihuana en Uruguay generaba US$ 30 millones[42] al año, por lo que la apuesta de la ley fue redirigir estos recursos a la salud, educación, tratamientos y campañas de prevención.

Aunque la implementación de la ley ha tenido serias dificultades burocráticas, especialmente en el modelo de acceso a través de farmacia, la regulación ha beneficiado a muchos usuarios (que autocultivan o pertenecen a algún club cannábico) pues redujo la criminalización y estigmatización de las personas asociadas al consumo de marihuana. No se tiene un análisis oficial de los resultados que a la fecha arroja, pero es necesario pensar que uno de los objetivos centrales de la ley no es promover el consumo, sino reducirlo paulatinamente a través de la educación y las campañas de información sobre los efectos de las sustancias.

---

40 El acceso a la marihuana para uso recreativo se concibió bajo tres modalidades: i) el autocultivo de hasta seis plantas hembras y una recolección anual de hasta 480 g; ii) la asociación a clubes cannábicos conformados por entre 15 y 45 personas, habilitados para plantar hasta 99 plantas; y iii) la venta en farmacia con licencia del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA). Para acceder a cualquier modalidad el usuario debe prestar una declaración jurídica e inscribirse en el IRCCA a una de las opciones, sin que luego pueda cambiarse. Quienes hayan optado por el autocultivo no pueden distribuir de ninguna manera la sustancia a otras personas, así como los clubes cannábicos tampoco pueden poner a disposición de personas ajenas al club los productos de su cultivo. Solo las farmacias pueden vender a los ciudadanos que estén debidamente inscritos.

41 Guillermo Garat, *Implicancias de la regulación del cannabis en Uruguay*, Montevideo, Friedrich Ebert Stiftung, 2013, p. 9.

42 Regulación responsable. ¿Por qué apoyar la regulación de la marihuana? Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VJNP_NTNngA.

Como se dijo, un costo posible de los modelos que toleran el consumo es el incremento del uso de las sustancias; sin embargo, el mercado puede ser regulado de tal forma que en el largo plazo se puede presentar una reducción del mismo. En el corto plazo es natural que exista un incremento, porque más personas van a poder adquirir una sustancia de manera legal y querrán experimentar. Después de un tiempo, el consumo se puede estabilizar, así como pasó con el alcohol luego de la superación de la prohibición, donde se pudo ver que el consumo no aumentó de manera desproporcionada. Al final no hay argumentos empíricos sólidos para pensar que con la regulación de las sustancias va a haber un gran incremento del consumo, precisamente porque la idea de un mercado regularizado es abastecer a los usuarios habituales y evitar que el uso de las sustancias continúe incrementando, por medio de políticas de prevención, como campañas educativas o impuestos altos para desestimular el consumo, y prohibiendo la publicidad y las medidas comerciales agresivas.

La regulación genera impuestos a favor del Estado como una medida de desincentivar el consumo y atender los posibles impactos en la salud generados por él. Sin embargo, la existencia de un mercado ilegal resalta la necesidad de ponderar entre estas medidas y el objetivo de reducir el tamaño de ese mercado. Se tienen que hacer ajustes si se quiere combatir el contrabando, ya que no se pueden imponer impuestos demasiado altos que no hagan competitivos los precios legales respecto de las sustancias, pues se tendría como efecto no deseado el crecimiento del mercado ilegal.

### 2.4. Costos y beneficios de la liberalización

El modelo de la liberalización de las sustancias privilegia la autonomía personal y confía en el poder regulatorio del mercado para contrarrestar los efectos nocivos del uso de drogas. En un principio, este modelo tiene la mayoría de los beneficios que se pueden experimentar con el modelo de regulación. Es decir, se promueve la no estigmatización o la no discriminación en razón del uso de ciertas sustancias y la reducción del crimen asociados al uso de las sustancias, la reducción del encarcelamiento y de los riesgos a la salud asociada con la ilegalidad de las drogas, y reducción del grueso de la economía ilegal, incluyendo la violencia y corrupción asociada a la producción, el tráfico y el consumo. En síntesis, este modelo también reduce los problemas secundarios generados por la política actual.

La liberalización de las sustancias genera dos situaciones problemáticas. En primer lugar, la apuesta por un mercado basado en el ánimo de lucro permite que la libertad y legalidad de la producción de sustancias genere incentivos para expandirlo cada vez más. En este sentido, si no se tienen medidas para prevenir el consumo, ni restricciones

a la oferta, es probable que exista un incremento del uso y abuso de las sustancias, lo que significa el riesgo de un aumento de los problemas primarios. Un segundo aspecto que genera dificultades es la confianza en el poder regulatorio del mercado, ya que puede producir contradicciones en la implementación de medidas de salud pública, por ejemplo, la limitación de la publicidad, el control a la promoción abierta al consumo o la venta de nuevas sustancias psicoactivas, cuyos efectos no están plenamente identificados. Un ejemplo de esta política es la que muchos países tenían frente al tabaco antes del Convenio Marco de la OMS para su control, cuyos efectos fueron catastróficos en términos de salud pública.

Ya en los análisis sobre marihuana en Colorado se tienen algunas pistas de los efectos nocivos que podría tener este modelo de comercialización de libre mercado. Desde la expedición de la ley que permite la venta legal de la marihuana, el promedio de tetrahidrocannabinol (THC) se ha incrementado a 18,7 %, ampliamente superior al promedio de 10 % de THC concentrado en la marihuana que se comercializaba de manera ilegal antes del año 2000.[43] Esto es un augurio de que la marihuana que se producirá en el mercado legal de Colorado y Washington será la más potente del planeta. En algunas ocasiones, la sustancia ya alcanza el 30 % de concentración de THC. No hay certeza de cuáles serán los impactos en el desarrollo de enfermedades psicológicas sobre los consumidores, pero la alta concentración de este elemento se plantea como una situación que puede generar problemas.

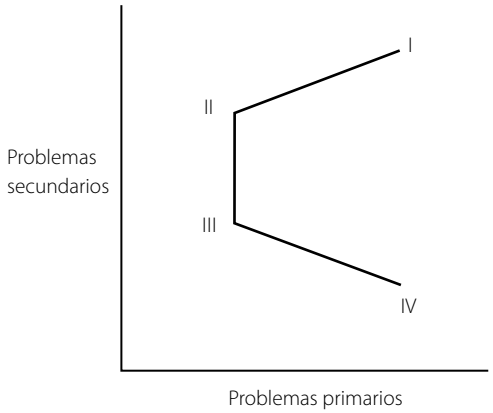
## 3. Conclusión

De un lado, una política de drogas debe estar encaminada a limitar el abuso de sustancias psicoactivas, sin que el objetivo principal sea eliminar su consumo, ya que los usos son legítimos en un Estado de derecho en virtud de la autonomía personal, y la mayor parte de los usos no plantean problemas ni para el usuario ni para terceros.[44] De otro lado, teniendo en cuenta que las políticas de control tienen a su vez costos y afectaciones para la sociedad y para las personas, una buena estrategia debe minimizar los problemas secundarios como la criminalidad, la violencia y la estigmatización relacionadas con el mercado ilegal de drogas. En el mismo sentido, una política de drogas con perspectiva de derechos humanos es aquel conjunto de estrategias que abordan los problemas de producción, tráfico y consumo de un grupo de sustancias teniendo como propósito

43 Neener, *op. cit.*, p. 47.

44 Incluso, se podría decir que la política pública debería salir de la visión negativa de los estupefacientes, para dar un lugar a aquellas experiencias positivas del consumo, ya sea si se las usa en rituales, como manera de recreación o por razones médicas.

**FIGURA 1. Problemas primarios y secundarios de los modelos de regulación frente a las sustancias psicoactivas**



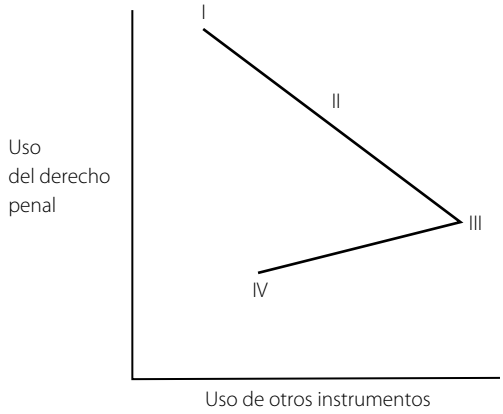

**Fuente**: elaboración propia con base en Uprimny (2003).

central el cumplimiento de las obligaciones en derechos humanos (civiles y sociales) que los Estados han adquirido tanto en el nivel internacional como en su legislación interna.

La figura 1 expresa el comportamiento de los modelos de acuerdo con la reducción de daños primarios y secundarios, mientras que la figura 2 da cuenta del uso que hace cada modelo de los instrumentos de política pública y derecho penal. Entre los modelos expuestos, el de perspectiva de "guerra a las drogas" no ha resultado eficaz para reducir los problemas primarios, pero sí ha ocasionado un incremento enorme de problemas secundarios. Además, se concentra en el uso del derecho penal y descuida las respuestas en salud pública a los problemas generados por el abuso de las sustancias. En la otra orilla, el modelo de liberalización del mercado de drogas, si bien podría reducir sustancialmente los problemas secundarios de las políticas prohibicionistas, puede no ser el que permita contener mejor los problemas primarios, pues no habría siquiera una regulación especial de ese mercado, ni tampoco se dedicarían muchos recursos a las estrategias preventivas o de salud, por cuanto la opción por el mercado y sus bases filosóficas (el énfasis exclusivo en la libre opción) dificultan que el Estado prevenga los consumos o abusos.

Las estrategias óptimas parecerían ser, entonces, las opciones intermedias: los modelos de reducción de daños y de regularización. El primero de ellos tiene limitaciones importantes, pues no modifica la ilegalidad de la producción y el tráfico de drogas, dejando en enorme desventaja a los territorios productores y de tránsito. Con ello se mantiene uno de los problemas secundarios más graves de las políticas vigentes: la presencia de poderosas organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estas sustancias ilegales.

**FIGURA 2. Instrumentos de la política de drogas según cada modelo**




**Fuente**: elaboración propia con base en Uprimny (2003).

Por eso, si el mercado ilegal es uno de los mayores costos del actual prohibicionismo, los modelos de reducción de daños, concentrados en la fase de uso y abuso, no son suficientes ya que no sugieren la necesidad de poner en cuestión la prohibición misma, y pensar en estrategias alternativas frente a las drogas capaces de eliminar también ese efecto perverso. De allí que se crea que el modelo de regularización parecería ser el único capaz de reducir progresivamente los problemas secundarios, conteniendo los problemas primarios a través del uso de muchos instrumentos de política pública para dar un tratamiento integral al fenómeno, por ejemplo, el desincentivo del consumo a través de la imposición de tributos a los productos.

La reforma a la política de drogas puede mantener una discusión en dos ámbitos. De un lado, el ámbito político parece debatirse en la flexibilización de la prohibición, con medidas que atenúen los daños del abuso de drogas, promuevan alternativas al encarcelamiento para las personas que se encuentran en la base del negocio del narcotráfico, y la reducción de cualquier tipo de criminalización o estigmatización de consumidores. De otro lado, el ámbito académico y científico se mueve hacia la discusión de la regulación o legalización de los mercados. El proceso preparatorio de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2016 (Ungass 2016) demostró que el consenso en torno a las estrategias que se han implementado en las convenciones de drogas (y que se reforzaron en las dos Ungass sobre drogas anteriores, celebradas en 1990 y 1998) sufrió rupturas.

En el mediano plazo hay una posibilidad real de cambiar la política frente a la marihuana, debido a que la legalización o regulación de mercados en Estados Unidos y

Uruguay significaron un cierre parcial[45] de la guerra contra las drogas en esos países. Sin embargo, el avance de las transformaciones en otros países y otros contextos dependerá de los éxitos y fracasos de estas iniciativas. Por eso, los resultados e impactos de estas experiencias reguladoras deberán ser un foco de atención para construir evidencia que permita mejorar el debate político y académico sobre la política de drogas y sus reformas.

Promover la idea de que la regulación es mejor que la prohibición para salir de un mercado libre pero ilegal donde el Estado es incapaz de regular las sustancias y los precios, capturar impuestos, atender los problemas asociados al consumo de manera integral y evitar la disponibilidad de drogas a menores de edad no es una tarea fácil. La opinión pública sigue considerando a todas las drogas ilegales de una manera muy negativa, lo que seguirá siendo usado por sectores políticos para lograr apoyo electoral, obstaculizando cualquier reforma por pequeña que sea. Es necesario seguir luchando de manera democrática por políticas de drogas que sean más eficaces socialmente, en términos de reducción de los abusos de sustancias psicoactivas, pero al mismo tiempo más humanas frente al innecesario sufrimiento que han ocasionado en este campo las políticas de represión acentuada.

## Bibliografía


Becker, Howard, *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, México D.F., Siglo XXI, 2014.

Bewley-Taylor, Dave, Mike Trace y Alex Stevens, *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*, Oxford, The Beckley Foundation, 2005.

Blickman, Tom, "El resultado de las elecciones holandesas y los *coffee shops*", *Transnational Institute: drugs and democracy*, núm. 14, septiembre de 2012.

Blickman, Tom y Martin Jelsma, "La reforma de las políticas de drogas: experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", *Nueva Sociedad,* núm. 222, julio-agosto de 2009, pp. 81-103.

CEDD, *Mitigando la adicción punitiva: alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas*, México D.F., Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015.

Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, *Lineamientos para un nuevo enfoque de la política de drogas en Colombia. Informe final,* Bogotá, 2015.

Count the Costs, *The alternative world drug report: counting the costs of the war on drugs*, Count the Costs, 2012.


45 Parcial porque las demás sustancias "duras", como la cocaína, la heroína, los opioides y las drogas sintéticas siguen sometidas a una prohibición estricta que continúa generando los impactos negativos de la guerra contra las drogas.

Croisier, Jean, "Braços Abertos en São Paulo, ¿qué podemos aprender del modelo de Alojamientos Primero?", *Blog IDPC*, 2 de dicimbre de 2014.

Garat, Guillermo, *Implicancias de la regulación del cannabis en Uruguay*, Montevideo, Friedrich Ebert Stiftung, 2013.

García, Mauricio, José Espinosa y Felipe Jiménez, *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de droga en Colombia*, Bogotá D.C., Dejusticia, 2013.

Global Commsision on Drugs Policy, *The negative impact of drug control on public health: The global crisis of avodaible pain*, Global Commsision on Drugs Policy, 2015.

Hari, Johan, *Chasing the scream: the first and last days of the war on drugs*, New York, Bloomsbury, 2015.

Harm Reduction Coalition, *Alternatives to public injecting*, New York, Harm Reduction Coalition, 2016.

Hulsman, Louk, "La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión", *Nuevo Foro Penal*, núm. 35, febrero de 2012, pp. 236-256.

IDPC, *Guía sobre política de drogas,* International Drug Policy Consortium, 2016.

López, Andrés, "Narcotráfico, ilegalidad y conflicto en Colombia", en F. Gutiérrez, M. Wills y G. Sánchez, *Nuestra guerra sin nombre: transformaciones del conflicto en Colombia*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Norma-IEPRI, 2006, pp. 237-255.

Mejía, Daniel, "Políticas antidroga en el Plan Colombia: costos, efectividad y eficiencia", en A. Gaviria y D. Mejía, *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá D.C., Universidad de los Andes, 2011, pp. 69-90.

Musto, David, *The American Disease: Origins of Narcotic Control,* New York, Oxford University Press, 1999.

Nadelmann, Ethan, "Global Prohibition Regimes: The Evolution of norms in international society", *International Organization,* vol. 44, núm. 4, 1990, pp. 479-526.

Neener, Michael, *Assessing the cannabis legalization debate: lessons learned fromthe Colorado and Washington experiment*, Monterrey (California), Naval Postgraduate School, 2016.

ODC y MSPS, *Estudio nacional de consumo de sustancias pscioactivas en Colombia*, Bogotá D.C., Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Salud y Protección Social, Observatorio de Drogas de Colombia, 2013.

OPS y OMS, *Informe sobre el control de tabaco en la región de las Américas: a 10 años del Convenio*, Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, 2016.

Thoumi, Francisco, *Reexamen de las bases "médicas y científicas" en la interpretación de las convenciones internacionales de drogas: ¿será que el "Régimen" está desnudo?,* Bogotá D.C., Friedrich Ebert Stiftung, 2016.

UNODC, *World Drug Report*, Viena, United Nations Office on Drugs and Crime, 2008.

_____, *World Drug Report*, Viena, United Nations Office On Drugs and Crime, 2016.

Uprimny, Rodrigo, "El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia", en B. de Sousa, *El caleidoscopio de las justicias: análisis socio-jurídico*. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2001, pp. 371-414.

_____, *Drogas, derecho y democracia*, Mamacoca, 2003.

Uprimny, Rodrigo, Diana Guzmán y Jorge Parra, *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina*, Bogotá, Dejusticia, 2012.

Uprimny, Rodrigo, Margarita Martínez, Luis Cruz, Sergio Chaparro y Nina Chaparro, *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en Colombia*, Bogotá D.C., Dejusticia, 2016.

West African Commission on Drugs, *Not Just in Transit. Drugs, the State and Society in West Africa*, 2013.

# ALGUNAS IDEAS CENTRALES EN TORNO A LAS DINÁMICAS Y LA EVOLUCIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN AMÉRICA LATINA

**Ricardo Soberón Garrido**

**RESUMEN.** Este ensayo parte de entender la dificultad del escenario de la seguridad y la gobernanza en América Latina, con islotes de territorios sin Estado, inmensos barrios marginados, frecuentemente con instituciones muy débiles, pero sobre todo, la profusión de la corrupción en la conducción de los asuntos públicos. Asumiendo algunas ideas preliminares sobre el concepto y su alcance, busca brindar un panorama de la situación de la región y el hemisferio, con miras a la reducción de la violencia/inseguridad objetiva, y de aquel discurso tremendista que hoy impide trabajar con inteligencia en contra del verdaderamente complejo crimen organizado.

**Palabras clave:** tráfico, criminalidad, seguridad ciudadana, reforma.

**ABSTRACT.** This essay begins with an understanding of the difficult security and governance scenario in Latin America, with islets of stateless territories, immense slums, frequently with very weak institutions, but above all, the profusion of corruption in the conduct of public affairs. Assuming some preliminary ideas about the concept and its scope, it seeks to provide an overview of the situation in the region and hemisphere, with a view to reducing the violence/objective insecurity, and the alarmist discourse that today prevents working intelligently against truly complex organized crime.

**Keywords:** Trafficking, criminality, citizen security, reform.

## 1. Un diagnóstico sombrío

Para conocer las dinámicas y la evolución del crimen organizado hay que partir por reconocer la existencia de factores comunes al escenario global internacional que han favorecido la aparición y el crecimiento de este fenómeno en sus distintas formas y

manifestaciones (sea por el tamaño, el área de las operaciones o el sector).[1] Es el caso de la forma como se ha conducido la globalización humana que ha permitido y facilitado el libre tránsito de bienes y servicios, así como fenómenos migratorios de distinta índole que son acompañados de procesos económicos no siempre legales. Otros casos de factores provenientes del escenario global que impulsan formas de criminalidad organizada son el proceso de desregulación financiera, la apertura y el libre comercio, y la adopción de espacios de integración regionales. Todos estos instrumentos comerciales han abonado el terreno para el crecimiento de diversos comercios y tráficos, entre ellos el narcotráfico de un número importante de sustancias psicoactivas, tanto de origen natural como sintético, demandadas por millones de personas. Las actuales disputas políticas entre el presidente Trump de Estados Unidos y el presidente Peña Nieto de México por las consecuencias del flujo migratorio mexicano, la militarización y la construcción del muro fronterizo, así como la corresponsabilidad por el tráfico de drogas (oferta/demanda), son ejemplos de las consecuencias de fenómenos globales en asuntos domésticos. Mientras no entendamos a cabalidad que la promoción cultural y política del comercio de bienes y servicios en general no puede ser restringida por cuestiones de orden ético ni moral, estaremos actuando en el vacío. En ese sentido, la prohibición y el uso del derecho penal nacional e internacional, solo debe circunscribirse a los grandes negocios del narcotráfico y sus patrimonios ilícitamente obtenidos, y no a los espacios sociales que se encuentran en los extremos: 247 millones de usuarios[2] y de campesinos productores.

Como observa la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal),[3] después de 25 años de crecimiento debido a la demanda global de materias primas, y pese a los datos que señalan la disminución de la pobreza y la indigencia en la subregión, la economía de la región se detiene y desacelera, sin haber resuelto la inequidad ni la falta de oportunidades, con crecientes olas de tensión y conflicto social. Un ejemplo son los países de América Central, que además de ser fuente de la migración hacia Estados Unidos, siguen siendo la región más violenta del mundo que no está en conflicto armado abierto o declarado. Llaman la atención los casos de El Salvador y Honduras, donde en 2014 se redujo el número de homicidios pero aumentó el de masacres. En ese mismo año, en México hubo 19.669 homicidios (tasa de 16/100.000) y Brasil está por los 60.000 asesinatos anuales. La militarización de las políticas de seguridad como respuesta

1 InSight Crime, *Game Changers, Tracking the Evolution of Organized Crime in the Americas 2015*, InSight Crime Foundation. Disponible en: http://www.insightcrime.org/images/PDFs/2015/GameChangers2015.pdf.

2 UNODC, *Informe mundial sobre las drogas*, ONU, 2016. Disponible en: https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WDR_2016_ExSum_spanish.pdf.

3 Cepal, *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, Santiago, ONU, diciembre de 2016. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40825/91/S1601333_es.pdf.

del Estado suele ser tentadora pero no parece tener buenos resultados para detener la escalada de violencia.[4] Al mismo tiempo, aparece la tremenda amenaza de la (in)seguridad por la conversión de actores armados y su posible transición en las denominadas Bacrim (bandas criminales), como consecuencia de la desmovilización y el desmantelamiento de los frentes guerrilleros, como sucede en Colombia.[5]

Igualmente, en los últimos años, distintos grados de corrupción han penetrado a todas las instituciones de los partidos políticos y de los Estados progresistas y liberales, de modo nunca antes visto. En todo el hemisferio se visibilizan megacasos de corrupción asociada con la política pública y el quehacer del Estado, como lo revela el reciente caso "Lava Jato", los narcoindultos en varios países andinos, o el tráfico de influencias desde el Estado y sin importar el origen político. Esto no solamente enturbia la gestión pública en general, y destruye trayectorias específicas de personalidades políticas, sino que desfavorece el buen funcionamiento del Estado de derecho pues genera la sospecha y la desconfianza ciudadana, convirtiéndose en un lastre para el desarrollo sostenible de los países de América Latina. Ni la ética revolucionaria de los países de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), ni la mano invisible del mercado en el caso de los países liberales, han podido evitar el profundo impacto de la corrupción en el aparato público.

No obstante, la amenaza diaria de la gente de la calle en las ciudades de América Latina es la delincuencia común, el arrebato cotidiano. Nos encontramos ante un verdadero dilema, pues no solo estamos apuntando mal en la priorización de las políticas y estrategias: las instituciones del Estado no han podido resolver ni el problema cotidiano de la inseguridad, ni el problema estructural de la ausencia de oportunidades, o el favorecimiento del alto crimen organizado.

## 2. La situación del tráfico de drogas

El cambio de paradigma en el tema narcotráfico y drogas a partir de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2016 (Ungass 2016), resulta en este sentido muy novedoso. Muchas instituciones prestigiosas y prácticas estatales en Estados Unidos, Europa, Uruguay y Bolivia lo apoyan; quizá solamente el mundo islámico, los países de Asia y África no tienen certeza o están en contra de alguna posibilidad de reforma de políticas públicas. Instituciones académicas tales como el London School of

4 Global Initiative against Transnational Organized Crime. Disponible en: http://globalinitiative.net/.

5 María Victoria Llorente *et al*., "One goal, two struggles: Confronting crime and violence in Mexico and Colombia", *Woodrow Wilson Center Reports on the Americas*, núm. 32, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2014. Disponible en: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Colombia_Mexico_Final.pdf.

Economics, la Fundación Friedrich Ebert,[6] diversas comisiones asesoras científicas en Argentina, Guatemala y Colombia advierten el poco éxito de la fórmula prohibicionista y urgen por cambios concretos en el énfasis criminal.

Luego vendría la Declaración Unasur de agosto de 2015,[7] la misma que constituye un consenso de doce países basado en el respeto de los derechos humanos, la evidencia científica y la aceptación de nuevos enfoques, así como la declaración de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac),[8] y debates en diversos foros académicos y políticos.[9] Estos nuevos enfoques están basados en los derechos humanos y en nueva evidencia, y aunque los países de América Latina han dado su aceptación al respecto,[10] aún subsisten trabas que impiden tener mejores miradas a una parte del problema.

Este puede ser el caso de una de las regiones productoras de coca más grandes del mundo, el Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem) en el Perú,[11] donde subsiste la convergencia del fenómeno del narcotráfico y los remanentes de la subversión de Sendero Luminoso. Otra característica que debe considerarse al momento de diseñar políticas de Estado es la transversalidad de los tráficos ilícitos, sean armas/municiones, drogas, combustible, todas las formas de contrabando transfronterizo, madera y otros recursos naturales, incluso de personas y capitales. Todos ellos contratan distintos tipos de servicios, dependiendo el rubro donde se mueven. Un ejemplo de esto es el transporte, el almacenamiento y la oferta de seguridad, todos servicios necesarios en estas redes comerciales ilícitas, cualquiera sea su objeto.

Para operar en conjunto contra tales organizaciones complejas, el subsistema criminal, que debe encargarse de investigar, acopiar y sistematizar toda la información disponible, y estar atento a la primera comisión de un delito complejo por parte de una organización o de algunos de sus miembros o células, debe ser articulado, coherente y

---

6 Observatory on Organized Crime and Democratic Governance in Latin America and the Caribbean, *Position paper on drug policy reform*, Ciudad de México, FES, 2016. Disponible en: http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12152.pdf.

7 Unión de Naciones Suramericanas, *Visión regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de la Unasur para Ungass 2016*, II Reunión Extraordinaria del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas (CSPMD), Montevideo, Unasur, 31 de agosto de 2015.

8 Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), *Declaración de Santo Domingo*, III Reunión Ministerial sobre el Problema Mundial de las Drogas de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), Santo Domingo, República Dominicana, 3 y 4 de marzo de 2016.

9 Centro de Estudios sobre Seguridad y Drogas (Cesed), *Nuevos retos de la política antidrogas de Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

10 Organización de los Estados Americanos, *Declaración de Antigua, Guatemala por una política integral frente al problema de las drogas*, Antigua, 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-010

11 Ricardo Soberón Garrido, "El Vraem de los Humala", en Toche Medrano *et al*., *La divina tragedia*, Serie Perú Hoy, Lima, Desco, 2015a, p. 157.

coordinado. Hay académicos que refieren como causas de su falta de funcionamiento a la ausencia de justicia y la corrupción.[12] Es que precisamente lo que ha caracterizado a los sistemas de policía y de justicia penal en América Latina es que han operado frecuentemente en competencia antagónica o en oposición.

Lo que se necesita es tener claro el panorama delictivo de estas organizaciones, hacer una prognosis, ruta de trabajo, un mecanismo de penas propuestas/negociadas y un sistema especial de justicia que permita abordar con exclusividad, certeza y eficacia estos casos complejos. Pero además, no pueden ocurrir en nuestros sistemas políticos los espacios de poder, los vacíos que permiten el ingreso del crimen organizado.

El más importante esfuerzo realizado desde la cooperación internacional norteamericana contra el crimen organizado es la Iniciativa Mérida, lanzada en el 2007, por US$ 2.500 millones hasta el 2015. A comienzos del 2016 se presentó el Plan Paz Colombia, propuesta del posconflicto (US$ 450 millones). No creemos conveniente la creación de nuevas "guerras" contra el crimen, no es beneficioso como modelo de gestión de la seguridad hemisférica. Hay un nuevo reto para la cooperación internacional consistente en cómo darle contenido concreto a las demandas y los intereses de la gente, en nuestro caso, a los jóvenes que no tienen empleo, sean de familias campesinas o de familias marginales urbanas.

Esto implica mejorar la capacidad y los recursos de los organismos de control y de política criminal, lo cual ha sido subsidiario y es estratégico en el Estado. Es el caso de las procuradurías, las defensorías, las inspectorías en cada institución, las veedurías ciudadanas, el sistema de control mismo, que deben funcionar sincronizadamente en su capacidad de articularse y coordinarse. En especial, para establecer toda la información sobre una determinada estructura económico-delictiva a nivel bancario, patrimonial, de operaciones, acciones y movimiento migratorio. En este sentido, la certeza y la reserva de la información obtenida deben ser primordiales.

## 3. La maraña de redes

Los carteles han evolucionado, pasando desde los de primera generación, los *baby* carteles, hasta las estructuras actuales, mucho más sofisticadas. Como refiere Duncan: "A diferencia de las empresas capitalistas legales, la producción de drogas no presenta sus mayores contradicciones en la relación entre capital y trabajo. Los empresarios del

12 Pedro Trujillo Álvarez, "Caracterización de los tipos de criminalidad e índices de violencia regional. Causas y consecuencias", en Sonia Alda Mejías y Susana de Sousa Ferreira (eds.), *La multidimensionalidad de la seguridad nacional. Retos y desafíos de la región para su implementación*. Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015, pp. 129-169. Disponible en: http://www.cenae.org/uploads/8/2/7/0/82706952/libro_seg_multidimensional_iugm.pdf.

narcotráfico, cuando lo requieren, pueden pagar salarios altos porque los precios son muy superiores a los costos".[13]

La estructura actual está compuesta por un innumerable conjunto de redes que intervienen e interactúan en la medida de lo posible y compiten económicamente. Se dedican a múltiples actividades ilegales que incluyen diversas modalidades de comercio ilegal, tráfico de personas, de oro, de recursos, de influencias, de dinero, de armas. Tenemos los casos recientes de reconversión productiva, o de transformación de negocios ilícitos en Colombia, a propósito del cese del conflicto armado y el proceso de paz con paramilitares y con las FARC: de Megateo, Pijarbey, y la banda de Los Urabeños, hasta el actual Puntilla Pachón, en la región del Magdalena Medio. Una enseñanza, pues, radica en entender la multiplicidad de actividades y la permanente configuración y modificación de las estructuras criminales.

En orden de su magnitud, tenemos desde numerosas "bandas" callejeras en los distritos de nuestras ciudades, hasta un número menor de organizaciones transnacionales que operan a nivel global. Tomemos un caso, el eje de trasiego de drogas entre la región del Vraem y el oriente boliviano con destino a las "cracolandias" ubicadas en megaciudades del sureste de Brasil.[14] Se muestra con la intensidad de narcoavionetas bolivianas compradas en Miami (65 durante el año 2015), así como el funcionamiento de escuelas de pilotos civiles que forman parte de las tripulaciones de avionetas que trasladan droga del Vraem a Santa Cruz en Bolivia. La importancia del cartel de Sinaloa en el mercado internacional de varias drogas ilícitas es reconocida por la Drug Enforcement Administration (DEA): trasciende la presencia de capos como el actualmente detenido y extraditado Chapo Guzmán y se expresa, por ejemplo, en la forma como se trasladan las jefaturas y las herencias de los patrimonios y estructuras criminales, teniendo como factor desencadenante el reinicio de la epidemia de heroína mexicana en Estados Unidos. En el mediano plazo, el gran problema de criminalidad organizada se resuelve con medidas de regulación de mercados, acompañadas de adecuadas políticas preventivas y de salud pública. Podemos decir enfáticamente, a partir de experiencias en Tamaulipas, Michoacán, en México, o el Vraem en Perú, que la militarización de la política de drogas no es una buena herramienta para combatir al crimen organizado. Como refiere el US

13 Gustavo Duncan, "Más que plata o plomo. El poder político del narcotráfico en Colombia y México", *Debate*, noviembre de 2014, p. 39.

14 Ricardo Soberón Garrido, "Vraem: narcotráfico, terrorismo y militarización", en Werner Jungbluth M. (comp.), *Perú hoy. El Perú subterráneo*, Lima, Desco, 2013; Soberón, 2015a, *op. cit*.

Department of Homeland Security: "La remoción de personal clave no tiene un impacto perceptible en los flujos de la droga".[15]

Otra característica se refiere a que solemos ver la criminalidad organizada "desde fuera del Estado", al otro lado de la vereda, cuando la experiencia de la Comisión de la Narcopolítica en Perú (diciembre 2015) indica que este, desde hace mucho, ha penetrado las estructuras del Estado, sus poderes, sus cargos, mejor dicho, narcos y Estado conviven juntos. Allí surgen los problemas presentes en nuestra democracia de cooptación de organismos, como lo muestra el caso Oropeza en el Perú.[16] El tráfico de influencias para la ejecución del presupuesto es un nivel, pero puede estar acompañado de complejas operaciones financieras. Esto va de la mano con la aparición de diversas formas de impunidad legal o política.

A nivel de la sociedad debe terminarse con la extendida cultura de la impunidad en cualquiera de sus manifestaciones que prolifera en América Latina; este es un tema crucial que no está presente en las agendas públicas, pero se convierte en un factor indispensable para desmantelar al crimen organizado. Trátese de la cifra negra de los que no denuncian por desconfianza, la existencia de los fueros privativos y el secretismo militar que ha figurado siempre en la conducción de tales asuntos y con mayor razón cuando van dirigidos a la guerra contra las drogas,[17] la falta de acceso a la justicia por motivos geográficos o de lenguaje, o los casos de corrupción extendida por cuestiones políticas o económicas. Lo cierto es que el grado de anomia existente en las relaciones sociales, económicas y políticas es muy grande, y permite los niveles de exceso que ocurren en la actualidad: roba pero hace obra, el plagio es permitido.

## 4. El caso "Lava Jato" frente a "Lava Narco" en el Perú

La magnitud de la corrupción generada por las empresas brasileñas de la construcción en América Latina se produjo a través de un complejo modelo de otorgamiento de obras públicas y la entrega de millones de dinero por medio de otra estructura financiera. Esto

15 Peter Andreas, "We will miss El Chapo: he has easy to blame for our drug war failures", *The Guardian,* 12 de enero de 2016. Disponible en: http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jan/12/el-chapo-capture-failures-of-drug-war-mexico-us.

16 Nos remitimos a las investigaciones realizadas en el Perú. El caso Oropeza hace referencia a una familia migrante al mayor distrito de Lima, San Juan de Lurigancho, de militancia aprista, que generó empresas que suministraron servicios de limpieza al Ministerio Público y otras entidades del Estado (que le permitían trabajar con insumos químicos en las fiscalías de provincia, en las zonas alrededor del Vraem: Junín, Ayacucho, Cusco), mientras que su hijo se encargaba de participar de la fase portuaria de embarque de importantes cantidades de drogas por el Callao.

17 Ricardo Soberón Garrido, "La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas en las relaciones con EUA (1978-2013)", en Beatriz Caiuby Labate y Thiago Rodrigues, *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, México, CIDE, 2015b.

nos invita a realizar una breve comparación de esta red de corrupción pública con el negocio del narcotráfico. Hay por lo menos varias categorías comparativas: i) la magnitud de los negocios emprendidos, ii) los actores que participan de ellos, iii) el alcance de las operaciones, iv) la cuestión ética, y v) el rol de los Estados.

Por la magnitud de los negocios emprendidos comprendemos que la industria global del narcotráfico alrededor de la cocaína moviliza aproximadamente US$ 450.000 millones al año, los mismos que son monetizados en los distintos eslabones de la cadena. A la economía peruana le llegan US$ 2.500 millones en términos de lavado de dinero y monetización de dinero sospechoso. En el caso de los negocios de Odebrecht en el Perú, estos ascenderían a la suma de US$ 1.000 millones en un total de 67 proyectos desde la época del primer Gobierno de Alan García (1985-1990). Mientras que la corrupción pagada a funcionarios de distinto rango en América Latina llega a US$ 788 millones y en el Perú asciende a US$ 29 millones, solamente en lo referido a lo declarado por los colaboradores eficaces, pero quedan por determinar las coimas a funcionarios de otros gobiernos peruanos. Esto implica que el tráfico de la cocaína en el Perú representa aproximadamente dos veces y medio más que el negocio de corrupción criminal de la referida transnacional.

Por los actores que participan, debemos diferenciar ambos casos de negocio ilícito. Mientras en el caso del narcotráfico, el Estado cumple un rol distractor en el intento de conseguir neutralizar el funcionamiento de un mercado mundial de tranquilizantes y estimulantes, naturales o sintéticos, es decir, los países dedican sus cruzadas a intentar eliminar la producción y el consumo, pero lejos de hacerlo, incrementan sus niveles de precios. En el caso de Odebrecht, es una empresa de origen brasileño con presencia en 25 países, 20 millones de usuarios de sus productos y servicios, y un aproximado de 128.000 trabajadores. En el caso peruano, el Estado, sus organismos y funcionarios a todo nivel fueron el centro de la operación para realizar negocios a través de construcción de pistas, hidroeléctricas, obras de diversa envergadura. Es decir, mientras que en el negocio de las drogas el Estado cumple un rol distractor que facilita las verdaderas operaciones financieras ilícitas, en el caso de la corrupción, los actores del Estado son centrales y protagónicos.

Por el alcance de las operaciones tenemos que el tráfico ilícito de drogas tiene a Colombia, Perú y Bolivia como los únicos productores de la hoja de coca, unas 180.000 a 200.000 hectáreas cultivadas por un millón de campesinos pobres. En el caso de Odebrecht, tenemos una megaempresa con un patrimonio de no menos de US$ 44 millones, que sirvió a los propósitos geopolíticos de un Gobierno en el Brasil que impulsó su acercamiento al Pacífico por medio de la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA) Norte y Sur. A través de su Departamento de Operaciones

Estructuradas, Odebrecht se permitió la corrupción de funcionarios en más de doce países en África y principalmente América Latina. No quedan dudas del carácter global del comercio de la cocaína, mientras que la corrupción de una empresa trasnacional con el Estado tiene alcances más restringidos.

Por la dimensión ética, es reconocido que el narcotráfico es un delito que origina el repudio general de la sociedad, sobre todo cuando se torna violento como ocurrió en Colombia durante la época de Pablo Escobar, o como ocurre actualmente en México, durante la guerra de los "carteles" contra el Estado mexicano. Por otro lado, ahora que se conoce con mayor precisión el caso del expresidente peruano Alejandro Toledo y la recepción de pagos turbios por parte de representantes de la empresa Odebrecht, crece también el repudio generalizado del país, pues se trata nada menos del que pretendió sacarnos del régimen de Montesinos y Fujimori en el año 2000.

Finalmente, por el rol de los Estados, es interesante analizar el caso peruano. Mientras que en el caso Odebrecht el Ministerio Público se ha decidido por una dudosa estrategia de negociación con la empresa para llegar a los llamados "peces gordos", en el caso de tráfico de drogas el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski insiste en una fracasada política de reducción de la oferta, acompañada con fuertes dosis de ineficacia y corrupción.

A manera de corolario, la presente aproximación al devenir del crimen organizado alrededor de las drogas y la corrupción en los países latinoamericanos da cuenta de las profundas grietas de nuestros Estados para afrontarlos de forma concienzuda. Mientras en el caso de las drogas nunca antes, en los cien años de prohibicionismo, se había presentado tan brillante oportunidad para realizar cambios dramáticos en la forma de aproximación desde una perspectiva de salud y derechos, en el caso de la corrupción nos encontramos ante un panorama mucho más sombrío y complejo. Pero además, esta posibilidad encuentra su particularidad cuando nuevas formas organizadas de criminalidad estructurada, como la que representa el caso "Lava Jato" y su relación con la estructura de nuestros Estados, se entromete en la cosa pública.

## Bibliografía

Benítez Manaut, Raúl, "El Leviatán contra los señores feudales. Retos a la seguridad", en Sonia Alda Mejías y Susana de Sousa Ferreira (eds.), *La multidimensionalidad de la seguridad nacional. Retos y desafíos de la región para su implementación,* Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015.

Centro de Estudios sobre Seguridad y Drogas (Cesed), *Nuevos retos de la política antidrogas de Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.

Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), *Declaración de Santo Domingo*, III Reunión Ministerial sobre el Problema Mundial de las Drogas de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), Santo Domingo, República Dominicana, 2016.

Cepal, *Balance preliminar de las economías de América Latina y el Caribe*, Santiago, ONU, diciembre de 2016.

Duncan, Gustavo, "Más que plata o plomo. El poder político del narcotráfico en Colombia y México", *Debate*, 2014.

InSight Crime, *Game Changers. Tracking the Evolution of Organized Crime in the Americas 2015*, InSight Crime Foundation.

Llorente, María Victoria, Jeremy McDermott, Raúl Benítez Manaut, Marta Lucía Ramírez de Rincón y John Bailey, "One goal, two struggles: Confronting crime and violence in Mexico and Colombia", *Woodrow Wilson Center Reports on the Americas*, núm. 32, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2014.

Observatory on Organized Crime and Democratic Governance in Latin America and the Caribbean, *Position paper on drug policy reform*, Ciudad de México, FES, 2016.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Declaración de Antigua por una política integral frente al problema mundial de las drogas en América Latina*, Antigua, Guatemala, 2013.

Soberón Garrido, Ricardo, "Vraem: narcotráfico, terrorismo y militarización", en Werner Jungbluth M. (comp.), Serie *Perú hoy. El Perú subterráneo*, Lima, Desco, 2013.

_____, "El Vraem de los Humala", en Toche Medrano *et al*., *La divina tragedia,* Serie Perú Hoy, Lima, Desco, 2015a.

_____, "La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas en las relaciones con EUA (1978-2013)", en Beatriz Caiuby Labate y Thiago Rodrigues, *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, México, CIDE, 2015b.

Trujillo Álvarez, Pedro, "Caracterización de los tipos de criminalidad e índices de violencia regional. Causas y consecuencias", en Sonia Alda Mejías y Susana de Sousa Ferreira (eds.), *La multidimensionalidad de la seguridad nacional. Retos y desafíos de la región para su implementación*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2015.

Unión de Naciones Suramericanas, *Visión regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de la Unasur para Ungass 2016*, II Reunión Extraordinaria del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas (CSPMD), Montevideo, Unasur, 2015.

UNODC, *Informe mundial sobre las drogas*, ONU, 2016.

# ¿UNA ORGANIZACIÓN REGIONAL PARA UN PROBLEMA REGIONAL?

## EL PAPEL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN LA ARTICULACIÓN DE UN ENFOQUE REGIONAL SOBRE LAS DROGAS

***Salvador Herencia Carrasco***

**RESUMEN.** El ensayo analiza cómo la Organización de los Estados Americanos (OEA) puede contribuir a desarrollar una estrategia regional en torno a la problemática de las drogas. Este trabajo parte del presupuesto de que la OEA puede y debe tener un rol en este tema dado el carácter y el impacto regional que el problema de las drogas tiene sobre la paz, la seguridad y el desarrollo de sus Estados miembros. La despenalización en el consumo de ciertas drogas blandas, la priorización de políticas preventivas y la adopción de una política criminal con enfoque de derechos humanos en la problemática de las drogas pueden ser algunos de los temas para explorar por este órgano regional. Los decepcionantes resultados de la Sesión Especial de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el Problema Mundial de las Drogas (Ungass, por sus siglas en inglés), y el no reconocer la necesidad de avanzar hacia otras alternativas frente a este problema realzan la importancia de organismos regionales con miras a una mayor articulación y para generar políticas de prevención.

**Palabras clave:** Organización de los Estados Americanos, drogas, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, despenalización, enfoque regional, multilateralismo.

**ABSTRACT.** This essay analyzes how the Organization of American States (OAS) can contribute to the development of a regional strategy to tackle the drug problem. The premise of this work is that the OAS can and should play a role in this matter, given the regional nature of the drug problem and its impact on the peace, security and development of OAS member States. The decriminalization of the consumption of certain soft drugs, the prioritization of preventive policies, and the adoption of a criminal policy with a human rights approach to the drug problem, are some of the issues to be explored by this regional organization. The disappointing results of the United Nations General Assembly Special Session (Ungass) on the



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

World Drug Problem, and the lack of recognition of progress towards alternative solutions to the drug problem, highlight the importance of regional organizations with a view towards greater coordination and the generation of prevention policies.

**Keywords:** Organization of American States, drugs, Inter-American Drug Abuse Control Commission, decriminalization, regional approach, multilateralism.

## Introducción

El propósito de este ensayo es establecer lineamientos sobre cómo la Organización de los Estados Americanos (OEA) puede contribuir a desarrollar una estrategia regional en torno a la problemática de las drogas. Para este fin, se hará un análisis sobre los principales alcances y limitaciones en la articulación de una estrategia multilateral para un problema que, en determinados países, puede tener efectos sobre su propia seguridad nacional.

En este sentido, este ensayo parte del presupuesto de que la OEA puede y debe tener un rol en este tema dado el carácter e impacto regional que el problema de las drogas tiene sobre la paz, la seguridad y el desarrollo de sus Estados miembros.[1] En el ámbito regional, la OEA es el único órgano multilateral con la capacidad de abarcar a todos los países de las Américas y del Caribe, que además cuenta con una institucionalidad ya existente. Si bien no se puede contar con una estrategia hemisférica que abarque todos los temas vinculados a la problemática de las drogas, al menos se pueden contemplar unos consensos mínimos.[2] Por ejemplo, la despenalización en el consumo de ciertas drogas blandas,[3] la priorización de políticas preventivas[4] y la adopción de una política criminal con enfoque de derechos humanos en la problemática de las drogas[5] pueden ser algunos de los temas.[6]

Para lograr una agenda común, y tomando en cuenta los esfuerzos recientes hechos por esta organización,[7] la OEA debería liderar un diálogo que incluyera las iniciativas recientes de Colombia, México y Uruguay, por nombrar algunos países, y cuyos estudios de caso se encuentran en el presente volumen, pero a su vez tener un enfoque que

1 OEA, *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Serie sobre Tratados OEA, No. 1-C y No. 61, 119 UNTS 3, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948, entrada en vigor 13 de diciembre de 1951.

2 Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2009.

3 Alejandro Corda y Mariano Fusero, "De la punición a la regulación: políticas de cannabis en América Latina y el Caribe", en *Informe sobre Política de Drogas*, núm. 48, Ámsterdam, Transnational Institute, 2016.

4 Grupo de Expertos del London School of Economics en Economía de las Políticas sobre Drogas, *Acabando con la guerra contra las drogas*, London, London School of Economics, 2014.

5 UNODC, *World Drug Report 2016*, Vienna, UNODC, 2016, pp. 98-103.

6 Asuntos del Sur y Observatorio Latinoamericano de Políticas de Drogas y Opinión Pública, *Estudio 2014-2015: estudio anual sobre políticas de drogas y opinión pública América Latina*, Santiago, Asuntos del Sur, 2015.

7 OEA, *Escenarios para el problema de las drogas en las Américas 2013-2025*, Washington, OEA, 2012.

permita la adopción de políticas públicas preventivas y no únicamente represivas.[8] Las conclusiones que se presentarán en este trabajo se centrarán en posibles líneas de acción. Si bien la adopción de un tratado regional sobre la problemática de las drogas puede ser una de las conclusiones, este no sería indispensable para la implementación de un accionar regional.

La primera parte de este ensayo se centrará en la mirada hemisférica sobre la inclusión de la problemática de las drogas en los órganos multilaterales. La segunda parte estudiará el trabajo desarrollado por la OEA en materia de drogas, mientras que la tercera se enfocará en el estudio de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad). Finalmente, las conclusiones se centrarán en el nuevo debate que se ha venido dando en diversos órganos multilaterales con respecto a una nueva aproximación a la "guerra contra las drogas", abogando por un nuevo enfoque centrado en la descriminalización de ciertas drogas (principalmente marihuana) y políticas de legalización para la producción y el consumo.

## 1. La problemática de las drogas, multilateralismo y TWAIL: cambio de enfoque para una articulación regional

La articulación de una política contra las drogas, especialmente de países productores, ha sido fuertemente influenciada por Estados Unidos.[9] Sea a través de acuerdos de cooperación internacional o apoyo militar y logístico, los países receptores de esta ayuda han aceptado estos acuerdos y metas como condición para recibir otros beneficios, bien mediante la inclusión en acuerdos comerciales y beneficios arancelarios o mediante el aumento en programas de cooperación para el desarrollo.[10]

En los últimos años, el cambio en la política de Estados Unidos,[11] dirigido en parte hacia la descriminalización en el uso y cultivo de la marihuana en algunos estados, ha permitido la apertura[12] a un debate que no sea únicamente sobre la represión y crimi-

8 Para una mirada crítica y sarcástica sobre el tratamiento de la "guerra contra las drogas" en América Latina y su relación con Estados Unidos, ver Tom Wainwright, *Narconomics: How to Run a Drug Cartel*, New York, Public Affairs, 2016.

9 Ted Galen Carpenter, *Bad Neighbor Policy: Washington's Futile War on Drugs in Latin America*, New York, Palgrave, 2003.

10 Coletta A. Youngers y Eileen Rosin (eds.), *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy; War and Drugs in Colombia*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2004.

11 Al respecto, ver "The US war on drugs and its legacy in Latin America", *The Guardian*, 3 de febrero de 2014. Disponible en: https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2014/feb/03/us-war-on-drugs-impact-in-latin-american.

12 Al respecto, ver "Latin American Allies resist U.S. strategy in drug fight", *New York Times*, 15 de mayo de 2015. Disponible en: http://www.nytimes.com/2015/05/16/world/americas/latin-america-and-us-split-in-drug-fight.html.

nalización de las actividades vinculadas a las drogas, sino que se centre en la despenalización de las drogas blandas y el enfoque de las políticas públicas en la prevención. Los esfuerzos de algunos países de la región,[13] particularmente el caso del Uruguay tratado en este libro, demuestran la factibilidad de adoptar una nueva perspectiva.[14] Con esto no se quiere sugerir que el caso uruguayo es el ejemplo por seguir, sino que la estrategia basada en el uso desmedido del derecho penal no ha sido efectiva y deben buscarse otras alternativas.

Desde que el presidente Nixon declarara la guerra a las drogas en 1971,[15] la demanda por drogas no ha disminuido, expandiéndose a otras regiones. En los países productores, esto ha implicado un endurecimiento de las normas penales y que la gran mayoría de las personas privadas de libertad lo estén por el uso o por su microcomercialización.[16] Esto ha llevado a que en los últimos años, varios países latinoamericanos planteen alternativas a la problemática de las drogas,[17] sin que esto involucre un quiebre con el paradigma establecido principalmente por Estados Unidos.

El papel de Estados Unidos en la guerra contra las drogas ha sido conflictivo, pero más allá de la cooperación y ayuda bilateral ofrecida a los países latinoamericanos, puede resultar importante mirar esta relación bajo una mirada crítica hacia el derecho internacional, pues esto ilustra no solo una relación asimétrica, sino también una imposición de leyes y políticas sociales. La apertura reciente que se da sobre la despenalización y comercialización de las drogas obedece también a políticas internas de varios países,[18] incluido Estados Unidos.

En este sentido, el Third World Approaches to International Law (TWAIL) es una escuela de pensamiento que provee una mirada crítica a los fundamentos del derecho

---

13 Tom Long, *Latin America Confronts the United States Asymmetry and Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

14 Beatriz Caiuby Labate, Clancy Cavnar y Thiago Rodrigues (eds.), *Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas*, Switzerland, Springer, 2016.

15 Richard Nixon, "Special Message to the Congress on Drug Abuse Prevention and Control", 17 de junio de 1971. Disponible en: http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=3048.

16 Transnational Institute y WOLA, *Sistemas sobrecargados: leyes de droga y cárceles en América Latina*, Washington, TNI-WOLA, 2010.

17 Algunos autores consideran que el debate sobre una política distinta a la problemática de las drogas se inició con la propuesta de regular y controlar la producción y el consumo del cannabis establecida en la *Proposition 19* del estado de California. Si bien este debate no es nuevo, dicha propuesta legislativa inició la discusión sobre la factibilidad de ampliar este tipo de regulación a los países de las Américas. Esta propuesta fue derrotada en el 2010. Consideramos que esta visión es muy parcializada pues obvia la capacidad de los Estados de América Latina de contemplar otras estrategias contra el tráfico ilícito de drogas (Bruce M. Bagley, "Drug Trafficking and Organized Crime in Latin America and the Caribbean in the Twenty-First Century Challenges to Democracy", en Bruce M. Bagley y Jonathan D. Rosen (eds.), *Drug Trafficking, Organized Crime, and Violence in the Americas Today*, Gainesville, University Press of Florida, 2015, pp. 17-18).

18 Jonas von Hoffmann, "The international dimension of drug policy reform in Uruguay", *International Journal of Drug Policy*, núm. 34, 2016, pp. 27-33.

internacional y a cómo estas normas afectan países de forma distinta, especialmente los del llamado Tercer Mundo.[19] Esta doctrina se centra en el origen colonizador del derecho internacional y de cómo los países de Europa y Estados Unidos han establecido normas para mantener el control y acceso a los recursos.[20] Esta mirada crítica sirve para entender mejor la relación asimétrica y la falta de mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad compartida en torno al problema de las drogas. Si bien sus principales fuentes de estudio han sido el régimen económico internacional y la noción de desarrollo, parte de las críticas de un sistema internacional Norte-Sur son perfectamente aplicables al problema de las drogas.

El propósito del TWAIL es desarrollar alternativas que permitan alcanzar la naturaleza "liberadora" y "descolonizada" de los Estados del Tercer Mundo (término cuestionado por esta misma escuela). Esta escuela es bastante crítica del orden internacional pues considera que los organismos internacionales responden exclusivamente a la voluntad de los países más ricos, dejando a los países en vía de desarrollo como receptores sin capacidad de influir en la elaboración de normas. Independientemente de los contraargumentos que se pueden formular a estos puntos, la relación entre Estados Unidos y América Latina en la articulación de una estrategia contra las drogas ha sido asimétrica/*top-down*, la cual incluso llegó a condicionar programas de cooperación al cumplimiento de determinadas metas en erradicación de cultivos de coca e incautaciones.

Esto demuestra la necesidad de que organismos como la OEA tengan un papel regional y democrático, y que no estén condicionados a las prioridades de los miembros que más aportan económicamente o que tienen una mayor relevancia geopolítica. Un aspecto relevante en este ámbito y que puede servir de ejemplo para el tratamiento del problema de las drogas es la necesidad de crear un espacio para la formación de nuevas normas que respondan a una necesidad regional y que no sea la imposición de intereses nacionales, transformados en enfoques regionales.

Lo anterior se hace evidente al analizar el actual marco jurídico internacional para el tratamiento del problema de las drogas, cuyo estudio detallado se encuentra también en el presente volumen. Los tres principales tratados internacionales sobre la materia son la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y su Protocolo de Modificación de 1972, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Estos tratados fueron adoptados en las Naciones Unidas y su enfoque es la criminalización y la prohibición.

---

19 Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

20 Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Si bien estos instrumentos reconocen la existencia de medidas alternativas, ellas se encuentran supeditadas a la adopción de acciones de tipo penal. Esto representa un problema para los países latinoamericanos, pues cualquier medida alternativa o cambio de enfoque colisionaría con el propósito de estos tratados y de los organismos encargados de su implementación.[21] Aunque existe un cambio en América Latina y el Caribe sobre el problema de las drogas, no es gracias a los instrumentos internacionales sino ante la evidencia empírica de que este modelo represivo no ha funcionado.

Es decir, frente a estas relaciones de poder se ve que la formación de las normas del derecho internacional, sea a nivel multilateral como bilateral,[22] están condicionadas a los objetivos propuestos por los países de Europa y Estados Unidos. Únicamente con un cambio en estos países es que las alternativas propuestas por América Latina pueden tener alguna viabilidad.[23] Sobre este punto es importante identificar las principales características de la relación entre Estados Unidos y Europa con América Latina. Antes de este intento de quiebre de aproximación, la "guerra contra la drogas"[24] se ha caracterizado por los siguientes elementos:[25]

- *La globalización del consumo*. Si bien Estados Unidos sigue siendo el principal mercado de destino de las drogas ilícitas y de consumidores, Europa y la propia América Latina han aumentado su consumo, haciendo que las leyes de la oferta y la demanda se adapten a las nuevas rutas, comerciantes y destinos.[26]
- *Violencia y aumento en las tasas de homicidio vinculadas a la guerra contra las drogas*. El principal eje en la guerra contra el narcotráfico ha sido el fortalecimiento de los aparatos de seguridad para la erradicación de cultivos y el uso de la fuerza para desarticular la criminalidad organizada vinculada con el narcotráfico, la cual incluye la correlación entre el aumento de tasas de homicidio y las incautaciones de cocaína.[27]
- *Aumento de la población penitenciaria y sobrecriminalización*. Un enfoque prioritariamente represivo ha llevado a que los países receptores de esta ayuda tengan

21 Al respecto, ver el capítulo sobre Uruguay en el presente libro y la respuesta de algunos organismos internacionales ante la despenalización del cannabis.

22 Karin Mickelson, "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse", *Wisconsin International Law Journal*, núm. 16, 1998, pp. 353-419.

23 Thiago Rodrigues y Beatriz Caiuby Labate, "Prohibition and the war on drugs in the Americas: An analytical approach", en Beatriz Caiuby Labate, Clancy Cavnar y Thiago Rodrigues (eds.), *op. cit.*, pp. 11-32.

24 Juan Carlos Garzón Vergara, *Reprimir o regular: el falso dilema de las políticas de drogas*, serie Análisis, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2015.

25 Bruce M. Bagley y Jonathan D. Rose, "The search for alternative drug policies in the Americas", en Bagley y Rosen (eds.), *op. cit.*, pp. 412-423.

26 UNODC, *op. cit.*, p. xiv.

27 OEA-Cicad, *El problema de las drogas en las Américas*, OEA-Cicad, 2013, p. 82.

un costo social muy alto, así como constantes medidas penales y de política criminal tendientes al endurecimiento de penas y supresión de las garantías procesales. Por ejemplo, en la tabla 1 se puede ver el aumento del número de personas encarceladas por delitos vinculados a las drogas.

En la tabla 2 se puede ver que esto ha implicado, en los últimos años, un aumento significativo del total de la población penitenciaria vinculada a delitos de drogas. Sobre

**TABLA 1. Evolución de las personas en prisión por delitos de drogas, 2008-2014**

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Costa Rica | 2.283 | 2.503 | 3.805 | 4.745 | N/D | N/D | N/D |
| Ecuador | 7.679 | N/D | 3.975 | N/D | N/D | N/D | 6.467 |
| Bolivia | 2.794 | 2.522 | 2.741 | 3.205 | 3.787 | 3.939 | N/D |
| Perú | 11.304 | 11.305 | 11.899 | 13.057 | 15.603 | 16.526 | N/D |
| Brasil | 77.371 | 91.037 | 106.491 | 125.744 | 138.198 | N/D | N/D |
| Colombia | 11.808 | 12.616 | 15.872 | 19.534 | 23.004 | 25.258 | 23.141 |
| Uruguay | N/D | 911 | 1.051 | 1.147 | 1.192 | 1.265 | N/D |
| Argentina | 5.297 | 5.256 | 5.846 | 6.844 | 6.498 | 6.979 | N/D |
| México | N/D | N/D | N/D | 22.015 | 23.613 | 26.098 | N/D |

**Fuente:** Colectivo de Estudios Drogas y Derecho*, Reforma a las políticas de drogas en Latinoamérica: discurso y realidad,* Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015, p. 4.

**TABLA 2. Personas en prisión por delitos de drogas, porcentaje en el total de personas en prisión. Comparación aumento de la población en prisión por delitos de drogas y la población en general**

| | Población carcelaria por drogas | Delitos drogas (%) | Aumento población drogas (%) | < > | Aumento población cárceles (%) |
|---|---|---|---|---|---|
| Ecuador | 6.467 (2014) | 24 (2014) | 63 (2010-2014) | < | 98 (2010-2014) |
| Bolivia | 3.939 (2013) | 27 (2013) | 32 (2001-2013) | < | 158 (2001-2013) |
| Perú | 16.526 (2013) | 24 (2013) | 46 (2008-2013) | < | 56 (2008-2013) |
| Costa Rica | 4.745 (2011) | 26 (2011) | 126 (2006-2011) | < | 131 (2006-2011) |
| Brasil | 138.198 (2012) | 25 (2012) | 320 (2005-2012) | > | 51 (2005-2012) |
| Colombia | 23.141 (2014) | 20 (2014) | 269 (2000-2014) | > | 136 (2000-2014) |
| Uruguay | 1.265 (2013) | 13 (2013) | 39 (2009-2013) | > | 15 (2009-2013) |
| Argentina | 6.979 (2013) | 11 (2013) | 113 (2002-2013) | > | 39 (2002-2013) |
| México | 26.098 (2013) | 10 (2013) | 19 (2011-2013) | > | (2011-2013) |

**Fuente:** Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, Reforma a las políticas de drogas en Latinoamérica: discurso y realidad, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015, p. 5.

la base de los países objetos de este estudio, este aumento ha sido de 19 % en el caso de México, llegando al 320 % para el caso de Brasil.

- *Reconfiguración del perfil y operaciones de narcotraficantes*. Si bien los grandes carteles de droga persisten en algunos países, el narcotráfico no está limitado al accionar de estos grupos, sino que América Latina ha visto un surgimiento de grupos menores, menos estrambóticos y más articulados. El aumento de las rutas de tráfico y de destino final de la droga ha hecho posible esta fragmentación, haciendo que el trabajo de los aparatos de seguridad sea más difícil.[28]
- *Relación asimétrica Estados Unidos-América Latina*. La "división de responsabilidad" y los resultados esperados en la guerra contra el narcotráfico dieron lugar a tensiones en las relaciones internacionales, en las que América Latina consideraba que toda la carga recaía sobre ella, mientras que los esfuerzos por tratar de parar el consumo interno y otras medidas relativas a inteligencia financiera, no eran vistos como suficientes. Este también es un elemento por considerar en las capacidades y limitaciones de la OEA para poder hacer frente a una agenda regional.

En este sentido, se puede establecer que los principales elementos que han permitido un cambio progresivo en el discurso y las políticas contra las drogas son los siguientes: i) el aumento del consumo de drogas a nivel global; ii) las victorias parciales y las consecuencias no previstas de la guerra contra las drogas de Estados Unidos en los países de la Región Andina; iii) la proliferación de nuevas áreas de cultivo de drogas y de tráfico en todo el hemisferio; iv) la dispersión y fragmentación de grupos organizados en países y subregiones; v) la debilidad institucional de los países; vi) el fracaso de los marcos regulatorios nacionales e internacionales; vii) las fallas en las políticas de Estados Unidos para disminuir la demanda interna de drogas; y viii) el aumento en el apoyo a políticas de descriminalización, legalización y reducción de daños en la política de drogas.[29]

En este contexto de cambios, es inevitable hacer un paralelo con el trabajo de la OEA en el tratamiento del terrorismo y determinar cuál puede ser el impacto o el elemento diferenciador para que los Estados miembros opten por desarrollar una política multilateral sobre drogas ilícitas en lugar de políticas bilaterales. En el caso del narcotráfico, la relación de los países con Estados Unidos juega un papel diferenciador que no necesariamente se da en la articulación de medidas conjuntas antiterroristas. La idea en

28 OEA-Cicad, *op. cit.*, 2016a, p. 47.
29 Bagley, *op. cit.*, pp. 1-24.

este caso es que, posiblemente, una agenda multilateral más enfocada a temas de cooperación[30] e intercambio de información pueda tener un mayor impacto.

## 2. La OEA y la política multilateral de las drogas

En los últimos años, la OEA ha canalizado la preocupación de los Estados miembros de salir del enfoque de "guerra contra las drogas" y buscar otras alternativas. La adopción de estrategias hemisféricas, si bien concilia distintos enfoques y políticas de Estados, es un punto de partida para identificar alternativas a la criminalización. En este contexto, la OEA ha desarrollado cinco ejes de trabajo para el tratamiento de las drogas en las Américas:[31] i) fortalecimiento institucional; ii) reducción de la demanda; iii) reducción de la oferta; iv) medidas de control; y v) cooperación internacional. Estos ejes son periódicamente evaluados a través de una Estrategia Hemisférica sobre Drogas[32] y su respectivo Plan de Acción, cuyo último documento cubre el periodo 2016-2020.[33]

El primer comentario que se puede hacer a esta estrategia es con respecto a las limitaciones que un órgano multilateral tiene en el impacto que la problemática de las drogas pueda tener en las políticas de un país. La Estrategia Hemisférica sobre Drogas reconoce esto al establecer en su primer Principio:[34]

> El pleno respeto al Derecho Internacional y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, observando los principios de soberanía e integridad territorial de los Estados, la no intervención en los asuntos internos de los Estados, las libertades fundamentales y la dignidad inherente a las personas y de igualdad de derechos y respeto mutuo entre Estados.

Este principio puede representar una oportunidad así como una limitante en el desarrollo de una estrategia integral sobre la problemática de las drogas. El llamado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos permitiría aplicar un enfoque de derechos humanos, lo cual facultaría priorizar políticas alternativas al encarcelamiento. Esto, además, debería llevar al desarrollo de políticas focalizadas a grupos especialmente vulnerables.

Sin embargo, la referencia inmediata a la soberanía, integridad territorial y la no intervención en asuntos internos, reafirma que la política de drogas es primordialmente

30 Sobre la cooperación entre América Latina y Europa, ver AFET/Eurolat, *Europa y América Latina: la lucha contra la droga y el narcotráfico*, Bruselas, Dirección General de Políticas de la Unión Europea, 2012.

31 Ver página institucional de la OEA. Disponible en: http://www.oas.org/es/temas/drogas.asp

32 OEA-Cicad, *Plan de acción hemisférico sobre drogas 2016-2020. Estrategia hemisférica sobre drogas*, Washington, OEA-Cicad, 2016a.

33 *Ibid*.

34 OEA-Cicad, *Estrategia hemisférica sobre drogas*, Washington, OEA-Cicad, 2010, Principio 1.

un asunto interno de los Estados, y que estos pueden adoptar las estrategias y el marco regulatorio que consideren necesario para hacer frente al consumo, producción, tráfico y lavado de activos. Desde la posibilidad de que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno en zonas dominadas por el narcotráfico, hasta la despenalización del consumo y marihuana, los Estados no están limitados en las opciones de sus políticas, salvo por el respeto de los derechos humanos, la democracia y los principios del derecho internacional.

Sin embargo, esto no significa que la OEA no haya tenido un impacto específico sobre la nueva problemática de las drogas. La necesidad de hacer un cambio se adoptó formalmente en la XLVI Asamblea Extraordinaria de la OEA, celebrada en septiembre de 2014. La resolución AG/RES. 1 (XLVI-E/14), aunque no implica un cambio de paradigma, pues reitera el respeto de los convenios marco sobre la materia adoptados por las Naciones Unidas, hace un llamado a la adopción de nuevas políticas integrales en torno al problema de las drogas.[35]

Si bien temas como la despenalización o comercialización de la marihuana no están expresamente en el Plan de Acción 2016-2020,[36] sí ha servido como foro para plantear esta problemática. Algunos de estos consensos son:[37] i) tratar el problema de las drogas como un problema de salud pública; ii) implementar reformas judiciales orientadas a proveer alternativas al encarcelamiento; iii) el delito organizado transnacional es un actor principal en el problema de drogas; iv) el fortalecimiento de las instituciones judiciales y de orden público. Este grupo de consensos ha hecho posible la siguiente identificación de escenarios 2013-2025.[38]

Un segundo comentario que se puede hacer de la Declaración es su naturaleza principista. Aunque esto es la práctica normal en el lenguaje diplomático, se puede observar que esta terminología es igualmente empleada por su respectivo Plan de Acción. Por tanto, depende de la voluntad de los Estados de recibir o participar en la articulación de estrategias multilaterales para que la institucionalidad regional pueda funcionar. Si bien la Cicad ha contribuido con asistencia técnica a varios países de América Latina y el Caribe, esta se ve limitada por la voluntad de los Estados.

De ahí que la OEA, en el marco de un nuevo liderazgo, debe priorizar aquellas áreas en las que puede tener un aporte significativo que complemente la labor de asistencia técnica que puede prestar a determinados países. Si se acepta el hecho de que difícilmente

35 Asamblea General de la OEA, *Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las drogas en las Américas*, OEA/Ser.P AG/RES. 1 (XLVI-E/14), 19 de septiembre de 2014.

36 OEA-Cicad, 2016a, *op. cit*.

37 OEA, *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*, Washington, OEA, 2014, pp. 8-16.

38 OEA, *Escenarios para el problema de las drogas en las Américas 2013-2025*, Washington, OEA, 2012.

los Estados dejarán en manos de organismos regionales las principales decisiones sobre cómo afrontar el problema del narcotráfico (políticas criminales, la droga como un problema de salud pública, legislación penal), sí se podrían identificar áreas en las que la cooperación multilateral pueda ser un complemento a esfuerzos de compartir información y asistencia en procesos de extradición o cooperación judicial. Este puede ser el seguimiento a procesos internos de despenalización y comercialización de la marihuana, así como la necesidad de plantear, uniformemente, una posición regional sobre las drogas.

### 2.1. ¿Por qué la OEA?

Esta ha sido la pregunta formulada por varios de los integrantes del Grupo de Estudios Latinoamericano en Derecho Penal Internacional y demás autores invitados a participar en este libro. La pregunta es válida pues la OEA se ha visto debilitada por enfrentamientos políticos de diversos Estados miembros y pareciera que no cuenta con los recursos necesarios para liderar un debate sobre una política regional de drogas. La elección del actual secretario general ha llevado a un mayor liderazgo en temas vinculados a la democracia, pero sin una reforma estructural de la organización será difícil que esta tenga una capacidad de liderar una agenda regional.

A pesar de lo anterior, y de las limitaciones financieras e institucionales, la OEA puede tener un papel importante en liderar una estrategia regional sobre la problemática de las drogas. La Carta de la OEA[39] establece en su artículo 2 las funciones de este órgano regional, en la cual se destacan la de "afianzar la paz y seguridad del continente", así como "promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural". Si bien estas disposiciones son generales, la problemática regional que genera el problema de las drogas y su impacto sobre el desarrollo económico y social de los países miembros permitiría incluir este tema en una plataforma regional.

La existencia de un aparato institucional para la problemática de las drogas es un importante paso pues no se trataría de crear nuevas instituciones sino de fortalecer y actualizar su mandato a las necesidades actuales de la región. El órgano regional encargado de esta materia es la Cicad, cuyo mandato incluye estrategias contra el lavado de activos o la reducción de la oferta y de la demanda, entre otras. En los últimos años se ha centrado en la organización de informes en distintos escenarios para el tratamiento de la problemática de las drogas. Esto representa un salto cualitativo frente a su propósito inicial, el cual se concentraba en el problema del narcotráfico.

39 OEA, 1948, *op. cit*.

De forma complementaria, se puede ver que los esfuerzos por la descriminalización en el uso y la producción de ciertas drogas en América Latina han sido posibles pues progresivamente los países de las Américas vienen impulsando un enfoque diferente, incluyendo a Estados Unidos, al cambiar sus prioridades, y no existe un liderazgo de influencia regional que lo haya reemplazado. De ninguna manera esto quiere decir que Estados Unidos ha dejado de darle prioridad al problema de las drogas, pero hay la posibilidad de que otros actores tomen un mejor posicionamiento. Países como México o Colombia no han asumido este papel, centrándose más en sus políticas internas, lo que le daría la posibilidad a la OEA de asumir un mayor liderazgo y de articulación regional.

La otra situación tiene que ver con la identificación de un foro o bloque multilateral en el cual se puedan tratar estrategias comunes. En América Latina y el Caribe, ni los bloques de integración regional como la Comunidad del Caribe (Caricom), la Comunidad Andina, Mercosur o el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); de integración política como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) o la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur); o bloques económicos como la Alianza del Pacífico tienen la posibilidad de abarcar a todos los países de la región. Por otro lado, el sistema de la ONU tampoco sería el ideal pues, vistos los resultados de la última Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ungass) sobre el tema de las drogas, de abril de 2016, esto implica la negociación política con países y contextos distintos. La ONU, así como futuras sesiones de la Ungass, pueden ser importantes para que América Latina, con o sin el Caribe, plantee una posición común. Este es un espacio en el que la OEA podría cumplir un mandato concreto.

## 3. La Comisión Interamericana para el Control del Abuso de las Drogas (Cicad)

La Cicad es la principal entidad responsable para tratar el problema de las drogas en la OEA. Creada por la Asamblea General de la OEA en 1986,[40] su misión principal es "fortalecer las capacidades humanas e institucionales de sus Estados miembros para reducir la producción, tráfico y uso de drogas ilícitas, y encarar las consecuencias sanitarias, sociales y penales de la problemática de las drogas".[41] De acuerdo con el artículo 19 de su Estatuto, sus principales funciones son servir como cuerpo consultivo de los

40 Cicad, *Programa Interamericano de Acción de Rio de Janeiro Contra el Consumo, la Producción y el Tráfico Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, AG/RES. 814 (XVI-0/86), 15 de noviembre de 1986.

41 Cicad, *En breve: información sobre programas y proyectos*, Washington, OEA, 2006. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/pubs/CICADbriefing110907_esp.pdf.

Estados sobre el "uso indebido, la producción, el tráfico y distribución ilícitos de drogas y delitos conexos", así como prestar asistencia técnica en "la coordinación y cooperación internacional y regional".[42] Su presupuesto para el 2015 fue de USD $5.130.194, siendo Estados Unidos el país que más contribuyó a este organismo con recursos de USD $2.373.758.[43]

Desde su creación, la articulación de una política regional ha sido parte de su objetivo, pero hasta la fecha esto no ha sido posible. Diversos intereses y propuestas sobre cómo enfrentar esta problemática, así como las limitaciones financieras e institucionales han evitado un mayor desarrollo de este enfoque común.[44] Sin embargo, se debe destacar el papel que esta institución ha tenido para poder desarrollar un Mecanismo de Evaluación Multilateral[45] de las acciones antidrogas, así como la creación de un Observatorio Interamericano sobre Drogas.[46] Estos dos programas permiten a la OEA tener un mayor conocimiento sobre las estrategias y dificultades que los Estados miembros tienen en la implementación de sus políticas antidrogas.

La adopción de informes de la OEA sobre una nueva aproximación a la problemática de las drogas ha llevado a la identificación de distintos escenarios, lo que puede ser el punto de partida para un nuevo papel de la Cicad. En el Informe de Escenarios, son cuatro los principales ejes: i) cómo se entiende el "problema de las drogas"; ii) la respuesta que se intenta dar; iii) oportunidades; y iv) retos para su implementación.[47]

Es en este punto, y precisamente en el último lineamiento, que la Cicad debería centrar sus esfuerzos. Teniendo en cuenta las distintas prioridades de los países (violencia en América Central, producción en los países andinos, políticas alternativas en el cono sur), correspondería a la Cicad identificar lineamientos comunes que permitan la formulación de una estrategia regional. Precisamente entre el 4 y el 6 de noviembre la Cicad adoptó su Plan de Trabajo 2016-2020,[48] el cual incluye escenarios pos-Ungass. Es

---

42 Artículo 19 del Estatuto de la Cicad, modificado por el Vigésimo Periodo Ordinario de Sesiones de la Comisión Celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 15 al 18 de octubre de 1996 y adoptado el 4 de junio de 1997 por Resolución AG/RES. 1457 (XXVII-O/97) del Vigésimo Séptimo Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA Celebrado en Lima, Perú, del 1 al 5 de junio de 1997.

43 OEA-Cicad, *Borrador del informe anual 2015 de la Cicad a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su Cuadragésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones*, OEA/Ser.L/XIV.2.59, CICAD/doc.2244/16.rev1, Washington, 21 de abril de 2016, p. 38.

44 Betty Horwitz, "The role of the Inter-American Drug Abuse Control Commission (Cicad): Confronting the problem of illegal drugs in the Americas", *Latin American Politics and Society,* vol. 52, núm. 2, 2010, pp. 139-165.

45 Ver página web del Mecanismo de Evaluación Multilateral de la Cicad. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/mem/about/default_spa.asp.

46 Ver página web del Observatorio Interamericano sobre Drogas de la Cicad. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/oid/default_spa.asp.

47 OEA, 2012, *op. cit*., p. 23.

48 OEA-Cicad, *op. cit*., 2016.

sobre la base de este documento que se podrá ver un cambio en el tratamiento regional al problema de las drogas.

En este contexto, el desarrollo de la reciente Sesión Especial de las Naciones Unidas sobre el problema de las drogas fue decepcionante para un cambio de enfoque global. Su documento final[49] no logró establecer el fracaso de la "guerra contra las drogas", no enfatizó en la necesidad de buscar la despenalización en el uso de ciertas sustancias, y la marginalización de los temas de tránsito y consumo[50] mostró la imposibilidad de adoptar una política global. La próxima sesión será en el 2019, por lo que la Cicad tiene la posibilidad de trabajar con los países de América Latina y el Caribe en la formulación de una propuesta regional. Para este fin, dentro del plan de trabajo adoptado para el periodo 2016-2020, deberá seleccionar un número específico de temas que puedan ser objeto de un consenso en las Américas. La priorización de políticas de prevención, el problema del hacinamiento penitenciario y la despenalización de ciertas drogas blandas puede ser un comienzo.

## 4. Conclusiones

El objeto del presente trabajo fue examinar el rol de la OEA en la identificación de una agenda regional en torno al problema de las drogas. La Asamblea General de la OEA ha adoptado resoluciones acerca de la necesidad de asumir un nuevo enfoque, sustentado en documentos analíticos. A esta voluntad política se debe añadir la existencia de instituciones como la Cicad para impulsar una agenda regional sobre consensos mínimos.

Los resultados decepcionantes de la Ungass 2016, para aquellas personas e instituciones que esperaban un mayor liderazgo por parte de las Naciones Unidas, solo confirman la necesidad de utilizar plataformas regionales como la OEA. Sin embargo, esto solo será posible si en este foro, la OEA canaliza los intereses de todos sus miembros y no intenta imponer una sola visión como una propuesta regional.

Finalmente, y más allá de la preocupación regional mostrada en este artículo, es imposible ignorar el papel que el actual Gobierno de Estados Unidos puede tener en el debate de modelos alternativos en torno al problema de las drogas. Este escenario de incertidumbre y de enfrentamiento político sobre temas comerciales y de migración afectará la articulación de esfuerzos en América Latina.

---

49 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas*, A/RES/S-30/1, 4 de mayo de 2016.

50 Garzón-Vergara, *Pos-UNGASS 2016: América Latina y la perspectiva de las políticas de drogas*, Santiago, Rial, 2016.

## Bibliografía

AFET/Eurolat, *Europa y América Latina: la lucha contra la droga y el narcotráfico*, Bruselas, Dirección General de Políticas de la Unión Europea, 2012.

Anghie, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas*, A/RES/S-30/1, 4 de mayo de 2016.

Asamblea General de la OEA, *Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las drogas en las Américas*, OEA/Ser.P AG/RES. 1 (XLVI-E/14), 19 de septiembre de 2014.

Asuntos del Sur y Observatorio Latinoamericano de Políticas de Drogas y Opinión Pública, *Estudio 2014-2015: estudio anual sobre políticas de drogas y opinión p*ública América Latina, Santiago, Asuntos del Sur, 2015.

Bagley, Bruce M., "Drug trafficking and organized crime in Latin America and the Caribbean in the twenty-first century challenges to democracy", en Bruce M. Bagley y Jonathan D. Rosen (eds.), *Drug Trafficking, Organized Crime, and Violence in the Americas Today*, Gainesville, University Press of Florida, 2015.

Bagley, Bruce M. y Jonathan D. Rose, "The search for alternative drug policies in the Americas", en Bruce M. Bagley y Jonathan D. Rosen (eds.), *Drug Trafficking, Organized Crime, and Violence in the Americas Today*, Gainesville, University Press of Florida, 2015.

Caiuby Labate, Beatriz, Clancy Cavnar y Thiago Rodrigues (eds.), *Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas*, Switzerland, Springer, 2016.

Cicad, *Programa Interamericano de Acción de Río de Janeiro Contra el Consumo, la Producción y el Tráfico Ilícitos de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, AG/RES. 814 (XVI-0/86), 15 de noviembre de 1986.

_____, *En breve: información sobre programas y proyectos*, Washington, OEA, 2006.

_____, *Estrategia hemisférica sobre drogas - Plan de Acción 2011-2015*, Washington, OEA, 2010.

_____, *Estrategia hemisférica sobre drogas - Plan de Acción 2016-2020*, Washington, OEA, 2016.

Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, *Reforma a las políticas de drogas en Latinoamérica: discurso y realidad*, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, 2015.

Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, 2009.

Corda, Alejandro y Mariano Fusero, "De la punición a la regulación: políticas de cannabis en América Latina y el Caribe", *Informe sobre Política de Drogas*, núm. 48, Ámsterdam, Transnational Institute, 2016.

Galen Carpenter, Ted, *Bad Neighbor Policy: Washington's Futile War on Drugs in Latin America*, New York, Palgrave, 2003.

Garzón Vergara, Juan Carlos, *Reprimir o regular: el falso dilema de las políticas de drogas*, Serie Análisis, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2015.

_____, *Pos-UNGASS 2016: América Latina y la perspectiva de las políticas de drogas*, Santiago, Rial, 2016.

Grupo de Expertos del London School of Economics en Economía de las Políticas sobre Drogas, *Acabando con la guerra contra las drogas*, Londres, London School of Economics, 2014.

Herencia Carrasco, Salvador, "El tratamiento del terrorismo en la Organización de los Estados Americanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (eds.), *Terrorismo y derecho penal*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer y Georg August Universität Göttingen, 2015.

Horwitz, Betty, "The role of the Inter-American Drug Abuse Control Commission (CICAD): Confronting the problem of illegal drugs in the Americas", *Latin American Politics and Society*, vol. 52, núm. 2, 2010, pp. 139-165.

Long, Tom, *Latin America Confronts the United States Asymmetry and Influence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

Mickelson, Karin, "Rhetoric and rage: Third world voices in international legal discourse", *Wisconsin International Law Journal*, núm. 16, 1998, pp. 353-419.

OEA, *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, Serie sobre Tratados OEA No. 1-C y No. 61, 119 UNTS 3, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948.

_____, *Escenarios para el problema de las drogas en las Américas 2013-2025*, Washington, OEA, 2012.

_____, *El informe de drogas de la OEA: 16 meses de debates y consensos*, Washington, OEA, 2014.

_____, *Programa-Presupuesto de la Organización aprobado por la Asamblea General Bienio 2015-2016,* AG/RES. 1 (XLVIII-E/14), Washington, Asamblea General de la OEA, 2014.

OEA-Cicad, *Estrategia hemisférica sobre drogas*, OEA, 2010.

_____, *El problema de las drogas en las Américas*, OEA, 2013.

_____, *Plan de acción hemisférico sobre drogas 2016-2020*. *Estrategia hemisférica sobre drogas*, Washington, OEA-Cicad, 2016a.

_____, *Borrador del informe anual 2015 de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad) a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su Cuadragésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones*, OEA/Ser.L/XIV.2.59, Cicad/doc.2244/16. rev1, Washington, 21 de abril de 2016b.

Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Rodrigues, Thiago y Beatriz Caiuby Labate, "Prohibition and the war on drugs in the Americas: An analytical approach", en Beatriz Caiuby Labate, Clancy Cavnar y Thiago Rodrigues (eds.), *Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas*, Switzerland, Springer, 2016.

Transnational Institute y WOLA, *Sistemas sobrecargados: leyes de droga y cárceles en América Latina*, Washington, TNI-WOLA, 2010.

UNODC, *World Drug Report 2016*, Vienna, UNODC, 2016.

von Hoffmann, Jonas, "The international dimension of drug policy reform in Uruguay", *International Journal of Drug Policy*, núm. 34, 2016, pp. 27-33.

Wainwright, Tom, *Narconomics: How to Run a Drug Cartel*, New York, Public Affairs, 2016.

Youngers, Coletta A. y Eileen Rosin (eds.), *Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy; War and Drugs in Colombia*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2004.

# NARCOTRÁFICO Y COLONIZACIÓN DEL APARATO ESTATAL

## EFECTOS FUNCIONALES DE LA CORRUPCIÓN ESTRUCTURAL EN LOS ESTADOS CONTEMPORÁNEOS

***Esteban Mizrahi***

**RESUMEN.** El análisis del presente trabajo se centra en la erosión de la estatalidad y de la cultura cívica democrática a partir de la colonización del aparato de Estado en manos de la criminalidad organizada, más específicamente, del narcotráfico. La tesis central es que el narcotráfico, a diferencia de otras organizaciones criminales como el terrorismo transnacional, no solo necesita de los Estados democráticos soberanos en su configuración actual, sino que también requiere que sus instituciones gocen de cierta legitimidad para la mayoría de la población. Pero esta necesidad, lejos de fortalecer los valores propios de un Estado de derecho, los va debilitando a tal punto que la discursividad que los sostiene termina por convertirse en una retórica vacía, carente de contenido y fuerza vinculante. Ello conlleva un serio peligro para la gobernabilidad democrática que, desde la modernidad hasta hoy en día, se sostiene sobre los principios de soberanía popular e igualdad ante la ley.

**Palabras clave:** narcotráfico, crimen organizado, Estado de derecho, legitimidad estatal, cooptación del Estado, corrupción, ciudadanía, representación política.

**ABSTRACT.** The analysis of this work is focused on the erosion of statehood and democratic civic culture from the colonization of the state apparatus in the hands of organized crime, more specifically, drug trafficking. The central thesis is that drug trafficking, unlike other criminal organizations, such as transnational terrorism, not only needs sovereign democratic states in their current configuration, but also requires that state institutions enjoy certain legitimacy for the majority of the population. But this need, far from strengthening the values of the rule of law, weakens them to the point that the discourse that sustains them ends up becoming empty rhetoric, devoid of content and binding force. This poses a serious danger for democratic governance, which, from modernity to the present, has been sustained by the principles of popular sovereignty and equality before the law.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Keywords:** Drug trafficking, organized crime, rule of law, state legitimacy, cooption of the State, corruption, citizenship, political representation.

## 1. Estado de derecho, soberanía popular e igualdad ante la ley

A diferencia de lo que ocurría en los comienzos de la modernidad, donde el derecho se ubicaba como un sistema normativo entre otros, junto a la moral y la religión, en la actualidad el derecho ha pasado a ser el único sistema de normas que goza de reconocimiento general en los Estados occidentales contemporáneos. En buena medida, ello se debe a que los diversos procesos de secularización y de hibridación cultural, característicos de nuestras sociedades democráticas, dejan en manos de los individuos, tanto sus creencias religiosas como la escala de valores morales que rige su conducta y organiza sus respectivos esquemas de preferencias. Ser católico o judío, musulmán o protestante; solidario o egoísta, hedonista o laborioso son opciones disponibles para todos los habitantes de un Estado democrático, siempre y cuando no supongan acciones que violen la ley. El derecho es reconocido, entonces, como el límite de las opciones morales y religiosas. Como el derecho está desanclado de la religión y la moral, una conducta es delictiva o simplemente contraria a derecho, no por inmoral o herética, sino porque así ha quedado jurídicamente establecido a través de los procedimientos previstos para la creación y sanción de normas. Y no hay comportamientos sociales que queden fuera del alcance del derecho y su capacidad de regulación, pues todos ellos están, o bien prohibidos o bien permitidos.

En este contexto, el derecho opera como un sistema general para la resolución de conflictos con base en el binomio legal / ilegal. Su función principal consiste en estandarizar expectativas de comportamiento para que, en caso de conflicto, sea posible resolverlas a través de un procedimiento que dictamine lo ajustado o no a derecho de la conducta que lo desencadenó. De esta manera, el derecho confiere seguridad a las expectativas, en la medida en que permite saber cuáles gozan de respaldo social y cuáles no.[1] De ahí que Niklas Luhmann considere que, en la actualidad, el derecho es un subsistema social, autopoiético y operativamente clausurado.

Pero en un Estado de derecho democrático lo determinante radica en que estos procedimientos extraigan su legitimidad de los principios de soberanía popular (y su ideal de autonomía) y de igualdad ante la ley. Al menos así lo plantean las teorías clásicas de la democracia. Jürgen Habermas lo explica del siguiente modo:

> El pueblo programa las leyes y estas a su vez programan la ejecución y la aplicación de las leyes, de suerte que los miembros de la sociedad, a través de las decisiones colectivamente

[1] Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México, Herder, 2005, pp. 188-189.

> vinculantes de la Administración y de la Justicia, son los destinatarios de operaciones y regulaciones que ellos mismos, en su papel de ciudadanos, han programado.[2]

En un Estado democrático de derecho, la fidelidad al derecho de los ciudadanos estriba, en última instancia, en que ellos se muestren capaces de asumir estos procedimientos como expresión de su propia voluntad, a través del juego de mediaciones requerido por la representación política e institucional, características de una sociedad de masas. Respetando las leyes, los individuos hacen lo que quieren en tanto ciudadanos. Y su ciudadanía es, en contrapartida, lo que les garantiza la igualdad ante la ley, tanto en el ejercicio de derechos y libertades como en el cumplimiento de deberes y obligaciones.[3]

Con todo, la operación simbólica requerida para la autonomía ciudadana, mediante la cual los individuos se apropian de las leyes al concebirlas como producto de su voluntad, no acontece de manera automática. Las sociedades modernas entendieron muy pronto que era necesario elaborar teorías del poder legítimo para sortear la brecha entre una identidad individual emancipada y una identidad colectiva que, en principio, requiere ser construida y justificada. Sucede que una vez disueltos los lazos tradicionales, los individuos son reconocidos por sí mismos, más allá de su inscripción en un colectivo determinado, y esta evolución social, como advierte Hobbes casi de inmediato, lejos de dar paso a un mundo deseable, se transforma muy pronto en un escenario aterrador, si el Estado no logra monopolizar en manos del soberano el ejercicio de la violencia. Porque en una sociedad de individuos libres e iguales la distribución anárquica del poder genera un estado de inseguridad absoluta del que solo es posible salir con el monopolio de la violencia en manos de un soberano.[4] Por ello la modernidad consagró a la seguridad ciudadana en derecho fundamental[5] e instituyó al Estado como su firme custodio.

Ahora bien, el ejercicio democrático de este derecho a la seguridad no puede consistir en otra cosa más que en sentirse seguro como ciudadano al hacer uso de la libertad de la que todos los demás disponen también en la misma medida. Por tanto, la condición fáctica para el ejercicio del derecho a la libertad radica en que el Estado garantice a sus ciudadanos cierta seguridad cognitiva para estabilizar sus expectativas: "Sin seguridad

---

2 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005, p. 607.

3 También, para la *teoría discursiva del derecho*, que representa Habermas, el Estado democrático de derecho se concibe como "la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas" (*ibid.*, p. 523).

4 Robert Castel, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Manantial, 2004, p. 20.

5 Joseph Isensee, "Die Friedenpflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates. Zur Legitimationskrise des modernen Staates", en Müller G. *et al*. (ed.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1982.

cognitiva la libertad sería poco más que una promesa vacía".[6] Pero dicha seguridad no es un fin en sí mismo, sino que recibe su sentido de la libertad. Esta libertad garantizada a todos los ciudadanos supone límites inmanentes, dado que la libertad de cada uno se contrapone con la de todos los demás. Esto fue prontamente observado por Kant y elevado a *principio universal del derecho*: "una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de los demás según leyes universales".[7]

Precisamente, de lo que se trata es de custodiar que esos límites no sean rebasados por ninguno, para que todos los ciudadanos puedan ser libres en la misma medida. Y por esa razón, también queda justificado coaccionar al que coacciona, es decir, obstaculizar la libertad de quien haya obstaculizado la libertad de otro. En palabras de Kant: "cuando un cierto uso de la libertad misma es un obstáculo para la libertad según leyes universales (es decir *contrario a derecho*), entonces la coacción que se le contrapone es *conforme a derecho* en tanto obstaculización de un obstáculo de la libertad que concuerda con la libertad según leyes universales".[8]

Algo distinto sucede con la seguridad. A diferencia de la libertad, que posee límites inmanentes y requiere de un cierto grado de seguridad para su ejercicio, la seguridad en sí misma puede existir, en principio, sin libertad; o bien con un ejercicio muy recortado de los derechos. Por ello, la seguridad puede ceder fácilmente ante su propia lógica funcional y siguiendo sus imperativos, sobrepasar los límites que definen a un Estado de derecho democrático.[9] Si esto ocurre, el tránsito de un Estado de derecho a un Estado policial es prácticamente inevitable.[10]

En consecuencia, si bien es cierto que en una sociedad democrática la seguridad presupone el control punitivo de los individuos por parte del Estado, no lo es menos que ella requiere, como su contrapartida necesaria, del control activo de los agentes del

---

6 Günter Frankenberg, "Kritik des Bekämpfungsrechts", en *Kritische Justiz,* Heft 4, 2005, p. 376.

7 Immanuel Kant, "Die Metaphysik der Sitten (1797/8)", en W. Weischedel (ed.), *Werke in sechs Bänden, Band IV, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983, p. 337.

8 *Ibid.*, pp. 338-339.

9 Esta tendencia, propia de la lógica de la seguridad, es lo que conduce a varios autores a sostener que en la actualidad el "derecho fundamental a la seguridad" se ha convertido en el grito de batalla de un nuevo autoritarismo que pretende la limitación creciente de derechos subjetivos en pos de garantizar una mayor seguridad ciudadana (Alfredo Chirino Sánchez, "La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectiva de una desesperanza", en L. Reyna Alfaro y S. Cuaresma Terán (dirs.), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgo y seguridad*, Buenos Aires, Euros Editores, pp. 17-52).

10 Por eso Frankenberg sostiene que "la libertad y la seguridad solo están en un mismo nivel y son conmensurables cuando ambas son *valoradas* y se traducen también en valores. Para tal operación están abiertos diferentes caminos. Por un lado, los derechos a la libertad pueden ser traducidos en deberes de protección y de este modo ser 'colectivizados'. Por el otro, la seguridad puede ser traducida en deberes de seguridad individualmente asignados y con ello ser 'individualizada'" (Frankenberg, *op. cit.*, p. 376).

Estado por parte de la ciudadanía. Y esto, en verdad, es la condición misma de su eficacia democrática por cuanto garantiza su legitimación. Lo primero apunta a proteger al ciudadano respecto de la violencia del prójimo; lo segundo, respecto de la violencia ejercida desde el poder del Estado. Por supuesto, nada de esto excluye la posibilidad de convertirse en víctima. Ningún dispositivo jurídico puede ofrecer semejante garantía; pero sí implica que los ciudadanos puedan vivir con la expectativa de que sus derechos serán respetados y las leyes cumplidas. Por eso, el monopolio estatal de la violencia, junto con el compromiso de los ciudadanos de respetar las normas, vivir pacíficamente y ejercer un control activo respecto del desempeño de los funcionarios en sus cargos, constituyen el fundamento de la seguridad jurídica en sentido lato.[11]

Para que este dispositivo de control por partida doble esté suficientemente legitimado, no basta con que esté jurídicamente establecido. El Estado de derecho democrático debe recurrir a un vasto repertorio de operaciones materiales y simbólicas para asegurar su eficacia. Esta radica, en última instancia, en la extendida creencia entre los individuos que habitan un Estado de responder a una cierta unidad de dominación que, constituida en ordenamiento jurídico, pretende y alcanza validez efectiva en un tiempo determinado y en el marco de un territorio bien definido. En tal contexto, el Estado de derecho democrático queda definido, en cuanto Estado, como un aparato legal que posibilita estructurar la voluntad colectiva de quienes habitan ese territorio, de manera que sea posible tomar decisiones con fuerza vinculante mediante el uso legítimo de la violencia. De ahí que las diversas instituciones sociales fijen roles y expectativas normativas de comportamiento gracias a su acoplamiento con el poder del Estado.[12]

Ahora bien, en la escena contemporánea existen ciertos fenómenos delictivos que logran poner en cuestión la pertinencia conceptual de la figura de Estado y la lógica de su legitimación democrática, en la medida en que minan el fundamento discursivo que arduamente elaboró la modernidad política para sostener su viabilidad. Tal es el caso del narcotráfico, cuyo avance significativo presupone la corrupción a gran escala del aparato estatal. Ello implica una pérdida irreparable de la representatividad democrática sobre la

11 Esteban Mizrahi, "La reacción penal del Estado frente al terrorismo transnacional", *Veritas*, vol. 58, núm. 2, 2013, p. 403.

12 Por eso, Guillermo O'Donnell considera que no debe identificarse al Estado ni con el aparato estatal, ni con el sector público en particular, ni con la suma de las burocracias públicas. Antes bien, el Estado es "un conjunto de relaciones sociales que establece cierto orden en un territorio determinado, y finalmente lo respalda con una garantía coercitiva centralizada. Muchas de esas relaciones se formalizan mediante un sistema legal provisto y respaldado por el Estado. El sistema legal es una dimensión constitutiva del Estado y del orden que este establece y garantiza en el territorio dado" ("Estado, democratización y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, núm. 128, noviembre a diciembre de 1993, p. 64).

que se sostiene el ejercicio de la autonomía ciudadana, y echa por tierra el principio de igualdad ante la ley.[13]

## 2. Narcotráfico y cooptación del aparato de Estado

A diferencia del terrorismo transnacional, que tiene al Estado en su mira solo como blanco para ser destruido, el accionar transnacional de las redes de crimen organizado dedicadas al narcotráfico requiere de la existencia del Estado. De ahí que los narcotraficantes no busquen su destrucción sino la interpenetración o cooptación de su estructura para obtener con ello mayores ventajas competitivas en su campo específico de acción.

El narcotráfico necesita del Estado, antes que nada, para ser definido como delito.[14] Esta obviedad no debe ser pasada por alto, dado que la ilegalidad de la producción y el tráfico de drogas, así como su persecución penal, son unos de los principales factores de su colosal rentabilidad. Implica, entre otras cosas, la absoluta desregulación del mercado de trabajo, la imposibilidad de gravar, en términos impositivos, toda la cadena de producción, transacción y consumo de drogas o algún segmento de ella. Además, la ausencia de todo control de calidad estatal en el proceso de elaboración y en el producto final resultante. De aquí se sigue que tampoco sea posible realizar investigaciones científicas acerca de los efectos que tiene el consumo de drogas ilegales en la salud de la población a mediano y largo plazo, debido a la falta de homogeneidad en la elaboración de las sustancias, lo cual redunda en la imposibilidad de diseñar políticas públicas destinadas a la prevención y al tratamiento.

Todo esto contribuye a la acumulación de ganancias espectaculares en plazos muy breves. Y este factor es identificado, por lo general, como uno de los dos más importantes para explicar por qué el narcotráfico produce una mayor ingobernabilidad en términos democráticos y amenaza la viabilidad del Estado como estructura propia de un Estado de derecho. El otro factor determinante está vinculado al carácter consensual del delito, es decir, a un tipo delictivo en el que tanto el proveedor de droga (victimario) como el consumidor (víctima) prestan su conformidad para la comisión del ilícito.[15]

---

13 Como sostiene Juan Gabriel Tokatlian sobre el avance del crimen organizado en general: "Socava la democracia, debilita el Estado de derecho, facilita la corrupción, aumenta la injusticia social, produce costos directos e indirectos sobre la economía, exacerba una subcultura que premia la ilegalidad, degrada el sistema político, afecta la soberanía nacional y reduce la autonomía estatal en el frente internacional" ("La guerra perpetua: las drogas ilícitas y el mundo andino", *Pensamiento Iberoamericano*, núm. 8, 2011, p. 117).

14 Jorge Chabat, "Narcotráfico y Estado: el discreto encanto de la corrupción", *Letras Libres*, 30 de septiembre de 2005.

15 Jorge Chabat, "El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales", *Revista de Historia Internacional*, año 11, núm. 42, 2010, p. 10.

Ambas cosas le confieren al narcotráfico una capacidad para el ejercicio de la corrupción sin paralelo con otras actividades criminales. A ello se suma que los principales mercados de consumo (Estados Unidos, seguido por la Unión Europea) están alejados geográficamente de los centros de producción (América Latina, en especial de cocaína en Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador) y Asia (en especial de heroína en Afganistán).

Por otro lado, las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico necesitan del Estado para cooptar su estructura y valerse de la legitimidad de la que goza su aparato represivo para perseguir competidores dentro del territorio y, al mismo tiempo, desactivar toda intromisión estatal en sus áreas específicas de interés y de acción. Si esta operación de cooptación resulta exitosa, no solo se consigue monopolizar el negocio, con la consecuente facilidad para incrementar los márgenes de rentabilidad, sino también, y sobre todo, absoluta impunidad para seguir operando en el ámbito donde ha conseguido hegemonía.[16] El financiamiento de las campañas electorales en todos los niveles; la coparticipación (activa o pasiva) en las múltiples actividades de lavado y el pago con droga a los agentes de las fuerzas de seguridad, son algunos mecanismos a través de los cuales no solo se ejerce la corrupción, sino también se consigue la fidelización de los funcionarios públicos corrompidos a partir del soborno sistemático; funcionarios que, de ahí en más, son presas fáciles del chantaje. Con ello también se amortiza la inversión inicial, al tiempo que se obtiene del Estado no solo protección policial y militar (en casos límites, como ocurrió en México, también instrucción militar gratuita para los ejércitos privados de los narcotraficantes),[17] sino un paraguas legal y financiero para operar dentro y fuera del territorio nacional, fundamental para llevar adelante actividades de blanqueo de divisas.

16 Como explica Marcelo Saín respecto de la situación en Argentina: "los grupos criminales que consiguen perpetuarse exitosamente en un ámbito determinado así como ampliar y/o diversificar sus actividades, negocios y conexiones, comienzan a entablar relaciones de paridad con los actores institucionales y/o políticos –entre ellos, la policía– y económicos mediante la combinación de una creciente destreza económico-empresarial dirigida a satisfacer la demanda de bienes y servicios ilícitos existente en el ámbito social de actuación, por un lado, con una amplia capacidad corruptiva sobre ellos articulada mediante acciones sistemáticas de soborno y de inversión en actividades económica lícitas o, directamente, en el financiamiento de la política" ("La regulación policial del narcotráfico en la Provincia de Buenos Aires", ponencia presentada en el Seminario What Happens When Governments Negotiate with Organized Crime? Cases Studies from the Americas, Washington, D.C., Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2013, p. 41. Disponible en: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/SAIN - Argentina - Paper_0.pdf).

17 Es elocuente la reflexión de Marcos Pablo Moloeznik: "Poco más de 44.000 militares y marinos cometieron deserción a lo largo de casi seis años de la administración encabezada por Felipe Calderón, cifra que resulta inaceptable y que pone de relieve la incapacidad de la Sedena y la Semar por retener al personal encuadrado. Cabe preguntarse de qué sirvió el esfuerzo consistente en incrementar en 20.000 efectivos al personal de las fuerzas armadas, cuando en el mismo periodo el equivalente a poco más del doble de esa cifra decidieron abandonar las filas" ("Fuerzas armadas, guerra contra el narcotráfico y lecciones del caso mexicano", en Günther Maihold y Stefan Jost (eds.), *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 86). A partir de la experiencia mexicana, Moloeznik enfatiza que poner a las fuerzas armadas a realizar tareas de seguridad interior es contraproducente en la medida en que genera un "desgaste institucional y potencia el riesgo de corrupción, incluyendo un escenario de probable interrelación y control de los militares sobre el narcotráfico. Ejemplo de

De ahí que una de las principales paradojas que entraña la problemática del narcotráfico desde el punto de vista jurídico-político radique en que, una vez alcanzada la etapa de cooptación del Estado, que Peter Lupsha denomina "parasitaria",[18] el discurso público antinarco y el recrudecimiento de las medidas de persecución penal destinadas a combatirlo se vuelven, en realidad, funcionales a la consolidación de las bandas criminales que ya alcanzaron una cierta posición predominante en el territorio. Su instrumentación perversa por parte de los políticos, funcionarios o magistrados corrompidos apunta tanto a su propia invisibilización, cuanto a desactivar todo discurso tendiente a enfrentar y resolver el problema: quienes sostienen un discurso semejante terminan confundiéndose ante la opinión pública con ellos mismos. Quienes no lo hacen son cínicamente acusados de complacientes frente a los narcos o incluso de cómplices de las bandas criminales. Esta encerrona discursiva parece ser la piedra de toque de todo intento democrático de discutir públicamente la despenalización de las drogas prohibidas.

Además, el narcotráfico, en tanto crimen organizado, necesita de condiciones marco que posibiliten, precisamente, su organización. La complicidad de los funcionarios estatales es una parte importante; la otra radica en la garantía de un cierto funcionamiento *normal* del orden social, económico y político. Los Estados de derecho democráticos de la actualidad se encargan de proveer tales condiciones, y más aún cuando ajustan sus instituciones para el mejor desempeño del capitalismo financiero.

En efecto, la ideología neoliberal,[19] que ha visto su coronación hacia el final de la Guerra Fría, no ha dejado de impulsar una modalidad de capitalismo basado en la

---

ello es el caso del exzar antidrogas de México, el general de división José de Jesús Gutiérrez Rebollo, quien desde hace 10 años se encuentra en prisión por sus vínculos con organizaciones dedicadas al tráfico de drogas ilegales. Y, más recientemente, los ejemplos de 'Los Zetas', bandas de sicarios al servicio de los narcotraficantes, formadas por desertores de los Grupos Aeromóvil y Anfibio de Fuerzas Especiales del Ejército y de la Brigada de Fusileros Paracaidistas, antiguos integrantes de las fuerzas de élite, entrenados en operaciones antidrogas y antiterroristas, muchos de ellos en EE.UU." (Moloeznik, "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito", *Nueva Sociedad*, núm. 213, enero-febrero de 2008, p. 168).

18 Peter Lupsha, "El crimen organizado transnacional versus la Nación-Estado", *Revista Occidental,* año 14, 1997, pp. 27-28.

19 En un artículo reciente, Terry Flew realiza una interesante taxonomía de los usos del término "neoliberalismo". Allí identifica seis significados que remiten a marcos teóricos no todos compatibles entre sí. El cuarto uso en su orden expositivo remite al neoliberalismo como *la ideología dominante del capitalismo global* y es el que tomamos aquí como marco de referencia. Según Flew, en esta acepción "se identifica al neoliberalismo con una ideología política asociada a la globalización económica y al ascenso del capitalismo financiero, así como el keynesianismo estaba asociado con el capitalismo nacional en una fase monopolista comprendida entre los años 1930 y 1970, y el liberalismo clásico con el capitalismo competitivo del siglo XIX" ("Six theories of Neoliberalism", *Thesis Eleven,* vol. 122, núm. 1, 2014, p. 56). Este uso del concepto de neoliberalismo es asumido por Diego Nieto para pensar la gobernanza del crimen transnacional. Según Nieto, el neoliberalismo despliega una forma de imaginación política específicamente concebida para regular, controlar y ejercer poder más allá de la territorialidad del Estado-nación ("Neoliberalism, biopolitics, and the governance of transnational crime", *Colombia International,* núm. 76, julio a diciembre de 2012, p. 144).

especulación financiera. Cuando el capitalismo especulativo consigue la hegemonía por sobre el capitalismo productivo, desplaza el vínculo que los sujetos establecen con lo real a través del trabajo (acción que requiere la postergación de la satisfacción de las necesidades), por la infinita y evanescente relación inmediata con el consumo. En las sociedades salariales, por el contrario, el acceso al consumo estaba mediado por el trabajo:

> Una sociedad salarial no es solamente una sociedad en la que la mayoría de la población activa es asalariada. Se trata sobre todo de una sociedad en la que la inmensa mayoría de la población accede a la ciudadanía social en primer lugar a partir de la consolidación del estatuto del trabajo.[20]

De ahí que una de las principales preocupaciones del Estado fuera rearticular capital y trabajo: "El Estado debía velar por el capital para que estuviese en condiciones de comprar trabajo y afrontar sus costos".[21] Nada, o muy poco, de ello ocurre cuando el capitalismo financiero desplaza al productivo (o industrial) como motor económico del progreso social. Una vez disueltos los lazos simbólicos que vinculaban la capacidad de consumo con el trabajo, se instalan a niveles masivos mentalidades rentísticas que creen poder prescindir de la mediación del trabajo para satisfacer necesidades. De este modo, en la cultura del consumo propia de las sociedades possalariales, la acción de consumir se transforma en un fin en sí mismo (no en un medio para satisfacer necesidades), y la acumulación para el consumo se ubica en la cima de lo socialmente valioso. Los derechos de los consumidores adquieren rango constitucional y con ello desplazan a las figuras del ciudadano, persona (o incluso habitante) como sujetos de derechos del ordenamiento político.[22]

En el mundo del consumo, lo que principalmente se consume son símbolos cuya obsolescencia está previamente programada. En ello trabajan a diario el *marketing* y la

---

20 Castel, *op. cit.*, p. 42.

21 Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 155.

22 El capítulo II, Nuevos derechos y garantías, de la actual Constitución Argentina, dice en su artículo 42. "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control". Ignacio Lewkowicz observa que en este artículo "no se dice que todos los habitantes gozan de estos derechos y garantías. Tampoco se dice que los habitantes o ciudadanos son consumidores. Escuetamente se enuncia que estos derechos son de los consumidores" (*Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, Buenos Aires, Paidós, 2006, p. 23). Y de ahí concluye que el ciudadano ha dejado de ser el fundamento homogéneo del ser común dado que ya no dispone del monopolio de los derechos.

publicidad, que interpelan a los sujetos como consumidores y los compelen a reiterar a diario este acto sin fin. Consumir es necesario; aquello que se consume, no. No es entonces de extrañar que en el marco de esta cultura surjan de modo masivo subjetividades adictivas. Individuos adictos al alcohol, al tabaco, al sexo, al trabajo, al deporte, a los videojuegos, a las redes sociales, a las cirugías estéticas, al cultivo del cuerpo, etc. Y, desde luego, también a las drogas, tanto de curso legal como ilegal. Al respecto, se estima que la sociedad norteamericana –sociedad de consumo por excelencia– destina 150.000 millones de dólares anuales al consumo de drogas ilegales.[23]

Por tanto, en un escenario en el que la mayor parte de las energías sociales están destinadas al consumo y a la producción de consumidores; en el que la acumulación para el consumo se ha transformado en un fin en sí mismo que lidera la escala del reconocimiento social; en el que además se ha desacoplado el derecho de la moral y la religión –lo que transforma a la comisión de un delito en un mero riesgo de ser perseguido penalmente, pero no ya en un hecho moral o religiosamente reprochable–; en el que este riesgo disminuye conforme aumentan los niveles de la acumulación, y teniendo en cuenta que los magistrados, funcionarios públicos con cargos electivos y de carrera, miembros de las fuerzas de seguridad y demás personal que opera en el Estado no son ajenos a esta dinámica, sino individuos socializados en este peculiar contexto en el que viven, la pregunta que se impone es: ¿cómo podría evitarse la corrupción del aparato de Estado en el caso de un delito consensual, cuyos mercados principales de consumo distan mucho geográficamente de los centros de producción, y donde el principal mercado mueve anualmente una suma superior a la deuda externa entera de un Estado soberano?

La respuesta es asombrosamente simple: de ninguna manera. Salvo, tal vez, legalizando y regulando toda la cadena: producción, comercialización y consumo. Con ello se disminuirían notablemente los márgenes de ganancia y se atenuarían los niveles actuales de violencia asociados al narcotráfico y propios de la "guerra contra las drogas". Por el contrario, como ha quedado demostrado en la abundante literatura al respecto,[24] la po-

---

23 Bruce Bagley, "Narcotráfico y crimen organizado en las Américas: principales tendencias en el siglo XXI", en Günther Maihold y Stefan Jost (eds.), *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 24. Algo más que toda la deuda externa de Argentina en el mismo periodo. Al cierre del primer trimestre de 2015, según el Instituto Nacional de Estadística y Censo (Indec), la deuda soberana rondaba en los 145.931 millones de dólares (*Resultados del balance de pagos del primer trimestre 2015*, Buenos Aires, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 2015, pp. 6 y 8).

24 Solo por mencionar algunos trabajos, entre muchos otros, ver Jean-François Boyer, *La guerra perdida contra las drogas: narcodependencia del mundo actual*, México, Grijalbo, 2001; Juan Gabriel Tokatlian e Iván Briscoe, "Drugs: Towards a post-prohibitionist paradigm", *Journal for International Relations and Global Trends*, núm. 3, 2010; Brian Loveman, *Adictos al fracaso: políticas de seguridad de Estados Unidos en América Latina y la región andina*, Santiago, LOM Ediciones, 2010; Gabriel Kessler, "Crimen organizado en América Latina y el Caribe. Ejes de debate sobre narcotráfico tráfico de armas y de personas", *Cuadernos de Seguridad del Instituto Nacional de Estudios Estratégicos de la Seguridad*, núm. 14, septiembre de 2011; César Morales Oyarvide, "El fracaso de una estrategia: una crítica a la guerra contra el nar-

lítica multilateral de declararle la guerra a las drogas impulsada por Estados Unidos ha sido hasta el momento la manera más eficaz de aumentar la rentabilidad de los narcos y expandir su dominio territorial debido a los así llamados "efecto globo" y "efecto cucaracha". Pero también, y al mismo tiempo, de ir corroyendo desde adentro el aparato del Estado democrático a través de la corrupción de sus agentes.

Una de las consecuencias más perniciosas de la corrupción estructural del Estado consiste en que las organizaciones políticas terminan asumiendo la lógica de la mafia. Los vínculos de confianza ya no se fundan en la simpatía por un ideario compartido, ni por abrazar una idéntica escala de valores referida a la realización del bien común. Menos aún, en la capacidad de una persona para llevar adelante un programa de Gobierno como agente público. Si esto ocurre, mejor. Pero lo determinante para la confianza política dentro de los actuales aparatos de poder radica en la posibilidad de ejercer presión sobre el agente mediante el ejercicio de la extorsión. En este contexto, el operar de los servicios de inteligencia ocupa un lugar central. Pero ya no para desactivar el accionar de estas poderosas bandas criminales, sino para acumular información sobre la vida pública o privada de funcionarios y magistrados que en la ocasión oportuna pueda ser utilizada de manera discrecional para torcer su voluntad.

Por un lado, invocando, no sin fundamento, la necesidad de anticiparse al accionar de las organizaciones criminales, la arremetida neopunitivista busca introducir numerosas leyes e institutos penales dirigidos a adelantar la punición sin disminuir proporcionalmente las penas, y a limitar las garantías procesales,[25] a profundizar el accionar de los servicios de inteligencia del Estado, promover su coordinación e incluso poner al ejército a realizar actividades de inteligencia interior. Sin embargo, con ello consigue, por otro lado, liberarle las manos a los servicios secretos. Y no solo las manos, también los fondos necesarios para su utilización espuria por quienes detentan el poder real. Tales iniciativas, como remarca Alejandro Aponte Cardona, no surgen espontáneamente del debate democrático en el parlamento, sino que en la inmensa mayoría de los casos son impulsadas por el "poder ejecutivo en tanto legislador de excepción. O, si surge del

---

cotráfico en México, sus justificaciones y efectos", *Nueva sociedad,* núm. 231, enero-febrero de 2011; Günther Maihold, "Internationales Drogenregime in der Bewährung. Herausforderungen durch die drogenpolitische Reformdebatte in Lateinamerika", *Vereinte Nationen*, febrero de 2015. En todos ellos se verifica un extendido consenso respecto de algo que afirma Tokatlian en uno de sus trabajos: "La esperanza de una mejor 'guerra contra las drogas' es ilusoria. En realidad, cuatro décadas de esta cruenta confrontación irregular han generado más capos del narcotráfico, más señores de la guerra, más *gang lords*, más magnates del lavado (Naylor 1999), y más delincuentes transnacionales. A ello se agrega una inercia burocrática en la que más funcionarios, nacionales e internacionales quedan adictos a la '*war on drugs*'" ("La guerra perpetua: las drogas ilícitas y el mundo andino", *Pensamiento Iberoamericano,* núm. 8, 2011, p. 111.

25 Günther Jakobs, "Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en A. Eser Hassemer y W. Burkhardt B. (eds), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, Beck, 2000; Jakobs, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS 3, 2004.

Congreso, se origina también a partir de iniciativas del ejecutivo, llevadas a cabo a partir de todo tipo de presiones sobre el órgano legislativo".[26]

Esta utilización de la inteligencia con fines espurios no solo se limita a obtener información para, llegado el caso, practicar la extorsión sobre funcionarios que no están dispuestos a colaborar, sino que también se extiende al armado de causas falsas u operaciones de prensa cuya eficacia depende del contexto en el que se realizan. En un escenario de corrupción estructural del Estado resulta imposible defenderse eficazmente ante la opinión pública de este tipo de acusaciones. No basta con que el implicado las desmienta. Tampoco, con que la causa sea desestimada en los tribunales. La ciudadanía ya está avisada: sabe muy bien que a los corruptos, como a los mafiosos, es muy difícil probarles algo en los estrados y que, naturalmente, niegan de manera sistemática estar detrás de los crímenes o las acciones delictivas de los que se los acusa. Por tanto, la

---

26 Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 93. Un ejemplo cabal de dicho proceder lo ofrece el tratamiento que tuvo en Argentina la Ley 27.126 para la creación, justamente, de la Agencia Federal de Inteligencia. Se trata de una iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional (Mensaje Nº 143/15) que tuvo lugar 12 días después de haber sido encontrado muerto el fiscal federal Alberto Nisman, el 18 de enero de 2015. Una muerte no esclarecida, ocurrida horas antes de que se presentara ante la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación para explicar los fundamentos de su denuncia en contra de la presidenta Cristina Fernández y de su canciller Héctor Timerman, entre otros funcionarios, por encubrimiento en la investigación del atentado contra la AMIA. Como el Parlamento no se encontraba en periodo de sesiones ordinarias, la presidenta convocó a sesiones extraordinarias el 30 de enero de 2015. Ese mismo día ingresa el proyecto en Cámara de Senadores y dos días después (02/02/2015) es enviado a las Comisiones de Asuntos Constitucionales, y de Justicia y Asuntos Penales. También fue remitido a la Bicameral Permanente de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia, aunque solo para su conocimiento. En dos días (04/02/2015) obtiene dictamen. El 12 de febrero de 2015 obtiene media sanción del Senado y el 20 de febrero de 2015 se sanciona el proyecto en la Cámara de Diputados. Finalmente, el 3 de marzo de 2015, el Poder Ejecutivo Nacional promulga la ley. Es de destacar que este proyecto, que obtuvo tratamiento parlamentario en menos de un mes, fue modificado por la Cámara de Senadores, texto que luego fue aprobado sin modificaciones por la Cámara de Diputados. Algo semejante ocurrió en 2013 con la Ley 26.860, conocida por la opinión pública como Ley de Blanqueo de Capitales. El proyecto de ley autorizando la emisión del "Bono argentino de ahorro para el desarrollo económico (Baade)", el "Pagaré de ahorro para el desarrollo económico" y el "Certificado de depósito para la inversión (Cedin)" fue ingresado al Senado por el Poder Ejecutivo Nacional el 7 de mayo de 2013. Una semana más tarde recibe dictamen conjunto de las Comisiones de Presupuesto y Hacienda, de Economía Nacional e Inversión, y de Justicia y Asuntos Penales. El 22 de mayo, la Cámara Alta aprueba el proyecto sin modificaciones y lo transmite a la Cámara de Diputados, que lo sanciona en una semana (trámite que requiere para habilitar su tratamiento en el recinto de una mayoría especial). El 29 de mayo, esta Cámara sanciona el Proyecto y el Poder Ejecutivo Nacional lo promulga dos días más tarde. Otro tanto había ocurrido en 2011 con el tratamiento legislativo de la Ley 26.734, conocida como Ley Antiterrorista. Si bien el proyecto fue remitido por el Poder Ejecutivo Nacional a la Cámara de Diputados el 14 de octubre de 2011, este no tuvo tratamiento en el Congreso sino hasta el día 12 de diciembre, luego de la asunción de los nuevos legisladores y en sesiones extraordinarias convocadas para tal fin por la presidenta de la Nación. Ese mismo día, el Proyecto obtiene dictamen de mayoría de las Comisiones de Legislación Penal y de Finanzas. El 15 de diciembre, y con el voto favorable de 134 diputados del partido oficialista, el proyecto recibe media sanción y pasa a ser considerado en el Senado, donde es remitido a la Comisión de Justicia y Asuntos Penales. Seis días más tarde, y en un trámite sobre tablas que habilitó la posibilidad de no cumplir con los tiempos mínimos reglamentarios, el proyecto es sancionado por la Cámara Alta con 39 votos a favor. Estas tres leyes surgieron como proyectos del Ejecutivo. En ningún caso se cumplieron los tiempos reglamentarios, y en dos de ellos (Agencia de Federal de Inteligencia y Ley Antiterrorista), además, como el Congreso estaba en receso, hubo que convocar a sesiones extraordinarias para su sanción.

imagen pública del involucrado queda irremediablemente resentida, cuando no dañada por completo. Pero, además, este dispositivo logra nivelaciones sorprendentes y duplica su eficacia en tanto también resulta útil, por analogía, para desestimar ante la opinión pública denuncias realizadas contra funcionarios efectivamente corrompidos e involucrados en tramas de lavado y tráfico de drogas. En términos políticos, esto significa que se propicia un contexto social y comunicacional en el que ni el inocente puede defenderse ni el culpable ser desenmascarado.

Con esto se aprecia hasta qué punto, desde el Estado, puede desactivarse todo intento por erradicar el accionar de estas bandas criminales una vez que han cooptado su aparato. Las elecciones democráticas y regulares, lejos de resolver este estado de cosas o ponerles un límite, se vuelven, por el contrario, funcionales y hasta dispositivos eficaces con los cuales las organizaciones criminales seleccionan periódicamente a su personal en el Estado. Los funcionarios entrantes gozan de legitimidad democrática para el ejercicio discrecional de la violencia en el territorio. Así, mientras que el aparato legitimatorio que forjó la modernidad para pensar la representación política democrática sigue operando en la conciencia de la ciudadanía, los representantes no responden con sus decisiones a la voluntad mayoritaria de sus representados. Pero no por ello sus decisiones pierden fuerza vinculante, ni en el orden doméstico ni a nivel internacional. Y esto es, precisamente, lo que necesita el narcotráfico transnacional para operar.

## 3. Cinismo y escepticismo como efecto de la corrupción estructural del Estado

El fenómeno del narcotráfico transnacional –y su penetración parasitaria de la estatalidad– permite pensar las condiciones en que se estructura la debilidad actual del Estado. Allí donde el Estado se encuentra debilitado tiene lugar la configuración de un mundo institucional residual que, por su mismo carácter, tampoco puede ser pensado como mundo. Se trata, más bien, de realidades institucionales cuyas retóricas están desprovistas de peso normativo para los agentes que las transitan. Solo se observan prácticas, discursos e imperativos institucionales que perviven en un horizonte de devastación en el que, no obstante, se generan y reproducen subjetividades modeladas por estos mismos dispositivos. En este contexto, los diferentes sujetos van reproduciendo fragmentos inconexos de retóricas institucionales que giran en el vacío. Estas hilachas discursivas establecen un contrapunto con sus prácticas en que la coherencia ha dejado de ser posible. Y los diversos recorridos subjetivos están atravesados por esta imposibilidad.

Este hiato profundo entre validez y facticidad, entre las reglas y su eficacia, que tiene lugar en todas las instituciones del Estado, afecta con singular vigor a aquellas

cuya función específica consiste en velar, precisamente, por el cumplimiento de la ley: la policía y las fuerzas de seguridad, la magistratura y el funcionariado. La persistencia en el tiempo de esta contradicción entre discurso y realidad sostenida a plena luz del día es lo que imposibilita toda crítica, e incluso todo pensamiento respecto de la propia posición, y da lugar a la producción en gran escala de subjetividades cínicas que naturalizan estos procesos en términos de la fuerza de las cosas mismas. Los cínicos saben lo que hacen, son conscientes del absurdo de su propia condición. Pero no pueden abstenerse de hacerlo porque, como explica Sloterdijk, "las presiones de las cosas y el instinto de autoconservación, a corto plazo, hablan el mismo lenguaje y les dicen que así tiene que ser. De lo contrario, otros lo harían en su lugar y, quizá, peor".[27]

Con la cooptación del Estado en manos de organizaciones delictivas, los sujetos quedan librados a sus propias fuerzas y hacen con su vida lo que pueden. Este *poder hacer* toma la forma del cinismo: se apela a instituciones públicas cuyos discursos suponen la primacía de lo común con el propósito exclusivo de sacar un mayor provecho personal. Esto menoscaba aún más los vínculos interpersonales e impulsa una atomización aún más radicalizada que repercute en un mayor debilitamiento de la institucionalidad democrática. De ahí que los vínculos personales y las relaciones clientelares operen como mecanismos de subsistencia en todos los niveles socioeconómicos y culturales.

En un escenario en el que el Estado se encuentra desfinanciado y culturalmente deslegitimado como encarnación de un orden normativo, tanto los magistrados como los agentes de las fuerzas de seguridad asumen un rol social paradojal: al tiempo que crece con fundamento cierto la desconfianza en ellos por la irregularidad de sus actuaciones, se siguen depositando en las instituciones las expectativas sociales vinculadas a la protección de la ley y al cumplimiento de las normas. Sin embargo, este marco institucional es el paraguas que ofrece protección al accionar de las redes criminales, entre las cuales el narcotráfico tiene un lugar central. Y, justamente, "esta protección, basada en la corrupción y la impunidad es la que hace inoperante a la policía, la justicia y el sistema penitenciario".[28]

En un marco general en que la ley ha perdido su eficacia simbólica –en buena medida porque las normas se aplican con discrecionalidad–, los agentes estatales responden a expectativas sociales institucionalizadas solo en razón de su exclusiva conveniencia, es decir, según lo juzguen oportuno en el particular contexto en que se encuentran y desarrollan su acción. Esto no significa que su oportunismo sea infalible y siempre

27 Peter Sloterdijk, *Crítica de la razón cínica,* Madrid, Ediciones Siruela, 1989, p. 40.

28 Sonia Alda, "Estado y crimen organizado en América Latina: posibles relaciones y complicidades", *Revista Política y Estrategia,* núm. 124, 2014, p. 90.

acierten con su juicio. Ni siquiera que con frecuencia lo hagan. De hecho, a menudo los resultados obtenidos no son los esperados por el agente que los promueve. Ocurre que en un clima de radical contingencia, si bien impera el oportunismo como motivación personal, resulta muy difícil ponderar adecuadamente los beneficios netos por alcanzar con cada curso de acción que se propicia; operación que se dificulta aún más debido a la introducción permanente de soluciones informales para problemas estructurales.

La naturalización cínica de un doble orden normativo, legal e ilegal, promovido desde el Estado y cobijado en su seno, conduce a un escepticismo generalizado respecto de la capacidad transformadora de los partidos políticos y también respecto de la administración democrática del Estado como un medio legítimo para satisfacer las demandas de la ciudadanía.[29] En definitiva, toda reforma normativa en materia penal, referida a la seguridad pública, carece de sentido si ha de ser aplicada discrecionalmente. Más aún, la inflación penal nutre el círculo vicioso del escepticismo ciudadano porque muestra no ser un medio idóneo para combatir aquello que se propone. De ahí que, como señala Aponte Cardona, "la decepción social crece en la medida en que crece la expedición de normas: a mayor expedición normativa, menor solución de los problemas".[30]

Si esto es así, no parece quedar otra alternativa en el caso puntual del narcotráfico que correr definitivamente el velo: despenalizar y regular todo el proceso de producción, comercialización y consumo de drogas. Pero es dudoso que un Estado corrompido en su estructura, que en buena medida financia no solo a sus funcionarios sino también muchas de sus tareas específicas con los dividendos colosales del narcotráfico, y en el que campea la cultura del consumo y de la acumulación desmedida, esté en condiciones objetivas y subjetivas de hacerlo. Entre tanto, el Estado democrático actual seguirá siendo un muerto que goza de buena salud.

## Bibliografía

Alda, Sonia, "Estado y crimen organizado en América Latina: posibles relaciones y complicidades", *Revista Política y Estrategia,* núm. 124, 2014, pp. 73-107.

Aponte Cardona, Alejandro, *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

29 En este sentido, el dilema sigue siendo el mismo que planteara O'Donnell hace más de dos décadas: "¿Cómo se puede lograr una representación política de este mundo de actores de conductas extremadamente desagregadas, oportunistas y cortoplacistas? ¿Cuáles pueden ser las amarras y enlaces con las instituciones (de representación de intereses y las propiamente políticas, tales como los partidos y el congreso) que estructuran las relaciones entre el Estado y la sociedad en las democracias institucionalizadas? ¿Qué representatividad, y más ampliamente, cuáles identidades colectivas pueden sobrevivir a esas tormentas?" (O'Donnell, *op. cit.,* p. 81).

30 Aponte Cardona, *op. cit.*, p. 94.

Bagley, Bruce, "Narcotráfico y crimen organizado en las Américas: principales tendencias en el siglo XXI", en Günther Maihold y Stefan Jost (eds.), *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Bauman, Zygmunt, *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Boyer, Jean-François, *La guerra perdida contra las drogas: narcodependencia del mundo actual*, México, Grijalbo, 2001.

Briscoe, Iván, "La Unión Europea y el tráfico de drogas proveniente de los Andes", en Juan Gabriel Tokatlian (comp.), *La guerra contra las drogas en el mundo andino. Hacia un nuevo paradigma*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2009.

Castel, Robert, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Buenos Aires, Manantial, 2004.

Chabat, Jorge, "Narcotráfico y Estado: el discreto encanto de la corrupción", *Letras Libres*, septiembre de 2005, pp. 14-17.

_____, "El Estado y el crimen organizado transnacional: amenaza global, respuestas nacionales", *Revista de Historia Internacional*, año 11, núm. 42, 2010, pp. 3-14.

_____, "El régimen internacional de control de drogas: ineficacia y resistencia al cambio", en Günther Maihold y Stefan Jost (eds.), *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, México, Konrad Adenauer Stiftung - Cátedra Guillermo y Alejandro de Humboldt, Editores e Impresores Profesionales Edimpro, 2014.

Chirino Sánchez, Alfredo, "La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectiva de una desesperanza", en L. Reyna Alfaro y S. Cuaresma Terán (dirs.), *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgo y seguridad*, Buenos Aires, Euros Editores, 2008.

Flew, Terry, "Six theories of neoliberalism", *Thesis Eleven*, vol. 122, núm. 1, 2014, pp. 49-71.

Frankenberg, Günter, "Kritik des Bekämpfungsrechts", *Kritische Justiz,* Heft 4, 2005, pp. 370-386.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2005.

Instituto Nacional de Estadística y Censo, *Resultados del balance de pagos del primer trimestre 2015*, Buenos Aires, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, 26 de junio de 2015.

Isensee, Joseph, "Die Friedenpflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates. Zur Legitimationskrise des modernen Staates", en G. Müller *et al.* (eds.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag,* Basel, Helbing und Lichtenhahn , 1982.

Jakobs, Günther, "Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)", en A. Eser, W. Hassemer y B. Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, Beck, 2000.

_____, "Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht", HRRS 3, 2004, pp. 88-95.

Kant, Immanuel, "Die Metaphysik der Sitten (1797/8)", en W. Weischedel (ed.), *Werke in sechs Bänden, Band IV, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983.

Kessler, Gabriel, "Crimen organizado en América Latina y el Caribe. Ejes de debate sobre narcotráfico tráfico de armas y de personas", *Cuadernos de Seguridad del Instituto Nacional de Estudios Estratégicos de la Seguridad (INEES)*, núm. 14, septiembre de 2011, pp. 55-73.

Lewkowicz, Ignacio, *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, Buenos Aires, Paidós, 2006.

Loveman, Brian, *Adictos al fracaso: políticas de seguridad de Estados Unidos en América Latina y la Región Andina*, Santiago, LOM Ediciones, 2010.

Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Herder.

Lupsha, Peter, "El crimen organizado transnacional versus la Nación-Estado", *Revista Occidental, Instituto de Investigaciones Culturales Latinoamericanas*, año 14, núm. 81, 1997, pp. 15-48.

Maihold, Günther y Stefan Jost (eds.), *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, Konrad Adenauer Stiftung - Cátedra Guillermo y Alejandro de Humboldt, México, Editores e Impresores Profesionales Edimpro, 2014.

_____, "Internationales Drogenregime in der Bewährung. Herausforderungen durch die drogenpolitische Reformdebatte in Lateinamerika", *Vereinte Nationen*, 2015, pp. 72-78.

Mizrahi, Esteban, "La reacción penal del Estado frente al terrorismo transnacional", *Veritas,* vol. 58, núm. 2, 2013, pp. 399-417.

Moloeznik, Marcos Pablo, "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito", *Nueva Sociedad,* núm. 213, enero-febrero de 2008, pp. 156-169.

_____, "Fuerzas armadas, guerra contra el narcotráfico y lecciones del caso mexicano", en Günther Maihold y Stefan Jost (eds.)*, El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Morales Oyarvide, César, "El fracaso de una estrategia: una crítica a la guerra contra el narcotráfico en México, sus justificaciones y efectos", *Nueva Sociedad,* núm. 231, enero-febrero de 2011, pp. 4-13.

Nieto, Diego, "Neoliberalism, biopolitics, and the governance of transnational crime", *Colombia International,* núm. 76, julio a diciembre de 2012, pp. 137-165.

O`Donnell, Guillermo, "Estado, democratización y ciudadanía", *Nueva Sociedad,* núm. 128, noviembre a diciembre de 1993, pp. 62-87.

Saín, Marcelo, "La regulación policial del narcotráfico en la Provincia de Buenos Aires", ponencia presentada en el seminario "What Happens When Governments Negotiate with Organized Crime? Cases Studies from the Americas", organizado por el Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington D.C., 2013.

Serrano, Mónica, "La política internacional de control de drogas: ¿hacia una nueva estrategia?", en Günther Maihold y Stefan Jost (eds.), *El narcotráfico y su combate. Sus efectos sobre las relaciones internacionales*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Sloterdijk, Peter, *Crítica de la razón cínica,* Madrid, Ediciones Siruela, 1989.

Tokatlian, Juan Gabriel (comp.), *La guerra contra las drogas en el mundo andino. Hacia un nuevo paradigma*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2009.

_____ e Ivan Briscoe, "Drugs: Towards a post-prohibitionist paradigm", *Journal for International Relations and Global Trends*, núm. 3, 2010, pp. 102-110.

_____, "La guerra perpetua: las drogas ilícitas y el mundo andino", *Pensamiento Iberoamericano,* núm. 8, 2011, pp. 105-127.

# II.

# ENFOQUES NACIONALES

# LA POLÍTICA DE DROGAS EN PARAGUAY

*César Alfonso*

**RESUMEN.** El primer marco legal que implementaba una política de drogas en Paraguay fue incorporado a inicios de la década de los setenta. A partir de entonces, se ha apostado por una política basada en la represión del tráfico ilícito de las sustancias controladas. Existe en la actualidad una discusión incipiente sobre la necesidad de modificar el marco regulatorio, inspirada en la discusión internacional y en la percepción del fracaso del modelo que se viene aplicando. El trabajo se ocupa del marco regulatorio actual, de su problemática y de las propuestas existentes.

**Palabras clave:** política de drogas, legislación paraguaya, tráfico de estupefacientes, consumo de estupefacientes, regulación del consumo, cannabis, marihuana.

**ABSTRACT.** The first legal framework that implemented a drug policy in Paraguay was incorporated at the beginning of the seventies. Since then, the country has implemented a policy based on the repression of illicit trafficking in controlled substances. There is currently an incipient debate about the need to modify the regulatory framework, inspired by the international debate and the perceived failure of the model that has been implemented. The work discusses the current regulatory framework, its problems, and existing proposals.

**Keywords:** Drug policy, Paraguayan law, drug trafficking, consumption of drugs, regulation of consumption, cannabis, marijuana.

## Introducción

La política de drogas de un país, según se acepta comúnmente, consiste en el conjunto de acciones llevadas a cabo dentro de un territorio para abordar el problema generado por estas sustancias. Las políticas de esta naturaleza, conforme a los estándares



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

internacionales, tienen el objetivo de lograr una sociedad libre del uso indebido de drogas, en el entendido de que esto evita los problemas sociales de salud pública y de seguridad que el uso indebido de drogas determina.

El presente trabajo describe las características del problema de drogas en Paraguay, las acciones que se han venido implementando para hacerle frente, así como algunas circunstancias que permiten –de cierta manera– evaluarlas. También se dedican algunas líneas a describir determinadas modificaciones a la política de drogas que pretende cierto sector político y social en la actualidad, así como a las posibilidades de su incorporación.

## 1. Breve descripción de la problemática interna

El tema de las drogas y el narcotráfico tomó por primera vez cierta publicidad, a nivel local, a finales de la década de los sesenta, cuando fue ubicado en Asunción un ciudadano francés, naturalizado argentino, identificado como Joseph Auguste Ricord, sindicado por las autoridades de Estados Unidos como miembro de una banda de traficantes de heroína. Mencionan algunas crónicas que esta persona contó, en principio, con la "protección" del Gobierno paraguayo de aquel entonces; pero que, finalmente, ante la presión ejercida por Estados Unidos, el Gobierno se vio obligado a otorgar la extradición el 2 de septiembre de 1972.

Las primeras constataciones de la existencia de cultivos de marihuana en los departamentos de Amanbay y Alto Paraná datan del año 1967. El cultivo se expandió luego a otras zonas del país, gracias al financiamiento proveniente principalmente del Brasil.

Hoy en día se señala a Paraguay como uno de los más grandes productores de marihuana a nivel mundial, y principal productor de la droga en la región. Solo un pequeño porcentaje de esta producción quedaría en el país para consumo interno, mientras que la mayor parte estaría destinada para el consumo en Brasil y Argentina. Se menciona que también se provee a Chile y Uruguay.

La cocaína también tiene presencia en el país. En la década de los ochenta se realizaron las primeras detenciones de "mulas", que transportaban cocaína, en el Aeropuerto Internacional Silvio Pettirossi, personas que se encontraban en tránsito, provenientes de Bolivia, Perú y Colombia.

La aparición de bandas criminales en la frontera "seca" con Brasil, así como el asentamiento en el lugar de asociaciones criminales provenientes del Brasil, como el Comando Vermelho, y el Primer Comando de la Capital (PCC), de São Paulo, dan cuenta del auge de la producción y el tráfico.

## 2. Marco regulatorio

El caso Ricord, antes comentado, expuso la necesidad de contar con una legislación en materia de drogas. Así, el 22 de septiembre de 1972, el Congreso Nacional promulgó la Ley 357 de "Combate contra el Narcotráfico", que regulaba por primera vez una política a nivel nacional.[1]

En 1980, las regulaciones contenidas en la Ley 357 fueron modificadas y complementadas por la Ley 1340 (en adelante Ley de Drogas), que "reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes". Esta ley sigue vigente hasta el presente, aunque ha sufrido varias modificaciones a lo largo de estos años.

La tarea de ejecutar la política relativa al problema de las drogas le corresponde a la Secretaría Nacional Antidrogas (Senad), creada por Ley 108/91 y dependiente del Poder Ejecutivo.[2]

Las sustancias controladas son: a) las mencionadas en las listas anexas a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971;[3] b) aquellas de origen natural o sintético que produzcan dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central o que tengan como resultado alucinaciones, trastornos de la función motora y sensorial, y modifiquen el comportamiento, la percepción o el estado de ánimo, o cuyo consumo pueda producir efectos análogos a los de cualquiera de las sustancias indicadas en las listas mencionadas; c) las sales, preparaciones y especialidades farmacéuticas o cualquier producto utilizable en su elaboración, transformación o industrialización. Las sustancias mencionadas en los puntos b) y c) deben estar previamente establecidas en un decreto del Poder Ejecutivo, basado en una lista del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPBS).[4]

### 2.1. Tráfico lícito

Las autoridades encargadas de las actividades de control del tráfico lícito son el MSPBS y la Senad. Las personas físicas o jurídicas que comercialicen, vendan, suministren, transporten, almacenen, importen, exporten, fabriquen, industrialicen, extraigan, refinen, posean o distribuyan las sustancias controladas deben estar inscritas en el denominado

1 Osvaldo Cazenave, "La guerra contra el narcotráfico", *ABC*, 16 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.abc.com.py/edicion-impresa/policiales/la-guerra-contra-el-narcotrafico-258758.html.

2 Antes de la Senad tuvieron esta función la Dirección Nacional de Narcóticos y Drogas Peligrosas (Dinar), y antes de la Dinar, el Departamento Nacional de Narcóticos y Drogas Peligrosas.

3 Los mencionados documentos internacionales fueron ratificados por las leyes 338 y 339 del 17 de diciembre de 1971.

4 Ley de Drogas, artículo 1.

Registro Nacional de Sustancias Estupefacientes y Drogas Peligrosas del MSPBS, y en un registro correspondiente de la Senad, y deben contar con un certificado de habilitación de estas autoridades. Los autorizados deben informar mensualmente sobre sus operaciones, y reinscribirse y obtener nuevas habilitaciones cada 90 días.[5]

A continuación se describen brevemente una serie de disposiciones que pretenden evitar el "desvío o uso ilícito" de las sustancias.

- La falta de presentación de los informes arriba mencionados es sancionada con una multa administrativa, y la "reincidencia", con la cancelación definitiva de la inscripción en el registro y de las autorizaciones correspondientes.[6]
- Los autorizados para el suministro o la venta de sustancias controladas, como hospitales, clínicas, laboratorios, farmacias u otros establecimientos similares, deben llevar un *Libro de drogas*,[7] en el que debe registrarse el movimiento diario, y los datos del adquirente y el destinatario final. El no llevado del libro o su "registro deficiente" son sancionados con una multa administrativa, y en caso de reincidencia, con el cierre definitivo del local. Si se trata de una institución pública, el funcionario responsable debe ser destituido e inhabilitado por un periodo de hasta cinco años.[8]
- Las sustancias controladas deben ser recetadas en un formulario especial.[9] La receta debe indicar: el nombre, apellido, número de registro del médico, la denominación del medicamento, la cantidad de cada medicamento, expresado en número y letras, nombre, apellido, dirección y documento de identidad del paciente, la firma del facultativo y fecha de expedición. La receta tiene una validez de ocho días, contados a partir de la fecha de expedición de la misma.
- Una copia de la receta debe ser conservada por el médico, otra por el farmacéutico, la tercera debe ser remitida al registro del MSPBS y la cuarta a la Senad. Tanto el farmacéutico como el profesional médico deben conservar las copias de las recetas por dos años. La contravención de conservar las recetas por el plazo establecido o la omisión de remitir las copias a las instituciones mencionadas es sancionada con una multa administrativa.[10]

5 *Ibid*., artículos 2, 3 y 4.
6 Ley 1340, artículo 4.
7 Los libros deben estar sellados, foliados y rubricados en todas sus páginas por el personal competente del MSPBS.
8 Ley 1340, artículo 5.
9 El formulario debe ser numerado, en cuadruplicado y será expedido por el MSPBS.
10 Ley de Drogas, artículos 6 y 8.

- El profesional de la salud que prescriba una dosis superior a la indicada por el MSPBS, sin razón terapéutica, se expone a sufrir una pena privativa de libertad de dos a ocho años.[11]
- El propietario de farmacia, el farmacéutico regente o el empleado que venda o suministre sustancias controladas sin la receta correspondiente o en dosis mayores a la recetada se expone a sufrir una pena privativa de libertad de cuatro a diez años.[12]
- La obtención de sustancias controladas mediante el empleo de una receta "no auténtica" es sancionada con una pena de cuatro a diez años. A la misma pena se expone quien despache o suministre las sustancias con conocimiento de la no autenticidad de la receta.[13]
- Para fabricar o importar jeringas y agujas hipodérmicas se requiere de una autorización del MSPBS. La infracción es sancionada con multa administrativa y el decomiso de las mercaderías; la reincidencia, con el doble de la multa prevista y el decomiso de los elementos de fabricación.[14]
- Los envases que contienen sustancias controladas deben tener un distintivo uniforme, establecido y reglamentado por el MSPBS. De carecer del distintivo, se debe proceder al decomiso de la mercadería e imponer una multa administrativa. En caso de reincidencia, a más de una multa administrativa se debe proceder a la clausura del establecimiento por dos meses.[15]
- La importación o exportación de sustancias controladas debe realizarse por la Aduana de la Ciudad de Asunción o por la Aduana del Aeropuerto Internacional Silvio Pettirossi.[16] Las autoridades de la Dirección General de Aduanas tienen la obligación de remitir copias de los despachos de importación y exportación al MSPBS y a la Senad. El incumplimiento de este deber se sanciona con inhabilitación para ejercer cargos públicos hasta por cinco años.
- Existe la obligación de registrar aquellos inmuebles en los que existan pistas de aterrizaje de aeronaves en la Dirección General de Aeronáutica Civil y en la Senad. La omisión del registro es sancionada con una multa administrativa.[17]

11 *Ibid*., artículo 9.
12 *Ibid*., artículo 10.
13 *Ibid*., artículo 11.
14 *Ibid*., artículo 12.
15 *Ibid*., artículo 20.
16 *Ibid*., artículo 23.
17 *Ibid*., artículo 45.

## 2.2. Conductas relacionadas con el tráfico ilícito

La Ley de Drogas criminaliza conductas relacionadas con el tráfico ilícito de las sustancias controladas, como se señala a continuación.

- El suministro de sustancias controladas, sin la autorización correspondiente, será sancionado con pena privativa de libertad de seis a quince años, decomiso de las sustancias y multa del cuádruple del valor.[18] El suministro a un menor se castiga con una pena de diez a veinticinco años. La misma sanción es aplicable si el suministro se realiza en establecimientos de enseñanza, instituciones religiosas, asistenciales, deportivas, culturales, sociales o sitios donde se realicen espectáculos públicos o lugares de detención o prisión. En caso de que el autor sea docente, religioso, profesional de la salud, directivo o empleado de las instituciones citadas, cualquiera sea su cargo, la ley manda aplicar el máximo de la pena prevista.[19]
- También es punible el suministro o la aplicación de sustancias controladas a animales de competencia, con una pena de seis meses a un año y seis meses.[20] El suministro de sustancias para preparar, facilitar, cometer, u ocultar otros delitos, será castigado con pena privativa de cinco a quince años.[21]
- La introducción al país o la remisión al exterior de sustancias controladas, sin autorización, se castigan con pena de cinco a diez años, decomiso de las sustancias y multa de cuatro veces su valor. Igual pena se prevé para el funcionario que autorice su entrada. En este caso, además, se procederá a la destitución e inhabilitación general por el doble de la condena.[22] Igual sanción se prevé para el ingreso de vegetales, sustancias o productos que puedan emplearse en la transformación o fabricación de las sustancias controladas.[23]
- Si la introducción al país se da bajo el régimen de admisión temporaria o en tránsito, se prevé una pena privativa de libertad de diez a veinte años, el decomiso de las mercaderías y multa del cuádruplo del valor.[24]
- La Ley prevé una pena de diez a veinticinco años para la realización en territorio nacional de actividades tendientes a la exportación de sustancias controladas, así como materias primas o cualquier producto o sustancias empleadas en su

18 *Ibid*., artículo 13.
19 *Ibid*., artículo 15.
20 *Ibid*., artículo 32.
21 *Ibid*., artículo 16.
22 *Ibid*., artículo 21.
23 *Ibid*., artículo 22.
24 *Ibid*., artículo 25.

elaboración, transformación e industrialización. Con la misma pena se amenaza a quien, desde el exterior, realizare este tipo de actividades para la introducción al país de las mencionadas sustancias.[25]

- La siembra, el cultivo, la cosecha o la recolección de plantas que sirvan para la fabricación de sustancias controladas es castigada con cárcel de diez a veinte años. La ley ordena destruir la plantación. Con igual pena se sanciona a quien proporciona dinero, inmuebles, semillas o cualquier otro elemento para realizar las actividades mencionadas.[26]

A fin de desalentar el cultivo de marihuana, la Senad ha propiciado jornadas de capacitación a personas de escasos recursos dedicadas a la agricultura, respecto a las implicancias de realizar cultivos prohibidos y sobre otras alternativas de cultivos lícitos; pero es improbable que por esta vía se logre algún tipo de impacto, ya que el programa no ofrece clase alguna de subsidio y las plantaciones alternativas propuestas otorgan una rentabilidad muy modesta.

- Se establece la obligación para el propietario, arrendatario, poseedor, tenedor o encargado de un inmueble, en el que se encuentren plantas como las mencionadas, de denunciar a las autoridades judiciales o policiales. La omisión de la denuncia se castiga con pena privativa de libertad de dos a seis años y multa.[27]
- El propietario, arrendatario, poseedor, encargado o tenedor de un inmueble que a sabiendas ceda el uso del mismo para el depósito, guarda o permanencia ocasional de sustancias controladas, es sancionado con pena de diez a veinte años. La misma pena se aplicará a quien facilite cualquier medio de transporte.[28]
- Quien hubiere instigado o persuadido a otra, o quien con engaño, amenaza o violencia lograre la producción o el tráfico ilícito de las sustancias controladas, será castigado con cárcel de diez a veinte años. La pena será aumentada, de una tercera parte a la mitad, cuando la víctima fuere menor, pariente del culpado dentro del segundo grado, cónyuge del mismo o estuviere en relación de obediencia o de dependencia.[29]

### 2.3. Tenencia y consumo

Respecto a la tenencia y el consumo se prevé lo siguiente:

25 *Ibid*., artículo 26.
26 *Ibid*., artículo 33.
27 *Ibid*., artículo 34.
28 *Ibid*., artículo 35.
29 *Ibid*., artículo 37.

- La posesión de las sustancias controladas, sin autorización, es castigada[30] con una pena de cinco a quince años, decomiso de las sustancias y multa del cuádruple de su valor.[31]
- La posesión de sustancias recetadas o para el uso personal o "recreativo" se encuentra exenta de pena. La ley dispone que si la cantidad poseída es mayor a la recetada o la necesaria para el consumo, el tenedor será castigado con pena de dos a cuatro años y el decomiso de las sustancias.
- Según la ley, la cantidad necesaria para el consumo debe ser determinada por el médico forense, un médico designado por el MSPBS y otro propuesto por el afectado si lo solicita; pero independientemente de esta circunstancia el *consumidor* no puede tener consigo más de diez gramos, en caso de marihuana, o más de dos gramos, en caso de tratarse de cocaína, heroína u otros opiáceos.[32] Si se sobrepasa estas cantidades, el tenedor debe ser castigado conforme a las reglas de la tenencia sin autorización, según la interpretación dominante.[33]
- El consumo de sustancias controladas se encuentra sancionado en el caso del deportista profesional o aficionado, que lo hace con el propósito de aumentar su rendimiento en una competencia deportiva. La pena prevista es de uno a tres años.[34] La instigación al consumo, en este contexto, es amenazada con una pena mayor, de cinco a diez años. Si el consumo se logra mediante engaño o coacción, la pena es aumentada hasta quince años.[35]
- Quien, mediante engaño, amenaza o violencia, logre que alguna persona consuma sustancias controladas, se expone a sufrir una pena de diez a veinte años. La pena amenazada aumenta de una tercera parte a la mitad si la víctima es un menor, enfermo mental o pariente dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, cónyuge del mismo o cuando el autor fuere profesional de la salud.[36]
- Para el propietario o encargado de locales públicos como hoteles, moteles, discotecas, bares, restaurantes y afines, que constatare la presencia de poseedores o consumidores de drogas en su local, la ley impone la obligación de denunciar el hecho. Una omisión en este sentido es castigada con seis meses a un año, multa

30 Sobre la problemática de semejante tipificación, ver Eberhard Struensee, *Grundprobleme des Strafrechts – Besitzdelikte*, Berlín, Berliner Wissenchaft, 2005, pp. 123 y ss.
31 Ley de Drogas, artículo 27.
32 *Ibid*., artículo 30.
33 Cfr. Juan Carlos Mendonça, *La interpretación literal en el derecho*, Asunción, Intercontinental Editora, 2012, p. 14.
34 Ley de Drogas, artículo 31.
35 *Ibid*., artículo 18.
36 *Ibid*., artículo 17.

y el cierre temporal del local por un máximo de tres meses, que será definitivo en caso de reincidencia.[37]

Si bien el consumo como tal no se encuentra penado, la persona que consume puede ser perseguida penalmente por posesión, si tiene en su poder una cantidad mayor a los límites mencionados. Existen denuncias relativas a que muchos consumidores son vinculados a un proceso penal, aun cuando tenían en su poder una cantidad igual o inferior a la permitida. Se afirma que los consumidores son comúnmente extorsionados.

Por otra parte, el suministro, así como el cultivo para el uso personal se encuentran proscritos.

En la Ley de Drogas se amenaza con una pena de tres a seis años a quien aconseje o difunda el uso de sustancias controladas.

Cuando un imputado o condenado por cualquier delito sea un farmacodependiente, la ley establece que se deberá imponer una medida de seguridad para su recuperación. La medida debe cumplirse en un establecimiento adecuado. Debe cumplirse previamente y el tiempo de recuperación debe computarse para la pena eventualmente impuesta.[38]

La ley prevé, además, la posibilidad de que un farmacodependiente sea internado en un centro asistencial para su tratamiento médico y recuperación, por disposición de un juez en lo civil o un juez del menor, según el caso. Esta posibilidad no está vinculada a la realización de un hecho punible. Basta que las autoridades mencionadas tengan conocimiento de cualquier modo de la dependencia, y de que el afectado no reciba asistencia médica. Antes de disponer la internación del afectado, este debe ser oído y se debe requerir un dictamen, que deberá ser elaborado por un médico forense, un médico designado por el MSPBS y un tercer médico si el afectado o su representante legal lo solicitare.[39]

Lo mencionado en los párrafos precedentes debe aplicarse, en principio, a extranjeros; pero si se trata de alguien que no tenga residencia permanente, se establece que el mismo sea expulsado del país. Si este ha cometido hechos previstos en la Ley de Drogas, la expulsión debe realizarse luego de haber cumplido las penas que se impongan.

### 2.4. Otras disposiciones

La Ley de Drogas establece otras disposiciones.

- Se establece como una circunstancia agravante, que un participante en algún hecho punible previsto en la Ley de Drogas sea funcionario público, militar o policial.

37 *Ibid*., artículo 36.
38 *Ibid*., artículo 29.
39 *Ibid*., artículo 28.

- El funcionario encargado de la prevención de los delitos relativos al tráfico ilícito de sustancias controladas, que omitiere evitar la comisión de dichos delitos o frustrara su castigo, es amenazado con una pena de dos a seis años.
- La participación en una asociación, constituida con el fin de realizar cualquier hecho punible previsto en la Ley de Drogas es castigada con una pena de cinco a quince años. El ser jefe o promotor de asociación de esta naturaleza es considerado una circunstancia agravante.[40]
- Si el imputado proporciona información que permita el decomiso de cantidades "considerables" de sustancias controladas o el descubrimiento de asociaciones de traficantes, antes de que se imponga una medida cautelar de prisión preventiva, la ley manda disminuir a la quinta parte las penas originalmente previstas. Si el imputado proporciona la información antes de la sentencia definitiva, la pena debe ser reducida a una tercera parte.[41]
- Las disposiciones de la Parte general[42] del Código Penal (CP) rigen para los hechos punibles previstos en leyes especiales (como es el caso de la Ley de Drogas), en virtud a lo dispuesto por el artículo 4 del CP.[43]
- En atención a lo dispuesto en el artículo 17, inciso 1 del CP, y en relación con las previsiones de la Ley de Drogas, solo serán punibles las conductas dolosas.[44]
- Los hechos punibles previstos en la Ley de Drogas tienen como sanción, en su mayoría, una pena privativa de libertad mayor a cinco años, por lo que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13, inciso 1 del CP son crímenes. La tentativa, en todos estos casos, es punible, de conformidad al artículo 27, inciso 1 del CP. Para los casos de tentativa acabada, debe utilizarse el marco penal previsto para el hecho consumado, mientras que para la tentativa inacabada se prevé una atenuación obligatoria.[45]

40 *Ibid*., artículo 42.
41 *Ibid*., artículo 43.
42 Respecto a la noción de *parte general,* ver Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal – Parte general*, 4 ed., trad. de José Luis Manzanares, Granada, Comares, 1993, p. 15.
43 Código Penal, "Artículo 4. Aplicación del libro primero a leyes especiales. Las disposiciones del Libro Primero de este Código se aplicarán a todos los hechos punibles previstos por las leyes especiales".
44 Cfr. Wolfgang Schöne, *Técnica jurídica. Método para la resolución de casos penales*, Asunción, BIJUPA, 2010, p. 72.
45 Código Penal, artículo 27, incisos 2 y 3.

- Para el caso de pluralidad de participantes rigen las disposiciones de los artículos 29,[46] 30[47] y 31[48] del CP. Es de mencionar, que la Ley de Drogas prevé algunos supuestos de instigación y complicidad como hechos *autónomos*.

### 2.5. Mecanismos de ataque al componente económico

Al inicio del procedimiento, la Ley de Drogas faculta al juez interviniente a disponer la inhibición general de enajenar y grabar bienes del procesado, el embargo de todos sus bienes o dinero depositado en bancos o entidades financieras o en poder de terceros. Se puede disponer el levantamiento parcial de la medida para atender los gastos familiares de subsistencia.[49]

Estas medidas se traducen en la imposibilidad temporal de transferir, enajenar o disponer de los bienes.

La ley manda proceder al decomiso de los instrumentos, equipos y demás objetos usados en la fabricación, elaboración, conservación, almacenamiento, venta o suministro de estupefacientes, los medios de transporte utilizados, el dinero o cualquier otro bien proveniente de tales actividades.[50]

La descripción de las conductas vinculadas al tráfico ilícito y sus sanciones, realizada líneas arriba, permite apreciar que la Ley de Drogas considera el decomiso como una sanción.

El efecto del decomiso se traduce en una privación definitiva del objeto o bien, la que se da en el momento en el que la sentencia quede en firme. Antes de esto, la disposición del decomiso tiene el efecto de una inhibición de gravar y vender. La propiedad de la cosa pasa al Estado cuando la sentencia queda firme.[51]

Los bienes decomisados deben ser rematados por orden judicial y su producido destinado al presupuesto de la Senad y del Ministerio Público. Se exceptúan de este tratamiento a las armas, las municiones, los explosivos y las sustancias controladas.[52]

En la práctica se procedía regularmente al decomiso de sustancias, armas, municiones y dinero incautados en los procedimientos; no así, por ejemplo, de los medios de

---

46 Código Penal, "Artículo 29. Autoría. 1.º Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro. 2.º También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización".

47 Código Penal, "Artículo 30. Instigación. Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor".

48 Código Penal, "Artículo 31. Complicidad. Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67".

49 Ley de Drogas, artículo 46.

50 *Ibid*., artículo 47.

51 Código Penal, artículo 88.

52 Ley de Drogas, artículo 53.

transporte. Pero esta política ha cambiado, y en los últimos tiempos se han incautado principalmente aeronaves a los fines del decomiso.

La denominada mora judicial es considerable en los tribunales nacionales y a esto se suma, en la generalidad de los casos, una estrategia dilatoria practicada por las defensas. Todo esto determina que los procedimientos en general, y los de drogas en particular, tengan una duración muy prolongada. De esta forma, pasan años hasta que se pueda obtener una sentencia en firme y, con ello, el decomiso de los bienes.

Durante este tiempo, los bienes objeto de decomiso se deterioran e inutilizan. Para que esto no ocurra, se ha intentado crear un organismo que se encargue de la administración y disposición de bienes incautados y decomisados. Esta iniciativa quedó estancada,[53] pues la misma estaba regulada en el marco de un proyecto de ley de extinción de dominio, el cual fue finalmente archivado, al considerarse que el mismo contenía disposiciones no armonizables, principalmente con la prohibición constitucional de la confiscación de bienes.

Se encuentra previsto y penado el lavado de dinero, es decir, el hecho de ocultar un objeto proveniente de un hecho antijurídico, o de disimular su procedencia, o de frustrar o peligrar el conocimiento de su origen o ubicación, su hallazgo, su decomiso, decomiso especial o su secuestro (CP, art. 196, inc. 1).

A los efectos del tipo de lavado de dinero, se establece que un *hecho antijurídico*[54] puede ser alguno de los hechos de los previstos en la Ley de Drogas en los artículos 37 al 45. Esta redacción parece excluir muchas conductas, como el suministro (art. 13), o la importación o exportación (art. 23); pero estas figuras constituyen *crímenes*, y todo crimen constituye un *hecho subyacente* idóneo para el lavado de dinero.

De conformidad con el artículo 196, inciso 3 del CP, la tentativa del lavado de dinero es también punible. La sanción prevista para el lavado de dinero es de hasta cinco años o multa; pero el marco penal puede ser ampliado hasta diez años en caso de que el autor actúe comercialmente o como miembro de una banda conformada para la realización de hechos de lavado de dinero.

Existe una normativa para la prevención del lavado de dinero, siendo la autoridad de aplicación la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (Seprelad).

No existen prácticamente condenas en hechos de lavado de dinero. Los "agentes de la persecución" –particularmente– tienen dificultades para desarrollar las habilidades de

---

53 Organización de los Estados Americanos (OEA), Secretaría de Seguridad Multidimensional y Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, *Paraguay. Informe de evaluación sobre el control de las drogas 2014*. Washington, 2014. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/mem/reports/6/Full_Eval/Paraguay%20-%20Sexta%20Ronda%20de%20Evaluacion%20-%20ESP.pdf.

54 Cfr Johannes Wesselsy Thomas Hillenkamp, *Strafrecht – Besonderer Teil 2 - Straftaten gegen Vermögenswerte*, 33 ed., Hamburg, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, CF Müller, 2010, p. 463.

demostrar la "vinculación" de los bienes con el hecho antijurídico. A los efectos de mejorar estas capacidades, el Ministerio Público ha asignado agentes fiscales que se dedican exclusivamente a la persecución de este tipo de hechos.

### 2.6. Mecanismos de cooperación judicial internacional

Se prevén los siguientes mecanismos de apoyo a la cooperación internacional: la asistencia judicial recíproca, la extradición y el traslado de prisioneros.

En el marco de la asistencia judicial recíproca, las autoridades jurisdiccionales pueden solicitar a las del extranjero o realizar a su solicitud: a) notificar resoluciones o sentencias; b) recibir testimonios y otras declaraciones; c) realizar y recepcionar pericias; d) efectuar inspecciones e incautaciones; e) proceder a embargos, secuestros de bienes, inmovilización de activos y asistencia en procedimientos relativos a incautación; f) examinar lugares y objetos; g) exhibir o entregar documentos y expedientes; h) identificar o detectar sustancias, instrumentos, equipos y otros elementos, con fines probatorios; i) remitir imputados, procesados o condenados; j) realizar cualquier otra forma de asistencia judicial, autorizada por el derecho interno e internacional.

Todas estas actuaciones deben tener por finalidad facilitar las investigaciones u obtener las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los delitos.

El diligenciamiento de las actividades probatorias se rige por la ley del lugar donde las obtengan; las mismas pueden ser utilizadas si su diligenciamiento no ha contravenido normas constitucionales y procesales nacionales.

La legislación permite la extradición de personas por la comisión de los delitos de tráfico de drogas y lavado de dinero. La Ley de Drogas contiene una remisión a los tratados internacionales, multilaterales y bilaterales ratificados por la República, a la ley que ratifica la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y al Código Procesal Penal.[55]

Si el requerido consiente ser juzgado o cumplir la pena en el Estado requirente, la ley prevé la posibilidad de un traslado sin más trámites.[56]

Por otra parte, un imputado, procesado o condenado puede ser trasladado transitoriamente al extranjero a fin de participar en diligencias para el esclarecimiento de delitos castigados por la ley nacional, y perpetrados en otro país, si el mismo otorga su libre y expreso consentimiento.[57]

55 Ley de Drogas, artículo 80.
56 *Ibid*., artículo 81.
57 *Ibid*., artículo 74.

El tiempo en que la persona puede estar a cargo de la autoridad extranjera no puede ser mayor a dos meses.

En el marco de la cooperación internacional se realizan principalmente operaciones encubiertas y entregas vigiladas, con un considerable éxito, según autoridades del Ministerio Público.

Las operaciones encubiertas son definidas por la ley como actividades realizadas por agentes encubiertos,[58] con la finalidad de incautar estupefacientes o drogas peligrosas, acumular elementos de convicción relativos a los hechos castigados por la ley, identificar a los participantes (organizadores, transportadores, compradores, etc.) sea en el país o en el extranjero, o de aprehenderlos para someterlos a la justicia.

Se permite a los agentes utilizar "engaños y artimañas", o no impedir que se cometan ciertos delitos[59] y asumir transitoriamente identidades y papeles ficticios, siempre con las finalidades mencionadas.[60]

La ley define como entrega vigilada

> ...la técnica de investigación que permite que el transporte y tránsito ilícito o sospechoso de estupefacientes o demás drogas peligrosas, conocido y vigilado por las autoridades, no sea momentáneamente impedido, a fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del país, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios o la identificación de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes del tráfico ilegal, sea en el país o en el extranjero y la incautación de la droga así como la detención y procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes.[61]

## 3. Instituciones de la política de drogas

### 3.1. Senad

La Senad, dependiente en forma directa de la Presidencia de la República, es la autoridad nacional que tiene la función de coordinar lo atinente a la reducción de la demanda y la oferta, medidas de control, programas de desarrollo alternativo integral y sostenible, observatorio de drogas, cooperación internacional y evaluación de programas.

---

58 Son agentes especiales los que la Senad utilice regularmente para las operaciones de lucha contra los hechos ilícitos tipificados en esta ley. Son agentes encubiertos los agentes especiales designados por la Senad o por el fiscal, que acepten participar en las operaciones, con conocimiento y consentimiento escrito del juez que autoriza cada operativo (arts. 94 y 95).

59 *No pueden realizar* hechos punibles contra la vida, la integridad física, la autonomía sexual, contra menores, el honor y reputación, la seguridad de las personas en el tránsito, la seguridad de convivencia de las personas, la prueba testimonial, contra el erario, el Estado –con excepción del cohecho y el soborno– y contra los pueblos.

60 Ley de Drogas, artículo 82.

61 *Ibid*., artículo 84.

Entre otras funciones, le corresponde: a) fungir de asesor de la Presidencia de la República en las materias que son de su competencia; b) preparar y ejecutar operaciones encubiertas y el procedimiento de entregas vigiladas, así como la utilización de informantes; c) sistematizar y actualizar en bancos de datos las informaciones referentes al tráfico ilícito y al consumo indebido de estupefacientes y demás drogas peligrosas, y la prevención de la farmacodependencia; d) colaborar con el poder judicial, con el ministerio público, con la defensa pública y con los ministerios; e) mantener relaciones e intercambio de información con instituciones similares extranjeras y entes internacionales y, en el marco de la ley y de los tratados, coordinar sus actividades con las de dichas instituciones y entes, y cooperar con ellos en la lucha contra el tráfico de estupefacientes y demás drogas peligrosas.

### 3.2. Ministerio Público

El Ministerio Público de la República del Paraguay, según la Constitución Nacional, es "representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado", tiene autonomía funcional y administrativa.

El Ministerio Público está compuesto por el fiscal general del Estado, los fiscales adjuntos y los agentes fiscales.[62]

Existe una Unidad en la Lucha Especializada contra el Narcotráfico, que tiene una competencia nacional, es decir, son competentes para la investigación y el esclarecimiento de los hechos que ocurran en todo el territorio. La Unidad tiene su sede en la capital, y debe concurrir ante los tribunales competentes atendiendo al lugar de comisión de los hechos.

### 3.3. Poder Judicial

En lo que respecta a la organización de los tribunales ordinarios existe en Paraguay un fuero que atiende exclusivamente cuestiones penales. Las mismas pueden discutirse en tres instancias.

En primera instancia existen Juzgados de Garantía, de Sentencia y de Ejecución. Los jueces de garantías son competentes principalmente para resolver incidentes, excepciones y demás peticiones de las partes, que se realizan en la etapa de investigación. Les corresponde también estudiar el mérito de las acusaciones para la apertura de un juicio oral y público.

62 Constitución Nacional, artículo 266.

Existen tres juzgados de garantías especializados en "delitos de posesión y tráfico de estupefacientes", que son llamados a decidir, principalmente, sobre la autorización para la realización de técnicas especiales de investigación.

Entre los tribunales de sentencia no existen jueces especializados. El Tribunal de Sentencia puede estar integrado por un solo juez o por tres jueces. El Tribunal de Sentencia que deba juzgar un caso de drogas debe estar integrado por tres miembros.[63]

La segunda instancia está conformada por tribunales de apelación, compuestos por tres miembros, y les corresponde atender los recursos de apelación planteados en contra de las decisiones de los jueces de garantías o los tribunales de sentencia.

En cuanto a la tercera instancia, la Corte Suprema de Justicia cuenta con una Sala Penal, compuesta de tres miembros. Le corresponde conocer y decidir las cuestiones de naturaleza penal que sean recurribles ante la tercera instancia, así como conocer y decidir sobre los pedidos de extradición, por vía de revisión, en los casos previstos en la legislación penal.[64]

## 4. Impactos de la criminalización

La Senad registra básicamente incautaciones, la cantidad de detenidos y la cantidad de cultivos destruidos por año. Estos datos no son de por sí útiles para establecer si la demanda o la oferta de sustancias controladas ha disminuido o se ha incrementado.
En una evaluación relativamente reciente a la política de drogas en Paraguay, se deja de manifiesto que la autoridad competente no colecta información relativa a la cantidad de plantaciones, producción u oferta,[65] y tampoco existen datos actuales sobre el nivel de consumo.

El titular de la Senad ha manifestado recientemente, en la sesión de la Ungass 2016, que el Gobierno ha iniciado "un proceso de sinceramiento de la realidad nacional; proceso crudo, largo y doloroso, pero necesario, imprescindible para la transformación honesta de las políticas públicas en materias de drogas".[66] Es de esperar que esto abarque la adquisición de datos útiles que permitan tener un diagnóstico real del consumo, de la producción y el tráfico en el país.

La percepción existente apunta a que tanto el tráfico ilícito como el consumo de sustancias controladas aumentan, pese a la política que se viene implementando. En este

63 Ver artículo 41 del Código Procesal Penal.
64 Ver artículo 15 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
65 Organización de los Estados Americanos, Secretaría de Seguridad Multidimensional y Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, *op. cit*.
66 Ver acta de la Primera sesión plenaria, llevada a cabo el martes 19 de abril de 2016, p. 30.

sentido, el responsable del Centro Nacional de Adicciones del MSPBS, en el marco de un debate público sobre la política de drogas, ha manifestado que según su percepción, las políticas prohibicionistas hasta el momento no han funcionado. En cuanto al consumo mencionó que el mismo experimenta un crecimiento, afectando principalmente a personas entre 15 y 25 años, y que los recursos y centros para el tratamiento de personas con problemas de adicción son insuficientes.[67]

Existe una percepción generalizada de que el narcotráfico ha corrompido instituciones estatales en partes considerables. Las sospechas de corrupción y lazos con el narcotráfico afectan al personal de los órganos de persecución (Policía y Senad), algunos jueces y fiscales; pero principalmente, en el último tiempo, a ciertos miembros del Congreso Nacional y de la clase política.

Esto último tiene que ver con el homicidio de un periodista perteneciente a uno de los medios escritos más importante del país, ocurrido en octubre de 2014. El periodista fue víctima de un atentado, perpetrado por parte de dos hombres con armas de fuego. Las investigaciones realizadas señalaron a un jefe comunal (Intendente), en ejercicio en aquel entonces, como principal sospechoso de haber encargado la muerte del periodista, con motivo de publicaciones realizadas, en las que señalaba al intendente y a otros políticos como personas dedicadas al tráfico de drogas.[68]

Este hecho provocó luego que ciertos congresistas fueran expuestos públicamente por sus propios colegas como personas vinculadas al narcotráfico. Las autoridades de la Senad confirmaron la existencia de indicios de esta vinculación; sin embargo, no se han iniciado investigaciones formales para esclarecer los hechos.[69]

Las vinculaciones denunciadas no se limitan a la mera financiación de campañas políticas con dinero proveniente del narcotráfico, sino que las denuncias apuntan a los congresistas mismos como miembros de asociaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes.

## 5. Iniciativas de modificación del marco regulatorio

La puesta en tela de juicio de la efectividad de las políticas de drogas basadas fundamentalmente en el recurso al derecho penal a nivel internacional, así como la percepción del

---

67 Ver "Debaten sobre el futuro de la política de drogas en Paraguay", *MSPBS*, 16 de octubre de 2015. Disponible en: http://www.mspbs.gov.py/v3/debaten-sobre-el-futuro-de-la-politica-de-drogas-en-paraguay.

68 Ver EFE, "Documental relata la historia 'no contada' de la narcopolítica en Paraguay", *ABC*, 20 de noviembre de 2015. Disponible en: http://www.abc.com.py/nacionales/documental-relata-la-historia-no-contada-de-la-narcopolitica-en-paraguay-1431316.html.

69 Ver "Narcopolíticos: Senad maneja más nombres", *ABC*, 21 de noviembre de 2014. Disponible en: http://www.abc.com.py/nacionales/narcopolitica-hay-mas-nombres-1308463.html.

fracaso de la política ejecutada a nivel local, son circunstancias que han contribuido a determinar la convicción, en algunos sectores de la sociedad civil y en personas vinculadas al tratamiento de personas con problemas de adicción, de la necesidad de modificar la actual política de drogas; pero no se aprecia aún una idea clara respecto a las modificaciones concretas, que mejorarían la situación.

En lo que a la clase política respecta, solo un par de congresistas se han mostrado dispuestos a impulsar cambios, que incluyen despenalizar ciertas conductas.

A finales del año 2014, uno de ellos dio entrada a un proyecto de ley, que en lo sustancial elimina el límite de 10 gramos para la tenencia de marihuana para el consumo y permite el cultivo de "hasta 30 plantas de marihuana" al año para el consumo personal, en el domicilio o en otro lugar privado, cerrado, especialmente destinado para el efecto. Con dicha finalidad permite igualmente la tenencia de semillas de esta planta.

El anteproyecto, que contiene la otra propuesta, aún se encuentra en etapa de elaboración; pero es más ambicioso que el anterior, ya que aspira a regular el cultivo de marihuana a gran escala, para su utilización, por ejemplo, en la producción de medicamentos. Esta propuesta se basa en datos que corroboran que la mayor parte de la marihuana que se produce en el país se destina al exterior.

La posibilidad de que este tipo de iniciativas tenga tratamiento y sea acogida a corto o mediano plazo es muy reducida. La mayoría de la clase política se muestra conservadora o no abierta a este tipo de cambios. En apoyo a esta afirmación, puede mencionarse que el 16 de octubre de 2015, se organizó un foro internacional sobre el tema "Futuro de la política de drogas en el Paraguay", en donde se discutió sobre una despenalización parcial como una de las alternativas. El evento fue organizado en la sede del Congreso y fueron invitados los 125 congresistas. De todos ellos solo concurrió un diputado, quien era justamente quien se encontraba abocado a la elaboración del anteproyecto antes mencionado.

Ante este escenario, es de esperar que los resultados de la Ungass 2016, criticados como tímidos o decepcionantes por ciertas posturas,[70] no reciban mucha crítica a nivel local.

## Conclusiones

El marco legal que regula la política de drogas en Paraguay reconoce la posibilidad de un uso lícito de las sustancias controladas y contiene disposiciones que reprimen conductas vinculadas al tráfico ilícito. El recurso al derecho penal es la herramienta principal para disminuir o eliminar la oferta y la demanda de las sustancias controladas.

70 Ver acta de la Primera sesión plenaria, llevada a cabo el martes 19 de abril de 2016, postura del representante de Uruguay, p. 15.

Los marcos penales de las conductas amenazadas con pena son elevados; la mayoría de los hechos previstos constituyen crímenes.

El consumo no es punible por regla general. La posesión a este efecto se encuentra exenta de pena, siempre que la cantidad no sobrepase los diez gramos en el caso de la marihuana, y los dos gramos en el caso de cocaína. La tenencia de una cantidad mayor se entiende punible aun cuando exista una alegación de tenencia para el consumo personal.

No existe información oficial que sirva para evaluar la eficacia de la política ejecutada en la reducción del tráfico ilícito o del consumo. No obstante, hay una percepción generalizada de que el modelo implementado no ha dado resultados.

Existen sectores de la sociedad civil y responsables de la atención de personas con problemas de adicción, que coinciden en la necesidad de modificar el marco regulatorio vigente; sin embargo, las iniciativas en este sentido no logran aún llevar a la mesa de diálogo a actores políticos claves para conseguir algún cambio.

La clase política, en su mayoría, se muestra "no abierta" a la idea de incorporar cambios de paradigma, por lo que los resultados de la Ungass 2016 no serán motivo de mucha preocupación en este seno.

Una apertura de modificación en esta línea es de esperar, si más adelante se modifican los lineamientos de la política internacional.

## Bibliografía

Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal – Parte general*, 4 ed., trad. de José Luis Manzanares, Granada, Comares, 1993.

Mendonça, Juan Carlos, *La interpretación literal en el derecho*, Asunción, Intercontinental Editora, 2012.

Schöne, Wolfgang, *Técnica jurídica. Método para la resolución de casos penales*, Asunción, BIJUPA, 2010.

Struensee, Eberhard, *Grundprobleme des Strafrechts – Besitzdelikte*, Berlín, Berliner Wissenschaft, 2005.

Wessels, Johannes y Thomas Hillenkamp, *Strafrecht – Besonderer Teil 2 - Straftaten gegen Vermögenswerte*, 33 ed., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, CF Müller, 2010.

# ACUERDO SOBRE MANEJO DE DROGAS ILÍCITAS ENTRE EL GOBIERNO Y LA GUERRILLA DE LAS FARC-EP

## HACIA UN TRATAMIENTO MENOS PUNITIVO Y MILITARISTA DEL FENÓMENO DE LAS DROGAS[1]

***Alejandro Aponte Cardona***

**RESUMEN.** Este trabajo se ocupa del estudio del acuerdo sobre el manejo de drogas ilícitas, en el contexto de la negociación entre el Gobierno y el Estado, y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Se rescata, de manera fundamental, el alcance renovado que tiene la función penal en el marco de nuevas estrategias de la lucha contra las drogas ilícitas: de un punitivismo exacerbado e ineficiente, hacia una lógica renovada de lucha contra las grandes mafias del narcotráfico y la empresa criminal, y la descriminalización del cultivador y del mero consumidor. El país ha entendido el fracaso de la militarización y criminalización del fenómeno de las drogas ilícitas y, en el contexto de un acuerdo integral con las guerrillas, avanza hacia una visión más consistente de dicho fenómeno y a un abordaje más equilibrado y realista.

**Palabras clave:** Acuerdo de Paz, acuerdo sobre drogas ilícitas, descriminalización, políticas públicas, sujetos de derechos, participación comunitaria, nueva visión político-criminal.

**ABSTRACT.** This work studies the agreement on the management of illicit drugs in the context of the negotiations between the Government and State and the guerrillas of the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC). It fundamentally rescues the renewed scope of the criminal function in the framework of new strategies in the fight against illicit drugs: from an exacerbated and inefficient punitivism, towards a renewed logic in the fight against large drug-trafficking mafias and criminal enterprises, and the decriminalization of growers and mere consumers. The

[1] Además del contexto del proyecto que une al Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Gledpi), este trabajo se inscribe en la labor desarrollada por el autor en la línea de derecho penal internacional, del proyecto de investigación "Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno: modelos de adaptación e impacto recíproco", del Grupo de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

country has understood the failure of the militarization and criminalization of the illicit drug phenomenon and, in the context of a comprehensive agreement with the guerrillas, it is advancing towards a more consistent view of this phenomenon and a more balanced and realistic approach.

**Keywords:** Peace Agreement, agreement on illicit drugs, decriminalization, public policies, subjects of rights, community participation, new political-criminal vision.

## Introducción

Para el momento de redacción de la versión final del trabajo para su presentación a la reunión del grupo en diciembre de 2016,[2] el país se aprestaba a votar el plebiscito para refrendar los acuerdos, luego de haber vivido un momento histórico fundamental, desde el anuncio de terminación del conflicto armado con las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), anuncio que tuvo lugar el día 24 de agosto y que se confirmó con la firma final del acuerdo, en ceremonia emotiva y con nutrida presencia internacional, el día lunes 26 de septiembre. Numerosos jefes de Estado y las autoridades más importantes de las Naciones Unidas, como el secretario general y el representante del Consejo de Seguridad, acompañaron el evento; de la misma manera, lo cual es especialmente importante frente al tema de las drogas, estuvo presente el secretario de Estado norteamericano. Gran parte del destino final del acuerdo de paz radicará en poner en marcha, efectivamente, el acuerdo sobre drogas y en ello Estados Unidos jugará un papel central.

Desde un principio, en el año 2012, cuando iniciaron las conversaciones entre el Gobierno y las guerrillas, se estableció que "nada estaba acordado, hasta que todo estuviera acordado". Por ello, el texto final de los acuerdos se presentó el día miércoles 24 de agosto, fecha en que se anunció el acuerdo final. No obstante, el punto específico sobre un nuevo tratamiento a las drogas ilícitas ya estaba discutido y acordado, de hecho, antes del año 2105: fue uno de los primeros puntos, luego del tema agrario, en ser discutido y acordado.

El punto específico del acuerdo sobre el manejo de drogas ilícitas se pone, además, y este es un aspecto central desde el punto de vista de la discusión global sobre las drogas, en el centro del debate actual sobre la necesidad de impulsar nuevas políticas, no solo

[2] Este documento se actualizó en los meses de julio y septiembre de 2016, y está relacionado con uno de los acuerdos no refrendados. Luego, se hizo una actualización puntual en enero de 2017, pero se aclara que el acuerdo sobre drogas conservó su estructura esencial y fundamentos, entre el primer acuerdo votado negativamente y el acuerdo final adoptado a finales del año 2016. Se citan apartes del texto final, fechado el día 12 de noviembre de 2016, con base en el cual se implementan proyectos piloto de sustitución de cultivos ilegales, con presencia y actividad de miembros del grupo guerrillero que hoy hace tránsito a la vida civil.

gubernamentales, sino estatales, para afrontar, también –de manera radicalmente diferente a la tradicional y fallida– el desafío cada vez mayor del tráfico ilegal de drogas. En el caso colombiano, sin conflicto armado interno, con uno de los actores más ligados de hecho al tráfico de las drogas.

Desde ya hay que aclarar que el Estado y sus instituciones deben adelantar un esfuerzo enorme para contrarrestar a otros actores armados que también se nutren del narcotráfico o de la minería ilegal. Pero el hecho de que las FARC dejen las armas y se comprometan a no continuar con el negocio del narcotráfico es un acontecimiento central para una política coordinada de lucha contras las drogas ilícitas (se aclara en este sentido que el acuerdo es, en general, sobre las drogas ilícitas y no está centrado en el tema de la cocaína, aunque ciertamente la coca sigue siendo un tema especialmente crítico, sobre todo respecto del enfoque territorial que acompaña todo el acuerdo).

Las bases del acuerdo y la discusión sobre mecanismos para llevarlo a cabo en la práctica se ligan a discusiones internacionales muy actuales, que parten de la base de una reconducción internacional y nacional de la lucha contra las drogas, no solo en función de políticas más radicales de legalización, sino en función de la definición de políticas públicas más acordes con la complejidad del fenómeno, de tal suerte que el acento en la respuesta no radique siempre en la mera represión punitiva, ni en la prevalencia de la función militar o de policía, sino en la creación auténtica de Estado en los lugares del cultivo, en políticas de sustitución del cultivo de coca o de marihuana por cultivos lícitos, pero acompañadas de créditos, de verdaderos apoyos al campesino cultivador; de políticas, en fin, más ligadas al aspecto humanizante en la lucha contra el narcotráfico, a despecho del tratamiento militar y punitivo que ha fracasado, creando graves consecuencias políticas, económicas y sociales.

Este es, de hecho, el camino que se vislumbra hoy en el país, camino dentro del cual se inserta de manera insustituible el acuerdo entre las guerrillas y el Estado colombiano. Es, en este sentido, un aporte esencial a la búsqueda de la paz, tanto más cuanto que el narcotráfico ha sido un factor determinante en la degradación del conflicto. De hecho, además, este es el núcleo del nuevo tratamiento propuesto: se reconoce que el narcotráfico ha sido el combustible esencial para el conflicto armado, al mismo tiempo que ha estado presente en la degradación del conflicto y de los combatientes.

## 1. Aspectos fundamentales del acuerdo

Antes de abordar en detalle los aspectos *centrales del acuerdo* sobre drogas, se pueden reseñar aquí tres ámbitos reconocidos en el acuerdo y que definen la política acordada frente a cada uno de ellos, estos son:

1. El tema de los cultivos: el punto de partida que sirve de base y de principio para todo el acuerdo radica en que se ha venido llevando una política represiva y militarista, que ha criminalizado al eslabón más débil de la cadena, el cultivador, y lo ha estigmatizado, dejándolo sin opciones alternativas reales.
2. El consumo y el consumidor: el acuerdo también parte de la base de que se ha dado un tratamiento punitivo-militar al consumidor y que ha sido paradójico, pues ha aumentado el consumo. Así, lo ubica como un eslabón de la cadena, respecto del cual se deben impulsar políticas públicas en el contexto de la salud pública. No es un tema penal.
3. El narcotráfico propiamente dicho: el acuerdo entonces verifica que es aquí, en el tema de los grandes capos, y respecto de quienes destruyen tejido social y esclavizan al consumidor y el cultivador, hacia donde se deben dirigir las políticas propiamente punitivas. El acuerdo tiene puntos concretos sobre la lucha contra el crimen organizado, y esto se debe aplicar, específicamente, contra las grandes empresas criminales.

Son estos los puntos básicos a partir de los cuales se desglosan las más diversas políticas y se crean las instituciones del acuerdo. Asimismo, el punto de partida de todo este acuerdo y del acuerdo final en general, es el enfoque de derechos. Es reconocer a las víctimas como sujetos de derecho auténticos y, por ello, la comunidad tendrá un papel central en los programas pilotos de sustitución de cultivos con participación de las guerrillas, que ya comenzaron en el país desde el mes de agosto y septiembre. Hay, entonces, una visión y una política humanizante alrededor del tratamiento del narcotráfico, que se extiende hoy no solo respecto del acuerdo, sino en general respecto de la política gubernamental sobre drogas ilícitas.

## 2. Esquema general de los acuerdos

A continuación se hará una reseña mínima del acuerdo final pactado que, a su vez, contiene diversos acuerdos, dentro de los cuales está el número 4, que es el referente a las drogas, denominado: "Solución al problema de drogas ilícitas".[3]

[3] Hay diversas páginas en las cuales se puede encontrar el acuerdo final de paz con las guerrillas. Al respecto, ver www.acuerdofinaldepaz.gov.co; www.altocomisionadoparalapaz.gov.co; Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera,* Bogotá, Temis, septiembre de 2016. En el momento se cita la versión en PDF del acuerdo final construido luego de ser votado negativamente el primer acuerdo en el plebiscito, con fecha del 24 de noviembre de 2016 (Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera,* 24 de noviembre de 2016). El acuerdo sobre drogas está contenido en las páginas 98 y siguientes y se encuentra disponible en: www.mesadeconversaciones.com.co/.

El primer acuerdo reza sobre la "reforma rural integral". Como lo ha establecido toda la historiografía colombiana, uno de los aspectos centrales de la guerra ha sido el problema de la tierra, la existencia de latifundios, de minifundios, la carencia de titulación, la explotación irracional de recursos, etc. La guerra ha tenido sus episodios más crueles en los campos colombianos, colonizados por actores armados donde el Estado ha sido sustituido por años.

El propósito es avanzar en el proceso de reintegración de tierras a víctimas del desplazamiento y del despojo, crear infraestructura, penetrar el campo, crear condiciones favorables al trabajo del campesino, dignificar su trabajo, llegarle al campo en un país extremadamente rico y con un potencial enorme. Cabe agregar que además el mismo texto del acuerdo menciona en el punto 4.4.1 de los Principios: "1. Integración a la reforma rural integral (RRI). El PNIS (Plan Integral de Sustitución) es un componente de la reforma rural integral", y agrega adelante (p. 94 del acuerdo final): "el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de uso ilícito se implementará en el marco y como parte de la Reforma Rural Integral (RRI)". Es decir, el acuerdo sobre reforma rural integral se enlaza de manera fundamental al acuerdo sobre drogas.

Punto central será aclarar la titulación sobre la tierra y avanzar en la formalización de la propiedad rural. El proceso de catastro, que es nuestra manera de formalizar la tierra, será central. Es aquí donde adquiere mayor sentido el acuerdo final, entendido como un todo, en función de la inclusión. Efectivamente, el acuerdo de paz puede y debe leerse, a nuestro juicio, como un gran sistema de inclusión del otro, del olvidado, del campesino, del desplazado. El tema rural, además, está conectado directamente con el tema de las drogas.

El segundo acuerdo versa sobre la necesidad de abrir espacios reales de participación política, espacios ciertos de inclusión de actores en el escenario político, con mejores garantías y derechos para el ejercicio de la oposición, para la ampliación de mecanismos de participación política, para reformar el sistema electoral, etc. Supone, como hecho central, la apertura del escenario público a la participación política de las guerrillas, una vez estas se desarmen y constituyan un partido. Pero, a su vez, supone ante todo la ampliación en general del espectro político.

El tercer acuerdo versa sobre el cese al fuego y la reincorporación a la vida civil por parte de los actores armados. Está situado en la lógica del desarme, la desmovilización y la reintegración (DDR), como se conoce en el lenguaje transicional: supone un esfuerzo enorme del Estado colombiano, con vasta experiencia en el caso de los miembros de grupos paramilitares y de guerrilleros que se han entregado a las autoridades de forma individual, para reintegrar efectivamente a los miembros, comenzando con la base de las guerrillas, a la vida civil. En los últimos años se han reintegrado miles de excombatientes

de grupos armados ilegales; es una responsabilidad de todos apoyar el sistema de reintegración, particularmente, de quienes constituyen la base de la guerrilla.

En desarrollo de este acuerdo, uno de los puntos más complejos de la agenda será la entrega de armas a las Naciones Unidas, garantes en todo momento del cumplimiento de lo acordado. De igual forma, un punto central de este acuerdo radica en la obligación del Estado de proteger a las guerrillas desmovilizadas, de brindar efectiva seguridad, de seguir persiguiendo de manera implacable los aparatos criminales ya existentes y los que quieran, por su parte, suplantar a las guerrillas en el negocio del narcotráfico, la minería ilegal, etc. Es un desafío enorme: el asesinato de excombatientes daría al traste con el proceso.

El cuarto acuerdo versa sobre la búsqueda de soluciones efectivas al problema de las drogas ilícitas a partir de la constatación fáctica de la fracasada guerra contra las drogas. De él se ocupa este escrito. Por su parte, el quinto acuerdo es el relacionado con las víctimas del conflicto armado, que crea el "Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición". Es un acuerdo central que instituye, además, la denominada Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). En el mes de noviembre de 2016, el Congreso de la República adoptó la Ley de Amnistía, y para el mes de febrero de 2017 se acordó el acto legislativo que crea dicha jurisdicción especial.

Se trata, como su nombre lo indica, y tal cual como se ha dicho en el presente documento, de un acuerdo que busca impulsar un sistema integral de justicia transicional. El sistema penal es apenas una parte del acuerdo y, de hecho, siendo ello muy importante desde el punto de vista comparado, la respuesta penal no es la que ocupa el centro del acuerdo sobre víctimas.

En desarrollo del mismo se crea la compleja estructura de la justicia especial, con diversas salas y con un tribunal que, incluso, contará con magistrados extranjeros. Como se trata de un sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición, se crearán otras instituciones tales como la "Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición". Igualmente, de cara al tema crítico de los desaparecidos, se crea la "Unidad para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto".

## 3. Principios del acuerdo sobre drogas ilícitas

Cada uno de los acuerdos contiene un catálogo de principios, ligados a una introducción o diagnóstico del problema. En el caso que nos ocupa, en los supuestos iniciales se considera

> ...que la producción y comercialización de drogas ilícitas y las economías criminales han tenido graves efectos sobre la población colombiana, tanto en el campo como en la ciudad,

> afectando el goce y ejercicio de sus derechos y libertades, y que las mujeres y jóvenes han sido afectados de forma particular por estas economías criminales.

Y atendiendo al hecho de que, igualmente, "el cultivo, la producción y comercialización también han atravesado, alimentado y financiado el conflicto interno", se debe plantear una política diversa a la tradicional en la lucha contra las drogas ilícitas.[4]

Esta hallaría un primer pilar central en el punto 4.1, que prevé "Programas de sustitución de cultivos" y "planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades –hombres y mujeres– en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de la áreas afectadas por dichos cultivos". En desarrollo de este punto se crea el "Nuevo programa nacional integral de sustitución de cultivos de uso ilícito", que estará en cabeza del Ejecutivo y que actuará de común acuerdo con autoridades departamentales y municipales. Este programa, que es integral, está basado en diversos principios. Así, será integrado, como se dijo, a "la reforma rural integral (RRI)".[5]

El segundo principio tiene que ver con otro hecho central y es que la comunidad tiene que estar involucrada en todo el proceso de sustitución de cultivos. Así reza este principio: "Construcción conjunta, participativa y concertada". Tercer principio. "Enfoque diferencial de acuerdo con las condiciones de cada territorio". Pero agrega, además, que el programa tendrá un enfoque territorial diferencial y un enfoque de género. Este último es otro de los temas que cruza todo el acuerdo final: las mujeres constituyen las víctimas por excelencia en el conflicto. (El tema de género, a propósito, sirvió también para que los portadores del no aterrorizaran a la población colombiana, haciendo alusión no a un enfoque de género, sino a una "ideología de género". El espectro más conservador fue engañado e inducido a pensar que una especie de oleada satánica de homosexuales acompañaría los acuerdos).

Igualmente, y este es un principio que se enfatiza en el acuerdo sobre víctimas, "el respeto y aplicación de los principios y las normas del Estado social de derecho y la convivencia ciudadana". El acuerdo final, como un sistema de inclusión, solo es posible llevarlo a la práctica si los sujetos del acuerdo, víctimas y también victimarios en su proceso de reinserción y, en el caso de las comunidades azotadas por las drogas ilícitas, son verdaderamente considerados como sujetos de derechos.

No se trata de agenciar políticas asistencialistas; se trata de construir un nuevo pacto social de abajo hacia arriba, de las comunidades rurales hacia el centro, de la periferia

4 Gobierno de Colombia y FARC-EP, 24 de noviembre de 2016, *op. cit.*, p. 98.
5 *Ibid.*, p. 102.

hacia el centro. Se trata, para decirlo gráficamente, de incluir un país olvidado de los territorios, en el país próspero de las ciudades. Es aquí donde adquiere sentido el enfoque de derechos del acuerdo y su carácter humanizante.

En consecuencia, el acuerdo propone (punto 4.1.3.4, p. 108 del acuerdo final) un "tratamiento penal diferencial" que consiste en:

> ...renunciar al ejercicio de la acción penal contra los pequeños agricultores que estén o hayan estado vinculados con el cultivo de cultivos de uso ilícito cuando, dentro de un término de 2 años, contados a partir de la entrada en vigencia de la nueva norma, manifiesten formalmente ante las autoridades competentes, su decisión de renunciar a cultivar o mantener los cultivos de uso ilícito.[6]

Luego, respecto del nuevo sentido humanizante y humanizador, el punto 4.1.3.6 se refiere al "Plan de atención inmediata y desarrollo de proyectos productivos", y establece una serie de beneficios y garantías para las personas cultivadoras y sus familias que se comprometan con la sustitución y no resiembra, que incluyen asistencias alimentarias hasta por un año, establecimiento de huertas caseras y entrega de insumos con su respectivo acompañamiento técnico e inscripción a proyectos de generación de ingresos rápidos. Asimismo, contempla otros beneficios y garantías para la sociedad en general, como guarderías para infantes en las zonas rurales, construcción y dotación de comedores escolares, etc. (p. 113 del acuerdo final).

Finalmente, lo cual no es un hecho menor y tiene que ver con todo lo expuesto, el último principio que alimenta el Plan es la "sustitución voluntaria". Y se trata con ello de "generar confianza entre las comunidades y de crear condiciones que permitan contribuir a la solución del problema de los cultivos de uso ilícito, sin detrimento de la sostenibilidad económica, social y ambiental de las comunidades y de los respectivos territorios".

## 4. De una visión punitivista y militarista del problema de las drogas, a una visión humanista y en contexto

De esta manera, y de cara a los temas centrales que han ocupado el trabajo del GLEDPI, desde el punto de vista de la respuesta jurídica, lo más interesante es el cambio del paradigma: de una visión punitivista a una visión humanista. Al respecto, el acuerdo dice que habrá un "tratamiento penal diferencial". Ello, "a partir de una visión integral". Así, establece que el "Gobierno se compromete a tramitar los ajustes normativos necesarios

6 *Ibid*, p. 108.

que permitan renunciar al ejercicio de la acción penal o proceder con la extinción de la acción penal contra los pequeños agricultores y agricultoras que están o hayan estado vinculados" a los cultivos ilícitos. Es una deposición que nunca ha tenido lugar en el caso colombiano y que refleja el cambio de paradigma que, ligado al tema de la paz, hunde sus raíces más profundas en respuesta al tratamiento que tradicionalmente se le ha dado al problema de las drogas.

En efecto, a lo largo de décadas, sobre todo a partir de la década de los ochenta, el problema general del narcotráfico en el país ha sido abordado con un énfasis militar, policivo y, ante todo, punitivo. De hecho, y como lo ha estudiado el autor en diversos trabajos, el derecho penal de enemigo, como un derecho político-instrumental y como mecanismo privilegiado para afrontar todo tipo de problemas de carácter social, económico y político, ha sido el instrumento precisamente privilegiado para afrontar el narcotráfico como fenómeno que excede el ámbito punitivo y militar.[7]

Además, si una de las características principales de este derecho penal político-instrumental es la indiferenciación de la respuesta punitiva, de tal suerte que no se diferencia entre los distintos eslabones del narcotráfico, dicha característica ha sido clara, en este caso y, en consecuencia, el tratamiento meramente militar y punitivo ha traído el mayor impacto y las mayores consecuencias en aquellos eslabones más frágiles del negocio del narcotráfico, como es el caso de los campesinos cultivadores, de aquellos que incluso expenden drogas y no son grandes narcotraficantes; no siempre han sido precisamente los grandes capos los perseguidos y judicializados.

Además, cuando lo han sido, el tratamiento expansivo penal, en todo caso, ha generado consecuencias nefastas para quienes ocupan un eslabón menor en la cadena de la producción y el consumo de las drogas ilícitas. Hoy existe una mirada diferente que se expresa en políticas que han sido muy recientemente presentadas, como es la Estrategia Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos y el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos, anunciadas por el gobierno el 22 de septiembre del año 2015.

De esta manera, entonces, se viene produciendo hoy un cambio de paradigma en función de la lucha contra las drogas cuyo acento no esté en el aspecto punitivo y militar, sino en función de políticas públicas más acordes con la complejidad del fenómeno. De hecho, en el año 2013 el Ministerio de Justicia y Derecho creó la Comisión Asesora para la Política de Drogas en Colombia, con el fin de evaluar las políticas sobre drogas que se manejan en el país, y realizar recomendaciones efectivas, eficientes y menos costosas frente a este tema.

---

7 Al respecto, ver Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en el caso colombiano*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006, capítulo II.

En el año 2015, la Comisión publicó un informe en el que se recomienda crear políticas públicas enfocadas en asuntos de salud pública y humanísticos (tal y como se implementan y desarrollan en el acuerdo firmado entre el acuerdo y las FARC-EP sobre el problema de las drogas ilícitas). También se debe buscar una disminución frente al uso de la violencia en los mercados ilegales de drogas. Entre otras sugerencias, la Comisión menciona que "la lucha contra los cultivos ilícitos debe, por un lado, elevar el costo privado de incurrir en cultivos ilícitos (este es el principal fruto del desarrollo alternativo exitoso) y, por el otro, hacer efectivo cumplimiento obligatorio de la ley". En este contexto adquiere más sentido lo dicho en la introducción acerca del tratamiento penal diferencial que se dará a los agricultores de cultivos ilícitos cuando manifiesten su decisión de renunciar a cultivar o mantener dichos cultivos y que consiste en la renuncia a la acción penal.

## 5. El narcotráfico como combustible de la guerra

Frente al tema del acuerdo, y respecto del conflicto armado interno, es central reconocer que el narcotráfico, a partir de la década de los ochenta, constituyó uno de los factores más determinantes para la degradación definitiva del conflicto. Ello, tanto respecto de las guerrillas como las FARC-EP, como de los grupos paramilitares que, de hecho, construyeron alianzas terribles con el narcotráfico produciendo toda clase de crímenes durante años. Incluso, como se indica en el preámbulo del punto 4 (Drogas) del acuerdo final, "el cultivo, la producción y comercialización de las drogas ilícitas también han atravesado, alimentado y financiado el conflicto interno" (p. 89 del acuerdo final); y por ello, en el punto final de este numeral (4.3.6), se incorpora un mandato adicional para la "Comisión para el esclarecimiento de la verdad, la convivencia y la no repetición" (del punto 5 del acuerdo final, víctimas), en donde esta comisión deberá también "esclarecer y promover el reconocimiento de la relación entre producción y comercialización de drogas ilícitas y conflicto, incluyendo la relación entre paramilitarismo y narcotráfico". Es decir, la dilucidación del tema de las drogas también está prevista en el componente de verdad; además, en la medida en que lo esté, tendrá impacto, igualmente, en políticas de no repetición.

En el caso particular de las guerrillas el impacto del narcotráfico ha sido mayúsculo. Ha sido concebido como motor o combustible para la guerra. Las guerrillas se han relacionado de diversas maneras con las drogas ilícitas: cuidando laboratorios extensos en las selvas, cobrando impuestos a quienes trafican con el narcotráfico, hasta directamente estar involucradas en el negocio. De cualquier forma, en el acuerdo suscrito y en el tratamiento que tendrá el narcotráfico desde el punto de vista de la justicia transicional,

este se ha concebido, ante todo, como un *medio* de financiación de lucha guerrillera y no como un *fin* en sí mismo. De hecho, en la tradición del tratamiento de la violencia política el narcotráfico ha recibido un tratamiento más cercano al crimen ordinario, mientras la lucha guerrilla ha sido concebida como ejercicio de la rebelión armada y del delito político.

En este sentido, y para el proceso de paz, ello ha sido determinante, el narcotráfico ha sido concebido como un delito conexo con el delito político, de tal suerte que ha sido concebido, como se dice, más como un medio y no como un fin en sí mismo. Por ello, hoy se reitera, por parte de la jurisprudencia penal, la conexidad de los delitos de rebelión y político en general, con el delito de narcotráfico, de tal suerte que así se posibilita, de hecho, el mismo proceso de paz. Por ejemplo, la Sala Penal de la Corte en un momento en el que ya se había acordado este tema con las guerrillas, ratificó su posición en cuanto que el delito de narcotráfico es conexo con el de rebelión, como delito político. Así,

> ...no existiendo ningún instrumento internacional prohibitivo en ese sentido, es claro que los delitos de narcotráfico son amnistiables e indultables en el ámbito interno, donde los Estados gozan de total autonomía para definir las conductas punibles objeto del derecho de gracia, bien sea por la vía de un catálogo abierto o mediante la anexión por conexidad al delito político.[8]

Además, en el organigrama de justicia, en el acuerdo final, se prevé que la Sala de amnistías e indultos,será la que debe definir qué delitos son conexos a los políticos, según los criterios que contiene en los artículos 38, 39, 40 y 41 del punto 5 (víctimas). Así, frente a casos concretos, esta Sala deberá establecer la posible conexidad del delito de rebelión con el de narcotráfico, de tal suerte que se compruebe, como se ha dicho, que el uso, expendio, etc., de drogas ilícitas ha sido un medio para financiar la guerra y no un fin en sí mismo. Esto tiene consecuencias centrales, además, porque el ámbito punitivo a partir del cual está concebida la jurisdicción especial no es el marco del terrorismo, o de la lucha contra el narcotráfico o los crímenes transnacionales; el marco general es el de los crímenes internacionales y, muy especialmente, el marco propio del derecho internacional humanitario.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad. 43713 de 2015, aclaración de voto, magistrado Leonidas Bustos. Este será un aspecto central que, caso a caso, deberá resolver la sección o la sala de amnistía de la nueva jurisdicción. Esto es, qué delitos son realmente conexos con el delito de rebelión, cuándo el narcotráfico fue un medio para el fin de la guerra o cuándo fue un fin en sí mismo, con todas las consecuencias que ello supone.

## 6. Participación de las guerrillas en los planes y programas de sustitución de cultivos ilícitos

En esta misma dirección y con audacia, sin duda, con el acuerdo para enfrentar el problema de las drogas ilícitas el Gobierno busca convertir en una especie de "socios" a las guerrillas en la lucha contra el narcotráfico. Además, con esa responsabilidad común, busca desarrollar e implementar políticas muy diferentes que den cuenta de la gravedad del problema; política distinta, como se ha dicho, a la promoción del aspecto puramente punitivo. En el preámbulo del acuerdo 4 se dice, entonces,

> ...que todo lo anterior solo es posible con el compromiso efectivo del Gobierno y la contribución de las comunidades y la sociedad en su conjunto incluyendo el compromiso de las FARC-EP de contribuir de diferentes formas con la solución definitiva del problema de las drogas ilícitas, que es un propósito de toda la sociedad colombiana.[9]

De esta forma, se ratifica

> ...el compromiso de las FARC-EP de contribuir de manera efectiva, con la mayor determinación y de diferentes formas y mediante acciones prácticas, con la solución definitiva al problema de las drogas ilícitas, y en un escenario de fin del conflicto, de poner fin a cualquier relación, que en función de la rebelión, se hubiese presentado con este fenómeno"; [entre tanto,] el Gobierno Nacional y las FARC-EP manifiestan su firme compromiso con la solución definitiva al problema de las drogas ilícitas.

Así, guerrillas campesinas por excelencia, como las FARC-EP, buscan unirse, en territorios que han ocupado desde hace años, a una solución más plausible del narcotráfico, con el acento humanizador y democrático de creación de Estado, de verdadera promoción de derechos, de promoción de sustitución de cultivos. Por ello, hoy se habla de sustitución de cultivos, de erradicación de los mismos por vía manual y sin el uso químicos peligrosos, dando prioridad a los territorios más afectados. De esta manera, en la página 97 del acuerdo final, punto 4.1.3.2, al hacerse referencia a los "Acuerdos con las comunidades", se menciona la erradicación manual como forma prioritaria de erradicación de cultivos, "teniendo en cuenta el respeto por los derechos humanos, el medio ambiente y el buen vivir".[10]

Se ha dicho que es audaz, en el contexto de una nueva política antidrogas, hacer socios a las FARC-EP por el hecho, además, de que incluso la tarea de erradicación de cultivos ilícitos ha sido puesta en escena por el Alto Comisionado para la Paz, en debate

9 Gobierno de Colombia y FARC-EP, 24 de noviembre de 2016, *op. cit.*, p. 101.
10 *Ibid.*

que tuvo lugar en el Congreso de la República hacia el mes de agosto de 2015, como una especie de pena alternativa o de sanción extrajudicial, en desarrollo del nuevo acuerdo sobre víctimas y justicia transicional.

Así, al final del quinto acuerdo se presenta un "listado de sanciones" que, dentro del principio de condicionalidad, es decir, en el marco de las condiciones y sanciones que se deben cumplir para ser acreedor de un tratamiento penal diferente, con restricción de libertad, que no es cárcel, entre 5 y 8 años, estas pueden adelantarse en zonas rurales o urbanas. En el caso de las primeras, a manera de ejemplo, se puede participar en la ejecución de programas de protección medioambiental en zonas de reserva; en programas de construcción y reconstrucción de infraestructura. Pero, también, en el numeral 7 se contempla la "participación-ejecución en programa de sustitución de cultivos de uso ilícito". El tema del narcotráfico se traslada así, de alguna manera, al terreno de la rica discusión sobre penas alternativas y sanciones extrajudiciales.

## 7. Programas piloto de sustitución de cultivos

Los planes de sustitución de cultivos están marchando. Particularmente, los planes piloto. Estos están funcionando y con participación de las guerrillas, incluso antes del acuerdo final, lo cual es un experimento muy importante. Así, por ejemplo, en la semana del 14 de septiembre de 2015, el Gobierno presentó un plan que está enmarcado en la "estrategia integral de sustitución de cultivos ilícitos". Es un plan comprehensivo de lucha contra las drogas, que está directamente relacionado con los programas y planes anunciados como fruto del acuerdo y que han sido previamente reseñados en este documento.

En desarrollo de esta estrategia inicial, que fue puesta en funcionamiento en los años 2015 y 2016, se discutió que en la lógica de priorización acordada, dos de los departamentos más críticos, Putumayo y Nariño, tendrían un acento especial. Al respecto es muy importante reseñar que, en el año 1996, en la lógica militarista y punitivista, y en desarrollo de un puro derecho penal de enemigo, fueron criminalizadas y atacadas las marchas de campesinos sembradores de la hoja de coca, demostraciones de resistencia frente a la lucha contra las drogas dominada por antiguos paradigmas. No deja de ser emblemático que, justamente, se hubiera planeado inicialmente el programa en este departamento.

Pero además, fue más adelante, el 10 de julio de 2016, que se presentó el primer programa piloto de sustitución de cultivos ilícitos. Se trató del mes anterior a la firma del acuerdo final. Así, junto con las FARC, y con la presencia de agencias ligadas al estudio permanente de los efectos del narcotráfico, como es el caso de UNODC y también la

FAO, al mismo tiempo que tuvo amplia presencia la comunidad, en la vereda Pueblo Nuevo, en Briceño, Antioquia, tuvo lugar el lanzamiento del plan piloto de sustitución de cultivos.

Es una población que durante años se ha visto afectada por el narcotráfico, además de ser criminalizada y estigmatizada por ello. Lo interesante para destacar es que, incluso antes del acuerdo final, comenzó un experimento que será central para el desarrollo del acuerdo en tema de narcotráfico, con presencia de todos los actores involucrados. Ya no se trata de un mero discurso sobre sustitución de cultivos, sino efectivamente de una sustitución acordada y que hace parte del proceso mismo de reintegro de excombatientes y de penetración estatal en zonas olvidadas. Desde ese mes se está trabajando en programas pilotos que incluyen otras poblaciones con índices enormes de incidencia del narcotráfico, como es el caso de la población de Tumaco. Es un programa en marcha que en enero de 2017, con presencia de jefes de las guerrillas desmovilizadas y del ministro gerente del posconflicto, se puso de nuevo en marcha, en pleno proceso de desmovilización de las guerrillas.

Se trata, efectivamente, de un plan de penetración estatal, de creación de Estado. Esto es importante, porque una de las críticas que se han hecho al acuerdo está relacionada con el tema de la seguridad territorial, de tal suerte que en aquellos territorios en los cuales las FARC-EP no tengan más presencia, no se dé nuevamente el impulso al narcotráfico. En realidad, se trata de la búsqueda de transformación de los territorios de cultivo (en este punto será central el trabajo de las guerrillas en función del acuerdo). Por ello, uno de los fundamentos centrales es el acceso real de campesinos a las tierras. En su momento el presidente de la república, en la presentación del plan, señaló que "a quienes se mantengan más de cinco años cultivando productos lícitos, se les podrá titular las tierras para que se conviertan en propietarios legales". Esta es también hoy una realidad en el contexto de la política antidrogas y constituye parte central del acuerdo.

## 8. La discusión sobre el uso del glifosato y la protección de la ecología como principio del acuerdo

De otra parte, lo cual constituye un avance fundamental y una posibilidad real de penetrar territorio y de promover cultivos lícitos, desde el 1 de octubre de 2015, el Gobierno, en desarrollo de esta nueva política, dejó de utilizar el glifosato como mecanismo privilegiado por años para atacar los cultivos ilícitos. Este es un cambio radical en la política que trae beneficios para todos. Pero no es un tema pacífico pues, de manera sorpresiva, ya que en principio se tenía como un tema solventado, después de años de comprobar que este químico constituye un veneno para la salud humana y animal, el nuevo fiscal

General de la Nación, en la primera semana del mes de septiembre de 2016, ha propuesto volver a la fumigación aérea con este químico.

El Ministerio de Justicia, por su parte, se ha opuesto y han surgido grandes críticas a esta propuesta. Es de esperarse que no se reinicien estos procedimientos que están más ligados a una lógica militarista y punitiva del problema de las drogas. En cualquier caso, sí es muy importante tener en cuenta que, según el nuevo fiscal General de la Nación, amparado en estadísticas de UNODC, se ha acrecentado el número de hectáreas sembradas de coca y lo que se percibe, a juicio del funcionario, en presentación hecha en Estados Unidos ante la fiscal de ese país, el 6 de septiembre, es un proceso de "copamiento" de áreas que ya están dejando las guerrillas por parte de otros grupos armado ilegales.

Este es, de hecho, uno de los aspectos más críticos de cara al proceso de implementación de los acuerdos en general, no solo del acuerdo específico sobre drogas: como se ha dicho, si los territorios ocupados tradicionalmente por las guerrillas son ocupados por otros grupos armados, no hay posibilidad real de consolidación de los acuerdos y del logro de un mínimo de paz estable. Además, el Gobierno de Estados Unidos, el 13 de septiembre, en el informe anual que presenta el Departamento de Estado al Congreso de su país, anunció que Colombia sería hoy el país con mayor área de siembra de hoja de coca, por encima del Perú.

Ello no significaría, según dicho Gobierno, que el país esté incumpliendo sus compromisos, pero llama la atención sobre ello (de paso, dice que países como Bolivia o Venezuela estarían "incumpliendo" sus compromisos).[11] Este informe es relevante, pues es claro que el acuerdo con las guerrillas sobre drogas ilícitas no tiene opción real de éxito, si no es acompañado y apoyado por ls Estados Unidos. Hay que tener en cuenta, igualmente, que el Gobierno de este país estaría pensando que el crecimiento de la siembra de la hoja de coca se debería justamente a la suspensión del uso del glifosato, lo cual significa una enorme presión sobre el país.

## 9. El tema complejo del consumo

Este es un aspecto esencial del acuerdo y fue resaltado por el presidente de la República en su intervención en el foro de Ungass, celebrado entre el 19 y 21 de abril de 2016; al respecto dijo el mandatario: "El consumo de drogas es un problema de salud pública y como tal no amerita un tratamiento criminal". De esta forma, no habría razón alguna

11 The White House, *Major Drug Transit or Major Illicit Drug Producing Countries for Fiscal Year 2017*, 12 de septiembre de 2016. Disponible en: https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2016/09/12/presidential-determination-major-drug-transit-or-major-illicit-drug.

para enviar a un adicto a la cárcel. En todo caso, el presidente hizo énfasis en que Colombia no está a favor de la legalización de las drogas, y que, en esta medida, seguirá esforzándose en atacar el crimen organizado "sustituyendo los cultivos ilícitos por lícitos", entre otras estrategias. Resulta crucial recordar que Santos se refirió directamente a los procesos de paz desarrollados en el país, al mencionar que "ahora mismo trabajamos para firmar una paz en nuestro país con grupos guerrilleros que han participado en la cadena del narcotráfico y para convertirlos en aliados para la erradicación de los cultivos ilícitos y la promoción de proyectos productivos alternativos".[12]

Este punto esencial debe ser leído en función de todos los acuerdos que componen el documento final: el punto de partida es el enfoque transversal de derechos que se le ha dado al acuerdo en general. Es aquí, en el tema del consumo, donde se puede extremar la tensión entre política social y política criminal. De esta forma, hay que evitar un hecho perverso que ha acompañado las políticas públicas relacionadas con el narcotráfico, aunque tiene un sentido general: se trata de la perversa *criminalización de la política social.* De conformidad con ello, el consumidor no es en realidad concebido como sujeto de derechos, sino como objeto de intervención de la política social. Al serlo así, se interviene en él, más como alguien potencialmente peligroso para su entorno, y no porque sea un sujeto que requiere de una intervención estatal coordinada, integral. La política social no puede convertirse en la continuación de la política criminal por otros medios. Esto es perverso: la persona termina siendo siempre vista como una especie de criminal en potencia y no como un sujeto de derechos. Hacer prevención no es solo cuidar el entorno social de sujetos potencialmente peligrosos, sino de recuperarlos, de apoyarlos, de potenciar todo el entorno en función de los derechos de los individuos.

En función de esta política renovada y hoy necesaria, hay que tener en cuenta que, de otra parte, desde el año 1994, en virtud de una decisión de la Corte Constitucional, se declaró inconstitucional la penalización del consumo mínimo de drogas y, además, fue declarada inconstitucional la obligación del adicto de someterse a un tratamiento médico o psiquiátrico. Por ello es especialmente importante la alusión general en este acuerdo a la expresión de la voluntad, si bien lo hace específicamente para las comunidades y en función de la sustitución. Pero ello se logra con más facilidad, justamente si el adicto o el consumidor en general es sujeto de la política social, pública y diferenciada, tal como lo prevé el acuerdo.

12 UN Web Tv, "5th plenary meeting, 30th Special Session on World Drug Problem - General Assembly", *webtv.un.org*, 21 de abril de 2016. Disponible en: http://webtv.un.org/meetings-events/watch/5th-plenary-meeting-30th-special-session-on-world-drug-problem-general-assembly/4856146598001.

Así, el punto 4.2, prevé "programas de prevención de consumo y salud pública". Y el punto de partida ya no es político-criminal: "El consumo de drogas ilícitas es un fenómeno de carácter multicausal generado por condiciones económicas, sociales, familiares y culturales propias de la sociedad o el medio en el que se desenvuelven las personas que debe ser abordado como un asunto de salud pública". Ello está en la perspectiva anunciada: es necesario evitar la criminalización de la política social. Se crea, en consecuencia, un "programa nacional de intervención integral frente al consumo de drogas ilícitas", como una instancia de "alto nivel para coordinar las instituciones" que intervienen en la política pública sobre drogas. Los principios que alientan toda la estrategia y los programas contenidos en el punto 4.2.1, son los siguientes:

"Enfoque de derechos humanos": coincide perfectamente con lo dicho.

> Las acciones encaminadas a la prevención y superación del consumo, así como la mitigación de riesgos y daños, deben estar enmarcadas en el respeto y goce efectivo de los derechos de las personas que implica, entre otros, la no estigmatización o discriminación del consumidor y su no persecución penal en razón del consumo.

Este es el principio fundante, no solo de este punto específico del consumo, sino de todo el acuerdo sobre drogas. Está acompañado de otros principios fundamentales, como es el caso del "enfoque de salud pública"; el "enfoque diferencial y de género" que cruza todo el acuerdo final y que es esencial en el caso del acuerdo sobre víctimas y justicia transicional; la "participación comunitaria y la convivencia", y el "fundamento en la evidencia", que exige que "las acciones que se adelanten en materia de consumo de drogas ilícitas deberán estar basadas en evidencia, con fundamento en conocimiento validado y evaluado". Respecto del enfoque de género, tal como se dijo, fue utilizado en el discurso público por opositores del proceso como una supuesta "ideología de género", de tal suerte que los sectores más conservadores fueron atemorizados respecto de la supuesta amenaza contra la familia, los valores cristianos, etc. Este es un aspecto que el presidente logró aclarar, una vez se votó en contra el plebiscito, especialmente con opositores de iglesias evangélicas que hoy han entendido y aceptado el punto, es decir, que no se trata de propender ideologías de ningún tipo.

Finalmente, el acuerdo dispone de la creación de "un sistema nacional de atención a las personas consumidoras de drogas ilícitas", una revisión permanente y "ajuste participativo de la política pública frente al consumo de drogas".

## 10. Descriminalización y desmilitarización del fenómeno de las drogas: respuesta penal diferenciada pactada en el acuerdo

En desarrollo de políticas estatales que surgen hoy y que están en línea directa con el acuerdo firmado con las guerrillas, también se preserva el componente penal, pero concebido de manera mucho más acorde con el fenómeno del narcotráfico, es decir, el aspecto punitivo estará más ligado, tal como lo vienen haciendo la Fiscalía y el sistema penal en conjunto, a la lucha contra los eslabones principales de la cadena del narcotráfico, al desmantelamiento de las bandas criminales, a la macrocriminalidad ligada más al lavado de activos, al testaferrato, a la corrupción; incluso la lucha está dirigida a contrarrestar de manera general la criminalidad organizada que se nutre del narcotráfico, y no a la persecución al campesino cultivador, al indígena que usa la hoja de coca de manera ancestral, al mero consumidor. En este contexto también viene operando la estrategia de priorización de la Fiscalía General de la Nación que, desde el año 2012, en que fue expedida la Directiva 001, se ha concentrado más en la persecución de los cabecillas, de los dueños del negocio, de los máximos responsables.[13]

En este punto adquiere pleno sentido, entonces, lo expuesto sobre el tratamiento penal diferenciado que se dará a los agricultores de cultivos ilícitos. Además, se debe hacer referencia al punto 4.3 del acuerdo, que trata de forma independiente el fenómeno de producción y comercialización de narcóticos, y al punto 4.3.1, que se refiere a un plan de judicialización efectiva de cualquier organización o agrupación criminal relacionada con la producción o comercialización de drogas ilícitas. Dice así el punto:

> …el Gobierno Nacional pondrá en marcha una estrategia de política criminal, en forma paralela a la implementación de una estrategia integral de lucha contra la corrupción, que fortalezca y cualifique la presencia y efectividad institucional y concentre sus capacidades en la investigación, judicialización y sanción de los delitos asociados a cualquier organización o agrupación criminal relacionados con la producción y comercialización de drogas ilícitas, siempre considerando el tratamiento diferenciado que se debe dar a los campesinos y campesinas y pobladores rurales vinculados a la explotación de los cultivos de uso ilícito (pp. 108-109, punto 4.3.1).[14]

Se agregan, también, las más diversas políticas de lucha contra el gran narcotráfico. Por ejemplo, interdicción frente al uso de avionetas. Igualmente, Colombia tiene una legislación muy endurecida de extinción de dominio, que debe fortalecerse en este

---

13 Directiva 001/2012 de la Fiscalía General de la Nación, "por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación", Bogotá, 4 de octubre de 2012. Disponible en: http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf.

14 Gobierno de Colombia y FARC-EP, 24 de noviembre de 2016, *op. cit.*, p. 120.

punto. Tiene que existir un trabajo coordinado y complementario entre las nuevas instituciones creadas por el acuerdo final y el de drogas específicamente, y las instituciones ya existentes.

## 11. Un desafío sustancial hacia el futuro: el narcotráfico y la corrupción

Es importante anotar que, en este punto, se unen dos aspectos determinantes hacia el futuro: el narcotráfico y la corrupción. Sin una lucha frontal contra estos dos fenómenos, no hay posibilidad de consolidar una verdadera paz. Los territorios adueñados por poderes locales, y no me refiero solo a las guerrillas, sino a los caciques políticos, a los politiqueros que por años han saqueado los territorios y se han aprovechado de la guerra para su beneficio y para enriquecer a sus huestes, deberán ser depurados, contrarrestados; si la corrupción opera frente a la ingente cantidad de recursos que vendrán para el posconflicto, si mandatarios regionales usan los recursos en su propio beneficio, no habrá paz posible. Serán nuevos dueños de los recursos públicos, amparados en el posconflicto, alimentado todo, además, por el poder corruptor del narcotráfico. Esta no es una crítica, es un hecho cierto, y tiene que ver con todo el blindaje que hacia el futuro debe darse a los acuerdos. Es este un punto tan crucial que, para el mes de enero de 2017, el país ha despertado de un gran letargo y ha sido consciente de que incluso, más que la misma guerra, la corrupción a todo nivel es el gran flagelo de la sociedad colombiana. Han explotado, literalmente, los más grandes escándalos de corrupción, entre ellos algunos internacionales, como el caso Odebrecht. Para el futuro de paz, como se dice, será este un aspecto fundamental.

Respecto a la lucha contra la criminalidad y el narcotráfico, un hecho debe también reseñarse: en el futuro ya se puede ventilar una imagen que puede ser real, las FARC-EP se desmovilizan y, en cumplimiento del acuerdo, apoyan la política de erradicación de cultivos ilícitos, acaban con el negocio y, aquellos remanentes que persistan con el narcotráfico y, en general, que persistan en la delincuencia, serán atacados con toda la fuerza estatal, tanto militar y de policía, como a través de la estrategia punitiva. Asimismo, este será, de hecho, el criterio de lucha contra las bandas emergentes, las que ya existen y que hagan o no alianzas con las guerrillas remanentes: su tratamiento no será de delincuentes políticos, sino de actores ligados a la macrocriminalidad, al crimen organizado –nacional y transnacional–, al narcotráfico.

## 12. Aspectos particulares de discusión en torno del acuerdo

La Fundación Konrad-Adenauer, el 7 de noviembre de 2014, llevó a cabo un desayuno en el cual participaron alrededor de 35 personas representantes de diversas entidades y sectores de la sociedad. En él se discutieron los puntos del acuerdo sobre drogas de La Habana. Fue un conversatorio ilustrado, y se debatieron asuntos que hoy no se han modificado sustancialmente. Ello, desde luego, más allá de aspectos muy confusos de opositores al acuerdo en general que, al 4 de octubre de 2016, fecha en que se terminó la redacción del texto, no tenían claridad alguna sobre el acuerdo y reiteraban solo lugares comunes.

Respecto del evento mencionado, dos personas expusieron sus puntos de vista y sus desacuerdos. Se trata, como se dice, de un debate inicial y hoy no han cambiado las posiciones sustancialmente. En su intervención, Rodrigo Uprimny, de Dejusticia, organización muy activa en el estudio del tema de drogas y del narcotráfico, se refirió a aspectos básicos aquí ya tratados: el cambio de paradigma en función de una lógica menos criminalizante, por ejemplo, pero, además, alertó sobre un punto interesante: ¿cuál será la capacidad real de Colombia de actuar en un marco internacional muy estricto, en el cual penalizar el narcotráfico y el consumo es casi una obligación internacional? Frente a ello, hay que reconocer que existe en ciernes una mayor conciencia sobre cambio de paradigma.

Agregó que el acuerdo avanza en esta dirección y puede propiciar nuevos debates en torno a las drogas. Por ello, en la discusión se hizo énfasis en un asunto ya expuesto previamente y que es trascendente: el acuerdo incorpora de manera explícita los derechos humanos como uno de sus pilares.

Por su parte, otro expositor se refirió críticamente a aspectos igualmente mencionados y que deben ser tenidos en cuenta hoy en los nuevos avances (recuérdese que se ha avanzado casi dos años respecto de esta discusión inicial). Así, por ejemplo, Ricardo Vargas criticó el hecho de que en las mesa de negociación de La Habana se tratara el tema de los cultivos ilícitos y de la política que debe implementarse alrededor de los consumidores. Según esta crítica, el único tema que convenía negociar era el desmantelamiento del narcotráfico como financiador de la guerra. Pero esto no tiene un sentido real, pues precisamente uno de los hechos centrales del acuerdo es abrir el marco de actuación del Estado luego del proceso de paz, y no centrarse o limitarse en función estrictamente de la actuación de las FARC-EP. Además, como se ha visto, el acuerdo propone de manera general un sistema integral de lucha renovada, y con otras perspectivas, contra las drogas.

Según la crítica, teniendo en cuenta que se mantiene la exigencia de erradicación previa para acceder a los programas de restitución de cultivos, no existiría ninguna

novedad en el programa y, por tanto, no parecería posible que el Estado colombiano supere los fracasos de intentos anteriores. A esto se uniría el hecho de que el Estado planea levantar una base de datos con los cultivadores, de donde surge el riesgo de que exista una gran criminalización hacia ellos (este es un hecho que hay que tener en cuenta, pero se reitera la importancia de decisiones macro derivadas del acuerdo y, precisamente, los programas piloto que avanzan, al tener en cuenta las comunidades, lo hacen en función de una lógica no criminalizante; recuérdese uno de los principios sobre no discriminación del cultivador).

Otro punto cuestionado por el expositor, surgido del acuerdo, se refiere a la gran inversión económica que habrá que hacer para poder implementar el programa de sustitución de cultivos. Si se tiene en cuenta que los recursos son limitados y que, adicionalmente, es costumbre realizar estas inversiones con base en análisis costo-beneficio, lo más probable, según el expositor, es que se realicen solo pocas inversiones en regiones de amplia influencia de las FARC-EP, y en ese orden de ideas el programa estaría destinado a fracasar, según él. Pero, justo se trata de tener una perspectiva más amplia del fenómeno de las drogas.

Adicionalmente, sería cuestionable para él el hecho de que se haya omitido la discusión sobre la minería ilegal, con la cual cada día se involucran más los grupos armados, cuando esta es una de las más importantes fuentes de financiación del conflicto actualmente. Además del gran daño que esta le genera al país, ciertamente el Estado debe abordar este tema igual que la lucha en general contra el crimen organizado. En general, todos los acuerdos, no solo este punto, deben implementarse con sentido de realidad y ello no desdibuja el acuerdo en sí mismo, pues, como se dice, cada uno de los puntos acordados requerirá un empeño particular, recursos enormes, voluntad política, pero hay que destacar que existen claros avances para implementarlos.

En todo caso se trata, en conjunto, no solo del acuerdo, sino de los nuevos planes y programas hasta ahora inéditos en el país, de una perspectiva muy interesante que se liga perfectamente a otros planes y latitudes, y hace parte, además, del proyecto central y estructural de un Estado en paz: golpear donde debe hacerse y no criminalizar o convertir en enemigos a quienes son los más frágiles en un negocio tan rentable como único, y que deja una estela de ruina y degradación.

Hacia el futuro el Estado debe, con toda la seriedad, abordar igualmente fenómenos de crimen transnacional como la trata de personas o el tráfico de inmigrantes, problemas hoy igualmente críticos que se retroalimentan con el narcotráfico.

Lo que sí constituye una inquietud central y está ya expuesta en este escrito, es el posible copamiento de regiones de cultivo abandonadas por las FARC por parte de otros actores. Pero ya se está trabajando en ello y el Estado cuenta con la fortaleza necesaria,

sus Fuerzas Armadas y de policía para enfrentar este problema que es real. Igualmente, como se dijo, la amenaza de la corrupción, muy ligada de hecho al narcotráfico, es seria, real, pero no solo frente al tema de las drogas ilícitas, sino frente a todo el acuerdo final y sus posibilidades de implementación. Si los recursos ingentes del posconflicto van a parar a manos de corruptos locales o regionales, si se desvían dichos recursos para hacer política partidista en un país clientelista, pero también, si el tribunal es permeado por el narcotráfico y la corrupción, fracasará en gran medida el acuerdo final. El desafío es muy grande, pero la sensación que queda, luego de leer las casi 300 páginas de un acuerdo serio, bien hecho, lleno de propósitos, es que se abre el espectro para la construcción de un nuevo país, más incluyente, igualitario, serio. Los académicos y juristas tenemos una enorme e histórica responsabilidad en ello. Hoy avanza el proceso de paz, el Congreso colombiano trabaja a toda máquina para sacar adelante los diversos acuerdos que componen el gran documento final, y el país se encamina a la solución del conflicto armado, impulsando en firme, además, una negociación con la otra guerrilla supérstite. Estamos obligados a la esperanza, una esperanza ilustrada, combativa, audaz.

## Bibliografía


Aponte Cardona, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo en el caso colombiano*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 43713 de 2015.

Fiscalía General de la Nación, Directiva 001/2012, "por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación", Bogotá, 4 de octubre de 2012.

Gobierno de Colombia y FARC-EP, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Bogotá, Temis, septiembre de 2016.

_____, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 24 de noviembre de 2016.

The White House, *Major Drug Transit or Major Illicit Drug Producing Countries for Fiscal Year 2017,* 12 de septiembre de 2016.

# ANÁLISIS CRÍTICO DE POLÍTICAS CRIMINALES EXISTENTES EN MATERIA DE DROGAS ILÍCITAS EN EL PERÚ

*Dino Carlos Caro Coria*

**RESUMEN.** Perú es uno de los principales productores de hoja de coca y sus derivados ilícitos. Aunque la legislación en materia penal, procesal penal y penitenciaria ha evolucionado en torno a una mayor represión, esta política no ha sido eficaz para lograr una reducción sensible o, siquiera, un mínimo control de estas formas de criminalidad, apreciándose incluso en los últimos años fenómenos de sinergia criminal como el narcoterrorismo, e incluso atisbos de penetración del "dinero de las drogas" a nivel del Estado. El discurso de los gobiernos y de los operadores políticos en general es de tolerancia cero, por ello no ha existido un espacio para la discusión sobre la renuncia al derecho penal frente a las llamadas drogas blandas.

**Palabras clave:** tráfico de drogas, coca, cocaína, sobrecriminalización.

**ABSTRACT.** Peru is one of the main producers of coca leaf and its illicit derivatives. Although criminal, criminal procedure and prison law have evolved around greater repression, this policy has not been effective in achieving an appreciable reduction in, or even minimum control of, these forms of criminality, and recent years have seen phenomena of criminal synergy, such as narco-terrorism and even indications of "drug money" at the State level. The discourse of governments and political operators in general is of zero tolerance, and so there has been no room for discussion about the renunciation of criminal law in dealing with so-called soft drugs.

**Keywords:** Drug trafficking, coca, cocaine, overcriminalization.

## 1. La problemática nacional relativa a las drogas ilícitas que circulan en el territorio peruano

El presente trabajo se enfoca en las políticas criminales implementadas en el Perú, a efectos de combatir el tráfico ilícito de drogas. Así pues, para entender por qué es necesario



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

centrarnos en las medidas tendientes a reprimir las conductas que favorecen el tráfico ilícito de la droga, tanto a nivel nacional como internacional, es preciso entender cuál es la principal problemática que en la actualidad aqueja a la sociedad y al Estado peruano.

### 1.1. Perú no es considerado un país con altas tasas de consumidores de droga

El consumo de drogas ilícitas en el Perú se encuentra debajo de la media que muestra América Latina. Según una encuesta de 2012, la prevalencia referida a los escolares que alguna vez en su vida han consumido una droga ilegal es de 8,1 %, y, en específico, 4,3 % ha consumido marihuana –la droga más común entre los jóvenes–. Es de destacar que esta cifra es muy reducida si se compara con las cifras de otros países de América, donde los porcentajes fluctúan entre el 20 y 25 %. Estas estadísticas demuestran que en el Perú se ha instalado una cultura preventiva, alimentada por un contexto en que más del 90 % de la población se encuentra abiertamente en contra de la legalización de las drogas. Ello resulta ser alentador, si se tiene en cuenta que el Perú es un país productor de pasta básica de cocaína (PBC) y que, por ende, los consumidores potenciales podrían adquirirla a precios muy bajos, con relación al mercado internacional. Pero esta tasa tan reducida de consumidores de drogas ilícitas obedece a las políticas públicas instauradas por los gobiernos que han dado continuidad a los programas preventivos.[1]

### 1.2. Perú: principal productor de cocaína

No obstante que el Perú no es considerado como un país de consumidores de drogas ilícitas, sí es considerado uno de los principales productores de drogas en el mundo. En específico, según reporta la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Perú es el segundo productor de cocaína a nivel mundial, ubicándose por debajo de Colombia y por encima de Bolivia. En la actualidad, se cultiva coca en 42.900 hectáreas del territorio peruano, cifra que representa el 32 % del cultivo mundial de arbustos de coca. Si bien entre los años 2011 y 2014 la superficie de cultivo de arbustos de coca había disminuido, representando el 31 % del cultivo mundial, en el 2015 esta cifra volvió a incrementarse.[2]

La historia del tráfico ilícito de drogas en el Perú se inicia en los años cuarenta, con los primeros embarques de cocaína desde el puerto de Callao. En 1985, el Perú ya tenía 94.800 hectáreas de coca, esto se debió al acelerado crecimiento del cultivo de la hoja en

1 Ver Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida), *Lucha contra las drogas. Modelo Perú. Memoria institucional 2014-2016*, Lima, Perú Progreso para todos, 2016, pp. 45-47.

2 UNODC, *World drug report 2016,* 2016, Viena, p. 35.

las décadas de los sesenta y setenta, que convirtieron al primer lustro de los años ochenta en el inicio del *boom* de su comercialización y el auge del procesamiento de la PBC. Ello tuvo como causa dos factores: i) el incremento del consumo de cocaína en Estados Unidos y ii) la instalación de los carteles colombianos en Perú.[3]

### 1.3. El tráfico ilícito de drogas y su vinculación con la política

Es importante además destacar que el tráfico de drogas, el narcotráfico, no es un problema aislado, sino que esta actividad ilegal se encuentra infiltrada en el poder y sus actores suelen participar en todos los niveles de la política.

Esta vinculación entre el tráfico de drogas y la política se puede identificar con claridad en la primera mitad del siglo XX, principalmente en el Gobierno del expresidente Alberto Fujimori. Según reporta la Comisión Especial Investigadora Multipartidaria encargada de investigar y determinar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos del Congreso de la República del Perú, en dicho Gobierno se fortalecieron las relaciones entre la política y el narcotráfico,

> ...el mismo que estaba focalizado en un escenario de provisión de drogas, donde la corrupción de militares asentados en las zonas del Alto Huallaga y del Vrae[m] –valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro– se daba en el marco de un gobierno *de facto* manipulado por los servicios de inteligencia cercanos al poder (Montesinos y Fujimori), hecho que era importante para asegurar la salida aérea de las cargas de PBC a los centros de procesamiento en Colombia.[4]

En la actualidad, las principales modalidades de involucramiento de los traficantes de droga en la política son las siguientes: i) en las campañas y procesos electorales, básicamente como instrumento para lavar dinero y asegurar lealtades; ii) en el proceso de aseguramiento de las rutas locales, mediante el pago de cupos a diversas autoridades, entre ellas, alcaldes que se encuentran en la ruta de la droga; iii) en el criterio de garantizar diversas formas de impunidad, ejerciendo presiones de nivel político para el favorecimiento en sede policial, fiscal y judicial. En esta línea, algunos de los mecanismos de infiltración del narcotráfico en la política nacional son: i) corrupción vinculada al narcotráfico; ii) relaciones políticas, económicas y sociales del narcotráfico con autoridades políticas, en las que se distingue el lavado de activos; iii) la infiltración del narcotráfico en todos los niveles de actuación del Estado; iv) presencia y participación en procesos electorales para asegurar sus intereses de producción, traslado y exportación de droga o

3 Congreso de la República del Perú, *Narcotráfico y política. Informe de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, movimientos regionales y locales*, Lima, 2016, p. 87.
4 *Ibid.*, p. 85.

lavado de activos; v) el libre mercado, el impulso de la inversión privada y el favorecimiento de negocios ilícitos han contribuido, por escasa prevención y represión, al incremento del narcotráfico y del lavado de activos; vi) formación de fortunas mal habidas, no justificadas y el desbalance patrimonial; vii) influencia sobre la Policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial; viii) subversión, terrorismo y narcoterrorismo y sus relaciones con las organizaciones sociales; y ix) ejercicio de la violencia, sicariato y ajusticiamiento de parte de los narcotraficantes hacia dirigentes y autoridades políticas.[5]

### 1.4. Narcoterrorismo

En adición, el narcotráfico también está fuertemente ligado al terrorismo, esto es a lo que el embajador norteamericano Thumbs denominó "narcoterrorismo", precisamente en Colombia, en el año 1984. Así pues, en la actualidad existen territorios, como el Alto Huallaga y el Vraem –donde conviven y se mimetizan tanto traficantes de droga como terroristas–. Si bien en estas zonas, a finales de los años ochenta se produjeron enfrentamientos entre traficantes y terroristas –especialmente de Sendero Luminoso–, hoy estas agrupaciones conviven e incluso coordinan sus actividades ilícitas con la finalidad de repeler las acciones de las Fuerzas Armadas en dichos territorios. Al respecto, el Congreso de la República ha documentado que:

> Ha sido parte de la estrategia de supervivencia, el aceptar esa convivencia, articulación, aceptación y, en algunos casos, participación en el narcotráfico o en la coordinación con alguna facción senderista, relación que se desarrolló tanto con los traficantes y los que hacían acopio, como con los terroristas que llegaban a imponer su hegemonía política autoritaria o del Estado que iba a pacificar la zona.[6]

## 2. Marco regulatorio

### 2.1. Legislación penal interna

En el Estado peruano se pueden identificar tres momentos claves en lo que respecta a la legislación adoptada en materia de drogas. Así, en primer lugar, tenemos que desde el año 1920 se empezó a regular la producción y el comercio de drogas dentro del mercado formal; en segundo lugar, a fines del año 1940 el Estado cambió de orientación, buscando dar respuesta mediante el derecho penal al progresivo desarrollo de las organizaciones criminales dedicadas al comercio ilícito de drogas, es decir, la respuesta político-criminal

5 *Ibid.*, p. 226.
6 *Ibid.*, p. 131.

se limitó a lo represivo; y en tercer lugar, a fines de la década de los sesenta se buscó combinar las medidas legislativas represivas con aquellas que buscaban la salubridad, empezándose a concebir el asunto de las drogas como un problema de eminente índole social.[7]

En este orden de ideas, tenemos que en nuestro país la expansión del derecho penal hacia la represión del tráfico ilícito de drogas se debió, entre otras, a la existencia de nuevas valoraciones de intereses preexistentes.[8]

En la actualidad, se puede apreciar que el Estado peruano ha adecuado su legislación en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, siguiendo los estándares internacionales sobre la materia, especialmente los contenidos en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes,[9] enmendada por el Protocolo de 1972; el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971,[10] la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988[11] y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.[12]

Estos instrumentos internacionales suscritos por el Estado peruano lo vincularon a adoptar medidas legislativas orientadas a asegurar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para fines exclusivamente médicos y científicos, así como a imponer sanciones penales para combatir la producción, posesión y tráfico ilícito de drogas.

### 2.2. Los delitos de tráfico ilícito de drogas en el ordenamiento peruano

La legislación en materia de tráfico ilícito de drogas data de los años setenta, así tenemos que el 22 de agosto de 1972 se dictó el Decreto Ley 19505, a través del cual se tipifica el delito de tráfico ilícito de drogas estupefacientes y normas para su debida investigación. Luego, en el año 1978 se dictó el Decreto Ley 22095, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, a través del cual se establecían normas tendentes a perseguir y reprimir el tráfico ilícito de drogas, precisándose medias educativas y sanitarias para prevenir su

---

7 Al respecto, ver Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Tratado de derecho penal. Tráfico de drogas y lavado de dinero IV*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1995, p. 88.

8 Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, 2001.

9 La Convención fue aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1961 para la aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes, en Nueva York. El Perú aprobó la Convención mediante Resolución Legislativa 1503 de fecha 16 de abril de 1964.

10 La Convención fue aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas de 1971 para la adopción de un protocolo sobre sustancias psicotrópicas en Viena. Perú aprobó la Convención mediante Decreto Ley 22736 de fecha 23 de octubre de 1979.

11 Perú aprobó la Convención mediante Resolución Legislativa 25352, de fecha 23 de noviembre de 1991.

12 Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Palermo. Perú aprobó la Convención mediante Resolución Legislativa 27527, con fecha 04 de octubre de 2001.

uso indebido. Es de anotar que mediante esta ley se estableció un régimen para reducir gradualmente los cultivos de planta de coca, limitándolos a fines científicos e industriales. Posteriormente, el 12 de junio de 1981, se promulgó el Decreto Legislativo 211, Ley sobre Tráfico Ilícito de Drogas, a través del cual se modifican ciertos tipos penales relativos a este delito.

En la actualidad, los delitos de tráfico de drogas se encuentran contenidos en el Código Penal (CP) de 1991. Así, en el Título XII, Capítulo III, Sección II, se regulan las diversas conductas de tráfico ilícito de drogas, entendidas como conductas que atentan contra el bien jurídico salud pública. Dichas conductas son la promoción o el favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros (art. 296, CP), la comercialización y cultivo de amapola y marihuana, y su siembra compulsiva (art. 296-A, CP), el tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados (art. 296-B, CP), la resiembra de coca (art. 296-C, CP), formas agravadas de la promoción o el favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (art. 297, CP), la microcomercialización o microproducción (art. 298, CP), la posesión no punible (art. 299, CP), el suministro indebido de droga (art. 300, CP), la coacción al consumo de drogas (art. 301, CP) y la inducción o instigación al consumo de drogas (art. 302, CP).

Sobre el bien jurídico protegido en las conductas de tráfico ilícito de drogas tenemos que la doctrina nacional no es uniforme, pues un sector sostiene que se protege la salud pública,[13] otro sector de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es el interés económico del Estado en el control de la producción y el comercio de las drogas, mientras que un tercer sector considera que se trataría de delitos pluriofensivos, pues atacan la salud pública, el bienestar, las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad, y también la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados.[14]

Con respecto al objeto material de los delitos de tráfico ilícito de drogas, estos son, las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. El legislador penal ha optado por brindar el mismo tratamiento penal a las drogas tóxicas, a los estupefacientes y a las sustancias psicotrópicas, lo que da lugar a confusiones. En efecto, conforme lo señala Frisancho, tenemos que:

> Los términos droga y estupefacientes son dos expresiones jurídicamente equivalentes, con las que el legislador quiere hacer referencia a una misma sustancia; lo que ocurre es que la expresión "estupefaciente" ha sido sugerida por diversos autores con el intento de individualizar las sustancias con referencia a sus efectos, y con ello al estado de modificación de la conciencia, en

13 Luis A. Bramont-Arias, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Lima, San Marcos, 1997 (1994) p. 521. Manuel Frisancho, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, Lima, Jurista Editores, 2003, p. 71.

14 Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, 1995, p. 100.

> el sentido de producir una percepción de la realidad más agradable, mientras que la expresión "droga", alude al origen, la naturaleza vegetal de sustancias tomadas para exaltar las sensaciones y el placer de quien las consume y usada posteriormente, para indicar medicamentos farmacológicos conteniendo particularmente principios activos. Asimismo, el término sustancia sicotrópica significa cualquier agente que incide sobre las funciones síquicas.[15]

No obstante lo anterior, como señala Ambos, en países de Latinoamérica como Perú, Colombia y Bolivia, se sigue la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (OMS):

> Tamayo diferencia expresamente entre ´droga o ´fármaco´ en el sentido originario […] y ´droga causante de dependencia´; las últimas las divide en ´estupefacientes´ y ´psicotrópicas´. Del Olmo diferencia entre drogas naturales (p. ej. hojas de coca), elaboradas (morfina, cocaína, café), semisintéticas (heroína, LSD, *crack*) y sintéticas (valium, barbitúricos, PCP).[16]

El sujeto activo en los delitos de tráfico ilícito de drogas puede ser cualquier persona, dado que nos encontramos frente a un delito común; no obstante, se regulan penas más severas en el caso de que el sujeto activo tenga características particulares (p. ej., funcionario público, educador, médico). El sujeto pasivo, dada la naturaleza del bien jurídico protegido, lo componen los integrantes de la colectividad.[17]

En cuanto a los comportamientos típicos, a continuación se explica cada uno de ellos, contenidos en cada tipo penal regulado.

### *2.2.1. Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros*

Dentro de la tipología básica de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros, se han contemplado diversos comportamientos.

Por un lado, se reprimen las conductas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, mediante actos de fabricación o tráfico. Se entiende con promover, favorecer o facilitar a todo comportamiento que suponga una contribución, por mínima que sea, a su consumo; así, el legislador penal ha seguido la tendencia omnicomprensiva de lo que se ha denominado "el ciclo de la droga".[18] Pero, no basta con que se realicen tales comportamientos, sino que estos deben de realizarse a través de actos de fabricación o tráfico. Los actos de fabricación se definen como la producción de objetos en serie, generalmente por medios mecánicos. De esta manera, se incluye todo acto de preparar,

---

15 Frisancho, *op. cit.*, p. 81.

16 Kay Ambos, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 41.

17 Frisancho, *op. cit.*, p. 94; Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, 1995, p. 120.

18 Bramont-Arias, *op. cit.*, p. 523.

elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancia fiscalizada, ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante síntesis química.[19] El término "tráfico" se refiere a todo acto de comercio, negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro.[20] Comprende la venta, distribución, almacenamiento, depósito, transporte, importación y exportación de drogas. Este tipo penal tiene como sanción la pena privativa de libertad de 8 a 15 años.

Asimismo, se criminaliza la posesión de drogas para el tráfico ilícito. Este es un delito de peligro abstracto, pues la sola tenencia de droga con fines de tráfico constituye en sí un ilícito penal. Cabe destacar que la conducta descrita en el tipo penal no establece las cantidades específicas que debe poseer el sujeto activo, por lo que se debe entender que no es relevante la cantidad, siempre que se tenga como finalidad el tráfico de drogas, la posesión estará penada. Como contraparte, se tiene que están excluidos los actos de posesión de droga cuando estén destinados al consumo propio.[21]

Al respecto, Prado Saldarriaga sostiene:

> En lo que concierne de esta hipótesis típica –que dicho sea de paso se encuentra descrita en el segundo párrafo– […] es coherente precisar que desde ya están excluidos los actos de posesión de drogas para propio consumo o de posesión de drogas con finalidad diferente del tráfico o comercio ilegal. De allí que carece de relevancia penal la droga fiscalizada que se posee con afán de colección, de instrucción o para ser donado; o la que se tiene en custodia. No son conductas típicas, ni la posesión autorizada, ni la posesión destinada al propio consumo o formas asimiladas –v. gr., consumo compartido–, ni la posesión no autorizada sin idoneidad objetiva y/o subjetiva para promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal.[22]

En cuanto a la sanción penal, se ha establecido que será de pena privativa de libertad no menor de 6, ni mayor de 12 años.

Otras de las conductas contempladas consisten en la introducción al país, producción, acopio, provisión, comercialización o transporte de materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas, en cualquier etapa del procesamiento, así también se sanciona la facilitación o el financiamiento de estos actos, con una pena privativa de libertad que oscila entre 5 y 10 años. Con respecto a la penalización de estos actos preparatorios, ciertos autores consideran que esta penalización constituye un adelantamiento inadmisible de la

19 Frisancho, *op. cit.*, p. 83.
20 Bramont-Arias, *op. cit.*, p. 523.
21 Víctor Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, Lima, Idemsa, 2006, p. 133.
22 *Ibid.*, p. 133.

punición, pues esta prohibición lo único que genera es el aumento del precio de las drogas.[23]

Por último, se reprime penalmente el hecho de tomar parte de una conspiración[24] de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, como una forma de coautoría anticipada, sancionada con pena privativa de libertad 5 a 10 años. Se entiende como conspiración, la concertación de dos o más personas dirigida a la planificación de la promoción o favorecimiento al comercio ilícito de drogas.[25] Al respecto, en la jurisprudencia nacional se ha establecido lo siguiente respecto al delito de conspiración:

> …los actos de conspiración importan una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven realizarlos –en este caso para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas–, por lo que solo tendrán esa condición los que piensan intervenir como autores en fase ejecutiva del referido delito y reúnen las condiciones requeridas para ello; que, por consiguiente, como son formas de participación intentada en el delito o formas preparatorias punibles de la participación, si la conducta acordada efectivamente se lleva a cabo se está ante un supuesto típico distinto.[26]

Este tipo penal ha generado disconformidad por parte de la doctrina nacional, pues se considera que es suficiente la penalización de los actos preparatorios precedentes, puesto que la conspiración, tal como está concebida, "puede dar lugar a una serie de arbitrariedades, producto de la subjetividad que importa su valoración e interpretación, pues probar conductas como la reseñada no es empresa fácil".[27]

### *2.2.2. Comercialización y cultivo de amapola, marihuana y su siembra compulsiva*

Este tipo penal consiste en favorecer, financiar, facilitar o ejecutar actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somníferum*, o marihuana

---

23 Al respecto, ver Frisancho, *op. cit.,* 98-99. Este autor sostiene: "Tampoco funcionaría, lógicamente, la prohibición de la comercialización de las materias primas e insumos químicos orientados a la producción de las drogas, pues lo único que hace es aumentar el precio que por ellas pagan los consumidores. Es decir, el valor crematístico último de la cocaína siempre asumirá el precio elevado de la materia prima y de los insumos químicos en el mercado ilegal, permitiendo entonces que los consumidores de menores recursos opten por aquellas drogas que no son más que el producto semielaborado, es decir, la PBC".

24 Cabe señalar que el término "conspiración" no ha sido definido por las leyes penales, no obstante, en la técnica legislativa se recurre a él. Por ejemplo, en el Decreto Legislativo 1233 que regula la conspiración para el delito de terrorismo se contempla el de conspiración para el terrorismo.

25 Peña Cabrera Freyre, *Derecho penal. Parte especial*, Lima, Idemsa, 2013 (2010), p. 92.

26 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Resolución de 18 de mayo de 2009, considerando cuarto, Recurso de Nulidad 2350-2009.

27 Peña Cabrera Freyre, *op. cit.,* 2013a, p. 92.

de la especie *cannabis sativa* (objeto material del delito), y es reprimido con pena privativa de libertad de 8 a 15 años. Como actos de cultivo se puede entender la preparación de la tierra para la siembra de drogas, el proceso de siembra o distribución de semillas de amapola y actos de conservación y regadío de las plantas.[28]

De la misma manera, se reprimen las conductas de comercialización o transferencia de semillas de las especies referidas (objeto material del delito), las cuales son sancionadas con 5 a 10 años de pena privativa de libertad. Este tipo penal regula además circunstancias atenuantes que dependen de la cantidad de plantas o semillas sembradas. Con respecto a este tipo penal se advierte que es indistinto si la traslación es a título oneroso o gratuito, pues igual será sancionada penalmente.

### *2.2.3. Tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados*

El legislador también ha reprimido las conductas consistentes en importar, exportar, fabricar, producir, elaborar, adquirir, vender o transferir insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados por las autoridades administrativas competentes. Asimismo, se sanciona a quienes aun contando con autorizaciones o certificaciones otorgadas por las autoridades competentes, hacen uso indebido de las mismas. Lo anterior, siempre que las conductas estén destinadas a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Estos comportamientos son pasibles de una pena privativa de libertad de 7 a 12 años.

A través del Decreto Legislativo 1126, de 31 de octubre de 2012, se establecen medidas de control en los insumos químicos y productos fiscalizados, maquinarias y equipos utilizados para la elaboración de drogas ilícitas. En específico, debe resaltarse que se dota a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (Sunat) de ciertas competencias, como implementar, desarrollar y mantener un registro de bienes fiscalizados, así como para ejercer el control y la fiscalización de estos. Por ejemplo, la Sunat está facultada para realizar inspecciones con la finalidad de verificar el uso de los bienes fiscalizados, para lo cual podrá requerir la intervención de la Policía Nacional del Perú y del Ministerio Público. Por su parte, los usuarios tienen el deber de facilitar el ingreso a sus instalaciones y proporcionar la información correspondiente.

Las facultades de investigación de la Sunat son tan amplias, que incluso puede "abrir cajas, sacos, bodegas, contenedores, precintos de seguridad y/o cualquier otro envase, embalaje o mecanismo de seguridad que impida la inspección y conteo de los

28 En ese sentido, *ibid.,* p. 95.

Bienes Fiscalizados encontrados en los medios de transporte y/o Establecimiento o local intervenido, según corresponda".[29]

Al respecto, debe señalarse que la amplitud de la descripción del tipo penal ha llevado a confusiones o problemas de aplicación, pues en determinados casos estas conductas podrían encajar también en meros ilícitos administrativos. Así, García Cavero sostiene que la delimitación entre el delito de tráfico de precursores controlados y las infracciones a la Ley de Control de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados se muestra especialmente difícil, pues el tipo penal asume la configuración de un delito de peligro abstracto que adelanta las barreras de protección penal, sancionando actos preparatorios que estén dirigidos a conseguir los insumos químicos o productos que serán utilizados en la elaboración de drogas.[30]

### *2.2.4. Resiembra de coca*

Recientemente se ha incorporado en la legislación nacional el delito de resiembra de coca, en orden a sancionar al propietario, posesionario o tercero, que haciendo uso de cualquier técnica de cultivo, resiembre parcial o totalmente con arbustos de coca, semillas o almácigos aquellos predios de coca erradicados por el Estado. Se prevé para estos casos pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años.

De otro lado, se impone la medida de decomiso a favor del Estado de los predios que total o parcialmente estuvieran cultivados ilegalmente con plantas de coca, semillas o almácigos, cualquiera sea la técnica utilizada para su cultivo, y no procedieran sus propietarios o posesionarios a sustituirlos o erradicarlos.

### *2.2.5. Formas agravadas*

Los tipos penales descritos precedentemente[31] tienen una agravación de la pena, en diversos supuestos. Por ejemplo, la pena oscilará entre 15 a 25 años cuando el agente abuse de su función pública, cuando el agente sea médico, farmacéutico, químico, etc., cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad o se utilice a un menor de edad para la comisión de los ilícitos penales, cuando el hecho sea cometido por tres o más personas, entre otros supuestos.

---

29 Reglamento del Decreto Legislativo 1126, que establece medidas de control en los insumos químicos y productos fiscalizados, maquinarias y equipos utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, aprobado por el Decreto Supremo 044-2013-EF, publicado el 1 de marzo de 2013.

30 Percy García Cavero, "La distinción entre el delito e infracción administrativa en el caso de los insumos químicos y productos fiscalizados", en *Revista Actualidad Jurídica*, tomo 175, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2008, p. 128.

31 Nos referimos a los tipos penales contenidos en los artículos 296 (Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas y otros), 296-A (Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y siembra compulsiva) y 296-B (Tráfico ilícito de insumos químicos y productos).

Con respecto a la circunstancia agravante del tráfico ilícito de drogas "cuando el hecho es cometido por tres o más personas", es necesario destacar que, como regla, este agravante no se aplica a los "correos de drogas" o "burriers", en la medida que el mero concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración. Así, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha aclarado que para que se aplique esta agravante,

> ...el agente ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas –anteriores, concomitantes y posteriores– de las propias o específicas del acto singular de transporte. Estas actividades significan un nexo más intenso, aun cuando pueda ser ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte.[32]

Igualmente, la pena será de 25 a 35 años cuando el agente sea jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o de insumos para su elaboración. El mismo baremo será aplicable en caso de que el agente se valga de actos de tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas.

### *2.2.6. Microcomercialización o microproducción*

En el Código Penal peruano también se ha tipificado una figura atenuada, esto es, la microcomercialización o microproducción de escasas cantidades de drogas, siembre que no sobrepase ciertas cantidades (50 g de pasta básica de cocaína y derivados, 25 g de clorhidrato de cocaína, 5 g de látex de opio o 1 g de sus derivados, 100 g de marihuana o 10 g de sus derivados o 2 g de éxtasis). Estas conductas tienen una sanción penal de 3 a 7 años de pena privativa de libertad.

No obstante, por la falta de peligrosidad del agente, así como la cercanía de las conductas a la esfera del derecho administrativo, algunos autores consideran que deben descriminalizarse estos comportamientos. En esta línea, Peña Cabrera Freyre refiere:

> Cuando hablamos de un proveedor de droga, que circula el objeto material en cantidades menores, en no pocas oportunidades revelará, a su vez, un estado de drogadicción; quiere decir, que es en simultáneo un microcomercializador y una persona drogodependiente, sometido a un estado –psíquico y orgánico–, que no le permite actuar con plena libertad. Es decir, por medio de la venta de la droga al menudeo, está en condiciones de sufragar los gastos que le generan su

[32] Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. IV Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial: Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116, de 18 de julio de 2008. Asunto: Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal.

> estado de drogadicción. Ante las personas mencionadas, el Derecho penal no puede actuar de forma automática, desprovisto de cualquier valor que de forma racional permita articular una respuesta adecuada conforme a los fines constitucionales del instrumentos punitivo; la imposición de una pena a estos sujetos, no resulta la respuesta idónea.[33]

Por su parte, Frisancho sostiene que "la incriminación de la comercialización de la pequeña cantidad de materia prima interfiere en el ámbito de injerencia del derecho administrativo, que es más eficaz en el control de estas conductas, así como también propicia la elevación de sus precios".[34]

Con respecto al procedimiento instructivo se tiene que la legislación procesal ha contemplado la posibilidad de concluir el proceso penal contra el presunto microcomercializador, en forma anticipada. Así, a través de la Ley 28122, Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga, descubiertos en flagrancia con prueba suficiente o imputados sometidos a confesión sincera, se ha determinado que el juez penal puede disponer la conclusión anticipada del proceso penal, en los siguientes casos: i) cuando el imputado hubiese sido descubierto en flagrancia, ii) si las pruebas recogidas fueren suficientes para promover el juzgamiento, o iii) si el imputado hubiese formulado confesión sincera ante el juez penal.

### *2.2.7. Posesión no punible*

Ahora bien, el Estado peruano también ha considerado dentro de esta categoría de delitos a aquellos supuestos de posesión para el consumo propio y directo de drogas, siempre que se superen determinados límites de posesión permitidos,[35] y se tenga además como finalidad el tráfico de drogas. Para tal efecto, en la práctica policial, muchas veces se parte de la presunción de que si el agente supera esos límites, la tenencia de la droga se dirige a la comercialización. Sin embargo, consideramos que con este razonamiento se estaría penalizando, indirectamente, el consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, a pesar de que la tendencia internacional sobre la materia actualmente apunta a su despenalización.[36]

---

33 Peña Cabrera Freyre, *op. cit.,* 2013a, p. 122.

34 Frisancho, *op. cit.,* p. 157.

35 De conformidad con lo establecido en el artículo 199 del Código Penal vigente, no es punible la posesión que no exceda: a) 5 gramos de pasta básica de cocaína, b) 2 gramos de clorhidrato de cocaína, c) 8 gramos de marihuana o 2 gramos de sus derivados, d) 1 gramo de látex de opio o 200 miligramos de sus derivados o e) 250 miligramos de éxtasis, conteniendo metilendioxianfetamina (MDA), metilendioximetanfetamina (MDMA), metanfetamina o sustancias análogas.

36 Sin ánimo de pretender abarcar la lista entera de países que han despenalizado el consumo propio de drogas, podemos señalar a los siguientes: Holanda, Corea del Norte, Portugal, Colombia, Argentina, Chile, la Confederación

No obstante esta mala práctica, la Corte Suprema de Justicia de la República ha aclarado que la posesión de droga que supere los parámetros establecidos en el Código Penal no da lugar a la comisión del delito de tráfico de drogas, cuando no haya quedado acreditada que la posesión tenía como fin el tráfico:

> …porque si bien se probó que la droga incautada, consistente en tres punto cinco gramos de pasta básica de cocaína, seis gramos de cannabis sativa y tres gramos de alcaloide de opio, se halló en el interior del ropero asignado al citado encausado […], conforme así también ha concluido este Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema del diecinueve de diciembre del dos mil seis […], sin embargo, en autos no existe evidencia idónea y suficiente que permita concluir certeramente que esas sustancias incautadas tendrían como finalidad ser traficadas ilícitamente, circunstancia que viene a ser un elemento constitutivo del tipo penal (delito de tráfico ilícito de droga) previsto en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal –básico–, que sanciona la posesión de las citadas sustancias ilícitas con fines de tráfico.[37]

En igual sentido, tribunales inferiores han entendido la importancia de la necesidad de probanza de la finalidad del tráfico de drogas:

> No habiéndose acreditado que los procesados, uno de ellos "sujeto con una toxicomanía a pasta básica de cocaína con dependencia psicológica", y la otra, "sujeto con toxicomanía a pasta básica de cocaína", quienes admiten comprar la droga para su consumo, se dedicaran a la comercialización de dicha droga, procede su absolución.[38]
>
> Estando a la escasa cantidad de droga incautada a una de las encausadas, hay que concluir que esta tiene la condición de consumidora, y no existiendo en autos elementos de prueba suficientes que acrediten la responsabilidad del otro encausado; es el caso de absolverlos.[39]

### *2.2.8. Otras conductas relacionadas con el consumo de drogas*

En adición a los tipos penales ya explicados, el Código Penal peruano reprime otras conductas relacionadas con el consumo de drogas. Así, se tiene que mediante el tipo penal de suministro indebido de droga se sanciona al médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otro profesional sanitario que indebidamente recete, prescriba, administre o expenda medicamento que contenga droga tóxica, estupefaciente o psicotrópica,

---

Suiza, entre otros. Especial atención merece el caso de Uruguay, que desde diciembre del año 2013 ha legalizado la producción, la venta y el consumo de la marihuana.

37 Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia recaída en el RN 4264-2007-Lima Norte, citado en: Peña Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, 2 ed. Lima, Rodhas, 2013b, p. 119.

38 Ejecutoria de 1 de octubre de 1979, R. de J.P. 198, p. 87, citada en: Julio Espino Pérez, *Código Penal. Concordancias*, 7 ed., Lima, Cultural Cuzco Editores, 1982, p. 592.

39 Ejecutoria de 07 de enero de 1983, el. Per. Ejs. Año II, N° 94, p. 979, R. Jur. Del P. 1983, p. 127, citada en Espino Pérez, *ibid.*, p. 595.

sancionándolo con pena privativa de libertad de 2 a 5 años. Cabe destacar que se trata de un delito de mera actividad, por lo que se consuma con el solo recetar, prescribir, expender o administrar el compuesto controlado, sin necesidad de exigir la constatación del empleo del fármaco por parte del paciente.[40]

Asimismo, se ha tipificado el delito de coacción al consumo de droga, consistente en hacer consumir a otro droga, mediante violencia o intimidación, cuya pena es de 5 a 8 años.

Por último, también se tipificó el delito de inducción o instigación al consumo de droga, que castiga a quien instiga o induce a consumir drogas indebidas a otra persona. La sanción penal es de 2 a 5 años de pena privativa de libertad.

## 2.3. Medidas procesales

### *2.3.1. Técnicas especiales de investigación*

Con respecto a las medias procesales que ha adoptado el Estado peruano para perseguir el delito de tráfico ilícito de drogas, se tiene que el Código Procesal Penal –publicado el 29 de julio de 2004 y aún no vigente en todo el país–, estableció en su artículo 24 con relación a la competencia territorial, que los delitos de tráfico ilícito de drogas podrán ser de conocimiento de los jueces de la capital de la República del Perú, independientemente del lugar en que hayan sido perpetrados.

También, se han regulado técnicas especiales de investigación dada la naturaleza compleja del delito de tráfico ilícito de drogas. De esta manera, se tiene que el legislador ha permitido que en una investigación el fiscal a cargo tenga la facultad de solicitar al juez de la investigación preparatoria o juez de garantías, que ordene la incomunicación de la persona detenida preliminarmente, siempre que esta resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados, la misma que puede extenderse hasta diez días. Esta medida sigue la lógica de la Constitución Política del Perú, la cual reconoce que la detención preventiva de un presunto implicado por la comisión de tráfico ilícito de drogas puede extenderse hasta un lapso de quince días (art. 2.24.f).

Por otro lado, se ha regulado la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, definida como la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional, o salgan o ingresen en él sin interferencia de autoridad alguna y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito. Esta técnica podrá ser autorizada por el fiscal a cargo de la investigación.

40 Peña Cabrera Freyre, *op. cit.*, 2013b, p. 237.

Otra de las técnicas especiales es la participación en la investigación de un agente encubierto. El fiscal a cargo de la investigación puede, en casos de criminalidad organizada e indicios de comisión de tráfico ilícito de drogas, autorizar a miembros de la Policía Nacional del Perú a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. Los agentes encubiertos están habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

En esta misma línea, el fiscal a cargo puede disponer la utilización de un agente especial, esto es, un ciudadano que, por el rol o la situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal. Cabe precisar que con esta regulación expresa se permite justificar penalmente las conductas de los agentes policiales, quienes podrán actuar legítimamente sin que se les pueda atribuir responsabilidad alguna por las conductas atípicas en las que pudieran incurrir. Así, en caso de que los agentes encubiertos cometan algún delito, Sánchez señala que "su conducta podrá ser típica, pero no es antijurídica (ya que el ordenamiento jurídico la considera como legítima), por lo cual se encuentran exentos de responsabilidad penal".[41]

Asimismo, el legislador ha permitido la realización de operaciones encubiertas, las mismas que pueden ser autorizadas por la Fiscalía a la policía, siendo que estas deben ser realizadas sin el conocimiento de los investigados y consistirán en la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos, pudiéndose crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes.

En esta línea, recientemente se ha promulgado el Decreto Legislativo 241,[42] que fortalece la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. A través de este cuerpo legislativo se determina que la Policía Nacional del Perú es la entidad que ejecuta las operaciones policiales de interdicción del tráfico ilícito de drogas. Así, se le ha dotado de amplias facultades investigativas, como las de ejecutar incautaciones, decomisos, destrucciones, neutralizaciones, inutilizaciones, registros, revelación y acopio de evidencias, extracción de muestras, inmovilizaciones que incluyen aseguramientos de instrumentos de telecomunicaciones y documentos privados, con presencia o conocimiento del fiscal.

Este modelo de persecución penal que otorga facultades investigativas amplias a los agentes policiales y fiscales es un avance notable, dado que en los últimos años diversos

41 Pablo Sánchez Velarde, *El nuevo proceso penal*, Lima, Idemsa, 2009, p. 152.

42 El Decreto Legislativo 1241 fue publicado con fecha 26 de septiembre de 2015.

organismos, como la Comisión Andina de Juristas,[43] han criticado los modelos de intervención únicamente cuando el hecho ya se ha consumado, y no de intervención previa.

### *2.3.2. Persecución del componente económico del tráfico ilícito de drogas*

El Estado peruano ha adoptado además otras medidas legislativas tendientes a perseguir los efectos económicos de los delitos de tráfico ilícito de drogas, dado que entiende que las penas privativas de libertad para los agentes del delito no son la única medida necesaria para luchar contra el tráfico de drogas. Al respecto, Lamas advertía que:

> ...aunque las medidas privativas de libertad deben ser consideradas como de primer orden en materia de represión del tráfico de drogas, la experiencia actual empieza a demostrar que en similitud de importancia a la excarcelación de los principales traficantes mediante su reclusión, la posibilidad de decomisar el producto de sus delitos, es también otro de los aspectos decisivos en cualquier estrategia contra las drogas y quienes les brindan respaldo financiero, utilicen los bienes que han adquirido ilegalmente gracias a los delitos llevados a cabo.[44]

Pues bien, respecto a las medidas de persecución del componente económico del tráfico ilícito de drogas podemos identificar que estas se dirigen a lograr tanto el decomiso y la incautación de la droga y de los instrumentos que sirven para la comisión de los ilícitos como también a lograr la incautación de los efectos del delito, esto es, de los bienes adquiridos producto de la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas.

Con respecto a las medidas de decomiso e incautación[45] de instrumentos para la comisión de delitos de tráfico de droga, la legislación vigente determina expresamente que durante las investigaciones, las drogas, sustancias químicas e incluso las materias primas objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas serán incautadas por la Policía Nacional del Perú. Igualmente, es objeto de incautación todo bien cuyo uso esté destinado a la fabricación de drogas y a su comercialización.

Debe precisarse que existe un procedimiento estricto de incineración de las drogas incautadas y de destrucción de objetos confiscados. En determinados casos, siempre que

---

43 Comisión Andina de Juristas, *Drogas y control penal en los Andes. Deseos, utopía y efectos perversos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 112.

44 Luis Lamas Puccio, *Tráfico de drogas y lavado de dinero*, Lima, Didi de Arteta, 1992, p. 21.

45 Según la legislación peruana, existe una distinción entre incautación y decomiso. En ese sentido, Tomás Gálvez Villegas, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de Lege Lata y Lege Ferenda*, Lima, Ideas Solución Editorial, 2013, pp. 41, 221: "El comiso o decomiso se conceptúa, como la pérdida de parte del agente del delito o de eventuales terceros de los objetos, efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva o de los demás bienes o activos establecidos por la ley, y el correlativo traslado directo e inmediato de la titularidad de los mismos a favor del Estado, la misma que es dispuesta por la autoridad jurisdiccional, mediando un debido proceso con la observancia de todas las garantías legales correspondientes". Y se puede "definir a la incautación como la medida cautelar real dictada sobre bienes o activos, que se presume, constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, para asegurar la concreción de su decomiso".

haya una sentencia en firme, los bienes pueden ser adjudicados al Estado, esto es, sujetos a la medida de decomiso. Por ejemplo, se tiene el caso de los bienes inmuebles intervenidos que pueden ser adjudicados a la Policía Nacional del Perú o a las Fuerzas Armadas.

No obstante lo anterior, existe otro procedimiento de decomiso en los casos en que exista sentencia judicial firme, pero en los cuales solo haya una presunción de que los bienes provienen de la comisión de delitos, como el tráfico ilícito de drogas. Así, el Perú ha regulado el procedimiento de pérdida de dominio a través del Decreto Legislativo 1104, que modifica la legislación sobre pérdida de dominio, publicado el 19 de abril de 2012. Este procedimiento permite la incorporación al patrimonio estatal de los bienes provenientes de la comisión de ciertos delitos, como el tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestros, etc., siempre que exista una sentencia previa.

Cabe señalar que el procedimiento de pérdida de dominio es un proceso civil, de naturaleza jurisdiccional, independientemente de quien tenga los bienes en su poder o los haya adquirido. Es un proceso distinto e independiente de cualquier otro.

Otra de las medidas de persecución de los efectos de los delitos de tráfico ilícito de drogas se encuentra en la regulación relativa al lavado de activos. En específico, se tiene que a través del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado, publicado el 19 de abril de 2012, se han definido conductas típicas que configuran el delito de lavado de activos, como los actos de conversión y transferencia, de ocultamiento y tenencia, y el transporte de dinero o títulos valores de origen ilícito. Así, se ha determinado que cuando el dinero, los bienes, los efectos o las ganancias provienen de la comisión del delito de tráfico de drogas la sanción penal será pena privativa de libertad de no menos de veinticinco años.

Con respecto a este delito de lavado de activos, se ha prescrito como uno de los efectos procesales, que el juez deberá ordenar la incautación o el decomiso del dinero, los bienes, los efectos o las ganancias involucrados.[46]

De otro lado, por medio de la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado, se han incorporado técnicas especiales de investigación, como la interceptación postal, interceptación de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, y la intervención de un agente encubierto. Asimismo, se ha regulado la potestad del fiscal a cargo de la investigación de solicitar al juez ciertas medidas limitativas de derechos, como el levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria y bursátil.

46 Decreto legislativo 1106, 2012. Artículo 9º. Decomiso. En todos los casos el juez resolverá la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a lo previsto en el artículo 102º del Código Penal.

Por último, es de destacar una nueva técnica de investigación policial, regulada a través del Decreto Legislativo 1182 de 26 de julio de 2015, Decreto Legislativo que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado. Este dispositivo legal confiere a la unidad a cargo de la investigación policial, la facultad para solicitar a una unidad especializada el acceso a los datos de localización o geolocalización de teléfonos móviles o dispositivos electrónicos de naturaleza similar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: i) flagrancia delictiva, ii) que el delito investigado sea sancionado con pena superior a los 4 años de pena privativa de libertad y iii) que el acceso a los datos constituya un medio necesario para la investigación.

### *2.3.3. Mecanismos de cooperación judicial internacional en materia de tráfico ilícito de drogas*

La cooperación judicial internacional en materia penal, en nuestro país, se encuentra regulada por el Libro Séptimo del Código Procesal Penal de 2004,[47] ello sin perjuicio de los diversos tratados internacionales multilaterales o bilaterales suscritos por el Estado peruano, que pueden tener regulación específica sobre el tema.

De acuerdo con lo sostenido por Calaza-Ramudo López:

> La cooperación judicial internacional precisa de una serie de mecanismos judiciales en la lucha contra el crimen de los Estados, que han de prestarse una asistencia mutua con el objeto de evitar que uno de estos Estados se convierta en un área de impunidad para los delincuentes por el mero hecho de encontrarse estos en su territorio, cuando están acusados por otro Estado y en el respeto a los derechos fundamentales y a las garantías jurídico procesales de cada Estado.[48]

En materia de tráfico ilícito de drogas, tenemos que el Estado peruano ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, en cuyo artículo 7 se regula todo lo referido a la asistencia judicial recíproca entre los Estados parte, la cual ha de comprender la posibilidad de recibir testimonios o tomar declaraciones, de presentar documentos judiciales, de efectuar inspecciones e incautaciones, de examinar objetos y lugares, de facilitar información y elementos de prueba, de entregar originales o copias auténticas de documentos

---

47 De conformidad con el artículo 1 de la Ley 28671, dicho Libro del Código Procesal Penal entró en vigencia en todo el territorio nacional desde el 1 de febrero de 2006.

48 Sonia Calaza-Ramudo López, "Mecanismos judiciales de cooperación internacional versus áreas de impunidad de la delincuencia", en José Hurtado Pozo, *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de derecho penal 2004*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 259-260.

y expedientes relacionados con un caso, e incluso información de índole económica, de identificar diversos productos u objetos con fines probatorios, entre otros.

Ahora bien, en nuestro país, la autoridad central encargada de canalizar las solicitudes de asistencia judicial internacional es el Ministerio Público, a través de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y de Extradiciones de la Fiscalía de la Nación.

### *2.3.4. Reducción de la edad mínima de responsabilidad penal*

Otras de las medidas procesales destinadas a la represión del delito de tráfico ilícito de drogas y los conexos han consistido en propuestas legislativas tendientes a reducir la edad mínima de responsabilidad penal, a fin de que los menores de 18 años respondan penalmente por la comisión de ciertos delitos;[49] no obstante, en la actualidad ninguna de las iniciativas legislativas ha prosperado.[50]

Al respecto, consideramos que es necesaria la adopción de políticas públicas tendientes a prevenir el tráfico ilícito de drogas por parte de adolescentes, pues según las estadísticas, en el Perú el 22 % de adolescentes infractores de la ley penal reconoce haber traficado alguna vez droga en su vida, mientras que un 7 % señala al tráfico como delito principal actual. Esta cifra se encuentra por debajo de Colombia, que es el país con mayor tasa de actividades ilegales de distribución de drogas entre adolescentes. Sin embargo, debe notarse que en el Perú, el tráfico de drogas por parte de adolescentes aparece menos asociado al uso dependiente de droga, a diferencia de Colombia.[51]

### *2.3.5. El sistema de prevención del lavado de activos como mecanismo para prevenir el delito de tráfico ilícito de drogas*

En el Perú se considera al tráfico ilícito de drogas como un delito precedente al lavado de activos,[52] incluso esta circunstancia constituye un agravante del lavado de activos, elevando la sanción penal al baremo entre 25 y 35 años de pena privativa de libertad. El tráfico ilícito de drogas es considerado el negocio más rentable, que da lugar al necesario

---

49 De conformidad con el artículo 20.2 del Código Penal, el menor de 18 años está exento de responsabilidad penal.

50 En ese sentido, ver el Proyecto de Ley 1113/2011-CR, presentado el 10 de mayo de 2012; Proyecto de Ley 1124/2011-CR, presentado el 16 de mayo de 2012 y Proyecto de Ley 1107/2011-CR, presentado el 10 de mayo de 2012.

51 ONU, Oficina contra la droga y el delito en adolescentes infractores de la ley. *La experiencia de Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Uruguay. Quinto informe conjunto. Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay*, Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas, 2010, pp. 34-35.

52 Ver el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y crimen organizado.

proceso de lavado del mismo; así, en los Informes de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF), de enero de 2007 a julio de 2016, se ha involucrado un monto de US$ 13.064 millones. Específicamente, respecto al monto involucrado por delito precedente en los informes, "la mayor participación la tiene el tráfico ilícito de drogas (41 %), seguido de minería ilegal (34 %), delitos contra la administración pública (8 %), delitos contra el orden financiero y monetario (3 %), defraudación tributaria (3 %), defraudación de rentas de aduanas / contrabando (2 %), y estafa o fraude (1 %)".[53]

Ello ha dado lugar a que, indefectiblemente, se implemente un sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, concebido como una herramienta de prevención, detección y comunicación de las operaciones sospechosas asociados al lavado de activos y financiamiento del terrorismo, convirtiéndose en un imperativo básico de deberes especiales en el tráfico económico que se genera a través del negocio transnacional. En concreto, a través de este sistema de prevención de lavado de activos o de *compliance,* se exige a las empresas incorporar prácticas de prevención y detección de operaciones ilegales vinculadas al lavado de activos y financiamiento del terrorismo y, por tanto, a conocer cada uno de los productos y servicios que ofrece con el objetivo de establecer un sistema de prevención apropiado, conforme a los riesgos a los que se encuentra expuesto el negocio.[54]

### 2.4. Restricciones al acceso a beneficios penitenciarios

De conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 824, Ley de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, de 24 de abril de 1996, la persona que hubiere participado en o se encuentre incursa en la comisión de los delitos de tráfico de drogas, podrá acogerse a ciertos beneficios como: i) la exención de pena, ii) la remisión de la pena o iii) el indulto. En el caso de la exención y de la remisión de pena, ello se podrá dar cuando el involucrado proporcione información oportuna y veraz que permita identificar y detener a dirigentes o jefes de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, o cuando la información proporcionada permita el decomiso de la droga, insumos químicos fiscalizados, dinero, etc. En caso del beneficio del indulto, este solo podrá aplicarse a condenados que hayan cometido el delito de microcomercialización de droga, suministro indebido, coacción al consumo e inducción o instigación al consumo de drogas.

---

53 Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú, *Información Estadística,* Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, enero de 2007 a julio de 2016.

54 Rocío Salcedo Machado, "El deber de *compliance* en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano", en Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro (coords.), Cedpe y Asomif Perú, *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo*, Lima, Cedpe, 2013, p. 15.

En cuanto a los beneficios penitenciarios a los que pueden acceder los condenados por este tipo de delitos, encontramos varias restricciones. Así, se observa que los condenados por el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas no podrán acceder a los beneficios de: i) redención de pena por el trabajo y la educación,[55] ii) semilibertad,[56] y iii) libertad condicional.[57] Según la normativa de ejecución penal peruana, únicamente podrían acceder a los siguientes beneficios: visita íntima y ciertos estímulos y recompensas, como i) autorización para trabajar en horas extraordinarias, ii) desempeñar labores auxiliares de la administración penitenciaria que no impliquen funciones autoritativas, iii) concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas, entre otros de carácter similar.[58]

## 3. Impactos de la criminalización del tráfico ilícito de drogas

La decisión de criminalizar el consumo y el tráfico de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, responde a una estrategia de política criminal adoptada por el Estado peruano en su lucha por combatir y erradicar esta práctica social que tanto daño viene ocasionando en la sociedad contemporánea. Como toda estrategia de política criminal, la penalización de dichas conductas debería producir los efectos preventivos esperados por el legislador penal para poder considerarse como una política eficiente y adecuada, con lo que estaríamos dentro de la praxis de la política criminal.[59]

Dichos efectos deben evaluarse desde diversos planos, pudiendo producirse tanto en los ámbitos social y económico como en el de la comunidad internacional, donde la tendencia está dirigida hacia la represión de las actividades del tráfico de drogas, pero a la impunidad de aquellos supuestos de consumo propio y directo.

En este orden de ideas, consideramos que el efecto común buscado por el legislador penal al criminalizar las actividades de tráfico de drogas es la prevención de dichas actividades en aras de disminuir su comisión, las cuales usualmente suelen asociarse a diversos problemas sociales, como el terrorismo, el blanqueo de capitales, el crimen organizado, entre otros.

---

55 De conformidad con el artículo 44 del Código de Ejecución Penal: "El interno redime la pena mediante el trabajo, a razón de un día por dos días de labor efectiva, bajo la dirección y contra de la Administración Penitenciaria".

56 Conforme al artículo 48 del Código de Ejecución Penal: "La semilibertad permite al sentenciado egresar del establecimiento penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y si no tiene proceso pendiente con mandato de detención".

57 De acuerdo al artículo 53 del Código de Ejecución Penal: "La libertad se concede al sentenciado que ha cumplido la mitad de la pena siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención".

58 Código de Ejecución Penal del Perú, artículo 59.

59 Al respecto, ver Jesús-María Silva Sánchez, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2000, pp. 21 y ss.

En otras palabras, el efecto de la criminalización del tráfico de drogas debe ser la prevención de dichas conductas, pero no la disminución o prevención del consumo de dichas sustancias, pues esto último ha de escapar a los fines propios del derecho penal, los cuales no deben incidir en la esfera de autoconfiguración o configuración interna de las personas.

Desde que en el Perú comenzó a criminalizarse el tráfico de drogas, se vienen produciendo de manera progresiva diversos resultados positivos, debido a que el Estado ha combatido estas actividades ilícitas mediante políticas encaminadas a la erradicación de las fuentes que permiten que se dé inicio al ciclo de la droga.

Por ejemplo, con el Decreto Supremo 033-2012-PCM se implementó la Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas (ENLCD), en donde se estableció que la criminalización del tráfico de drogas va acompañada de un programa de desarrollo alternativo orientado a apoyar a los productores cocaleros con alternativas lícitas, entre ellas los cultivos alternativos.[60] Esto genera un impacto positivo en relación con la prevención del tráfico de drogas, pues el Estado no solo está buscando prevenir dichas conductas mediante la utilización del derecho penal.

Sin embargo, dichos resultados positivos se vienen presentando de forma muy lenta, y no han podido ir a la misma velocidad con la que se ha ido desarrollando el tráfico ilícito de drogas, a partir de las diversas estrategias utilizadas por las organizaciones criminales dedicadas a esta actividad; en otras palabras, a pesar de que existen evidentes impactos positivos generados a partir de la criminalización del tráfico ilícito de drogas, los resultados negativos son mucho mayores pues no se ha podido disminuir considerablemente ni, mucho menos, erradicar dicha conducta de nuestro sistema social.

Por otro lado, tenemos que al año 2014 el número de casos registrados a nivel del Ministerio Público por tráfico ilícito de drogas es notable. Así, en cifras oficiales de la Gerencia del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación tenemos que:

> Las fiscalías provinciales penales y mixtas a nivel nacional registraron en el año 2014 un total de 14.730 casos relacionados al Tráfico Ilícito de Drogas, siendo Lima el Distrito Fiscal con el mayor número de casos con este tipo de delitos, con 3.241 casos que representa el 22,3 % del total a nivel nacional, seguido por el Distrito Fiscal del Callao con 1,936 casos que representa un 13,3 % y Lima Norte con 1.802 casos, que representan un 12,4 %.[61]

---

60 Sobre los programas de desarrollo alternativo, ver Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida), Presidencia del Consejo de Ministros, *Estrategia nacional de lucha contra las drogas 2012-2016*, 2012. Disponible en: http://www.devida.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/ENLCD-Espa%C3%B1ol_20_junio_-espa%C3%B1ol.pdf.

61 Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, *Anuario estadístico 2014*. Lima, 2014. Disponible en: http://www.mpfn.gob.pe/index.php/informacion/estadisticas/anuario-estadistico.

En adición a las cifras citadas de casos registrados por el Ministerio Público, resultan también alarmantes las cifras de la población penitenciaria recluida por la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas. Así, en su informe de diciembre de 2013, el Instituto Nacional Penitenciario registró que este delito tenía la mayor frecuencia de comisión después del robo agravado, y precisó porcentajes en los siguientes términos:

> Igual inquietud, surge en el delito de tráfico ilícito de drogas, que se aprecia cuando sumamos la POPE [población penitenciaria] de 7,3 % en el tipo TID [tráfico ilícito de drogas] agravado (art. 297º, Código Penal), la POPE de 2,1 % por el delito de microcomercialización o microproducción de drogas (art. 298º, Código Penal) y la POPE de 2,9 % del delito de promoción o favorecimiento al TID; estas tipologías ante su mayor avance pueden provocar problemas estructurales en la sociedad, al igual que el aumento del consumo de drogas. Para tal efecto, se utiliza a los consumidores como transportadores de la carga ilícita por las organizaciones criminales, comúnmente denominados "burriers" cuando estos son ciudadanos extranjeros, y se han tornado como los principales candidatos para su ilícito negocio. Por lo que el tratamiento penitenciario, deberá diseñar otros mecanismos de apoyo, al ser un delito que tiene un origen de connotación económica.[62]

El tráfico ilícito de drogas opera mediante la criminalidad organizada, y actualmente la política criminal del Estado está orientándose en esa dirección, para prevenir y sancionar estas conductas. Esto se desprende de las diversas modificaciones existentes en el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, el Nuevo Código Procesal Penal y el Código de Ejecución Penal; de la expedición de leyes especiales como la Ley contra el Crimen Organizado, de la creación de Fiscalías de Tráfico Ilícito de Drogas, de Crimen Organizado y de Lavado de Activos, entre otras.

En este orden de ideas, es fundamental la labor preventiva que viene desarrollando el Ministerio Público, pues conforme a datos oficiales tenemos que al año 2014:

> Las Fiscalías Especializadas en Tráfico ilícito de Drogas realizan una serie de operativos a nivel nacional conjuntamente con la Sección Antinarcóticos de la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica (NAS) y la Dirección Nacional contra las Drogas (Dinandro) de la Policía Nacional. Las fiscalías provinciales penales y mixtas a nivel nacional durante el año 2014, realizaron: 6.003 operativos, 6.118 intervenciones con 67.052 personas intervenidas, de las cuales resultaron detenidas 3.127. Por otro lado se pudieron decomisar: 349 vehículos, 19 aeronaves, 1.978 equipos de comunicación, 44 inmuebles; así mismo, 374.134 nuevos soles, 1.025.965 dólares americanos y 100.786 euros. En cuanto a los insumos y derivados, se logró incautar 16.060 kilogramos de pasta básica de cocaína, 16.782 kilogramos de clorhidrato de cocaína,

62 Instituto Nacional Penitenciario, *Informe estadístico penitenciario. Diciembre 2013*, 2013 Disponible en: http://www.inpe.gob.pe/pdf/Diciembre2013.pdf.

> 8.265 kilogramos de alcaloide de cocaína, 4.869 kilogramos de marihuana, 9.760 kilogramos de opio-látex; además, 2811 galones de droga líquida. Por otro lado se erradicó y neutralizó en hojas de coca 122 hectáreas, 50 plantones y 1.543.540 kilogramos de hoja de coca; en amapola 49.786 plantones y 873 kilos de semillas; en marihuana 68.5 hectáreas, 1.585.822 plantones y 3.631 kilogramos de semillas.[63]

Asimismo, se puede observar la relación existente entre el tráfico ilícito de drogas y el fenómeno de la corrupción, que muchas veces van acompañados, sobre todo, porque en la actualidad el tráfico ilícito de drogas en nuestro país es cometido por organizaciones criminales que operan desde diversos sectores de la sociedad, e incluso desde el propio sector estatal, mediante la comisión de diversos actos de corrupción que permiten asegurar la continuidad de dichas conductas ilícitas.

## 4. Políticas públicas dirigidas a disminuir y controlar el consumo y tráfico de drogas

Con independencia de las medidas legislativas en materia penal adoptadas por el Estado peruano, existen diversas políticas públicas destinadas a la disminución y el control del consumo y tráfico de drogas; y es que, desde luego, como apunta Silva, la política criminal "no se agota en medidas político penales".[64]

Así, la institución estatal encargada de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas es la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida),[65] organismo público ejecutor del Estado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros cuyas funciones principales son: i) diseñar la política nacional de carácter multisectorial de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el consumo de drogas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible de las zonas cocaleras del país, en coordinación con los sectores competentes, tomando en consideración las políticas sectoriales vigentes, así como conducir el proceso de su implementación; ii) en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, convocar, coordinar y negociar con la comunidad internacional el apoyo que requiere el Perú para implementar la estrategia nacional de lucha contra las drogas; iii) brindar asistencia a las zonas afectadas por las acciones de la política exterior del Perú en lo que respecta al problema mundial de las drogas, en el marco de sus competencias; entre otras.[66]

---

63 Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, *op. cit*.

64 Silva Sánchez, *Política criminal y persona*, *op. cit*., 2000, p. 22.

65 La Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida) fue constituida a través del Decreto Legislativo 824, de 23 de abril de 1996.

66 Reglamento de la Organización y Funciones (ROF) de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida), aprobado con D.S. 047-2014-PCM.

En el marco de estas funciones, hasta la fecha Devida ha diseñado tres estrategias nacionales, que abarcan los siguientes periodos: 2002-2007, 2007-2011 y 2012-2016. Con respecto a esta última,[67] la estrategia nacional señala cuatro ejes principales de acción: i) el desarrollo alternativo integral y sostenible, ii) la interdicción y sanción, iii) la prevención y rehabilitación, y iv) el compromiso global con enfoque transversal.[68]

El eje de desarrollo alternativo integral y sostenible tiene como finalidad el cambio de actitudes de la población hacia el desarrollo y vida lícita, sin influencia de las actividades delictivas del narcotráfico, a través de la prevención de la expansión y promoción del abandono de los cultivos de coca con fines ilícitos. Por ello, el Gobierno nacional, y los gobiernos regionales y locales deben apoyar a la población para aumentar el capital social con el fin de lograr desarrollo con inclusión social, aprovechándose así los recursos naturales.

Ejemplos de algunas líneas de acción: a) brindar asistencia técnica a las comunidades de pequeños productores agropecuarios en las etapas de instalación, producción, cosecha y poscosecha de cultivos como el café, cacao, palma aceitera u otros; b) consolidar centros de investigación e innovación tecnológica, y promover la creación de otros a fin de incrementar la productividad, diversificación, valor agregado y rentabilidad de las actividades económicas de las zonas de intervención.

Por otro lado, a través del eje de interdicción y sanción, el Estado peruano busca reforzar este sistema con la finalidad de desarticular organizaciones del tráfico ilícito de drogas y aplicar efectivamente el marco legal vigente. Asimismo, se busca la reducción de los cultivos ilegales, el control de insumos químicos y el decomiso de drogas y activos del delito.

Ejemplos de algunas líneas de acción: a) reducir el cultivo de coca para uso ilícito, evitando su expansión a nuevas áreas, así como eliminar el cultivo de marihuana y amapola adormidera; b) aumentar el decomiso de drogas, desarrollando capacidades institucionales y equipando adecuadamente a las fuerzas del orden para realizar un trabajo sistemático.

Con respecto al eje de prevención y rehabilitación del consumo de drogas, se busca promover el desarrollo de habilidades y capacidades de las personas, generando oportunidades educativas, laborales y recreativas a fin de evitar que la población se involucre en el consumo. De la misma manera, se busca que las personas afectadas por la

67 Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida), Presidencia del Consejo de Ministros, *op. cit*. Disponible en: http://www.devida.gob.pe/wp-content/uploads/2014/11/ENLCD-Espa%C3%B1ol_20_junio_-espa%C3%B1ol.pdf.

68 *Ibid.*, pp. 43-44.

dependencia a las drogas se rehabiliten, para lo cual se utilizan diversas estrategias y técnicas terapéuticas.

Ejemplos de algunas líneas de acción: a) desarrollar programas de prevención en el ámbito familiar, considerando la importancia de la familia como espacio de socialización y aprendizaje primario del ser humano. La ejecución de los programas se coordinará a través de los gobiernos regionales y locales, sectores educación y salud, así como otras organizaciones públicas y de la sociedad civil, con la finalidad de desarrollar capacidades y habilidades en los miembros de la familia que contribuyan a prevenir la aparición de conductas de riesgo; b) fortalecer, ampliar y articular la oferta pública de servicios de atención en drogas en los diferentes niveles de atención de salud (centros de salud, hospitales).

A través del eje transversal de compromiso global, se busca que en el Perú y el mundo se reduzcan las manifestaciones del consumo y tráfico de drogas, para lo cual se debe concertar en los foros internacionales, con la finalidad de potenciar esfuerzos para contrarrestar el problema.

Ejemplos de algunas líneas de acción: a) celebrar reuniones anuales de carácter bilateral en materia de drogas con los países limítrofes y otros de carácter estratégico, en cumplimiento de los acuerdos bilaterales de cooperación existentes sobre la materia; b) promover inversiones nacionales y extranjeras prioritariamente en el marco de la sustitución de cultivos de hoja de coca.

Como hemos señalado, dentro del eje de desarrollo alternativo integral y sostenible se encuentra la necesidad de sustituir los cultivos de coca, mediante programas adoptados por el Estado. En tal sentido, debe destacarse que el Perú viene cumpliendo con sus objetivos de erradicación de este cultivo de manera eficaz, ya que las estadísticas reportadas dan cuenta de que en el año 2014 se redujo el cultivo de la hoja en casi un 14 %, y en el año 2015 en un 6,1 % con relación al año anterior.

Lo anterior puede ser verificado en el Monitoreo de Cultivos de Coca de julio de 2014, publicado en julio de 2015 por el Gobierno del Perú y la UNODC:

> El reporte de monitoreo de cultivos de coca destaca importantes avances referidos a la variación de la distribución y la presencia de hoja de coca. Los resultados muestran que la extensión total ocupada por coca en el contexto nacional, por tercer año consecutivo, continúa reduciéndose. Al 31 de diciembre, el espacio ocupado alcanzó las 42.900 ha, es decir 13,9 % menos en comparación al registrado en el año 2013 (49.800 ha). Las mayores extensiones se concentran en el Vraem con 18.845 ha y La Convención y Lares con 10.342 ha que en conjunto representan 68 % del total nacional.[69]

69 UNODC y Devida, *Perú. Monitoreo de cultivos de coca*, Lima, julio de 2015.

En esta línea, en el *Monitoreo de cultivos de coca* de 2015, publicado en julio de 2016 por el Gobierno del Perú y la UNODC, se reporta lo siguiente:

> Al 31 de diciembre del 2015, la superficie bajo cultivos de coca fue estimada en 40.300 ha, 6,1 % menor que la del 2014 (42.900 ha). Este valor consolida la tendencia a la baja observada desde el 2011 (62.500 ha) y coincide con la implementación de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012-2016, por parte del Estado peruano.[70]

Por último, la UNODC ha destacado en su Informe Mundial sobre la Droga de 2016, que el Perú ha mostrado que los programas de desarrollo alternativo eficaces pueden debilitar los lazos de la política con los grupos armados, las drogas y el tráfico de drogas. Y que la última disminución en las zonas de cultivo de coca está vinculada a los logros en el desarrollo alternativo, así como a la intensificación de sus esfuerzos en la erradicación.[71]

## Conclusiones

a) El Perú no es un país con altas tasas de consumidores de droga, por el contrario, el consumo de drogas ilícitas se encuentra por debajo de la media de América Latina. No obstante, Perú es considerado el segundo país productor de coca a nivel mundial.
b) Las políticas públicas, en especial de desarrollo alternativo, han tenido alguna eficacia para frenar el cultivo de coca en el Perú, sin embargo, la reducción de hectáreas cultivadas no ha sido significativa.
c) Dos de los problemas fundamentales que aún no ha podido prevenir con efectividad el Estado peruano son la vinculación que tiene el tráfico de drogas con la política y con el terrorismo.
d) En el Perú se ha tipificado el delito de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos de manera acertada y conforme a los estándares internacionales; no obstante, la tipificación no resulta ser suficiente para combatir el narcotráfico, ni tampoco las medidas de criminalización.
e) Las estadísticas reportadas a nivel nacional e internacional permiten destacar que el derecho penal no viene siendo efectivo en aras de prevenir y erradicar el tráfico ilícito de drogas, por el contrario, son las políticas públicas –en especial la política de desarrollo integral y sostenible– las que vienen contribuyendo a la reducción de este tipo de delitos y de la producción de coca en el territorio peruano.

70 UNODC y Devida, *Monitoreo de cultivos de coca 2015,* Lima, julio de 2016, p. 11.
71 Cfr. UNODC, *World drug report 2016*, *op. cit.*, pp. xx y 35.

## Bibliografía


Ambos, Kai, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas,* Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Bramont-Arias, Luis A., *Manual de derecho penal. Parte especial,* Lima, San Marcos, 1997 (1994).

Calaza-Ramudo López, Sonia, "Mecanismos judiciales de cooperación internacional versus áreas de impunidad de la delincuencia", en José Hurtado Pozo, *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de derecho penal 2004*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Comisión Andina de Juristas, *Drogas y control penal en los Andes. Deseos, utopía y efectos perversos,* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994.

Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida), Presidencia del Consejo de Ministros, *Estrategia nacional de lucha contra las drogas 2012-2016*, 2012.

_____, *Lucha contra las drogas. Modelo Perú. Memoria institucional 2014-2016,* Lima, Perú Progreso para todos, 2016.

Congreso de la República del Perú, *Narcotráfico y política. Informe de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, movimientos regionales y locales,* Lima, 2016.

Espino Pérez, Julio, *Código penal. Concordancias*, 7 ed., Lima, Cultural Cuzco Editores, 1982.

Frisancho, Manuel, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos,* Lima, Jurista Editores, 2003.

Gálvez Villegas, Tomás, *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de Lege Lata y Lege Ferenda,* Lima, Ideas Solución Editorial, 2013.

García Cavero, Percy, "La distinción entre el delito e infracción administrativa en el caso de los insumos químicos y productos fiscalizados", en *Revista Actualidad Jurídica,* tomo 175, Lima, Gaceta Jurídica, 2008.

Instituto Nacional Penitenciario, *Informe estadístico penitenciario. Diciembre de 2013*, 2013.

Lamas Puccio, Luis, *Tráfico de drogas y lavado de dinero,* Lima, Didi de Arteta, 1992.

Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, *Anuario estadístico 2014,* Lima, 2014.

ONU, Oficina contra la droga y el delito en adolescentes infractores de la ley, *La experiencia de Bolivia, Chile, Colombia, Perú y Uruguay. Quinto Informe Conjunto. Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay,* Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas, 2010.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Tratado de derecho penal. Tráfico de drogas y lavado de dinero IV,* Lima, Ediciones Jurídicas, 1995.

_____, *Derecho penal. Parte especial,* Lima, Idemsa, 2013.

_____, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, 2 ed., Lima, Rodhas, 2013.

Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada,* Lima, Idemsa, 2006.

Salcedo Machado, Rocío, "El deber de *compliance* en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano", en Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro (coords.), Cedpe y Asomif Peru, *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.* Lima, Cedpe, 2013.

Sánchez Velarde, Pablo, *El nuevo proceso penal,* Lima, Idemsa, 2009.

Silva Sánchez, Jesús María, *Política criminal y persona*. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2000.

_____, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en sociedades post industriales,* Madrid, Civitas, 2001.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú, *Información Estadística,* Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, enero de 2007 a julio de 2016.

UNODC y Devida, *Perú. Monitoreo de cultivos de coca*, Lima, julio de 2015.

_____ y Devida, Perú. *Monitoreo de cultivos de coca 2015,* Lima, julio de 2016.

_____, *World drug report 2016*, Viena, 2016.

## Instrumentos internacionales

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, 2000.

Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

Convención única de 1961 sobre estupefacientes.

## Normativa nacional

Código de Ejecución Penal, 1991.

Código Penal, 1991.

Código Procesal Penal, 2004.

Constitución Política del Perú, 1993.

Decreto Ley 22736, 1979.

Decreto Legislativo 824, 1996.

Decreto Legislativo 1104, 2012

Decreto Legislativo 1106, 2012.

Decreto Legislativo 1233, 2015.

Decreto Supremo 044-2013-EF, 2013

Decreto Supremo 047-2014-PCM, 2014.

Proyecto de Ley 1107/2011-CR, 2012.

Proyecto de Ley 1113/2011-CR, 2012.
Proyecto de Ley 1124/2011-CR, 2012.
Resolución Legislativa 1503, 1964.
Resolución Legislativa 25352, 1991.
Resolución Legislativa 27527, 2001.

## Doctrina

Centro de Estudios Legales y Sociales, *El impacto de las políticas de drogas en los derechos humanos. La experiencia del continente americano*, Buenos Aires, 2014.

## Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, IV Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial: Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116, de 18 de julio de 2008. Asunto: Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del artículo 297.6 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia recaída en el R.N. 4264-2007-Lima Norte.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Resolución de 18 de mayo de 2009, considerando cuarto, Recurso de Nulidad 2350-2009.

# POLÍTICA CRIMINAL Y NARCOTRÁFICO
## UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA COSTARRICENSE

***Alfredo Chirino S.***

**RESUMEN.** Costa Rica, al igual que otros países de América Latina, ha enfrentado una intensificación del comercio ilícito de drogas. Esta intensificación ha ido acompañada, igualmente, de una política criminal que ha recrudecido las formas de reacción frente a este tipo de delincuencia. En el conjunto de decisiones legislativas han estado a la orden del día, tanto el aumento de penas para los delitos que conforman el círculo del narcotráfico, como la reducción de muchas garantías del proceso penal, todo con el fin de garantizar una eficiente y eficaz investigación de estos hechos delictivos. Sin embargo, el resultado de todos estos cambios normativos, y de la utilización de cada vez más intensivas limitaciones a los derechos y las garantías del proceso penal, no ha sido satisfactorio en términos de reducción del fenómeno, ni de impedir los efectos indeseables que acompañan otros aspectos colaterales de su presencia en las estadísticas criminales. Este artículo analiza los cambios normativos que han venido produciéndose en las últimas dos décadas en Costa Rica, aquilatando los resultados obtenidos, y analizando los cambios en la política criminal dispuesta para el combate de esta criminalidad.

**Palabras clave:** narcotráfico, política criminal, regulación, seguridad, política punitiva.

**ABSTRACT.** Costa Rica, like other Latin American countries, has faced an intensification of the illicit drug trade. This intensification has also been accompanied by a criminal policy that has escalated the reactions to this type of crime. The latest set of legislative actions has included an increase in penalties for crimes that make up the cycle of drug trafficking, as well as a reduction in many criminal procedure guarantees, all for the purpose of ensuring the efficient and effective investigation of these crimes. However, the result of all these regulatory changes, and the use of increasingly intensive limitations on criminal procedure rights and guarantees, has not been satisfactory in terms of reducing the phenomenon, or preventing



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

undesirable effects that accompany collateral aspects of its presence in criminal statistics. This article analyzes the regulatory changes that have occurred over the last two decades in Costa Rica, assesses the results obtained, and analyzes the criminal policy changes that have been made to combat this criminality.

**Keywords:** Drug trafficking, criminal policy, regulation, security, punitive policy.

## 1. Proemio. Situación actual del narcotráfico en América Latina, el caso de Costa Rica

Es innegable el papel híbrido del fenómeno del tráfico de estupefacientes en Latinoamérica. Por una parte, nocivo y corruptor, y, por la otra, ejemplo evidente del fracaso de las políticas criminales inexorables y contundentes que han sido emprendidas en su contra.

Para explicar el carácter nocivo y corruptor de este fenómeno bastaría simplemente con indicar los efectos colaterales de la alta rentabilidad de esta actividad criminal. A la vez que produce ingentes recursos económicos a quienes se encargan de las diversas etapas del círculo del ilícito negocio, al mismo tiempo constituye la plataforma financiera para corromper a funcionarios y autoridades públicas, promover apoyo ciudadano mediante proyectos de índole social y, por supuesto, a través de la promoción de inversiones de toda naturaleza que llevan fondos provenientes del delito a los canales usuales de la economía de los países.

La llegada de dineros provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes a la economía genera también dificultades ingentes para el control de esos flujos por parte de las autoridades, y en la misma medida desborda las posibilidades de seguimiento de eventuales ingresos dinerarios a instituciones públicas, partidos políticos y representantes populares, lo que constituye un segundo factor de riesgo. Es cada vez más constatable la afectación de la vida política de los países con la amenaza de financiamiento de partidos políticos y de representantes populares, que luego se convierten en defensores a ultranza de estas actividades ilícitas. El tercer factor, no menos importante que los anteriores, es la indudable penetración del narcotráfico como un fenómeno que ya está presente en la cotidianidad de los ciudadanos, no solo ante sus evidentes manifestaciones en su entorno económico, sino porque muchas de sus consecuencias, traducidas en luchas de bandas criminales, ajusticiamientos, sobornos y crueles amenazas, ya tocan a las puertas de los habitantes de las ciudades latinoamericanas, incapaces de escapar a las tenazas del temor y la coacción.

El combate planteado en contra del narcotráfico y sus consecuencias colaterales en los ámbitos económicos, sociales y políticos, ha producido efectos sumamente preocupantes. Por un lado, el aumento de la población penitenciaria condenada por delitos

relacionados con el círculo del narcotráfico, tanto de hombres como de mujeres, y, por el otro, un evidente impacto de los instrumentos del control penal en conductas penales propias del denominado "narcomenudeo". En efecto, una buena parte de la población penitenciaria no representa a los cuadros más importantes de las organizaciones criminales, ni siquiera a los mandos medios de los grupos ilícitos, mucho menos a los capos de la droga, sino a un grupo creciente de pequeños consumidores de droga quienes son detenidos y procesados en posesión de pequeñas cantidades. El narcomenudeo es una de las constataciones más claras de la desviación de las herramientas del control penal, y como estas, lejos de resolver el problema que sirve de base a la construcción social del fenómeno, profundiza las consecuencias sociales y económicas de la represión. Recientemente, han surgido autorizadas voces en Costa Rica que propugnan un repensamiento de la política orientada al castigo inexorable de las conductas relacionadas con la droga, precisamente por sus indeseables consecuencias.[1]

La comunidad internacional y los países de la región insisten en plantearse la lucha contra el narcotráfico a través de instrumentos penales, esperanzados en que podría haber una victoria final en la lucha. Algunos ejemplos positivos de la dinámica bélica por la vía penal podrían provenir de la experiencia colombiana, donde es derivable una reducción del narcotráfico y sus consecuencias[2] en las tres esferas descritas: políticas, económicas y sociales.

En lo político, nos referimos a los constantes esfuerzos en política criminal y su correspondiente estrategia de persecución penal, que como síntesis de la respuesta institucionalizada a dicho fenómeno es el elemento más inmediato que se presta para un análisis concienzudo. Dicha política criminal, con frecuencia no definida en los marcos nacionales soberanos pero sí en agencias e instituciones internacionales, tiene la característica de ser contundente en el castigo y ciega a las consecuencias sociales de un punitivismo exacerbado. Los Estados nacionales destinan enormes cantidades de recursos presupuestarios para implementar las políticas de persecución, a fin de tener herramientas e instrumentos para combatir el tráfico de estupefacientes, el cultivo, la síntesis de precursores, el transporte, etc., sin mayor mención, en lo político, de los vínculos en el istmo que –no en pocas ocasiones– se han investigado entre algunos agentes políticos de turno y el narcotráfico.

---

1 Ver "Magistrado José Manuel Arroyo llama a repensar las penas por narcomenudeo", *La Nación*, 7 de agosto de 2006. Disponible en: http://www.nacion.com/nacional/politica/Magistrado-llama-repensar-penas-narcomenudeo_0_1577642257.html.

2 Ejemplo de ello es el caso de la contención en Colombia de los grandes carteles de Medellín y Cali, hasta su casi desaparición, fraccionamiento por resiliencia y la herencia en las llamadas bacrim (bandas de criminalidad organizada emergentes) y la "narcoguerrilla". No obstante, debe indicarse el altísimo coste humano y económico que supuso la "guerra" colombiana contra el narcotráfico.

En lo económico se ha evidenciado la enorme cantidad de dinero que se coloca en la economía global a través de la legitimación de capitales provenientes del tráfico de estupefacientes. El Fondo Monetario Internacional (FMI) calculó para el año 2003[3] que la suma total de dinero involucrado en el campo estricto de lavado de dinero ascendía entre un 2 a un 5 % del producto interno bruto mundial, cifra desfasada que –con seguridad– debe haber aumentado considerablemente si se midiera en la actualidad.

En lo cultural, al echar un vistazo a la cotidianidad, se puede observar con facilidad que los estupefacientes y lo que implican han proliferado como mecanismo morboso de publicidad. Las drogas ilícitas se han llevado incluso al paroxismo mercadeable como estrategia de éxito en los *ratings* de audiencia (radicalmente opuesto a la invisibilización). Echar una mirada al bombardeo mediático con el que se da publicidad al narcotráfico y consumo de estupefacientes nos evidencia una crudeza cultural: el narcotráfico como fenómeno cotidiano de la sociedad actual.[4]

Como se mencionó, América Latina representa una región de interés en materia de tráfico de estupefacientes. Países latinoamericanos se convirtieron en principales productores  o en zonas de paso en el tráfico hacia lugares que representan grandes mercados de consumo, en especial Norteamérica y Europa.[5] Las cifras (para el año 2012) presentadas

**TABLA 1. Número de consumidores entre los 15 y 64 años**

| Regiones | Cocaína | Cannabis | Opiáceos |
|---|---|---|---|
| Unión Europea | 4,3-4,7 millones | 28,7-29,2 millones | 1-1,1 millones |
| América Latina | 2,4-2,6 millones | 8,4 millones | 180.000-270.000 |
| Estados Unidos | 5,0-5,6 millones | 22,5 millones | 1-1,6 millones |

**Fuente:** Susanne Gratius, *Europa y América Latina: la lucha contra la droga y el narcotráfico*, Bélgica, Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, 2012.

3 Fondo Monetario Internacional, *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington, D.C., 2003.

4 Programas y series televisión dirigidas a sectores populares latinoamericanos explotan la particular visión del mundo de los narcotraficantes y su parafernalia. En estas puestas en escena se da rienda suelta a la ilusión de un mundo pomposo y estereotipado donde, entre otros temas, la violencia se banaliza y se crean condiciones para su justificación. En Estados Unidos, series televisivas como *Breaking bad* o *Weeds*, con un enorme alcance masivo, hacen de los estupefacientes y su producción objeto de análisis crítico que, en el fondo, los convierte en materia de mercadeo exitoso. Este tipo de uso del fenómeno del narcotráfico y su trama ya ha generado estudios serios sobre el papel de los medios en la difusión de cierto tipo de estereotipos y de la violencia a ellos asignada. Entre estos estudios, puede consultarse: Elsie McPhail Fanger, "Televisión y violencia", *Razón y Palabra: Revista Latinoamericana Especializada en Comunicación,* núm. 73, 2010. Disponible en: http://www.razonypalabra.org.mx/N/N73/Varia73/19McPhail_V73.pdf.

5 Costa Rica representa una zona de paso de droga producida en Bolivia, Perú y Colombia para abastecer su consumo local y para su eventual envío a otros mercados. La marihuana cosechada en México abastece gran parte del consumo ilícito de todo Norteamérica (UNODC, *Informe mundial sobre las drogas*, Nueva York, 2014. Disponible en: http://www.unodc.org/wdr2014/).

**TABLA 2. Incautación en kilos**

| | | | |
|---|---|---|---|
| Unión Europea | 99291 | 745738 | 1401 |
| América Latina | 4,1 millones | 4,9 millones | 2356 |
| Estados Unidos | 108159 | 2.,1 | 7521 |

**Fuente:** Susanne Gratius, Europa y América Latina: la lucha contra la droga y el narcotráfico, Bélgica, Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, 2012.

en las tablas 1 y 2 pueden demostrar la trascendencia de América Latina en lo que al narcotráfico se refiere.[6]

En relación con la situación de Costa Rica referente a la persecución del narcotráfico y lo que atañe a estupefacientes, se puede aseverar que:

> …se encuentra posicionado estratégicamente dentro del continente americano, lo cual resulta muy proclive para algunos grupos criminales organizados manejar desde nuestro territorio toda la logística relacionada con el tema del narcotráfico, sea para efectos de recibir la droga de países productores de Suramérica, ocultarla y venderla en suelo costarricense, o trasladarla hacia países consumidores de Norteamérica y de Europa, entre otros.[7]

Costa Rica, por su parte, no tiene una mayor injerencia en el cultivo de coca y cannabis,[8] el consumo local es nutrido por lo que se importa ilícitamente, ya sea de la región andina (coca y marihuana) o que ingresa desde Jamaica por el litoral atlántico (marihuana). No obstante, como forma parte de la ruta centroamericana por la cual se trasiegan los tóxicos, se constituye en una zona con un protagonismo en el rastreo, la incautación e investigación de los grupos criminales dedicados a dicha actividad.[9]

Respecto de la incautación de cocaína, las recientes estadísticas revelan que Costa Rica, en los últimos diez años, la ha duplicado, además es el segundo país de la ruta centroamericana en confiscación, por debajo de Panamá (gráfica 1).

---

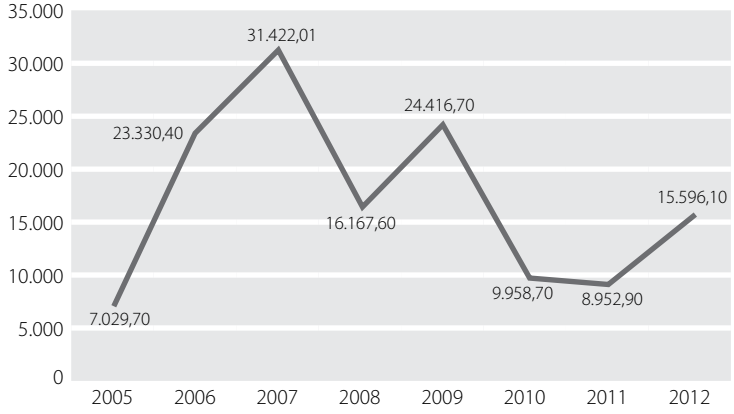
6 Susanne Gratius, *Europa y América Latina: la lucha contra la droga y el narcotráfico,* Bruselas, Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, 2012. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/457107/EXPO-AFET_ET%282012%29457107_ES.pdf.

7 OIJ y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013*, San José, 2013, p. 9.

8 En el cantón de Talamanca se han encontrado –en varias ocasiones– cultivos de cannabis; no obstante, no es apetecido por el consumo local ni para su exportación, por el escaso nivel de tetrahidrocannabinol (componente activo de la marihuana) que contienen dichos cultivos. Pero en los últimos años se han incautado con más frecuencia variedades de cannabis hidropónico, por ejemplo, el caso sonado en prensa de un laboratorio de marihuana hidropónica bajo la mampara de un templo cristiano protestante ("Fachada de templo evangélico ocultaba laboratorio de marihuana hidropónica en Escazú", *La Nación*, 9 de marzo de 2015. Disponible en: http://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/Oficiales-laboratorio-marihuana-hidroponica-evangelico_0_1474252643.html).

9 OIJ yUNODC, *op. cit*., p. 9.

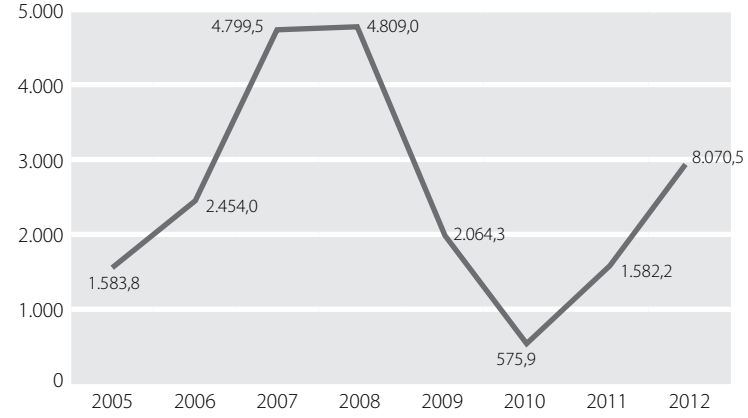
**GRÁFICA 1. Incautación de cocaína (kg) en Costa Rica 2005-2012**




**Fuente:** OIJ y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013,* San José, 2013.

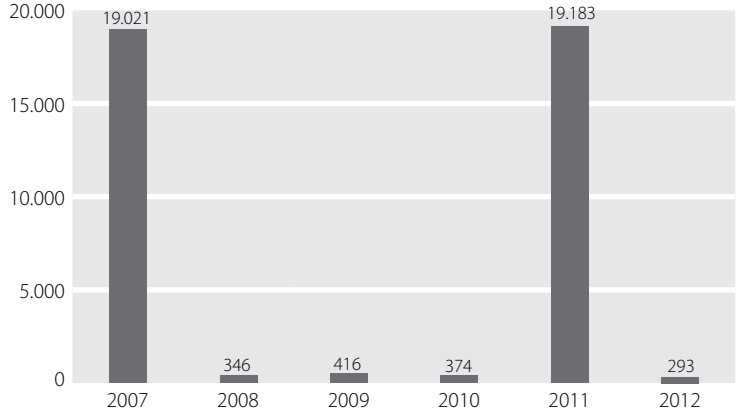
En lo que atañe a la incautación de picadura de marihuana y de 3,4-metilendioximetanfetamina (conocido por las siglas MDMA), en los últimos diez años ha superado el doble de su consumo, pero su incautación es variable (gráficas 2 y 3).

**GRÁFICA 2. Incautaciones de picadura de marihuana (kg), 2005-2012**




**Fuente:** OIJ y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013*, San José, 2013.

**GRÁFICA 3. Incautaciones de éxtasis/MDMA (tabletas) en Costa Rica, 2007-2012**




**Fuente:** OIJ y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013,* San José, 2013.

Las cifras que en el contexto se han mostrado revelan en cierto modo la acción institucional contra el problema del trasiego de estupefacientes,[10] pero no conforman así la cifra negra temida, ni dimensionan con exactitud la intensidad del problema.

No obstante, un mejor indicador para la dimensión del problema podría ser la evidencia del sentimiento de la población respecto del trasiego y consumo de drogas –por supuesto anfibológico–, pues sin duda representa un flagelo y queja presente en los costarricenses. En ese sentido, el sistema de las Naciones Unidas evidenció que, en la percepción del pueblo de Costa Rica, la drogadicción y el narcotráfico configuran uno de los principales problemas del país. Más alarmante aún resulta que las drogas (consumo, tráfico) son el segundo mayor conflicto en la percepción de los costarricense, cuando se les preguntó acerca del mayor problema que identifican en su comunidad.[11]

Se debe hacer hincapié en que en el presente trabajo se plantea prioritariamente el ámbito de influencia política del tráfico de estupefacientes (no así en sus dimensiones económica o social). Es por ello que se propone un recorrido por la política criminal que ha emprendido Costa Rica para atender en específico el problema del narcotráfico, uno que siempre ha merecido particular atención y tratamiento. No sin antes evidenciar que dicho tratamiento especial puede suscitar una problemática que atiende a un punto de vital importancia en el derecho penal, a saber: las tensiones que promueve un contexto

10 Al respecto, como otro parámetro de acción institucional, pueden verse las cifras sobre las bandas criminales dedicadas al narcotráfico desarticuladas en años recientes (ver anexo 1).

11 Ver Sistema de las Naciones Unidas, *Encuesta post-2015*, San José, Naciones Unidas, 2013. Ver anexo 2.

de "derecho penal de emergencia" de marcado corte "eficientista y contundente", en relación con un Estado democrático de derecho respetuoso de las garantías constitucionales.

Así las cosas, cumpliendo con lo exploratorio, además de esbozar lo problemático y sensible de la temática objeto de estudio, es menester describir los destinatarios de la acción institucional y presentar el panorama ideológico y político criminal en el que discurre el presente trabajo.

## 2. Narcotráfico: crimen organizado y política criminal en el contexto costarricense

En lo que incumbe a la organización de la criminalidad bajo estudio, a nuestro criterio el narcotráfico obtiene la eficacia que le precede y adquiere la relevancia que mantiene a la ciudadanía costarricense angustiada, debido a dos factores primordiales: i) las particularidades de la estructura de su empresa criminal, y ii) las medidas políticas discursivas e ideológicas en su contra.

Respecto de su estructura se puede decir que el comercio de los estupefacientes está completamente acaparado por la delincuencia organizada, posee una estructura vertical de poder en los mandos, con una alta distribución de funciones y con aspiraciones de permanencia temporal.[12]

En Costa Rica, los grupos de crimen organizado dedicados al tráfico de estupefacientes se pueden dividir en tres categorías,[13] atendiendo a las funciones que cumplen dentro de su red criminal, a saber:

- *Traficantes internacionales*: suelen ser extranjeros vinculados o representantes de las más importantes redes de crimen organizado transnacional (carteles de la droga), cuya función es supervisar el conjunto de operaciones que implica el trasiego dentro del territorio local. Operaciones que suelen ser la llegada de cocaína al territorio costarricense proveniente de la región andina, para que una parte de ella sirva al abastecimiento interno y su posterior envío para continuar su ruta hacia el norte del continente o Europa. También, la llegada a la zona atlántica del país de picadura de marihuana para el consumo local tiene agentes extranjeros.

12 Al respecto, la Ley 8754 del 10 de julio del 2009, denominada ley contra la delincuencia organizada, en su ordinal 1 establece: "Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves. […] Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más". Dicha ley dispone un tratamiento procesal mucho más severo para los procesos penales en los que figuran como indiciados personas que se declaren como integrantes de la delincuencia organizada.

13 Ver OIJ y UNODC, *op. cit.*, pp. 23-25.

- *Apoyo logístico y transportistas:* de igual forma que una cadena de suministros lícita, las organizaciones delictivas de este tipo cuentan con personas a cargo de la proveeduría, la receptación, el almacenaje y el transporte de la droga. Suelen ser costarricenses y no poseen la rigidez que caracteriza a los grupos que compiten por territorio, porque la finalidad de sus operaciones exige que pasen desapercibidos y suelen no encontrarse en competencia directa.
- *Vendedores y distribuidores:* son estructuras locales, donde el nivel jerárquico es más marcado y se encuentra en intensa competencia por el territorio. Con frecuencia son empresas familiares; que se desglosan en su estructura interna de la siguiente forma: i) en su cúspide cuentan con un líder al mando absoluto, quien posee los contactos con los extranjeros que suministran la droga; luego con un nivel "administrativo" a cargo de una persona de mucha confianza para el líder y las personas a cargo de la actividad de legitimación de capitales; ii) en la parte intermedia de la pirámide se encuentran los supervisores, quienes suelen ser familiares y allegados de la cúspide, que se encargan de verificar la distribución a los territorios de venta y la presencia de competencia; además del sector de almacenaje (conocidos como bodegueros); iii) finalmente, en la base de la pirámide se encuentra un sector operacional, que representa aquellas personas que se encargan de los cobros a los encargados de la venta (conocido localmente como "narcomenudeo") y de la desaparición de la competencia; naturalmente son las personas violentas que fungen, además, como guardaespaldas de los restantes miembros por encima de ellos.

Debido a la creciente tendencia de consumo de estupefacientes en Costa Rica,[14] si bien los esfuerzos en la denominada "guerra al narcotráfico" han desembocado en logros mensurables en el país,[15] las organizaciones delictivas dedicadas a esta actividad son resilientes y proliferan con importante y desconocida medida. Esto se relaciona íntimamente con un aspecto ideológico y discursivo presente en América Latina: el denominado discurso de seguridad ciudadana.[16]

---

14 *Ibid.*, pp. 30 y 40.

15 Ver anexo 1.

16 Habría que reconocer que el concepto de "seguridad ciudadana" recoge también un contenido de carácter positivo en contraposición al uso de negatividad que se le da en este trabajo, pues se le considera también como ámbito que contiene los derechos de la ciudadanía a la calidad de vida y a la dignidad humana, en términos de libertad, acceso a la riqueza y a las oportunidades sociales. Por ello, el delito, la violencia y la represión política, entre otros, serían factores riesgosos que ponen en peligro dicha seguridad ciudadana. También se reconoce el término "seguridad ciudadana" como aquel estado en el que no se teme a la agresión violenta y se confía en estar preservado de afrentas a la intimidad del hogar y a la libertad de tránsito (Irma Arriaga, "Seguridad ciudadana y violencia en América Latina", en Fernando Carrión, *Seguridad ciudadana ¿espejismo o realidad?*, Quito, Flacso, 2002, pp. 109 y ss.).

Por los convulsos vaivenes en la historia latinoamericana, durante el siglo pasado las dictaduras militares y los procesos reformistas profundos produjeron un fenómeno sugestivo en el seno de las cúpulas políticas, quienes utilizaron de manera expresa un discurso denominado de "seguridad nacional". Este discurso se dirigía, en primer lugar, hacia el grueso de la población con el objetivo de generar un repudio al disidente. Con dicho discurso se perseguía reproducir antagonismos en los sectores populares, con el objetivo de neutralizar el conflicto y debilitar las posibilidades de coalición. No obstante, con la democratización de los países de la región, la ideología de reproducción antagónica y su discurso no fueron desechados del todo, por el contrario, reconvertidos en un constructo político han servido para reconstruir el populismo penal. Hubo una transformación del objeto de persecución, ya no sería el disidente político sino el delincuente quien recibiría el efecto directo del nuevo rearme ideológico. Hay un cierto consenso en declarar este proceso como un paso del discurso de seguridad nacional al de "seguridad ciudadana", convirtiéndose este último concepto en una síntesis de la así denominada "guerra contra la delincuencia" y, particularmente, de "la guerra contra el narcotráfico". El resultado final del rearme ideológico ha promovido una polarización en diversos sectores de la población, previniendo la coalición de dichos sectores y obteniendo réditos político-electorales al establecer una otredad como flagelo cuya lucha debe adquirir adeptos.[17]

Si bien Costa Rica gozó de una historia pacífica en mayor medida respecto de los restantes países del istmo, los efectos del discurso de "seguridad nacional" y su heredero en el discurso de "seguridad ciudadana" se encuentran también presentes.[18] Estos aspectos ideológicos impregnan la participación política en miembros de los supremos poderes de la República –y por un mínimo de coherencia en sus agentes– y se imprimen en la política criminal.

Ahora bien, en lo que interesa a la política criminal como aquella que el Estado diseña para la lucha contra el delito, ya sea previniéndolo (mediante la prevención general o especial), reprimiéndolo o ambos, el discurso de "guerra contra el narcotráfico" ha

---

17 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de derecho penal*, 2 ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 9-23. Sin embargo, el concepto de "inseguridad", por sí mismo, ha tenido un papel importante en la configuración de este rearme ideológico. Investigaciones centradas en analizar el papel de la prensa en la generación de un sesgo sobre la noticia criminal y la percepción de la inseguridad coinciden en que la emergencia ante este fenómeno es producto del manejo mediático de esta violencia y su poder para generar una representación social específica frente al fenómeno (Javier Carreón Guillén y Lirios Cruz García, "Teorías de la seguridad pública y percepción del delito", *Margen, Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, núm. 71, 2014, pp. 4-5).

18 Ejemplo de ello fue la campaña política del excandidato presidencial costarricense Otto Guevara Gutt para las justas electorales de 2006 y 2010, quien enfocó su propaganda en el sentimiento de inseguridad ciudadano, con cuñas publicitarias que propugnaba "la mano dura" contra el delincuente. A manera de demostración, ver el video disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=1V0bfkG-p3A.

permeado dicha política. Quiere decir que todas aquellas medidas que se generan desde la institucionalidad estatal, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos tutelados a través de las conminaciones penales son, en esencia, la política que informa al derecho penal, sean estas medidas legislativas, actos administrativos, campañas informativas, vías de hecho, etc. [19]

Cuando se plantean reformas o medidas como la criminalización de conductas antes no conminadas con penas, el cambio en la dosimetría penal, o las campañas publicitarias contra ciertas conductas, quiere decir que la política criminal diseñada antes no había cumplido con los resultados deseados.

Como el bien jurídico de los delitos comprendidos por el narcotráfico es representado por la salud pública, la lesión concreta a dicho bien jurídico se difumina, o más bien, queda en abstracto y, por ende, no se puede hablar de lesión sino de puesta en peligro pero, a su vez, en abstracto, diluida completamente en lo difuso del bien jurídico tutelado en la norma. Desde la perspectiva de un derecho penal de corte republicano y democrático, ello siempre será síntoma de un derecho penal nutrido por la epistemología del riesgo,[20] dicho en otras palabras, de un derecho penal diverso a la *ultima ratio,* un derecho penal de riesgo, que atempera una piedra angular como el principio de lesividad.[21]

Si aún con dichas flexibilizaciones características de un "derecho penal contundente" no se logra desaparecer el conflicto (marcado siempre por la lesión al bien jurídico), ¿qué necesidad real existe para debilitar un derecho penal de garantías? Esto es lo que Hassemer[22] evidencia como el cumplimiento por parte del derecho penal de una función simbólica, y no así una consecución real y efectiva de alguna finalidad preventiva positiva, de disuasión de la conducta delictiva o de protección de bienes jurídicos. Siendo la utilización del derecho penal un mero acto simbólico, que no representa una repercusión disuasoria efectiva, sino una inversión de la prevención a una represión, que a final de cuentas depende de las posibilidades materiales de cada Estado y cuánto esté dispuesto a sacrificar para poder contener una criminalidad, una que nace sin detenerse a considerar cuánto es el endurecimiento del derecho penal en su contra.[23] Así las cosas, es menester hacer un recorrido por la política criminal costarricense contra del narcotráfico, desde sus inicios.

---

19 Claus Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, 2 ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

20 Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986.

21 Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2 ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 166. Acerca del "derecho penal del riesgo", ver Roxin, *Derecho penal: parte general*, t. 1, 2 ed., Madrid, Civitas, 1997, pp. 60-62.

22 Winfried Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en Juan Bustos Ramírez (dir.), *Pena y Estado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

23 Alfredo Chirino Sánchez, *El delito de financiamiento del terrorismo*, en prensa.

## 3. Antecedentes: historia de la política criminal contra el narcotráfico en Costa Rica, recepción de las preocupaciones internacionales

El narcotráfico en América Latina no adquirió la dimensión que posee actualmente sino hasta la segunda mitad del siglo pasado, cuando se evidenció en la región el potencial económico de dicha actividad y la aparición de los grandes carteles de la droga con sus bases de operaciones en Colombia y México, pero con importante presencia en los otros países del continente, proliferando con ellos las restantes esferas del narcotráfico, es decir, su afectación en lo político y social.

Por lo anterior, con paso acelerado, la política criminal de las naciones del istmo tomó protagonismo, permeada por el corte de los discursos de "seguridad ciudadana". Esto no es gratuito puesto que –debido a la ilicitud y marginalidad de la actividad de trasiego de estupefacientes– el narcotráfico es un caldo de cultivo para la violencia, no solo en los estratos más marginales, sino en la colectividad de la sociedad en general. La adicción a las drogas (y el narcotráfico que implica) no es un problema de género, ni etario, ni de clase; todas las personas son proclives a dicho flagelo.[24]

La comunidad internacional, consciente de las implicaciones del problema del narcotráfico y la adicción a los estupefacientes, emitió la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas del 30 de mayo de 1961 (Convención de Viena), como primer hito en el seno del derecho internacional público y modelo marco para una armonización en las legislaciones nacionales con una clara finalidad política: la condena a cualquier apología del narcotráfico.

De esa forma, casi diez años después, Costa Rica tendría a través de la aprobación de dicha Convención (mediante la Ley 4544 del 18 de marzo de 1970) una respuesta legislativa al narcotráfico.

A ello le siguió la ratificación de la Convención de Nueva York sobre Sustancias Psicotrópicas del 21 de febrero de 1971, aprobada por Costa Rica el 10 de junio de 1972, mediante la Ley 4990. Y después de ello, el Protocolo que modificó la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, mediante la Ley 5168 del 8 de enero de 1973.

Curiosamente, la Ley 5395 de 30 de octubre de 1973, denominada Ley General de Salud, reformada por la Ley 5789 del 1 de septiembre de 1975, establecería en su artículo 371 la tipificación de una conducta relacionada con drogas, que sería aquella conminación penal a quien cultivare marihuana, adormidera o coca, o quien siendo titular

[24] Ver tabla 1.

(persona física o representante de persona jurídica) de un predio con estas plantaciones no denunciara o destruyere las mismas.

En este primer momento, con la adopción de los instrumentos antes mencionados (Convención Única de Viena, Convención de Nueva York y el protocolo de la primera), a nivel internacional se fijaron las líneas que en adelante adoptaría la legislación nacional. Los instrumentos mencionados versan sobre el compromiso de tipificación de una amplitud de conductas relacionadas con los estupefacientes, además, sobre las sustancias sometidas a control, la obligación de cooperación que supondría entre los Estados la persecución del narcotráfico, el abordaje de los toxicómanos y un tratamiento flexible a estas criminalidades para ciertos institutos jurídico-penales de autoría y participación, tanto como de *iter criminis* (en especial la tentativa).[25]

Como un segundo momento internacional se adoptó la Convención de Viena de 1988, con la cual se evidenció que se debía abarcar todo el ciclo de producción de las drogas, y así fijar la atención, no solo al espectro "tradicional" de la delincuencia, sino también a los precursores químicos con los que se sintetizan los estupefacientes y los insumos con los que se cultivan, fabrican o trafican dichas sustancias; ampliando el ámbito de prohibición y de control de las sustancias a estadios previos en la actividad del narco (conminación penal de actos preparatorios), situación que –al menos en lo que respecta a cultivos– ya de hecho era conminada en la legislación costarricense mediante la Ley General de Salud.

No solo ello, sino que se incluirían técnicas de investigación cuestionables (flexibilización de garantías) como el delito experimental (entrega o compra controlada), los agentes encubiertos y las denuncias anónimas, o utilización de delatores o los denominados "testigos de la corona", además de medidas para combatir a estas criminalidades desde la perspectiva económica con embargos, levantamientos de velos societarios, secretos bancarios y técnicas fiscales; la búsqueda de conminaciones penales sobre conductas como el cultivo, e incluso la adquisición de estupefacientes, el enriquecimiento ilícito y el blanqueo de capitales.[26]

En el mismo año que se adoptó la Convención de Viena de 1988, y dado que el control de convencionalidad en Costa Rica es un fenómeno de data reciente, que se ha materializado a raíz de la profunda reforma que suscitó la creación de la Sala Constitucional

---

25 Diego Camaño Viera, "Legislación antidrogas: ¿una amenaza para el Estado de derecho?", *Revista electrónica mensual de derechos existenciales, Persona*, núm. 35, párr. 2-15, 2004. Disponible en: http://www.revistapersona.com.ar/Persona35/35Camano.htm.

26 *Ibid*, párr. 16.

de la Corte Suprema en el año 1989;[27] y ante la insuficiencia que presentaba en aquel momento la legislación vigente para atender el fenómeno del tráfico de tóxicos y que la aplicación de los convenios internaciones parecía ser letra muerta,[28] máxime atendiendo a la línea político-criminal internacional que se fijaría como orientadora, los lineamientos de los instrumentos internacionales se materializaron a través de una ley nacional en la materia en el año 1988, la llamada Ley de Psicotrópicos.

La Ley 7093 del 2 de mayo de 1988, llamada Ley de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas, pionera en Costa Rica en la materia,[29] aparece en una coyuntura convulsa para América Latina, momentos en los cuales el narcotráfico financiaba grupos paramilitares en diversos países de la región (Nicaragua, Colombia, México), se vinculó a políticos con dicha actividad y, por lo demás, los carteles –al menos en Colombia– estaban auge, sometiendo a particular estrés a las agencias del sistema penal de Costa Rica y la región, creando para ello el denominado Concejo Nacional de Drogas y el Centro de Inteligencia Conjunto Antidrogas. Y es precisamente en esta coyuntura en la que la Convención de Viena de 1988 se puede explicar en su tratamiento drástico y confrontativo a la criminalidad en mención, incluso centrando su atención en los precursores y yendo a primeras etapas del "ciclo del narco", además de las actividades económicas y técnicas de investigación asociadas a estas inquietudes.

La década de los ochenta del siglo pasado fue particularmente difícil para los costarricenses, pues algunos sucesos provocaron desconfianza institucional y franco temor a la penetración del narcotráfico en el mundo de la política y en la justicia. Junto a la mora judicial, fenómeno creciente ya por aquella época, así como la sensación de impunidad en casos de corrupción administrativa, la discusión del narcotráfico hizo una perfecta

---

27 Ernesto Jinesta Lobo, "El control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho Administración y Justicia, 2012.

28 Los recursos de amparo y *habeas corpus* se encontraban en manos de la Corte Plena como órgano colegiado supremo del Poder Judicial integrado por la totalidad de sus magistrados, quienes no sesionaban con frecuencia, tardaban demasiado en su resolución, las decisiones se sometían a un gran número de personas y en su agenda no figuraba preponderantemente la aplicación de los preceptos del derecho internacional público.

29 Dicha ley derogó tácitamente los artículos que para ese entonces eran los encargados de lo concerniente al uso de drogas ilícitas; los artículos 93, 272 y 274 del Código Penal; derogó de forma completa la Ley 5090 que había creado la entidad en ese entonces llamada Comisión Coordinadora Contra Uso no Autorizado de Drogas, y unos cuantos artículos de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud y la Ley General de Salud. En su artículo 18, esa ley, a diferencia del verbo "cultivar" de la Ley General de Salud, conminaba con pena de 8 a 20 años de prisión una gran lista de verbos: "distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda drogas, o cultive las plantas". Esta tradición en la técnica legislativa se mantiene en la actualidad con mayor amplitud de verbos en la tipicidad que intenta conminar todo el "ciclo del narco". Con pionera nos referimos a que concentra en gran medida las disposiciones flexibles características de la línea contundente y eficientista que se propugnó con ahínco en el derecho internacional.

base de sustentación para un discurso instalado de inseguridad e incertidumbre política. Las publicaciones periodísticas y los discursos políticos encendidos clamaban por cambios en la legislación que protegieran a la sociedad de los tentáculos del narcotráfico y ofrecieran esperanza de un combate efectivo. El Informe del Programa Estado de la Nación (PEN) describe, elocuentemente, el estado espiritual de la discusión de aquel tiempo:

> …en aquella década hubo denuncias de corrupción relacionadas con el aumento del narcotráfico en el país […]. Los informes de la Comisión Especial nombrada en la Asamblea Legislativa para investigar los hechos denunciados pusieron a la Corte en una situación delicada, pues vinculaban a algunos magistrados con actos de corrupción y, además, ligaban la influencia del narcotráfico a problemas estructurales de la institución. El segundo informe de la Comisión también destacó "la falta de colaboración de muchos funcionarios judiciales, quienes tenían coartada su independencia, en razón de la ausencia de una carrera judicial" (Asamblea Legislativa, 1989). Esta situación provocó una crisis de legitimidad del Poder Judicial ante la sociedad costarricense y atrajo también las miradas de organismos internacionales como el Ilanud y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos […], en plena corriente reformista. Cuando en 1990 en un estudio de opinión se preguntó "¿Hasta qué punto cree usted que los tribunales de justicia de Costa Rica garantizan un juicio justo?", el apoyo había bajado de un promedio de más de 5 puntos de 7 posibles en 1978, a menos de 4,5.[30]

Como ilustra el PEN, ante la crisis de legitimidad de la administración de justicia en la década de los ochenta, en la década venidera se replanteó el rumbo del Poder Judicial[31] y de la reforma necesaria a la legislación, incluida, sin duda alguna, la Ley de Psicotrópicos. Aunado a ello, mediante la suscripción y ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 19 de diciembre de 1988, aprobada por Costa Rica mediante la Ley 7198, de 25 de setiembre de 1990, se requirió la puesta a punto de la legislación nacional especializada. Por ello, mediante Ley 7233 del 21 de mayo de 1991, a tan solo tres años de vigencia, se reformó integralmente la Ley de Psicotrópicos, con la que se confirmaron de forma expresa las derogaciones tácitas que suponía la ley reformada. No obstante, no sería

30 PEN, Primer informe: *Estado de la Justicia*, San José, 2015, p. 105.

31 Muchos fueron los intentos, por ejemplo, de modificar el sistema constitucional previsto para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, ese propósito solo se alcanzó hasta los primeros años de la década pasada Sin embargo, se lograron con ahínco hitos legislativos como una reforma procesal en materia adjetiva civil y penal, así como la promulgación de una Ley de Justicia Penal Juvenil que puso en boga el abordaje intenso de la doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes que superó el paradigma de la situación irregular en boga hasta la fecha de la promulgación de dicha ley. Igualmente, se amplió la protección y el acceso a la justicia a otros sectores poblacionales por vía de la Ley General de la Persona Adulta Mayor, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, el Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otras reformas legislativas de finales del siglo XX.

esa la reforma legislativa definitiva. La Ley 7786 de 30 de abril de 1998[32] promovería, nuevamente, una reforma de la Ley de Psicotrópicos, y manifestaría también las reglas impuestas por los organismos internacionales. Fue en esa legislación que se diseñó el Centro Nacional de Prevención Contra Drogas, y se mantuvo el Centro de Inteligencia Conjunto Antidrogas, que ya cumplía labores de inteligencia policial y de investigación.

A su vez, con ocasión de los atentados terroristas al World Trade Center y la Estación de tren de Atocha, se ratificó y firmó la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento de Terrorismo y se adoptó la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU. Con la adopción de instrumentos internacionales en materia de legitimación de capitales, se suscitó otra reforma integral a la Ley de Psicotrópicos, con tan solo cuatro años de vigencia, mediante la Ley 8204 del 11 de enero del 2002, llamada "Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas", la cual está vigente a la fecha. Además, dicha ley creó el Instituto Costarricense contra las Drogas (ICD), para sustituir a las instituciones que se crearon en las leyes derogadas. Sin embargo, esta última legislación no se mantendría incólume por mucho tiempo, pues tuvo una reforma parcial mediante la Ley 8719 del 16 de marzo del 2003, llamada Ley de fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo, la cual introdujo categorías del financiamiento del terrorismo dentro de la ley y modificaría su nombre a Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo. Fue en esta última reforma que se introduciría la Unidad de Inteligencia Financiera como dependencia del ICD. En lo que respecta a datos duros que evidencien la tendencia político criminal a través del tiempo, las reformas se ilustran en la tabla 3.

La tabla 3 sintetiza un conglomerado de datos de gran valor para comprender la tendencia hacia la represión material de las reformas en materia de psicotrópicos de las últimas décadas en Costa Rica. Los esfuerzos del legislador se orientaron, principalmente, a un aumento de la punibilidad de los delitos del círculo del narcotráfico y a crear instituciones de inteligencia policial y financiera que permitieran en el mediano plazo impactar a las organizaciones criminales involucradas. Es evidente, por otro lado, que el tema del consumo de estupefacientes, es decir, un aspecto social de indudable importancia, fue

[32] Legislación que ampliaría las conminaciones penales a un catálogo extendido de conductas, además de establecer circunstancias agravantes o tipificaciones en mera actividad para supuestos como los siguientes: si se le facilitaran sustancias psicotrópicas a menores de edad o se utilizaran menores en la comisión, si las sustancias se dieran en centros docentes, cuando fueran cometidas por tres o más personas (delincuencia organizada), a quien financie alguna organización o los fondos fueran para financiar alguna contienda electoral, se cometan a nivel internacional, a quien coarte para disuadir de denunciar algún delito de los contenidos en dicha ley además del funcionario que procure impunidad para los delitos allí tipificados, la construcción de pistas de aterrizaje, una serie de conductas relacionadas con el control de los precursores, etc.

**TABLA 3. Reforma legal en materia de psicotrópicos**

| Ley (año) | Número de artículos | Número de tipicidades | Materias reguladas |
|---|---|---|---|
| 7093 (1988) | 51 artículos. | 11 | Psicotrópicos. Legitimación de capitales. |
| 7233 (1991) | 51 artículos (25 artículos de reforma, uno de ellos fue la derogación tácita y 1 transitorio). | 11 (dosimetría penal intacta respecto de la anterior). | Psicotrópicos. Legitimación de capitales. |
| 7786 (1998) | 113 artículos (1 artículo de reforma: la derogación expresa y 2 transitorios). | 15 (disminución de la dosimetría penal en sus extremos, pero aumento sensible de las conminaciones penales). | Psicotrópicos. Cooperación judicial internacional. Actos de investigación. Legitimación de capitales. Medidas cautelares. |
| 8204 (2002) | 170 artículos (1 artículo de reforma: la derogación tácita y 2 transitorios). | 17 (ampliación de la dosimetría penal y del número de conminaciones penales). | Psicotrópicos. Cooperación judicial internacional. Actos de investigación. Legitimación de capitales. Medidas cautelares. |
| 8719 (2009) | 3 artículos (reformó 22 artículos, adicionó 3 y adicionó párrafos a 4 artículos de la Ley 8204). | 1 tipicidad adicionada a la Ley 8204, con dosimetría de 5 a 15 años de prisión. | Introducción de categorías del financiamiento del terrorismo. |

**Fuente:** elaboración propia con información de las bases de datos de la Procuraduría General de la República y de la Asamblea Legislativa.

dejado de lado en todas esas reformas y poca atención se le prestó, en definitiva, a políticas de prevención del consumo y a la desintoxicación de drogodependientes.

## 4. Diagnóstico de la situación actual en Costa Rica

En la década pasada la sociedad costarricense sufrió el embate de una información periodística exacerbada, que hacía hincapié en los problemas de seguridad derivados de la penetración del narcotráfico y de las posibles consecuencias de este en estructuras del Estado y de la sociedad. No quiere decir esto que no hubiera un problema importante derivado del posicionamiento de grupos locales encargados de la comercialización de droga, la cual empezaba a quedarse en el mercado nacional. De la misma manera, se empezó a notar una guerra silenciosa por el dominio de puntos de venta y canales de distribución nacionales, pues los grandes carteles de la droga empezaron a pagar sus servicios a nivel nacional con droga. Esto último impulsó la construcción de un bien organizado mercado local. Junto a esas informaciones, era también ostensible un aumento de los homicidios provocados por cobros de deudas por venta de drogas, así como venganzas de grupos por actividades en competencia con otras agrupaciones criminales. La tasa de

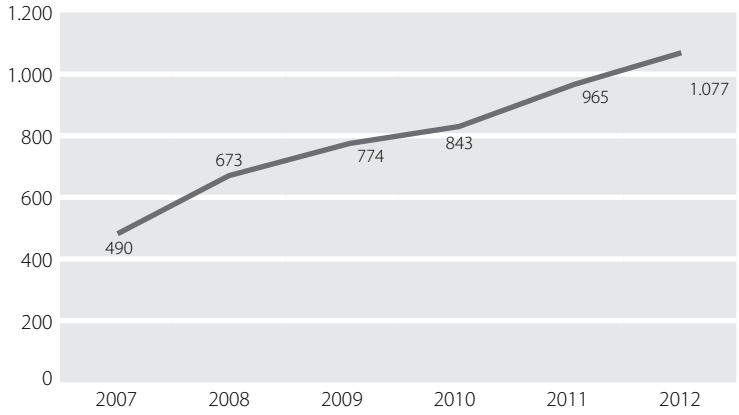
homicidios en Costa Rica aumentaría, junto a las tasas por 100.000 habitantes en toda Centroamérica.[33]

Los anteriores fenómenos, junto a la información sobre el balance de inseguridad que el negocio de la droga traía para el país, provocaron una intensa actividad legislativa, que optó por el uso de los efectos simbólicos del derecho penal, y promovió un aumento impresionante de las tipicidades penales disponibles en esta materia, y de la dosimetría penal prevista para los delitos comunes.[34] En otras palabras, surgiría un bien construido y legitimado "derecho penal de emergencias", al decir de Roxin, que implicó una verdadera "huida al derecho penal". Esto, suponemos, para "evitar" las políticas de "mano dura" que otros países latinoamericanos adoptaron.[35] Al respecto el PEN nos indica:

> En la primera década del siglo XXI, el aumento de la percepción de inseguridad hizo que la criminalidad, y concretamente el crimen organizado y la llamada guerra contra el narcotráfico, se convirtieran en temas clave de la agenda política. En respuesta a ello, el Congreso produjo nueva legislación y el Poder Judicial creó juzgados especiales (los tribunales de flagrancia).[36]

Por supuesto que dentro de la legislación penal costarricense la que sufrió el mayor incremento fue, precisamente, la legislación sobre el tráfico de estupefacientes y sus actividades conexas (como evidenciamos en el acápite anterior). Al respecto es justificado

**GRÁFICA 4. Personas condenadas por infringir la Ley 8204, 2007-2012**




**Fuente:** OIJ y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013,* San José, 2013.

33 PEN, *op. cit.*, 2015, p. 131.
34 PEN, *Decimocuarto Informe Estado de la Nación*, Costa Rica, 2008.
35 Como por ejemplo, las políticas "antipandillas" adoptadas por El Salvador para intentar paliar el problema de las denominadas maras (PEN, *op. cit.,* 2015, p. 131).
36 *Ibid.*, p. 42.

interrogarse: ¿ese aumento representa un salto cualitativo? En la gráfica 4 se ilustran las cifras de condenas penales a indiciados por infracciones a dicha ley.

A su vez, es importante traer a colación que "los porcentajes de condenados por la Ley 8204 en relación con el total de condenados anualmente es: 2007 de 13,1 %; 2008 de 17,5 %; 2009 de 15,6 %; 2010 de 13,9 %, 2011 de 13,6 %; 2012 de 13,3 %".[37]

No obstante, debido a las características materiales del proceso penal costarricense, solo alrededor del 15 % de las causas denunciadas ante el Ministerio Público de la República de Costa Rica (MP) llegan a una sentencia condenatoria. Esto quiere decir que del total de causas que llegan ante las autoridades judiciales, solo el 15 % llegan a satisfacer la pretensión punitiva mediante una condena y, de ese porcentaje, a su vez, en promedio, el 13,5 % son por causas asociadas al narcotráfico.

Acorde con datos del PEN, para el 2015 de la totalidad de causas penales que se denuncian un 31,9 % se archivan, 33,4 % se desestiman, 17 % se sobreseen, el 1,3 % se resuelven con la aplicación de una medida alterna (0,5 % a la reparación integral del daño, 0,7 % a la conciliación y 0,1 % a la suspensión del procedimiento a prueba), para finalmente el 15,2 % restante terminar en sentencia, de las cuales un 6,5 % corresponde a sentencia absolutoria y el 8,7 % a sentencias condenatorias.

Como las cifras aportadas revelan las condenas hasta el año 2012, es también menester hacer una acotación: con respecto a la cantidad de casos por narcotráfico de los años anteriores, para el 2012 dicha cifra había disminuido drásticamente. Por ejemplo, en 2011 se registró un total de 44.782 casos introducidos al MP por posesión de drogas, mientras que en el 2012 se registraron solo 657. Esto se debe a una directriz emitida por los jerarcas del MP, en la que ordenaron a los fiscales la modificación del procedimiento de revisión de las denuncias y sus *notitia criminis*. Con ello se varió drásticamente la valoración inicial de los fiscales, con la finalidad de evitar que el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) traslade o presente casos que no estén debidamente investigados y con la identificación de los indiciados, lo que representa precisamente ese porcentaje tan sensible de caída en las cifras, pues las técnicas de investigación del OIJ son oficiosas y operan con indicios (no comprobados) de la actividad del narcotráfico, mediante informantes y denuncias anónimas.[38]

Estas directrices en el trabajo fiscal van a tener influencia en la cantidad de condenas obtenidas en juicio. Una de las razones para ello la constituye, claramente, que mediante estas disposiciones se reduce el número de expedientes que han de desestimarse

37 OIJ y UNODC, *op. cit.*, p. 23.

38 PEN, *op. cit.*, 2015, p. 154. Se trata, sin duda, de una buena práctica que produjo un efecto muy importante en las estadísticas. No se cuenta, sin embargo, con cifras de los años 2013 y 2014 que sirvan para comparar y establecer si esa tendencia se mantuvo en el quinquenio posterior.

o archivarse en virtud de que los eventuales autores no han sido identificados adecuadamente. En los últimos años, el criterio de evaluación del trabajo fiscal ha quedado afincado en el número de condenas, por lo que resulta lógico y razonable que se empleen cuantos medios estén disponibles en manos de los fiscales para reducir las desestimaciones de casos y aumentar las condenas en juicio.[39]

El efecto colateral indeseable de esta fijación estadística de condenas es la virtual eliminación de criterios de proporcionalidad (insignificancia del hecho) a la hora de evaluar la aplicación de la oportunidad procesal en casos de drogas. La idea es manifestar una respuesta contundente e inexorable frente al fenómeno del narcotráfico, y para alcanzar esto los criterios de oportunidad reglados son, claramente, un problema.[40]

## 5. La Ungass y los nuevos desafíos políticos en materia de narcotráfico

Como se indicó, los convenios internacionales tienen como pauta el repudio de cualquier apología del narcotráfico, las líneas en las que se abordan los problemas sobre estupefacientes, desde la perspectiva de la comunidad internacional, son claras: i) las drogas son un problema que atañe a la salud pública y las medidas para contrarrestarlo se orientan bajo el principio de responsabilidad común y compartida; ii) el reconocimiento del uso médico de algunos estupefacientes como medida para tratar el dolor; iii) la adicción a los tóxicos se constituye como un mal grave para el ser humano y una amenaza social y económica para la sociedad; iv) el uso de los estupefacientes debe limitarse a fines terapéuticos medicinales y de investigación científica.

Ahora bien, la preocupación internacional no merma en el seno de la ONU. Mediante la Resolución 67/193 del 20 de diciembre de 2012, y la Resolución 69/200 de 18 de diciembre de 2014, se convocó a un periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la ONU (Ungass) para el año 2016.

Las sesiones de Ungass tenían como propósito el debate sobre el problema mundial de las drogas, con el objetivo de elaborar una estrategia integral y equilibrada de cooperación internacional contra dicho flagelo global. Como antesala, la ONU emitió las resoluciones 68/197 de 18 de diciembre de 2013, y 69/201 de 18 de diciembre de 2014 sobre la cooperación internacional en materia de drogas. Como resultado de la celebración de la trigésima Ungass se adoptó la Resolución S-30/1 de 19 de abril de

39 Zaffaroni, *op. cit*., p. 11.

40 Situación que de hecho, en el caso de las privadas de libertad por ingresar drogas a centros penitenciarios, ha ameritado la implementación del indulto por el Poder Ejecutivo, y recientemente, una reforma a la ley de psicotrópicos para introducir criterios especiales para mujeres en especial estado de vulnerabilidad por violencia doméstica u otros.

2016, en cuyas mesas de discusión se abordaron cuestiones de trascendental importancia para el tratamiento político del tema de los estupefacientes, y se le da una nueva dimensión en algunas de sus aristas que podrían ser susceptibles de nuevos enfoques político-criminales que, a la postre, podrían representar la antesala a reformas profundas en las legislaciones nacionales.[41]

En lo que respecta a Costa Rica como una región geopolíticamente importante en la ruta del narcotráfico (por ser una zona de paso), la Ungass se refirió a la necesidad de cooperación internacional, en los siguientes términos:

> Reconocemos que los Estados de tránsito continúan enfrentándose a múltiples retos, y reafirmamos la continua necesidad de prestarles cooperación y apoyo, incluida asistencia técnica, a fin de, entre otras cosas, aumentar su capacidad para abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas, de conformidad con la Convención de 1988.[42]

Como registra dicha Asamblea, los países de tránsito sufren el flagelo del consumo asociado a la disponibilidad de las drogas que recorren la ruta, una tendencia que, como se sugiere, está asociada a un problema social ligado a la demanda y oferta de los tóxicos.

La Resolución S-30/1, como resultado de la metodología con la que se planeó la Ungass, recogió sus resultados a partir de siete ejes primordiales: i) reducción de la demanda de estupefacientes, prevención y tratamiento; ii) disponibilidad de sustancias con fines médicos y científicos; iii) reducción de la oferta de estupefacientes, represión y promoción de la cooperación judicial; iv) drogas y derechos humanos, juventud, mujeres y comunidades; v) realidad cambiante, tendencias, retos y amenazas; vi) principio de responsabilidad común y compartida; vii) cooperación internacional y cuestiones socioeconómicas.

La Ungass destaca que el problema de la droga está íntimamente relacionado con los factores de vulnerabilidad que atañen al consumo (si bien no lo determinan); la prevención pasa por la promoción y educación de un modo de vida saludable, el esparcimiento (ocio, deporte y cultura) que sensiblemente debe priorizarse en la población

---

41 Luego de aprobada la resolución de marras, el orador de Países Bajos, también a nombre (entre otros países) de la representación costarricense, lamentó la no referencia dentro de las discusiones a la abolición de la pena de muerte por ser esta contraria a los derechos humanos, con especial atención a los delitos de narcotráfico. Situación diferida por el orador de Indonesia (a nombre también de Arabia Saudita, Bahrein, Brunei Darussalam, China, Egipto, los Emiratos Árabes Unidos, Indonesia, Kuwait, Malasia, Omán, Pakistán, Qatar, la República Islámica del Irán, Singapur, Sudán y Yemen), quien indicó que la pena de muerte es una situación de índole judicial de resorte exclusivo del ordenamiento interno de cada país (ONU, *Informe de la Comisión de estupefacientes sobre su labor preparatoria del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre el problema mundial de las drogas que se celebrará en 2016*, New York, 2016, p. 18).

42 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución S-30/1, p. 3, 19 de abril de 2016. Ya Costa Rica ha recibido ayuda internacional, especialmente el patrullaje que en mar territorial nacional realizan los cuerpos de seguridad estadounidenses, que incautan importantes cantidades de droga en la ruta marítima hacia el norte.

joven, especialmente cuando se trata de prevenir que el consumo alcance condiciones "crónicas" (fomentar las campañas de rehabilitación con testimonios para evitar la estigmatización), y la resocialización de quienes han alcanzado dichos estados, tanto como la capacitación del personal de educación y salud a cargo o cercano a estas situaciones. Así como la cooperación en el intercambio de datos fidedignos y buenas prácticas respecto de la prevención del consumo y de la adicción a los estupefacientes, tanto como instar a la cooperación en materia internacional, por ejemplo entre la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la UNODC. Es claro que para el sistema de derecho internacional en la ONU, la complejidad del problema del narcotráfico es abundante, y pone de relieve que la política asistencial y preventiva cobra una preponderancia como una posible solución del problema.

Son una preocupación de la comunidad internacional aquellos problemas asociados a la disponibilidad de sustancias psicoactivas para fines médicos y científicos, puesto que no se ha logrado una armonización formal efectiva y ágil de las normas para su tránsito, distribución, comercialización y disponibilidad (con especial importancia la asequibilidad), tanto como la formación, el control continuo y la capacitación respecto del manejo de las sustancias con estos fines, además de los problemas materiales respecto del desvío de los mismos en las garras del narco. No podemos desdeñar que la repartición de dichas sustancias con fines lícitos se encuentra en el ojo del huracán por las particularidades de la criminalidad asociada; es patente que pasa por un problema no solo de cooperación y buenas prácticas, sino que dicha efectividad depende de la congruencia y los acuerdos de normas entre los Estados nacionales.

Obviamente, la resolución resultado de la Ungass recoge su línea político-criminal de lucha contra el cultivo, la producción, la fabricación y el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas, tanto como contra la delincuencia y violencia asociados a ello, pero también contra el blanqueo de capitales y la corrupción de funcionarios. Pero es claro que en esta dialéctica, la disminución de la demanda determinaría importantes logros en relación con la oferta, para ello el intercambio de datos y las buenas prácticas, a su vez, se convierten en factores orientadores para poder cumplir a cabalidad con las estrategias de represión. A pesar de ello, las reglas inexorables de la oferta y la demanda seguirán planteando dificultades a esta estrategia, pues a mayor represión de las conductas propias del círculo del narcotráfico, aumentarán los precios de la droga en el mercado ilícito y, por supuesto, el advenimiento de nuevos actores dispuestos a obtener ganancias a pesar de los riesgos.

Además, y no por casualidad, el análisis de la cooperación internacional en esta materia juega un papel importante. Esto último, en especial, cuando se pondera la trascendencia de la cooperación judicial para investigar los hechos de interés penal, pero también para realizar vigilancia y control en fronteras, y, por supuesto, para intercambiar

información de relevancia policial. En este análisis no ha quedado de lado la agilización de los procesos de extradición, de asistencia judicial mutua y el traslado de investigaciones y actuaciones judiciales. No obstante, la misma cuestión de la cooperación judicial mutua ya ofrece diversos problemas a los legisladores regionales, pues no es un secreto para nadie que las diferencias nacionales en muchos de estos aspectos hacen que los resultados de la cooperación no tengan la misma efectividad y éxito en el análisis de las conductas criminales transfronterizas. Esto ha sido especialmente cierto en las investigaciones sobre corrupción administrativa, cuando se han pedido ayudas judiciales conforme a reglas procesales que hacen inútil la prueba conforme a la legislación costarricense.[43]

Asimismo, no debe quedar de lado que los debates condujeron, también, a hacer un énfasis muy claro en materia de criminalidad organizada. Al respecto, se instó a la suscripción de convenios y protocolos internacionales que fortalecieran el actuar conjunto de los diversos sistemas penales involucrados. A todas luces, la sola mención de eventuales convenios y documentos internacionales en la materia abre la puerta para que se introduzcan en estos instrumentos más disposiciones penales conflictivas con el Estado de derecho y con los regímenes de garantías asegurados en las constituciones políticas regionales. Tal cosa ya ha sucedido, hay que reconocerlo, en diversos documentos regionales en materia de terrorismo y su financiación, pero también en materia de tráfico de personas y en la ciberdelincuencia.

Sin embargo, no puede desconocerse que en las sesiones del año 2016, el tema de los derechos humanos y la protección de grupos vulnerables y en riesgo ocupó un papel importantísimo en las consideraciones de la Ungass. Es claro que hay factores de riesgo de criminalización derivados de razones de género, etarias, socioeconómicas y culturales, que no pueden quedar fuera del foco del estudio y la reflexión de los gestores de políticas públicas en materia penal. Por esto último, es que debe celebrarse que se haya instado a las partes a considerar estos aspectos a la hora de tomar decisiones en la lucha contra el narcotráfico. Esto último, en definitiva, llevará a tomar en cuenta factores sociales, económicos y políticos a la hora de atender penalmente el problema de la droga, y probablemente conducirá a una práctica judicial penal menos represiva y más abierta a la atención de otras dimensiones del problema.

Además, se plantea el reto de las nuevas tendencias en materia de sustancias psicoactivas, por ejemplo, las que se relacionan con las anfetaminas, el control de sus precursores, la vigilia de estas nuevas sustancias que se sintetizan. Sin duda, estas nuevas

[43] Esto sucedió, especialmente, en los casos de corrupción que fueron incoados contra los dos expresidentes costarricenses, Calderón y Rodríguez, en los importantes casos Caja-Fischel e ICE-Alcatel.

drogas de diseño y algunas otras que empiezan ya a estar disponibles en los mercados latinoamericanos, necesitarán políticas nuevas y con un acento muy marcado en la consideración del ámbito cultural y social en que hacen su ingreso. A pesar de ello, resulta especialmente preocupante el uso de nuevos vocablos en la política de drogas. Uno de ellos, quizá no el más importante, pero sí el más sugerente, es el que se refiere a los "preprecursores". Una atención penal a estos implicaría, de suyo, obtener una actuación del derecho en el marco de actos preparatorios que no necesariamente conducen a la obtención de drogas de consumo. Esto es una ampliación de la reacción penal en fases previas a la puesta en peligro real del bien jurídico salud pública, y sin duda atrae para sí la crítica que se hace, en general, a una política criminal peligrosista como la que se ha implementado décadas más atrás para describir los tipos penales y condenar personas por dedicarse a estas actividades.

No debe resultar sorprendente, así las cosas, que se introduzca también como elemento importante de la política criminal la observación y vigilancia de los intercambios de información en la web. Es un hecho que la "red de redes" se ha convertido en un medio eficiente para promocionar el consumo, pero también para generar estructuras de base para realizar actividades criminales; por ello, entonces, se convierte en un escenario novedoso para la política y para el derecho.

Debe subrayarse como un aspecto crucial de estos debates recientes de la Ungass, la relación que se hace a la implicancia de factores socioeconómicos y la drogodependencia. Quizá ya estuvo presente en otros debates internacionales en la materia, pero fue en la Ungass 2016 donde se plantea con mayor urgencia la necesidad de estudiar la relación entre desempleo y marginación como elementos de base para promover el consumo de drogas. A pesar de ello, quizá la cooperación en materia de desarrollo económico entre los países no siempre conducirá a políticas económicas igualitarias o a la construcción de bases de desarrollo sostenible que eviten que estos grupos criminales surjan o que medren en las condiciones de pobreza que se generan con modelos económicos altamente desiguales y poco inclusivos.

## 6. A modo de conclusión: consideraciones respecto de la política criminal costarricense en materia de narcotráfico

El presente trabajo no pretende obviar la relación íntima que hay entre las preocupaciones de la comunidad internacional respecto del tráfico de estupefacientes y el desarrollo de la política criminal de drogas en los países, máxime que el influjo y la presión internacionales han marcado de manera ostensible la política legislativa en las últimas dos décadas. No obstante, sí pretende hacer un contrapunto entre el papel de esta "presión

internacional" y el éxito presunto que se ha obtenido con la criminalización de las conductas del círculo del narcotráfico.

No hay que olvidar que la tendencia más importante manifestada en los cambios legislativos de los últimos años está marcada por una ideología que no resulta consecuente con un Estado democrático de derecho. Los cambios a nivel sustantivo y procesal se orientan a una reducción abierta de garantías sin haber demostrado que dichos cambios hayan sido efectivos para reducir la criminalidad o paliar los efectos de las actividades conexas. Los cambios que han sido estudiados en la legislación penal costarricense sobre drogas manifiestan esta tendencia y demuestran que las transformaciones no suelen inspirarse en cambios ponderados, racionales o incluso proporcionales al fenómeno. Antes bien, la caracterización de una política de "más de lo mismo" es lo que aflora apenas se presta atención al fenómeno. Es cierto que la comunidad internacional también ha ponderado la necesidad de políticas sociales de inclusión y asistenciales, pero el énfasis en política penal es demasiado evidente.

Llama particularmente la atención, dentro de la Ungass, cómo se subrayan elementos en sus diversos ejes, que son reflejo de la coyuntura actual en la que Costa Rica se ve inmersa y que puede representar ansias de reformas en la ya evidente tendencia de la política criminal de obedecer a criterios y preocupaciones de la comunidad internacional. Tales puntos clave pueden asociarse a: i) los esfuerzos para hacer evidente la necesidad de incluir una perspectiva de género y etaria dentro del abordaje del problema de las drogas y del papel primordial que se le debe a la participación de la sociedad civil en la construcción de la política; ii) el presunto énfasis en los datos científicos y fidedignos en la toma de decisiones; iii) la mención directa a las plataformas de comunicación de internet (redes sociales y demás) que son un insumo importante y que juega un papel decisivo en la era actual para poder prevenir y mitigar la demanda de estupefacientes, tanto como instrumentos para estas criminalidades. Es esta, sin duda, una antesala a las discusiones y reformas futuras que deparan las medidas institucionales contra una criminalidad que evidencia un fenómeno terriblemente complejo.

Subsisten para el futuro las preguntas que han provocado esta reflexión. En primer lugar, si el énfasis en la política de salud pública seguirá sosteniendo la necesidad de un derecho penal de seguridad o peligrosista o, por el contrario, políticas públicas orientadas a la desintoxicación y el combate al consumo.

Un compromiso más claro con la teoría del bien jurídico, por el contrario, debería llevar a una visión más "personalista" del problema. Desde que la consideración ha sido más "social" y preventiva, el enfoque punitivo ha estado orientado a poblaciones pobres y carenciadas de América Latina, pero no a los grandes capos o a los poderosos mandos medios de los grupos criminales. A esto ha cooperado el énfasis político en el

"narcomenudeo" y en la instalación de una óptica de castigo inexorable, que ya caracteriza el resto de la política criminal costarricense y regional.

El tratamiento de los drogodependientes y de las consecuencias sociales de su dependencia, sin duda, debe marcar el nuevo derrotero de un Estado más comprometido con necesidades sociales y culturales.

Habrá que esperar la nueva corriente de reformas que tendrán como base los debates de la Ungass 2016, donde aún, de manera tímida, se ven corrientes de cambio, pero también un fuerte componente de políticas punitivas que bien vale la pena poner en cuestión.

## Bibliografía


Arriaga, Irma, "Seguridad ciudadana y violencia en América Latina", en Fernando Carrión, *Seguridad ciudadana ¿espejismo o realidad?*, Quito, Flacso, 2002.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución* 67/193, 20 de diciembre de 2012.

_____, Resolución 68/197, 18 de diciembre de 2013.

_____, Resoluciones 69/200 y 69/201, 18 de diciembre de 2014.

_____, Resolución 70/181, 17 de diciembre de 2015.

_____, Resolución S-30/1, 19 de abril de 2016.

Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986.

Camaño Viera, Diego, "Legislación antidrogas: ¿una amenaza para el Estado de Derecho?", *Revista electrónica mensual de derechos existenciales, Persona*, núm. 35, 2004.

Carreón Guillén, Javier y Lirios Cruz García, "Teorías de la seguridad pública y percepción del delito", *Margen, Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales,* núm. 71, 2014.

Chirino Sánchez, Alfredo, *El delito de financiamiento del terrorismo,* en prensa.

Fondo Monetario Internacional, *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington, D.C., 2003.

Gratius, Susanne, *Europa y América Latina: la lucha contra la droga y el narcotráfico,* Bélgica, Publicación de la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento Europeo, 2012.

Hassemer, Winfried, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en Juan Bustos Ramírez (dir.), *Pena y Estado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, 1995.

Jinesta Lobo, Ernesto, "El control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Justicia, 2012.

McPhail Fanger, Elsie, "Televisión y violencia", *Razón y palabra. Revista latinoamericana especializada en Comunicación*, núm. 73, 2010.

Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica (OIJ) y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013*, San José, 2013.

ONU, *Convención única sobre estupefacientes de las Naciones Unidas*, 1961.

_____, *Convención de las Naciones Unidas sobre sustancias psicotrópicas*, 1971.

_____, *Protocolo de modificación a la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas*, 1972.

_____, *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, 1988.

_____, *Informe de la Comisión de Estupefacientes sobre su labor preparatoria del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General sobre el problema mundial de las drogas que se celebrará en 2016*, Nueva York, 2016.

Programa Estado de la Nación (PEN), *Decimocuarto Informe Estado de la Nación*, Costa Rica, 2008.

_____, *Primer informe: estado de la justicia*, San José, 2015.

Roxin, Claus, *Derecho penal: parte general*, t. 1, 2 ed., Madrid, Civitas, 1997.

_____, *Política criminal y sistema de derecho penal*, 2 ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2 ed., Madrid, Civitas, 2001.

Sistema de las Naciones Unidas, *Encuesta post-2015*, San José, Naciones Unidas, 2013.

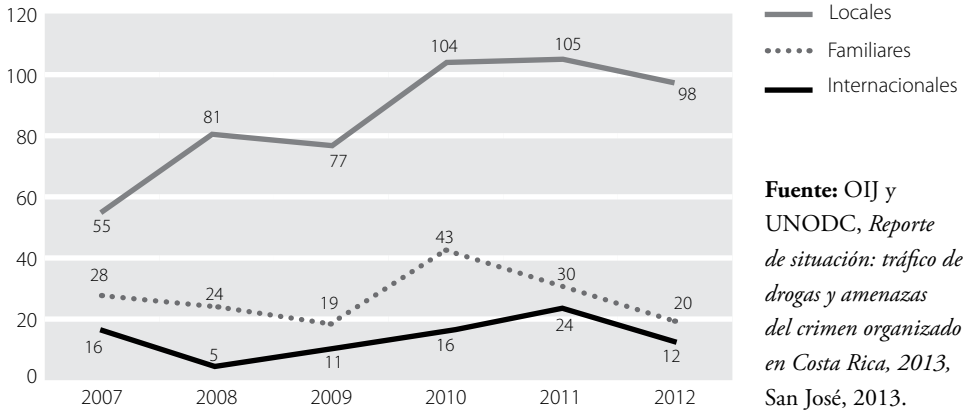
UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas*, Nueva York, 2014.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, 2 ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.

# Anexos

## Anexo 1. Desarticulación de organizaciones narcotraficantes (2007-2012)

**Organizaciones delictivas desarticuladas en Costa Rica, 2007-2012**




**Fuente:** OIJ y UNODC, *Reporte de situación: tráfico de drogas y amenazas del crimen organizado en Costa Rica, 2013,* San José, 2013.

## Anexo 2. Percepción del principal problema en Costa Rica

| Problema | Porcentaje |
|---|---|
| Corrupción | 19,7 |
| Delincuencia/inseguridad | 18,0 |
| Desempleo | 14,5 |
| Alto costo de la vida | 8,7 |
| Mal estado de la economía | 6,3 |
| Drogadicción | 6,0 |
| Pobreza | 5,3 |
| Narcotráfico | 3,1 |
| Falta de infraestructura | 0,8 |
| Desigualdad | 0,7 |
| Deficiencias del sistema de salud | 0,4 |
| Falta de vivienda | 0,2 |
| Migración | 0,2 |
| Violencia contra mujeres | 0,2 |
| Otro | 13,2 |
| NS/NR | 2,8 |
| Total | 100 |

**Fuente:** *Encuesta post-2015,* San José, Naciones Unidas, 2013.

# ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LAS POLÍTICAS CRIMINALES EXISTENTES EN MATERIA DE DROGAS ILÍCITAS EN GUATEMALA

## ASPECTOS NORMATIVOS Y PRÁCTICOS

*Julio César Cordón Aguilar*

**RESUMEN.** Guatemala continúa siendo un importante territorio de tránsito de drogas ilícitas con destino a Estados Unidos de América, caracterizado por la existencia de organizaciones criminales empeñadas en dominar las rutas del narcotráfico, lo que repercute en el clima de violencia imperante. La política criminal formulada frente al problema ha tenido un claro enfoque prohibicionista reflejado, primordialmente, en la regulación contenida en la Ley contra la Narcoactividad, cuerpo normativo específico sobre la materia que aborda el tema desde la criminalización de toda conducta asociada al fenómeno, es decir, la producción, la fabricación, el tráfico, la comercialización y el consumo de drogas. Aunque desde la esfera gubernamental se ha señalado la necesidad de tomar en cuenta otros elementos para hacer frente al problema, incluida la despenalización, lo cierto es que hasta ahora no se ha formulado una propuesta específica que determine con precisión una nueva perspectiva de la política pública sobre el tema.

**Palabras clave:** política criminal, derecho penal, narcotráfico, delincuencia organizada, despenalización.

**ABSTRACT.** Guatemala continues to be an important territory for the transit of illicit drugs bound for the United States of America, as it is characterized by the existence of criminal organizations determined to dominate drug-trafficking routes, which has repercussions on the prevailing climate of violence. The criminal policy formulated to confront the problem has been based on a clear prohibitionist approach, reflected primarily in the regulations contained in the Law against Drug Activity, a specific normative body that addresses the issue based on the criminalization of all conduct associated with the phenomenon, that is, the production, manufacture, trafficking, commercialization and consumption of drugs. Although the governmental sphere has pointed out the need to take other elements into account in order to deal with the problem, including decriminalization, the truth



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

is that so far no specific proposal has been formulated that precisely determines a new public policy perspective on the matter.

**Keywords:** Criminal policy, criminal law, drug trafficking, organized crime, decriminalization.

## Introducción

El problema del tráfico ilícito de drogas en Guatemala configura un tema de sumo interés a nivel interno, dados los nocivos efectos derivados, en especial por los actos de violencia asociados al fenómeno.

A nivel político, en tiempos recientes se sugirió la necesidad de afrontar el fenómeno desde otras perspectivas distintas a la penalización de las conductas vinculadas al narcotráfico, como alternativa para atenuar los graves efectos originados por la violencia que resulta de la lucha entre grupos organizados por dominar las rutas de la droga.

Este trabajo tiene por objeto presentar un análisis de las políticas públicas formuladas ante el problema del tráfico ilícito de drogas a nivel nacional, destacando las principales críticas que se han efectuado y, a su vez, la falta de precisión de las nuevas propuestas dirigidas a superar los defectos del enfoque prohibicionista imperante y que ha determinado el contenido de la normativa sustantiva y procesal vigente.

## 1. El narcotráfico en Guatemala

La posición geográfica de Guatemala, al ser el más septentrional de los países del istmo centroamericano y frontera sur de México, ha determinado su situación como corredor terrestre forzoso de drogas ilícitas entre Suramérica (uno de los grandes polos de producción de coca en el mundo) y Norteamérica (el mercado más importante a nivel global).[1]

Las estadísticas revelan que Guatemala juega un importante rol en el tránsito y almacenamiento temporal de la droga (principalmente cocaína), previo a su paso por México, en el camino hacia su destino final: Estados Unidos de América. En tal sentido, datos de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (órgano independiente de las Naciones Unidas, establecido en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, cuya función principal es verificar la aplicación de los tratados de

[1] Guatemala tiene una extensión territorial de 108.889 km$^2$, limita al norte y oeste con México (la frontera con este país se extiende a lo largo de 974 km), al este con El Salvador, Honduras, Belice y el océano Atlántico, y al sur con el océano Pacífico.

fiscalización internacional de drogas) dan cuenta que más del 80 % del flujo de cocaína en el trayecto descrito pasa por territorio guatemalteco.[2]

De esa cuenta, aunque existe un índice de producción nacional (especialmente marihuana, amapola como materia prima para heroína y drogas de diseño a partir de precursores químicos) y de consumo, el problema central de la narcoactividad a nivel nacional lo constituye el tránsito de sustancias prohibidas y la violencia asociada a este fenómeno.[3]

En efecto, el alto porcentaje de drogas que transita por el país origina una disputa continua entre grupos rivales que pretenden agenciarse el lucrativo negocio que significa, lo que desemboca en la demarcación de territorios y la constante pugna por las rutas de transporte, todo lo cual se dirime violentamente por las organizaciones criminales que principalmente se enfrentan entre sí, aunque en ocasiones los hechos violentos afectan e involucran a personas no relacionadas directamente con el problema de la droga. Si bien las cifras son discutibles, reportes oficiales dan cuenta de que las tasas de homicidios asociadas al narcotráfico rondan aproximadamente el 40 % en Guatemala.[4]

Lo anterior, sin dejar de lado los efectos económicos y financieros asociados al narcotráfico, específicamente en cuanto al lavado de dinero y demás activos provenientes de dicho ilícito. Asimismo, ha sido determinante el empleo de esos réditos económicos en el financiamiento de distintas organizaciones políticas en su afán por asumir la dirección de los órganos de gobierno, en claro deterioro del sistema democrático, todo lo cual denota la gravedad de la problemática del tráfico ilícito de drogas a nivel nacional.[5]

### 1.1. Origen y evolución del problema del tráfico ilícito de drogas en Guatemala

Los estudios relacionados con el fenómeno del narcotráfico a nivel nacional suelen ubicar sus orígenes a finales de la década de los sesenta e inicios de los setenta, es decir,

---

2 Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *Informe 2014*, Nueva York, Naciones Unidas, 2015, p. 55.

3 Marcelo Colussi, *Despenalización de las drogas*: *realidades y perspectivas en Guatemala*, Guatemala, Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013, p. 30. En igual sentido, Raúl Tomás Escobar, *El crimen de la droga*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995, p. 512.

4 Colussi, *op. cit.*, p. 29. La tasa de homicidios en el país durante 2016 fue de 27,31 por 100.000 habitantes, siendo de las más altas de América Latina (Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad, *Reporte estadístico diciembre 2016*, Guatemala, Consejo Nacional de Seguridad, 2016, p. 7).

5 La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig) (establecida a raíz del acuerdo firmado por las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala en 2006, configura un órgano independiente de carácter internacional cuyo objetivo es apoyar a las instituciones del Estado en la investigación y persecución penal de delitos cometidos por cuerpos ilegales y aparatos clandestinos de seguridad) afirmó que en las últimas tres décadas la política nacional ha recibido importantes fondos provenientes de actividades ilícitas, especialmente de organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico y el contrabando (Cicig, *El financiamiento de la política en Guatemala*, Guatemala, Cicig, 2015, p. 4).

en el contexto del conflicto armado interno que afectó al país por más de treinta años (1960-1996), coincidiendo así con el periodo de crecimiento de la producción de estupefacientes en la región andina y la formulación de la política antinarcóticos por parte del Gobierno del presidente Richard Nixon en Estados Unidos de América.[6]

De esa cuenta, derivado de la hegemonía que en el contexto de la lucha contrainsurgente jugaban los altos mandos militares a nivel político, lo que incluía el control de los puestos fronterizos y aduaneros, en un inicio el rol de intermediación del tráfico ilícito de drogas lo asumieron determinados miembros de las fuerzas armadas e individuos vinculados a estas, organizados en grupos delincuenciales. Tales organizaciones se dedicaban desde años atrás a actividades ilegales que incluían el contrabando de mercaderías y el traslado ilícito de personas con destino a los países del norte, a las que se sumó la cocaína como nuevo producto para traficar, cuya rentabilidad permitió la expansión y el fortalecimiento de las estructuras existentes.[7]

A partir de la década siguiente (1980), derivado del interés de los grandes carteles colombianos por diversificar sus rutas de transporte ante el éxito en el Caribe de la política antinarcótica impulsada por Estados Unidos, se sumaron otros actores, incluidos políticos, policías y militares retirados, quienes conformaron complejas organizaciones que contribuían, desde su posición, con las actividades del narcotráfico. Así, determinados grupos armados se encargarían de realizar el "trabajo sucio", asegurando el traslado de la droga mediante actos de violencia e intimidación,[8] mientras que otros agentes se encargarían de manipular el sistema judicial para evitar el procesamiento de los involucrados,

---

6 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de las Drogas, *Informe analítico sobre el problema de las drogas en Guatemala*, Guatemala, Gobierno de la República, 2014, p. 33.

7 Estas organizaciones, en las que se han visto involucradas autoridades civiles y militares, han persistido incluso después de finalizado el conflicto armado interno (diciembre de 1996). Como ejemplo de ello puede mencionarse el caso de la red de defraudación aduanera denominada La Línea, en la que el Ministerio Público y la Cicig sindicaron en 2015 a altas autoridades gubernamentales, incluidos el presidente y la vicepresidenta de la República, de participar y obtener beneficios económicos; algunas investigaciones dan cuenta de que esta red tiene sus orígenes en organizaciones criminales surgidas dentro del Ejército de Guatemala durante el periodo del enfrentamiento armado y dedicadas a actividades ilícitas como narcotráfico y contrabando (R. Estrada y F. Rodríguez, "Teniente Jerez", *El Periódico*, núm. 6714, 23 de agosto de 2015, p. 2. Disponible en: https://elperiodico.com.gt/nacion/2015/08/23/teniente-jerez/).

8 Entre estos grupos armados se encuentran los denominados "cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad", caracterizados por tener vínculos directos o indirectos con agentes del Estado o, por otras circunstancias, tener la capacidad de generar impunidad ante sus acciones ilícitas, según señala el artículo 1 del acuerdo entre el Gobierno y las Naciones Unidas por el que se estableció la Cicig, cuya desarticulación y persecución penal es, precisamente, el objetivo fundamental de la creación de la Comisión. En su informe, Susan Peacock y Adriana Beltrán indican que estos grupos clandestinos socavan el sistema de justicia y propician un clima de inseguridad ciudadana, promoviendo así las condiciones ideales para cometer actos de corrupción, narcotráfico y crimen organizado; refieren las autoras que fueron tales circunstancias las que impulsaron, desde 2003, la creación de una comisión internacional para investigar a dichos grupos clandestinos, cuya demanda estuvo liderada por el entonces procurador de los Derechos Humanos (Susan Peacock y Adriana Beltrán, *Poderes ocultos: grupos ilegales armados en la Guatemala post conflicto y las fuerzas detrás de ellos*, Washington, Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos [WOLA], 2006, pp. 3 y 70).

sin dejar de lado la expansión del negocio por medio de actos de corrupción, que iban desde sobornos en aduanas hasta el otorgamiento de lucrativos contratos en el ámbito de la administración pública, que involucraban dinero proveniente del tráfico de drogas.[9]

La situación del país, con un conflicto armado interno que exigía la atención de las fuerzas de seguridad en la lucha contrainsurgente, a la que se añadían instituciones débiles y un sistema de justicia subordinado a la clase política y los altos mandos militares, entre quienes interactuaban personajes corruptos, representó la oportunidad para hacer del territorio nacional el puente ideal para el paso de la droga de sur a norte. Tal escenario trajo como consecuencia que a partir de inicios de la década de los noventa las agencias estadounidenses dedicadas a la política antinarcótica (CIA y DEA) tuvieran una participación activa en el combate del narcotráfico a nivel nacional.[10]

En la misma década se suscitaron cambios evidentes en la dinámica del tráfico ilícito de drogas, pues a la par del desmantelamiento de los grandes carteles de Cali y de Medellín, se dio el fortalecimiento de los carteles mexicanos dedicados en un inicio al traslado de la droga de la frontera sur a la norte, pero decididos a controlar las rutas centroamericanas, lo que determinaría su amplio y paulatino despliegue en territorio guatemalteco. En tal sentido, a inicios del presente siglo se identificaban en Guatemala cinco organizaciones dedicadas al narcotráfico: al norte, el cartel de Sayaxché; al este, el cartel Izabalino y el cartel de Zacapa; al sur, el cartel Luciano; y al oeste, el cartel de Ocós; sin embargo, estos grupos se vieron desplazados, en mayor o menor medida, por los carteles mexicanos, incluyendo al cartel de Los Zetas, para lo cual habrían de recurrir a múltiples e impresionantes actos de violencia.[11]

En la actualidad, sumado a la alta presencia de los carteles mexicanos en Guatemala (carteles de Sinaloa, del Golfo y Los Zetas), la existencia de grupos armados al servicio de estas organizaciones –lo que incluye a las pandillas juveniles comúnmente denominadas maras–, incrementa el fenómeno de la violencia en torno al problema de las drogas.[12]

Es así como Guatemala continúa siendo un importante territorio de tránsito de drogas ilícitas con destino a Estados Unidos (con especial preponderancia de la cocaína),

---

9 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit*., pp. 35 y ss.

10 *Ibid*., p. 39.

11 *Ibid*., p. 41. El interés por dominar la ruta de la droga por Centroamérica atrajo la atención de Los Zetas, a cuyas filas se han unido antiguos integrantes del grupo élite Kaibil del Ejército de Guatemala, entrenados para operaciones especiales y de inteligencia, de suma eficacia durante la lucha contrainsurgente. Entre otros actos ejecutados por el cartel de Los Zetas en su afán por controlar el paso de la droga, con notables efectos mediáticos, puede mencionarse la masacre de 27 personas en la finca Los Cocos, en el norteño departamento de Petén, y el asesinato de un fiscal del Ministerio Público en Cobán, también en el norte del país, cuyo cadáver fue desmembrado, ambos sucesos ocurridos en 2011 (*International Crisis Group*, "Guatemala: narcotráfico y violencia", *Informe sobre América Latina*, núm. 39, Washington, 11 de octubre de 2011, pp. 2 y ss.).

12 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit*., p. 43.

caracterizado por la existencia de organizaciones criminales, muchas veces contrapuestas entre sí, empeñadas en dominar las rutas del narcotráfico (a lo que se suman otros delitos de su interés, incluyendo tráfico de indocumentados, de armas y trata de personas), lo que se ve favorecido por un ineficaz y débil sistema de seguridad y justicia.[13]

Respecto de este último punto, múltiples estudios e informes dan cuenta de la falta de operatividad y fragilidad de los órganos del sistema de justicia penal (fuerzas de seguridad pública, Ministerio Público, Organismo Judicial y sistema penitenciario), resaltando que ello favorece las actividades de las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico.[14]

En cuanto a la producción de drogas ilícitas en territorio nacional, aunque se ha incrementado el cultivo de adormidera del opio y amapola, las cantidades, al parecer, no son significativas frente al problema del tránsito,[15] al punto que no han merecido mayor atención por parte de autoridades nacionales y agencias internacionales.[16]

Con relación a la fabricación de drogas sintéticas, en los últimos años ha ido aumentando la elaboración de estimulantes de tipo anfetamínico.[17] De igual forma, se ha

---

13 Según informes de la Sección de Asuntos Antinarcóticos del Departamento de Estado de Estados Unidos, en Guatemala transitan anualmente cerca de 400 toneladas métricas de cocaína, siendo ello lo que determina la inclusión del país, junto a todos los otros de la región centroamericana, en la lista de los 22 mayores productores o de tránsito ilícito de drogas (Sección de asuntos antinarcóticos y aplicación de la ley, *Informe de estrategia: fiscalización internacional de estupefacientes, vol. I, Control de drogas y productos químicos*, Washington, Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2015, pp. 5 y 176).

14 Coinciden en este aspecto, entre otros, la UNODC (*Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe: una evaluación de las amenazas*, Viena, UNODC, 2012, pp. 75 y ss.) y la Sección de asuntos antinarcóticos y aplicación de la ley (*op. cit*., pp. 176 y ss.). A criterio de los analistas nacionales Édgar Gutiérrez y Claudia Méndez, la crisis de las instituciones encargadas de proveer seguridad y justicia deriva, fundamentalmente, de tres elementos: a) el fracaso de los esfuerzos de reforma que en estos ámbitos se proyectaron al término del conflicto armado interno; b) la progresiva expansión y penetración en dichas instituciones de redes y operaciones del crimen organizado transnacional; y c) la escasa independencia de los órganos de persecución penal y juzgamiento, apoyada en una profunda politización del sistema judicial (Gutiérrez y Méndez, "Guatemala hoy. La reconfiguración cooptada sobre instituciones fallidas", en Luis Jorge Garay Salamanca y Eduardo Salcedo-Albarán, *Narcotráfico, corrupción y Estados: cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia, Guatemala y México*, México, Debate, 2012, pp. 120 y ss.).

15 Los reportes de la UNODC señalan que la única droga producida para exportación en Centroamérica es la adormidera del opio, cultivada en la parte occidental de Guatemala (departamentos de San Marcos y Huehuetenango, fronterizos con México). Refiere la Oficina que en los últimos años se ha triplicado la erradicación de tales cultivos, desde menos de 500 hectáreas en 2007, hasta más de 1.500 en 2011, lo que sitúa al país solo por detrás de México en la región; se calcula que lo erradicado equivale únicamente al 10% del total, con lo que el área total podría ser de aproximadamente 5.000 hectáreas cultivadas (UNODC, *op. cit*., p. 39).

16 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit*., pp. 45 y ss. Se indica en el informe de la Comisión, con cita de distintos estudios, que la producción potencial de opio a nivel nacional, en 2012, era de 6 toneladas métricas, cifra que, al compararla con Afganistán, con 4.300 toneladas métricas, o México, con 219, resulta de menor trascendencia; lo mismo sucede con la amapola, cuya área cultivada ese año en Guatemala era de 310 hectáreas, mientras que en Afganistán era de 180.000 y en México de 10.500.

17 Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *op. cit*., p. 59. Según dicho órgano, la fabricación ilícita de tales estimulantes es reciente también en Belice y Nicaragua, constituyendo, juntamente con Guatemala, países con escasos o nulos antecedentes en este tipo de actividades.

reportado el desmantelamiento de laboratorios clandestinos ubicados, precisamente, en las regiones en las que se cultiva opio y amapola, lo que ha llevado a considerar que desde hace algún tiempo se viene procesando en el país alguna cantidad de heroína para fines de exportación, sin que se tengan mayores datos sobre ello.[18]

Por último, en lo que atañe al consumo interno, aunque no existen evaluaciones fiables recientes sobre este aspecto, el uso indebido de cocaína en Guatemala (aproximadamente 0,2 % anual)[19] se muestra por debajo del promedio estimado para la región (0,7 %).[20] Si bien el cannabis o marihuana es la sustancia de mayor consumo, los informes internacionales dan cuenta, omitiendo datos específicos, que uno de los países con tasas más bajas es Guatemala; asimismo, se reporta una baja prevalencia del uso de opiáceos frente al resto de la región, y una tasa similar a los demás países centroamericanos en lo que concierne al uso de anfetaminas y éxtasis.[21]

### 1.2. Políticas públicas frente al fenómeno de las drogas ilícitas

La Constitución Política de la República, promulgada en 1985 y vigente desde 1986, declara de interés social las acciones contra las causas de desintegración familiar, incluidas el alcoholismo y la drogadicción (art. 56). No obstante, fue hasta la década de los noventa que el fenómeno del tráfico ilícito de drogas mereció la atención gubernamental, traducida en la formulación de una política pública específica, lo que puede ser explicado por el hecho que fue en aquella época que distintas agencias internacionales decidieron intervenir ante la magnitud del problema a nivel nacional.[22]

En tal sentido, mediante Decreto 48-92, el Congreso de la República aprobó la Ley contra la Narcoactividad, configurando el primer cuerpo normativo específico en materia de drogas a nivel nacional. En su regulación, la ley declara de *interés público* la adopción por parte del Estado de las medidas adecuadas para "prevenir, controlar, investigar, evitar y sancionar" las actividades de "producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización" de estupefacientes, psicotrópicos y demás drogas o fármacos susceptibles de alterar o transformar el sistema nervioso central y cuyo uso puede

18 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit.*, pp. 50 y 51. Los reportes oficiales señalan que en 2011 y 2012 se incautaron, respectivamente, 10.249 y 23.849 precursores, habiéndose desmantelado 15 laboratorios clandestinos en 2012, 8 en 2013 y 3 en 2014.

19 UNODC, *op. cit.*, p. 70.

20 Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *op. cit.*, p. 60.

21 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit.*, p. 47.

22 Esto, a pesar de que Guatemala había ratificado con anterioridad, en su orden, la Convención para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Peligrosas de 1936, la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

provocar dependencia física o psíquica, de acuerdo con lo establecido en convenios y tratados internacionales (art. 1).

De la misma manera, la ley incluye la tipificación de un conjunto de delitos relacionados con la producción, tenencia, tráfico y comercialización ilícita de drogas, regulando las penas correspondientes, así como determinados procedimientos específicos en materia de persecución y enjuiciamiento de tales conductas.[23] Resulta evidente la influencia de las agencias estadounidenses en la emisión de la normativa, no solo por el contexto de su aprobación, sino por la inclusión de instituciones desconocidas en aquella época en la legislación interna, entre las que destaca el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con independencia de las personas físicas que hubieren ejecutado la acción (arts. 10 y 13).[24]

La ley incluye también regulación en materia de asistencia jurídica internacional y extradición (arts. 63-69); asimismo, dispone la creación de un órgano específico, la Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas (CCATID), con competencia en la formulación de políticas públicas para la prevención de acciones ilícitas vinculadas con el tráfico de drogas y el tratamiento de las adicciones asociadas a este fenómeno, teniendo también a su cargo la tarea de "impulsar el perfeccionamiento del marco jurídico existente relativo a los delitos de drogas" (art. 70-77). La Comisión, dirigida por el Vicepresidente de la República y conformada por siete ministros de Estado y el fiscal general de la República, ha sido el principal foro de discusión sobre las acciones por implementar en materia de narcotráfico.[25]

Fue así como a partir de 1996, que la CCATID dirigió sus esfuerzos en la formulación de estrategias relacionadas con la reducción de la demanda nacional de drogas –pese a que el consumo interno nunca ha sido el problema de fondo–,[26] para lo cual se coor-

---

23 La tipificación del delito de tráfico de drogas, de conformidad con lo establecido en distintos convenios internacionales de los que el Estado es parte, aparece en la legislación nacional desde la década de los treinta. Así, previo a la emisión de la Ley contra la Narcoactividad, el Código Penal, Decreto 17-73, tipificaba los delitos siguientes: siembra y cultivo de plantas productoras de estupefacientes (art. 306); tráfico ilegal de fármacos, drogas y estupefacientes (art. 307); facilitación del uso de estupefacientes (art. 309), e inducción al uso de estupefacientes (art. 310).

24 Eduardo González Cauhapé-Casaux, *Apuntes de derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 2003, p. 37. En la actualidad, a raíz de la aprobación de la Ley contra la Corrupción (Decreto 31-2012), la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha generalizado, conforme a su naturaleza, a cualquier tipo de delito (Código Penal, art. 38).

25 Integran la CCATID los ministros encargados de los siguientes temas: gobernación, defensa nacional, salud pública, educación, agricultura, relaciones exteriores e infraestructura.

26 En el documento final aprobado en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ungass) sobre Drogas de 2016, dentro de las recomendaciones operacionales sobre la reducción de la demanda y medidas conexas, se incluyó la prevención, el tratamiento y otras cuestiones relacionadas con la salud, como la siguiente:"...n) Promover la prestación de asistencia técnica a los Estados más afectados por el tránsito de drogas, y la cooperación con ellos, para formular y ejecutar políticas amplias e integradas a fin de hacer frente, cuando proceda, a los efectos del tráfico ilícito de drogas sobre el creciente consumo de drogas en dichos Estados, incluso mediante el refuerzo de

dinaron acciones con distintas instancias públicas, organizaciones no gubernamentales y representantes del sector privado, enfocando las acciones por seguir, especialmente en los planos educativo y sanitario.[27]

Años después, la CCATID formuló el Plan Nacional Antidrogas 1999-2003, en el que se incluyeron estrategias en materias de prevención, tratamiento, rehabilitación, control y persecución penal. En términos generales, el plan tenía dos objetivos específicos que, a su vez, determinaban las líneas por seguir: reducir la demanda y reducir la oferta. Fue respecto del segundo objetivo que se impulsaron acciones concretas en el ámbito de la política criminal, dirigidas al control del narcotráfico y la persecución del lavado de activos originados del tráfico ilícito de drogas.[28]

En ese contexto fue aprobada la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto 67-2001, que si bien no restringe al narcotráfico las actividades ilícitas de las que pueden provenir los activos objeto de persecución penal (la ley no incluye un listado de delitos precedentes, entendiendo que los activos pueden provenir de cualquier ilícito penal), configura una herramienta de primer orden en el combate a dicho flagelo.[29]

Al término del periodo para el que había sido formulado el plan nacional, la CCATID formuló la *Estrategia nacional contra las drogas 2004-2008*, en la que nuevamente incorporó medidas dirigidas a la reducción de la oferta y la demanda, previendo ahora instrumentos para la evaluación de los distintos programas por implementar, lo que dio paso al establecimiento del Observatorio Guatemalteco sobre Drogas (OGD). Este observatorio, además de facilitar información sobre el problema de la droga a instituciones nacionales, se encargó de responder a los requerimientos formulados por la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).[30] La creación y el funcionamiento del observatorio, juntamente con programas específicos en materia de prevención, fueron los elementos de mayor importancia durante la ejecución de la Estrategia 2004-2008.

---

los programas nacionales de prevención, intervención temprana, tratamiento, atención, rehabilitación y reinserción social" (Asamblea General de las Naciones Unidas, *Proyecto de resolución presentado por el Presidente de la Asamblea General. Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas*, trigésimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 14 de abril de 2016).

27 Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, *Política nacional contra las adicciones y el tráfico ilícito de drogas*, Guatemala, Vicepresidencia de la República, 2009, p. 7. Previo a la instalación de la CCATID, funcionaba el Consejo Nacional de Prevención del Alcoholismo y la Drogadicción, órgano esencialmente académico y multisectorial que impulsó estrategias dirigidas a la prevención del uso y abuso de drogas; es probable que a partir de la creación de la CCATID (1992-1996), sus esfuerzos se centraran en dar continuidad a las líneas de acción impulsadas por el mencionado Consejo.

28 Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, *op. cit*., pp. 7 y 8.

29 Franklin Barriga Bedoya, *Iberoamérica: armonización legislativa en el contexto de las drogas*, Quito, Instituto Ecuatoriano de Estudios para las Relaciones Internacionales, 2008, p. 247.

30 Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, *op. cit*., pp. 8-10.

En 2009, la CCATID formuló la Política Nacional contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito Drogas, aun vigente, definiendo tres ejes: i) reducción de la demanda, en el que se incluyen programas de prevención y de tratamiento, rehabilitación y reinserción; ii) reducción de la oferta, dirigido al combate de la producción, tráfico y distribución de estupefacientes, así como de la infraestructura utilizada para este tipo de actividades; y iii) fortalecimiento jurídico e institucional, que prevé una mejor coordinación entre los órganos encargados de atender el problema de las drogas en sus distintos aspectos, impulsando las reformas legales que se estimen necesarias, la firma de acuerdos de entendimiento entre instituciones y la gestión del apoyo financiero que permita cumplir eficazmente las funciones encomendadas.[31]

En ese contexto, en 2012 se creó dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Gobernación (al que compete lo relativo a seguridad interior), el Viceministerio de Antinarcóticos, como órgano específico a nivel gubernamental encargado de coordinar las estrategias y acciones de las fuerzas de seguridad en la prevención y erradicación del narcotráfico, así como de colaborar con las funciones que el Ministerio Público y demás instituciones, nacionales o internacionales, llevan a cabo en esta materia.[32]

### 1.3. Política criminal en materia de drogas ilícitas

La política criminal formulada a nivel nacional desde la década de los noventa, frente al problema de las drogas, ha tenido un claro enfoque prohibicionista.[33] De esta manera, la Ley contra la Narcoactividad aborda el tema desde la criminalización de toda conducta asociada al fenómeno: producción, fabricación, tráfico, comercialización y otras, hasta llegar al consumo.

Así, la regulación establece distintas figuras delictivas dirigidas a perseguir y reprimir las conductas asociadas al fenómeno, previendo las penas aplicables. En ese contexto, cabe resaltar que dentro de las penas incluidas se encuentra la de muerte, cuya

31 *Ibid*., pp. 21 y ss.

32 Asimismo, en la estructura de la Policía Nacional Civil funciona la Subdirección General de Análisis e Información Antinarcótica (SGAIA), encargada de llevar a cabo las acciones que en el ámbito de la prevención y persecución del tráfico ilícito de drogas competen a las fuerzas públicas de seguridad. De igual forma, como unidad especial de ejecución, adscrita al despacho superior del Ministerio de Gobernación, funciona la Unidad Especial Antinarcóticos (Acuerdo Ministerial 154-2012), que formula planes, programas y proyectos, en el ámbito de la seguridad pública, para el combate del narcotráfico en todas sus formas y actividades; a su vez, de dicha unidad depende la Fuerza de Tarea de Interdicción Aérea, Antinarcótica y Antiterrorista (Acuerdo Gubernativo 152-2014), que apoya la ejecución de aquellos planes, programas y proyectos. Las actividades operativas de estos órganos son coordinadas y fiscalizadas por el Viceministerio de Antinarcóticos.

33 Es decir que se dirige al "establecimiento de sanciones penales para la producción, distribución y posesión de ciertas drogas (para usos no medicinales o científicos)", como se entiende el modelo prohibicionista (Comisión Global de Políticas de Drogas, *Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces*, 2014, p. 45).

aplicación se supedita al supuesto de que fallezca alguna persona como consecuencia de la comisión de los delitos tipificados (arts. 12 y 52).[34]

La política criminal en este ámbito, teniendo como marco el enfoque prohibicionista trazado desde la Ley contra la Narcoactividad, se ha dirigido también a reprimir los efectos económicos producidos por el narcotráfico, en virtud de lo cual, como se mencionó, en 2001 fue emitida la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, cuyo objeto se centra en la persecución y sanción de toda conducta referida a la utilización, inversión o posesión de dinero o bienes originados de la comisión de un delito (como se indicó, la legislación no limita la tipificación del lavado de dinero u otros activos a que los bienes provengan de actividades de narcotráfico).[35]

En esa misma dirección, mediante Decreto 55-2010, se aprobó la Ley de Extinción de Dominio, procedimiento dirigido a declarar judicialmente la pérdida a favor del Estado de los bienes o derechos sobre estos que se originen de una conducta ilícita o delictiva.[36] Para el efecto, la normativa incluye un listado de delitos cuya comisión daría lugar a la extinción de dominio, dentro de los cuales, los primeros en incluirse son, precisamente, los concernientes al tráfico ilícito de drogas (art. 2, inc. a.1).[37]

En todo caso, es necesario destacar que los contextos en que estos dos últimos cuerpos legales fueron emitidos denotan su inclusión dentro del campo de acción del Estado para hacer frente al problema de las drogas, aunado a que la exposición de motivos de la Ley de Extinción de Dominio pone de manifiesto tal circunstancia al señalar lo siguiente:

---

34 En todo caso, se trata de una pena inaplicable por ser Guatemala parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 4.2 prohíbe su extensión a delitos a los que al momento de su ratificación no la tuvieren prevista (la Convención fue ratificada por el Estado en 1978).

35 Al respecto, no puede obviarse que desde la década de los ochenta se generalizó a nivel mundial la alarma ante la introducción al tráfico económico de dinero y demás bienes generados de conductas delictivas, especialmente del narcotráfico, con el fin de aparentar su origen legal, para lo cual las organizaciones criminales hacían uso de distintas actividades comerciales, industriales y financieras; en este sentido, como señalan Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, el nacimiento de la regulación en materia de lavado de dinero (o blanqueo de capitales) surgió de la preocupación internacional que en dicha década supuso el "alto montante dinerario, totalmente incontrolado, proveniente del tráfico de estupefacientes" (Manuel Cobo del Rosal y Carlos Zabala López-Gómez, *Blanqueo de capitales, abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea), (estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, Madrid, Cesej, 2005, p. 16).

36 La procedencia de la extinción de dominio se fundamenta en el principio de nulidad *ab initio*, respecto del cual regula el artículo 3, inciso a: "Se entenderá que la adquisición o disposición de los bienes o la constitución de patrimonio de origen ilícito o delictivo, a sabiendas de tal calidad o debiéndolo presumir razonablemente, constituye negocio jurídico contrario al orden público y a las leyes prohibitivas expresas o se han constituido en fraude a la ley. Los actos y contratos que versen sobre dichos negocios, en ningún caso constituyen justo título y son nulos *ab initio*".

37 De los distintos delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad, la normativa en materia de extinción de dominio incluye la mayoría, excepción hecha de la posesión para el consumo, alteración, expendió ilícito y receta o suministro.

> ...esta iniciativa tiene que formar parte de una política integral de combate al narcotráfico que tiene que tener tres componentes que afectan toda la cadena productiva: a) interdicción y control al tráfico de armas; b) control a los cultivos ilícitos; y c) extinción del dominio de bienes adquiridos por el narcotráfico y control al lavado de dinero.[38]

### 1.4. Propuesta de despenalización

A escasos meses de haber asumido la Presidencia de la República (14 de enero de 2012), el exgobernante Otto Pérez Molina hizo pública su intención de formular una propuesta de despenalización de drogas (sin delimitar los alcances de su postura), como nueva estrategia para enfrentar el problema de la violencia en un territorio que esencialmente sirve de tránsito y bodega de la cocaína con destino al norte.[39]

La propuesta de despenalización de las drogas fue planteada por el entonces presidente a sus homólogos de Centroamérica durante una cumbre regional celebrada en Guatemala en marzo de 2012.[40] Asimismo, con el apoyo conjunto de otros líderes latinoamericanos, el tema fue discutido durante la Sexta Cumbre de las Américas, desarrollada en Cartagena de Indias, Colombia, el 14 y 15 de abril del mismo año.[41]

De igual forma, el asunto fue objeto de debate durante la 43 Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrada en Antigua, Guatemala, del 4 al 6 de junio de 2013, al término de la cual se aprobó la Declaración titulada: *Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas,* en la que, entre otras cuestiones, se alienta a los Estados miembros a abordar nuevos enfoques sobre dicho problema (num. 2).[42] En septiembre del mismo año se celebró en Guatemala la Asamblea General de dicha organización, durante el 46 periodo extraordinario de sesiones, oportunidad en la que se aprobó la resolución titulada: *Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las*

---

38 Iniciativa que dispone aprobar la Ley de Extinción de Dominio, registrada con el número 4021 en Dirección Legislativa del Congreso de la República.

39 Universidad Rafael Landívar, "Despenalizar las drogas: señuelo o propuesta justificada", *Plaza Pública*, 2015. Disponible en: http://www.plazapublica.com.gt/content/despenalizar-las-drogas-senuelo-o-propuesta-justificada.

40 Catherina E. Shoichet y Maria Renee Barillas, "Presidente de Guatemala busca la legalización de las drogas", *CNN*, 23 de marzo de 2012. Disponible en: http://expansion.mx/mundo/2012/03/25/el-presidente-de-guatemala-busca-la-legalizacion-de-las-drogas.

41 Transnational Institute, "América Latina debate sobre alternativas a la actual política de drogas", *TNI*, 12 de abril de 2012. Disponible en: https://www.tni.org/en/article/stub-263. Durante la cumbre, se encomendó a la Secretaría General de la OEA realizar un informe sobre la situación de las drogas a nivel regional; ante ello, en 2013, previo a la Asamblea de Antigua, se presentó el documento *El problema de las drogas en las Américas*, en el que se planteó la necesidad de enfrentar el asunto con un "enfoque múltiple, de una gran flexibilidad, de comprensión de realidades diferentes" (Secretaría General de la OEA, *El problema de las drogas en las Américas*, Washington, OEA, 2013, pp. 105 y ss.).

42 Organización de los Estados Americanos, *Declaración de Antigua Guatemala: por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las américas*, OEA, 6 de junio de 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-010.

*drogas en las américas*, en la que se promueve la revisión periódica de las políticas sobre drogas adoptadas por los Estados y la formulación de medidas integrales y equilibradas para reducir la oferta ilícita de drogas.[43]

Ante la iniciativa del gobernante, a inicios de 2014 se instaló en el país la Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, cuyo objetivo era formular nuevas propuestas a la Presidencia de la República en materia de políticas públicas sobre el problema de las drogas.[44] El 18 de septiembre de 2014, la Comisión rindió su informe preliminar, en el que hizo énfasis en la crítica hacia el modelo que a lo largo de décadas había sustentado la CCATID; en concreto, el informe resaltó como principal límite de la eficacia de las políticas en materia de drogas, la ausencia de una definición precisa del problema a nivel nacional.[45]

Así, la Comisión destacó que la CCATID y las políticas que había formulado omitían referirse a las principales consecuencias que derivan para el país el hecho de encontrarse en la mayor ruta del tráfico ilícito de drogas hacia Estados Unidos; esa falta de definición del problema habría traído como consecuencia, según el informe, la inexistencia de liderazgo institucional en materia de política de drogas. El informe también señaló la debilidad de la CCATID para asumir su función, lo que habría derivado del hecho de estar supeditada a los cambios políticos en el Gobierno, evidenciado en su propia forma de integración, y en el escaso presupuesto otorgado en comparación con las trascendentales responsabilidades encomendadas.[46]

A partir de ello, la Comisión formuló algunas recomendaciones, previo al inicio de un "diálogo franco, plural e informado entre las instituciones públicas y los diferentes actores sociales del país", del que se derivarían mayores insumos para la formulación de una nueva política en esta materia. En concreto, las recomendaciones efectuadas se centraron en dos aspectos: i) mejorar los datos y sistemas de información relacionados con el problema de las drogas como elemento imprescindible para apoyar la formulación e implementación de políticas eficaces, requiriendo para ello mayor coordinación

---

43 Organización de los Estados Americanos, *Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las drogas en las Américas*, OEA, 19 de septiembre de 2014. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-013/14. Sobre los debates desarrollados en el seno de la OEA, en el informe de 2014 de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes se indicó: "Es significativo que esas deliberaciones y debates se hayan celebrado bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos. […] La Junta desea subrayar que todas esas propuestas también deberán sopesarse atendiendo a su coherencia con los tratados de fiscalización internacional de drogas en los que son partes todos los Estados de la región" (Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *op. cit*., p. 56).

44 La Comisión, conformada mediante Acuerdo Gubernativo 396-2013, estuvo integrada por el Ministro de Gobernación, el Ministro de Relaciones Exteriores y cuatro expertos independientes designados por este último.

45 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit*., p. 7.

46 *Ibid*., p. 8.

interinstitucional, y reforzar la investigación con relación al costo de la política de drogas, los precios de las mismas y los índices de producción nacional, entre otros temas; y ii) dirigir la política nacional de drogas al enfoque de salud pública, fortaleciendo las capacidades del sector sanitario en este ámbito.[47]

Lo cierto es que en el informe no fueron formuladas conclusiones específicas que dieran contenido a una propuesta concreta; incluso, el diálogo propiciado no fue planteado formalmente, al punto que la Comisión, de conformidad con el acuerdo que le dio origen, fue desintegrada el 30 de junio de 2015 (después de dos aplazamientos de la fecha límite).

En la actualidad, más allá de la escasa información transmitida por los medios de comunicación, no existe una propuesta definida que dé sustento a la iniciativa presidencial.[48] Por ende, continúa rigiendo, sin variaciones, la Política Nacional contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas planteada en 2009 por la CCATID,[49] incluido el enfoque prohibicionista de la política criminal formulada desde la década de los noventa.

## 2. Marco normativo de la política criminal en materia de drogas ilícitas

Como se señaló, la regulación específica en materia de drogas en Guatemala se encuentra contenida en la Ley contra la Narcoactividad, cuerpo normativo que tipifica distintos delitos y prevé las penas correspondientes; asimismo, completan el marco normativo que da sustento a la política criminal imperante, la Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, la Ley de Extinción de Dominio y la Ley contra la Delincuencia Organizada.

En lo que atañe a los procedimientos útiles para la persecución penal y el enjuiciamiento de los ilícitos en esta materia, tanto el último cuerpo legal mencionado, contenido en Decreto 21-2006, como el Código Procesal Penal, Decreto 51-92, configuran la normativa procesal aplicable.

---

47 *Ibid*., pp. 81 y ss.

48 Colussi, *op. cit*., p. 64.

49 Sin perjuicio de que la propuesta del presidente, al no concretarse, podría no haber encontrado apoyo en las instancias nacionales, la iniciativa de despenalización de drogas, al igual que otros planteamientos del Gobierno, se vieron interrumpidos por la profunda crisis política generada a raíz de graves imputaciones efectuadas por el Ministerio Público y la Cicig, que involucraban a altas autoridades del Estado en distintos actos ilícitos como parte de la red de defraudación aduanera conocida como La Línea; tales hechos forzaron la renuncia de la vicepresidenta en mayo y del presidente en septiembre, ambos de 2015 (M. Hernández y A. Rojas, "La Línea buscaba el control de la SAT y la Contraloría", *Prensa Libre*, 26 de agosto de 2015. Disponible en: http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/la-linea-buscaba-el-control-de-la-sat-y-la-contraloria).

### 2.1. Aspectos sustantivos

En primer término, la Ley contra la Narcoactividad tipifica más de una docena de delitos en el ámbito de la producción, el tráfico ilícito, la comercialización y la posesión de drogas.[50]

Desde su artículo 1, la normativa destaca que el interés perseguido mediante su regulación es la protección de la salud, fundamentando en dicho fin la adopción de medidas gubernamentales dirigidas a la prevención, el control, la investigación, la represión y la sanción de "toda actividad" relacionada con la narcoactividad, lo que incluye la producción, la fabricación, el uso, la tenencia, el tráfico y la comercialización de drogas.[51]

Así, en lo que concierne a la producción y fabricación, la ley tipifica los delitos siguientes: i) siembra y cultivo (art. 36), que sanciona a quien ilícitamente siembre, cultive o coseche semillas, florescencias o plantas de las que puedan obtenerse drogas (penas de 5 a 20 años de prisión y multa equivalente de $1.300 a $13.000 aproximadamente, según el tipo de cambio de la moneda nacional);[52] y ii) fabricación o transformación (art. 37), que sanciona a quien, sin contar con autorización legal, elabore, fabrique, transforme, extraiga u obtenga drogas (penas de 8 a 20 años de prisión y multa equivalente de $6.500 a $130.000 aproximadamente).[53]

Cabe anotar que la conducta prohibida mediante el delito de fabricación o transformación podría resultar un tanto ambigua, pues además de sancionar la elaboración, fabricación y transformación de droga, incluye la extracción y obtención, debiendo interpretar que estas dos conductas se relacionan con los procesos de fabricación o transformación únicamente, pues la obtención de droga para su comercialización forma parte de otro tipo penal.

---

50 La regulación prevé, en su artículo 3, el uso legal de drogas, es decir, su utilización no sancionada penalmente, referida a "las cantidades estrictamente necesarias, exclusivamente por personas legalmente facultadas y bajo su estricta responsabilidad, para el tratamiento médico, los análisis toxicológicos y farmacológicos, la investigación científica y la elaboración de medicamentos". Tal excepción guarda congruencia con lo establecido en instrumentos internacionales sobre la materia, específicamente la Convención Única sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; como corolario, el carácter prohibicionista de la regulación se denota al excluir cualquier uso recreativo, social o religioso de las drogas.

51 La ley inicia ofreciendo algunas definiciones útiles para su comprensión (art. 2). En tal sentido, señala que por droga se entiende toda sustancia o agente farmacológico que, introducido al organismo de una persona viva modifica sus funciones fisiológicas y transforma sus estados de conciencia, al igual que las semillas, plantas y cualquier otra sustancia de la que puedan extraerse aquellas; por estupefacientes o sustancias psicotrópicas se entiende cualquier droga natural o sintética considerada como tal en tratados o convenios internacionales y en disposiciones que se emitan para determinar las drogas de uso prohibido. Por último, los precursores, conforme a la definición legal, son la materia prima o cualquier otra sustancia útil para preparar estupefacientes o psicotrópicos. Cabe agregar que la ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación las bebidas alcohólicas y el tabaco.

52 De 3,5 a 34,5 salarios mínimos, aproximadamente.

53 De 17,5 a 344,8 salarios mínimos, aproximadamente.

En cuanto al tráfico ilícito y la comercialización de drogas, la ley tipifica los delitos siguientes: i) tránsito internacional (arts. 2 y 35), sancionando a quien en forma ilegal participe en la importación, exportación, facilitación o traslado de drogas o de precursores y demás sustancias esenciales para la fabricación o disolución de aquellas de un país a otro (penas de 12 a 20 años de prisión y multa equivalente de $6.500 a $130.000 aproximadamente);[54] y ii) comercio, tráfico y almacenamiento ilícito (art. 38), que sanciona a quien ilegalmente adquiera, enajene, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expenda o realice cualquier otra actividad de tráfico de semillas, plantas o sustancias calificadas como drogas, estupefacientes, psicotrópicos o precursores (penas de 12 a 20 años de prisión y multa equivalente de $6.500 a $130.000 aproximadamente).[55]

Como se aprecia, el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito incorpora un conjunto de conductas prohibidas que refieren prácticamente todas las fases en el tráfico y comercialización de la droga, desde su adquisición, transporte y almacenamiento, hasta su distribución y venta, incluyendo su importación y exportación; por ende, este tipo penal prevé las conductas prohibidas mediante el delito de tránsito internacional, al punto que en la práctica es una de las figuras delictivas más aplicadas en esta materia.

Respecto al uso y la tenencia, la ley tipifica el delito de posesión para el consumo (art. 39), sancionando a quien adquiera o posea drogas para su propio consumo (penas de seis meses a dos años de prisión y multa equivalente de $25 a $1.300 aproximadamente).[56]

Así, cabe resaltar que la legislación nacional sanciona penalmente al consumidor, lo que ha generado cierta discusión acerca del bien jurídico que se persigue proteger mediante el tipo penal.[57] En tal sentido, al intentar indagar al respecto, sin obviar que la regulación en materia de drogas fundamenta la tipificación de las distintas conductas prohibidas en el interés por resguardar la salud, resulta seriamente cuestionable afirmar que sea esta el bien jurídico que se pretende tutelar mediante dicho tipo específico.

En consecuencia, se trataría de proteger la salud del mismo sujeto sobre el que recaería la sanción penal; en otras palabras, se tutelaría, por vía penal, la salud de quien

---

54 De 17,5 a 344,8 salarios mínimos, aproximadamente.

55 De 17,5 a 344,8 salarios mínimos, aproximadamente.

56 De 0,07 a 3,5 salarios mínimos, aproximadamente. El delito de posesión para el consumo configura el tipo penal en materia de narcoactividad que más casos ante el Ministerio Público origina (54 % en el periodo 2009-2013) y, consecuentemente, por el que más acusaciones formula dicha institución (36 % frente al 27,5 % por promoción o estímulo a la drogadicción y 18,3 % por comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, en el mismo periodo); en el plano judicial, las estadísticas muestran que dos terceras partes del total de procesos instruidos por delitos de narcoactividad se refieren a posesión para el consumo (en el periodo 2009-2013, de un total de 5.404 procesos, el 66 % correspondía a dicho ilícito) (Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit.*, p. 32).

57 *Ibid.*, p. 33; González, *op. cit.*, p. 20; José Eduardo Martí Guilló, *El problema del tráfico y tránsito de drogas en Guatemala y su impacto en la sociedad*, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 2003, p. 220.

voluntaria y libremente ha decidido consumir drogas, al punto de prever la protección del bien jurídico en contra de la voluntad y libertad de su titular.[58] Esta situación denota el contrasentido en que incurre la legislación nacional, obviando que el problema del tráfico de drogas, en lo que al consumidor individualmente considerado se refiere, configura un asunto de orden sanitario que excede, para su tratamiento y solución, del ámbito de la política criminal del Estado, debiendo afrontarse desde la perspectiva preventiva y de rehabilitación.[59]

Por otro lado, la tipificación del delito deja un amplio margen de discrecionalidad judicial para determinar, en cada caso concreto, qué cantidad puede considerarse "razonable para el consumo inmediato",[60] sin que a la fecha exista un criterio jurisprudencial que identifique parámetros objetivos que permitan diferenciar la posesión de drogas para consumo personal y para el tráfico ilícito.[61]

Como conductas asociadas a la producción, tráfico y consumo de drogas, la ley incluye otros delitos: i) promoción o estímulo a la drogadicción (art. 49), referido a quien estimule, promueva o induzca al consumo de drogas (penas de dos a cinco años de prisión y multa de $650 a $13.000 aproximadamente);[62] ii) promoción y fomento (art. 40), sancionando a quien promueva el cultivo, el tráfico ilícito, la fabricación o el uso indebido de drogas (penas de seis a diez años de prisión y multa equivalente de $1.300 a $13.000 aproximadamente);[63] y iii) facilitación de medios (art. 41), que sanciona

---

58 La tipificación del delito de posesión para el consumo contrasta con la regulación de otros Estados de la región que han optado por despenalizar o reducir significativamente las sanciones por posesión para el consumo personal. En tal sentido, en el documento final aprobado en Ungass 2016 se incluyó, dentro de las recomendaciones operacionales sobre la reducción de la demanda y medidas conexas, incluida la prevención y el tratamiento, así como otras cuestiones relacionadas con la salud: "i) Reconocer que la drogodependencia es un trastorno de la salud complejo en el que intervienen múltiples factores, que se caracteriza por su naturaleza crónica y recurrente con causas y consecuencias sociales y que se puede prevenir y tratar, por ejemplo mediante programas de tratamiento, atención y rehabilitación eficaces basados en datos científicos, incluidos programas de base comunitaria, y fortalecer la capacidad de postratamiento, rehabilitación, recuperación y reinserción social de las personas con trastornos relacionados con el consumo de sustancias, entre otras, según proceda, mediante asistencia para su reincorporación efectiva al mercado laboral y mediante otros servicios de apoyo" (Asamblea General de las Naciones Unidas, *op. cit.*).

59 Cabe señalar que desde antes de la emisión de la Ley contra la Narcoactividad, la doctrina nacional se mostraba crítica ante la legislación penal que criminalizaba el consumo de drogas. Así, el Código Penal, en su artículo 87, numeral 7, considera al sujeto toxicómano como *peligroso*, para los efectos de la aplicación de medidas de seguridad. Ante ello, el autor nacional Guillermo Alfonso Monzón Paz explicaba: "De capital importancia es el estudio del uso o consumo de drogas, fármacos o estupefacientes, ya que modernamente la persona que ejecuta cualquiera de esos actos es considerada en la doctrina como un verdadero enfermo que necesita tratamiento especializado mediante el internamiento en un centro de readaptación, y no como un delincuente cuya conducta merece la aplicación de una sanción" (*Introducción al derecho penal guatemalteco, parte especial*, Guatemala, Impresiones Gardisa, 1980, p. 162).

60 Regula el artículo 39 que tipifica el delito: "Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho surja la convicción de que la droga es para uso personal".

61 Comisión Nacional para la Reforma de la Política de Drogas, *op. cit.*, p. 31.

62 De 1,7 a 34,5 salarios mínimos, aproximadamente.

63 De 3,4 a 34,5 salarios mínimos, aproximadamente.

a quien posea, fabrique, transporte o distribuya equipo, materias o sustancias para la realización de cualquiera de las conductas prohibidas por los delitos mencionados, o quien proporcione, use o destine un inmueble para fabricar, elaborar, extraer, almacenar, cultivar, vender, suministrar o consumir drogas (penas de cinco a diez años de prisión y multa equivalente de $1.300 a $13.000 aproximadamente).[64]

Cabe destacar que el delito de promoción o estímulo a la drogadicción prohíbe, específicamente, la mera inducción al consumo, dejando de lado todo lo relativo al expendio, suministro o comercialización ilícita de drogas, así como la facilitación de condiciones para la fabricación, distribución o consumo, pues tales conductas son parte de los otros tipos penales incluidos en el cuerpo legal bajo análisis.

En cuanto al delito de promoción y fomento, la ley sanciona a quien promueva la comisión de las distintas conductas ilícitas asociadas al narcotráfico, es decir, quien impulse o tome la iniciativa para su realización (según la acepción que sobre el término ofrece el *Diccionario de la Lengua Española*), sin llegar a ser inductor, en tanto este último es considerado y sancionado en la legislación nacional como autor (art. 36, num. 2, del Código Penal), entendiendo que se trata de dos conceptos distintos.

En tal sentido, la figura del promotor, no incorporada a la legislación penal general, sería deducible por medio de los actos externos ejecutados, como proporcionar el inmueble para el cultivo, el vehículo para el transporte, el local para el almacenamiento o los instrumentos para la fabricación o venta; tales actos se encuentran incorporados al tipo de facilitación de medios, tratándose de una descripción más amplia que engloba toda clase de equipos, materias o sustancias para ejecutar las conductas prohibidas. En todo caso, encuadrarían en el tipo de promoción y fomento las acciones que no incluyan equipos, materias o sustancias, pudiendo ser, por ejemplo, promoción mediante la contribución del capital necesario para adquirir tales elementos.

De igual forma, en lo referente al mero fomento al consumo, la tipificación incurre en duplicidad de conductas sancionadas, pues además del tipo de promoción y fomento, el delito de promoción o estímulo a la drogadicción sanciona a quien promueva el uso indebido de drogas.

Cabe agregar que la facilitación de medios comparte con el tipo de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito el verbo transportar, lo que ha generado distintos problemas al momento de intentar encuadrar una u otra conducta; ante ello, la jurisprudencia nacional ha intentado dilucidar la controversia atendiendo a la finalidad y a las condiciones personales del sujeto activo.

64 *Ibid.*

En sentencia del 4 de noviembre de 2014 (expediente 479-2014), la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, en su función de tribunal de casación, consideró:

> Dada la insuficiencia de los elementos apartados en la investigación para interpretar y valorar el hecho acreditado, así como las dificultades que surgen de la ley de la materia al incluir en varios delitos el mismo verbo rector de contenido amplio como el de "transportar", resulta imperioso modificar la calificación jurídica al tipo más favorable para la imputada, en virtud de que únicamente se acreditó la actividad de tráfico en el sentido de trasiego (trasporte de droga), específicamente quinientos gramos de marihuana, sin que se aportaran elementos adicionales para aplicar un delito más severo como el del comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, cuyos verbos rectores están orientados no solo al trasiego, sino al comercio activo y amplio de la droga en sus distintas fases de producción, distribución y consumo. Lo que supone acreditar grandes volúmenes de droga y establecer otras condiciones personales del sindicado, tales como su condición socioeconómica, pues de otra forma se estaría aplicando un delito y una pena drástica a quienes son simples instrumentos (transportadores), tras los que se ocultan los verdaderos traficantes.[65]

En cuanto a la obtención o facilitación ilegal de drogas, la normativa incluye otros delitos: i) alteración (art. 42), que sanciona a quien obtenga drogas mediante alteración o falsificación de recetas médicas, así como a quien aplique drogas a otro sin fines terapéuticos ni prescripción médica (penas de dos meses a cuatro años de prisión y multa equivalente de $22 a $1.300 aproximadamente, agravándose de tres a seis años de prisión y multa equivalente de $650 a $13.000 aproximadamente, en el caso de que la persona a quien se aplique la droga no haya prestado su consentimiento o fuere menor de edad);[66] ii) expendio ilícito (art. 43), referido a quien estando autorizado para el expendio de sustancias medicinales que contengan drogas, las expidiere sin receta médica o en especie, calidad o cantidad distinta a la indicada en la receta (penas de tres a cinco años de prisión y multa equivalente de $260 a $1.300 aproximadamente);[67] y iii) receta o suministro, que sanciona al facultativo que recete o suministre drogas que no son acordes con el tratamiento terapéutico del paciente (penas de tres a cinco años de prisión y multa equivalente de $260 a $1.300 aproximadamente).[68]

En lo que concierne al producto del delito, la ley tipifica el delito de transacciones e inversiones ilícitas (art. 45), mediante el cual sanciona las transacciones mercantiles efectuadas con dinero o productos provenientes de las actividades ilícitas previstas por el mismo cuerpo normativo (penas de 6 a 20 años de prisión y multa equivalente de

---

65 En sentido similar, las sentencias de 18 de enero de 2011 (expediente 653-2009) y de 20 de junio de 2011 (expediente 469-2010).

66 De 0,07 a 3,4 salarios mínimos, y de 1,7 a 34,5 salarios mínimos, aproximadamente.

67 De 0,7 a 3,4 salarios mínimos, aproximadamente.

68 *Ibid*.

$6.500 a $650.000 aproximadamente).[69] En todo caso, se trata de un antecedente del delito de lavado de dinero u otros activos, que en la legislación nacional se incorporó a un cuerpo normativo específico que en forma amplia sanciona la inversión, conversión, transferencia, adquisición, posesión, administración, tenencia, utilización o cualquier transacción financiera con bienes o dinero proveniente de la comisión de un delito, así como toda conducta dirigida a impedir la determinación de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de aquellos (Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, art. 2, penas de 6 a 20 años de prisión y multa equivalente al valor de los bienes, instrumentos o productos del delito).

En materia de criminalidad organizada, dado el contexto en el que se ejecutan los delitos bajo estudio, la Ley contra la Narcoactividad incluye el tipo de asociaciones delictivas (art. 47), figura que posteriormente fue incluida en la Ley contra la Delincuencia Organizada (art. 4), sancionando a quien participe o integre asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito o que, después de constituidas, promuevan su comisión (pena de seis a ocho años de prisión).[70]

Asimismo, la Ley contra la Narcoactividad tipifica el delito de procuración de impunidad o evasión (art. 48), referido a funcionarios o empleados públicos que estando encargados de investigar, juzgar o custodiar a personas vinculadas con los delitos recogidos en dicho cuerpo normativo, contribuyan a la impunidad o evasión del detenido (art. 48); en cualquier caso, la conducta sancionada se incorporó al tipo penal de obstrucción a la justicia, contenido en el artículo 9 de la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Por último, en materia de encubrimiento, la Ley contra la Narcoactividad recoge dos tipos específicos: i) encubrimiento real, que sanciona a quien con el fin de conseguir algún provecho para sí o para un tercero, después de cometido alguno de los delitos asociados al narcotráfico, sin concierto previo oculte, adquiera o reciba dinero, valores u objetos provenientes de aquella conducta ilícita (penas de tres a cinco años de prisión y multa de $130 a $13.000 aproximadamente);[71] y ii) encubrimiento personal, referido a quien, luego de haberse cometido algunos de los delitos previstos en la ley, sin concierto previo ayudare al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o a

69 De 17,2 a 1.724,1 salarios mínimos, aproximadamente.

70 El objeto de este cuerpo normativo es establecer las medidas necesarias para prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada, para lo cual tipifica conductas delictivas imputables a quienes integren o participen en organizaciones criminales, regulando también métodos especiales de investigación en esta materia. El artículo 2 indica qué debe entenderse por grupo delictivo organizado u organización criminal, refiriendo que es cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más de los delitos taxativamente previstos en la ley, dentro de los cuales se incluye, en primer término, los contenidos en la Ley contra la Narcoactividad.

71 De 0,3 a 34,5 salarios mínimos, aproximadamente.

sustraerse de la acción de esta (penas de tres a cinco años de prisión y multa de $130 a $13.000 aproximadamente).[72]

Del análisis de las penas contenidas en la Ley contra la Narcoactividad, cabe destacar la desproporcionalidad existente, en tanto los delitos más gravemente sancionados (tránsito internacional y comercio, tráfico y almacenamiento ilícito) refieren penas mínimas (12 años de prisión) similares a la establecida para el homicidio (15 años, Código Penal, art. 123) e incluso mayores que la regulada para la violación (8 años, Código Penal, art. 173); asimismo, las penas máximas (20 años) se asemejan a las señaladas para el tipo de ejecución extrajudicial (30 años, Código Penal, art. 132 Bis), o hasta mayores que las reguladas para determinados tipos como lesiones gravísimas (diez años, Código Penal, art. 146 del) o violación (12 años).[73]

Por otro lado, resalta el gran margen de discrecionalidad que la regulación deja en manos de los jueces, en tanto regula parámetros amplios para la aplicación de las penas sin que se determine qué aspectos o elementos deben ser tomados en cuenta para imponer el mínimo o máximo previstos (por citar un ejemplo, el delito de comercio, tráfico y almacenamiento ilícito incluye una pena de 12 a 20 años de prisión y multa de $6.500 a $130.000 aproximadamente, sin mayores referencias a cuestiones que deban ser ponderadas para su aplicación).

### 2.2. Aspectos procesales

En el ámbito de la persecución y el enjuiciamiento de los delitos asociados al tráfico ilícito de drogas, el Código Procesal Penal (CPP) incluye la normativa general aplicable. En tal sentido, destaca en primer término la creación de los tribunales con competencia específica en la materia (jueces de narcoactividad, art. 45), aunque en la práctica, estos delitos son conocidos por los jueces competentes para toda clase de ilícitos penales.[74]

La normativa procesal refleja el enfoque prohibicionista de la política criminal imperante en materia de drogas, en tanto incorpora regulación dirigida a la sanción y

---

72 *Ibid*.

73 En el documento final aprobado en Ungass 2016 se incluyó (dentro de las recomendaciones operacionales sobre cuestiones intersectoriales: las drogas y los derechos humanos, los jóvenes, los niños, las mujeres y las comunidades) lo siguiente: "l) Promover políticas, prácticas y directrices nacionales proporcionadas en lo que respecta a la imposición de penas a los delitos relacionados con las drogas, de modo que la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad de los delitos y que se tengan en cuenta factores tanto atenuantes como agravantes" (Asamblea General de las Naciones Unidas, *op. cit*.).

74 Para evitar una confrontación abierta con lo dispuesto legalmente, los órganos jurisdiccionales son denominados como juzgados o tribunales en materias "penal, narcoactividad y delitos contra el ambiente"; no obstante, la intención del legislador era que estos delitos fueran conocidos por jueces especializados. En el caso del Ministerio Público, desde su Ley Orgánica, Decreto 40-94, se incluye a la Fiscalía de Delitos de Narcoactividad como órgano específico para investigar y perseguir tales ilícitos.

represión de este tipo de delitos, excluyendo la aplicación de medidas desjudicializadoras que permiten al Ministerio Público abstenerse del ejercicio de la acción penal al considerar que el asunto no revela mayor afectación al interés general. En efecto, el criterio de oportunidad (art. 25) se encuentra expresamente prohibido para el caso de los delitos de narcoactividad, incluido el de posesión para el consumo.[75]

Por otro lado, el CPP excluye la aplicación de cualquier medida sustitutiva de la prisión preventiva en procesos incoados por delitos de narcoactividad (art. 264), incluida la posesión para el consumo, de manera que se regula una prisión preventiva obligatoria sin importar si para el caso concreto se hace necesaria una medida de coerción de tal naturaleza.[76]

Por último, cabe hacer relación de los métodos especiales de investigación aplicables en casos de delitos de narcoactividad. Así, la Ley contra la Delincuencia Organizada dispone tres métodos específicos: i) operaciones encubiertas (arts. 21-34), cuyo diseño y ejecución están destinados a obtener información o evidencias que permitan el enjuiciamiento de las personas ligadas a la delincuencia organizada;[77] ii) entregas vigiladas (arts. 35-47), referidas al transporte y tránsito de drogas, estupefacientes u otras sustancias, materiales u objetos prohibidos, que ingresen, circulen o salgan del país, bajo la estricta

---

75 Por su parte, la figura de la suspensión condicional de la persecución penal (art. 27) es aplicable a toda clase de delitos cuya pena máxima no exceda los cinco años de prisión, de manera que de los tipos incluidos en la Ley contra la Narcoactividad se posibilitarían los siguientes: posesión para el consumo, promoción o estímulo a la drogadicción, alteración, expendio ilícito, receta o suministro, encubrimiento real y personal. La diferencia sustancial con el criterio de oportunidad es que la figura de la suspensión condicional de la persecución penal exige someter al sindicado a un régimen de prueba de dos a cinco años (es decir, incluso mayor que la pena prevista para el delito de que se trate), dirigido a "mejorar su condición moral, educacional y técnica".

76 La Corte de Constitucionalidad ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la prisión preventiva obligatoria, aunque no referida directamente al caso de los delitos de narcoactividad, habiendo indicado: "la utilización obligatoria de la prisión preventiva acarrea, entre otras, dos cuestiones específicas que es menester destacar: a) desconoce la naturaleza cautelar de la medida, pues su utilización, al no atender ya a los supuestos que revelen la necesidad de su aplicación, deja de obedecer al fin de asegurar el eficaz resultado del proceso; y b) se impide al juez apreciar el carácter imprescindible de su uso, ignorando si en el caso concreto concurren o no aquellos supuestos legalmente exigidos. De esa cuenta, la aplicación obligatoria de la referida medida de coerción incide en la afectación, para todos los casos de que se trate, de la libertad personal, sin importar si en la situación específica del imputado se hace necesario o no imponer tal restricción. […] Aunado a ello, al no atender a su naturaleza precautoria y excepcional, la prisión preventiva obligatoria hace recaer en el procesado los efectos derivados de la pena que cabe imponer al responsable de la conducta que se le imputa, es decir que su utilización incumple la exigencia de un trato como inocente que establece la Constitución en favor de aquel" (Sentencia de 8 de febrero de 2011, expediente 1994-2009).

77 La autorización será emitida por el fiscal general de la República, quien mediante resolución fundada dispone la actuación de funcionarios de policía como agentes encubiertos, con el fin de que se involucren en las actividades de una determinada organización criminal, proveyendo información útil para su desarticulación; los agentes, cuya intervención en la operación será voluntaria, podrán asumir identidades y roles ficticios, pero les está expresamente prohibida la provocación de delitos. La autorización emitida será para un plazo de seis meses, renovable siempre que el plazo total de la operación no exceda de un año. Quienes actúen como agentes encubiertos e intervengan en actividades delictivas quedarán exentos de responsabilidad penal, civil y administrativa en tanto cuenten con la debida autorización y no se extralimiten en las actividades para las que están autorizados. La información obtenida durante el desarrollo de la operación deberá quedar documentada para los efectos de su corroboración.

vigilancia o seguimiento de las autoridades con el fin de descubrir las vías de tránsito, el modo de entrada y salida del territorio nacional, el sistema de distribución y comercialización, la obtención de elementos probatorios, la identificación y el procesamiento de los organizadores, transportadores, compradores, protectores y demás partícipes de las actividades ilegales,[78] y iii) interceptación, grabación y reproducción de comunicaciones orales, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares (arts. 48-71).[79]

## 3. Conclusiones

El problema de las drogas ilícitas en Guatemala se centra, principalmente, en el traslado de este tipo de sustancias, derivado de la posición geográfica del país, al configurar paso obligado de la droga en su tránsito de Suramérica a Norteamérica.

La formulación de políticas públicas específicas en materia de drogas ilícitas data de la instalación de la Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas (CCATID), creada por la Ley contra la Narcoactividad (1992); sin embargo, las políticas propuestas se han definido, especialmente, en torno a la reducción del consumo interno, a pesar de no revestir el problema de fondo.

La política criminal imperante en materia de drogas ilícitas en Guatemala se ha basado en el enfoque prohibicionista, penalizando toda actividad relacionada con la producción, la fabricación, el uso, la tenencia, el tráfico y la comercialización de drogas, incluido el consumo, lo que se proyecta en los ámbitos normativo, sustantivo y procesal.

La tipificación del delito de posesión para el consumo en la legislación guatemalteca conlleva abordar el problema de la adicción a las drogas desde la perspectiva penal, obviando que esta situación concreta configura un asunto de orden sanitario; aunado a ello, la tipificación de tal conducta denota la intención del legislador de tutelar la salud

78 La autorización será emitida por el fiscal general de la República a solicitud del fiscal encargado del caso. El fiscal general deberá identificar en su resolución el hecho que se investiga, la justificación del uso de la medida, fundamentado en la probabilidad de que los procedimientos ordinarios de investigación no sean eficaces, los métodos que se autorizan para documentar la información y el detalle de las sustancias, bienes u objetos que se pondrán en circulación, especificando si intervienen o no agentes encubiertos. La operación deberá quedar debidamente documentada, mediante grabaciones de voces o imágenes, fotografías u otros métodos técnico-científicos.

79 Para el efecto, el fiscal encargado del caso deberá solicitar autorización judicial, exponiendo las razones que determinen la necesidad e idoneidad de la medida; de considerarlo procedente, el juez emitirá auto fundado en el que especifique los números de teléfono, las frecuencias, las direcciones electrónicas u otros datos que permitan identificar el medio de comunicación cuya interceptación autoriza. La resolución individualizará a las personas afectadas por la medida, en caso de saberlo, y el plazo por el que se autoriza la interceptación, el que no puede ser mayor de 30 días prorrogables. Los resultados de la medida serán informados periódicamente al juez. El fiscal deberá disponer la transcripción de las comunicaciones útiles y relevantes para la investigación, excluyendo cualquier información personal o íntima.

del individuo contra su propia voluntad y libertad, reflejando la inexistencia de un bien jurídico específico que amerite la protección penal.

Resulta imperativo indagar sobre alternativas posibles que permitan reconducir la política criminal en materia de drogas ilícitas para paliar el principal problema existente, es decir, el tráfico de estas sustancias, incluidos los graves efectos sobrevinientes, que en el caso guatemalteco se reflejan en la violencia derivada de la lucha por dominar las rutas de transporte; para ello, es menester formular propuestas concretas que ponderen aspectos y elementos no analizados desde la perspectiva prohibicionista.

## Bibliografía


Asamblea General de las Naciones Unidas, *Proyecto de resolución presentado por el Presidente de la Asamblea General. Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas*, trigésimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 14 de abril de 2016.

Barriga Bedoya, Franklin, *Iberoamérica: armonización legislativa en el contexto de las drogas*, Quito, Instituto Ecuatoriano de Estudios para las Relaciones Internacionales, 2008.

Cobo del Rosal, Manuel y Carlos Zabala López-Gómez, *Blanqueo de capitales, abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales)*, Madrid, Cesej, 2005.

Colussi, Marcelo, *Despenalización de las drogas: realidades y perspectivas en Guatemala*, Guatemala, Instituto de Problemas Nacionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2013.

Comisión contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, *Política nacional contra las adicciones y el tráfico ilícito de drogas*, Guatemala, Vicepresidencia de la República, 2009.

Comisión Global de Políticas de Drogas, *Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces*, 2014.

Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *El financiamiento de la política en Guatemala*, Guatemala, Cicig, 2015.

Comisión Nacional para la Reforma de la Política de las Drogas, *Informe analítico sobre el problema de las drogas en Guatemala*, Guatemala, Gobierno de la República, 2014.

Escobar, Raúl Tomás, *El crimen de la droga*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995.

González Cauhapé-Casaux, Eduardo, *Apuntes de derecho penal guatemalteco*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 2003.

Gutiérrez, Edgar y Claudia Méndez, "Guatemala hoy. La reconfiguración cooptada sobre instituciones fallidas", en Luis Jorge Garay Salamanca y Eduardo Salcedo-Albarán, *Narcotráfico, corrupción y Estados: cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones en Colombia, Guatemala y México*, México, Debate, 2012, pp. 111-124.

International Crisis Group, "Guatemala: narcotráfico y violencia", *Informe sobre América Latina*, núm. 39, Washington, 11 de octubre de 2011.

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *Informe 2014*, Nueva York, Naciones Unidas, 2015.

Martí Guilló, José Eduardo, *El problema del tráfico y tránsito de drogas en Guatemala y su impacto en la sociedad*, Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 2003.

Monzón Paz, Guillermo Alfonso, *Introducción al derecho penal guatemalteco, parte especial*, Guatemala, Impresiones Gardisa, 1980.

Organización de los Estados Americanos, *Declaración de Antigua, Guatemala: por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las américas*, OEA, 6 de junio de 2013.

_____, *Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las drogas en las américas*, OEA, 19 de septiembre de 2014.

Peacock, Susan y Adriana Beltrán, *Poderes ocultos: grupos ilegales armados en la Guatemala post conflicto y las fuerzas detrás de ellos*, Washington, Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), 2006.

Sección de asuntos antinarcóticos y aplicación de la ley, *Informe de estrategia: fiscalización internacional de estupefacientes,* vol. *Control de drogas y productos químicos*, Washington, Departamento de Estado de Estados Unidos, 2015.

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, *El problema de las drogas en las Américas*, Washington, OEA, 2013.

Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Seguridad, *Reporte estadístico diciembre 2016*, Guatemala, Consejo Nacional de Seguridad, 2016.

Universidad Rafael Landívar, "Despenalizar las drogas: señuelo o propuesta justificada", *Plaza Pública*, 2015.

UNODC, *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe: una evaluación de las amenazas*, Viena, UNODC, 2012.

## Jurisprudencia

Constitución Política de la República de Guatemala.

Código Penal, Decreto 17-73.

Código Procesal Penal, Decreto 51-92.

Ley contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto 67-2001.

Ley contra la Delincuencia Organizada, Decreto 21-2006.

Ley contra la Narcoactividad, Decreto 48-92.

Ley de Extinción de Dominio, Decreto 55-2010.
Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto 40-94.
Sentencia de 8 de febrero de 2011 (expediente 1994-2009) de la Corte de Constitucionalidad.
Sentencia de 18 de enero de 2011 (expediente 653-2009) de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.
Sentencia de 20 de junio de 2011 (expediente 469-2010) de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.
Sentencia de 4 de noviembre de 2014 (expediente 479-2014) de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

# COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y NARCOTRÁFICO EN MÉXICO

*Javier Dondé Matute*

**RESUMEN.** La principal relación que México tiene en materia de cooperación internacional con Estados Unidos de América es la de extradición, especialmente en temas de narcotráfico. Sin embargo, dicha cooperación presenta diferentes problemas, como la aplicación de figuras del *Common Law* que no tienen un referente en México, violaciones de derechos humanos y la falta de coordinación entre autoridades. En este texto se aborda la actuación de las autoridades en la aplicación del marco jurídico internacional de narcotráfico, se analiza si la reforma en derechos humanos ha permeado en la cooperación internacional, así como los problemas de la cooperación internacional en materia de narcotráfico, como el principio de doble criminalidad y *conspiracy*.

**Palabras clave:** extradición, narcotráfico, derechos humanos, cooperación internacional, *conspiracy*.

**ABSTRACT.** The main relationship that Mexico has in the area of international cooperation with the United States is that of extradition, especially with regard to drug trafficking. However, this cooperation presents different problems, such as the application of common law concepts that have no referent in Mexico, human rights violations, and the lack of coordination between authorities. This work addresses the actions taken by the authorities in applying the international legal framework related to drug-trafficking. It analyzes whether human rights reforms have permeated international cooperation, as well as the problems of international cooperation in the area of drug-trafficking, such as the principle of dual criminality and conspiracy.

**Keywords:** Extradition, drug trafficking, human rights, international cooperation, conspiracy.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

## Introducción

El objetivo del presente trabajo es hacer seguimiento al estudio realizado en el libro *Extradición y debido proceso*,[1] en donde se argumentó que los procesos de extradición son un espacio para ampliar el poder punitivo estatal. También retoma lo establecido en el libro *Cooperación internacional en materia penal*,[2] que originalmente tuvo como meta sistematizar el marco normativo de asistencia jurídica internacional en el tema penal, con miras a la implementación del sistema acusatorio en México.

Con base en estos dos antecedentes se retoma el estudio de la cooperación internacional[3] dentro del contexto del narcotráfico, siguiendo la temática del presente libro. En el libro *Extradición y debido proceso* se detectó que México tiene una relación casi exclusivamente bilateral con Estados Unidos en materia de cooperación internacional. Asimismo, esta relación gira en torno a temas de narcotráfico.[4] También se detectó que en los procesos de extradición y en procesos alternativos a esta, como las deportaciones y expulsiones, hay una variedad de violaciones de los derechos humanos. Estos dos hallazgos de investigación se adoptarán como premisas en este trabajo y son guías que serán mencionadas esporádicamente.

Los objetivos del presente trabajo son tres. En primer lugar, se busca delimitar el marco jurídico internacional en materia de narcotráfico que rige en México, por tanto, no se estudiarán los tratados internacionales y los demás cuerpos normativos generales que pudieran tener relevancia en temas de narcotráfico. Parte importante de este aspecto será evaluar la actuación de las autoridades en la aplicación del marco jurídico internacional en la materia.

En segundo lugar, se pregunta si la reforma en derechos humanos ha tenido alguna relevancia en materia de cooperación internacional.[5] Como una nota metodológica es importante mencionar que el sigilo que muchas veces guardan las autoridades impide que se logre hacer este análisis de forma completa; consecuentemente, el estudio se llevará a cabo desde los criterios del Poder Judicial de la Federación, donde hay mayor apertura.

---

1 Javier Dondé Matute, *Extradición y debido proceso*, México, Inacipe/Tirant Lo Blanch, 2011.

2 Javier Dondé Matute, *Cooperación internacional en materia penal,* México, Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, 2013.

3 Se empleará el concepto de cooperación internacional para englobar a la extradición con la asistencia mutua en materia penal.

4 A lo largo de este trabajo se usará indistintamente el término narcotráfico y delitos contra la salud, que es la nomenclatura usualmente utilizada en México, siguiendo la denominación dada a estos delitos en el Código Penal Federal.

5 La "reforma en derechos humanos" se refiere a la modificación en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que eleva a rango constitucional los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Las autoridades y los juzgadores tienen la obligación de realizar una interpretación conforme a los derechos humanos de la Constitución y tratados internacionales, atendiendo al principio propersona.

En tercer lugar, se hará seguimiento a algunas de las problemáticas que en el caso particular del narcotráfico se detectaron en los estudios previos mencionados. Destaca el gradual desvanecimiento del principio de doble criminalidad y el caso de la asociación delictiva como equivalente a la *conspiracy*.

Con base en los objetivos anteriores, es oportuno hacer algunas precisiones metodológicas. En un primer momento, el estudio se basará en la recolección de tratados internacionales en materia de narcotráfico. A continuación se realizará un seguimiento de su aplicación a través de peticiones de información a través del sistema de acceso a la información pública gubernamental. Estas dos fuentes de información se sistematizarán y analizarán de conformidad con los objetivos planteados.[6] Por último, cabe notar que el ámbito temporal de análisis es del 10 de junio de 2011 (fecha en la que entró en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos) y el 10 de junio de 2015.

La estructura de este trabajo será la siguiente. Primero, se hará una breve descripción del proceso de extradición pasiva en México y de la normatividad relacionada con la asistencia mutua en materia penal, para destacar los rasgos característicos y contextualizar al lector.

Posteriormente, se desarrollará la temática en dos partes, una dedicada a los actores del Poder Ejecutivo y otra dedicada a la intervención del Poder Judicial de la Federación.

Dentro del primer apartado se desarrollará lo relativo a la extradición pasiva, concentrándose en reportar la información otorgada por la Procuraduría General de la República (PGR) y la Secretaría de Relaciones Exteriores, los dos principales actores gubernamentales en el proceso de extradición. En este mismo tenor se desarrollará el tema de la extradición temporal. Por último, se abordará el análisis de la asistencia mutua en materia penal.

El desarrollo del segundo apartado está dedicado a la intervención del Poder Judicial de la Federación. Siguiendo la temática que se ha expuesto en esta introducción, se abordarán los criterios que sobre el tema de la extradición se han esgrimido desde la entrada en vigor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, con la intención de ver si esta ha tenido un impacto al respecto. Esta parte del estudio se realizará con base en la jurisprudencia y los amparos emblemáticos.[7]

---

6 Como se verá a lo largo del estudio, la obtención de información pública llevó a hallazgos de investigación distintos a los planteados.

7 El amparo es un medio de control constitucional cuyo objeto es reparar las violaciones de garantías que un determinado acto de autoridad genera sobre la esfera jurídica del gobernado que lo promueva, con el fin de restituirlo en el pleno goce de los derechos fundamentales que le hayan sido violados (Suprema Corte de la Justicia de la Nación, "Acto reclamado que formalmente subsiste pero cuyo objeto o materia dejó de existir. La causa de improcedencia establecida en la fracción XVII del artículo 73 de la Ley de amparo se actualiza cuando los efectos de aquel no han afectado la esfera jurídica del quejoso y se modifica el entorno en el cual fue emitido, de modo que la

## 1. Breve descripción del proceso de extradición en México

El presente apartado se incluye en este estudio para dejar claro cuál es el mecanismo de extradición en México. Se incorpora la extradición pasiva solamente, pues los procedimientos de extradición activa dependen de los procesos internos de cada país al que México le solicite la entrega de alguna persona.

El procedimiento puede iniciar con la manifestación del Estado requirente de presentar una petición formal de extradición, en la que solicite al Estado mexicano medidas cautelares.[8] Dicha petición deberá expresar el delito por el que se solicitará la extradición y la declaración de que la persona cuenta con una orden de aprehensión en el extranjero.

También es posible que la autoridad extranjera inicie directamente el procedimiento mediante la petición formal de extradición, la cual deberá contener los requisitos que marca el artículo 16 de la Ley de Extradición Internacional o el tratado internacional correspondiente.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que esta es la etapa inicial en el proceso de extradición. La segunda etapa comienza con la admisión de la petición por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores.[9]

Una vez admitida la solicitud, la Secretaría enviará la petición a la Procuraduría General de la República para que promueva, ante un juez de Distrito, la detención de la persona y cualquier otra medida precautoria solicitada.[10] Una vez detenida la persona, se le dará garantía de audiencia para que solicite su libertad caucional y alegue lo que considere.[11] En seguida, el juez de Distrito deberá emitir una opinión sobre la procedencia de la extradición.[12] Con la emisión de esta opinión concluye la segunda etapa en el proceso de extradición.[13] La última etapa inicia con la recepción del expediente en la Secretaría de Relaciones Exteriores y concluye con la emisión de la resolución final de extradición.[14]

Al intervenir dos instancias del Poder Ejecutivo –la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la República–, y el Poder judicial de la Federación

---

protección que en su caso se concediera carecería de efectos", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, tesis 2ª/J.181/2006, registro 173858, diciembre de 2006, p. 189).

8 Ley de Extradición Internacional, artículo 17.

9 Suprema Corte de la Justicia de la Nación, "Extradición, procedimiento de fases procesales", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tesis 1ª/XXXIX/95, Registro 200452, octubre de 1995.

10 Ley de Extradición Internacional, artículo 21.

11 *Ibid.*, artículos 24-26.

12 *Ibid.*, artículo 29.

13 Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 1995, *op. cit.*

14 Ley de Extradición Internacional, artículos 29-30; Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 1995, *op. cit.*

a través de los juzgados de Distrito, se puede decir que se trata de un procedimiento mixto.[15]

Por otro lado cabe mencionar, para efectos del presente estudio, que el 4 de mayo de 1978 fue modificado el Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos, para incorporar la extradición diferida y temporal.

El artículo 15 (2) reformado señala:

> La Parte Requerida después de conceder una solicitud de extradición formulada de conformidad con este Tratado, podrá entregar temporalmente a una persona *que haya recibido una sentencia condenatoria* en la Parte Requerida, con el fin de que esa persona pueda ser procesada en la Parte Requirente, *antes o durante el cumplimiento de la sentencia en la Parte Requerida*. La persona así entregada deberá permanecer en custodia en la Parte Requirente y deberá ser devuelta a la Parte Requerida al término del proceso, de conformidad con las condiciones determinadas por acuerdo entre las Partes, para ese efecto (cursivas fuera de texto).

De lo anterior se desprenden algunas consideraciones importantes para el presente estudio. En el caso de la extradición temporal, el Estado requirente puede solicitar la extradición de una persona que se encuentre sentenciada en el Estado requerido. Presumiblemente, la solicitud deberá ser negada si la persona aún no recibe una sentencia condenatoria. Es posible que el procedimiento inicie durante el trámite del proceso penal en el Estado requerido, pero la persona no podrá entregarse hasta que no se dicte sentencia. Igualmente, se debe suponer que el delito por el que se pide la extradición no puede ser basado en los mismos hechos por los que se llevó el proceso en el Estado requerido, dado que el propio tratado establece una prohibición *non bis in idem*. De hecho, la redacción es interesante, por lo que se transcribe: "No se concederá la extradición cuando el reclamado haya sido sometido a proceso o haya sido juzgado y condenado o absuelto por la parte requerida por el mismo delito en que se apoye la solicitud de extradición".[16]

De la redacción se desprende que si el proceso penal que se lleva en el Estado requerido es por los mismos hechos, deberá negarse de inmediato la extradición, sin esperar a que se dicte sentencia, pues la persona ya estaría siendo sometida a un proceso por dicha conducta.

Además de la extradición, existen los mecanismos de asistencia mutua en materia penal. Sin embargo, hay una escasa regulación al respecto en la legislación nacional. En el Código Nacional de Procedimientos Penales solamente se dice que las solicitudes de

15 Guillermo Colín Sánchez, *Procedimientos de extradición*, México, Porrúa, 1993, p. 13.

16 Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América (Tratado de Extradición México-EUA), artículo 6.

cooperación deberán presentarse por escrito[17] y venir acompañadas de una traducción al español, si hubieran sido tramitadas en idioma extranjero.[18] Asimismo, no requerirán de homologación, salvo que haya una "ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos".[19] Los requisitos particulares de la solicitud deberán estar incluidos en los tratados particulares, lo cual explica que la legislación nacional no prevea mayor regulación al respecto.[20]

## 2. Poder Ejecutivo Federal

### 2.1. Consideraciones en torno a la extradición pasiva

Antes de iniciar el análisis de las respuestas obtenidas a través del sistema de acceso a la información es importante hacer unas aclaraciones metodológicas.

Como se vio en el apartado anterior, en el proceso de extradición pasiva participan dos instancias del Poder Ejecutivo. Por un lado, la Procuraduría General de la República que tramita la extradición ante los juzgados de Distrito y, por otro, la Secretaría de Relaciones Exteriores que recibe la solicitud del Estado extranjero y resuelve en definitiva la procedencia de la petición. Esto permite realizar peticiones de información a ambas instancias y cruzar los datos.

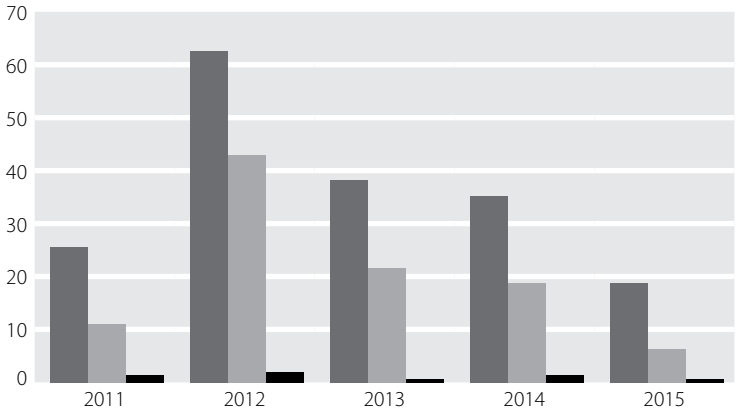
Derivado de lo anterior, se puede llegar a los primeros hallazgos de esta investigación. Por un lado, la Procuraduría General de la República reporta los delitos por los cuales se ha otorgado la extradición, dato que no aporta la Secretaría de Relaciones Exteriores. Por su parte, esta última presenta cifras relacionadas con los amparos que se tramitaron en contra de las resoluciones de extradición, en lo que fue omisa la primera instancia.

Adicionalmente, destaca que del año 2011 al 2015, la Procuraduría reporta muchos más casos de extradiciones por delitos contra la salud que la Secretaría. No se trata de una diferencia marginal, ya que en los años 2013 y 2014 la cifra es casi del doble. Adicionalmente, se reportan extradiciones a España (2011), Argentina, Reino Unido (2012) y Holanda (2014). Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores solamente reporta extradiciones a Estados Unidos por delitos contra la salud (gráfica 1).

17 Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 441.
18 *Ibid.*, artículo 78.
19 *Ibid.*, artículo 79.
20 *Ibid.*, artículo 443.

La diferencia es abismal, pues en el lapso de 5 años que abarca este estudio hubo 184 extradiciones en total, según las cifras de la PGR, que fue la que aportó información sobre entregas a países distintos de Estados Unidos. Cabe destacar que no se reporta una sola extradición a países de América Latina, cuando pudiera pensarse que hubiera una cooperación más activa con países de la región que comparten la problemática del narcotráfico.

**GRÁFICA1. Extradición a Estados Unidos (PGR)**




**Fuente:** documento en los archivos del autor.

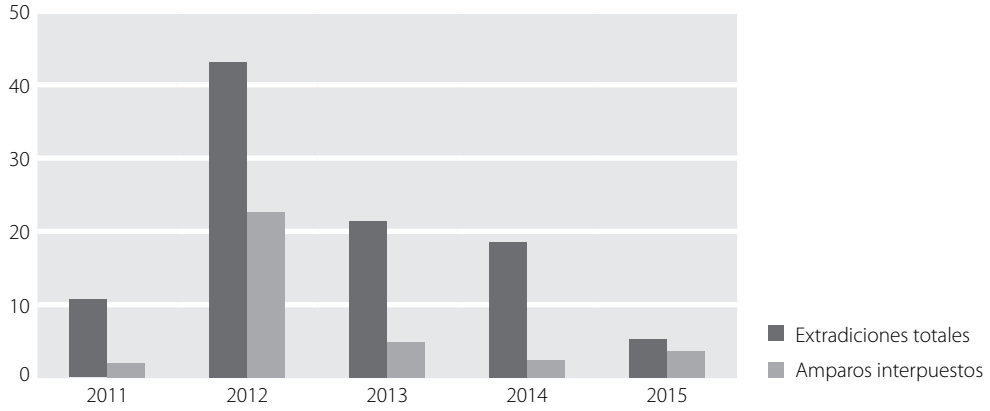
Con respecto a la información aportada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, también se destaca que hay un número muy limitado de impugnaciones en contra de sus resoluciones de extraditar por delitos contra la salud. En el 2012 solamente se impugnaron 26 de 44 resoluciones, el año en que la relación es más estrecha (gráfica 2).

No se podría llegar a una conclusión en torno a la razón por la cual no hay impugnaciones más frecuentes. Podría ser porque se trata de extradiciones voluntarias o porque el acto se ejecuta irreparablemente ante una entrega rápida a las autoridades extranjeras. Lo cierto es que esto limita la capacidad del Poder Judicial de la Federación de hacer una revisión desde la óptica constitucional y aplicar los nuevos parámetros derivados de la reforma en materia de derechos humanos. Hay que recordar que si bien dicho análisis pudiera hacerse en la opinión que emiten los juzgados de Distrito, este no es vinculante.

También podría afirmarse que las instancias del Ejecutivo tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad como indica el artículo 1 constitucional.[21] Sin

[21] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución o Constitución Federal), artículo 1, parágrafo 3. "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar,

**GRÁFICA 2. Extradiciones totales en comparación con los amparos interpuestos**




**Fuente:** documento en los archivos del autor.

embargo, como el texto de las resoluciones de extradición no es información pública, no hay forma de constatar el cumplimiento de esta disposición.

Como se mencionó, la Procuraduría General de la República aportó datos sobre los delitos materia de las extradiciones. Al respecto vale la pena mencionar algunos casos concretos vinculados a la doble criminalidad y a los delitos que pueden dar motivo a la extradición de conformidad con el Tratado de Extradición México-EUA.

Esto se encuentra regulado en el artículo 2 (1) de este tratado: "Darán lugar a la extradición conforme a este Tratado las conductas intencionales que, encajando dentro de cualquiera de los incisos del Apéndice, sean punibles conforme a las leyes de ambas Partes Contratantes con una pena de privación de la libertad cuyo máximo no sea menor de un año".

Entonces, tienen que reunirse dos condiciones con respecto al delito que motiva la extradición. Por un lado, la conducta debe ser punible en ambos Estados y, por otro, debe estar contemplada en el listado de delitos que se anexa al tratado.

En por lo menos dos casos, la Procuraduría General de la República hace referencia a la "participación continua en una empresa criminal" o "involucramiento en una empresa criminal". Esto parece ser una referencia a las leyes RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations).[22] Aunque se pudiera argumentar que el equivalente en México es la delincuencia organizada, en el Apéndice al Tratado de Extradición

proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

22 18 United States, Code sec, 1961. Disponible en: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1961.

México-EUA no se hace referencia a ninguno de estos dos delitos, por lo que no se cumpliría con este requisito.

Adicionalmente, no se explica por qué la Procuraduría General de la República reporta casos en los cuales se concedió la extradición por delincuencia organizada, como si fuera un delito distinto a la participación o involucramiento en una empresa criminal.

Sin embargo, hay casos más dramáticos. En alguna ocasión se reporta que se otorgó la extradición por "financiamiento y uso de un túnel que cruza una frontera internacional". Esta conducta por sí misma no es delictiva en México o en Estados Unidos. En todo caso se le debe vincular a otro delito como la exportación de sustancias prohibidas.[23] Sobra decir que, además, dicha conducta no está prevista en el Apéndice al Tratado de Extradición México-EUA.

Otro caso ejemplificador es la extradición por "viajar interestatalmente para un comercio interestatal con la intención de promover la actividad ilegal". Esta es una referencia al caso *U.S. vs López,*[24] en el que se reafirmó que un delito que se comete cruzando fronteras estatales es de competencia federal. Consecuentemente, no se trata de un delito al que se pudiera hacer referencia para evaluar el cumplimiento del artículo 2 del Tratado de Extradición México-EUA. Se trata de una regla de competencia entre delitos estatales y federales. En este caso sucede algo parecido a lo anterior, ya que una regla de competencia no puede ser el sustento para dar por cumplido el requisito de doble criminalidad.

Por último, está el caso de la llamada asociación delictuosa.[25] Otorgar la extradición por este delito tiene complicaciones similares a los casos ya expuestos, con la diferencia de que es un delito que se menciona con mucha frecuencia.

La asociación delictuosa se ha usado como un equivalente para la *conspiracy* que opera en los sistemas anglosajones. Antes de analizar esta situación, es importante establecer el antecedente normativo. El artículo 2 (4) del Tratado de Extradición México-EUA indica: "Bajo las condiciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3, la extradición también será concedida: a) por la tentativa de cometer un delito; la asociación para prepararlo y ejecutarlo; o la participación en su ejecución".

En la versión en inglés de este tratado, la palabra asociación se traduce como *conspiracy*. El Código Penal Federal establece como una forma de autoría el acordar la comisión de un delito.[26] Por su parte, en el derecho penal de Estados Unidos se trata de

---

23 Código Penal Federal, artículo 194, fracción II.

24 Supreme Court of the United States, *United States v. López,* 514 U.S. 549, 1995.

25 Para encontrar críticas adicionales al uso de la asociación delictuosa como equivalente a la *conspiracy* y posibles soluciones al problema, ver Dondé Matute, 2011, *op. cit.*, pp. 69-72.

26 Código Penal Federal, artículo 13, fracción I: "Son autores o partícipes del delito: […] Los que acuerden o preparen su realización".

un delito autónomo.[27] Si bien no puede exigirse una relación exacta entre los elementos del delito en los dos Estados que participan del proceso de extradición, esta no puede otorgarse cuando hay una diferencia sustancial.

El Código Penal Federal exige que haya por lo menos tres personas que se ponen de acuerdo para delinquir.[28] Por su parte, la *conspiracy t*an solo requiere un acuerdo de voluntades entre dos personas y un acto externo (*overt act*).[29] El efecto práctico de que el acuerdo sea una forma de autoría en el derecho penal mexicano, y que la *conspiracy* sea un delito en Estados Unidos es el mismo y hay una similitud: penalizar los conciertos para delinquir.

Sin embargo, que tengan naturalezas jurídicas diversas tiene efectos más allá de la violación al principio de doble criminalidad. La identificación del delito es relevante para determinar si se trata de un delito político o militar,[30] si la persona ya fue procesada previamente (*non bis in idem*),[31] si el delito ya prescribió,[32] si es aplicable la pena de muerte[33] o si se da cumplimiento al principio de especialidad.[34]

Como se mencionaba al principio, el uso prevalente de la *conspiracy* en Estados Unidos tiene un impacto en la extradición, pues un número considerable de peticiones otorgadas son con base en esta figura, aunque puede ir acompañada de otros delitos, no siempre de forma aislada (gráfica 3).

Así, a diferencia de los casos curiosos mencionados más arriba, el de la asociación delictuosa es alarmante por el número tan elevado de violaciones al Tratado de Extradición México-EUA.

En contraparte, en lo relativo a las extradiciones solicitadas por México por delitos contra la salud, la Procuraduría General de la República solamente reporta un total de nueve casos en el periodo marcado para este estudio. De estos, seis fueron entregas realizadas por Estados Unidos.[35] Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores reporta un total de seis extradiciones por delitos contra la salud en el mismo periodo, de las cuales cinco fueron entregas de Estados Unidos y uno de Italia. Cabe notar que de

---

27 Model Penal Code, Section 5.03, Criminal Conspiracy. Disponible en: http://individual.utoronto.ca/dubber/web/website/inchoate/Model_Penal_Code.htm.

28 Código Penal Federal, artículo 168: "Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa".

29 Model Penal Code, secc. 5.03, *op. cit.*

30 Tratado de Extradición México - EUA, artículo 5.

31 *Ibid.*, artículo 6.

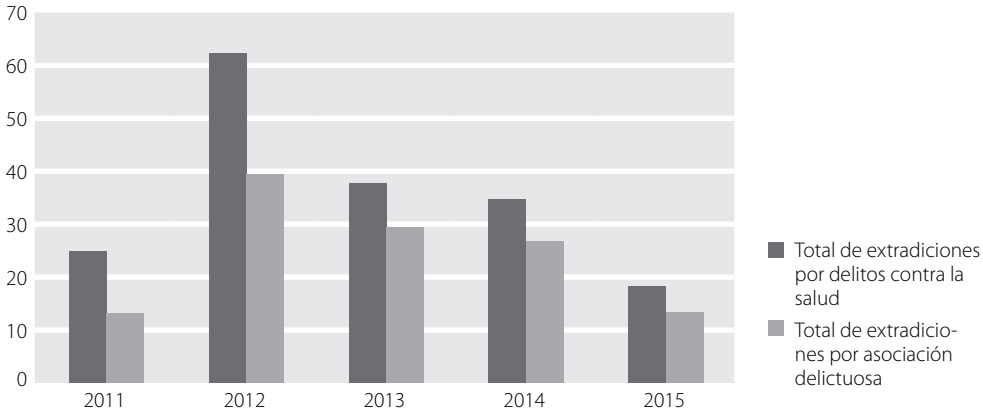
32 *Ibid.*, artículo 7.

33 *Ibid.*, artículo 8.

34 *Ibid.*, artículo 17.

35 Documento en los archivos del autor.

**GRÁFICA 3. Total de extradiciones por delitos contra la salud en comparación con el total de extradiciones por asociación delictuosa**




**Fuente:** documento en los archivos del autor.

estas, cuatro siguen en trámite (todas de Estados Unidos).[36] Es importante señalar que no se reportaron entregas por ninguno de los delitos mencionados en este apartado, de forma notable ninguna entrega por asociación delictuosa. Asimismo, en estos casos hay extradiciones otorgadas a México por un país de América Latina; se trata de dos entregas provenientes de Guatemala.

## 2.2. Consideraciones en torno a la extradición temporal

Como se mencionó, hay una disposición expresa que regula la extradición temporal entre México y Estados Unidos. En este rubro también hay algunas discrepancias pues la Secretaría de Relaciones Exteriores no reporta que se haya entregado[37] o recibido[38] a alguna persona mediante este procedimiento en el lapso previsto para este estudio. Por su parte, la Procuraduría reporta un caso del 2013 en el que una persona fue entregada mediante esta figura a México;[39] igualmente, no hay registros de personas entregadas por delitos contra la salud a Estados Unidos por este medio.[40]

Si bien pudiera pensarse que este dato es correcto, dado que las extradiciones temporales no son comunes, en ocasiones se tienen noticias de personas que están siendo

36 *Idem.*
37 *Idem.*
38 *Idem.*
39 *Idem.*
40 *Idem.*

procesadas en México y son súbitamente entregadas a Estados Unidos, sobre todo en casos vinculados al narcotráfico.

### 2.3. Consideraciones en torno a la asistencia mutua en materia de narcotráfico

Como se anunció en la introducción, este trabajo busca delimitar el marco jurídico nacional en materia de narcotráfico. En este sentido, México ha suscrito 28 tratados internacionales de asistencia mutua en materia penal, incluyendo el tratado regional de la Organización de los Estados Americanos (OEA).[41] Sin embargo, estos tratados no se consideran por ser generales y no exclusivos del narcotráfico.

Por su parte, se han ratificado 31 tratados bilaterales de cooperación en materia de narcotráfico. Estos acuerdos internacionales son el producto de las negociaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. En términos generales, estos tratados establecen cooperación en los siguientes rubros: frenar la demanda de estupefacientes y psicotrópicos, erradicar cultivos y destruir laboratorios para la fabricación de estas sustancias, detener y perseguir actividades vinculadas al narcotráfico (presumiblemente lavado de dinero, financiamiento de actividades ilícitas, entre otras) y elaborar instrumentos legales para darle cumplimiento a las obligaciones anteriores.

Lo que es relevante de estos tratados es que establecen un marco jurídico básico (que deberá complementarse con disposiciones a nivel nacional) relativo a la investigación y persecución de los delitos contra la salud, pero también establecen medidas de prevención, lo cual es una excepción al marco jurídico esencialmente represivo en la materia.

En consecuencia, resulta interesante saber qué han hecho las autoridades del Ejecutivo Federal para implementar internamente estos tratados. Por tanto, se solicitó a diversas instancias del Gobierno federal que indicaran qué acciones han realizado para darle cumplimento a estos acuerdos internacionales. Los resultados básicamente arrojan que no ha habido acciones de cumplimiento.

La Secretaría de Relaciones Exteriores se declaró no competente para dar respuesta a la solicitud de información, no obstante que está dentro de sus funciones dirigir la política exterior del país.[42] En virtud de la temática de estos tratados se recomienda solicitar información a la Procuraduría General de la República, a la Secretaría de Salud y a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.[43]

41 Para un análisis de los contenidos de estos tratados, ver Dondé Matute, 2013, *op. cit.*, pp. 83-96.
42 Secretaría de Relaciones Exteriores, *Reglamento Interior*, artículo 2, fracción II, 2009.
43 Documento en los archivos del autor.

Por su parte, la Procuraduría General de la República respondió en un primer momento que dentro de sus funciones está la "investigación y persecución de los delitos".[44] Si bien esto es correcto, algunas de las obligaciones derivadas de estos tratados están vinculadas con estas atribuciones, por ejemplo, la persecución de actividades vinculadas al narcotráfico, la erradicación de cultivos y la destrucción de laboratorios. Adicionalmente, la propia Procuraduría General de la República tiene facultades de prevención del delito según su ley orgánica.[45] No obstante, en un segundo momento se detalló la información solicitada, como se verá más adelante.

De forma similar, la Secretaría de Salud reporta que la solicitud de información fue remitida a la Comisión Nacional contra las Adicciones, al Centro Nacional para la Prevención y Control de las Adicciones y a la Dirección General de Relaciones Exteriores de la propia dependencia; sin embargo, en ningún caso se reporta el cumplimiento de estos tratados. Solamente se sugiere hacer la consulta a la Secretaría de Relaciones Exteriores.[46]

Por último, la Policía Federal, a través del comisionado Nacional de Seguridad reporta la inexistencia de la información solicitada.[47] No obstante, la Constitución Federal señala que la seguridad pública comprende la prevención de los delitos, así como su investigación y persecución;[48] y lo propio hace la ley de la materia.[49]

Como se desprende de la información otorgada por estas instancias, no hay una coordinación entre los distintos Estados que han suscrito acuerdos de colaboración en materia de narcotráfico con México. Parece haber una confusión en cuanto a las facultades de las instancias y la obligación de cada una para cumplir con estas disposiciones internacionales. Esto no significa que estas acciones no se lleven a cabo, simplemente que no hay evidencia de que se realicen de forma coordinada con otros Estados.

## 3. Poder Judicial de la Federación

A diferencia del apartado anterior, en el caso de los tribunales federales es posible hacer un análisis cualitativo, pues mientras que hay mucho sigilo en torno a las decisiones del Poder Ejecutivo, las sentencias y resoluciones judiciales solamente están sujetas a las restricciones de las redacciones públicas. Consecuentemente, en este rubro es posible hacer mayores referencias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

---

44 *Ibid*.
45 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, arts. 5, fracción XVI; 11, fracción II y 27.
46 Documento en los archivos del autor.
47 *Ibid*.
48 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21, párrafo 9.
49 Ley de la Policía Federal, artículos 5 y 8, fracción I.

No obstante estas aclaraciones, las primeras observaciones son de carácter cuantitativo. En primer lugar, destaca que en lo que va de la 10ª época[50] solamente hay 15 tesis relacionadas con la extradición y ninguna con la asistencia mutua en materia penal. De estos criterios solamente tres abordan cuestiones de fondo, el resto versa sobre problemas de procedimiento en el amparo. También es interesante notar que ninguno de estos criterios ha sido emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), todos son de tribunales colegiados de circuito.

El primer criterio que resulta importante revisar establece que la suplencia de la queja en materia de amparo aplica cuando lo que se impugna es una ley.[51] La suplencia de la queja[52] normalmente aplica en materia penal; sin embargo, este criterio acepta que el procedimiento de extradición tiene consecuencias penales por el hecho de que se afecta la libertad de la persona.[53] Esto representa una variante en los criterios de la Suprema Corte que había establecido el carácter eminentemente administrativo del procedimiento de extradición en detrimento del debido proceso en materia penal.[54]

Si bien este criterio va en contra de lo sostenido por la Suprema Corte, se puede argumentar que la reforma constitucional de derechos humanos pudo haber motivado el cambio. En todo caso, la Suprema Corte debería confirmarlo. Es importante mencionar que por lo menos otro tribunal colegiado ha reiterado este criterio En el amparo en revisión 93/2012 se expresan estas ideas con claridad: "…si bien es cierto que el acto reclamado emana de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, también lo es que afecta la libertad personal del quejoso y, por ende, aunque formalmente sea de naturaleza administrativa el procedimiento del que emana, materialmente su contenido es penal".[55]

---

50 La jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación se clasifica por épocas. Cada vez que haya un cambio sustancial en el marco constitucional nacional se toma la decisión de iniciar una nueva época, en el entendido de que las reformas pueden traer cambios importantes en los criterios judiciales. En este caso, la 10ª época se inaugura con la entrada en vigor de la reforma constitucional de derechos humanos, en nuevo régimen de amparo y la incorporación del sistema penal acusatorio.

51 Tribunales Colegiados de Circuito, *Extradición internacional aun cuando el requerido no tiene la calidad de indiciado, procesado o sentenciado, opera en su favor la suplencia de la queja en el juicio de amparo contra el procedimiento relativo, incluso cuando durante su desarrollo se impugne la inconstitucionalidad de una ley*. 10ª época, Registro 2000357, marzo de 2012, p. 1136.

52 La suplencia de la queja es una institución del derecho de amparo por el cual se autoriza al juez suplir la omisión o imperfección de la demanda y otorgar el amparo solicitado por una violación de garantías en perjuicio del quejoso y este, por error o ignorancia, no lo hizo valer en sus conceptos de violación.

53 Ver Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Amparo en revisión 155/2011*, 10 de noviembre de 2011, p. 27.

54 Ver Primera Sala, Extradición internacional. Los artículos 24, 25 y 30 de la ley relativa que regulan dicho procedimiento administrativo no violan la garantía de audiencia. 9ª época, Registro 167509, abril de 2009, p. 580.

55 Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Amparo en revisión 93/2012*, 7 de junio de 2012, p. 42.

Cabe notar que en este último amparo en revisión se solicitó la extradición por delitos contra la salud.[56]

No obstante este alentador criterio, que si se desarrolla permitiría considerar todos los derechos humanos aplicables al proceso penal a los casos de extradición, el vínculo con la reforma constitucional de derechos humanos no está presente. Dicho de otra manera, estos cambios de criterio no se argumentan con base en criterios de interpretación (propersona) o con base en un mecanismo de control de convencionalidad.

Por el contrario, en el amparo en revisión 93/2012, el uso del principio propersona resulta relevante. En este caso, el acto reclamado era la detención con fines de extradición, que el quejoso consideró se había prolongado de forma ilegal. A esto, el tribunal colegiado respondió que los tratados internacionales no impiden que exista la prisión preventiva; por el contrario, la Convención Americana de Derechos Humanos permite a los Estados establecer las condiciones para la imposición de esta medida cautelar.[57] La prisión preventiva cobra importancia en los casos de extradición porque, de lo contrario, no se estaría en posibilidades de cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas de entregar a las personas.[58]

Lo que resulta interesante del caso es que el tribunal colegiado pretende aplicar el principio propersona, pero lo hace en detrimento de la persona detenida.[59] Aunque no queda claro de la argumentación cómo es que este principio hermenéutico puede perjudicar a alguien, se puede deducir que los magistrados le dieron más importancia a las obligaciones entre Estados que a los derechos humanos, así como a impedir que la persona reclamada se evada.[60]

Ciertamente, puede haber razones válidas para imponer la prisión preventiva. Sin embargo, lo que evade en su argumentación el tribunal colegiado es que esta se encuentra sujeta a condiciones específicas, las cuales no se analizan. También es verdad que los Estados pueden imponer en su legislación las condiciones para la prisión preventiva, pero estas igualmente deben sujetarse a los requisitos que marcan los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Este análisis tampoco se lleva a cabo. Así entonces, aunque el tribunal narra los pasos por seguir para una interpretación conforme, según los criterios de la Suprema Corte,[61] su aplicación resulta por demás deficiente, al omitir un estudio parcial de la prisión preventiva y su aplicación al caso de la extradición.

---

56 *Ibid.*, p. 6.
57 *Ibid.*, p. 67.
58 *Ibid.*, p. 61.
59 *Ibid.*, p. 69.
60 *Idem*.
61 *Ibid.*, pp. 36-38.

Por último, en un esfuerzo por presentar un informe exhaustivo, cabe mencionar que hay indicios de que el Poder Judicial de la Federación sigue avalando el uso del *conspiracy* como equivalente a la asociación delictuosa o la delincuencia organizada.[62] En el procedimiento de extradición 5/2015-I,[63] en el que Estados Unidos solicitó la extradición por dos cargos de *conspiracy* para traficar con metanfetaminas, la opinión judicial ya habla de "asociación delictuosa".[64] No obstante, al hacer el análisis de doble criminalidad, el marco normativo de referencia es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.[65] Aunque esta opinión es solo una muestra, hace suponer que sigue habiendo incongruencias al aplicar las descripciones típicas y los delitos en el análisis de doble criminalidad.

## 4. Conclusiones

Del presente estudio se pueden desprender algunas conclusiones de la práctica en materia de cooperación internacional y narcotráfico en México (aunque muchas de estas conclusiones son aplicables a otro tipo de delitos).

Se concluye que la cooperación internacional es casi exclusivamente bilateral, pues los casos involucran principalmente a Estados Unidos. Esto causa extrañeza, pues pudiera pensarse en una colaboración más estrecha con otros países de América Latina, sobre todo con aquellos que comparten esta misma problemática.

Un problema que causa esta relación bilateral es que se aplican figuras del *Common Law* que no tienen un referente en México. Esta situación puede solucionarse, pero debió haberse previsto desde la firma del Tratado de Extradición México-EUA. La falta de voluntad para resolver estas discrepancias genera que se incumpla, o mínimamente, flexibilice el criterio de doble criminalidad en los casos de *conspiracy.* Como se observó de las estadísticas presentadas, el problema no es menor, pues este delito es la base de la gran mayoría de las extradiciones a Estados Unidos.

En asuntos de asistencia mutua en materia penal existen otros problemas. Para empezar, el marco jurídico nacional es escaso y no permite regular adecuadamente la

62 Dondé Matute analiza la sentencia de amparo en revisión 1267/2013 de la Suprema Corte, que ha sido la base de varias violaciones de derechos humanos en materia de extradición (2011, *op. cit.*, pp. 139-154).

63 Juzgado Sexto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, *Procedimiento de extradición*, 7 de septiembre de 2015. Esta opinión fue emitida en el caso de Ismael Zambada Imperial, hijo de Ismael "El Mayo" Zambada, quien se señala como líder del cartel de Sinaloa.

64 *Ibid.*, p. 8.

65 *Ibid.*, p. 18. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada tiene por objeto establecer reglas para la investigación, la persecución, el procesamiento, la sanción y la ejecución de las penas, por los delitos cometidos por un grupo de tres o más personas organizadas para perpetrar crímenes.

complejidad de esta práctica. Si bien hay varios tratados bilaterales que regulan esta materia, el Código Nacional de Procedimientos Penales dedica muy pocos artículos a esta colaboración, por lo que resulta insuficiente.

En el caso de los tratados bilaterales de asistencia mutua en materia penal dedicados exclusivamente al narcotráfico, se concluye que hay varias medidas de prevención que pudiera ser importante implementar de forma conjunta entre los Estados firmantes. Sin embargo, las instituciones mexicanas que estarían a cargo de implementar estos acuerdos no reportan colaboración alguna. Parece que la firma de estos acuerdos es meramente simbólica. Además, evidencia una falta de coordinación entre las instancias del Poder Ejecutivo, ya que cada una sostiene que la otra es la responsable de implementar estos tratados.

Es lastimoso que no exista esta colaboración, ya que muchas de las medidas previstas en estos tratados aluden a la prevención del delito. Al no implementarse, por lo menos de forma conjunta, prevalecen las medidas represivas como la extradición y la obtención de pruebas en el extranjero.

Por último, no hay evidencias contundentes de que la reforma constitucional en materia de derechos humanos haya permeado al ámbito de la cooperación internacional. Si bien es cierto, no se pudieron obtener resoluciones de extradición emitidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, las sentencias del Poder Judicial de la Federación llevan a dicha conclusión.

Las sentencias son escasas desde que entró en vigor la reforma constitucional de derechos humanos, y la Suprema Corte no ha intervenido. Esta intervención sería útil para unificar criterios y determinar los alcances de los derechos humanos en la cooperación internacional. Es importante destacar que los tribunales colegiados han abierto la posibilidad de que los derechos humanos relacionados con el proceso penal sean aplicables a los casos de extradición. No se desprende que este cambio haya sido consecuencia de la reforma de derechos humanos, pero coincide con la 10ª época. A futuro será importante ver qué alcance tienen estos criterios y si son avalados por la Suprema Corte.

En términos generales, se puede afirmar que desde que se publicaron los dos estudios que precedieron a este, poco ha cambiado. El incipiente reconocimiento de las consecuencias penales de la extradición es un aspecto positivo al que vale la pena darle seguimiento.

## Bibliografía


Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Ley de Extradición Internacional*, última reforma DOF 18-05-1999, 1999.

Colín Sánchez, Guillermo, *Procedimientos de extradición*, México, Porrúa, 1993.

Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, México, Inacipe/Tirant Lo Blanch, 2011.

_____, *Cooperación internacional en materia penal,* México, Instituto de Formación Profesional de la PGJDF, 2013.

Juzgado Sexto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, *Procedimiento de extradición*, 7 de septiembre de 2015.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Amparo en revisión 93/2012*, 7 de junio de 2012.

Primera Sala, Extradición internacional. Los artículos 24, 25 y 30 de la ley relativa que regulan dicho procedimiento administrativo no violan la garantía de audiencia, 9ª época, Registro 167509, abril de 2009.

Secretaría de Relaciones Exteriores, *Reglamento Interior*, artículo 2, fracción II, 2009.

Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Amparo en revisión 155/2011*, 10 de noviembre de 2011.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación, "Extradición, procedimiento de fases procesales", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* novena época, tesis 1a. XXXIX/95, Registro 200452, octubre de 1995.

Suprema Corte de la Justicia de la Nación, "Acto reclamado que formalmente subsiste pero cuyo objeto o materia dejó de existir la causa de improcedencia establecida en la fracción XVII del artículo 73 de la Ley de amparo se actualiza cuando los efectos de aquel no han afectado la esfera jurídica del quejoso y se modifica el entorno en el cual fue emitido, de modo que la protección que en su caso se concediera carecería de efectos", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, tesis 2ª/J.181/2006, registro 173858, diciembre de 2006.

Supreme Court of the United States, *United States v. López,* 514 U.S. 549, 1995.

Tribunales Colegiados de Circuito, "Extradición internacional aun cuando el requerido no tiene la calidad de indiciado, procesado o sentenciado, opera en su favor la suplencia de la queja en el juicio de amparo contra el procedimiento relativo, incluso cuando durante su desarrollo se impugne la inconstitucionalidad de una ley", 10ª época, Registro 2000357, marzo de 2012.

# DROGAS Y PELIGRO EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN MÉXICO

*Gustavo Fondevila*

**RESUMEN.** En este artículo se aborda la forma en que los jueces en México procesan los casos de drogas mediante una metodología empírica de análisis de casos judiciales (después de la reforma procesal penal). No se trata de conocer las sentencias, sino más bien, los patrones de tratamiento o de castigo judicial de delitos de drogas en los tribunales –en términos de política pública–. El artículo no está orientado a los casos federales de narcotráfico conectados al crimen organizado, sino a los delitos de salud pública que no están asociados a ningún tipo de comercialización (narcotráfico o narcomenudeo), sino al consumo directo, es decir, aquellos donde la única "víctima" del delito es el consumidor, que es al mismo tiempo la persona detenida y procesada judicialmente. Los datos parecen apuntar a que los jueces siguen usando la categoría de "peligrosidad" para no aplicar salidas alternas al proceso regular, permitidas (y alentadas) en el nuevo proceso penal en México.

**Palabras clave:** decisiones judiciales, drogas, salud pública, políticas públicas, peligrosidad, soluciones alternas.

**ABSTRACT.** This article addresses the way in which judges in Mexico process drug cases through an empirical judicial case analysis methodology (after the criminal procedure reform). This does not entail learning about the decisions, but rather the courts' patterns of treatment or punishments of drug crimes – in terms of public policy. The article is not oriented to federal drug trafficking cases connected to organized crime, but rather to public health crimes that are not associated with any type of commercialization (drug trafficking or small-scale drug dealing), and direct consumption, that is, cases in which the only "victim" of the crime is the consumer, who is, at the same time, the one who is arrested and judicially prosecuted. The data suggest that judges continue to use the category of "dangerousness" in order to avoid applying alternative outcomes, which are allowed (and encouraged) in the new criminal procedure in Mexico.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Keywords:** Judicial decisions, drugs, public health, public policies, dangerousness, alternate solutions.

## Introducción

Desde la declaración de "guerra al narcotráfico" del Gobierno de Calderón (2006) y la implicación masiva de las Fuerzas Armadas en el enfrentamiento al crimen organizado dedicado al tráfico de drogas,[1] han aumentado considerablemente los estudios sobre drogas en México. La literatura académica ha cubierto el amplio espectro que va desde la salud pública,[2] la historia del narcotráfico,[3] hasta la militarización de la seguridad pública.[4] Sin embargo, en ese amplio universo de estudio hay todavía un déficit muy importante: el análisis de las políticas judiciales sobre la materia, y, sobre todo, las decisiones de los jueces frente a los casos de drogas. Posiblemente, el vacío se deba a la falta de datos sobre el tema (a la dificultad de conseguirlos), a la extendida creencia de que los códigos penales (y procesales) impiden demasiada discrecionalidad en las decisiones judiciales y quizás, a que el problema de las drogas es un asunto de salud pública, seguridad (policial y de procuración de justicia), prevención, etc., pero no necesariamente de impartición de justicia. Aunque a nivel de política pública, desde 2012 se ha comenzado a incluir la formación de "tribunales de drogas" en los planes de la Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana de la Secretaría de Gobernación (2013),[5] hasta la fecha no hay ninguna evaluación de su funcionamiento (ni comparaciones posibles con los tribunales ordinarios). Y por lo tanto, no ha tenido impacto en la discusión sobre el tema.

Frente a esto, conocer la forma de procesar judicialmente los delitos de salud pública resulta fundamental para entender el funcionamiento de las políticas públicas en materia de drogas. Porque una política de encarcelamiento masivo y, su contraria, de despenalización de las drogas (en cualquiera de sus modalidades), necesita no solo de una legislación e instituciones públicas acordes (desde cárceles hasta centros de rehabilitación), sino de un sistema judicial que sancione "paradójicamente" en el mismo sentido de la política pública. ¿Pero es posible conocer la forma en que los jueces procesan los casos de drogas? No se trata de conocer las sentencias, sino más bien, la forma en que

1 Discurso de Felipe Calderón en la presentación del gabinete de seguridad, 30 de noviembre de 2006.

2 Villatoro *et al*., "El consumo de drogas en México: resultados de la Encuesta Nacional de Adicciones, 2011", *Salud mental*, vol. 35, núm. 6, 2012, pp. 447-457.

3 Guillermo Valdés, *Historia del narcotráfico en México*, México, Aguilar, 2013.

4 Juan Manuel Palacios Sandoval, "Militarización, seguridad nacional y seguridad pública en México", *Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. 6, núm. 18, 2015, pp. 183-222.

5 Tribunales de drogas, Secretaría de Gobernación (Segob). Disponible en: http://www.gobernacion.gob.mx/es_mx/SEGOB/Subsecretaria_de_Prevencion_y_Participacion_Ciudadana.

los jueces utilizan todas las posibilidades legales en ese tipo de casos. El único modo de conocer los patrones de tratamiento o de castigo judicial de delitos de drogas es a través del análisis de expedientes judiciales. Y la pregunta de investigación es ¿cómo tratan los jueces penales los delitos de salud pública? Obviamente, la interrogación no apunta a los casos federales de narcotráfico asociados con regularidad al crimen organizado. Por el contrario, se trata de analizar los delitos de salud pública que no están asociados a ningún tipo de comercialización (narcotráfico o narcomenudeo), sino al consumo directo, es decir, aquellos donde la única "víctima" del delito es el consumidor que es al mismo tiempo, la persona detenida y procesada judicialmente.

## La reforma penal

En 2008 se inició una reforma constitucional del sistema de justicia penal para reemplazar el sistema inquisitivo por uno acusatorio (en un periodo de ocho años).[6] El nuevo sistema introdujo los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. En términos procesales se crearon las siguientes figuras: a) juez de garantías (control de la legalidad de la detención y actuación del ministerio público durante la investigación, imposición de medidas cautelares); b) tribunal oral (tres jueces sin conocimiento previo del caso); c) medios alternos de resolución de controversias (acuerdos reparatorios, suspensión del proceso a prueba y juicios abreviados). La idea general era hacer más eficiente el proceso judicial, hacerlo más rápido, darle transparencia, descomprimir los sistemas judicial y carcelario, etc.

## 1. Contexto de investigación

El aparato bibliográfico sobre el tema de drogas en México ha tenido una notable expansión en los últimos años, tanto desde el punto de vista general de las adicciones,[7] como de abuso sexual[8] y violencia sexual,[9] consumo entre adolescentes,[10] consumo de alcohol

6 Congreso de la Unión, *Reforma Constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública*, proceso legislativo, 18 de junio de 2008. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf.

7 Elena Media Mora *et al.*, "Del siglo XX al tercer milenio. Las adicciones y la salud pública: drogas, alcohol y sociedad", *Salud mental*, vol. 24, núm. 4, 2001, pp. 3-19.

8 Estela Rojas Guiot y Jorge Villatoro Velázquez, "Prevalencia de abuso sexual en estudiantes y su relación con el consumo de drogas", *Salud pública de México*, vol. 40, núm. 3, 1998, pp. 221-233.

9 Luciana Ramos Lira *et al.*, "Violencia sexual y problemas asociados en una muestra de usuarias de un centro de salud", *Salud pública de México*, vol. 43, núm. 3, 2001, pp. 182-191.

10 Elena Medina Mora *et al.*, "Consumo de drogas entre adolescentes: resultados de la Encuesta Nacional de Adicciones, 1998", *Salud pública de México*, vol. 45, 2003, pp. 16-25.

y tabaco en transición a otras drogas,[11] factores de riesgo[12] y hasta se dispone de una encuesta nacional de adicciones desde 2002 con información empírica actualizada hasta el 2015.[13] Esto no necesariamente incluye los estudios relacionados con la salud pública que ya tenían cierta tradición en el país.

Frente a esto, el gran aumento de la atención académica se ha dado en el ámbito de las políticas de seguridad pública relacionadas con el tráfico de las drogas,[14] la seguridad y los cambios políticos (Velasco, 2005),[15] la crisis de seguridad,[16] la Iniciativa Mérida,[17] el incremento dramático de la violencia[18] y, por supuesto, el creciente proceso de militarización de la seguridad pública.[19]

Las líneas más importantes de la discusión están centradas en la reacción del Estado frente al narcotráfico: políticas de seguridad pública y, dentro de ellas, la militarización de la respuesta estatal. Como temas importantes fuera de la línea principal de debate se encuentran el rol de los medios de comunicación,[20] droga y cultura,[21] legislación y

11 Magdalena Herrera Vásquez, "Inicio en el consumo de alcohol y tabaco y transición a otras drogas en estudiantes de Morelos, México", *Salud pública de México*, vol. 46, núm. 2, 2004, pp. 132-140.

12 Ever Rebolledo, Neris de Medina y Sandra Pillon, "Fatores de riscos associados ao uso de drogas entre estudantes adolescentes", *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, núm. 12, 2004, pp. 369-375; Bruno Negrete y Raúl García Aurrecoechea, "Factores psicosociales de riesgo de consumo de drogas ilícitas en una muestra de estudiantes mexicanos de educación media", *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 24, núm. 4, 2008, pp. 223-232.

13 Secretaría de Salud e Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (Inegi), *Encuesta Nacional de Adicciones (ENA)*, 2002. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/espanol/proyectos/metadatos/encuestas/ena.asp?s=est&c=7095&e=18.

14 Luis Astorga, "México: tráfico de drogas, seguridad y terrorismo", en René Jiménez Ornelas (ed.), *Violencia y seguridad pública. Una propuesta institucional*, México, UNAM, 2006; César Oyarvide, "La guerra contra el narcotráfico en México: debilidad del Estado, orden local y fracaso de una estrategia", *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 50, 2011, pp. 5-35; Juan Carlos Montero, "La estrategia contra el crimen organizado en México: análisis del diseño de la política pública", *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 20, núm. 39, 2012, pp. 7-30.

15 José Luis Velasco, "Drogas, seguridad y cambio político en México", *Nueva Sociedad*, núm. 198, 2005, pp. 89-101.

16 Raúl Benítez Manaut, "La crisis de seguridad en México", *Nueva Sociedad*, núm. 220, 2009, pp. 173-189.

17 Carlos Rico, "La Iniciativa Mérida y el combate nacional al crimen organizado", *Foreign Affairs en Español*, vol. 8, núm. 1, 2008, pp. 3-13; Jorge Chabat, *La Iniciativa Mérida y la relación México-Estados Unidos: en busca de la confianza perdida*, México, CIDE, 2010; José María Ramos, "Gestión de la seguridad en la frontera norte e Iniciativa Mérida: antecedentes y desafíos", en *Migración y seguridad: nuevo desafío en México,* México, Cadese, 2011, pp. 73-90.

18 Guillermo Pereyra, "México: violencia criminal y guerra contra el narcotráfico", *Revista mexicana de Sociología*, vol. 74, núm. 3, 2012, pp. 429-460; Marcelo Bergman, "La violencia en México: algunas aproximaciones académicas", *Desacatos*, núm. 40, 2012, pp. 67-76.

19 Lucía Dammert y John Bailey, "¿Militarización de la seguridad pública en América Latina?", *Foreign Affairs en español*, vol. VII, núm. 2, 2007, pp. 61-70; Marcos Moloeznik, "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito", *Nueva Sociedad*, núm. 213, 2008, pp. 156-169; José Luis Cisneros, "El cáncer del narcotráfico y la militarización de la seguridad pública", *El Cotidiano*, vol. 161, núm. 161, 2010, pp. 47-54; Marcos Moloeznik y María Eugenia Suárez de Garay, "El proceso de militarización de la seguridad pública en México (2006-2010)", *Frontera Norte*, vol. 24, núm. 48., 2012, pp. 121-144; Salvador Maldonado Aranda, "Drogas, violencia y militarización en el México rural: el caso de Michoacán", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 74, núm. 1, 2012, pp. 5-39.

20 Raúl Fraga Juárez, "Medios de comunicación y cobertura del delito", en Pedro José Peñaloza y Mario Garza Salinas, *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, PGR, 2003, pp. 55-73.

21 Luis Omar Montoya Arias y Juan Antonio Velásquez, "El narcocorrido en México", *Cultura y Droga*, vol. 14, núm. 1, 2009, pp. 207-232; César Burgos Dávila, "Narcocorridos: antecedentes de la tradición corridística y del narcotráfico en

cárceles,[22] la migración en Centroamérica derivada del narcotráfico,[23] entre otros. Dentro de este panorama coyuntural, el análisis de la justicia penal sobre el tema de drogas (como temática urgente) ha quedado francamente relegado, a excepción de los estudios sobre género.[24] En este sentido, este trabajo apunta a comenzar a cubrir ese vacío de la literatura académica.

## 2. Metodología

Los datos presentados provienen de una encuesta realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), con financiamiento de la Universidad de California (Ucmexus) en 2014. La encuesta está basada en una muestra estadísticamente representativa de expedientes judiciales por casos terminados dentro del nuevo proceso judicial penal en el Estado de México entre 2010 y 2014.[25] Para la revisión de los expedientes se utilizó un instrumento formal de recopilación de información (cuestionario), que se aplicó de manera manual y sistemática en los archivos de los Distritos Judiciales elegidos. La encuesta siguió un procedimiento complejo estratificado, bietápico y con selección sistemática de casos con arranque aleatorio por día de aplicación de la misma.

Se utilizaron dos marcos muestrales: los distritos judiciales y los expedientes enlistados o enumerados en cada distrito judicial. Cada marco muestral fue usado en etapas diferentes del procedimiento de selección. El tamaño de la muestra está calculado para la proporción de casos con sentencia condenatoria, considerada una variable principal de la encuesta. Se utilizó la tasa disponible para el año 2012, que fue del 88,9 % en el mismo Estado de México. Considerando un nivel teórico de confianza de los estimados del 95 %, un efecto de diseño de 1,3, una tasa esperada de reemplazo de expedientes del 15,0 %, un nivel de precisión máximo esperado del 2,55 %, para una proporción de sentencias condenatorias del 88,9 %, se obtuvo un tamaño de muestra de 1.132 expedientes, que se ajustó posteriormente durante el trabajo de campo a 1.145 expedientes.

La muestra se dividió en dos estratos: medidas alternativas y juicios orales. La fijación de la muestra se realizó para cada estrato considerando la proporción de los

---

México", *Studies in Latin American Popular Culture*, núm. 31, 2013, pp. 157-183.

22 Ana Paula Hernández, *Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Washington, WOLA, 2010.

23 Benítez Manaut, "México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad", en Natalia Armijo (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011, pp. 179-192.

24 Elena Azaola, "Género y justicia penal en México", en *Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina*, México, Cátedra Unesco, 2004, pp. 92-108.

25 Gustavo Fondevila *et al.*, *Cómo se juzga en el Estado de México: una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio*, México D.F., CIDE, 2016. Disponible en: http://mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2016/10/Como_Juzga_Edomex.pdf.

universos en cada uno. El diseño es además bietápico: la primera etapa consistió en la selección de los distritos judiciales, que se realizó aleatoriamente sobre la base de una probabilidad inversa proporcional a su volumen anual de casos atendidos el año inmediato anterior. La segunda etapa fue la selección de los expedientes, que se realizó sobre la base de un listado o enumeración de expedientes en cada archivo (procedimiento de salto sistemático en la lista con arranque aleatorio cada día que duró la encuesta).

## 3. Hallazgos

Los delitos contra la salud representan el 10,8 % de la muestra, divididos del siguiente modo: modalidad de posesión simple 9 % y narcomenudeo 1,8 %. Por cantidad, representan el segundo nivel de delitos detrás del robo: 43,2 % (con violencia: 23,1 % y simple: 20,1 %).

El perfil sociodemográfico de los imputados revela que se trata de personas jóvenes, con edades entre los 18 a 27 años (60 %) y de 28 a 35 años (40 %); con baja escolaridad: 50 % con primaria terminada y 50 % con secundaria trunca. Hay un alto nivel de ocupación laboral (todos declararon tener empleo, 100 %) pero un nivel de ingresos individual bajo: en promedio hasta $2.800 pesos. Por último, el 75 % de los imputados declaró tener problemas de adicciones (al estupefaciente con el que fueron detenidos).

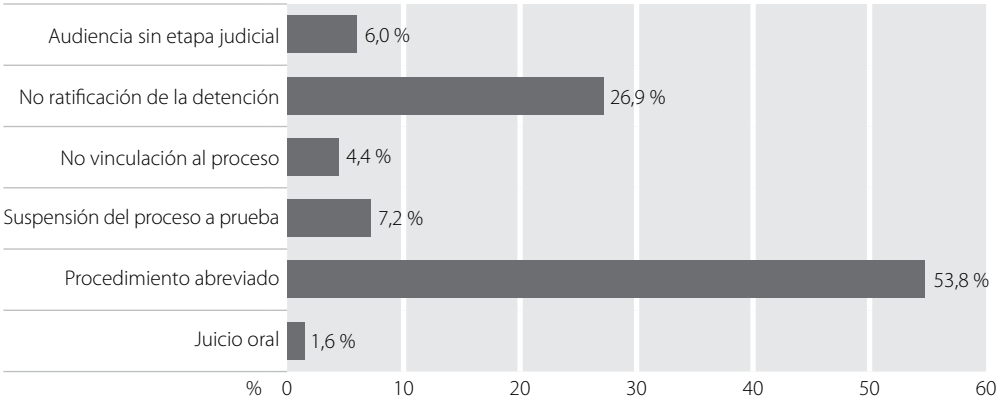
El perfil procesal muestra que una amplia mayoría se trata de casos individuales (en el 62 % de los expedientes sobre posesión simple hay 1 imputado, y en el 22,7 % hay 2 imputados) y que la víctima principal es la salud pública (92 %). Generalmente, se trata de detenciones realizadas en flagrancia (80,8 %), con imputados primo-delincuentes (75 %) defendidos por abogados de oficio (80 %), donde jamás se presentan elementos de prueba en defensa del imputado (100 %: no). La duración del proceso judicial es la siguiente: de 0 a 3 meses (38,7 %), de 4 a 6 meses (24,6 %), de 7 a 12 meses (19,7 %), de 13 a 24 meses (16,2 %), más de 24 meses (0,7 %).

El perfil delictivo de los decomisos presentados en los tribunales muestra que el tipo de estupefaciente más común es la marihuana, con un promedio de 246,3 gramos, seguido de cocaína, con 1,34 gramos, y finalmente *crack* con 12 gramos.

### 3.1 Procesamiento judicial

Como se observa en la gráfica 1, en el 62,6 % de las consignaciones por delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple, el caso llega a proceso judicial. Una vez iniciado el proceso mismo, solo en el 7,2 % de los casos se suspende el proceso a prueba (es decir, se accede a un acuerdo reparatorio: por ejemplo, la obligación de someterse a

**GRÁFICA 1. Etapas del proceso judicial (porcentaje de expedientes por etapa)**



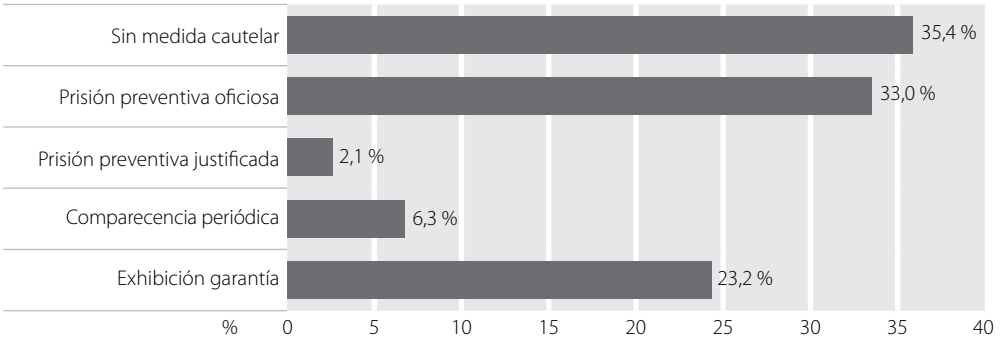

**Fuente:** elaboración propia con base en la Encuesta a Expedientes Judiciales, Estado de México: 2014. No se incluye NR. Delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple. Imputado como primer delito.

un tratamiento para adicciones). Esto significa que en la mayoría de los casos (55,4 %), el sistema judicial procesa estos delitos y llega a una sentencia.

En aquellos casos en los que se ratifica la legalidad de la detención y se declara la vinculación del imputado al proceso (62,6 %), el juez dicta el 35,1 % de las veces prisión preventiva (oficiosa o justificada). Y en el 23,2 % la obligación de exhibir una garantía económica (gráfica 2).

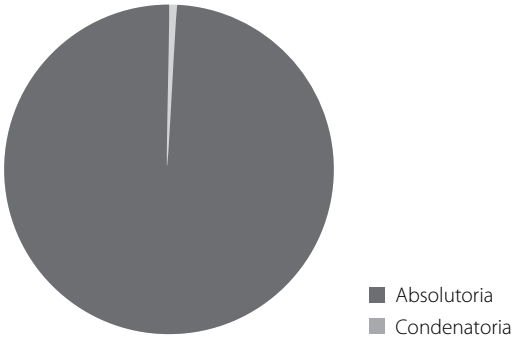
Los casos que llegan a procedimiento abreviado o a juicio oral (55,4 %) terminan masivamente con sentencias condenatorias (gráfica 3).

**GRÁFICA 2. Medidas cautelares**




**Fuente:** elaboración propia con base en la Encuesta a Expedientes Judiciales. Estado de México: 2014. No se incluye NR. Delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple. Imputado como primer delito.

**GRÁFICA 3. Tipo de sentencia**

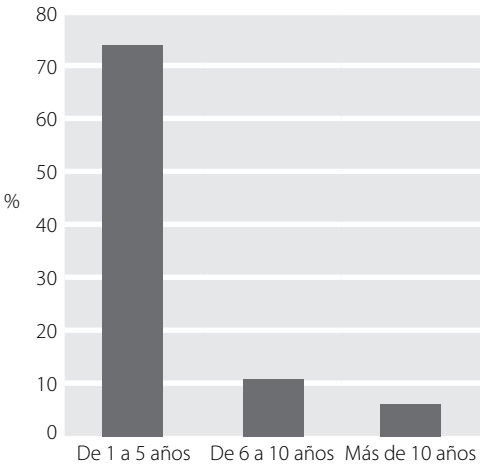



**Fuente:** elaboración propia con base en la Encuesta a Expedientes Judiciales. Estado de México: 2014. No se incluye NR. Delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple. Imputado como primer delito.

En aquellas situaciones donde el caso llega a la etapa de procedimiento abreviado o al juicio oral y se alcanza una sentencia condenatoria que incluye prisión, en la gran mayoría de las veces se trata de condenas entre 1 y 5 años (gráfica 4).

Y también se aplican multas, que en la mayor parte de los casos (63,1 %) oscilan entre los $ 2.000 y $ 10.000 pesos, que supera el promedio de ingresos mensuales de los imputados por este tipo de delito ($ 2.800) (gráfica 5).

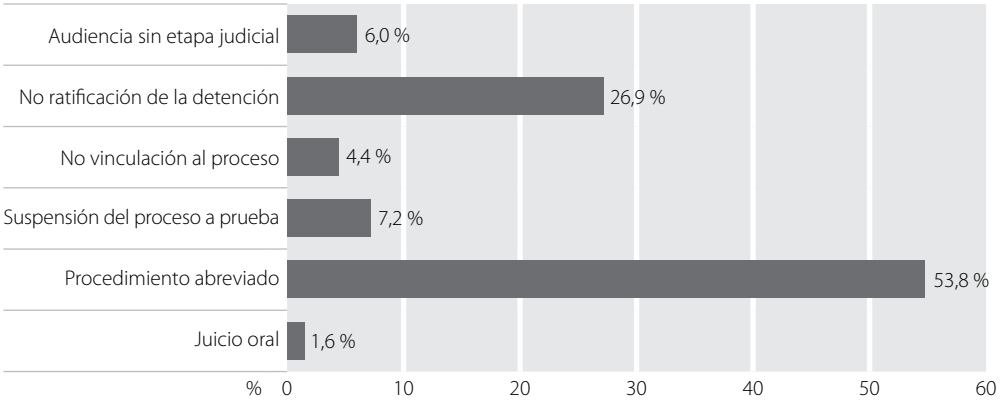
**GRÁFICA 4. Sentencia condenatoria de prisión (años)***




**Fuente:** elaboración propia con base en la Encuesta a Expedientes Judiciales. Estado de México: 2014. No se incluye NR. Delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple. Imputado como primer delito.

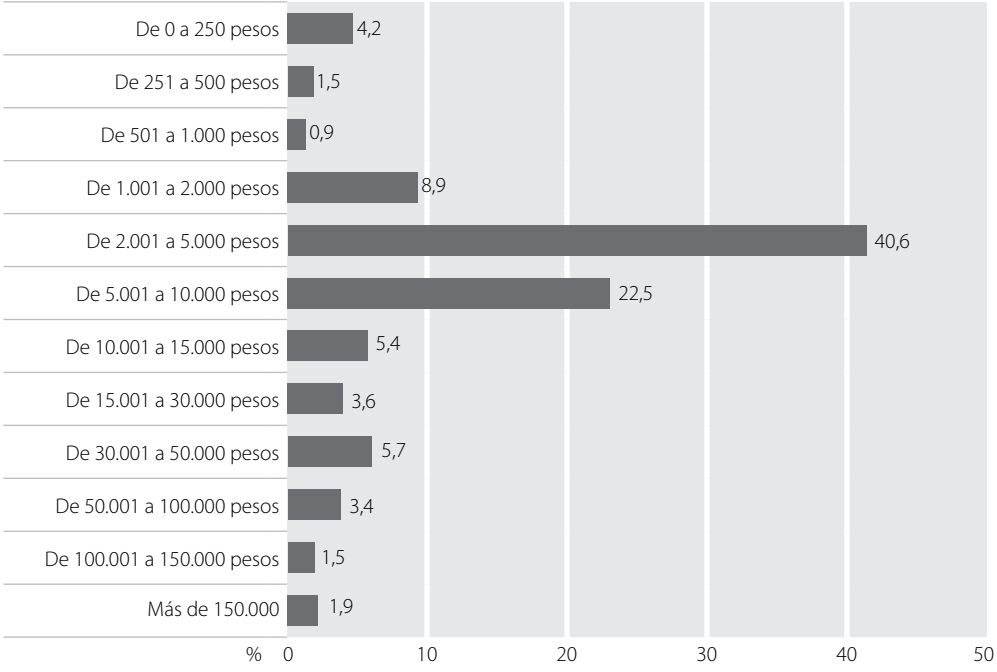
* Aunque la pena mínima para estos delitos es de 5 años, en algunos casos se aplican circunstancias atenuantes y en otros, con drogas más duras como el *crack*, se tienen penas más altas.

**GRÁFICA 4. Sentencia condenatoria de prisión (años)***




**Fuente:** elaboración propia con base en la Encuesta a Expedientes Judiciales. Estado de México: 2014. No se incluye NR. Delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple. Imputado como primer delito.

**GRÁFICA 5. Multa**




**Fuente:** elaboración propia con base en la Encuesta a Expedientes Judiciales. Estado de México: 2014. No se incluye NR. Delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple. Imputado como primer delito.

## 4. Discusión

Todavía no hay evaluaciones del funcionamiento del nuevo sistema judicial. Sin embargo, es altamente probable que haya causado efectos importantes en el funcionamiento de la justicia: por ejemplo, la creación de tribunales especializados en drogas.[26] Sin embargo, en temas de delitos contra la salud en su modalidad de posesión simple, dichos efectos no parecen haber alcanzado todo el impacto esperado: en un alto porcentaje de casos se sigue imponiendo prisión preventiva (35,1 %), y en la mayoría se llega a una sentencia (55,4 %) en un delito sin víctimas, con un solo imputado (62 %) –no hay grupo criminal–: jóvenes (60 %), con problemas de adicciones (75 %), bajos ingresos (hasta $ 2,800), etc. Estos datos muestran que, a pesar de los cambios, el nuevo modelo parece funcionar todavía con los mismos patrones que el anterior.

¿Qué hace el sistema judicial frente a estos delitos? Básicamente aplica el artículo 195 (Código Penal Federal) que sanciona la posesión de ciertos narcóticos (5 a 15 años de prisión y de 100 a 350 días de multa). Es un delito donde "se presume" que la posesión tiene como objeto cometer otro delito, es decir, el narcomenudeo. Aunque el artículo 195 bis señala que en aquellos casos en los que de la posesión de los narcóticos prohibidos (Ley General de Salud) no se pueda "presumir" un delito posterior, de todas maneras se aplicará una pena (de cuatro a siete años, seis meses de prisión, y de 50 a 150 días de multa).

Los jueces no hacen absolutamente nada fuera de la ley. Pero al mismo tiempo, la legislación ofrece una salida interesante para este tipo de delitos (suspensión condicional del procedimiento a prueba para personas que presentan abuso y dependencia de sustancias psicoactivas) y la jurisprudencia también: la excusa absolutoria (2009).[27]

En el primer caso, el artículo 403.1[28] permite aplicar la suspensión del proceso a prueba para aquellos imputados/as que presentan problemas de adicciones (abuso y dependencia de sustancias psicoactivas). El proceso judicial es reemplazado por un programa de tratamiento de rehabilitación. La justicia terapéutica se aplica bajo la dirección del juez de control especializado y se puede solicitar desde el auto de vinculación al pro-

26 Al momento de redactar este artículo no se cuenta con datos de funcionamiento de estas cortes de drogas en el Estado de México.

27 Primera sala, *Farmacodependencia. Constituye una causa excluyente del delito prevista en el artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal, condicionada a la posesión de narcóticos y en las cantidades establecidas en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud*, 10.ª época, registro 2001332, tesis: 1a./J. 43/2012, t. 1, libro XI, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de 2012, p. 341. Disponible en: http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2001332&Semanario=0. Jurisprudencia/Farmacodependencia, SCJN.

28 Código de procedimientos penales, Estado de México. Disponible en: http://www.edomex.gob.mx/muncoatepec/doc/pdf/COD5.pdf.

ceso, hasta antes de dictarse el auto de apertura a juicio oral. Satisfechos los requisitos y cumplidas las condiciones, la evaluación y seguimiento del tratamiento es llevado a cabo por el juez de control especializado. En relación con la excusa absolutoria, en el año 2010 el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. VII/2010, sostuvo que la farmacodependencia es una enfermedad. Por este motivo, constituye una causa de exclusión del delito en caso de que la posesión de narcóticos se encuentre en las cantidades determinadas por el artículo 479 de la Ley General de Salud.[29]

Estas herramientas le permiten al juez cierta variedad de posibilidades alternativas a las convencionales: prisión preventiva y sentencia a prisión con multa incluida. Sin embargo, los datos revelan que los jueces usan muy pocas veces estas salidas para un delito que después del robo es el más común en el Estado de México. Sin embargo, apenas se aplica a pesar de que, según los datos, la mayoría de los imputados parecen cumplir los requisitos generales. Es posible que aquí haya estímulos institucionales de la policía y del Ministerio Público por obtener una sentencia condenatoria. El abogado público puede mostrar poca actividad en defensa de su cliente (por desinterés o saturación). Pero el juez tiene facultades y herramientas suficientes para evitar llegar a una condena, aun cuando el defensor público no presente ninguna promoción en ese sentido. Sin embargo, habitualmente no lo hace y recurre al juicio convencional con una sentencia (condenatoria) al final del proceso.

### 4.1. La peligrosidad de las drogas

¿Por qué los jueces no colaboran con salidas alternas al proceso regular? Esto podría servir para descomprimir el sistema judicial y carcelario desviando imputados a los recursos de la justicia terapéutica. Hay muchas explicaciones posibles, que van desde la propia tradición judicial de aplicación del Código Penal, hasta el peso que la admisión de culpa (procedimiento abreviado) sigue teniendo en los procesos judiciales.

El único modo de saberlo es mediante un trabajo cualitativo que permita conocer las motivaciones para cada elección (entrevistas a profundidad). Sin embargo, el estudio de expedientes permite adelantar una hipótesis. En diez expedientes seleccionados al azar[30] aparece un posible patrón de determinación de la pena en las actas correspondientes (procedimiento abreviado o juicio oral). En siete casos, la determinación de la sentencia está basada en la "peligrosidad" derivada del consumo de drogas: "…no considerar el peligro implícito en la conducta mencionada significa descuidar la salvaguarda

29 Congreso de la Unión, Ley General de Salud. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm.

30 Tlalnepantla, Almoloya, Ecatepec, Chalco, Cuatitlán, Otumba y El Oro.

de los intereses de la sociedad" (Expediente judicial - Almoloya. Etapa: procedimiento abreviado). O bien, "…no hay garantía de contención de la conducta dada la peligrosidad de la adicción manifestada anteriormente" (Expediente judicial - Tlalnepantla. Etapa: procedimiento abreviado). En otras palabras, las personas con problemas de adicciones son peligrosas porque pueden cometer un delito (o lastimar a una persona) para satisfacer su adicción. No pueden controlar sus actos y la prisión es un modo de evitar el peligro para la sociedad. No se trata de una sanción propiamente dicha, sino más bien, de una medida que casi tiene la forma de una instrucción cautelar. Esta idea está basada en una concepción del consumo de drogas que forma parte de la "cultura judicial"[31] de interpretación y aplicación de la ley. Este patrón de comportamiento judicial no se cambia modificando la legislación ni tampoco creando instituciones cuyo uso o implementación quede al arbitrio de la discrecionalidad de los jueces. Y, al mismo tiempo, la inclusión de consideraciones de "cultura judicial" rara vez aparece en los lineamientos de las políticas públicas en la materia; sin embargo, son fundamentales para el éxito de una política judicial orientada a la no criminalización del consumo y a la justicia terapéutica en la materia.

## Bibliografía


Astorga, Luis, "México: tráfico de drogas, seguridad y terrorismo", en René Jiménez Ornelas (ed.), *Violencia y seguridad pública. Una propuesta institucional*, México, UNAM, 2006.

Azaola, Elena, "Género y justicia penal en México", en *Violencia contra las mujeres privadas de libertad en América Latina*, México, Cátedra Unesco, 2004.

Benítez Manaut, Raúl, "La crisis de seguridad en México", *Nueva Sociedad*, núm. 220, 2009, pp. 173-189.

_____, "México, Centroamérica y Estados Unidos: migración y seguridad", en Natalia Armijo (ed.), *Migración y seguridad: nuevo desafío en México*, México, Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia, 2011.

Bergman, Marcelo, "La violencia en México: algunas aproximaciones académicas", *Desacatos*, núm. 40, 2012, pp. 67-76.

Burgos Dávila, César, "Narcocorridos: antecedentes de la tradición corridística y del narcotráfico en México", *Studies in Latin American Popular Culture*, núm. 31, 2013, pp. 157-183.


31 Stuart Nagel, "Culture patterns and judicial systems", *Vanderbilt Law Review*, núm. 16, 1962, pp. 147-157; Herbert Kritzer y Frances Zemans, "Local legal culture and the control of litigation", *Law & Society Review*, núm. 27, 1993, pp. 535-557; Malcolm Davies y Jane Tyrer, "Filling in the gaps-A study of judicial culture: Views of judges in England and Wales on sentencing domestic burglars contrasted with the recommendations of the Sentencing Advisory Panel and the Court of Appeal Guidelines", *Criminal Law Review*, 2003, pp. 243-265.

Chabat, Jorge, *La Iniciativa Mérida y la relación México-Estados Unidos: en busca de la confianza perdida*, México, CIDE, 2010.

Cisneros, José Luis, "El cáncer del narcotráfico y la militarización de la seguridad pública", *El Cotidiano*, vol. 161, núm. 161, 2010, pp. 47-54.

Dammert, Lucía y John Bailey, "¿Militarización de la seguridad pública en América Latina?", *Foreign Affairs en español,* vol. VII, núm. 2, 2007, pp. 61-70.

Davies, Malcolm y Jane Tyrer, "Filling in the gaps-A study of judicial culture: Views of judges in England and Wales on sentencing domestic burglars contrasted with the recommendations of the Sentencing Advisory Panel and the Court of Appeal Guidelines", *Criminal Law Review*, 2003, pp. 243-265.

Fondevila, Gustavo, Máximo Langer, Marcelo Bergman, Carlos Vilalta y Alberto Mejía, *Cómo se juzga en el Estado de México: una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio*, México D.F., CIDE, 2016.

Fraga Juárez, Raúl, "Medios de comunicación y cobertura del delito", en Pedro José Peñaloza y Mario Garza Salinas, *Los desafíos de la seguridad pública en México*, México, PGR, 2003.

Hernández, Ana Paula, *Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Washington, WOLA, 2010.

Herrera Vázquez, Magdalena, Fernando Wagner, Eduardo Velasco Mondragón, Guilherme Borges y Eduardo Lazcano-Ponce, "Inicio en el consumo de alcohol y tabaco y transición a otras drogas en estudiantes de Morelos, México", *Salud Pública de México*, vol. 46, núm. 2, 2004, pp. 132-140.

Kritzer, Herbert y Frances Zemans, "Local legal culture and the control of litigation", *Law & Society Review*, núm. 27, 1993, pp. 535-557.

Maldonado Aranda, Salvador, "Drogas, violencia y militarización en el México rural: el caso de Michoacán", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 74, núm. 1, 2012, pp. 5-39.

Medina Mora, Elena, Guillermina Natera, Guilherme Borges, Patricia Cravioto, Clara Fleiz y Roberto Tapia-Conyer, "Del siglo XX al tercer milenio. Las adicciones y la salud pública: drogas, alcohol y sociedad", *Salud Mental*, vol. 24, núm. 4, 2001, pp. 3-19.

Medina Mora, Elena, Patricia Cravioto, Jorge Villatoro, Clara Fleiz, Fernando Galván-Castillo y Roberto Tapia-Conyer, "Consumo de drogas entre adolescentes: resultados de la Encuesta Nacional de Adicciones, 1998", *Salud Pública de México*, núm. 45, 2003, pp. 16-25.

Moloeznik, Marcos, "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito", *Nueva Sociedad*, núm. 213, 2008, pp. 156-169.

Moloeznik, Marcos y María Eugenia Suárez de Garay, "El proceso de militarización de la seguridad pública en México (2006-2010)", *Frontera Norte*, vol. 24, núm. 48, 2012, pp. 121-144.

Montero, Juan Carlos, "La estrategia contra el crimen organizado en México: análisis del diseño de la política pública", *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 20, núm. 39, 2012, pp. 7-30.

Montoya Arias, Luis Omar y Juan Antonio Velásquez, "El narcocorrido en México", *Cultura y droga*, vol. 14, núm. 16, 2009, pp. 207-232.

Nagel, Stuart, "Culture patterns and judicial systems", *Vanderbilt Law Review*, núm. 16, 1962, pp. 147-157.

Negrete, Bruno y Raúl García Aurrecoechea, "Factores psicosociales de riesgo de consumo de drogas ilícitas en una muestra de estudiantes mexicanos de educación media", *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 24, núm. 4, 2008, pp. 223-232.

Oyarvide, César, "La guerra contra el narcotráfico en México: debilidad del Estado, orden local y fracaso de una estrategia", *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 50, 2011, pp. 5-35.

Palacios Sandoval, Juan Manuel, "Militarización, seguridad nacional y seguridad pública en México", *Espiral. Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. 6, núm. 18, 2015, pp. 183-222.

Pereyra, Guillermo, "México: violencia criminal y guerra contra el narcotráfico", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 74, núm. 3, 2012, pp. 429-460.

Ramos, José María, "Gestión de la seguridad en la frontera norte e Iniciativa Mérida: antecedentes y desafíos", en *Migración y seguridad: nuevo desafío en México,* México, Cadese, 2011.

Ramos Lira, Luciana, María Teresa Saltijeral Méndez, Martha Romero-Mendoza, Miguel Ángel Caballero Gutiérrez y Nora Angélica Martínez Vélez, "Violencia sexual y problemas asociados en una muestra de usuarias de un centro de salud", *Salud Pública de México*, vol. 43, núm. 3, 2001, pp. 182-191.

Rebolledo, Ever, Neris de Medina y Sandra Pillon, "Fatores de riscos associados ao uso de drogas entre estudantes adolescentes", *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, núm. 12, 2004, pp. 369-375.

Rico, Carlos, "La Iniciativa Mérida y el combate nacional al crimen organizado", *Foreign Affairs en Español*, vol. 8, núm. 1, 2008, pp. 3-13.

Rojas Guiot, Estela y Jorge Villatoro Velázquez, "Prevalencia de abuso sexual en estudiantes y su relación con el consumo de drogas", *Salud Pública de México*, vol. 40, núm. 3, 1998, pp. 221-233.

Secretaría de Salud e Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (Inegi), *Encuesta Nacional de Adicciones (ENA)*, 2002.

Valdés, Guillermo, *Historia del narcotráfico en México*, México, Aguilar, 2013.

Velasco, José Luis, "Drogas, seguridad y cambio político en México", *Nueva Sociedad*, núm. 198, 2005, pp. 89-101.

Villatoro, Jorge, Estela Medina-Mora, Clara Fleiz Bautista, Midiam Moreno López, Natania Oliva Robles, Maricarmen Bustos Gamiño y Nancy Amador Buenabad, "El consumo de drogas en México: resultados de la Encuesta Nacional de Adicciones, 2011", *Salud Mental*, vol. 35, núm. 6, 2012, pp. 447-457.

### *Referencias jurisprudenciales y legislativas*

Código de Procedimiento Penal del Estado de México.

Congreso de la Unión, *Reforma Constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública*, proceso legislativo, 18 de junio de 2008.

Ley General de Salud.

Primera Sala, *Farmacodependencia. Constituye una causa excluyente del delito prevista en el artículo 15, fracción IX, del Código Penal Federal, condicionada a la posesión de narcóticos y en las cantidades establecidas en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud*, 10ª época, registro 2001332, tesis: 1a./J. 43/2012, t. 1, libro XI, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de 2012, p. 341.

Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana.

# EL CULTIVO DE ESPECIES VEGETALES CON PROPIEDADES ESTUPEFACIENTES EN ITALIA

*Emanuela Fronza*

**RESUMEN.** Este artículo analiza la legislación italiana referida al tratamiento penal en materia de sustancias estupefacientes. Particularmente, se ocupa de la normativa existente frente a la conducta del cultivo de especies vegetales con propiedades estupefacientes, y la regulación moderada en la ley y la jurisprudencia respecto a otras conductas típicas semejantes a la del cultivo, como la tenencia, cuando se trata de "cantidades de poca relevancia" o para uso personal. Más adelante, se presentan las críticas que la doctrina ha planteado a tal regulación y el tratamiento jurisprudencial dividido, e incluso contradictorio, que se ha dado en la práctica a la conducta típica del cultivo. Finalmente, se presentan algunas variaciones legislativas recientes y una propuesta de ley que podría acarrear modificaciones en la punibilidad de dicha conducta.

**Palabras clave:** prohibicionismo, cultivo, estupefacientes, bien jurídico, principio de ofensa, drogas duras, drogas blandas, peligro abstracto.

**ABSTRACT.** This article analyzes Italian law on the criminal treatment of narcotics. In particular, it discusses existing law on the cultivation of plant species with narcotic properties, and the moderate regulation in the law and jurisprudence with respect to criminal conduct that is similar to cultivation, such as possession, in cases involving "insignificant quantities" or personal use. It then presents the criticisms that the doctrine has levied against such regulation, and the divided, and even contradictory, jurisprudential treatment of illegal cultivation in practice. Finally, the article presents some recent legislative variations and a proposed law that could lead to modifications in the punishable nature of such conduct.

**Keywords:** Prohibitionism, cultivation, narcotics, legal right, principle of offensiveness, hard drugs, soft drugs, abstract danger.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

## 1. El modelo regulativo italiano: el prohibicionismo temperado

La regulación penal italiana en materia de sustancias estupefacientes sigue adoptando un modelo prohibicionista, al menos en principio.[1] En efecto, como veremos a continuación, esta legislación ha sido temperada a través de algunas reformas y, en ocasiones, suavizada por algunas decisiones jurisprudenciales.

En Italia, el cultivo no autorizado de ciertas sustancias estupefacientes –predeterminadas por decreto ministerial– se considera delito, aunque la sustancia esté (o pueda estar) destinada al uso personal. Hoy en día, esto se desprende de la combinación de los artículos 73 y 75 del Decreto del presidente de la República (DPR) 309 de 1990 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza; en adelante Texto Único). Sin embargo, la criminalización de esta conducta se remonta a la Ley 1041 de 1954 (Legge sugli stupefacenti: disciplina della loro produzione, commercio e impiego), que en sus artículos 4, 10 y 40 sancionaba a quien, sin autorización, cultivara plantas de las que se pudiesen extraer las sustancias comprendidas en el listado de estupefacientes.[2]

Las reformas que se han sucedido en el tiempo (Leyes 685/1975 y 162/1990, como también las más recientes que serán mencionadas a continuación) siguen previendo la prohibición de cultivo de especies vegetales con propiedades estupefacientes sin que su uso posterior tenga relevancia.[3] En efecto, sin perjuicio de algunos matices introducidos por algún sector de la jurisprudencia (*infra*), la conducta de cultivo se considera en principio –y como tal– ilícita, perteneciendo al grupo de conductas típicas que se presumen destinadas al uso de terceras personas, esto es, al mercado ilícito de estupefacientes.

A este último respecto, nótese que la legislación italiana se muestra menos rigurosa en relación con otras conductas homogéneas a la de cultivo, y llega incluso a excluir la punibilidad de aquellas cuando su objeto material consista en *cantidades de poca relevancia* (a partir de la Ley de 1975).[4] En efecto, por medio de la Ley 162/1990 el legislador italiano introdujo una especie de "sistema dual", en cuyo marco había que distinguir entre delitos e ilícitos administrativos. De esta manera, algunas conductas abstracta-

1 Massimiliano Virga, *La droga espiatoria. Un'analisi critica del proibizionismo*, Milano, Guerini e Associati, 2004.

2 De acuerdo con otro relato, ya "la primera ley sobre sustancias estupefacientes –a saber, la Ley 396 de 1923– criminalizaba el cultivo, la producción y el tráfico de sustancias estupefacientes enumeradas en tablas, castigándolas con la pena de prisión, respectivamente, de 2 a 7 años y de 3 a 8 años" (Carlo Ruga Riva, "Stupefacenti e doping. La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti", en Domenico Pulitanò (ed.), *Diritto penale, Parte speciale,* vol. I, *Tutela della persona*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 165 y ss.).

3 Domenico Giannelli, "La coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti ad 'uso doméstico' alla luce del principio di offensività", *Rivista penale*, 2011, p. 125.

4 Para una reconstrucción de las intervenciones del legislador antes de los años noventa, ver Ennio Fortuna, "Voce stupefacenti (dir. interno)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 1185 y ss.

mente típicas (como la de tenencia, por ejemplo; pero no la de cultivo) cuyo objeto, sin embargo, no superara cierto límite determinado por decreto ministerial,[5] solo integraban ilícitos administrativos. Si las mismas conductas tenían por objeto cantidades que superaban este límite, en cambio, se consideraban penalmente típicas.[6] Así, podemos observar que si, por un lado, las conductas de importación, exportación, adquisición, recepción a cualquier título y la de tenencia solo pueden integrar ilícitos administrativos cuando las sustancias estupefacientes estén destinadas de forma exclusiva al uso personal, por otro lado, la conducta del cultivo siempre se considera como tal delictiva. En efecto, esta sigue siendo considerada penalmente relevante, incluso en los casos en los que su producto esté (o pueda estar) destinado al uso personal.

Por último, cabe poner de relieve que, a nivel sancionatorio, esta regulación preveía (y, como veremos a continuación, sigue previendo) marcos penales diferenciados según el tipo de sustancia, conforme a la distinción general entre "drogas duras" y "drogas blandas".[7]

## 2. La regulación vigente en materia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas. La conducta de cultivo

### 2.1. La estructura del tipo objetivo

Es preciso ahora analizar la estructura de la disposición incriminadora. El artículo 73 del Texto Único en materia de estupefacientes (DPR 309 de 1990, en su versión actualizada y vigente) dispone lo siguiente:

---

5 Sobre el uso de este sistema, ver Edoardo Mazzanti, "Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti", en Gaetana Morgante (ed.), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 45 y ss.

6 Este límite cuantitativo –correspondiente a la llamada "dosis media diaria"– ha desaparecido a raíz del referéndum de 1993 que llevó, además, a la derogación de una parte del artículo 75, párrafo 1, y del artículo 78, párrafo 1, letras b) y c), del DPR 309 de 1990. Como consecuencia, la diferencia entre conductas dirigidas al consumo personal y conductas de otro tipo ha sido encomendada a la valoración jurisprudencial, que se ha basado en la valorización gran angular –junto con el dato cuantitativo– de elementos tales como las modalidades de empaquetado de la sustancia (por ejemplo división en dosis), el hallazgo de instrumentos para su medición o de dinero cuya procedencia puede ser del trapicheo. Acerca de los límites cuantitativos reintroducidos por la Ley 49 de 2006, cuya superación, de acuerdo con la interpretación constitucionalmente orientada acogida por la jurisprudencia, tendría de todas formas una función de simple indicio de la dirección de la conducta a un uso no solamente personal de la droga (Ruga Riva, "La nuova legge sulla droga: una legge 'stupefacente' in nome della sicurezza pubblica", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2006, pp. 234 y ss.; "Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio, e neppure integra di per sé un grave indizio di colpevolezza", *Corriere di merito*, núm. 10, 2007, pp. 1177 y ss.; Adelmo Manna, "La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale", *Diritto Penale e Processo*, núm. 7, 2006; Stefano Grillo, "Voce stupefacenti", en Francesco Carlo Palazzo y Carlo Enrico Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007).

7 Para un estudio más profundo de la legislación de los años noventa ver Francesco Carlo Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, Padova, Cedam, 1994.

> Quien sin la autorización prevista en el artículo 17 cultive, produzca, fabrique, extraiga, refine, venda, ofrezca o ponga en venta, ceda o reciba a cualquier título, distribuya, comercialice, adquiera, transporte, exporte, importe, procure a otro, envíe, pase o despache en tránsito, entregue para cualquier fin o, en cualquier caso, detiene de forma ilícita, fuera de las hipótesis previstas en el artículo 75 [y 76],[8] las sustancias estupefacientes o psicotrópicas incluidas en las tablas I y III del artículo 14 será sancionado con la reclusión de ocho a veinte años y con multa de 25.822 a 258.228 euros.[9]

La aplicación de esta disposición presupone la concurrencia de tres presupuestos. El primero consiste en la ausencia de autorización (infracción del art. 17): se trata de una condición prejudicial negativa esencial (*de jure*) para poder calificar la acción de ilícita. En segundo lugar, la acción tiene que integrar una o más de las conductas típicas previstas.[10] Y en tercer lugar, el objeto material de la conducta tiene que ser una de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas incluidas en las tablas I y III previstas por el artículo 14.

En suma, en cuanto a la estructura del tipo objetivo, la disposición requiere que el comportamiento del autor se corresponda con las conductas típicas mencionadas y que su objeto material esté incluido en el listado de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, siempre que falte la autorización prevista por el artículo 17.[11]

Como se puede apreciar, esta disposición preceptiva tiene carácter dinámico, es decir, su estructura permite actualizar su contenido de manera constante, a través de la modificación de las tablas que determinan el listado de sustancias estupefacientes

---

8 El artículo 76 del DPR 309 de 1990 –que preveía medidas de la autoridad judicial y sanciones administrativas ante la conducta del drogadicto que no se presentara ante él, o que rechazara el programa de recuperación o lo interrumpiera sin razón justificada– ha sido derogado por el referéndum de 1993.

9 Respecto a las drogas blandas, la regulación está contenida en el artículo 73, co. 4, del DPR 309 de 1990, según el cual, "si alguno de los hechos previstos en los apartados 1, 2 y 3 se refiere a sustancias estupefacientes o psicotrópicas indicadas en las tablas II a IV del artículo 14 se aplica reclusión de dos a seis años y multa de 5.164 euros". En Italia solo existe un salario mínimo previsto por la ley; los contratos colectivos prevén un pago mínimo por hora (por ejemplo, 6,60 € en la industria de la indumentaria y 7,32 € en el sector metalmecánico).

10 A estos efectos, como ya se ha adelantado, es imprescindible considerar la combinación de los artículos 73 y 75 del DPR 309 de 1990, disposición que en su versión vigente prevé una sanción administrativa para "el que, para su uso personal, importe, exporte, adquiera, reciba, o de *cualquier forma* detente sustancias estupefacientes o psicotrópicas, de manera ilícitas [...] durante un período de entre 2 meses y un año, si se tratara de sustancias estupefacientes o psicotrópicas *incluidas en las tablas I y III previstas por el art. 14, y durante un periodo de entre 1 y 3 meses, si se tratara de* sustancias estupefacientes o psicotrópicas *incluidas en las tablas II y IV previstas por el mismo artículo*".

11 En general, sobre el derecho vigente, y, especialmente sobre los artículos 73 y 75 del DPR 309 de 1990, ver Luisa Romano, "La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, núm. 79. Ovvero tra novità, conferme e 'sviste'", *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 de mayo de 2014. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/3108-la-riforma-della-normativa-di-contrasto-agli-stupefacenti-osservazioni-sulla-legge-16-maggio-2014-n; Jessica de Lillo, "Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti (art. 12-127 D.P.R. 9 de octubre de 1990)", en Alberto Cadoppi *et al.*, *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, Utet, 2015; Giuseppe Toscano, "L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 2, 2015; Marco Gambardella, "I reati in materia di stupefacenti", en Antonio Fiorella, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 463 y ss.

prohibidas. Esto depende no solo del avance científico y técnico –esto es, del descubrimiento o la producción de nuevas sustancias idóneas para producir efectos psicoactivos en el consumidor–, sino también, de su valoración y evaluación en términos de política criminal.[12]

### 2.2. Los bienes jurídicos protegidos y el principio de ofensa

Otro aspecto relevante que caracteriza esta regulación es la anticipación de la tutela penal respecto a los bienes jurídicos (supuestamente) protegidos, a saber: la salud colectiva, el orden público y el normal desarrollo de las nuevas generaciones.[13] De este modo, sea cual sea su finalidad en términos de uso personal de la sustancia o de su introducción en el mercado, la conducta de cultivo integra un delito "pluriofensivo" y de peligro abstracto. En efecto, como ha observado la Corte de Casación, en línea con la posición expresada por la Corte Constitucional,[14] respecto a las demás conductas delictivas en materia de estupefacientes, la de cultivo no autorizado supondría un "peligro del peligro", esto es, "un peligro derivado del posible resultado positivo de la conducta, de la puesta en peligro de los intereses tutelados por la normativa en materia de estupefacientes". La anticipación de la respuesta penal a una fase precedente al peligro concreto, entonces, se justificaría precisamente por la relevancia de su fin de protección, esto es, según sostiene la propia Corte, por la "necesidad de tutelar la salud colectiva, bien jurídico principal".

### 2.3. La distinción entre drogas "duras" y drogas "blandas"

Dada la necesidad de prever sanciones proporcionadas a la gravedad de la conducta, la Ley 162 de 1990 introdujo la distinción entre drogas duras (previstas en las tablas I y III; por ejemplo, la heroína y la cocaína) y drogas blandas (previstas en la tablas II y IV; por ejemplo, la marihuana), estableciendo, según el caso, marcos punitivos diferenciados.[15]

12 Sobre el método de las tablas, ver Simone Trombetti, "Le tabelle", en Alberto Cadoppi *et al.*, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. IV. I delitti contro l'incolumità pubblica in materia di stupefacenti*, Torino, Utet, 2010; Luisa Romano, "Previsioni tabellari e 6-monoacetilmorfina: motivazioni in merito alla riconducibilità alla nozione (legale) di sostanza stupefacente. (Nota a Cass., sez. VI penale, 11 aprile 2011, núm. 14431)", *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto Sanitario*, núm. 4-5, 2011, pp. 1199 y ss.

13 En este sentido ver, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas, 28605/2008. En la doctrina, ver la reconstrucción en Fabio Licata, Sandra Recchioni y Nicola Russo, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione. Legislazione e orientamenti delle Corti Superiori*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 224-231. Una descripción de la jurisprudencia de Casación más reciente se encuentra en Diritto Penale Contemporaneo, *La relazione dell'ufficio del massimario sull'offensività nel reato di coltivazione di piante da stupefacenti. Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, n. 36/2016*, 13 de julio de 2016. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/4891-la-relazione-dell-ufficio-del-massimario-sull-offensivita-nel-reato-di-coltivazione-di-piante-da-st.

14 Cfr. Corte Constitucional, fallo 360 de 1995.

15 Sobre este aspecto, ver Domenico Notaro, "Fra Corte Costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di supefacenti", en Gaetana Morgante, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

De esta manera, cuando se hubiese tratado de drogas duras, se preveía la pena de reclusión de 8 a 20 años, y la multa de 50 a 150 millones de liras; en cambio, en los casos de las drogas blandas, se preveía la pena de reclusión de 2 a 6 años, y la multa de 10 a 150 millones de liras.

Este modelo de regulación, fundamentado en la distinción entre drogas duras y blandas, fue abrogado a través del Decreto Ley 272 de 2005, luego convertido en ley (Ley 49/2006). Por consiguiente, y por ejemplo, el cultivo de marihuana acabó siendo considerado y sancionado de la misma manera que el cultivo de opio.[16]

Esta regulación se mantuvo en vigor hasta el año 2014, cuando la Sentencia 32/2014 de la Corte Constitucional, del 25 de febrero, declaró la no legitimidad constitucional de la regulación de esta materia.[17] Esta sentencia, sin embargo, no se pronuncia en relación con la oportunidad y racionalidad de la equiparación entre las drogas duras y las blandas. En efecto, la inconstitucionalidad de la regulación del año 2006 y, por ende, su abrogación, se justificó porque esta materia, a su juicio, habría necesitado un debate parlamentario serio. En particular, la sentencia estriba en la crítica acerca del uso del instrumento del decreto ley (un instrumento normativo de carácter –y eficacia– provisional, que conforme a la Constitución de la República italiana, art. 77, solo puede ser utilizado en casos de "extraordinaria necesidad y urgencia"), para regular semejante materia.

El efecto jurídico inmediato de la sentencia de la Corte Constitucional fue la reactivación de la regulación anterior,[18] en cuyo marco, como hemos subrayado más arriba, se diferenciaba entre drogas duras y blandas.[19] Por todo esto, y en relación con el marco punitivo que regula la discrecionalidad del juez a la hora de determinar, medir y aplicar la pena, la regulación actual vuelve a otorgar relevancia al objeto de la conducta del delito, es decir, a la clase de planta cultivada según quepa cualificarla de dura o blanda.[20]

---

16 Sobre la reforma del 2005-2006, ver Gaetano Insolera y Vittorio Manes, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, Giuffrè, 2008.

17 Sobre esta sentencia, ver Vittorio Manes y Luisa Romano, "L'illegittimità costituzionale della legge cd. 'Fini-Giovanardi' gli orizzonti penali della democrazia penale", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2014, pp. 215 y ss.

18 Esta interpretación ha sido criticada por la Casación por sus consecuencias *in malam partem* (Cass., sez. VI, 13 diciembre - 12 enero de 2017, 1418, ord).

19 Ver Angela Della Bella y Francesco Viganò, "Sulle ricadute della sentenza núm. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.", *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 de febrero de 2014. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/2872-sulle-ricadute-della-sentenza-n-322014-della-corte-costituzionale-sull-art-73-tu-stup.

20 Después de la intervención de la Corte Constitucional y de una reforma legislativa (Decreto Ley 36 del 20 de marzo de 2014, convertido, con modificaciones, en la Ley 79 del 16 de mayo 2014), se ha vuelto al régimen sancionador anterior, con las hipótesis de particular entidad que son sujetas a la misma escala penal (de seis meses a cuatro años). Sobre el nuevo tipo penal del artículo 73, apartado 5, ver en la jurisprudencia la sentencia Cas. Pen. IV, 28 de febrero de 2014, 13093. Se ha subrayado una infracción del principio de proporcionalidad (art. 3, apartado 1 y art. 27, apartado 3 de la Constitución) por el régimen sancionatorio contenido en el artículo 73, apartado 5 (reclusión de seis meses a cuatro años). Esta disposición no distingue entre las conductas que tienen como objeto drogas duras y drogas blandas, después de la sentencia de la Corte Constitucional que ha establecido el renacimiento de la disciplina anterior, in-

Lo dicho es válido con exclusión del caso de escasa entidad, que el Decreto Ley 146 del 2013, convertido en Ley 10 del 2014 (a raíz de un procedimiento de conversión, esta vez exento de vicio y por ello no afectado por la Sentencia 32 de 2014 de la Corte Constitucional ), ha "convertido" de circunstancia atenuante a figura delictiva autónoma.

## 3. Las críticas de la doctrina

De cara a esta regulación, parte de la doctrina italiana se ha expresado de forma muy crítica. En primer lugar, se ha puesto de relieve que la decisión de no sancionar penalmente la conducta posterior de consumo personal (y otras conductas parecidas a la de cultivo, como, por ejemplo, la tenencia de sustancias estupefacientes para consumo personal)[21] y, por otra parte, de castigar la de cultivo para uso personal, sería incongruente e ilógica.

En segundo lugar, y en cuanto al principio de ofensa, no acaba de convencer el argumento según el cual el cultivo para uso personal puede favorecer el desarrollo del mercado ilícito de estupefacientes, incrementando, por ejemplo, las cantidades de sustancias que en él se manejan, o promoviendo de alguna manera su funcionamiento.[22] Sin embargo, quedan muchas dudas también en relación con la salud colectiva y el orden público, ya que, respecto a estos bienes jurídicos, el delito de cultivo de drogas blandas –para uso personal– sería, como mucho, como vimos más arriba, de peligro abstracto.[23]

En tercer lugar, en relación con el principio de proporcionalidad en abstracto, por un lado, y con el juicio en concreto que le compete al juez, por el otro, cabe también preguntarse lo siguiente: ¿pueden los medios, las modalidades, las circunstancias de la conducta, o incluso la calidad y cantidad de la sustancia que constituye su objeto material, hacer "disolver" la relevancia que el legislador otorga a la pertenencia de la propia

troduciendo de nuevo una diferenciación sancionadora. Esta cuestión ha sido considerada manifiestamente infundada por la Corte Constitucional con la Sentencia 23/2016 (*infra*). Sobre esta decisión, ver Carlo Bray, "Legittima la nuova formulazione dell'art. 73, co. 5 Stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere", *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/4530-legittima-la-nuova-formulazione-dell-art-73-co-5-tu-stup-insindacabile-la-scelta-legislativa-di-equ; Fabrizio Filice, "Stupefacenti e ragionevolezza delle pene", *Questione Giustizia*, 14 de julio de 2015. Disponible en: http://www.questionegiustizia.it/articolo/stupefacenti-e-ragionevolezza-delle-pene_14-07-2015.php; Luisa Romano, "Sollevata questione di legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio dei fatti di 'spaccio' di lieve entità", *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 de octubre de 2014. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/3321-sollevata-questione-di-legittimita-costituzionale-del-trattamento-sanzionatorio-dei-fatti-di--spacc; "Torna all'esame della Corte costituzionale l'art. 73, quinto comma t.u. stupefacenti", *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 de junio de 2015. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/4021-torna-all-esame-della-corte-costituzionale-l-art-73-quinto-comma-tu-stupefacenti.

21 Cfr. artículo 75.

22 Cfr. Juan Muñoz Sánchez, "La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1-50.

23 Cfr. Fernando Miró Llinares, "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1- 65.

sustancia a una u otra categoría? Por ejemplo, ¿tiene sentido que los mismos elementos puedan determinar una disminución importante de la sanción en caso de drogas duras y a la vez una atenuación mucho menos relevante en relación con las blandas?

## 4. Las doctrinas jurisprudenciales

### 4.1. La orientación dominante de la jurisprudencia de la Corte de Casación

En materia de cultivo la jurisprudencia está dividida, sobre todo en relación con los supuestos de cultivo para uso personal. Empezamos, sin embargo, por destacar que la jurisprudencia dominante de la Corte de Casación viene defendiendo la legitimidad de la disposición mediante la valorización de la discrecionalidad del legislador y, de manera simultánea, subrayando la posibilidad de modular la sanción a la luz de la clasificación tabular.[24]

La tesis defendida durante los primeros años de vigencia de esta regulación ha sido la siguiente: la conducta de cultivo realiza un delito de *peligro abstracto*, y por ello, al menos en principio, *cualquier tipo de cultivo tiene que ser considerado punible*. En este sentido, las modalidades y características del cultivo (doméstico o técnico-empresarial), el uso de la sustancia producida (personal o destinada a la venta o la entrega a terceros), la cantidad o los niveles de principio activo del producto del cultivo, el efecto que el mismo pueda generar en el organismo, el estado de maduración de las plantas o del fruto, y el número de plantas cultivadas, se han estimado del todo irrelevantes a la hora de evaluar la ofensa de la conducta y, por ende, su relevancia penal. En otras palabras, conforme a esta orientación, se ha estimado suficiente que la planta pertenezca a las categorías vegetales incluidas en los listados mencionados por el DPR 309 de 1990, que tenga las características necesarias para poder producir el fruto y la sustancia, y que se pueda dar por iniciada la actividad de cultivo. A este último respecto, no obstante, si bien algunas sentencias han entendido que la actividad de cultivo solo se puede considerar típica a partir del momento de la siembra,[25] según otras sentencias sería suficiente la mera detención o tenencia de las semillas, debido a la peligrosidad abstracta (esto es, potencial) de esta conducta.[26]

24 Eleonora Maresca, "L'uso personale di sostanze stupefacenti e le aporie del sistema penale. Nota a Cassaciòn penal, 15 aprile 2014, núm. 18504", *Diritto Penale Contemporaneo*, 12 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/3518-l-uso-personale-di-stupefacenti-e-le-aporie-del-sistema-penale.

25 *Ufficio Indagini preliminari Bari*, 06/06/2007, Trib. Bolzano, sección penal, *ordinanza* 16/02/2010; Cas. Pen., VI, 19/06/2013, 41607.

26 Cas. Pen., IV, 15/11/2005, 150.

La *ratio decidendi* en la que se basa esta orientación jurisprudencial consiste en la anticipación máxima de la intervención penal frente al riesgo representado por el *incremento del mercado de sustancias estupefacientes*. Suponiendo que no sea posible llevar a cabo un juicio pronóstico fiable sobre el empleo de la sustancia obtenida por la actividad de cultivo, y dada la falta de un nexo de inmediatez entre el cultivo y el uso de la misma, se estima entonces más oportuno (también desde un punto de vista político-criminal) sancionar todas aquellas conductas que puedan generar un riesgo (aunque se trate de un riesgo meramente hipotético) de favorecimiento o incremento del mercado, y por ello, un "peligro abstracto" para bienes jurídicos como la salud pública y el orden público.

Por todo esto, en suma, la Corte de Casación incluye tradicionalmente en la conducta típica de cultivo todas las actividades que caracterizan la fase agraria, desde la siembra o incluso la mera tenencia de semillas,[27] hasta la cosecha del producto maduro.[28] Además, en el concepto de cultivo se incluye tanto el cultivo en sentido técnico-agrario y de carácter industrial, como el doméstico que puede realizarse incluso en forma reducida y rudimentaria.[29] Por consiguiente, se considera del todo irrelevante el grado de maduración, la cantidad y la intensidad del principio activo, y los únicos aspectos relevantes son los siguientes: a) la pertenencia de la planta cultivada a la categoría de plantas prohibidas; lo que hace que la conducta de cultivo sea "idónea para producir la sustancia destinada al consumo", siendo relevante la "mera conformidad de la planta al tipo botánico, y su concreta idoneidad para llegar a maduración y producir la sustancia estupefaciente";[30] en otras palabras, y conforme a esta última orientación, el elemento determinante sería la "*calidad mínima* para poder tener el efecto de droga",[31] pero el juicio se fundamentaría en la mera conformidad con el tipo botánico;[32] por ello, en suma, sería penalmente relevante cualquier fase del cultivo; y b) la posesión de aquellas

27 Las afirmaciones sobre la posesión de semillas como conducta sometida a castigo penal son bastante aisladas. La *cassazione*, en su composición máxima, en el 2012 ha excluido la relevancia penal del cultivo y la venta de semillas, conductas que pueden en su caso configurar, cuando concurran todas las condiciones, el delito previsto por el artículo 414 del Código Penal en relación con el delito de cultivo previsto por el artículo 73 del DPR 309 de 1990. Ver, entre las decisiones más recientes, Trib. Perugia, 6 de octubre de 2016, 2380, dott. Semeraro, que absolvió al imputado del delito de posesión de 174 semillas de cánapa indiana porque el hecho no existe.

28 Angelo Caputo y Giorgio Fidelbo, *Reati di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 314; Alessandra Bassi, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, Cedam, 2010, p. 59.

29 En este sentido, la jurisprudencia de la Casación menos reciente: Cas. Pen., 26/04./1989, Centro Elettronico di Documentazione (CED) 181777; Cas. Pen., 04/07/1990, CED: 185825; Cas. Pen., 18/06/1993, CED, 197352.

30 También para algunas referencias a sentencias anteriores, en la jurisprudencia más reciente, Cas. Pen., VI, 15/03/2013, 22459; Cas. Pen., VI, 08/10/2015-22/01/2016, 3037.

31 *Idem*.

32 Como destaca la sentencia Cas. Pen., VI, 15/03/2013, 22459, esta conclusión sería coherente con la Decisión-Marco 2004/757/Gai, del Consejo, de 25/10/2004.

características morfológicas idóneas para que del producto de la planta se pueda sacar cierta sustancia estupefaciente.[33]

Desde luego, esta orientación jurisprudencial logra la máxima anticipación de la intervención penal. El objetivo de esta es (parecería ser, conforme a esta interpretación del dato positivo) prevenir el riesgo de que el cultivo pueda favorecer la circulación de ciertas sustancias. Así que, a pesar de las mencionadas críticas de la doctrina, la mera realización de una conducta abstractamente propedéutica respecto a la difusión de la sustancia se considera más grave (y por ello punible, aunque esté destinada al uso personal) que la simple tenencia de la misma.[34]

### 4.2. La jurisprudencia minoritaria

Frente a la firmeza mantenida por la jurisprudencia dominante, la propia Corte de Casación, además de algunas sentencias de los tribunales de primera instancia y de apelación, han adoptado en ocasiones otros criterios. En particular, algunas sentencias más o menos recientes han manifestado ciertas críticas en relación con los siguientes aspectos: a) el principio de racionalidad (esto es, de igualdad y proporcionalidad);[35] b) la inclusión de ciertas conductas en la definición de "cultivo" como acción típica, y c) el principio de ofensa en concreto.

Desde luego, se trata de cuestiones estrechamente relacionadas entre sí, ya que todas tienen que ver con la determinación del marco de la tipicidad. En este sentido, vale la pena subrayar que la opción del modelo de prohibicionismo "temperado" permite destacar no solo la importancia del criterio de distinción del "uso personal",[36] sino también la propia distinción entre ofensa en abstracto, como criterio que limita la discrecionalidad del legislador, y ofensa en concreto, entendida como baremo que otorga al juez un criterio para identificar las conductas idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (esto es, las conductas típicas).

En cuanto al primer aspecto del principio de ofensa *en abstracto*, y como veremos a continuación, algunas sentencias han manifestado reservas de constitucionalidad. En

---

33 Cas. Pen., 16/01/2008, Rv. 239036; Cas. Pen., 28/11/2007, en *Guida al diritto*, 2008, fasc. 9, 62; Cas. Pen., 15/02/2007, Rv. 236509; Cas. Pen., 19/01/2006, Rv. 233534; Cas. Pen., 15/11/2005 en Cas. Pen., 2006, p. 3767; Cas. Pen., 14/04/2005, en *Giust. pen.*, 2007, II, p. 11; Cas. Pen., 07/02/2003, en *Guida al dir.*, 2003, fasc. 36, p. 85.

34 Ver Corte Constitucional, 109 de 2016, *infra*. En este sentido, ya el fallo 360 de 1995, confirmado por la sentencia 296 de 1996 y por las ordenanzas 414 y 150 de 1996. En lo que se refiere a la jurisprudencia de Casación, ver Cas. Pen., *Sezioni Unite*, 24/04/2008, Rv. 28605, y 10/07/2008, Rv. 28606.

35 Sobre la trascendencia de este principio, ver Andrea Gaboardi, "La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza", en Gaetana Morgante (ed.), *op. cit.*, pp. 83 y ss.

36 Al respecto de los criterios para distinguir las conductas penalmente relevantes, ver Vittorio Manes, "Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze", en Insolera y Manes, *op. cit.*, pp. 80 y ss. Sobre el artículo 75, comma 1-bis de la Ley 49 del 2016, ver Romano, 29 de mayo de 2014, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

particular, se ha sostenido la irracionalidad de la regulación en la materia en la medida en que esta excluye la conducta de *cultivo para uso personal* del conjunto de aquellas sancionadas solo a nivel administrativo. En este sentido, cabe mencionar la sentencia del Tribunal de Milano, sección IV penal, del 22 de mayo de 2013, 5471, según la cual

> ...generar disponibilidad de sustancia estupefaciente para uso exclusivamente personal […] no puede realizar el mercado ilícito y por ende causar daños a la nuevas generaciones, ya que, por lo contrario, esta actividad resulta idónea precisamente para disminuir la demanda de sustancia dirigida al mercado ilícito, sin financiar ni fortalecer de ninguna manera la actividad del crimen organizado.

De cara a este argumento,[37] la Corte Constitucional ya tuvo ocasión de expresarse y estimar la cuestión carente de fundamento. Por el contrario, la racionalidad de la opción legislativa vigente ha sido defendida subrayando la imposibilidad de llevar a cabo una valoración pronóstica fiable sobre el uso del producto del cultivo debido, también, a la falta de un nexo de inmediatez entre cultivo y uso de la sustancia. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en esta misma ocasión la misma Corte Constitucional destacó la necesidad de que la conducta sea ofensiva (en concreto) para poderse considerar también típica.

Pasando entonces a considerar este segundo aspecto, esto es, la definición de la conducta típica conforme al principio de ofensa *en concreto*, algunas sentencias han procurado otorgar relevancia a *las modalidades que caracterizan la actividad de cultivo*, distinguiendo, en particular, entre cultivo *técnico-agrario* y *doméstico*. Esta jurisprudencia ha interpretado el dato positivo en el sentido de incluir en el concepto de cultivo penalmente relevante solo las conductas que suponen la disposición de terrenos en los que sea posible sembrar una cantidad considerable de plantas y controlar su crecimiento, y también un sistema de riego y calefacción adecuado que permita acelerar el crecimiento de estas.[38] De esta manera, la clase y las características del cultivo representan elementos "guía" (esto es, criterios de evaluación) para poder distinguir el *cultivo típico* del *cultivo concretamente inofensivo*. En algunos casos se ha sostenido que al ser inofensiva la conducta solo se podría calificar de *tenencia*, con la consecuencia de poder aplicar la regulación prevista para esta (esto es, la sanción administrativa en caso de que la conducta de posesión esté caracterizada por el uso de la sustancia estupefaciente para el consumo

37 Cfr. Muñoz Sánchez, *op. cit.*, pp. 1-50.

38 En este sentido, ver las sentencias: Cas. Pen., VI, 6347/1994; Cas. Pen., VI, 3353/ 1994; Cas. Pen., VI, 31968/ 2007; Cas. Pen., VI, 40717 / 2007; Cas. Pen., VI, 17983/2007; Cas. Pen., VI, 40362/2007; Cas. Pen., VI, 10/11/2015-09/02/2016, 5254; Cas. Pen., VI, 09/05/2013, 23082; Cas. Pen., VI, 02/05/2013, 22110; Cas. Pen., VI, 15/03/2013, 22459.

personal), quedando así despenalizadas las conductas de "cultivo" doméstico para uso personal.

El criterio del *número de las plantas* ha sido defendido, entre las más recientes, por la Sentencia 5254 de 2016 de la Corte de Casación,[39] según la cual no se pueden considerar ofensivas en concreto aquellas conductas que no pueden generar un aumento relevante o apreciable de la cantidad de droga disponible, o que simplemente no permiten prever o suponer su difusión en el mercado. Por ello, la conducta de cultivo de un número limitado de plantas, de por sí, no tendría ninguna relevancia penal.

La cuestión de la ofensa en concreto se ha planteado también de maneras diferentes y aparentemente más sutiles, con lo cual, sin embargo, se ha empezado a generar también cierta confusión. En efecto, y en suma, la necesidad de una puesta en peligro efectiva se ha expresado y defendido acudiendo a criterios de evaluación como los siguientes: a) haciendo referencia a la concreta lesión de los bienes jurídicos protegidos, esto es, la salud pública y el orden público (algo desde luego muy difícil de comprobar);[40] b) al número de dosis que se puedan extraer de las plantas;[41] c) manteniendo que solo habrá delito cuando el producto de la planta contenga el principio activo (o cierta cantidad de principio activo), es decir, aquello idóneo para provocar el efecto característico de la sustancia prohibida,[42] lo cual podría llevar a excluir la tipicidad cuando las plantas no hayan alcanzado un estado de desarrollo y madurez que permita comprobar (o al menos prever de manera cierta) la presencia del propio principio activo;[43] d) en sentido parecido, sosteniendo que habría que verificar al menos la "idoneidad de la sustancia para producir el efecto típico de la misma".[44]

### 4.3. La intervención del pleno de la Casación de 2008 en relación con la definición de "cultivo" típico (conforme a la jurisprudencia prevalente)

Una etapa muy importante en la evolución de la jurisprudencia en la materia está representada por la Sentencia 28605 de 2008, del Pleno de la Corte de Casación, que rechazó la distinción entre "cultivo en sentido técnico-agrario", es decir "industrial", y "cultivo doméstico", por considerarla arbitraria y sin ningún respaldo normativo. En este sentido, se sostuvo que cualquier tipo de *cultivo* está caracterizado por un dato esencial que lo diferencia de la mera "tenencia", a saber, el de "contribuir al crecimiento de la cantidad

39 Cas. Pen., VI, 10/11/2015-09/02/2016, 5254.
40 Cas. Pen., VI, 17/02/2011-28/06/2011, 25674.
41 Cas. Pen., VI, 12612/2012; Cas. Pen., VI, 40030/2016.
42 Cas. Pen., IV, 1222, 28/10/2008-14/01/2009, 33835; Cas. Pen., 22/01/2013, 8393.
43 Cas. Pen., 15/03/2013, 22459.
44 Cas. Pen., VI, 08/10/2008-27/11/2008, 442876.

de sustancias estupefacientes existentes", lo que legitimaría la previsión de un tratamiento sancionatorio diferenciado y más grave.[45]

Conforme a esta premisa, los jueces afirmaron la relevancia penal de "cualquier actividad de cultivo de plantas no autorizada de las que puedan extraerse sustancias estupefacientes, incluso cuando dicha actividad se realice para destinar el producto a un uso exclusivamente personal", conservando, en todo caso, el límite constituido por la figura del delito imposible prevista en el artículo 49 del Código Penal italiano, la que se configura en aquellos casos en que de las plantas cultivadas no se puedan extraer sustancias estupefacientes capaces de producir algún efecto importante en el organismo.

Para fundamentar su tesis, la Casación se valió del argumento (ya esgrimido por los jueces constitucionales en la Sentencia 360/1995) de la *falta del nexo de inmediatez* entre el cultivo y el uso de la sustancia estupefaciente, razón por la cual es imposible establecer *ex ante* las potencialidades de la sustancia que se extrae del cultivo.

En esta sentencia también se hizo referencia al principio de ofensa en concreto, no obstante, se siguió afirmando la punibilidad de cualquier tipo de cultivo. En efecto, la Casación solo excluyó del ámbito de lo penalmente relevante los casos en los que se acredita en concreto la no ofensa de la conducta debido a su falta absoluta de idoneidad para ofender el bien jurídico protegido.[46]

### 4.4. La Sentencia 109 del 20 de mayo de 2016 de la Corte Constitucional: la exclusión de la conducta de cultivo para uso personal de las conductas sujetas a sanciones meramente administrativas es legítima

Por último, y para terminar este recorrido sobre las doctrinas jurisprudenciales en materia de cultivo –y su relevancia penal– en el marco jurídico italiano, cabe mencionar la reciente sentencia de la Corte Constitucional (109, depositada el día 20 de mayo de 2016) que ha rechazado la remisión promovida, por supuesta inconstitucionalidad, por la Corte de Apelación de Brescia, a través de las ordenanzas 98 y 200 de 2015.[47]

---

45 Sobre esta decisión y el rol fundamental de la ofensa en materia del cultivo, ver Carlo Bray, "Coltivazione di marijuana e (in)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza". Nota a Cas. Pen., sez. VI, 15 diciembre 2015, núm. 49476; Cas. pen., sez. IV, 21 gennaio 2016, núm. 2548; Cas. pen., sez. VI, 22 gennaio 2016, núm. 3037; Cas. Pen., sez. VI, 9 febbraio 2016, núm. 5254, *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 de mayo de 2016. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/4752-coltivazione-di-marijuana-e-inoffensivita-della-condotta-nella-recente-giurisprudenza-di-legittimit.

46 Sobre cómo reconocer la falta de ofensa según la elaboración jurisprudencial, ver Bray, 23 de mayo de 2016, *op. cit.*; Emanuele La Rosa, "La coltivazione 'domestica' di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto", *Giurisprudenza italiana*, núm. 1, 2016, pp. 196 y ss.

47 Romano, "Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del t.u. stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)", *Diritto Penale*

La Corte de Apelación de Brescia planteó la cuestión de constitucionalidad del artículo 75 del DPR 309 de 1990, en la medida en que esta disposición no incluye entre las conductas sujetas a sanciones meramente administrativas la de cultivo para uso personal.[48] En particular, según han argumentado los jueces de remisión, la ilegitimidad constitucional de la regulación se basaría fundamentalmente en los principios de *racionalidad*, *igualdad* y *ofensa* (deducibles de los artículos 3, 13, apartado 2, 25, apartado 2, y 27, apartado 3, de la Constitución italiana).

En cuanto al principio de racionalidad, los ejes argumentativos de la cuestión planteada por los jueces de la Corte de Apelación son los siguientes. En primer lugar, se ha considerado irracional el tratamiento punitivo previsto por esta normativa, en la medida en que esta prevé sanciones diferentes para dos situaciones homogéneas y similares, a saber: por un lado, la conducta de quien cultiva especies vegetales para producir sustancias estupefacientes para uso personal, y, por otro, la de quien, con el mismo fin, posea esas sustancias. Se ha subrayado, además, la falta de fundamento del argumento tradicional de la falta de nexo de inmediatez entre la mera conducta de cultivo y el uso de la sustancia, considerando que "la mayor o la menor distancia, respectivamente, de la conducta de cultivo y de tenencia de la conducta del uso final de la sustancia estupefaciente de hecho no podría caracterizar las mismas de un desvalor diferente". Otro perfil de inconstitucionalidad destacado por los jueces de Brescia atañe al respeto del principio de ofensa. En la ordenanza de remisión, en efecto, se cuestiona la idoneidad de la conducta de cultivo doméstico para el uso personal de lesionar o poner en peligro los bienes de la salud pública, el orden público o la salvaguarda del desarrollo de las nuevas generaciones.

A estas críticas se añade la que formula la doctrina. Esta, además de mostrar la incongruencia e *irracionalidad* de la normativa que sanciona penalmente una conducta prodrómica (el cultivo para uso personal) y administrativamente la de la tenencia para uso personal, considera que es necesario replantearse también –y sobre todo desde el punto de vista político-criminal– los *efectos de la penalización del cultivo para uso personal.*[49] De esta opción legislativa, en efecto, podría derivarse un perjuicio para aquellos intereses colectivos que la misma regulación penal busca proteger. Dicho de otra manera: la penalización de esta conducta podría inducir a los particulares a involucrarse con el mercado ilícito de estupefacientes y, por ende, en el canal de la criminalidad ligada a la obtención de las sustancias, incrementando de este modo el tráfico ilícito de sustancias

*Contemporaneo*, 30 de mayo de 2016. Disponible en: www.dirittopenalecontemporaneo.ithttp://www.penalecontemporaneo.it/upload/1464523430ROMANOLUISA_2016a.pdf.

48 Ver Romano, 13 de octubre de 2014, *op. cit*.

49 *Ibid.*, pp. 8 y ss.

estupefacientes.[50] Esta regulación tendría, entonces, efectos criminógenos. No obstante, la Corte Constitucional ha declarado "infundada" la cuestión planteada.

Sobre la supuesta infracción del artículo 3 de la Constitución (principio de igualdad y racionalidad), la Corte entiende erróneo el punto de partida de la Corte de Apelación de Brescia. En particular, los jueces de la Corte estiman no plausible que la tenencia para uso personal pueda hacer no punible la conducta anterior de cultivo. Por consiguiente, el argumento de la supuesta disparidad de trato sancionador entre las dos conductas no tendría fundamento.

En cuanto a la cuestión concerniente al *principio de ofensa*, la Corte destaca en primer lugar, la doble dimensión del mismo, como canon de política criminal y criterio de interpretación para el juez, subrayando, en cuanto al primer perfil, la legitimidad de la opción de la incriminación conforme al modelo del peligro abstracto, siempre que la valoración del legislador no resulte arbitraria, sino conforme *all'id quod plerumque accidit.* En este sentido, la Corte subraya también como, de acuerdo también a su propia doctrina jurisprudencial, los bienes jurídicos protegidos son la salud pública, el orden público y las generaciones futuras.[51]

La Corte Constitucional pone de relieve la carencia de fundamento de otro argumento esgrimido por la Corte de Apelación de Brescia, este es, la premisa según la cual la Decisión-Marco del Consejo de la UE, 2004/757/GAI, del 25 de octubre de 2004, habría excluido de su ámbito de aplicación todas las conductas que tengan como fin el uso personal. Según destaca la Corte Constitucional, en cambio, la Decisión-Marco mencionada no establece ninguna obligación de este tipo, y tampoco impide a los Estados sancionar penalmente –como ocurre en Italia– las conductas de cultivo para uso personal.

La razón de esta incriminación se basaría en la compatibilidad de la conducta de cultivo tanto con el uso personal, como con el tráfico, esto es, con el aumento de sustancias ilícitas disponibles en el mercado, favoreciendo de esta manera su difusión. Esta sería entonces una de las razones que, desde el punto de vista del legislador, justificaría la distinta regulación de la conducta de cultivo respecto a otras –solo en apariencia, según defiende la Corte Constitucional– homogéneas. Además, la verdadera razón es que el cultivo –más allá de la posesión– lleva a la existencia de otra droga, al igual que la fabricación, la producción y la elaboración, conductas que siempre tienen relevancia penal, aunque estén dirigidas al consumo personal de la sustancia.

50 Muñoz Sánchez, *op. cit.*, pp. 1-50.

51 Sobre este concepto ver Ascensión Cambrón Infante, "Generaciones futuras", en Carlos María Romeo Casabona, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, Comares, 2011. Disponible en: http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/165.

La última parte de la sentencia se refiere a la *ofensa en concreto*. Según entiende la Corte, a pesar de la legitimidad de esta regulación, los tribunales siempre tendrán que verificar si la conducta concreta de cultivo es idónea o, por el contrario, totalmente inidónea, para perjudicar los bienes jurídicos protegidos mencionados más arriba.

## 5. La escasa ofensa del hecho en la reforma de 2015

Esta oscilación jurisprudencial podría, tal vez, recobrar importancia debido a la reciente introducción, a través del Decreto Legislativo 28/2015, en el Libro I del Código Penal, de un nuevo criterio de orientación para la selección de las conductas típicas punibles. Nos referimos a la causa de *no punibilidad* por la particular *levedad del hecho* (art. 131 *bis*).

En auxilio de la jurisprudencia que busca temperar el rigor de la regulación, y conforme también a la mencionada sentencia de la Corte Constitucional (párrafo anterior), esta disposición podría generar –al menos– una reformulación de los criterios de valoración de la *ofensa en concreto* de las conductas abstractamente típicas.[52] En particular, este nuevo instrumento podría otorgar al juez la posibilidad de evitar imponer una sanción penal cuando la conducta, a pesar de haber sido incluida en el listado de aquellas abstractamente típicas, se caracterice por escasa peligrosidad o incluso por falta absoluta de idoneidad para afectar a los bienes jurídicos protegidos.

Hay que destacar, sin embargo, que esta nueva disposición solo puede ser aplicada a los delitos que no supongan una sanción superior a los cinco años de prisión. Por consiguiente, el juez solo puede aplicarla a los casos de cultivo a los que se refiere el apartado 5 del artículo 73, es decir, aquellas conductas de cultivo que, en razón de las modalidades, circunstancias del hecho, cantidad o calidad de las sustancias, sean de "entidad leve", y por ello sancionadas con reclusión de seis meses a cuatro años.[53]

---

52 Sobre la necesidad en la evaluación de la existencia de todos los criterios del artículo 131 *bis*, ver la sentencia de Casación, Sezioni Unite, 13682, 6 de abril de 2016 y el comentario de Enrico Andolfatto, "Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, C.d.S.)", *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 de abril de 2016. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/4673-le-sezioni-unite-sull-applicabilita-del-nuovo-art-131-bis-cp-alle-contravvenzioni-stradali-art-186.

53 Ver al respecto Alessandro Piotto, "La disciplina del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, DPR núm. 309 de 1990: dalla sentenza della Corte di Costituzionale núm. 251 del 2012 alle recenti modifiche legislative", en Gaetana Morgante (ed.), *op. cit.*, pp. 134 y ss. Según Bray, 23 de mayo de 2016, *op. cit.*, "quanto alla astratta applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. anche in relazione alla fattispecie di coltivazione non resta più alcun dubio". [En cuanto a la aplicabilidad abstracta del artículo 131 *bis* del CP también en relación a la conducta de cultivo no queda ninguna duda. Traducción propia]. Ver también Nicola Russo, "Il fatto di lieve entità", en Fabio Licata, Sandra Recchioni y Nicola Russo, *op. cit.*, pp. 333 y ss. Sobre una interpretación innovadora de la disposición contenida en el artículo 73, apartado 5, del DPR 309 de 1990, ver en la jurisprudencia que ha considerado esta disposición como aplicable a una actividad de venta continuada, Diritto Penale Contemporaneo, "Stupefacenti e fatto di lieve entità : un nuovo orientamento in ipotesi di spaccio continuato. Nota a C. App. Venezia, Sent. 5 aprile 2016 (dep. 13 maggio 2016), Pres. Galli, Est. Miazzi,

De hecho, esta nueva disposición enfatiza la no habitualidad de la conducta y la insignificancia del peligro (teniendo en cuenta la naturaleza, la especie, los medios, el objeto, el tiempo, el lugar y la modalidad de la acción, conforme a los criterios del artículo 133 del Código Penal), las que podrían contar entre los indicadores de mayor o menor relevancia del hecho que la jurisprudencia intenta identificar. Por ello, esta regulación no solo podría orientar al juez en la evaluación acerca de la ofensa concreta de la conducta, sino que también podría permitirle no sancionar conductas con escasa carga lesiva, configurándose como un baremo útil para la motivación de la sentencia.[54]

## 6. Perspectivas de *iure condendo*. ¿Hacia la legalización del cultivo de cannabis?

El 16 de julio de 2016 fue presentado en la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley titulado "Disposizioni in materia di legalizzazione della coltivazione, della lavorazione e della vendita della cannabis e dei suoi derivati" (Disposiciones en materia de legalización del cultivo, del procesamiento y de la venta de la cannabis y sus derivados).[55]

En particular, y en primer lugar, la nueva disposición permitiría a todos los sujetos mayores de edad el cultivo y la tenencia de máximo cinco plantas de cannabis y sus productos, siempre que se haya enviado formalmente una comunicación previa –conforme a ciertos requisitos– a la oficina regional competente. A partir del envío de esta comunicación (no se trata, pues, de una solicitud de autorización), el cultivo se considerará permitido. Además, y en segundo lugar, este proyecto autoriza la creación de asociaciones de cultivo (o, lo que es lo mismo, el cultivo en forma asociada), según los mismos requisitos establecidos para el cultivo personal, pero aplicados de forma proporcional al número de los participantes de la actividad colectiva (art. 1, apartado *b*, del proyecto de ley).[56]

La adopción de un modelo de legalización regulada y sujeta a ciertos controles (por ejemplo, quien cultive deberá presentar una comunicación previa a las autoridades competentes indicadas en el texto del proyecto) marcaría un cambio de rumbo radical.

---

Imp. Martin", *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 de julio de 2016. Disponible en: http://www.penalecontemporaneo.it/d/4894-stupefacenti-e-fatto-di-lieve-entita-un-nuovo-orientamento-in-ipotesi-di-spaccio-continuato.

54 Piénsese, entre otros ejemplos, en supuestos de escasa relevancia debido a la modalidad, la calidad o cantidad de las sustancias, en fin, a la ausencia de idoneidad de la conducta para afectar o poner en peligro bienes jurídicos como la salud colectiva, y a la imposibilidad, según el *id quod plerumque accidit*, de favorecer el desarrollo del mercado ilícito de drogas.

55 Se menciona como Proyecto de Ley *Giachetti* debido al nombre del primer diputado que lo firmó.

56 Sobre el debate que se ha desarrollado en España a este propósito, también para otras referencias, ver Muñoz Sánchez, *op. cit.*, 1-50.

El derecho penal de los estupefacientes se haría probablemente más coherente con los principios de efectividad y *extrema ratio*, además de evitar generar –como destaca de manera detenida el *Preámbulo* del proyecto en cuestión– los muy bien conocidos efectos criminógenos característicos del paradigma prohibicionista (aunque "temperado"), ya que el cultivo doméstico para el uso personal afectaría –en vez de alimentarlo– el mercado ilegal de sustancias estupefacientes.[57]

## Bibliografía


Bassi, Alessandra, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, Cedam, 2010.

Cambrón Infante, Ascensión, "Generaciones futuras", en Carlos María Romeo Casabona, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Granada, Comares, 2011.

Caputo, Angelo y Giorgio Fidelbo, *Reati di immigrazione e di stupefacenti*, Torino, Giappichelli, 2012.

De Lillo, Jessica, "Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti (art. 12-127 D.P.R. 9 de octubre de 1990)", en Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna y Michele Papa, *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, Utet, 2015.

Fortuna, Ennio, "Voce stupefacenti (dir. interno)", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 1185 y ss.

Gaboardi, Andrea, "La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza", en Gaetana Morgante (ed.), *Stupefacenti e diritto penale*. *Un rapporto di non lieve entità*, Torino, Giappichelli, 2015.

Gambardella, Marco, "I reati in materia di stupefacenti", en Antonio Fiorella, *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2016.

Giannelli, Domenico, "La coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti ad 'uso doméstico' alla luce del principio di offensività", *Rivista penale*, 2011, p. 125.

Grillo, Stefano, "voce Stupefacenti", en Francesco Carlo Palazzo y Carlo Enrico Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2007.

Insolera, Gaetano y Vittorio Manes, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, Giuffrè, 2008.

La Rosa, Emanuele, "La coltivazione 'domestica' di cannabis tra (in)offensività e particolare tenuità del fatto", *Giurisprudenza italiana*, núm. 1, 2016, pp. 196 y ss.


57 El proyecto de ley está ahora en discusión en la Comisión de Justicia; en este marco, algunos miembros de la Comisión presionan hacia la separación de la cuestión de la *cannabis* terapéutica de una regulación normativa más amplia, y proponen la adopción de un nuevo texto *ad hoc*.

Licata, Fabio, Sandra Recchioni y Nicola Russo, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione. Legislazione e orientamenti delle Corti Superiori*, Torino, Giappichelli, 2015.

Manes, Vittorio, "Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze", en Gaetano Insolera y Vittorio Manes, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, Giuffrè, 2008.

Manes, Vittorio y Luisa Romano, "L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Fini-Giovanardi" gli orizzonti penali della democrazia penale", *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2014, pp. 215 y ss.

Manna, Adelmo, "La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale", *Diritto penale e processo*, núm. 7, 2006.

Mazzanti, Edoardo, "Oltre il confine stabilito: detenzione di droga e uso delle soglie nella recente e travagliata evoluzione del diritto penale degli stupefacenti", en Gaetana Morgante (ed.), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino, Giappichelli, 2015.

Miró Llinares, Fernando, "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1- 65.

Muñoz Sánchez, Juan, "La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis: reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 1-50.

Notaro, Domenico, "Fra Corte Costituzionale e Parlamento. Considerazioni intorno alle prospettive politico-criminali in materia di supefacenti", en Gaetana Morgante, *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entitàv*, Pisa, Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, 2015.

Palazzo, Francesco Carlo, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, Padova, Cedam, 1994.

Romano, Luisa, "Previsioni tabellari e 6-monoacetilmorfina: motivazioni in merito alla riconducibilità alla nozione (legale) di sostanza stupefacente. (Nota a Cass., sez. VI penale, 11 aprile 2011, n. 14431)", *Rivista Italiana di Medicina e del Diritto Sanitario*, núm. 4-5, 2011, pp. 1199 y ss.

Ruga Riva, Carlo, "La nuova legge sulla droga: una legge 'stupefacente' in nome della sicurezza pubblica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, pp. 234 y ss.

_____, "Droga: il superamento dei limiti tabellari non costituisce prova della finalità di spaccio, e neppure integra di per sé un grave indizio di colpevolezza", *Corriere di merito*, núm. 10, 2007, pp. 1177 y ss.

_____, "Stupefacenti e doping. La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti", en Domenico Pulitanò (ed.), *Diritto penale, Parte speciale,* vol. I, Tutela della persona, Torino, Giappichelli, 2014.

Russo, Nicola, "Il fatto di lieve entità", en Fabio Licata, Sandra Recchioni y Nicola Russo, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione. Legislazione e orientamenti delle Corti Superiori*, Torino, Giappichelli, 2015.

Toscano, Giuseppe, "L'irrequieta vicenda della disciplina in materia di stupefacenti", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 2, 2015.

Trombetti, Simone, "Le tabelle", en Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna y Michele Papa, *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. IV. I delitti contro l'incolumità pubblica in materia di stupefacenti*, Torino, Utet, 2010.

Virga, Massimiliano, *La droga espiatoria. Un'analisi critica del proibizionismo*, Milano, Guerini e Associati, 2004.

# EL MODELO URUGUAYO DE REGULACIÓN DEL CANNABIS

## CUESTIONES JURÍDICAS Y DE GEOPOLÍTICA

***Pablo Galain Palermo***

**RESUMEN.** Uruguay es el primer país del mundo que, sin haber abandonado las convenciones internacionales, ha regulado el mercado de cannabis para instaurar un monopolio estatal de producción, distribución y venta. Esta política de drogas desafía y pone en aprietos al sistema de prohibición propuesto desde la ONU para toda la comunidad de naciones. Este artículo analiza si dicha política de drogas, basada en la reducción de daños, significa un cambio de paradigma en la materia, tanto a nivel normativo como geopolítico.

**Palabras clave:** cannabis, mercado, regulación, reducción de daños, salud pública, seguridad.

**ABSTRACT.** Uruguay is the first country in the world that, without having abandoned international conventions, has regulated the cannabis market in order to establish a state monopoly over production, distribution and sales. This drug policy challenges and creates a predicament for the system of prohibition proposed by the UN for the entire community of nations. This article analyzes whether such a drug policy, based on harm reduction, represents a paradigm shift on the matter, at both a normative and geopolitical level.

**Keywords:** Cannabis, market, regulation, harm reduction, public health, security.

### Introducción

El cannabis es la droga de mayor consumo en el mundo, alcanzando en 2014 la cifra de 183 millones de usuarios.[1] En Uruguay hay una cifra de usuarios cercana al 23 %

1 UNODC, *Informe mundial sobre las drogas. Resumen ejecutivo*, Viena, 2016, pp. X y XII. Según este informe, 1 de cada 20 adultos consumió una droga durante 2014. A su vez, según indica el número de incautaciones (parámetro

de la población[2] (aproximadamente 161.000 personas),[3] de los cuales un 16,7 % de los consumidores frecuentes ha experimentado un uso problemático,[4] evidenciando un aumento constante de consumo en los jóvenes.[5]

El 20 de diciembre de 2013, por medio de la Ley 19.172, Uruguay fue el primer país en regular todas las etapas de producción del cannabis, desde la plantación hasta la venta al público, para uso recreativo, medicinal e industrial.[6] Esta ley supone un desafío al sistema internacional al que Uruguay adhiere, porque podría abrir una grieta en la política criminal de prohibición sobre la que se asienta la comunidad de naciones. Sin embargo, el modelo uruguayo no supone un cambio de paradigma en la política internacional sobre las drogas consideradas ilícitas, pues no rompe con el modelo prohibicionista sino que –permaneciendo dentro de esta lógica– regula fuertemente el mercado de cannabis, al aplicar junto a lo punitivo una política de reducción de daños por tratarse de una sustancia cuyo consumo causa riesgos tolerables desde la perspectiva de la protección de la salud de la población. La regulación está en sintonía con el sistema internacional: mantiene la prohibición, pero admite circunstancias de excepción en las que el derecho penal se abstiene de intervenir cuando la actividad se desarrolla dentro

---

de medición seguido por la ONU), el cannabis es la droga que más se trafica a nivel planetario.

2 La población total de Uruguay es de apenas 3.419.516 personas, según el censo de 2014 del Banco Mundial (citado en: Iepes, *Uruguay a dos años de la aprobación de la ley que regula el cannabis - Informe de la investigación independiente acerca del proceso de regulación del cannabis en Uruguay, a dos años de la aprobación de la Ley 19.172*, Montevideo, 2016, p. 10. Disponible en: http://esiglesia.org/wp-content/uploads/2016/01/Investigacion-Uruguay.pdf). Según la VI Encuesta Nacional en Hogares sobre Droga de 2016: "El 23,3 % de las personas entre 15 y 65 años ha probado marihuana alguna vez en su vida. De esta forma se marca un aumento de tres puntos porcentuales respecto de la medición anterior, del año 2011" (OUD y JND, *VI Encuesta Nacional en Hogares sobre Consumo de Drogas, 2016*, 2016, p. 13. Disponible en: http://www.infodrogas.gub.uy//images/stories/pdf/201609_VI_encuesta_hogares_OUD_ultima_rev.pdf).

3 OUD y JND, *ibid*., p. 63.

4 *Ibid*., p. 14.

5 La V Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media de 2011 dice: "Pero el consumo de marihuana presenta características que alertan de riesgos importantes. Con un crecimiento casi constante de su prevalencia de consumo, ya sea experimental, ocasional o frecuente desde el año 2003, la marihuana es por amplio margen la sustancia ilegal más consumida por los estudiantes de enseñanza media. Un importante 12 % declara haber consumido alguna vez en los últimos 12 meses, pero este porcentaje se eleva al 20 % cuando hablamos de jóvenes de 17 años y más" (Observatorio Uruguayo de Drogas y Junta Nacional de Drogas, *V Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media de 2011*, 2012a, p. 65. Disponible en: http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/ENCUESTA%20NACIONAL%20DE%20DROGAS%20%20Uruguay.pdf).

6 Téngase en cuenta que el cannabis que ofrecerá el Estado uruguayo, mediante aproximadamente más de 50 farmacias, contendrá no solo THC (elemento psicoactivo) sino también CBD (elemento curativo), lo que hace que el producto ofrecido para uso recreativo también contenga elementos curativos cuyo efecto se puede potenciar mediante usos alternativos a la combustión. Esta no es una cuestión menor, pues el *dominio* sobre las *autorizaciones* para la comercialización de productos que combinen estos elementos ha estado en los últimos años en manos de determinadas agencias estatales o directamente de la industria medicinal y farmacéutica. El uso medicinal y el industrial pueden llegar a ser el factor legitimador de una política reguladora que permita ingresos suficientes al Estado uruguayo para realizar los controles administrativos y sanitarios necesarios para garantizar una política de reducción de daños exitosa en cuanto al uso recreativo. Todo indica que los distintos usos del cannabis deberán ser considerados de forma complementaria al momento del análisis del éxito o fracaso de la política de drogas.

de la regulación dispuesta para la producción y el acceso al cannabis, cuyo consumo en Uruguay es lícito desde 1974, cuando el país adhirió al sistema internacional de control.

Este trabajo, por un lado, realiza un análisis normativo del modelo de regulación propuesto por Uruguay y, por otro, menciona algunos aspectos sociológicos y geopolíticos de la política pública a la que se afilia el modelo uruguayo. [7] Por último, se analiza brevemente el documento final de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ungass) 2016 sobre Drogas, y se mencionan las cuestiones abiertas del sistema de regulación del mercado de cannabis a más de tres años de la sanción de una ley que rompe con el discurso monolítico y con el consenso que desde Viena se quiere imponer (no solo a los Estados sino también a todas las oficinas que integran el sistema de las Naciones Unidas) por parte de los órganos internacionales de control de drogas.

## 1. Políticas públicas sobre drogas y la lucha por el control de los mercados

El concepto utilizado por el sistema internacional en las convenciones sobre drogas no es puramente científico sino que debe considerarse una definición o construcción política.[8] El hecho de que se trate de una cuestión política permite decidir pragmáticamente el modo de tratamiento para los problemas del consumo, que según los intereses históricos dominantes pueden ser considerados como un problema administrativo (de salud pública) o como un problema de la administración de justicia penal.[9] Desde un punto

7 De forma difícil de explicar, a más de tres años de aprobada la ley, el Gobierno uruguayo no ha sido capaz (o no ha tenido voluntad política) de poner en funcionamiento el sistema de venta monopólica a través de las farmacias. La prensa habla incluso de fracaso del sistema ("Fracaso de la marihuana legal", *El Observador*, 3 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/fracaso-la-marihuana-legal-n993869). En febrero de 2017, de visita por Alemania, el presidente Tabaré Vázquez (fuerte opositor al consumo de tabaco y de cannabis) ha dicho que la venta de cannabis se hará efectiva a mediados de 2017 ("Vázquez en Alemania: 'Sobre mitad de año' empezará la venta de marihuana en farmacias", *El Observador*, 7 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/vazquez-alemania-sobre-mitad-ano-empezara-la-venta-marihuana-farmacias-n1028933). El mismo día en que se difundió esta noticia, desde el sector de los cultivadores se dijo: "El año pasado dijeron lo mismo. Esta es la tercera vez que dicen que va a estar, supongo que ahora tendrán *stock*, pero hay que ver todo el tema de las farmacias […] Demoraron 9 años en sacar la ley, no van a demorar un año en preparar los terrenos y cultivar y afinar toda la normativa" ("Desde el Movimiento de Liberación del Cannabis toman con cautela el anuncio de Vázquez", *Montevideo Portal*, 8 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.montevideo.com.uy/contenido/Desde-el-Movimiento-de-Liberacion-del-Cannabis-toman-con-cautela-anuncio-de-Vazquez-334191).

8 Como se trata de una cuestión política, los factores relacionados con el consumo (patrones de consumo) y sus formas de acceso deberían ser considerados al momento de diseñar la política pública. Como se reconoce en el modelo uruguayo: "El fenómeno del consumo de drogas es complejo y cambiante. Eso implica que las soluciones pueden tener que cambiar con ellas" (Junta Nacional de Drogas, Observatorio Uruguayo de Drogas y Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones, *Informe 2007. Situación y tendencia del consumo de drogas en Uruguay*, Montevideo, 2007, p. 11. Disponible en: http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/anuario_final__2007.pdf).

9 Pablo Galain Palermo, "¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay", *Revista Penal*, núm. 34, julio de 2014, pp. 34-53; "¿Existe un nuevo modelo de regulación jurídica del canna-

de vista político, se han diseñado dos grandes modelos para hacer frente al problema de la droga:[10] a) el modelo prohibicionista[11] liderado por el Gobierno federal de Estados Unidos,[12] y los órganos supranacionales relacionados con la ONU como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés)[13] y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)[14] que ha confluido en

bis? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay", *Anatomia do Crime*, núm. 2, 2015a, pp. 55-84.

10 La literatura identifica cuatro modelos históricos de control sobre las drogas: a) un modelo de libre disponibilidad (siglo XIX); b) un modelo de control penal (comienzos del siglo XX); c) un modelo de regulación médica (segunda mitad del siglo XX), y d) un modelo de regulación de salud pública (a partir de las últimas décadas del siglo pasado) (Sandeep Chawla, "Multilateral drug control", en Menno Vellinga (ed.), *The Political Economy of the Drug Industry. Latin America and the International System*, Florida, University Press of Florida, 2004, p. 239).

11 El problema de la droga es una cuestión política que no requiere de definiciones conceptuales claras ni de diferenciación por sustancia o por los efectos en la salud, sino de la mera decisión de prohibir su producción y consumo. En el discurso prohibicionista no se necesita dividir analíticamente los distintos tipos de sustancias y sus efectos en los consumidores, en el discurso único la línea divisoria se demarca entre la droga permitida y la prohibida, por eso se clasifica de modo binario en listados que dividen entre sustancias legales y sustancias ilegales. El modelo prohibicionista se basa en las convenciones internacionales de 1961, 1971 y 1988, que pretenden prevenir el consumo de drogas ilícitas mediante la prohibición de todas las vías de acceso al producto, haciendo hincapié en el combate de la oferta.

12 La Drug Enforcement Administration (DEA) es la principal agencia federal responsable de la regulación de sustancias controladas y de aplicación de la Controlled Substances Act (CSA). Esto significa que quien libera una sustancia en la práctica, en Estados Unidos, es la oficina encargada de la guerra contra las drogas (Michael Levine, "La guerra de las drogas de los Estados Unidos: el gran fraude basado en la gran mentira blanca", en L. Pantoja y L. Guridi (eds.), *Drogas, desarrollo y Estado de derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, pp. 223 y ss.; Ubirajara Ramos, *Tá todo o mundo engañado! Sobre a maconha e a política de guerra às drogas mundial*, Babecco, Olinda, 2014, p. 239).

13 La UNODC se basa en los efectos nocivos del cannabis sobre la salud: "Recent data on smoking cannabis clearly shows that it is unhealthy and dangerous. Cannabis use is linked to addiction, cognitive impairment, motor skills deficiency, respiratory, cardiovascular and mental health problems, and it has been shown to be particularly damaging to maturing brains. The international experience with increased emergency room admissions and treatment entrants represent the dangerousness of today's highly potent cannabis, and its potential to greatly threaten both the public health and public safety" [Información reciente sobre el consumo de cannabis muestra claramente que es peligroso y nocivo para la salud. El uso de cannabis está asociado con la adicción, con el deterioro cognitivo, con deficiencias en las habilidades motoras, con problemas de salud respiratorios, cardiovasculares y mentales, y ha demostrado ser particularmente dañino para los cerebros en desarrollo. La experiencia internacional con el aumento de ingresos a las salas de urgencias y de participantes en tratamientos, son una muestra de la peligrosidad del cannabis altamente potente de hoy en día y de su potencial de amenazar gravemente la salud y la seguridad públicas. Traducción propia] (UNODC, *Cannabis. A short review*, Discussion Paper, 2012, p. 29. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/drug-prevention-and-treatment/cannabis_review.pdf).

14 Sobre el papel desempeñado por la JIFE, ver Tom Blickman, Martin Jelsma y David Bewley-Taylor, *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*, Amsterdam, Transnational Institute, 2014, pp. 36 y ss.

una guerra contra las drogas,[15] y b) el modelo de legalización y regulación,[16] que abarca desde el desarrollo del uso medicinal del cannabis (paradigmático el caso del estado de California en Estados Unidos),[17] el desarrollo de la política de reducción de daños (liderada por la legalización de facto de Holanda,[18] pero también Suiza,[19] Portugal,[20] España,[21] entre otros países de Europa Occidental),[22] y el modelo que algunos denominan de tercera vía (que hoy aplican Uruguay y los estados de Colorado y Washington en Estados Unidos, a los que pronto se sumará Canadá).[23] El primer modelo se basa en un combate total contra el consumo y deja en manos de unos pocos el control sobre las formas de acceso a la planta con fines medicinales o farmacológicos,[24] mientras que el

15 Una de las consecuencias pretendidas es prohibir el acceso a las drogas para disminuir el consumo, objetivo que no se ha logrado en los últimos años, tal como reconoce la propia UNODC. En la Ungass de 1998, bajo el lema "Un mundo libre de drogas, ¡podemos hacerlo!", el director de UNODC instó a eliminar todos los cultivos de cannabis para el año 2008 (Xabier Arana, *Drogas, legislaciones y alternativas*, Donostia, Gakoa, 2012, p. 309). Una de las consecuencias no queridas de este modelo es que deja el abastecimiento, prohibido normativamente, en manos del mercado ilegal o negro y de los actores que organizada o desorganizadamente operan allí. Esta circunstancia conduce a que la calidad y el precio del producto prohibido sean decididos por quienes actúan por fuera de la ley y son destinatarios de todas las ganancias derivadas de la compra y venta (Armando Fernández Steinko, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid, Catarata, 2008). En un modelo de prohibición, el mercado ilícito no se comporta como otros mercados. El aumento de las interdicciones puede incrementar el precio de venta del producto pero no disminuye el consumo, porque los consumidores no siguen los mismos patrones que para los productos lícitos (Ernesto Samper, *Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta*, México, Debate, 2013, pp. 163 y ss.).

16 Jonathan Caulkins *et al.*, *Marijuana Legalization. What everyone needs to know*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

17 "Medical Marijuana Identification Card Program". Disponible en: https://archive.cdph.ca.gov/programs/MMP/Pages/default.aspx; Cannabis Plus; "The medical use of cannabis in California", s. f. Disponible en: http://cannabisplus.net/the-medical-use-of-cannabis-in-california/; Patrick McGreevy, "California sets new rules for medical pot industry", *Los Angeles Times*, 9 de octubre de 2015. Disponible en: http://www.latimes.com/local/political/la-me-pc-gov-brown-on-medical-marijuana-regulations-20151009-story.html.

18 Robert MacCoun y Peter Reuter, "Interpreting Dutch Cannabis Policy: Reasoning by analogy in the legalization debate", en Mangai Natarajan (ed.), *Drug Abuse: Prevention and Treatment*, vol. III, USA Ashgate, 2010, pp. 441 y ss.

19 Martin Killias y Marcelo Aebi, "The impact of heroin prescription on heroin markets in Switzerland", *Crime Prevention Studies*, vol. 11, 2000, pp. 83-99.

20 Artur Domoslawski, *Drug Policy in Portugal: The Benefits of Decriminalizing Drug Use*, Lisboa, Open Society Foundations, 2011; Hannah Laqueur, "Uses and abuses of drug decriminalization in Portugal", *Law & Social Inquiry*, 2015.

21 José Arroyo y Tomás Hernández, *Harm reduction among drug users in Spain*, Luxemburgo, 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/health//sites/health/files/sti_prevention/docs/ev_20101027_co02_en.pdf.

22 Danilo Ballotta, Henri Bergeron y Brendan Hugues, "Cannabis control in Europe", en *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. A cannabis reader: global issues and local experiences*, vol. 1, Belgium, 2008, pp. 99 y ss.

23 Sobre la tercera vía, ver Cyrille Fijnaut y Brice de Ruyver, *The Third Way. A Plea for a Balanced Cannabis Policy*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 30 y ss.

24 En un primer momento, las sustancias psicotrópicas estaban reguladas en sus formas de venta al público, tanto para fines medicinales como recreativos. Distintas presiones de actores con intereses económicos en la explotación industrial y farmacológica de la planta de cannabis condujeron a la prohibición de su venta (y en muchos casos, de su consumo), recurriendo a variadas estrategias políticas, morales y religiosas para legitimar el uso del derecho penal para reprimir a los consumidores y sus abastecedores (Antonio Escohotado, *Historia elemental de las drogas*, Barcelona, Anagrama, 2014). Las drogas pueden curar o dañar al mismo tiempo (son remedio y veneno), "pues dependiendo de conocimiento, ocasión e individuo lo uno se transforma en lo otro […] La alternativa es instruir sobre su

segundo modelo parte de la diferenciación de las sustancias en "drogas duras" y "drogas blandas", regulando el control de la producción y las vías de acceso de las últimas, tal como se ha hecho con el alcohol y el tabaco.[25]

El primer modelo parece ser funcional a los intereses de determinados actores legales, comerciales e industriales (entre otras industrias: la farmacéutica, la medicinal, las agencias de seguridad, la armamentística)[26] y de actores ilegales (principalmente: criminalidad organizada, funcionarios corruptos, grupos terroristas);[27] mientras que el segundo modelo[28] podría ser asociado a una mezcla de políticas de salud,[29] respeto de los derechos humanos e intereses estatales recaudatorios.[30] Entre ambos modelos, no obstante, hay lugares comunes en los que se mezcla la prohibición con la regulación.[31] Entre los matices o lugares comunes de ambos modelos puede ubicarse una *tercera vía* que incluya la regulación del mercado de drogas blandas como el cannabis y la intensificación de la lucha contra el narcotráfico de drogas duras como la cocaína, la heroína y el *crack*. Pero además, debe tenerse en cuenta que aun en un modelo regulado para un

---

correcto empleo o satanizarlo indiscriminadamente: sembrar ilustración o sembrar ignorancia" (p. 204). Este proceso ha sido denominado como una lucha del poder contra el saber (Daniel Vidart, *Marihuana, la flor del cáñamo. Un alegato contra el poder*, Montevideo, Ediciones B, 2014, pp. 215 y ss.).

25 Robin Room, "In thinking about cannabis policy, what can be learned from alcohol and tobacco?", en *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. A cannabis reader: global issues and local experiences*, vol. 1, Belgica, 2008, pp. 121 y ss.

26 Thomas Szasz, *Nuestro derecho a las drogas. En defensa de un mercado libre*, Barcelona, Anagrama, 2001, pp. 60 y ss.; Vidart, *op. cit.*, pp. 185 y ss.; Ramos, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

27 Alain Labrousse, *Geopolítica de las drogas*, Montevideo, Trilce, 2011, pp. 65 y ss.

28 El modelo regulador procura una explicación más académica (y racional) del problema social de las drogas que admite que la *lucha contra el consumo problemático* de drogas se debe llevar a cabo principalmente mediante políticas sanitarias y no solo penales, para que los riesgos y daños derivados del consumo puedan ser reducidos. Un modelo regulador debe construir un nuevo concepto de *seguridad* que no pretenda negar la libertad de consumo sino que, por un lado, intente una protección efectiva de la salud pública garantizando al consumidor individual circunstancias de calidad y precio del producto mediante regulación y control y, por otro lado, brinde seguridad jurídica con una limitación clara a la intervención de la administración de justicia en cuanto a las cantidades permitidas para el acceso y posesión individual y grupal. La regulación permitirá formas jurídicas de resolución de los conflictos originados por la mala calidad u otras deficiencias del producto ofrecido por el mercado "oficial" de cannabis. De esta forma, se pretende reducir los índices de inseguridad y violencia asociados a la *comercialización* de la droga. El Estado que deberá invertir en estas garantías de calidad y seguridad del producto recibe como contrapartida el pago de impuestos por parte de quienes operan en el mercado regulado (que podemos denominar "blanco"). Una política sobre drogas no puede quedar únicamente librada a las fuerzas de la economía del mercado, sino que tiene que existir una política de control estatal que permita el recurso de las políticas públicas de sanidad. El mercado regulado debería recaudar impuestos para la prevención del uso abusivo, de forma que se ofrezca el mensaje de que el cannabis no es más aceptable cuando su consumo ha sido regulado que cuando era ilegal (Douglas McVay, "Marijuana legalization: The time is now", en James Inciardi (ed.), *The Drug Legalization Debate*, London, Sage Publications, 1991, p. 153).

29 Catherine Cook *et al.*, *The case for a harm Reduction Decade: Progress, potential and paradigm shifts*, London, The global state of harm reduction, 2016. Disponible en: www.ihra.net.

30 Fijnaut y Ruyver, *op. cit.*, pp. 40 y ss. Sobre los beneficios de una política recaudatoria, ver Jonathan Caulkins *et al.*, *Considering Marijuana Legalization. Insights for Vermont and Other Jurisdictions*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 2015, pp. 75 y ss.

31 Marcelo Bergman, *Drogas, narcotráfico y poder en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 26 y ss.

solo tipo de droga, como sucede en Uruguay, el derecho penal no desaparece de toda la cadena de producción y distribución, sino que permanece latente y se aplica para todos aquellos actores que actúan por fuera de la regulación, así se trate de usuarios y compradores o de productores y vendedores.

A pesar de la prohibición penal internacional y nacional de acceso a las drogas, el consumo ha ido en constante aumento.[32] La ONU considera que cerca de 27 millones de personas tienen problemas con el uso de drogas. Es difícil determinar cuál de los dos modelos es más exitoso en relación con la prevención del uso problemático y en cuanto a la protección del bien jurídico tutelado.[33] El indicador que se deberá tomar en cuenta para medir la eficacia de ambos modelos no debería ser una medición en el tiempo en el país que legaliza y regula el consumo, porque seguramente este seguirá la variable de crecimiento que también acontece en los modelos prohibicionistas,[34] sino que la medición tiene que ser comparativa entre el índice de crecimiento del consumo en uno y otro modelo.[35]

## 2. Criminalización del tráfico y de todas las etapas previas al consumo de drogas por exigencia de la normativa internacional

La política internacional en materia de drogas se rige hace más de medio siglo por convenciones internacionales acordadas según criterios políticos que, por un lado,

32 En su Reporte Mundial de 2015 la UNODC estima que a nivel mundial un total de 246 millones de personas de entre 15 y 64 años consumieron una droga ilícita en 2013.

33 En carta abierta el psiquiatra holandés Frederick Polak preguntó al exjefe de la UNODC, Antonio María Costa: ¿por qué después de 30 años de reglamentación, entre los mayores de 18 años el nivel de consumo de cannabis era menor en Holanda que en otros países europeos afiliados a la guerra contra las drogas? (UNODC, Open Letter to Antonio Maria Costa, 6 de diciembre de 2008. Disponible en: http://www.encod.org/info/OPEN-LETTER-TO-ANTONIO-MARIA-COSTA.html). Muchas son las preguntas que continúan abiertas, como: ¿Qué aumenta en mayor grado el riesgo para la salud pública, una política de prohibición que encarcele incluso a usuarios o una política de regulación y disminución de daños que ofrezca jeringas descartables para evitar el contagio de enfermedades como el VIH? Las evidencias sobre Holanda son enumeradas por aquellos que abogan por la legalización del mercado de cannabis (Ethan, Nadelmann, "The case for legalization", en Inciardi, *op. cit.* , p. 41; Mathias Broeckers, *Cannabis. Hanf, Hemp, Chavre, Cañamo*, Schweiz, Aaran, 2002).

34 Según la Quinta Encuesta Nacional de Hogares sobre consumo de drogas de 2011: "El consumo de marihuana continúa siendo el más extendido en la población luego del consumo de las drogas legales. El 20% de las personas de 15 a 65 años ha consumido marihuana alguna vez en su vida, en tanto un 8,3% declara que consumió la sustancia en los últimos 12 meses y un 4,9% en los últimos 30 días; de esta forma se observa un aumento significativo de la declaración del consumo de las tres prevalencias (vida, año y mes) respecto a la medición del año 2006 y una confirmación de la tendencia ascendente del consumo en la serie 2001-2011" (Observatorio Uruguayo de Drogas y Junta Nacional de Drogas, 5ª Encuesta Nacional de Hogares sobre consumo de drogas, 2012b, p. 25. Disponible en: http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/v_enc_hogares_2011.pdf.).

35 Ver la Sexta Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media de 2014 (jóvenes entre 13 y 17 años) que ha visto cómo se pasó de 3.798 casos en 2001 a 11.248 en 2014 (Observatorio Uruguayo de Drogas y Junta Nacional de Drogas, *Sexta Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media de 2014*, 2015. Disponible en: http://www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/vi_estudiantes_2014.pdf).

desconocen la evidencia científica[36] y, por otro, no consideran las recomendaciones de los órganos supranacionales con competencia en cuestiones de salud.[37] Por una decisión exclusivamente política, el cannabis y su resina, así como los extractos y la tintura de la planta de cannabis están incluidos en las listas I y IV de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, en la que se ubican las sustancias más peligrosas para la salud.[38]

La normativa internacional persigue una política criminal de guerra a partir de la Convención de 1961 (con los protocolos de Ginebra de 1972 y de Viena de 1973), el Convenio de Viena sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, y la Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.[39] La lógica normativa actual no diferencia entre los tipos de drogas o entre usuarios, porque parte de la falacia de que cualquier consumidor tiende a *abusar* del consumo, de modo que todo consumo es problemático y puede derivar en adicción.[40] El objetivo del sistema, sin embargo, no es tanto proteger la salud, como controlar fuertemente la producción de las drogas mediante la prohibición, que se decide simplemente por la mera inclusión

36 Entre otras comisiones científicas contrarias a la prohibición que no fueron tenidas en cuenta, ver Comisión La Guardia (Academia de Medicina de New York), 1939; Estudio Científico Dr. Hollister (Palo Alto), 1967; Comisión de la Baronesa Wootton (Inglaterra), 1969; Comisión Le Dain (Relatoría sobre Uso Médico de las Drogas, Canadá), 1969-1972; Comisión Shafer (EE.UU.), 1971-1973; Comisión Pelletier (Francia), 1978; Comisión Baan (Holanda), 1976; (Vidart, Marihuana, la flor del cáñamo, *op. cit*., pp. 211 y ss).

37 Como expresó en 2014 el Comité de Expertos en Farmacodependencia encargado, según las Convenciones de 1961 y 1971, del examen médico y científico de las propuestas de clasificación de las sustancias: "El cannabis y la resina de cannabis no se han sometido al examen científico del Comité de Expertos desde el examen efectuado por el Comité de Higiene de la Sociedad de las Naciones en 1935" (David Bewley-Taylor *et al.*, *La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU. Estrategias para la reforma*, junio de 2016, p. 4).

38 Ello no significa que el cannabis y su resina sean inocuos para la salud de los consumidores (Juan Ramón de la Fuente (coord.), *Marihuana y Salud*, FCE, México, 2015, pp. 121 y ss.). Ver que a partir de esa clasificación, las convenciones siguientes (1971 y 1988) construyen una definición formal de sustancia psicotrópica como: "cualquier sustancia, natural o sintética o cualquier material natural de las listas I, II, III o IV". Luego se agrega un aspecto material a la definición, como las "sustancias que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central que tenga como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción o del estado de ánimo". Téngase en cuenta que el elemento central para considerar a una sustancia como psicotrópica no es material sino formal, pues muchas sustancias que producen los efectos enunciados no se incluyen en las listas I a IV que determinan la prohibición de las mismas.

39 Hans-Jörg Albrecht, „Internationales Betäubungsmittelrecht und internationale Betäubungsmittelkontrolle", en A. Kreuzer (ed.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts. Zweiter Teil: Rechtliche Grundlagen*, München, C.H. Beck Verlag, 1998, § 10, pp. 651-695.

40 En la lucha contra el abuso en el consumo reside el problema de salud pública que debe ser combatido por medio del derecho penal y de una política criminal de *guerra* contra un determinado fenómeno social o cultural. En realidad, las convenciones manejan un vocabulario médico antes que jurídico y no hablan de *guerra contra las drogas* sino tan solo exigen el *uso del derecho penal* para combatir el *fenómeno de la droga* como si se tratara de una epidemia para ser controlada y abatida (aunque parten de la base *no científica* de que todas las sustancias pertenecen a una misma categoría y no diferencian su potencialidad dañosa para la salud de las personas). Según la ciencia, "a diferencia de lo que ocurre con otras sustancias, como el tabaco y el alcohol, no existe un parámetro estandarizado que permita cuantificar el consumo de marihuana" (De la Fuente, *op. cit*., pp. 118). Pero hay otros factores de riesgo: "La desventaja económica, el abandono emocional a edades tempranas, el maltrato durante la infancia, los trastornos psiquiátricos y el uso de marihuana en los pares y en los padres son factores que incrementan el riesgo de que un sujeto presente dependencia" (p. 109).

de determinadas sustancias en listas confeccionadas por los Estados contratantes. El uso permitido y la materia de prohibición, entonces, se limitan a algunos postulados de la medicina y otras ciencias naturales que sean funcionales a la prohibición (considerando también los intereses policiales, judiciales, legislativos y comerciales), y prescinde de la posición de las ciencias sociales y de las ciencias que estudian el comportamiento humano.[41] No obstante, la exigencia de prohibición no es absoluta porque la norma internacional admite ciertos límites de flexibilidad[42] en los que los Estados se posicionan con sus políticas. Este principio de flexibilidad suficiente admitido por los tratados internacionales permite abarcar posiciones tan amplias y dispares que van, por un lado, desde la regulación del mercado de cannabis (Uruguay, Canadá, los Estados de Colorado y Washington en Estados Unidos), la utilización del principio de oportunidad (Holanda, España, Portugal), la implementación de políticas de reducción de daños (Suiza, Alemania, Italia) hasta, por otro lado, la utilización de la pena de muerte (Rusia y China) y el combate del tráfico de drogas por medio de las Fuerzas Armadas con financiación y logística extranjera (Plan Colombia y Plan Mérida).[43]

41 La farmacopea apenas ofrece una clasificación de las drogas, y de allí, su ubicación en las listas prohibitivas de las convenciones. La prohibición controla la demanda de drogas que son autóctonas del mundo no industrializado. La contribución de las ciencias sociales al debate ha sido nula, la prohibición se basa en la *ciencia médica*, que se adueña de la discusión científica y política. Ni en las convenciones ni en sus comentarios hay una definición de *ciencia*. En cuanto a *medicina*, los comentarios dejan abierta la posibilidad de interpretación a las formas de medicina *no occidentales*, es decir, a la diversidad interpretativa. La JIFE utiliza conceptos de la medicina sobre los efectos de las drogas en el cuerpo humano para utilizarlos de un modo político y no científico. Al respecto, ver Francisco Tumi, miembro de la JIFE. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=LugLzGD4EgM&hd=1.

42 Esta flexibilidad podría llegar a dejar abierta la posibilidad de formas de regulación en las que el derecho penal permanezca como mecanismo a ser utilizado cuando se viole la reglamentación que autorice determinadas formas de acceso al cannabis (Dave Bewley-Taylor y Martin Jelsma, "Los límites de la flexibilidad. Las convenciones de control de drogas de la ONU", *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, Ámsterdam, núm. 18, Transnational Institute/International Drug Policy Consortium, marzo de 2012. Disponible en: https://www.tni.org/files/download/dlr18s.pdf).

43 El principio de *suficiente flexibilidad* se interpreta de modo amplio e incluso contradictorio. Mientras que para la UE admite la mayoría de las políticas de reducción de daños (sin incluir allí a la regulación del mercado de cannabis) y el uso del principio de oportunidad para no perseguir penalmente determinadas conductas (Holanda), para Estados Unidos abarca la regulación del mercado de cannabis en algunos Estados (pero no la admite a nivel del gobierno federal, a diferencia de Uruguay que lo considera posible a nivel nacional), hasta llegar a la interpretación de Rusia o China que les permite extender la posibilidad de criminalización que exige la Convención de 1988 hasta incluir la pena de muerte.

## 3. Marco normativo nacional: el proceso que va de la exigencia de criminalización a la regulación del cannabis

### 3.1. Aspectos normativos del modelo prohibicionista

Históricamente, el acceso a las drogas estuvo regulado por el Estado y la venta se realizaba a través de centros de expendio como las farmacias.[44] La influencia de la política internacional sobre drogas fue la que impuso en el orden nacional la utilización del derecho penal para el tratamiento del problema (mundial) de la droga.[45] Una vez exigida y asumida la obligación de adherir al sistema de prohibición internacional (1974), el legislador nacional lo hizo permitiendo el consumo personal, pero penalizando todas las etapas previas al mismo. Al mismo tiempo, otorgó una amplia libertad a los jueces al momento de la aplicación de la norma penal abstracta al caso concreto, para discernir cuándo había delito penal según su *libre convicción moral*, plegándose de esta forma a las estrategias político-criminales internacionales de poder y de relaciones jerárquicas productoras de estigma, segregación, violencia y férreo control social contra las personas relacionadas con el fenómeno de la droga. Así las cosas, a partir de la segunda mitad del siglo pasado la política pública sobre drogas en Uruguay se plegó al modelo prohibicionista dominante a nivel internacional, creando situaciones de inseguridad en los consumidores. Ahora bien, esta política no se corresponde con la idiosincrasia uruguaya, pues desde sus orígenes como república independiente, Uruguay no ha sido un país represor o prohibicionista en relación con cuestiones sociales emparentadas con el libre ejercicio de derechos, sino que se constituyó hasta mediados del siglo XX como un Estado de bienestar protector de la libertad, al mismo tiempo que Estado paternalista

44 Guillermo Garat, "Marihuana y otras yerbas. Prohibición, regulación y uso de drogas en Uruguay", *Debate*, Montevideo, 2012, pp. 17 y ss. Ver el sitio web para la inscripción en el registro de Farmacias del Ircca: http://www.ircca.gub.uy/farmacias/. El Estado a través de la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (Ancap), una empresa monopólica en cuanto a hidrocarburos, ha sido productor de alcohol distribuido a la población a un precio muy competitivo de mercado. La prensa recuerda la producción de Ancap a través de CABA de los whiskies Mac Pay, Añejo y Golden King, la grapa Salerno y una larga lista de distintas bebidas alcohólicas como el espinillar, amarga, caña, gin, ron y cachaza para caipiriña, con las que el Estado ha competido con el mercado privado de drogas legales. Al respecto ver *Semanario Búsqueda*, jueves 7 de enero 2016, p. 4. Durante 2016, el Estado uruguayo tomó la decisión política de dejar de producir alcohol para consumo social. Al respecto, ver N. Garrido, "Ancap dejará de producir bebidas alcohólicas y perfumes", *El Observador*, 15 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/ancap-dejara-producir-bebidas-alcoholicas-y-perfumes-n1009684.

45 En el caso uruguayo se puede hablar de un "círculo vicioso del reduccionismo" que responde a las estrategias de poder impuestas por las relaciones jerárquicas emanadas de los convenios internacionales, que obligaron al orden jurídico nacional a criminalizar determinadas conductas relacionadas con la producción de las sustancias prohibidas, cuyo consumo en el país estuvo históricamente regulado. En ese círculo vicioso del reduccionismo en relación con el fenómeno social de las drogas están presentes "la parcialidad, la exclusión, el dogmatismo, la amenaza y el aislamiento", como parte de una construcción ideológica detrás de un fenómeno social. Sobre el tema, ver Arana, *op cit*., pp. 322 y ss.

férreamente regulador, característica que conserva hasta el presente.[46] Ello explica que la plantación y el cultivo con fines medicinales o científicos nunca han estado prohibidos, sino que han sido regulados por el Ministerio de Salud Pública.[47] Debido a las presiones internacionales, luego de la redacción de la Convención Única, es en la década de los setenta que la política pública sobre drogas comienza a ser considerada una cuestión de interés del derecho penal.

El Decreto Ley 14.294 de 1974, recién comenzada la dictadura cívico-militar (1973-1985), legisló por primera vez sobre el problema de la droga. Allí se introdujeron los artículos 31 y 35 que aplica regularmente la administración de justicia. Esta política criminal prohibicionista autorizaba una cantidad mínima para el consumo personal y prohibía las etapas de producción y distribución. El problema siempre fue la ausencia de criterios numéricos para determinar la cantidad de gramos que dividían la frontera entre posesión para consumo personal de una hipótesis de venta o comercialización de la sustancia; esto es, la norma dejaba un amplio margen de arbitrio a la policía y a la administración de justicia para definir la frontera entre lo permitido y lo prohibido. El libre arbitrio de las autoridades policiales y la libre convicción moral del juez permitieron una constante persecución de consumidores en posesión de unos pocos gramos de cannabis. La extraña mezcla de libertad (de consumo) y prohibición (de acceso) condujo a un sistema esquizofrénico en el que las reglas jurídicas aplicadas al caso concreto nunca han sido claras y las intervenciones del sistema penal han oscilado siempre entre la inseguridad jurídica y la arbitrariedad policial, en perjuicio de las libertades individuales.

La Ley 17.016 de 1988 continuó con la prohibición de importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o suministro de las sustancias contenidas en las listas internacionales,[48] pero introdujo el criterio de "cantidad razonable para

46 El legislador uruguayo continúa apegado al paternalismo que a veces se confunde con el perfeccionismo: "En la medida que tal legislación está dirigida a proteger intereses que sus propios titulares no perciben ni reconocen, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo, puesto que los bienes protegidos no están en función de los fines libremente asumidos por los individuos, sino en función de los fines que, se supone, los individuos necesariamente tienen, los reconozcan o no" (Carlos Nino, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?", en *La Ley*, 1979, D-743).

47 Artículo 3º, Ley 17.016: "Quedan prohibidos la plantación, el cultivo, la cosecha y la comercialización de cualquier planta de la que puedan extraerse estupefacientes u otras sustancias que determinen dependencia física o psíquica, con excepción –según los casos– de los que se realicen con exclusivos fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos de utilización médica. Las plantaciones o cultivos, en tal caso, deberán ser autorizados previamente por el Ministerio de Salud Pública y quedarán bajo su control directo. Toda plantación no autorizada deberá ser inmediatamente destruida con intervención del Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de Turno que entienda en la causa".

48 Artículo 35: "El que violare las disposiciones de la presente ley en materia de importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o suministro de las sustancias y preparados contenidos en las Lista III de la Convención Única de Nueva York de 1961, así como las comprendidas en las Listas II, III y IV del Convenio de Viena, será castigado con pena de doce meses de prisión a cuatro años de penitenciaría".

el consumo" (art. 31),[49] de modo que no cualquier acopio o posesión estaría prohibido, sino cuando excediera criterios de razonabilidad, que son aquellos que surgen de un modo objetivo de la cantidad que se posee y, subjetivamente, de la asiduidad del consumo. Lamentablemente, el criterio para determinar la cantidad razonable continuó siendo la libre convicción moral del juez.[50] La ley mantiene la prohibición de producir,[51] comercializar,[52] financiar,[53] exportar[54] y suministrar (aun gratuitamente)[55] las sustancias contenidas en las listas de las convenciones internacionales, acciones todas que amenazan con penas elevadas en su máximo, pero que permiten la excarcelación en su mínimo. Con la Ley 17.835 de 2004 (Sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo), se relacionó por primera vez al tráfico de drogas con el lavado de activos, y se puso el foco de atención no solo en la persecución penal individual de traficantes, sino en las acciones de gran escala en la cadena de producción y comercialización de estupefacientes, y la posterior tarea de *reintroducción* de las ganancias en los mercados financieros. Esta ley propuso que tales delitos no fueran excarcelables, impidiendo la posibilidad de iniciar un proceso en libertad.

El uruguayo es un sistema ambiguo, que oscila entre la legalidad del consumo y la prohibición de tenencia o posesión por encima de una cantidad incierta, pues el legislador otorga al juez una amplia facultad de exoneración de responsabilidad penal

49 Artículo 31: "Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal".

50 Artículo 31: "Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el Juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que la han formado".

51 Artículo 3: "Sustitúyanse los artículos 30 a 35 del Decreto Ley 14.294, de 31 de octubre de 1974, por los siguientes: 'Artículo 30. El que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias, según los casos, capaces de producir dependencia psíquica o física, contenidas en las listas a que refiere el artículo 1º, precursores químicos u otros productos químicos, contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley, así como los que determine el Poder Ejecutivo según la facultad contenida en el artículo 15 de la presente ley, será castigado con pena de veinte meses de prisión a diez años de penitenciaría'".

52 Artículo 31: "El que, sin autorización legal, importare, exportare, introdujere en tránsito, distribuyere, transportare, tuviere en su poder no para su consumo, fuere depositario, almacenare, poseyere, ofreciere en venta o negociare de cualquier modo, alguna de las materias primas, sustancias, precursores químicos u otros productos químicos mencionados en el artículo anterior será castigado con la misma pena prevista en dicho artículo. Quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal, con arreglo a la convicción moral que se forme el Juez a su respecto, debiendo fundamentar en su fallo las razones que la han formado".

53 Artículo 32: "El que organizare o financiare alguna de las actividades delictivas descritas en la presente ley, aun cuando éstas no se cumplieran en el territorio nacional, será castigado con pena de veinte meses de prisión a dieciocho años de penitenciaría".

54 Artículo 33: "El que, desde el territorio nacional, realizare actos tendientes a la introducción ilegal a países extranjeros de las sustancias mencionadas en la presente ley, será castigado con pena de veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría".

55 Artículo 34: "El que sin autorización legal, a título oneroso o gratuito, suministrare, aplicare o entregare las sustancias mencionadas en la presente ley, o promoviere, indujere o facilitare su consumo, será castigado con pena de veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría".

al consumidor siempre que se cumplan dos requisitos: a) que el tenedor posea una cantidad razonable (a criterio del juez), y b) que la misma esté destinada exclusivamente al consumo personal (si bien se tolera el consumo grupal). El recelo policial en la requisa de hogares en busca de plantas y otras sustancias permitió constantes excesos de la autoridad y serias limitantes a la libertad y al ejercicio de los derechos cívicos de los consumidores.[56] Esta política bifocal o esquizoide de permisión del consumo de drogas a criterio del juez dentro de un contexto de guerra o combate a las formas de acceso, condujo a la arbitrariedad en la aplicación de la ley penal en relación con las cantidades mínimas de posesión y a la criminalización por vía de la selectividad de pequeños traficantes y vendedores que reunían también la condición de consumidores. La justicia uruguaya ha castigado principalmente el acopio de droga sin importar si este tiene como fin último el consumo (personal o grupal) o la venta.[57] Las cárceles uruguayas todavía están siendo ocupadas por gran número de personas procesadas o condenadas con privación de libertad por delitos vinculados a las drogas,[58] muchas de ellas detenidas por posesión de cantidades mínimas de cannabis que no admiten un razonamiento que las pueda considerar como una tentativa de comercialización[59] o tentativa de suministro. En ese orden de ideas, los problemas de género también se han visto agravados en los promedios de encarcelamiento de mujeres por microtráfico de drogas y ha aumentado considerablemente la violencia vinculada a toda la cadena de abastecimiento.[60]

---

56 Del análisis jurisprudencial surge que los jueces permiten generalmente un acopio de hasta un día, lo que parece ser muy poco para los casos de consumidores consuetudinarios y que limitaría la exención de responsabilidad penal solo para los consumidores problemáticos. Bardazano plantea: "Se presume culpable. Sobre la justificación de las decisiones judiciales relativas a la interpretación del artículo 31 del Decreto Ley 14.294 en su redacción dada por la Ley 17.016" (Gianella Bardazano, *Aporte universitario al Debate Nacional sobre Drogas*, Montevideo, Universidad de la República, 2012). Sobre el tema de los derechos cívicos, desde un punto de vista filosófico, ver Douglas Husak, *Drogas y Derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

57 Galain Palermo, 2014, *op. cit.*, p. 47.

58 A pesar del sistema regulado, los familiares que pretenden ingresar pequeñas cantidades de cannabis para personas recluidas en la cárcel, han sido procesados por la justicia penal por delitos de suministro o tráfico. En el Juzgado Letrado en lo Penal de Canelones de primer turno, bajo cuya jurisdicción está la cárcel departamental de Canelones (segundo centro penitenciario del país en cuanto a población reclusa) en 2015, de 80 sentencias (sin contar los casos de cúmulos y de adolescentes), 7 fueron por ingreso de marihuana a la cárcel; en el año 2016, de las 141 sentencias, 23 fueron por lo mismo (los datos surgen de comunicación personal con el titular de dicho Juzgado, Luis Sobot). Si la persona recluida fuera autocultivador o miembro de un club *cannabico*, esto sugiere que un reglamento penitenciario que impide el acceso de una droga legal se encuentra por encima de una ley nacional que permite dicho acceso en forma regulada. También se ha dado el caso de denuncias penales realizadas por el propio Instituto de Regulación y Control del Cannabis (Ircca) a clubes *cannabicos* en vías de regulación, por contar con plantas de cannabis antes de la finalización del trámite burocrático respectivo.

59 El estudio "Cárceles y drogas en el Uruguay" demostró que el 43 % de las 1.574 detenciones de la policía por drogas entre 2006 y 2009 fueron por menos de 9 gramos de cannabis (Guillermo Garat, *El camino. Cómo se reguló el cannabis en Uruguay según sus actores políticos y sociales*, Friedrich Ebert Stiftung/JND, 2014, p. 32).

60 Galain Palermo, 2014, *op. cit.*, p. 69.

En Uruguay, a pesar de la utilización del derecho penal para combatir el tráfico y resolver el problema de la droga, el número de consumidores ha estado en constante aumento[61] y la totalidad de los que han sido condenados por tráfico de drogas reinciden en el mismo delito.[62] La prohibición no ha disminuido el consumo pero sí ha impedido la investigación científica sobre el problema del mercado ilícito, del que apenas se conoce que los usuarios que acuden a él han estado en constante aumento y que el producto que se ofrece es de baja calidad.[63]

Uno de los inconvenientes siempre ha sido la carencia de evidencia científica y análisis criminológico en relación con la justicia penal. En Uruguay existen datos que indican que aproximadamente un 10 % del total de delitos perseguidos por la policía guardan relación con drogas. De esta cifra, un 20 % son delitos por tenencia para no consumo, sin embargo, lo que no sabemos –pero deberíamos saber–, es cuánto de ese 20 % corresponde a cannabis, cocaína o pasta base de cocaína. Ello significa que podemos calcular la magnitud del problema de la droga pero nada podemos decir relacionado con el problema del cannabis, porque en materia penal apenas se analizan datos globales que no están desagregados.[64]

Así las cosas, el fracaso de las políticas públicas para solucionar el problema de la droga mediante el uso del derecho penal no trajo como consecuencia una disminución del número de consumidores, sino un aumento de las personas privadas de libertad y de los índices de violencia.[65] Aunque exista una carencia de datos concretos en relación con el problema del cannabis desde el punto de vista jurídico-penal, las circunstancias

61 "El consumo de marihuana en Uruguay ha aumentado progresivamente desde sus primeras mediciones. Por ejemplo, en el año 2001, el 5,3 % de la población admitió haber consumido marihuana, mientras que para el año 2014, esta cifra se cuadruplicó" (María Boidi, José Cruz, Rosario Queirolo, Emily Bello-Pardo, *Regulación del mercado de marihuana. Evidencia desde Uruguay a las Américas. Resumen Ejecutivo*, Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 5).

62 "Las personas privadas de libertad por microtráfico de drogas cuando recuperan la libertad reinciden en el mismo delito", *La Red 21*, 14 de octubre de 2015. Disponible en: http://www.lr21.com.uy/comunidad/1258347-personas-privadas-libertad-microtrafico-drogas-reinciden-uruguay?utm_source=Newsletter&utm_medium=email&utm_content=Las+personas+privadas+de+libertad+por+microtr%C3%A1fico+de+drogas+cuando+recuperan+la+libertad+reinciden+en+el+mismo+delito&utm_campaign=Newsletter.

63 Los usuarios esporádicos pasaron del 1,4 al 8,3 % y los habituales de 0,5 a 4,9 % entre 2001 y 2011. Disponible en: www.infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/v_enc_hogares_2011.pdf

64 Investigación en curso a cargo de Marcos Baudean de Monitor Cannabis-Universidad ORT, fuente Ministerio del Interior. Datos a diciembre de 2016.

65 La violencia (real o la visibilidad de la misma) asociada al tráfico de drogas ha aumentado considerablemente, existiendo incluso zonas "rojas" en algunos barrios de la apacible ciudad de Montevideo. Daniel Isgleas, "Norte y oeste, zonas violentas", *El País*, 6 de febrero de 2016. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/norte-oeste-zonas-violentas-montevideo.html; "Las cinco mafias del narcotráfico que gobiernan Montevideo", *Subrayado*, 13 de junio de 2013. Disponible en: http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/24313/las-cinco-mafias-del-narcotrafico-que-gobiernan-montevideo.

institucionales y sociales del país[66] serían propicias para el ensayo de nuevos modelos que tuvieran como objetivo una reducción de daños,[67] en tiempos políticos en los que existía una muy fuerte demanda por mayor seguridad ciudadana.[68] Ello explica que el mercado regulado haya sido presentado públicamente en 2012 como una estrategia por la vida y la convivencia, integrando un paquete de medidas y propuestas del Gobierno para la disminución de la violencia y la mejora de la seguridad pública.[69]

### 3.2. Génesis y aspectos normativos del modelo de regulación

La militarización de la guerra contra las drogas implementada con los planes Colombia y Mérida produjo una modificación en las rutas de salida para Estados Unidos y Europa de la cocaína elaborada en los laboratorios clandestinos.[70] La región del Cono Sur ganó cierto protagonismo y participación en la cadena del tráfico, y aumentó la disponibilidad para el consumo en los mercados internos.[71] Uruguay no es país de producción sino de tránsito y de consumo de drogas.[72] El ingreso de la pasta base o *crack* desde Brasil

66 Según un informe del Banco Mundial sobre los Indicadores Mundiales de Gobernabilidad, Uruguay se encuentra en el primer lugar entre los países de la región en cuanto a "estabilidad política y ausencia de violencia y actividad terrorista". Este estudio refleja la calidad institucional de un país como un factor relevante como pilar para la convivencia democrática y para el desarrollo de la actividad económica en un ambiente de confianza y respeto a las reglas. El Banco Mundial midió con buena nota la "Efectividad gubernamental", que refiere a la percepción de la calidad de los servicios públicos, calidad de la administración pública y grados de independencia de presiones políticas y la credibilidad del Gobierno en su compromiso con dichas políticas. Ello sugiere que Uruguay tiene un sistema de gobierno y una gobernabilidad que permite experimentar una nueva política de drogas sin que pueda existir una "contaminación" por parte de factores exógenos, como pueden ser la corrupción de sus funcionarios públicos o la actividad violenta del narcotráfico.

67 Para la construcción de esta política se contó con el sostenido apoyo de disímiles fundaciones internacionales como la Open Society de Estados Unidos y la Friedrich Ebert de Alemania, así como de científicos independientes, y se compartió el conocimiento de cultivadores individuales nacionales y de cultivadores industriales de Estados Unidos.

68 Si bien la ONU indica que Uruguay es un país *no violento* y *seguro*, en tanto es uno de los cuatro países con menor índice de homicidios en la región (UNODC, *Global Study Homicide*, Viena, 2013. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf).

69 "Gabinete de Seguridad presentó documento con medidas que promueven convivencia social", 20 de junio de 2012. Disponible en: http://www.presidencia.gub.uy/Comunicacion/comunicacionNoticias/gabinete-seguridad-presento-paquete-15-medidas-promover-convivencia-ciudadana.

70 Samper, *op. cit*., pp. 55 y ss. En relación con la "colombianización de México", *ibid.*, pp. 81 y ss.; sobre la "mexicanización de Centroamérica", *ibid.*, pp. 89 y ss.

71 Para el caso argentino, Bergman, *op. cit*., pp. 241 y ss. También Vanda Felbab-Brown, "The violent drug market in Mexico and lessons from Colombia", *Policy Paper*, núm. 12, 2009.

72 Su relación con el narcotráfico ha estado vinculada a las históricas facilidades para el lavado de dinero mediante el uso del sistema financiero y del régimen de sociedades y capitales *offshore* (Pablo, Galain Palermo, "Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica", en Kai Ambos, Carlos Caro, Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, Jurista editores, 2015b, pp. 317 y ss.). El ya fallecido exministro de defensa de los gobiernos de José Mujica y Tabaré Vázquez, Eleuterio Fernández Huidobro, propuso que "el dinero que se mueve en torno a la droga debería formar parte del producto bruto interno (PBI) nacional". En su opinión, el Ministerio de Economía y Finanzas debería incluirlo en este cálculo. "La droga la consume el consumidor final, y la paga, y hay intermediarios que se quedan con la cometa. Es PBI, hay gente laburando en eso,

puso a disposición del usuario una droga tan peligrosa y adictiva como barata.[73] Esta situación trajo consigo el surgimiento de bandas criminales que, por un lado, disputan ser el *socio local* de las organizaciones internacionales y, por otro, buscan posicionarse en el mercado minorista. Esta nueva situación hizo conocer en el país métodos criminales como el sicariato, el ajuste de cuentas, las ejecuciones extrajudiciales, y convirtió a determinados barrios de la capital en zonas rojas debido a los niveles de violencia.[74] Los primeros debates públicos se dieron en 1994 por parte de un sector del Partido Colorado que proponía la despenalización del autocultivo de marihuana. En el 2000, cuando el aumento del mercado ilegal y de la violencia asociada al mismo ya era conocido con datos públicos, el entonces presidente Jorge Batlle propuso legalizar todas las drogas para quitarle valor económico al negocio. Al mismo tiempo que Batlle implementaba una política de reducción de daños (de orientación liberal, dentro de una lógica prohibicionista-abstencionista), recibía la presión de la JIFE para abandonarla.[75] A partir del 2005, la sociedad civil adquiere relevancia como movimiento de reivindicación para una flexibilización de la aplicación de la ley penal en relación con el consumo de cannabis,[76] y a partir del 2010 el Poder Ejecutivo ingresa al debate público proponiendo el monopolio estatal en la venta de cannabis para el combate del narcotráfico y la mejora de la seguridad ciudadana.[77]

En el 2012, el Gobierno ensaya una nueva política pública para enfrentar los problemas relacionados con las drogas y la inseguridad en Uruguay. En un manifiesto para mejorar la seguridad y la convivencia se menciona por primera vez la posibilidad de llevar adelante una política criminal dual o bifocal que separe el control de las drogas

---

no van a creer que viven del sueldo que le pagamos. Creo que lo acaba de hacer Venezuela, incluyó la droga en el PBI. ¿Cuánto es la droga por año acá en Uruguay? [...] si tienen en cuenta las cifras que maneja la Junta Nacional de Drogas, el dinero que se maneja es 'casi un punto del PBI' (alrededor de US$ 550 millones de dólares)". "La droga debe estar en el PBI", *El Observador*, 11 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/noticia/293876/fernandez-huidobro-34los-milicos-me-adoran34/?referer=noticias-al-mediodia

73 La pasta base es consecuencia de la guerra contra la cocaína impulsada por la DEA, a través de las restricciones a los disolventes (éter y acetona) necesarios para convertirla en cocaína (Escohotado, *op. cit*., p. 182). Del mismo modo que el mercado negro de pasta base, el mercado de drogas sintéticas o de diseño es consecuencia de la guerra contra las drogas porque "surge desde el comienzo como oferta alternativa a originales excluidos del comercio lícito, y su demanda depende en gran medida de que dichos originales sigan siendo cosas muy caras y prohibidas" (p. 178). Para datos estadísticos, ver Héctor Suárez *et al*., *Fisuras. Dos estudios sobre pasta base de cocaína en el Uruguay. Aproximaciones cuantitativas y etnográficas*, JND/Udelar, 2014.

74 Sobre el papel de la violencia entre vendedor y consumidor y entre vendedores, ver Choiseul-Praslin, "El papel de la represión sobre el mercado de las drogas", en Guridi Pantoja (ed.), *Drogas, desarrollo y Estado de derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 75 y ss.

75 Garat, *op. cit*., pp. 156 y ss.

76 Sebastián Aguiar y Clara Musto, "El rayo verde: regulación de la marihuana en Uruguay", en Beatriz Caiuby y Thiago Rodriguez (eds.), *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, México, CIDE, 2015, pp. 299 y ss.

77 Esta irrupción en defensa del monopolio tuvo resistencia de los movimientos sociales que luchaban por el autocultivo y los clubes cannabicos (*ibid*., pp. 307 y ss.).

duras de las drogas blandas, de modo que se pueda reforzar la política de lucha o combate contra la pasta base o *crack*[78] al mismo tiempo que experimentar[79] mediante la regulación estatal del mercado del cannabis.[80] Esta propuesta, que combina la regulación del mercado de drogas blandas y el aumento de la represión para el tráfico de drogas duras, apenas contó con el apoyo del 34 % y la oposición del 60,7 % de los uruguayos entrevistados en la encuesta Barómetro de las Américas de 2014.[81] Es de interés recordar que el expresidente Mujica abogó en solitario por el tratamiento compulsivo de los consumidores problemáticos,[82] pero su prédica no fue recogida en la ley porque no tuvo el apoyo de la mayoría parlamentaria con la que contaba durante su mandato.[83] Como se puede ver, la propuesta de regular el mercado de cannabis parte de una política dual o diferenciada para el tratamiento de las drogas que aumenta los esfuerzos estatales en la represión de aquellas más peligrosas para la salud y que están más asociadas a la violencia del mercado.

78 La Ley 19.007 de 2012 aumentó las penas para el tráfico de pasta base de cocaína, y en 2015 la policía realizó megaoperativos policiales para el combate del microtráfico en determinadas zonas de la ciudad de Montevideo ("La Policía se lanza a 'limpiar zonas' de microtráfico de drogas", *El Observador*, 15 de agosto de 2015. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/la-policia-se-lanza-limpiar-zonas-microtrafico-drogas-n669063).

79 Juan Carlos Garzón, "Uruguay: lecciones del experimento de la marihuana legal", *Razón Pública*, 15 de febrero de 2015. Disponible en: http://www.razonpublica.com/internacional-temas-32/8252-uruguay-lecciones-del-experimento-de-la-marihuana-legal.html; Frank Mora y José Miguel Cruz, "Experimenting with marijuana policy in Uruguay", *Latin America Goes Global*. Disponible en: http://latinamericagoesglobal.org/2015/06/experimenting-with-marijuana-policy-in-uruguay/.

80 Esta es la principal diferencia entre la política implementada en Uruguay y la política de algunos estados de Estados Unidos, como Washington y Colorado, en los que el mercado del cannabis está en manos de privados con regulación estatal (impuestos, formas de venta, etc.) (Phillip Wallach, "Washington's marijuana legalization grows knowledge, not just pot: A report on the state's strategy to assess reform", *Governance Studies*, The Brookings Institution, August 2014; John Hudak, "Colorado's rollout of legal marijuana is succeeding. A report on the state's implementation of legalization", *Governance Studies*. The Brookings Institution, July 2014).

81 Los motivos para apoyar el modelo eran fundamentalmente políticos e ideológicos, vinculados a la gestión del expresidente José Mujica (Boidi, *op. cit.*, p. 4). La misma encuesta muestra que en Estados Unidos más de la mitad de los encuestados manifestó su apoyo al sistema de regulación en manos privadas de Colorado y Washington, lo que se pone de manifiesto por una investigación llevada a cabo en Uruguay en la Universidad Católica, conjuntamente con el Latin American and Caribbean Center (p. 3).

82 Sobre la historia del tratamiento compulsivo y su objetivo de *vigilancia* o *compliance* y de cómo esta política neoliberal no está interesada en un cambio interior del consumidor de drogas, sino que debe ser comprendida "as action to alter the *rules of the game* for a particular governmental end" [como una acción para modificar las *reglas del juego* para un determinado objetivo gubernamental. Traducción propia]. En el fondo, se trata de una mera estrategia de ejercicio de poder estatal. Toby Seddon, "Court-ordered treatment, neoliberalism and Homo economicus", en Suzanne Fraser y Davide Moore, *The Drug Effect. Health, crime and society*, Cambridge University Press, 2011, p. 165.

83 Carlos Tapia, "Gobierno quiere internar adictos contra su voluntad", *El País*, 16 de diciembre de 2015. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-quiere-internar-adictos-contra.html; Guillermo Garat, "Vaya para adentro", *El País*, s.f. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/que-pasa/adentro-internacion-compulsiva-drogas.html; Gabriel Pereyra, "La marihuana y la pasta base marearon al Gobierno y el Gobierno mareó con ellas", *El Observador*, 21 de junio de 2012. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/la-marihuana-y-la-pasta-base-marearon-al-gobierno-y-el-gobierno-mareo-ellas-n226494.

El 20 de diciembre de 2013 se promulgó la Ley 19.172 denominada "Marihuana y sus derivados. Control y regulación del Estado de la importación, producción, adquisición, comercialización y distribución". Esta ley de equivocada nomenclatura, que no se ocupa únicamente de la marihuana, sino del cannabis en su totalidad, separa claramente la regulación del cannabis según su uso recreativo, medicinal e industrial; de modo que lo psicoactivo (propio de la marihuana) se regula de forma autónoma de lo medicinal y de lo industrial.[84] La nueva ley pretende un cambio radical también desde lo semántico, pues la protección de la salud pública ahora se relaciona con conceptos generales de prevención como *consumo*, *cuidado* y *uso responsable* cuando antes solo se hablaba de *adicción*, *inseguridad* y *delito*.[85]

Si bien el artículo 1 se afilia a la teoría de la "reducción del daño", ello no significa un abandono o relajación del régimen punitivo vigente, que apenas se ve modificado (art. 2), en tanto la regulación de la ley pasa a determinar concretas vías de acceso y de cantidad mensual o anual de posesión de cannabis. Cabe decir que la ley no deroga sino que modifica algunos puntos específicos del sistema prohibitivo anterior, brindando

84 En lo que tiene que ver con los usos medicinal e industrial a pesar de la regulación, el Uruguay no ha sacado *provecho* o *ventajas* comerciales o financieras con relación a otros países como Canadá, Holanda e Israel que ya cuentan con permisos de exportación de cannabis medicinal, o como Chile que pretende ingresar en el negocio o industria *cannabica* sin siquiera plantearse el uso recreativo. Parece un contrasentido que Uruguay sostenga su política *cannabica* sobre los tratados de derechos humanos y, justamente, no haya avanzado en la investigación medicinal con cannabis y la comercialización de medicamentos y otros fármacos, en principio, para el tratamiento de las enfermedades en las que ya existe suficiente evidencia científica (i.e., esclerosis múltiple, párkinson, epilepsia refractaria, así como paliativo del dolor en enfermedades como el cáncer o el VIH). Es como si en Uruguay no se hubiese comprendido la capacidad que tiene la industria del cannabis y toda la discusión se hubiera llevado a cabo para los solos efectos del uso recreativo, como si se tratara de una cuestión ideológica sin connotación comercial o industrial. Ello también explica la prohibición de consumo para los turistas, en tanto no interesaría a la política de Estado la posibilidad de una recaudación tributaria ligada a este consumo recreativo. La omisión de estos aspectos por parte del Estado uruguayo es considerada como un error conceptual por determinados actores del sistema (Emiliano Cotelo, "Entrevista central: Eduardo Blasina", *En perspectiva,* 26 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.enperspectiva.net/enperspectiva-net/entrevista-central-lunes-26-de-diciembre-eduardo-blasina-2/). Mientras los medios de prensa ya comienzan a exigir –de algún modo– un papel más activo de Uruguay en la industria medicinal, el Gobierno uruguayo de Tabaré Vázquez ha adoptado un papel mucho más conservador que el de José Mujica, y concentra apenas la atención en la investigación, como por ejemplo, la que se realiza para decodificar el genoma de la variedad de cannabis que se planta en Uruguay (Patricia Arnone, "El cannabis podría ser una estrategia en Uruguay", *Segundo Enfoque*, 26 de diciembre de 2016. Disponible en: http://segundoenfoque.com/el-cannabis-podria-ser-una-estrategia-en-uruguay-51-307139/). Hay que considerar como un factor de relevancia del poco avance del cannabis industrial, el papel que juega la plaza bancaria y financiera que es reacia a la apertura de cuentas y a intermediar con actores y productos provenientes de la industria *cannabica*. Este problema ya se viene dando en los estados de Estados Unidos que han legalizado sus mercados para usos medicinales y recreativos. Sería importante aprender de la experiencia de países pioneros como Israel y ahora Canadá, para ver cómo han solucionado estos inconvenientes (Macarena Saavedra, "Venta de cannabis amenaza con aislar al sistema financiero local", *El Observador*, 12 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/venta-cannabis-amenaza-aislar-al-sistema-financiero-local-n997650).

85 Desde lo semántico, la ley se refiere a la marihuana en lugar de hablar de cannabis, cuando dicha norma regula sobre productos de la planta que ninguna relación tienen con la marihuana, entendida esta como un producto de aquella. Incluso en el artículo 2 se refiere al cáñamo que no es un derivado de la marihuana sino de la planta de cannabis. Sobre el tema, ver De la Fuente, *op. cit.*, pp. 19, 21.

áreas de excepción a la intervención penal mediante la construcción de un sistema estrictamente regulado en el que los usuarios deben interactuar (art. 5). Cualquier actividad de producción de materias primas o sustancias capaces de producir dependencia física o psíquica, precursores químicos y otros que debe determinar el Poder Ejecutivo, llevada a cabo fuera de la expresa autorización legal es pasible de una sanción penal que puede ir de veinte a diez años de prisión (art. 6). Lo mismo sucede con las actividades de importación, exportación, introducción en tránsito, distribución, transporte, almacenamiento, depósito o posesión de esas sustancias (art. 7). Esto significa que la nueva ley no abandona la lógica de la prohibición,[86] y tampoco prevé cómo limitar posibles abusos de la autoridad en la relación entre las personas y la autoridad administrativa,[87] sino que regula el sistema de acceso al cannabis a partir de la prohibición y la excepción a la persecución penal, tal como lo disponía el sistema anterior y ha sido tradición en Uruguay, que es un sistema históricamente apegado a la regulación estatal mediante un régimen de excepciones a las políticas de prohibición.[88]

Igualmente, esta ley estableció tres vías de acceso legal al cannabis,[89] únicamente para mayores de 18 años y residentes en Uruguay: i) autocultivo de hasta seis plantas

86 La lógica prohibicionista, sin embargo, no es totalmente coherente, lo que puede ser demostrado con el siguiente ejemplo: por un lado, el artículo 41 permite sancionar a "todo conductor que tenga afectada su capacidad debido al consumo de cannabis psicoactivo" (para lo que basta apenas detectar la presencia de THC en el organismo según la política general de cero tolerancia que rige para el alcohol) con la retención de su permiso de conducción y con la aplicación de las "sanciones previstas en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 18.191". a) En caso de tratarse de una primera infracción, una suspensión de dicha habilitación para conducir de entre seis meses y un año. b) En caso de reincidencia, se extenderá dicha sanción hasta el término de dos años. c) En caso de nueva reincidencia, se podrá cancelar la licencia de conducir del infractor. Por su parte, el artículo 365.3° CP prohíbe la conducción de vehículos motorizados con grave estado de embriaguez: "El que condujere vehículos motorizados en estado grave de embriaguez con niveles de alcohol en la sangre superiores a 1,2 gramos por litro [...] será castigado con pena de 7 (siete) a 30 (treinta) días de prestación de trabajo comunitario". Parece todo un contrasentido que la conducción de vehículos bajo los efectos de cannabis psicoactivo apenas se sancione con la retención, suspensión o pérdida de la licencia de conducción, mientras que la conducción bajo los efectos del alcohol constituya una falta penal que puede ser castigada con trabajo comunitario (art. 369 CP). Esta contradicción normativa disminuye el efecto preventivo sobre el consumo de cannabis y produce una diferencia cualitativa y cuantitativa con relación al consumo de alcohol.

87 El artículo 44 del Decreto 120/014 dice: "La autoridad competente podrá prohibir el ingreso a eventos o espectáculos públicos a personas que presenten signos de evidente alteración por consumo de cannabis psicoactivo". Lo mismo en el artículo 43 en relación con centros de educativos. Lo que el reglamento no determina fehacientemente es ¿cuáles son y quién determina lo que son "signos evidentes"? que permiten una intervención de la autoridad.

88 Un buen ejemplo es la política pública nacional de prohibición de los juegos de azar y su reglamentación por medio de licitación y concesión a privados para la explotación de determinados servicios o sistemas de juegos y apuestas (loterías, casinos, carreras de caballos, loterías deportivas, etc.), que permanece inalterada a lo largo de los siglos. Ver Ley 1.595 de 16/07/1882, Ley 9.098 de 18/09/1933; Ley 11.490 de 18/09/1950; Ley 13.921 de 30/11/1970; Ley 14.319 de 12/12/1974; Ley 15.206 de 03/11/1981; Ley 15.716 de 06/02/1985; Ley 17.006 de 08/11/1998; Ley 17.166 de 10/09/1999; Ley 17.453 de 28/02/2002; Ley 18.231 de 22/12/2007; Ley 18.834 de 25/10/2011.

89 El Decreto Reglamentario 120/2014 de 06/05/2014 que reglamentó la Ley 19172 define en el artículo 1 al cannabis psicoactivo como "una especialidad vegetal controlada con acción pscicoactiva. Se entiende por cannabis psicoactivo a las sumidas floridas con o sin fruto de la planta hembra del cannabis, exceptuando las semillas y hojas separadas del tallo, cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) natural, sea igual o superior al 1 % (uno por ciento) en su peso".

hembras en flor en un solo domicilio que produzcan un total de 480 gramos de cannabis al año (40 gramos mensuales), previa inscripción en un registro oficial; ii) membresía en un Club de Cannabis inscrito como sociedad civil (art. 21 Decr. 120/014)[90] compuesto por 15 a 45 miembros, que pueden tener hasta 99 plantas hembras en flor en un determinado espacio físico que produzcan hasta 480 gramos por miembro al año; iii) venta en farmacias[91] para consumidores registrados oficialmente que pueden comprar hasta 40 gramos al mes (art. 39 Decr. 120/014).[92] Esta tercera vía de acceso al cannabis de uso recreativo queda en las exclusivas manos del Estado y será llevado a cabo mediante la concesión de licencias a empresas privadas.[93] Este cannabis se producirá únicamente utilizando las flores de la planta con un contenido de THC superior al 1 %, con un máximo de 15 %[94] que no puede estar prensado (art. 3 Decr. 120/014).[95] Desde tiempo atrás la Junta Nacional de Drogas (JND) viene anunciando que el precio de venta será de aproximadamente de 1 dólar americano,[96] un precio que está muy por debajo del

90 Ello implica tramitar la aprobación de los estatutos y el reconocimiento de la personería jurídica ante el Ministerio de Educación y Cultura, en un trámite burocrático que puede ser extenso y no exento de complicaciones.

91 Farmacias debidamente registradas en el Ircca y el Ministerio de Salud Pública. Ver www.ircca.gub.uy.

92 La encuesta Barómetro 2014 indicó que: "Entre los que se piensan registrar, el 55,9% prefiere acceder a la marihuana en las farmacias, un 30,1 % por medio del autocultivo y un 12,8 % lo haría por intermedio de los clubes de cannabis" (Boidi, *op. cit*., p. 10).

93 En octubre de 2015 se escogieron, de entre 22 postulantes, las empresas Icorp y Proyecto Simbiosis, compuestas por capitales nacionales y extranjeros, que comenzaron a cultivar a fines de 2015 para que se pudiera llegar a vender al público a partir de agosto de 2016. Esta proyección no se cumplió y la cosecha corre el riesgo de perderse (Miranda, "Uruguay recoge la 1ª cosecha de cannabis recreativo legal", *Sensi Seeds*, 4 de julio de 2016. Disponible en: https://sensiseeds.com/es/blog/uruguay-recoge-la-1a-cosecha-de-cannabis-recreativo-legal/). Hasta el momento de escribir este artículo, a mediados de febrero de 2017, esta vía de acceso no se ha habilitado por diversos problemas vinculados a distintos entes estatales, entre otros: un conflicto interno del Correo Uruguayo, que es la institución pública encargada de desarrollar el *software* que se utilizará a efectos registrales ("Conflicto postal tranca venta de marihuana legal en farmacias", *El Observador*, 17 de octubre de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/conflicto-postal-tranca-venta-marihuana-legal-farmacias-n984915); el número de habilitación sanitaria y registro del Ministerio de Salud (MS); la no definición del grado de THC (Marcelo Aguilar, "La calesita del faso. Idas y vueltas de la venta de cannabis en farmacias", *La Diaria*, 2 de febrero de 2017. Disponible en: http://201.217.158.162/apps/mipais/servicios/compartir_noticia.php?&usre=amRu&pid=RlMtMzQzMzEtVVktMDIvMDIvMjAxNw==); la no realización de los análisis químicos a la sustancia a comercializar en las farmacias porque no se envían oficialmente las muestras a los laboratorios ("Gobierno achaca demora en venta de marihuana a los análisis químicos", *El Observador*, 27 de enero de 2017. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/gobierno-achaca-demora-venta-marihuana-los-analisis-quimicos-n1023360). Se desconoce el destino que se ha dado a la primera cosecha oficial de 200 kilos que no pudo ser comercializada debido a las demoras del aparato burocrático del Estado, así como si hubo algún tipo de indemnización a los productores privados.

94 Esta cifra no se encuentra escrita en ninguna reglamentación, sino que surge de comunicación con Augusto Vitale, director del Ircca, realizada en septiembre de 2016.

95 El cannabis prensado es el que históricamente se ofrece en el mercado negro y que tiene su origen en Paraguay. La política pública parece tener como objetivo mediante este tipo de medidas (junto a la trazabilidad de la genética de las semillas y plantas, el registro de los usuarios, etc.), una posible y rápida identificación de cannabis ofrecido en el mercado uruguayo que no proceda del mercado regulado.

96 Durante 2014 se hablaba de 1 dólar. Carlos Tapia ("Tres cigarros de marihuana por $ 20", *El País*, s.f. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/tres-cigarros-marihuana.html); durante 2015 el precio apenas superaba el dólar (1,20), "Cannabis llega a farmacias en 8 meses; tres porros, US$ 1,20", *El País*, 2 de octubre de 2015. Disponible

que se ofrece en el mercado negro. Es importante resaltar que las vías de acceso no son acumulativas, es decir, el usuario debe escoger una de ellas.[97] Incluso, si hay más de un consumidor cohabitando en el mismo domicilio, solo uno puede inscribirse con ese domicilio como autocultivador (art. 17 Decr. 120/014).[98] La regulación uruguaya parece asumir una postura que oscila entre la *rational choice* y un paternalismo suave, al decir de Feinberg,[99] para el mercado de consumo en Uruguay, que puede no llegar a coincidir con los patrones del consumidor nacional. En los primeros diez días de apertura del registro para el acceso en farmacias se inscribieron aproximadamente 2.347 personas.[100] De este modo, una vez puesto en marcha el sistema de venta en las farmacias habrá dos grandes diferencias entre el mercado legal (blanco) y el ilegal (negro) en lo que se refiere a la calidad del producto ofrecido. Por un lado, el precio de venta y, por otro, el hecho de que el mercado legal solo puede ser abastecido por flores, mientras que el ilegal históricamente ofrece un cannabis prensado que se produce utilizando diversas partes de la planta (hojas, tallos) y que se mezcla con otros productos de distinta procedencia que permitan su conservación en el tiempo.[101]

---

en: http://www.elpais.com.uy/informacion/cannabis-llega-farmacias-meses-tres.html); durante 2016 se habla de un precio en moneda nacional (38 pesos uruguayos, equivalente a US$ 1,17 aproximadamente). En 2016 se explica que el cannabis será adquirido por las farmacias a 0,90 dólares a lo que podrán sumar un 30% de ganancia por la venta. Este cálculo realizado por el Ircca dice tomar como base el precio del cannabis en el mercado negro, y posicionarse un 80% por debajo del mismo ("El gramo de marihuana en farmacias tendrá un costo aproximado de 38 pesos", *Subrayado*, 15 de marzo de 2016. Disponible en: http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/54145/el-gramo-de-marihuana-en-farmacias-se-vendera-a-38-pesos-uruguayos).

97 Según datos estadísticos recientes: "Solo el 13 % de los consumidores en los últimos 12 meses manifiesta que no usaría ninguno de los tres sistemas de acceso legal a la marihuana" (Observatorio Uruguayo de Drogas, *VI Encuesta Nacional en Hogares sobre Consumo de Drogas*, *op. cit*., p. 14. Disponible en: http://www.infodrogas.gub.uy//images/stories/pdf/201609_VI_encuesta_hogares_OUD_ultima_rev.pdf).

98 En ese caso, los otros cohabitantes deberán acceder al cannabis optando por alguna de las otras dos vías de acceso permitidas.

99 Feinberg sostiene que "la elección manifiesta de una conducta por un agente no es verdaderamente suya si no es voluntaria, de tal manera que interferir con esta elección no viola su autonomía" (Husak, *Drogas y derechos*, *op. cit*., p. 175). El expresidente José Mujica era partidario de un *paternalismo duro* que permite la interferencia del Estado en las decisiones voluntarias de personas adultas que no son engañadas ni amenazadas al tomar la decisión. Este *paternalismo duro* permitía salvaguardar compulsivamente la integridad personal del consumidor que, de algún modo, es la política internacional que se sigue para las drogas mediante la prohibición del consumo (como proclamaba la Ungass de 1998 mediante el eslogan "un mundo libre de drogas, ¡sí se puede!"). Por su parte, el actual presidente Tabaré Vázquez, que ha ganado reconocimiento internacional por su reconocida campaña antitabaco, y luego de vencer en un litigio internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones contra la tabacalera Phillip Morris ("Vázquez: 'Salió redondito este fallo'", *El Observador*, 8 de julio de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/las-pretensiones-las-tabacaleras-han-sido-rotundamente-rechazadas-n938730), no es partidario de la venta de cannabis por medio de las farmacias ni tampoco del consumo de drogas (Aguilar, *op. cit*. Disponible en: http://201.217.158.162/apps/mipais/servicios/compartir_noticia.php?&usre=amRu&pid=RlMtMzQzMzEtVVktMDIvMDIvMjAxNw==).

100 Ver http://www.ircca.gub.uy/farmacias/

101 Una de las interrogantes o cuestiones abiertas es saber si aquellos usuarios "acostumbrados" a un producto de inferior calidad proveniente del mercado negro, estarán dispuestos a cambiar sus hábitos de consumo por un producto de superior calidad pero con distinto "sabor" y potencialidad psicoactiva. La política de regulación que apunta

El sistema de regulación exige la inscripción en un registro para el acceso al cannabis (art. 8).[102] La encuesta del Barómetro 2014 indica que el 31,1 % de los entrevistados "afirma que se inscribirá, mientras que el 26,9 % probablemente se registrará", pero el "19,6 % seguramente no lo haga".[103] Según datos extraoficiales, la mitad de los consumidores de cannabis en Uruguay (aproximadamente unos 160.000) estarían dispuestos a inscribirse en el registro para comprar el producto en las farmacias.[104] De todas formas, y en lo que a consumidores refiere, quienes están "monitoreando" el mercado uruguayo de cannabis sostienen que la cifra que hay que considerar como "medida" a efectos de calcular la dimensión de un mercado es la de consumidores habituales (en Uruguay son aproximadamente 55.000), en tanto ellos conforman aproximadamente el 80 % del mercado.[105] Siguiendo esta línea de pensamiento, 27.500 consumidores habituales podrían llegar a utilizar esta vía de acceso. El sistema no admite el registro de turistas, quienes ven impedido el acceso al producto. En un país que duplica su población por causa del turismo,[106] y que cuadruplicó sus ingresos de divisas en los últimos diez años (1.800 millones de dólares durante 2015),[107]con una industria que aporta un 7,5 % del producto interno bruto (PIB), un 18 % de la mano de obra activa y 100.000 puestos de trabajos, se puede concluir que su consideración en el mercado regulado de cannabis no debería ser un tema de menor importancia.[108] Esta limitante o prohibición de acceso produce algunas consecuencias: primero, el sistema uruguayo no equipara al cannabis con otras drogas legales como el alcohol o el tabaco, tal como sucede en los regímenes de Colorado o Washington, donde los consumidores de estas sustancias –también reguladas– no tienen ninguna obligación de registrarse para acceder a las mismas.[109] Segundo, el hecho de que el consumidor de cannabis en Uruguay tenga que brindar sus datos

a reducir el riesgo a la salud por medio de una mejora del producto ofrecido en el mercado, asume el riesgo de que un sector de consumidores permanezca ligado a un producto de inferior calidad, al que se encuentra "acostumbrado".

102 El sistema determina que cualquier vulneración de los requisitos sujetos a control del Ircca, amerita una intervención penal en relación con las vías de acceso a un producto cuya comercialización y acceso continúa siendo prohibida para quienes no cumplan con las normas de regulación.

103 "Dentro de los motivos para no registrarse, los encuestados argumentan falta de confianza en el registro (28,9 %), rechazo a la existencia de un registro (18,8 %) y un 36,6 % no ve ningún beneficio en modificar su situación actual" (Boidi, *op. cit*., p. 10).

104 Conversación telefónica con el director del Ircca, Augusto Vitale, llevada a cabo en septiembre de 2016.

105 "La marihuana legal cubrirá solo un cuarto de la demanda habitual", *El Observador*, 16 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/la-marihuana-legal-cubrira-solo-un-cuarto-la-demanda-habitual-n999306.

106 "Más de tres millones de turistas visitaron Uruguay en 2016", *El Observador*, 28 de diciembre de 2016. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/mas-tres-millones-turistas-visitaron-uruguay-2016-n1014393.

107 EFE, "Ingreso de divisas se cuadruplicó en 10 años", *El País*, 13 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/ingreso-divisas-se-cuadruplico-decada.html.

108 Ver http://mintur.gub.uy/index.php/es/estadistica/itemlist/category/191; http://www.ine.gub.uy/turismo.

109 Tampoco en España se exigía el registro para quienes hacían uso del sistema de clubes *cannabicos*. Lo mismo sucede en Holanda con el sistema de *coffeeshops*, donde solo se ha limitado el expendio a no residentes holandeses.

personales al Estado marca una notoria diferencia con los modelos similares de Holanda, Colorado o Washington (que la literatura ha empezado a denominar de *tercera vía*), así como con el tratamiento que se da a otras drogas reguladas.[110] Tercero, la exigencia de registro no parece estar en sintonía con la política de respeto de los derechos cívicos y de la reducción del daño, por lo que ha despertado algunas críticas, principalmente de consumidores que consideran un resabio paternalista carente de utilidad práctica, que genera gastos y burocracia, y un innecesario control estatal.[111] Cuarto, en lo que se refiere a la exclusión de los turistas como posibles compradores, ello también ha sido objeto de crítica, por considerarse "impráctica e insostenible en la vida cotidiana.[112] Esta crítica parece ser de recibo porque ya se puede observar en Uruguay la aparición de un mercado gris que opera a medio camino entre el mercado legal (blanco) y el mercado ilegal (negro).[113] Este mercado gris se compondría de personas participantes del mercado regulado que ofrecerían parte de su producción a quienes no están regulados o están impedidos para regularse.[114] Una buena parte de esos consumidores pueden ser turistas, menores de edad y personas que usan cannabis con fines medicinales.[115] La aparición de este mercado intermedio o gris puede obedecer tanto a estos consumidores exentos del acceso al cannabis legal, como también ser consecuencia de la demora en la implementación del sistema de venta en farmacias. En caso de que el combate a los mercados ilegales siga siendo objetivo prioritario de la política del mercado regulado, entonces, una posible solución para intentar una reducción del mercado gris es modificar

110 La explicación puede sencillamente encontrarse, por un lado, en que el cannabis forma parte del sistema internacional de prohibición al que Uruguay permanece adherido, razón por la cual el hecho de la regulación no exonera de estrictos controles respecto a los consumidores, y, por otro lado, a la presión de los países del Mercosur limítrofes con Uruguay que no comparten la política de regulación de mercados.

111 Fernando Berot, *Marihuana legal regulada*, 4 ed., Berotabogados.com, 2016, p. 18. En realidad, por un lado, la exigencia de registro puede parecer propia de un sistema estigmatizador, pero es coherente con el espíritu de cuidado de la seguridad y el orden público que tiene como objetivo la ley y el "combate" del mercado ilegal.

112 "El turismo *cannabico* y la compra por parte de extranjeros son dos consecuencias lógicas y directas de la ley aprobada, y su criminalización o represión normativa poco hará para limitar ese punto" (*idem*.).

113 El mismo fenómeno se ha constatado en el Estado de Colorado en Estados Unidos, en tanto los impuestos que se pagan y los requisitos para cultivar cannabis son accesibles para gran cantidad de personas. Debido a esto, "la marihuana legal ha resultado competitiva frente al mercado negro, 70 % del mercado está constituido ya por los establecimientos formales y el resto ha pasado a ser un mercado gris con marihuana producida legalmente por cultivadores domésticos, pero vendida ilegalmente" (Catalina Pérez Correa y Jorge Romero, *Marihuana: cómo*, Nexos, 2015, p. 8. Disponible en: www.nexos.com.mx/?p=28051).

114 Incluso revistas especializadas en viajes señalan que en Uruguay, aunque los turistas no pueden acceder al cannabis, es posible acceder al producto por medio de los cultivadores ya registrados (Peter Browne, "10 amazing things to do in... Uruguay", *Condé Nast Traveller*, s.f. Disponible en: http://www.cntraveller.com/recommended/coast-countryside/best-things-to-do-uruguay).

115 Pablo Galain Palermo, "Drug Legalization instead of war on drugs: the Uruguayan experience", *16th Annual Conference of the European Society of Criminology*, Münster, Alemania, 2016a.

la política respecto a los turistas.[116] En realidad, no se entiende el motivo por el cual no se podría registrar a los turistas que visitan Uruguay con la intención de consumir cannabis, mediante un cálculo que considere la cantidad de días de permanencia en el país, para poder estimar la cantidad de gramos a los que podrían tener acceso para consumo recreativo por persona.[117] Una política pública basada en la protección de los derechos humanos debe proteger la salud del turista que consume *cannabis*, del mismo modo que protege la salud de los ciudadanos que residen en Uruguay.[118] Una política de derechos humanos no puede diferenciar el tratamiento de las personas por cuestiones legales o administrativas de ciudadanía o residencia.[119] De modo que no se debería diferenciar entre residentes y no residentes si se argumenta que dicha política está basada en la protección de la salud pública y en los derechos de todas las personas de tener acceso seguro a un producto de consumo legal, según una política de reducción de daños.[120] Al mismo

116 Hay que tener en cuenta las lecciones aprendidas de los errores de otros sistemas, como aconteció con los clubes *cannabicos* en España. Ese es un sistema que funcionó *ad hoc*, y que por ausencia de regulación no se preocupó por el control y facilitó el surgimiento e incremento del mercado gris. El turista se registraba sin límite de tiempo y recibía 2 gramos por día mediante el pago de entre 8 y 18 euros, según la calidad del producto. El problema es que en España no hubo control gubernamental que impidiera que un turista se registrara en más de un club y recibiera más de 2 gramos por día. Esto sucedió así, porque el registro era privado y porque el *negocio* de la venta de cannabis quedaba en manos de los clubes privados. El problema es que este sistema funcionó con base en un vacío legal, mientras fue permitido por una jurisprudencia ambigua (Martín Barriuso Alonso, *Cannabis social clubs in Spain*, Transnational Institute, 11 March 2011, p. 5). En manos privadas también están los sistemas regulados de los estados de Colorado y Washington en Estados Unidos, que no niegan el mercado del turismo *cannabico* sino que lo fomentan mediante viajes específicos para consumir el producto, por lo que el estado regional recibe importantes sumas de dinero en impuestos (Fijnaut y Ruyver, *op. cit*., pp. 39 y ss.).

117 La compra podría realizarse en el sistema de farmacias ya implementado. Así, por ejemplo, si consideramos que los residentes uruguayos inscritos en el sistema de farmacias pueden recibir hasta 40 gramos al mes, el mismo cálculo se podría extender a los turistas según el número de días que permanezcan en Uruguay. Un turista que estará una semana en el país se puede inscribir en el registro público que funciona en las oficinas del correo estatal y recibir hasta 10 gramos de cannabis del mercado legal y evitar que deba adquirir el producto en los mercados negro o gris. Así incluso lo propuse en la jornada del 15 de noviembre de 2016: "Evaluación y monitoreo de la regulación del cannabis: a tres años de su aprobación" ("Mayoría rechaza marihuana en farmacias", *El País*, 16 de noviembre de 2016. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/mayoria-rechaza-marihuana-farmacias-venta.html).

118 "Experto pide abrir el mercado de cannabis a turistas", 8 de mayo de 2017. *Espectador.com*. Disponible en: http://www.espectador.com/sociedad/351236/experto-pide-abrir-el-mercado-de-cannabis-a-turistas

119 Téngase en cuenta también que Uruguay es pionero en turismo temático, al punto de ser considerado un país *gay friendly* ("Uruguay, el país más 'gay friendly' de Latinoamérica", *El País*, s. f. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/uruguay-pais-gay-friendly-latinoamerica.html). Al mismo tiempo que la Junta Nacional de Drogas (JND) y el Ircca persiguen durante el verano al turismo *cannabico*, la ministra de turismo de Uruguay anunció en febrero de 2017 la potenciación del *turismo LGBTI* como "producto nuevo, enfocado a un sector con poder adquisitivo alto e intereses tendientes a la cultura y el arte" (Mariana Castiñeiras, "Las otras caras del Uruguay turístico", *El País*, 11 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/que-pasa/otras-caras-uruguay-turistico.html).

120 Incluso podría darse una contradicción entre la Ley 19.172 y el reglamento 120/014. La ley demanda la protección de la salud de "todas las personas" (art. 3) y tiene por objeto "proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el vínculo con el comercio ilegal y el narcotráfico" (art. 4), mientras que el reglamento excluye a las personas no residentes de todas las vías de acceso al mercado regulado (arts. 15, 25, 34, 63, 70 y 74). Desde un punto de vista estrictamente jurídico-legal, la disposición de la ley debería estar por encima de lo dispuesto por el reglamento en cuanto a la protección de todas las personas y de los habitantes del país, con independencia de que sean turistas o residentes legales. Esta discusión ya se ha hecho pública, ver Natalia Gold, "Cannabis para turistas: una trampa

tiempo, los turistas podrían pagar un impuesto que permita al Estado mejorar los programas preventivos en relación con el consumo.[121] Véase que durante el verano de 2017 algunos clubes *cannabicos* han ofrecido "catas" hasta por un precio de US$ 250 dentro de un paquete de visitas "turísticas", tal como lo ha informado la prensa internacional.[122] Una vez aparecida la noticia, el Estado uruguayo reaccionó prohibiendo dicha modalidad y amenazando con sanciones administrativas, e incluso con la denuncia penal.[123]

En una encuesta que realizamos en febrero de 2017 en la ciudad vieja de Montevideo a cuarenta turistas que habían consumido cannabis previamente, surge como dato que el 63 % tuvo acceso a cannabis, en su mayoría flores y otros derivados. Estos encuestados contestaron que el "acceso" al cannabis fue amigable o, incluso, muy amigable, lo que puede servir de indicador de que en materia de cannabis estamos ante un mercado que dista de ser violento. Esto también sugiere que la prohibición de acceso a los turistas no es una barrera para el consumo y no coadyuva a la disputa del sistema estatal con el mercado ilegal; por otra parte, indica que no estamos ante un mercado que pueda vincularse con la violencia.

La obligación de inscripción en el registro evita la falta de control que se podía evidenciar en el sistema español de clubes *cannabicos*, que mientras estuvo operativo permitía al turista adquirir sin límite alguno el producto mediante el pago de una suma de dinero. El sistema de regulación uruguayo se presenta como fuertemente regulador, pero al ignorar el fenómeno del turismo *cannabico* también alimenta, por vía indirecta, al mercado gris de cannabis cuando son los autocultivadores y los clubes quienes terminan abasteciendo al mercado de turistas.

Si pensamos el modo en el que este modelo fue concebido y presentado como política de Gobierno sobre seguridad ciudadana, podemos decir que el concepto de *reducción de daños* del modelo uruguayo va más allá del ámbito de la salud y abarca también

---

en la ley", *El Observador*, 30 de abril de 2017. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/cannabis-turistas-una-trampa-la-ley-n1064617?utm_source=planisys&utm_medium=EO-TitularesMatutinos&utm_campaign=EO-TitularesdelaMa%C3%B1anaFinesdesemana2017&utm_content=15&ns_campaign=EO-TitularesdelaMa%C3%B1anaFinesdesemana2017&ns_source=planisys&ns_linkname=15&ns_mchannel=EO-TitularesMatutinos.

121 Así lo propuse en "Marihuana Legal", *Semanario Búsqueda*, núm. 1901, 12 al 18 de enero de 2017, p. 41. Disponible en: http://www.busqueda.com.uy/nota/marihuana-legal-0.

122 Ver http://www.lanacion.com.ar/1980341-clubes-cannabicos-uruguay-apuesta-a-los-tours-y-catas-para-extranjeros.

123 Según el secretario general de la JND: "no existe la posibilidad de desarrollar estas actividades, como este tipo de catas o reuniones, que en definitiva terminan haciendo algo que la ley prohíbe: la promoción". Disponible en: http://www.mec.gub.uy/innovaportal/v/99544/22/mecweb/cannabis:-actividades-dirigidas-a-extranjeros-estan-prohibidas-por-la-ley?3colid=11323&breadid=11323. Al parecer lo que estaría prohibido es promocionar el consumo de cannabis, lo que para la autoridad uruguaya estaría por encima del combate al mercado negro o gris, que son aquellos que abastecen al ya comprobado y existente mercado *cannabico* de turistas que visitan Uruguay motivados por la existencia del mercado regulado.

a la seguridad jurídica (administración de justicia) y la seguridad ciudadana (el denominado orden social y la seguridad pública). El modo como se compatibiliza e interacciona este concepto con las políticas de derechos humanos es una cuestión abierta.

Son muchos los aspectos positivos por resaltar del nuevo sistema, principalmente en cuanto brinda mayor seguridad jurídica a los consumidores, a los productores, a los distribuidores y a los funcionarios encargados del control penal, porque delimita reglamentariamente las áreas de actuación, permisividad e intervención de cada uno de los actores. La cifra de 40 gramos mensuales y las reglas de la sana crítica en lugar de la *libre convicción moral del juez* al momento de valoración de la prueba, parecen ser dos elementos claves para disminuir la arbitrariedad en la intervención del sistema penal,[124] que permite también ser utilizado como un parámetro para ser tenido en cuenta en relación con otras drogas.[125] Sin embargo, a más de tres años de sancionada la ley, en una ciudad del interior, en mayo de 2017, la justicia penal procesó con prisión a un autocultivador registrado que tenía en su poder la cantidad permitida de plantas de cannabis. La justicia penal no solo inició un procedimiento de forma errónea vulnerando el protocolo policial que exige una consulta previa al Instituto de Regulación y Control del Cannabis (Ircca) para saber si la persona se encuentra dentro del mercado regulado, sino que lo hizo enviando a un joven de 19 años a la cárcel en régimen de prisión preventiva.[126] La intervención del Ircca y una protesta social de los movimientos cannábicos colaboraron para la rápida recuperación de la libertad de la persona injustamente procesada. Este

124 Los problemas de arbitrariedad policial y judicial guardaban relación con la posibilidad de juzgar según *la libre convicción moral* del juez, con total desconocimiento de la exigencia de contenido de THC en las plantas incautadas. En un caso judicial acontecido en la ciudad de Florida se procesó y condenó a una persona por el tamaño de la planta de cannabis incautada; mientras que en otro caso emblemático, en el departamento de Canelones, se condenó a una activista e investigadora sobre cannabis, por posesión de 29 plantas de cannabis y 24 gramos para consumo personal que tenía en su poder al momento de la irrupción de la policía a su domicilio, tras la denuncia de un vecino. El fallo fue confirmado por un tribunal de apelaciones el 17 de julio de 2014, cuando la Ley 19.172 ya estaba vigente. La sentencia fue casada y la Suprema Corte de Justicia, en fallo dividido, dictaminó la absolución por problemas probatorios, pues: "no se incorporó ninguna prueba de cargo tendiente a demostrar cuáles de las 29 plantas incautadas tenían principio psicoactivo y cuáles no". El error judicial de primera y segunda instancia es muy grave, tratándose de objetos de prueba que tienen que ser científicamente analizados para demostrar no solo el sexo sino la potencialidad psicoactiva de la planta. Pero al error judicial se debe sumar el error *policial* (que también integra el procedimiento judicial como agente auxiliar de la justicia penal) puesto que: "Como consta en el oficio de la Seccional 22 de la Jefatura de Policía de Canelones, se dispuso que las plantas fueran destruidas, razón por la cual no se pudo identificar si eran 'hembras'". El horror procedimental demuestra la arbitrariedad con la que antes y después de la ley se actuaba en contra de los usuarios consumidores, por el mero hecho de contar con plantas de cannabis en su poder.

125 Con la nueva ley, la producción de cannabis mediante plantación, cultivo, cosecha, el transporte, tenencia, depósito, almacenamiento o posesión destinada al consumo personal serían atípicos. Si se superara la cantidad de los 40 gramos, el juez debería valorar el caso según las reglas de la sana crítica, para lo que debería partir de una presunción en favor del consumidor de que se trata de una hipótesis de consumo personal si no existe prueba en contrario (Diego Silva, *Drogas y Derecho Penal en el Uruguay. Tolerancia, prohibición, regulación*, Montevideo, FCU, 2016, p. 419).

126 "Procesaron con prisión por cultivo de marihuana a joven que estaba registrado", *Montevideo Portal*. Disponible en: http://www.montevideo.com.uy/contenido/Procesaron-con-prision-por-cultivo-de-marihuana-a-joven-que-estaba-registrado-342134.

hecho demuestra que la inseguridad jurídica continúa y puede servir de indicador de que, a varios años de vigencia de la ley, los operadores de la justicia carecen aún del conocimiento necesario para su correcta aplicación, en tanto parecen desconocer que a partir de la regulación existe una especie de coexistencia de funciones entre la policía del Ministerio del Interior, que actúa como auxiliar de la justicia penal, y el Ircca, en funciones de policía administrativa.

El nuevo sistema enuncia que los ingresos por la venta de cannabis y sus derivados se utilizarán para la mejora de la salud pública y de la educación en relación con el consumo responsable.

Se trata, en realidad, de un sistema dual de política criminal que se mantiene dentro del modelo de prohibición, en el que, por una parte, se introduce un espacio regulado que descriminaliza acciones vinculadas al acceso del cannabis y, por otra, se endurecen las sanciones para los delitos vinculados con el tráfico de drogas duras, especialmente de la pasta base de cocaína.[127] De este modo, al mismo tiempo que se regula el acceso a la droga blanda más consumida, se incrementa el uso del derecho penal para el combate de las drogas duras (investigaciones, incautaciones, decomisos, procesamientos, encarcelamientos, etc.). La política criminal se apoya en la separación por tipo de drogas según una política pública de reducción del daño que diferencia un modelo de regulación de las drogas blandas y uno de penalización agravado para las duras. El criterio de diferenciación entre las distintas drogas no sería moral-político (utilizado por el sistema internacional), sino científico-político, que incluye cuestiones químicas, medicinales y sociológicas para determinar la relación entre el consumo de esa droga y sus consecuencias psíquicas, físicas y sociales.[128] Este criterio permite, al mismo tiempo, regular el mercado de cannabis e intensificar el combate del tráfico de drogas consideradas más peligrosas, protegiendo tanto a la salud como a la seguridad públicas.

127 Ahora bien, como informa la prensa el 28 de noviembre de 2015: "El Parlamento aprobó en noviembre de 2012 una ley que aumenta las penas para los traficantes de pasta base de cocaína, lo que hasta ahora resulta inaplicable por la incapacidad técnica de distinguir la pasta base de la cocaína en polvo. La ley es más dura con los traficantes de pasta base que con los narcos que venden cocaína. La Ley 19.007, aprobada en noviembre de 2012, les impuso una sanción mínima de 24 meses de prisión para los vendedores de pasta base, lo que obliga a los jueces a encarcelarlos. Sin embargo, no existen en Uruguay instrumentos en el Instituto Técnico Forense (ITF) que distingan científicamente a la pasta base del clorhidrato de cocaína. El grado de impureza puede llegar a ser tan alto que el análisis de la droga incautada resulta ambiguo. Grosso modo puede hacerse la distinción en la mayoría de los casos, pero no con el rigor científico necesario. Por ello, la ley 19.007 no se aplica" (Nicolás Delgado, "Juez y fiscal piden aumentar penas para el tráfico de cocaína", *El Observador*. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/juez-y-fiscal-piden-aumentar-penas-el-trafico-cocaina-n695189#).

128 Las modificaciones normativas en las políticas de drogas establecen abordajes diferenciados con base en las sustancias, cantidades y condicionantes sociales.

## 4. Gobernabilidad: reformas institucionales y de política pública

El Ircca es la institución más relevante creada por la Ley 19.172 y regulada por el Decreto Reglamentario 120/014, que no solo tiene a su cargo el control del sistema regulado a modo de una policía administrativa, sino que también otorga las licencias para la producción del cannabis recreativo, medicinal e industrial, y tiene la potestad de sancionar las conductas contrarias al sistema de regulación (art. 93 y ss. Decr. 120/014).

Entre las restricciones al consumo está la prohibición de manejo de vehículos o de material peligroso de trabajo cuando se está bajo los efectos del cannabis. En cuanto al consumo en espacios públicos, la reglamentación ofrece las mismas restricciones que para el consumo de tabaco (ver arts. 41 a 44 Decr. 120/014).

El gran desafío que tiene el Ircca es obtener un producto de calidad certificada a un precio que pueda competir con el mercado ilegal.[129] El cannabis que distribuye el mercado ilícito en Uruguay, según los usuarios, es de muy mala calidad, aunque se vende a un precio asequible. El objetivo del Estado deberá centrarse en romper con la confianza que cimienta las relaciones con los mercados ilegales[130] para ganar credibilidad y confiabilidad entre los usuarios de cannabis.[131]

El 10 de agosto de 2015, el Ministerio del Interior dio a conocer un Protocolo de Actuación para "adecuar la actuación policial a la nueva normativa" que rige en Uruguay en cuanto al "control y la regulación, por parte del Estado, de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y uso de cannabis y sus derivados".[132] Este protocolo es muy básico, pues se concentra en explicar de un modo simplificado las tres modalidades de acceso al cannabis producido bajo la regulación estatal. Un elemento de distinción entre el cannabis *legal* o *regulado*, y el ilegal, es la condición de que el cannabis no esté *prensado luego de la cosecha*.[133] Este es un elemento que parece ser distintivo para la policía al momento de un caso concreto. En cuanto a los procedimientos se indica que el consumo del cannabis continúa siendo legal y que solo se puede perseguir la comercialización no

129 El artículo 9 del Decreto 120/014 exige controles de calidad mediante laboratorios autorizados por el Ircca.

130 Sveinung Sandberg, "The importance of culture for cannabis markets. Towards an Economic Sociology of Illegal Drug Markets", *British Journal of Criminology*, 2012, pp. 1133-1151.

131 Galain Palermo, 2014, *op. cit.*, p. 49.

132 Ministerio del Interior, *Protocolo de actuación policial sobre Ley de Marihuana y sus derivados*, Montevideo, 2015, p. 7. Cabe decir que en la elaboración de este protocolo intervinieron asociaciones de cultivadores *cannabicos* y otros movimientos sociales.

133 El prensado del cannabis es la característica esencial de la droga que proviene de forma ilegal. Según los consumidores, se trata de "prensado procedente de Paraguay, que tiene hoja, tallo, muy mala flor y aditivos como amoníaco, que se le coloca al ladrillo para que no se seque durante el transporte" (Inés Acosta, "Uruguay a la búsqueda de una marihuana de calidad", Inter Press Service. Disponible en: http://www.ipsnoticias.net/2014/01/uruguay-la-busqueda-de-una-marihuana-de-calidad/).

autorizada.[134] En el protocolo se señala claramente que "la sola existencia de plantas de cannabis no implica una actividad ilícita", y que "las plantas de cannabis, marihuana cosechada, artefactos destinados al cultivo y consumo son propiedad privada". Se recuerda la inviolabilidad constitucional del hogar (art. 11 CU) y se explicita a los funcionarios policiales que no pueden exigir los registros de usuario o cultivador por tratarse de datos sensibles. Los allanamientos y las incautaciones solo son legales si media orden judicial y cuando ellos son realizados, se debe conservar lo incautado en "lugares adecuados para su conservación".[135]

## 5. ¿Puede el modelo uruguayo ser catalogado como un cambio de paradigma en la política de drogas?

En mi opinión, el modelo uruguayo (en cuanto a lo normativo y lo operativo) se afilia a una política de *reducción de daños*, y se mueve dentro del *principio de flexibilidad* que permite el régimen internacional de drogas. Si nos atenemos al simple hecho de que las convenciones internacionales exigen que "cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometen intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal", se puede pensar, primero: o bien Uruguay viola el sistema internacional desde 1974 por permitir el consumo de drogas contenidas en las listas de los tratados internacionales (con los verbos *poseer* y *adquirir* en la hipótesis de compra en el mercado negro o, incluso, también el verbo *cultivar* en caso de autocultivo); segundo: o bien se puede concluir que el principio de flexibilidad es de una elasticidad tal que permitiría dar un paso más y regular todas las formas de adquisición de la sustancia. En realidad, la cuestión central no viene de la mano de la naturaleza y potencialidad de daño para la salud de la sustancia cuyo consumo se permite o tolera, lo que parecería ser un grave error si el bien jurídico que se dice proteger es la salud pública.[136] Parece tener mayor sentido proteger la salud de los habi-

134 El Protocolo utiliza un lenguaje más ambiguo: "La ley establece sanciones para la comercialización no autorizada" (Protocolo de Actuación Policial, *op. cit.*, p. 10).

135 Las actas de incautación deben consignar: 1) la cantidad de plantas de cannabis sin flor o con flor macho; 2) la cantidad de plantas de cannabis con flor hembra; 3) la altura y el ancho aproximados de cada planta y la cantidad de cannabis cosechado en gramos; 4) nivel de secado de las flores hembras de cannabis incautado, que deberá ser clasificado como bajo, medio o seco.

136 Para la mayoría de la doctrina uruguaya, la salud pública protege la integridad física de cualquiera y de todos (Reta). La peligrosidad sería tal que tiene la potencialidad de dañar a todo el grupo social (Bayardo), pues refiere al estado sanitario de la población que hay que preservar (Cairoli). El Código Penal protege la salud pública mediante tipos penales como el envenenamiento de aguas o la adulteración de alimentos. Como indica Camaño, esto no es lo que sucede en materia de drogas cuando se prohíbe el transporte, la tenencia de una cierta cantidad de droga o

tantes que consumen un producto prohibido pero tolerado por medio de una regulación que controle la calidad y el acceso según pautas sanitarias que incluyan las condiciones psicosociales de los consumidores, tal como propone la Organización Mundial de la Salud (OMS) al entender la salud como el estado completo de bienestar físico, mental y social.[137] El riesgo para la salud pública debe ser medido según la prevalencia en el consumo, esto es, el porcentaje de personas dentro de una población determinada que ya ha consumido (alguna vez en su vida) cierto tipo de droga en el último año o mes. El mercado de cannabis tiene una potencialidad de más de 200 millones de consumidores, de los cuales menos del 5 % corre grave riesgo a la salud por el consumo de múltiples drogas.[138] Un mercado regulado puede controlar los riesgos asociados al consumo (responsable) al proteger la salud (pública) y disminuir los efectos asociados a la ilegalidad (seguridad y orden público, orden socioeconómico, administración de justicia). Soy de la opinión de que incluso dando este segundo paso regulador dentro del principio de flexibilidad, ello no significa ni trae aparejado un cambio de paradigma.[139] Desde un

---

el lavado de dinero proveniente del tráfico de ellas (Diego Camaño, "Legislación anti-drogas: ¿una amenaza para el estado de derecho?", *Revista Derecho Penal*, núm. 14, FCU, 2004, pp. 84 y ss.).

137 Hay quien propone un *concepto no autoritario* de salud pública "que pretende ser aquel justamente que surge cuando el Estado asume un rol de garante para la protección de las condiciones sociales y hasta económicas que permitan llevar una vida plena". Según este autor, la salud pública se basa en la confianza "en que los productos que circulan en el mercado o que los mecanismos mediante los cuales esos productos llegan al público, lo hacen a través de procedimientos reglados sanitariamente o que cuentan con controles que aseguran estén exentos de riesgos, o que sus riesgos sean razonables". Un bien jurídico como este, esto es, a la medida de un sistema regulado de drogas, no explica la necesidad de recurso al derecho penal, cuando otras ramas jurídicas menos lesivas pudieran proteger ese mercado. De modo que no se explica por qué el Ircca podría derivar algunos casos de infracción al sistema regulado a la justicia penal. ¿Cuál sería el bien jurídico tutelado en estos casos, el buen funcionamiento del mercado? Este bien jurídico funcional a la intervención y el control estatal se protegería suficientemente con el derecho administrativo sancionador que castiga las infracciones al sistema, pues este *concepto no autoritario de salud pública* solo es funcional dentro de un sistema regulado. La noción de peligro abstracto no sería suficiente (ni necesaria) para legitimar el recurso al derecho penal. Un bien jurídico como este (que más que *no autoritario*, podríamos denominar *progresista*, por ser funcional al mercado y estar en sintonía con "la elaboración de un programa progresista desde América Latina que profundice el camino de las propuestas y alternativas") (Aguiar, *op. cit.*, p. 314) parte de la defensa de un modelo de Estado interventor considerado de modo caprichoso como *no autoritario*, como si la mera intervención estatal mediante sus normas y reglamentos (con independencia del contenido y de la eficiencia o eficacia del aparato burocrático estatal) garantizara a los ciudadanos alcanzar una vida plena desde el punto de vista sanitario y de las condiciones sociales y económicas en relación con la "posibilidad de gozar de una armonía bio-psico-social en interacción dinámica con el medio en que vive". Para este autor, la mera intervención del Estado mediante *prestaciones públicas* garantiza a los ciudadanos alcanzar la "plenitud y bienestar personales" (Silva, *Drogas y Derecho Penal en el Uruguay*, *op. cit.*, pp. 148 y ss.). Finalmente, sostiene que "la herramienta penal solamente podrá activarse en tanto se generen situaciones que objetivamente pongan en peligro sanitario común al colectivo social, hipótesis que a su vez debe excluirse cuando se verifique el consentimiento de los potenciales afectados" (*ibid.*, p. 151).

138 Bergman, *op. cit.*, p. 18.

139 Asumo que para crear un nuevo paradigma hay que liberarse de los viejos constructos, deshacerse completamente de la metodología original y pensar en algo totalmente nuevo, pues, como decía Wittgenstein, hay que utilizar una escalera, subir por ella y luego tirarla. Pero como no existe un método para crear uno nuevo, hay que rechazar los viejos métodos, romper con ellos; sin embargo, al momento de presentar las nuevas ideas en forma de pensamiento razonado, estas tienen necesariamente que utilizar el contexto de los fenómenos y descubrimientos anteriores. De este modo, como sostuvo Wittgenstein, "una proposición debe comunicar un sentido nuevo con expresiones viejas"

punto de vista normativo, porque la regulación mantiene latente la criminalización para quienes operen por fuera del sistema regulado, y desde un punto de vista operativo, porque la política criminal en Uruguay ha intensificado el recurso al derecho penal para el combate de todas las conductas relacionadas con la producción y el acceso a las drogas.[140] Repecto al principio de flexibilidad, la relación entre la política criminal para las drogas adoptada por un Estado y los tratados internacionales sobre drogas sugiere que este debe ser interpretado holísticamente, esto es, considerando los aspectos normativos y fácticos al momento de la ponderación. En ese sentido, los datos de la Dirección General de Represión al Tráfico Ilícito de Drogas (DGRTID) muestran que en 2015, con la nueva ley de regulación, la incautación de cannabis aumentó en un 71 % en relación con el año anterior, mientras que hubo un descenso en la incautación de otras drogas como la cocaína y la pasta base.[141] Estos datos parecen indicar que la política criminal ha puesto más énfasis en la protección del mercado regulado que en el combate del narcotráfico para proteger a los consumidores del acceso a drogas con alto poder de daño a la salud. Esta política criminal prohibitiva, centrada en la protección del mercado regulado, no ha cejado. En 2016, por ejemplo, se produjo un aumento del número de incautaciones de droga, especialmente de cannabis.[142] Es interesante observar que aunque las incautaciones de cocaína y de pasta base disminuyeron, creció el total de procesamientos penales por casos de droga (en Montevideo 56 % respecto a 2014).[143] Esto significa (aunque las estadísticas oficiales no lo expliquen con sus datos) que a partir de la regulación debería

(Tomás Sedláček, *Economía del bien y del mal. La búsqueda del significado económico desde Gilgamesh hasta Wall Street*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 389).

140 A pesar de haber implementado la ley de regulación del cannabis, el Gobierno del expresidente José Mujica fue el más represivo en cuanto a las incautaciones de sustancias estupefacientes. Según el Ministerio del Interior, durante 2015 se detuvo a 2.554 personas por temas vinculados a las drogas (no se aclara por qué tipo de sustancias ni por qué modalidad delictiva), de los cuales se inició juicio penal con prisión preventiva en 763 casos y sin prisión en 470 (no se aclara qué sucedió con los 1.321 casos restantes de personas detenidas por sospecha policial). La incautación de droga llegó a 2.521 kilos de cannabis, 134,8 kilos de cocaína y 67,6 kilos de pasta base (Diario *El País*, 24/01/2016, p. 13).

141 "En todo el año pasado la policía antidrogas incautó 2,5 toneladas de marihuana, cuando en 2014 se habían confiscado 1,4 toneladas [...] seguida por la cocaína (134,8 kilos) y la pasta base (67,6 kilos). En cuanto a cocaína y pasta base, las incautaciones registraron un descenso bastante marcado que se ubicó en 68 y 67 %" (Nicolás Garrido, "La incautación de marihuana creció 71 % durante el año pasado", *El Observador*. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/la-incautacion-marihuana-crecio-71-el-ano-pasado-n850165#).

142 La oposición política, a principios de 2016, exigió endurecer penas (no excarcelabilidad para delitos vinculados con drogas) y dar más potestad a los órganos de control (entre ellos, la posibilidad de que la Fuerza Aérea pueda derribar aviones "sospechosos" de traficar droga). Se argumentó que la ley de regulación del cannabis ha contribuido al aumento de las operaciones del narcotráfico, porque ha "relajado" de modo "permisivo" e implantado una imagen "positiva" del uso de drogas (Diario *El País*, 24/01/2016, p. 13).

143 También aumentó la percepción ciudadana sobre los problemas vinculados a las drogas, con un 73 % de los encuestados que consideran que el fenómeno del narcotráfico ha aumentado en Uruguay. "Destellos de una guerra invisible", *El País*. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/que-pasa/invisible-destellos-guerra-narcos-violencia.html?utm_source=news-elpais&utm_medium=email&utm_term=Destellos%20de%20una%20guerra%20invisible&utm_content=14022016&utm_campaign=Resumen%20Matutino.

haber aumentado el número de personas criminalizadas por conductas relacionadas con el cannabis. Téngase en cuenta que el modelo uruguayo no adopta un nuevo bien jurídico tutelado, que continúa siendo la salud pública, un bien jurídico abstracto y maleable que facilita y legitima la intervención penal por razones de prevención general, a tal nivel que puede abarcar desde la salud potencial de las personas hasta el funcionamiento de un mercado regulado. Tal como fue presentada la Ley 19.172, dentro de un programa de medidas para combatir la inseguridad, se podría haber legislado sobre la base de un bien jurídico distinto, por ejemplo, por tratarse de una propuesta para la mejora de la seguridad y la convivencia podría haberse planteado una mejor protección del orden público, la paz pública o la seguridad pública mediante la regulación del mercado de cannabis. Sin embargo, de forma "políticamente correcta" y en sintonía con las convenciones internacionales, la ley uruguaya siguió apegada a la protección de la salud pública. Para decirlo con Bourdieu, este es un bien jurídico laxo que permite albergar, por un lado (con la mano izquierda), políticas de reducción de daños y de respeto de los derechos humanos y, por otro (con la mano derecha), políticas de intensificación del uso del derecho administrativo sancionador y del derecho penal. Entre las primeras se protege, por un lado, el derecho al consumo personal de sustancias dañinas para la salud (riesgo individual), mientras no se incurra en conductas de comercialización (daño potencial a terceros) y, por otro, conductas de producción y comercialización de determinadas sustancias con menos potencialidad de daño mientras exista participación o control del Estado (daño tolerable). Entre las segundas, se protege la mera existencia del mercado regulado mediante la potestad de sancionar las infracciones dentro del sistema y se reprimen todas las actividades de tráfico que puedan poner en peligro a la salud pública por ofrecer productos prohibidos de forma no autorizada en un mercado ilegal.

Para saber lo que hay que proteger y si dicha protección requiere del derecho penal, tenemos que comprender cuál es la magnitud del problema de la droga. Dentro de los elementos de la intervención hay que analizar si la reducción de daños puede darse por medio de un mercado regulado de cannabis. Generalmente, una política preventiva sobre drogas tiene como objetivos principales: a) disminuir el uso problemático o abusivo (muy especialmente de menores de edad), y b) reducir las patologías del mercado negro.[144] Utilizar el derecho penal para prevenir o controlar (¿resolver?) el problema de las drogas a fin de proteger la salud pública implica utilizar el aparato punitivo con el fin

144 Según Wisotsky, hay cinco fenómenos dentro del problema de la droga: 1) el consumo de cualquier droga ilegal; 2) el consumo de jóvenes; 3) el abuso en el consumo que causa graves daños físicos o psíquicos; 4) el comportamiento inducido o bajo la influencia de drogas que puede causar daños a otros (p. ej., conducción de vehículos); y 5) el tráfico de drogas y los problemas asociados: delito, violencia y corrupción (Steven Wisotsky, "Beyond the war on drugs", en James Inciardi (ed.), *The Drug Legalization Debate*, London, Sage Publications, 1991, pp. 115 y ss.).

de evitar el uso problemático y para garantizar a la población las condiciones sanitarias (¿y de seguridad de acceso?) para lograr un estado completo de bienestar físico, mental y social. La prohibición y la amenaza de castigo para la protección de la salud pretenden evitar el acceso y el consumo de drogas (lícitas e ilícitas) de los menores de edad;[145] pero difícilmente la protección de la salud pública pueda influir en la reducción de las patologías del mercado negro (adulteración de productos, uso de la violencia para dirimir los conflictos entre los distintos actores, corrupción de los agentes de control, lavado de dinero de las ganancias ilícitas, etc.), de modo que debería haber también otros bienes jurídicos tutelados, como intentaré explicar más adelante.

El mensaje de la norma de prohibición dice proteger la salud pública. Si este fuera el objetivo, cuanto menos el peligro potencial a la salud debería ser el criterio diferenciador, para que la política de drogas tenga una legitimación científica distinta a la mera prohibición por cuestiones de definición política.[146] La salud pública es un bien jurídico colectivo en cuanto pertenece a todas las personas y nadie puede ser excluido de su uso. Es colectivo pero se conforma de la incorporación de los intereses de salud individual de los consumidores, aunque sea independiente de estos.[147] En realidad, como sostiene Hefendehl, la seguridad pública es un "bien jurídico colectivo de estructura personal", que son aquellos que permiten el desarrollo de una persona en el seno social.[148] En mi opinión, siguiendo la concepción de Hassemer de un derecho penal orientado a las consecuencias,[149] no se puede prescindir de la noción de riesgo (estadístico), que en el caso del riesgo para la salud pública, como ya he manifestado, debe ser medido tomando en cuenta la prevalencia en el consumo. Véase que aun reconociendo que el consumo de cannabis no es inocuo sino que puede causar trastornos físicos, psíquicos e influir en el comportamiento social, en el contexto de un derecho penal orientado a las

145 El consumo de menores de edad es uno de los principales problemas asociados a la droga, así se trate de mercados ilegales como regulados (Neil McKeganey, *Controversies in Drugs Policy and Practice*, China, Palgrave Macmillan, 2011, p. 14).

146 En el propio origen de la prohibición internacional, en 1953, el Comité de Expertos en Drogas Adictivas nunca pudo encontrar una justificación científica técnica e imparcial de droga adictiva. Para cumplir con la exigencia política de prohibir la cocaína y el cáñamo, pero exonerar al tabaco y al alcohol, los expertos propusieron en 1957 una diferenciación extrafarmacológica: "las drogas prohibidas producían *adicción* y las no prohibidas simples *hábitos*". Finalmente, los expertos propusieron el concepto de *dependencia*, que no depende de las propiedades intrínsecas de la sustancia sino de la forma de consumo que le da el usuario (Escohotado, *op. cit*., pp. 141 y ss.).

147 La posibilidad de la difusión incontrolable de las sustancias prohibidas es la medida del peligro y lo que justifica la lesión al bien jurídico (Gonzalo García Palominos, "El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley 20.000", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Universidad de los Andes, núm. 4, 2013, pp. 25 y ss.).

148 Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtgüter im Strafrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 2002, pp. 111 y ss.

149 Posición adoptada en: Pablo Galain Palermo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

consecuencias estamos ante un riesgo tolerable, de modo que el derecho penal resulta desproporcionado para la protección de la salud de los miembros de la sociedad que la consumen.[150] Si el concepto legal o jurídico de droga se divide apenas en legales o ilegales con base en una mera decisión político-legislativa, cualquier sustancia puede ser considerada como tal expandiendo el uso de lo punitivo de un modo arbitrario y desproporcionado para un Estado de derecho. El criterio correcto sería dividir las drogas en duras (que causan grave daño a la salud) y blandas (que causan un daño tolerable).[151] Si este fuera el criterio, entonces la protección de la salud pública debería abarcar solo a las drogas duras, pues las blandas permanecen dentro del campo de lo tolerable.[152] Las drogas, sin embargo, no son en sí mismas más o menos dañinas; sel daño depende de las dosis y la frecuencia del consumo, motivo por el cual la regulación permite un máximo de 40 gramos al mes para consumo propio. ¿Estaría legitimado el derecho penal a intervenir para cuidar la salud de una persona adulta que se excede en la cantidad de consumo permitida? ¿Debería también intervenir cuando un club cannabico vende parte de su producción a una persona que no es miembro o cuando ofrece una "cata" de cannabis a un turista, cuya calidad será mucho mejor que la ofrecida en el mercado negro? ¿Es también en este caso la salud pública el bien jurídico tutelado?[153]

---

150 Wayne Hall, "The Health and Psychological Effects of Cannabis Use", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 6, núm. 2, 1994, p. 219. "The public policy implications of the health effects of cannabis is nowhere as direct as often assumed in public debate about cannabis: it does not follow that because it has adverse health effects its use by adults should be a criminal offence; if it did then alcohol and tobacco use should also be criminal offences" [Las inferencias de la política pública sobre los efectos del cannabis en la salud no son en modo alguno tan directas como frecuentemente se asume en el debate público sobre el cannabis: no se deduce que, por tener efectos nocivos para la salud, su uso por adultos debería ser un delito; si así lo hiciera, entonces el consumo de alcohol y tabaco también debería ser delito. Traducción propia] (p. 220). Consideremos además que el derecho penal uruguayo no ha logrado mediante años de prohibición cumplir con los objetivos centrales de: a) disminuir el uso problemático o abusivo (muy especialmente de menores de edad), y b) reducir las patologías del mercado negro. Recordemos que desde la perspectiva del derecho penal solo interesan aquellas drogas que pueden llegar a alterar la capacidad mental del individuo de modo que le impida comprender el sentido de la norma jurídica (Carlos Suárez-Mira, *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 233).

151 En relación con el daño que causa el consumo de cannabis, a pesar de la carencia a nivel mundial de estudios longitudinales (McKeganey, *op. cit.*, pp. 100 y ss.).

152 Algunos autores sostienen que la pregunta correcta no es cómo puede el derecho penal jugar un papel en el control sobre las drogas, sino ¿cómo debe construirse un derecho penal para el control de las drogas? Un sistema regulado no tiene por qué disminuir los controles, sino que puede incluso mediante impuestos y regulación administrativa, aumentar ese control (restricciones de lugar y tiempo de expendio, prohibición de consumir en lugares públicos, exigencias de empaquetado, prohibición de conducir automotores y de realizar determinados trabajos, prohibición de venta a menores, etc.). El derecho penal jugará entonces un papel residual esencial. "So, no matter how far toward an emphasis on regulatory and taxing controls the law might push, the residual role for the criminal law would be substantial" [Así que no importaría hasta qué punto presionara la ley por un énfasis en controles regulatorios y de impuestos, el papel residual para la ley penal sería esencial. Traducción propia] (Franklin Zimring y Gordon Hawkins, *The search for rational drug control*, New York, Cambridge University Press, 1992, pp. 107 y ss.).

153 De la misma opinión, Wisotsky: "This means protection of the public from accident and injury on the highway, in the work place, and from unruly disruptions in public streets, public transport, parks, and other gathering places" [Ello significa protección del público frente a accidentes y lesiones en las autopistas, en el lugar de trabajo, y frente

Si la doctrina tuviera razón, en cuanto a que la prohibición es la causa del aumento de las ganancias del mercado ilegal[154] –que por ende requiere de un aumento del uso de la violencia para dirimir los conflictos entre sus actores–, parece lógico que la política de drogas asuma como punto de partida la regulación de los mercados de aquellas drogas blandas o de riesgo tolerable para la salud cuando su uso sea racional o moderado, para también poder tener un efecto preventivo sobre los otros bienes jurídicos protegidos. A esta altura no está muy claro qué se quiere proteger mediante el modelo regulado en Uruguay. ¿Está realmente en juego una cuestión de seguridad sanitaria o de seguridad pública en relación con la regulación del mercado de cannabis? ¿Seguridad en qué aspectos y en cuáles ámbitos? Por cuestiones de seguridad laboral el Decreto 128/016 prohibió el consumo de cannabis incluso horas previas a concurrir al trabajo. Por cuestiones de seguridad individual y colectiva (art. 4) considera que "mediante la intervención del Estado" se deben "atacar las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales y económicas del uso problemático de sustancias psicoactivas, así como reducir la incidencia del narcotráfico y el crimen organizado". Ahora bien, dentro del ámbito de la regulación tienen primacía bienes jurídicos administrativos relativos al buen y correcto funcionamiento del mercado cuya puesta en peligro o lesión dan lugar a sanciones punitivo-administrativas, pero cuya lesión también podría acarrear la aplicación del derecho penal y las penas tradicionales cuando se ponen en riesgo de lesión bienes superiores como la salud pública mediante un gran número de conductas prohibidas en las subsistentes leyes penales.[155] Esto sugiere que en la relación entre las leyes penales

---

a alteraciones revoltosas en las vías públicas, en el transporte público, en los parques y en otros sitios de reunión. Traducción propia] (Wisotsky, *op. cit.*, p. 118). Ahora bien, véase que incluso en el caso del cannabis la evidencia que existe en relación con la coordinación motora es ambigua (p. 118).

154 La prohibición no es funcional a la protección de la salud (individual y pública), sino que resulta perversamente funcional a los intereses de los traficantes, quienes ven incrementadas las ganancias en correlación con las dificultades de trasiego del objeto prohibido. Si tomamos en cuenta que el negocio del trafico sería el segundo en cuanto a ingresos, detrás del negocio de la venta de armas, el mantenimiento de las políticas prohibicionistas empieza a tener mayor sentido en un contexto de guerra, donde pasa a ser relevante la utilización (internacional) de la prohibición para el mantenimiento de los precios de mercado, donde son actores relevantes las agencias secretas y los funcionarios encargados del control o la represión, así como los mercados financieros en los que se pueden reintroducir en el sistema económico legal los dineros obtenidos ilícitamente. Como dice Albrecht: "Las teorías económicas de la criminalidad y la investigación orientada económicamente a los mercados de drogas ilícitas apoyan más bien un punto de vista, emanado de la misma investigación, según el cual, los mercados ilegales no pueden ser eliminados por las vías del derecho penal, puesto que cada política de prohibición (y con ellas las del derecho penal) son precisamente un presupuesto constitutivo del funcionamiento de los mercados ilegales. Por esa razón caracterizada por una contradicción interna (en la medida en que el derecho penal crea parcialmente las condiciones que permiten la formación actual de los mercados de estupefacientes y al mismo tiempo traen aparejada la preocupación de eliminar dichos mercados)" (Hans-Jörg Albrecht, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. Oscar Guerrero, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 82).

155 Me refiero a conductas de producción (art. 30); importación, exportación, introducción en tránsito, distribución, transporte, posesión no para el consumo, ser depositario, almacenar, poseer, ofrecer en venta, negociar (arts. 31, 35), así como organizar o financiar estas conductas (art. 32); suministro, aplicación, entrega, promoción, inducción o

prohibitivas y el mercado regulado, el bien jurídico mediato podría ser la salud pública, pero dentro de la regulación el bien jurídico inmediato parecería ser el buen funcionamiento de las reglas y deberes del mercado regulado, esto es, la seguridad del mercado. Esto indica que el Estado está dispuesto a defender el monopolio del mercado regulado a través de un derecho administrativo sancionador e incluso, de ser necesario, mediante el derecho penal. En el caso del mercado regulado, el bien jurídico inmediatamente tutelado sería la defensa del monopolio de la distribución y venta de cannabis al mercado, estando la salud pública protegida de forma mediata en cuanto dicho mercado reduce la potencialidad de riesgos para los consumidores.

Uruguay ha legislado del mismo modo que ha procedido con otros "vicios sociales" (según los arts. 40, 44, 54 de la Constitución),[156] como pueden ser los juegos de azar que son considerados por principio general prohibidos (protección de la salud para prevenir el juego adictivo) pero autorizados en determinados casos concretos por medio de una regulación que se afilie a la teoría del "juego responsable" (reducción de daños).

El uruguayo puede ser definido como un modelo de prohibición con excepciones, es decir, un modelo de prohibición que establece como *numerus clausus* en la norma reglamentaria algunas circunstancias que tienen la función político-criminal de actuar como barrera o límite a la intervención penal.[157] Si asumimos que el modelo uruguayo es un modelo de prohibición con excepciones, también tenemos que asentir que la ley uruguaya no contradice a las convenciones internacionales, pues no retira al derecho penal en su función motivadora, preventiva y represiva para sustituirlo por un modelo de regulación que prescinde de la amenaza de la pena, sino que la regulación es utilizada por el legislador uruguayo para crear un espacio de excepción en cuanto a las formas de acceso al cannabis cuyo consumo nunca estuvo prohibido. Este análisis que parece racional y coherente no es compartido por los órganos de policía de la ONU, que insis-

---

facilitación del consumo (art. 34), de las sustancias contenidas en las Listas de las Convenciones Internacionales sobre Drogas.

156 Según Risso: "Pero si bien, la noción de 'vicio social' puede ser polémica, existe un núcleo mínimo en que no hay controversia seria en cuanto a qué corresponde incluir en este concepto. Este núcleo mínimo refiere a ciertas adicciones especialmente nocivas para el adicto, su entorno familiar o social y para toda la sociedad, como son el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción (estupefacientes) y la ludopatía" (Martín Risso, *Pautas constitucionales para el combate de los vicios sociales. Especial referencia a la ludopatía*, de próxima publicación).

157 Este es un modelo que ha sido propuesto por quienes abogan por un mercado regulado para el cannabis en Estados Unidos: "Efforts at the federal level should thus be directed toward developing a scheme for marijuana distribution, regulation, and control that would be acceptable to a plurality of the public. States would then have the option of adopting such a system or maintaining some sort of prohibition, much as states have the option of prohibiting alcohol sales and production" [Los esfuerzos en el nivel federal deberían por lo tanto estar encaminados a desarrollar un esquema para la distribución, regulación y control de la marihuana que fuera aceptable para una mayoría de los ciudadanos. Los Estados tendrían así la opción de adoptar un sistema de ese tipo o de mantener algún tipo de prohibición, de la misma manera que tienen la opción de prohibir la venta y producción de alcohol. Traducción propia] (McVay, *op cit.*, p. 153).

ten en que Uruguay contradice la norma internacional. Lo que llama la atención es que el país podría contradecir las convenciones desde 1974, en cuanto no ha prohibido el consumo y ha permitido judicialmente no solo el consumo grupal sino la posesión de cantidades mínimas para consumo que dependían (y variaban) del "buen o mal humor del juez de turno", hechos que nunca fueron "advertidos" por la JIFE, a pesar de que podrían contradecir la norma prohibitiva y dejar desprotegido al bien jurídico tutelado. Esto no ha sucedido porque el principio de flexibilidad admite este tipo de excepciones a nivel nacional. Ello indica que modelos de regulación como el uruguayo pueden –dentro de la política de drogas que exige la intervención del derecho penal para resolver el fenómeno de la droga– arrojar una mejor orientación político-criminal para el "combate contra las drogas" en cuanto a los efectos nocivos para la salud de los consumidores, ya sea porque ofrece mayor seguridad jurídica al momento de aplicar la ley penal al brindar criterios claros de delimitación de la intervención penal (por ejemplo, considerando la posesión de 40 gramos como barrera mensual para delimitar la tenencia para consumo de una tentativa de comercialización), porque ofrece mayor protección de los derechos humanos (salvo en el caso de los turistas) o porque toma en consideración la perspectiva de reducción de daños (que incluye una mejor protección individual del consumidor y de la salud pública en general).

Parecería que a partir de la regulación dentro de un sistema prohibicionista hay que distinguir entre: i) problemas comunes a cualquier tipo de mercado: a) por causa exclusiva del consumo de drogas (riesgo concreto para la salud a los que se responde mediante políticas sanitarias y preventivas) y b) relacionados con el consumo de drogas (riesgo potencial para la salud, seguridad en su concepto amplio, conductas en sí mismas peligrosas para terceras personas, delitos cometidos bajo el efecto de las drogas, etc.); [158] ii) problemas con el acceso a las drogas mediante mercados ilegales: a) relacionados con la salud (riesgo potencial para la salud por sustancias adulteradas, trafico, suministro, etc.); b) contra otros bienes jurídicos relacionados con el concepto amplio de seguridad (seguridad pública, orden público, paz pública, orden socioeconómico y administración de la justicia amenazados por el lavado de dinero, delitos contra la administración pública por delitos de corrupción, etc.), y iii) problemas con el acceso a las drogas mediante el mercado regulado: a) relacionados con el bien jurídico inmediato (protección del buen funcionamiento del mercado, infracciones administrativas, etc.) y b) relacionados con

158 Como sugiere Wisotsky, es esencial que las estadísticas indiquen cuántos de los millones de consumidores sufren problemas de salud por causa del consumo y cuántos perjuicios o daños se causan a terceras personas en relación con el consumo de drogas. Si esta relación de causalidad no se pudiera demostrar, habría que admitir con John Lawn (director de la DEA) que "Drugs are ilegal because they are bad" [Las drogas son ilícitas porque son malas. Traducción propia], pero que en realidad se trata de que son malas porque son ilegales (Wisotsky, *op. cit.*, p. 116).

el bien jurídico mediato (salud pública). La existencia de un mercado regulado deja en evidencia que hay más bienes jurídicos en juego que la salud pública cuando se trata del problema de la droga.[159]

## 6. Cuestiones de geopolítica: la perspectiva de los derechos humanos defendida por Uruguay en Ungass 2016

Uruguay ha defendido su modelo ante los órganos de las Naciones Unidas encargados de la policía internacional sobre las políticas de drogas. En esas instancias se sostuvo que el modelo uruguayo pretende una interpretación alternativa del problema de la droga a partir de un enfoque de derechos humanos en cuanto al derecho a un consumo de drogas responsable y de reducción de daños, por medio de un Estado regulador de la política de drogas seguras en cuanto a la calidad y la forma de acceso. Esto tiene que ser entendido dentro de un concepto amplio de *seguridad*, tanto para la salud del consumidor, como para la forma de acceso, así como en cuanto a la limitación de la intervención de los operadores de la administración de justicia. La inconsistencia del argumento uruguayo frente a la comunidad internacional (aquello que lo debilita) proviene del derecho interno, en cuanto Uruguay viola sistemáticamente con su sistema penal, procesal penal y carcelario la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos de primera generación.[160]

El modelo uruguayo fue cuestionado duramente por la JIFE en cuanto se afirmó que atacaba, al estilo de los "piratas", la política de los tratados internacionales de los que Uruguay es parte.[161] Desde el punto de vista geopolítico, sin embargo, el país no

159 Estos últimos bienes jurídicos, considerando que la lucha contra el lavado de activos integra la guerra contra las drogas a partir de la Convención Internacional de 1998 (Hamid Ghodse, *International Drug Control into the 21st Century*, USA, Ashgate, 2008, p. 5).

160 Pablo Galain Palermo, *Justicia restaurativa y sistema penal. ¿Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la justicia penal?*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay/OLAP, 2016b, pp. 41 y ss. En palabras del fiscal de Corte y procurador general de la nación: "Uruguay está incumpliendo con todos los estándares internacionales de derechos humanos. No estamos cumpliendo con el Pacto de San José de Costa Rica, tampoco con el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos. Hemos ratificado un conjunto de instrumentos a nivel internacional en materia de derechos humanos y los estamos incumpliendo sistemáticamente. Un país que hace gala de su agenda de derechos y se "pavonea" por el mundo mostrando su agenda de derechos, cuando estamos violando los derechos de primera generación" (Ana María Mizrahi, "Fiscal Jorge Díaz: Uruguay hace gala y se 'pavonea' por el mundo mostrando su agenda de derechos, pero 'viola' los derechos de primera generación", *La Red 21*. Disponible en: http://www.lr21.com.uy/comunidad/1306985-fiscal-jorge-diaz-impulsa-creacion-fiscalia-especializada-investigacion-violaciones-derechos-humanos-dictadura). Cabe decir que a partir del 16 de julio de 2017 comenzaría a regir un nuevo sistema procesal penal, que en principio y en cuanto a su normativa, sería compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (Natalia Gold, "Esperan más denuncias con nuevo sistema penal", *El Observador*. Disponible en: http://www.elobservador.com.uy/esperan-mas-denuncias-nuevo-sistema-penal-n1030806).

161 Opinión de Raymond Yans, presidente de la JIFE, al momento de la aprobación de la Ley 19.172 en Uruguay, quien comparó a Uruguay con algunos países que no gozan de buena reputación internacional: "Hemos tratado de

ha estado solo en este *experimento político-social* de regular el mercado de cannabis. En 2013, la Organización de los Estados Americanos (OEA) publicó su visión estratégica sobre el problema de la droga en tres documentos que reclamaban como principios fundamentales los de soberanía e integridad territorial de los Estados, la no intervención en asuntos internos, las libertades fundamentales y la igualdad de derechos y respeto mutuo entre Estados.[162] En la Asamblea General de Guatemala, de junio de 2013, se hizo hincapié en las políticas de reducción de daños, el enfoque integral y la búsqueda de soluciones efectivas que protejan el bienestar de las personas, la inclusión social, el acceso a la justicia, a la educación y a la salud.[163] Esta posición regional parecería ir en la línea iniciada por el modelo uruguayo de exigencia de una nueva discusión internacional sobre la política internacional sobre drogas.[164] La JND publicó un informe denominado "Repercusiones del problema mundial de las drogas en el ejercicio de los derechos humanos"[165] que fue entregado al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh) en Ginebra el 15 de mayo de 2015, donde se reitera el "compromiso con la salud, la convivencia y el desarrollo". Uruguay ha resaltado las consecuencias negativas de las políticas de drogas de los últimos cincuenta años en cuanto a la salud, la vulnerabilidad cultural y social, la convivencia, la escalada de violencia vincu-

---

forma desesperada de reunirnos con las autoridades de Uruguay durante dos años. Es el único país del mundo, junto a Papua Nueva Guinea, Guinea Ecuatorial y Guinea Bissau, que ha prohibido a la JIFE un diálogo (con las autoridades)" (EFE, "La legalización de la marihuana en Uruguay es una actitud de 'piratas'", *El País*. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/informacion/onu-califica-actitud-uruguaya-pirata.html).

162 OEA, *Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013-2025*, 2012. Disponible en: http://www.ircca.gub.uy/wp-content/uploads/2014/05/oea-escenarios-problema-drogas-america-latina.pdf

163 Ver 43 Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA - Guatemala 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/43ag/

164 Según la Global Commission on Drug Policy, en su informe de 2014: "La Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ungass) de 2016 presentará una oportunidad sin precedentes para revisar y reorientar las políticas de drogas nacionales y el futuro del marco internacional para el control de drogas". Allí se recomendó: "Las medidas duras con base en ideologías represoras se deben reemplazar por políticas más humanas y eficaces diseñadas teniendo en cuenta la evidencia científica, los principios de salud pública y los derechos humanos. Este es el único medio para reducir simultáneamente las muertes, las enfermedades y el sufrimiento relacionados con las drogas, así como la violencia, la delincuencia, la corrupción y los mercados ilícitos asociados a las políticas prohibicionistas ineficaces" (Global Commission on Drug Policy, *Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces*, 2014. Disponible en: http://www.gcdpsummary2014.com/bienvenidos/#executive-summary-es). Una de las medidas exigidas por esta comisión es la de: "Regularizar los mercados de droga para que los gobiernos asuman el control" (*Idem*). En la Reunión de Preparación de la Ungass 2016, que tuvo lugar en Montevideo el 15 de diciembre de 2014, se dijo que de los 47 países participantes en Viena en diciembre de 2014, solo siete de la región (México, Guatemala, Colombia, Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Uruguay) y dos Europeos (Holanda y Noruega, con la mediación de Alemania, Italia y Francia) estuvieron alineados con la posición de Uruguay en relación al modelo de regulación del cannabis. Como puede verse, el número de países afines al modelo uruguayo aparece aún hoy como un fuerte obstáculo para lograr un consenso internacional que permita cuestionar el modelo prohibicionista a nivel global.

165 Con el subtítulo: "Aporte de Uruguay a la implementación de la resolución Contribución del Consejo de Derechos Humanos a la Sesión Especial de la Asamblea de ONU sobre el Problema Mundial de las Drogas 2016". Anteriormente, Uruguay había promovido la Resolución 51/12 de 2008, que reclamó la adecuación de los instrumentos internacionales de derechos humanos para englobar los aspectos relacionados con las políticas de drogas.

lada al tráfico de drogas y los delitos conexos (tráfico de armas y trata de personas), pues estos "efectos no esperados" de las políticas internacionales implican responsabilidad del Estado y obligan a "revisar los instrumentos internacionales cuando su aplicación genera restricciones e incluso daños agravados a sus comunidades".[166]

Parece ser que el orden supranacional de los organismos de control internacional se prepara para confrontar a la política uruguaya y el país y la región están conscientes de ello.[167] Sin embargo, mientras Estados Unidos no resuelva su problema interno –con estados que regulan no solo el mercado interno con fines medicinales,[168] sino también con fines recreativos, en clara contradicción con la línea prohibicionista seguida por el sistema federal–, todo indica que los órganos de control de la ONU no tomarán medidas contra Uruguay.

De un modo indirecto, cuestionando la inclusión de las hojas de coca en la Lista 1 de la Convención de 1961, que desconoce la identidad cultural, religiosa y espiritual de las prácticas tradicionales de pueblos andinos,[169] el Uruguay realiza una tímida invitación a repensar la inclusión de drogas blandas –como puede ser el cannabis– en las listas de prohibición.[170] Finalmente, Uruguay propone una serie de iniciativas para jerarquizar a los derechos humanos en las políticas de drogas.[171] El control de la política debe permitir mecanismos de denuncia a nivel nacional e internacional cuando se lesionen los derechos humanos en la aplicación de las políticas de drogas. La denuncia seria posible siempre que exista daño en el derecho a la autonomía en cuanto al consumo, o cuando

166 Junta Nacional de Drogas, *Repercusiones del problema mundial de las drogas en el ejercicio de los derechos humanos. Aporte de Uruguay a la implementación de la resolución "Contribución del Consejo de Derechos Humanos a la Sesión Especial de la Asamblea de ONU sobre el Problema Mundial de las Drogas 2016"*, 2015, p. 3. En ese mismo documento, Uruguay enuncia algunas consecuencias negativas del modelo de prohibición y de la política de *guerra contra las drogas*, principalmente, la creación y el fortalecimiento de un mercado ilegal "poderoso y violento" que atenta contra "la seguridad de las personas y comunidades".

167 Una muestra de la toma de conciencia de este evento político de interés supremo es el Seminario Internacional "Nuevos enfoques en Políticas de Drogas en el Siglo XXI", que reunió a los países de la región que parecen estar "alineados" al modelo uruguayo (México, Guatemala, Colombia y Ecuador) y aquellos otros países de la región que acompañan parcialmente esa política, por ejemplo, en cuanto al uso medicinal (Chile, Costa Rica). En dicho evento participó el Secretario General de la OEA Luis Almagro (quien fuera ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay durante la presidencia de José Mujica entre 2010-2015), en clara muestra de apoyo a la necesidad de buscar alternativas a las políticas regionales sobre drogas. No debe llamar la atención que los países más golpeados por los fenómenos de producción y tráfico de drogas se encuentren del "lado uruguayo", una vez que los planes de combate directo (Plan Mérida, Plan Colombia) han causado más perjuicios en la población civil, que beneficios en la lucha contra los mercados ilícitos que abastecen, principalmente, al mercado norteamericano y europeo.

168 Según la literatura especializada, la regulación del mercado de cannabis medicinal, que comenzó en el estado de California, fue producto de la discusión sobre legalización de los años ochenta y una "forma encubierta" de regulación del uso recreativo (Fijnaut, *op. cit.*, pp. 21 y ss.).

169 Desde la antropología, Daniel Vidart, *Coca, cocales y coqueros en América Andina*, 3 ed., Montevideo, YOEA, 1994.

170 Junta Nacional de Drogas, 2015, *op. cit.*, p. 8.

171 Aquí se propone a los organismos de control, como la JIFE, la vigilancia activa de los derechos humanos en la aplicación de la política internacional y omisiva "en la falta de respuestas específicas para la protección de la población" (*ibid.*, p. 9).

la política de intervención para proteger la salud pública provoque daños concretos en los individuos.[172]

Entre el 19 y 21 de abril de 2016 tuvo lugar en New York la tercera reunión de Ungass, en la que se volvió a tratar la política mundial sobre drogas dentro del ámbito de la ONU. El evento estuvo maniatado por el acuerdo alcanzado en Viena durante la preparación del documento final (DF) "Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas",[173] que llamativamente fue votado y aprobado en la primera jornada por la Asamblea General.[174] De la observación directa del desarrollo de la Ungass puedo decir que fue significativo el hecho de que todos aquellos países que durante las jornadas de sesión de la Asamblea General que eran partidarios de mantener el sistema de prohibición se manifestaron por medio de sus ministros del interior o, incluso, de defensa; mientras que los países partidarios de una revisión del sistema hicieron uso de la palabra desde sus ministerios de salud pública o de justicia (Colombia y México, por ejemplo, estuvieron representados incluso por sus respectivos presidentes de la república). A su vez, fueron de interés los denominados "eventos paralelos o *side events*" en los que se pudo apreciar un liderazgo prosistema de países como Rusia, China y Suecia, y un liderazgo *revisionista* con marcada presencia de Colombia, Uruguay, México, Holanda y República Checa. En las sesiones plenarias y específicas se pudo apreciar que los propios órganos de la ONU defendían posturas distintas en cuanto al problema de la droga, lo que permite avizorar que de cara a la

172 El informe propone como directriz básica el "respeto de las personas en el reconocimiento de su autonomía plena para la toma de decisiones así como el derecho a la protección en el caso de las personas con autonomía disminuida" (*ibid.*, p. 10). Esta directriz parece quedar a medio camino entre las políticas liberales que defiende la legalización de ciertas drogas con base en la defensa del uso racional de la libertad y la obligación responsable del Estado de brindar asistencia al consumidor problemático.

173 A la redacción de este DF contribuyeron numerosas entidades (agencias de la ONU, asociaciones civiles, organizaciones, etc.), cuyos puntos de vista no fueron considerados. La literatura observa que la agencia de Viena, la ONU, no considera las propuestas sobre drogas que provienen de las agencias de Ginebra para que se tomen en cuenta en las políticas internacionales las perspectivas de salud pública, derechos humanos, descriminalización, acceso a medicamentos controlados, reducción del daño y el impacto de las políticas de drogas en las políticas de desarrollo (Christopher Hallam, *Striving for system-wide coherence: An analysis of the official contribution of United Nations entities for the Ungass on drugs*, United Kingdom, IDPC, 2016, pp. 2 y ss.).

174 Allí se dice: "Reafirmamos nuestra determinación de hacer frente al problema mundial de las drogas y promover activamente una sociedad libre del uso indebido de drogas, a fin de ayudar a garantizar que todas las personas puedan vivir con salud, dignidad, paz, seguridad y prosperidad, y reafirmamos nuestra determinación de abordar los problemas sociales, de salud pública y de seguridad derivados del uso indebido de drogas". La negociación y redacción del DF, lamentablemente, estuvo marcada por el fuerte control de la Junta de la Ungass, creada por la UNODC, "falto de transparencia y objeto de numerosas críticas de los países y la sociedad civil que abogan por la reforma […] La Junta aplicó un estricto filtro, no permitiendo que en el borrador del texto se introdujera ninguna expresión que pudiera entorpecer el objetivo principal de evitar en la medida de lo posible toda controversia y llegar a un consenso político con suficiente antelación a la Ungass […] al final, resultó ser un cementerio de cualquier frase polémica que hiciera referencia a nuevos retos" (Martin Jelsma, *Ungass 2016: ¿hito histórico u oportunidad perdida?*, TNI, 2016. Disponible en: www.tni.org/es/art%C3%ADculo/ungass-2016-hito-historico-u-oportunidad -perdida).

próxima reunión a llevarse a cabo en 2019 la propia ONU tendrá que adoptar una visión de mayor consenso para no volver a caer en contradicciones argumentales y en la difícil situación de que algunos órganos del sistema tengan mayor poder de decisión que otros en relación con los tres grandes pilares del sistema: desarrollo, derechos humanos y paz, y seguridad.[175] De cara a 2019, el sistema ONU se enfrenta al reto de reclasificar algunas sustancias, como por ejemplo, fue solicitado antes de la Ungass 2016 y desatendido en el DF.[176]

Durante la Ungass hubo varios temas tabú sobre los que no se puedo debatir, como son el desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de la propia ONU,[177] la relación entre la política internacional y los tratados de derechos humanos,[178] los mercados regulados de cannabis, la creación de un grupo consultivo de expertos para revisar los textos internacionales,[179] las políticas de reducción de daños, la despenalización del consumo y la posesión de drogas, así como el irritante tema de la abolición de la pena de muerte para delitos relacionados con las drogas.[180] El DF admite que se debe tratar la flexibilidad de

175 Ver también David Bewley-Taylor y Martin Jelsma, *Ungass 2016: ¿un consenso roto o a-m-p-l-i-o?*, TNI/GDPOo, 2016, p. 8.

176 Mathew Birch, *Recomendaciones del IDPC para el "borrador zero" del documento sobre resultados de la Ungass*, Reino Unido, IDPC, 2015, p. 5.

177 Apenas dice el DF: "Acogemos con beneplácito la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible 7, y observamos que los esfuerzos encaminados a lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible y abordar eficazmente el problema mundial de las drogas son complementarios y se refuerzan mutuamente".

178 No obstante, el DF realiza una ligera mención del tema: "Reafirmamos nuestro compromiso inquebrantable de garantizar que todos los aspectos de la reducción de la demanda y medidas conexas, la reducción de la oferta y medidas conexas, y la cooperación internacional se aborden de plena conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos, con pleno respeto de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, todos los derechos humanos, las libertades fundamentales, la dignidad inherente a todas las personas y los principios de igualdad de derechos y respeto mutuo entre los Estados". Luego se deja a criterio de cada Estado el desarrollo de políticas según los principios generales relacionados con los derechos humanos: "...h) Considerar, con carácter voluntario, al proporcionar información a la Comisión de Estupefacientes de conformidad con los tres tratados de fiscalización internacional de drogas y las resoluciones pertinentes de la Comisión, la posibilidad de incluir información relativa, entre otras cosas, a la promoción de los derechos humanos y la salud, la seguridad y el bienestar de todas las personas, las comunidades y la sociedad, en el contexto de la aplicación de los tratados en el ámbito nacional, incluida información sobre novedades, mejores prácticas y desafíos".

179 La creación de este grupo de expertos fue solicitada al Secretario General por Colombia, Uruguay, Ecuador, Jamaica y Panamá.

180 El DF apenas hace mención a la proporcionalidad de las penas en relación con el delito cometido, sin mayor lineamiento político criminal: "l) Promover políticas, prácticas y directrices nacionales proporcionadas en lo que respecta a la imposición de penas a los delitos relacionados con las drogas, de modo que la severidad de las penas sea proporcional a la gravedad de los delitos y que se tengan en cuenta factores tanto atenuantes como agravantes, incluidas las circunstancias enumeradas en el artículo 3 de la Convención de 1988 y otras las disposiciones aplicables del derecho internacional, y de conformidad con la legislación nacional". Véase que el Estatuto de Roma prohíbe la pena de muerte y la cadena perpetua aplicada por la CPI; una mirada según los derechos humanos exigiría cuestionar la pena de muerte que se aplica en muchos países suscriptores de la normativa internacional sobre drogas. El gran tema es de dónde obtener el parámetro de los derechos humanos. La propia ONU tendría que manifestarse expresamente en este asunto, porque si las convenciones prohibieran la pena de muerte, aquellos países que la aplican deberían retirarse del sistema e ingresar con reservas, como hizo en su oportunidad Bolivia en relación con la hoja de

las políticas nacionales sujetas a la interpretación de la política internacional de drogas, siempre dentro del contexto férreo de los tratados internacionales.[181] Toda vez que el DF hace referencia a métodos alternativos, lo hace en relación con la erradicación de los cultivos ilícitos de plantas que se utilizan para obtener drogas, pero no existe ninguna referencia a la posibilidad de mercados regulados de cannabis. Por último, se dice que: "Expresamos nuestro reconocimiento por el carácter inclusivo, transparente y abierto del proceso de preparación del periodo extraordinario de sesiones, encabezado por la Comisión de Estupefacientes con el apoyo, la orientación y la participación del Presidente de la Asamblea General, así como por todas las contribuciones a este proceso". La literatura especializada, sin embargo, fue crítica respecto a la falta de transparencia e inclusión del proceso de negociación y redacción del DF redactado en Viena,[182] así como en relación al contenido del mismo.[183]

La Ungass volvió a ratificar la utopía de un mundo libre de drogas, sin considerar el constante fracaso en dicho objetivo que muestran las estadísticas. Lo cierto es que luego

---

coca. La mención de la proporcionalidad de las penas, no obstante, fue considerada un aspecto positivo del DF en comparación con declaraciones anteriores.

181 "Reconocemos que existen retos persistentes, nuevos y cambiantes que deberían afrontarse de conformidad con lo dispuesto en los tres tratados de fiscalización internacional de drogas, los cuales ofrecen a los Estados partes suficiente flexibilidad para formular y aplicar políticas nacionales en materia de drogas con arreglo a sus prioridades y necesidades, de conformidad con el principio de la responsabilidad común y compartida y con el derecho internacional aplicable". Parece claro que aunque el sistema reconoce la difícil situación de los países de la región que sufren las consecuencias del *combate a la droga*, por otro lado, alienta a los funcionarios encargados de la represión: "Expresamos nuestra profunda preocupación por el alto precio que pagan la sociedad y las personas y sus familias a consecuencia del problema mundial de las drogas, y rendimos especial homenaje a quienes han sacrificado sus vidas, en particular el personal de las fuerzas del orden y de los servicios de salud y la sociedad civil y los voluntarios que dedican su vida a contrarrestar y abordar este fenómeno".

182 Muchos países fueron excluidos del proceso de negociación, además, "como la mayoría de las negociaciones se llevaron a cabo en reuniones informales, a los grupos de la sociedad civil ni siquiera se les permito actuar como observadores, y aún menos participar de manera significativa (Bewley-Taylor, *op. cit*., p. 4). Tampoco hubo mención expresa en las discusiones a los escándalos financieros de empresas relacionadas con el lavado de dinero proveniente del narcotráfico, como si el accionar de estas personas jurídicas no influyera negativamente en el éxito de las políticas internacionales sobre drogas. "El escándalo del banco HSBC en 2012, cuando los cientos de millones de dólares lavados para 'carteles' de drogas mexicanos no dieron lugar ni a una sola condena penal de un directivo de la entidad, pone de manifiesto que las medidas contra el blanqueo de dinero tienen tantas lagunas que se parecen bastante a un queso Gruyere […] los Papeles de Panamá también proporcionan numerosas pruebas de que si no existe transparencia con respecto a las personas o las empresas que se esconden detrás de sociedades pantalla anónimas y se benefician de ellas, las medidas de control no pueden ser eficaces, un problema que, una vez más, la Ungass 2016 no estaba dispuesta a tratar" (*ibid.*, p. 3. Disponible en: https://dl.dropboxusercontent.com/u/566349360/library/ungass-consenso-roto.pdf).

183 Incluso se consideró que "se trató de una cumbre oportunista en la que los defensores del *statu quo* lograron abortar las aspiraciones de transformación efectiva en la materia" (Juan Tokatlian, "Ungass 2016: de la oportunidad al oportunismo", *Democracia Abierta*, 2016. Disponible en: www.opendemocracy.net/democraciaabierta/juan-gabriel-tokatlian/ungass-2016-de-la-oportunidad-al-oportunismo). En Ungass solo hubo algunos "retoques menores y puntuales en el marco de una eventual apertura a determinadas medidas alternativas y de modo selectivo a nivel nacional pero no en plano colectivo o global" (*idem*.). Para este autor, la guerra contra las drogas podría ser sustituida por la guerra contra el terrorismo o por la guerra contra la criminalidad organizada, considerando que el DF hace reiterada mención de ambos fenómenos (*idem*.).

de la Ungass 2016 el discurso monolítico sobre drogas se ha resquebrajado y se impone de cara a la próxima reunión en 2019 una amplia discusión sobre las alternativas posibles al modelo de guerra entre las que se incluye, naturalmente, la regulación del mercado de cannabis.[184]

## A modo de conclusión y cuestiones abiertas

Los patrones de consumo de Uruguay indican que el modelo prohibicionista no ha impedido el acceso a las drogas prohibidas, y que con el correr de los años el consumo y los problemas asociados a él han aumentado considerablemente. Hoy se habla de unos 160.000 consumidores de cannabis, lo que sugiere que el consumo también ha aumentado con el mercado regulado. Este aumento, sin embargo, no debería ser un indicador de fracaso de la política reguladora; pero sí podría llegar a serlo si el acceso al cannabis tuviera más usuarios vinculados al mercado ilegal que a las formas legales. Estas cifras derivarían de la comparación del número total de consumidores con el número de suscritos en los registros oficiales en los que deben inscribirse quienes opten por el autocultivo, la membresía a clubes o la compra en farmacias.

El modelo uruguayo propone el debate sobre una cuestión de política pública que también tiene que ser resuelta dentro de los parámetros de las ciencias sociales (no solamente considerando los parámetros de las ciencias relacionadas con la salud) y que guarda relación con la evaluación amplia de costos y beneficios de un nuevo modelo de política pública que, sin llegar a sustituir la visión prohibitivo-punitiva, admita en su seno una perspectiva reguladora que permita cumplir de mejor forma con la reducción de los daños asociados a todas las etapas de producción, transporte y expendio de la droga. La reducción de daños no implicaría una disminución en el número de consumidores (incluso puede traer aparejado un aumento del número de incautaciones de

184 Una visión alternativa a la *guerra contra las drogas* y a la versión moderada de "prohibición penal" y tratamiento penal del problema implica que a nivel supranacional la discusión no se concentre en los órganos político-policiales como la Oficina de la ONU en Viena, la JIFE, etc., sino que tiene que ingresar al debate del diseño de la política mundial de drogas, por ejemplo, para la región latinoamericana, otras instituciones de la propia ONU como el Alto Comisionado para Derechos Humanos, la OMS, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Ello implica un análisis de las consecuencias para los países de la región de los planes militares del tipo "Mérida" o "Colombia" en cuanto a número de víctimas (directas e indirectas), y las consecuencias para la salud y la economía de los *campesinos* y *agricultores* respecto a la sustitución de las plantaciones de determinadas plantas por otros cultivos, a la erradicación forzada de los cultivos y a los daños al medio ambiente. Al momento de diseñar esta política internacional hay que tener en cuenta lo que sostiene Escohotado: "quienes se lucran no son campesinos, indios, o siquiera las economías nacionales, porque una política de represión selectiva liquida en cada país el pequeño tráfico y la producción artesanal, consolidando precios de monopolio para las cúpulas del ejército y la policía, que son los verdaderos titulares del negocio y que de vez en cuando descubren alijos y laboratorios para proporcionarse una fachada de respetabilidad" (Escohotado, *op. cit.*, p. 172).

droga en el mercado negro), sino que ella se vería reflejada en otras cuestiones como: la calidad del producto ofrecido, la seguridad jurídica frente a la administración de justicia penal, la posibilidad de acceder al producto evitando la violencia e incertidumbre del mercado negro (seguridad ciudadana), la posibilidad de recibir tratamiento médico sin el temor a ser denunciado penalmente, la posibilidad de recibir instrucción por parte del Estado sobre los riesgos asociados al consumo, el desarrollo de investigación científica (química, médica, industrial, etc.) que redunde en beneficio de la comunidad.[185]

La observación en el tiempo mostrará si el uruguayo puede ser un modelo para exportar, o si tan solo se trata de una propuesta local pensada y ejecutada para aquella sociedad (según su idiosincrasia, como se ha visto para el tema de los "vicios sociales"), que no tendría como objetivo la creación de un modelo regional de regulación, sino tan solo la experimentación mediante un caso de regulación. Este caso en particular tiene que ser observado y analizado mediante la creación de indicadores de medición propios para este modelo, y no mediante la utilización de indicadores "importados" del modelo prohibicionista, tales como cantidad de incautación, tipo de droga incautada, cantidad, edad y sexo de personas en cárcel por consumo y tráfico, cantidad de bienes decomisados, etc., porque ellos no permiten explicar el campo de excepción (regulado y exento al derecho penal), ni tampoco si es que estamos ante un cambio de paradigma. Estos indicadores, a lo sumo, por un lado, permiten explicar cambios cualitativos o cuantitativos en la aplicación de una política criminal determinada, tal como sucede con las *autoevaluaciones* que realiza el sistema internacional de la ONU en relación con su política global sobre drogas (lo que incluye, naturalmente, las reuniones especiales de Ungass) y, por otro lado, circunspectamente, sirven de límite a la discusión sobre modelos alternativos a la política de prohibición.

La evaluación del modelo debe incluir parámetros vinculados a la protección de los derechos humanos. Entre otros aspectos habrá que comprobar si todos los costos destinados a la prohibición (represión, detección, ejecución de penas, etc.) se trasladarán al control de calidad del producto ofrecido, al control del cumplimiento de las obligaciones surgidas de la ley y los reglamentos para los actores del mercado regulado y a campañas de salud para los usuarios.[186]

185 Véase que el objetivo principal de una política de reducción de daños es justamente que los daños del consumo se vean disminuidos y no conseguir una reducción del consumo (A. Bennett, "Cannabis: a harm reduction perspective", *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. A cannabis reader: global issues and local experiences*, Belgium, 2008, p. 173).

186 La política (criminal) de respeto de los derechos humanos exige, a partir del nuevo sistema, que también cuando el derecho penal intervenga, tanto por vulneración de la regulación y sus áreas de permisión, como por la comisión de delitos relacionados con el tráfico y demás modalidades contenidas en la ley penal sobre sustancias estupefacientes, los criterios de aplicación que se deben seguir ya no respondan a la relación de proporcionalidad tradicional

Lo anterior significa que la política general de respeto de los derechos humanos que Uruguay sugiere considerar para la interpretación de las convenciones internacionales sobre drogas –argumento político principal del país ante la Ungass 2016 en defensa de su modelo regulador– exige como contrapartida el mismo respeto y apego a dicha política a nivel nacional al momento de administrar justicia penal.[187]

La regulación no contradice al sistema internacional que obliga a la prohibición, sino que tan solo admite circunstancias de excepción en las que el derecho penal se retira cuando la actividad no viola la regulación dispuesta para la producción y el acceso al producto, cuyo consumo en Uruguay es lícito desde que el país adhirió al sistema internacional.

El modelo uruguayo se basa en un férreo control registral en manos del Estado, que será la base del control administrativo posterior a la promulgación de la ley, pues la frontera entre lo lícito y lo prohibido estará fuertemente ligada al cumplimiento de las obligaciones emanadas de la regulación. La protección de datos de los usuarios es una de las mayores responsabilidades que asume el Estado ante sus ciudadanos. La necesidad del registro, sin embargo, puede ser un factor distorsionante en cuanto al objetivo de combate al mercado ilícito que no requiere de tales exigencias porque opera basado en "relaciones de confianza", duraderas o espontáneas, que se construyen con la reserva propia de la clandestinidad.

La política reglamentaria debería modificarse en algunos aspectos relacionados con el acceso al cannabis para personas no residentes. En ese sentido, el registro para turistas parece ser necesario a fin de evitar el crecimiento de los mercados gris y negro. El hecho de que pese a la prohibición los turistas hayan "accedido" a flores de cannabis es un indicador que nos permite formular las siguientes hipótesis: a) a partir de la regulación el mercado negro ofrece un producto de mayor calidad a los consumidores, y b) a partir de la regulación ha surgido un mercado gris en el que se puede acceder a flores de cannabis.

Una mirada alternativa a la prohibición y a la guerra a las drogas basada en la protección de los derechos humanos mediante la regulación tiene que partir de una política

entre conducta y resultado, sino a un criterio de proporcionalidad mucho más amplio que considere otros aspectos relacionados con cuestiones de *vulnerabilidad* social de actores (y víctimas). Sobre procesos de victimización y devictimización puede verse, Gema Varona, "Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales", en Tamarit-Pereda (coord.), *La repuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/BdF, 2014, pp. 248 y ss.

187 La disminución de personas investigadas, perseguidas y condenadas a penas de prisión por tenencia de cannabis es un indicador de éxito que tiene que ser medido al momento de analizar el modelo según el objetivo de reducción de daños. La comparación estadística de la intervención del sistema penal antes y después de la ley ofrecerá una prueba fehaciente de esto.

responsable de prevención y control de todas las infracciones al marco regulatorio.[188] Por ello, la labor de control o de policía administrativa del Ircca jugará un papel central en el éxito o fracaso del nuevo modelo. Para esto, dicho organismo debe estar dotado de recursos financieros propios, que podrían provenir de la recaudación impositiva. Corresponde decir nuevamente que la venta a los turistas podría jugar un papel importante en este sentido.

En un sistema en el que el consumo nunca ha estado prohibido, el indicador de éxito no debería centrase en la reducción de la demanda de drogas sino en la reducción de los daños para la salud, la libertad, el derecho de acceso a la asistencia pública, a la aplicación no arbitraria de la justicia, etc., asociados al consumo de las mismas.

Una de las consecuencias pretendidas por el modelo regulador es sustituir o, al menos competir, con el mercado ilegal o negro en el abastecimiento de la droga que se regula, así como reducir los daños asociados al consumo mediante la oferta de un producto de mejor calidad que el que ofrece el mercado ilícito. De este modo, la mejora de la calidad, la rebaja en el precio y la mayor seguridad que ofrece el mercado regulado deberían ser objetivos fundamentales de la política de reducción de daños.

La seguridad no debe entenderse como un concepto exclusivamente relacionado con la seguridad ciudadana (la vida e integridad física de consumidores y de la ciudadanía en general), sino que engloba también a la seguridad jurídica (aquella que atañe a la relación entre los individuos y el sistema judicial: policía y demás aplicadores del sistema penal) y a la seguridad institucional (amenazada por funcionarios corrompidos por las organizaciones delictivas que actúan en los mercados ilegales o por la utilización de la plaza financiera para el lavado de activos provenientes del narcotráfico). La reciente intervención del sistema penal contra un autocultivador registrado, que ni siquiera había violado la norma reglamentaria, es un paso atrás en la seguridad jurídica que se pretende con la adopción del nuevo sistema regulado.

De este modo, Uruguay pone el foco de atención principalmente en la seguridad en un amplio sentido, y no exclusivamente en las consecuencias negativas para la salud pública (medidas sanitarias que incluyan las condiciones psicosociales de los consumidores) que es lo que se dice proteger mediante el uso del derecho penal.[189] De algún modo, en defensa del modelo regulador, en cuanto a los consumidores, Uruguay sostiene que

188 William Chambliss, "Another lost war: The costs and consequences of drug prohibition", *Social Justice*, vol. 22, núm. 2, 1995, pp. 101 y ss.

189 La intervención del sistema público a través del aparato punitivo, y no del aparato de salud pública, menoscaba el derecho a la salud integral porque limita el acceso a la atención y el tratamiento de los usuarios, obliga a los funcionarios de la salud a la denuncia de los pacientes consumidores y refuerza la estigmatización social (Junta Nacional de Drogas, 2015, *op. cit*., p. 7).

las respuestas estatales al problema de la droga no pueden ser –en primer término– penales[190] o discriminatorias, sino que tienen que ser sanitarias y realizarse mediante programas de reducción de riesgos y daños.[191] Uruguay exige como principio general que las respuestas al problema de la droga estén basadas en la evidencia científica; por eso, una de las medidas principales de la política pública es el fomento de la investigación en las ramas de la medicina y la química farmacéutica, sin dejar de considerar las experiencias religiosas y culturales, así como los usos industriales, que obligan a adoptar una visión más amplia y proactiva.[192] En cuanto a la seguridad como bien tutelado por el mercado regulado, la situación de los consumidores ante la justicia penal es el otro indicador de éxito de esta política de reducción de daños, porque la política de regulación implica una mayor seguridad jurídica para los ciudadanos que deciden ejercer su derecho al consumo del cannabis regulado y garantizado por el Estado. El uso del derecho penal debería limitarse a las violaciones más graves del sistema regulado, cuando se haya superado el riesgo tolerado y la seguridad de los consumidores se encuentre en peligro. Así las cosas, la garantía de seguridad comprende tanto la calidad del producto como la no interferencia del derecho penal, mientras las formas de acceso se realicen según disponen las reglas del mercado monopólico del Estado.

## Bibliografía

Aguiar, Sebastián y Clara Musto, "El rayo verde: regulación de la marihuana en Uruguay", en Beatriz Caiuby y Thiago Rodríguez (eds.), *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, México, CIDE, 2015.

Albrecht, Hans-Jörg, „Internationales Betäubungsmittelrecht und internationale Betäubungsmittelkontrolle", en A. Kreuzer (Hrsg.), *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts. Zweiter Teil: Rechtliche Grundlagen,* München, C.H. Beck Verlag, 1998.

_____, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. Oscar Guerrero, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Arana, Xabier, *Drogas, legislaciones y alternativas*, Donostia, Gakoa, 2012.

190 Hay una clara manifestación contraria al uso de la pena de muerte como sanción penal y también a la pena de privación de libertad para todos los demás casos relacionados con el consumo y el microtráfico (*ibid.*, pp. 6 y ss.).

191 La salud pública, dice Uruguay, se debe proteger efectivamente como derecho humano fundamental en el pleno goce de *la salud física, mental y social*, con especial consideración *de la atención y tratamiento de las personas usuarias de drogas*. Esta cuestión esencial de protección de la salud no puede ser desplazada al sistema penal y las medidas preventivas no se realizan efectivamente con respuestas punitivas que lesionen el derecho a la libertad (libertad de consumo, libertad física mediante la intervención del sistema penal).

192 Junta Nacional de Drogas, 2015, *op. cit*., p. 9.

Arroyo, José y Tomás Hernández, *Harm reduction among drug users in Spain*, Luxemburg, 2010.

Ballota, Danilo, Henri Bergeron y Brendan Hughes, "Cannabis control in Europe", *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. A cannabis reader: global issues and local experiences*, vol. 1, Belgium, 2008.

Bardazano, Gianella, *Aporte universitario al Debate Nacional sobre Drogas*, Montevideo, Universidad de la República, 2012.

Barriuso Alonso, Martín, *Cannabis social clubs in Spain*, Transnational Institute, 2011.

Bennett, A., "Cannabis: a harm reduction perspective", *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. A cannabis reader: global issues and local experiences*, Belgium, 2008.

Bergman, Marcelo, *Drogas, narcotráfico y poder en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

Berot, Fernando, *Marihuana legal regulada*, 4 ed., Berotabogados.com, 2016.

Bewley-Taylor, David y Martin Jelsma, "Los límites de la flexibilidad. Las convenciones de control de drogas de la ONU", *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, núm. 18, Ámsterdam, Transnational Institute/International Drug Policy Consortium, marzo de 2012.

_____, Tom Blickman y Martin Jelsma, *Auge y caída de la prohibición del cannabis. La historia del cannabis en el sistema de control de drogas de la ONU y opciones de reforma*, Amsterdam, Transnational Institute, 2014.

_____, Martin Jelsma, Steve Rolles, John Walsh, *La regulación del cannabis y los tratados de drogas de la ONU. Estrategias para la reforma*, 2016.

_____ y Martin Jelsma, *Ungass 2016: ¿un consenso roto o a-m-p-l-i-o?*, TNI/GDPO, 2016.

Birch, Mathew, *Recomendaciones del IDPC para el "borrador zero" del documento sobre resultados de la Ungass*, Reino Unido, IDPC, 2015.

Boidi, María, José Cruz, Rosario Queirolo y Emily Bello-Pardo, *Regulación del mercado de marihuana. Evidencia desde Uruguay a las Américas. Resumen Ejecutivo*, Universidad Católica del Uruguay, 2015.

Broeckers, Mathias, *Cannabis. Hanf, Hemp, Chavre, Cañamo*, Schweiz, Aaran, 2002.

Camaño, Diego, "Legislación anti-drogas: ¿una amenaza para el Estado de derecho?", *Revista Derecho Penal*, núm. 14, 2004.

Caulkins, Jonathan, Angela Hawken, Beau Kilmer y Mark Kleiman, *Marijuana Legalization. What everyone needs to know*, Oxford University Press, 2012.

_____, Beau Kilmer, Mark Kleiman, Robert MacCoun, Gregory Midgette, Pat Oglesby, Rosalie Liccardo y Peter Reuter, *Considering Marijuana Legalization. Insights for Vermont and Other Jurisdictions*, Santa Monica, RAND Corporation, 2015.

Chambliss, William, "Another lost war: The costs and consequences of drug prohibition", *Social Justice*, vol. 22, núm. 2, 1995.

Chawla, Sandeep, "Multilateral drug control", en Menno Vellinga (ed.), *The Political Economy of the Drug Industry. Latin America and the International System*, Gainesville, University Press of Florida, 2004.

Choiseul-Praslin, Charles-Henri, "El papel de la represión sobre el mercado de las drogas"; en Guridi Pantoja (ed.), *Drogas, desarrollo y estado de derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995.

Cook, Catherine, Maria Phelan, Gen Sander, Katie Stone y Fionnuala Murphy, *The case for a harm Reduction Decade: Progress, potential and paradigm shifts*, London, The global state of harm reduction, 2016.

De la Fuente, Juan Ramón (coord.), *Marihuana y Salud*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

Domoslawski, Artur, *Drug Policy in Portugal: The Benefits of Decriminalizing Drug Use*, Helsinki/Varsovia, Open Society Foundations, 2011.

Escohotado, Antonio, *Historia elemental de las drogas*, Barcelona, Anagrama, 2014.

Felbab-Brown, Vanda, "The violent drug market in Mexico and lessons from Colombia", *Policy Paper*, núm. 12, 2009.

Fernández Steinko, Armando, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid, Catarata, 2008.

Fijnaut, Cyrille y Brice De Ruyver, *The Third Way. A plea for a Balanced Cannabis Policy*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015.

Galain Palermo, Pablo, *La reparación del daño a la víctima del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

_____, "¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay", *Revista Penal*, núm. 34, 2014.

_____, "¿Existe un nuevo modelo de regulación jurídica del cannabis? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay", *Anatomia do Crime*, núm. 2, 2015a.

_____, "Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica", en Kai Ambos, Carlos Caro y Ezequiel Malarino (coords.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima, Jurista Editores, 2015b.

_____, "Drug legalization instead of war on drugs: the uruguayan experience", *16th Annaual Conference of the European Society of Criminology*, Münster, 2016.

_____, *Justicia restaurativa y sistema penal. ¿Cambio de paradigma o nuevas herramientas de la Justicia Penal?*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay/OLAP, 2016b.

Garat, Guillermo, "Marihuana y otras yerbas. Prohibición, regulación y uso de drogas en Uruguay", *Debate*, 2012.

_____, *El camino. Como se reguló el cannabis en Uruguay según sus actores políticos y sociales*, Montevideo, Friedrich Ebert Stiftung/JND, 2014.

García Palominos, Gonzalo, "El consumo personal como manifestación de la autonomía personal y centro de las valoraciones penales en la Ley N° 20.000", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 4, 2013.

Ghodse, Hamid, *International Drug Control into the 21st Century*, USA, Ashgate, 2008.

Global Commission on Drug Policy, *Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces*, Ginebra, 2014.

Hall, Wayne, "The health and psychological effects of cannabis use", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 6, núm. 2, 1994.

Hallam, Christopher, *Striving for system-wide coherence: An analysis of the official contribution of United Nations entities for the UNGASS on drugs*, United Kingdom, IDPC, 2016.

Hefendehl, Roland, *Kollektive Rechtgüter im Strafrecht*, Kóln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag, 2002.

Hudak, John, "Colorado's rollout of legal marijuana is succeeding. A report on the state's implementation of legalization", *Governance Studies,* vol. 65, núm. 3, 2014.

Husak, Douglas, *Drogas y derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Iepes, *Uruguay a dos años de la aprobación de la ley que regula el cannabis*, Informe de la investigación independiente acerca del proceso de regulación del cannabis en Uruguay, a dos años de la aprobación de la Ley 19.172, Montevideo, 2016.

Jelsma, Martin, *Ungass 2016: ¿hito histórico u oportunidad perdida?*, TNI, 2016. Disponible en: www.tni.org/es/art %C3 %ADculo/ungass-2016-hito-historico-u-oportunidad -perdida.

Junta Nacional de Drogas, *Repercusiones del problema mundial de las drogas en el ejercicio de los derechos humanos. Aporte de Uruguay a la implementación de la resolución "Contribución del Consejo de Derechos Humanos a la Sesión Especial de la Asamblea de ONU sobre el Problema Mundial de las Drogas 2016"*, Suiza, JND, 2015.

_____, Observatorio Uruguayo de Drogas y Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales, *Informe 2007. Situación y tendencia del consumo de drogas en Uruguay*, Montevideo, JND, 2007.

Killias, Martin y Marcelo Aebi, "The impact of heroin prescription on heroin markets in Switzerland", *Crime Prevention Studies*, vol. 11, 2000.

Labrousse, Alain, *Geopolítica de las drogas*, Montevideo, Trilce, 2011.

Laqueur, Hannah, "Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal", *Law & Social Inquiry*, vol. 40, núm. 3, 2015.

Levine, Michael, "La guerra de las drogas de los Estados Unidos: el gran fraude basado en la gran mentira blanca", en L. Pantoja y L. Guridi (eds.), *Drogas, desarrollo y Estado de derecho*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1995.

MacCoun, Robert y Peter Reuter, "Interpreting dutch cannabis policy: Reasoning by analogy in the legalization debate", en Mangai Natarajan (ed.), *Drug Abuse: Prevention and Treatment*, vol. III, USA, Ashgate, 2010.

McKeganey, Neil, *Controversies in Drugs Policy and Practice*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011.

McVay, Douglas, "Marijuana legalization: The time is now", en James Inciardi (ed.), *The Drug Legalization Debate*, London, Sage Publications, 1991.

Ministerio del Interior, *Protocolo de actuación policial sobre ley de marihuana y sus derivados*, Montevideo, 2015.

Nadelmann, Ethan, "The case for legalization", en James Inciardi (ed.), *The Drug Legalization Debate*, London, Sage Publications, 1991.

Nino, Carlos, "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de 'las acciones privadas de los hombres'?", *La Ley*, 1979, D-743.

Observatorio Uruguayo de Drogas y Junta Nacional de Drogas, *V Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media de 2011*, 2012a.

_____, *V Encuesta Nacional de Hogares sobre Consumo de Drogas*, 2012b.

_____, *Sexta Encuesta Nacional sobre Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media de 2014*, 2015.

_____, *VI Encuesta Nacional en Hogares sobre Consumo de Drogas, 2016*, 2016.

OEA, *Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013-2025*, 2012.

Pérez Correa, Catalina y Jorge Romero, "Marihuana: Cómo", *Nexos*, 2016. Disponible en: http://www.nexos.com.mx/?p=28051.

Ramos, Ubirajara, *Tá todo o mundo engañado!, Sobre a maconha e a política de guerra às drogas mundial*, Olinda, Babecco, 2014.

Room, Robin, "In thinking about cannabis policy, what can be learned from alcohol and tobacco?", *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*. *A cannabis reader: global issues and local experiences*, vol. 1, Belgiun, 2008.

Samper, Ernesto, *Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta*, México, Debate, 2013.

Sandberg, Sveinung, "The importance of culture for cannabis markets. Towards an Economic Sociology of Illegal Drug Markets", *British Journal of Criminology*, vol. 52, núm. 6, 2012.

Seddon, Toby, "Court-ordered treatment, neoliberalism and Homo econmicus", en Suzanne Fraser y David Moore, *The Drug Effect. Health, crime and society*, Cambridge, University Press, 2011.

Suárez, Héctor, Jessica Ramírez, Giancarlo Albano, Luisina Castelli, Emmanuel Martínez y Marcelo Rossal, *Fisuras. Dos estudios sobre pasta base de cocaína en el Uruguay. Aproximaciones cuantitativas y etnográficas*, JND/Udelar, 2014.

Suárez-Mira, Carlos, *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Sedláček, Tomás, *Economía del bien y del mal. La búsqueda del significado económico desde Gilgamesh hasta Wall Street*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Silva, Diego, *Drogas y derecho penal en el Uruguay. Tolerancia, prohibición, regulación*, Montevideo, FCU, 2016.

Szasz, Thomas, *Nuestro derecho a las drogas. En defensa de un mercado libre*, Barcelona, Anagrama, 2001.

Tokatlian, Juan, "Ungass 2016: de la oportunidad al oportunismo", *Democracia Abierta*, 2 de mayo de 2016.

UNODC, *Cannabis. A Short Review*, Discussion Paper, 2012.

_____, *Global Study Homicide*, Viena, 2013.

_____, *Informe mundial sobre las drogas. Resumen Ejecutivo*, Viena, 2016.

Varona, Gema, "Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales", en Tamarit/Pereda (coords.), *La repuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimización*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Edisofer/BdF, 2014.

Vidart, Daniel, *Coca, cocales y coqueros en América Andina*, 3 ed., Montevideo, YOEA, 1994.

_____, *Marihuana, la flor del cáñamo. Un alegato contra el poder*, Montevideo, Ediciones B, 2014.

Wallach, Phillip, "Washington's marijuana legalization grows knowledge, not just pot: A report on the state's strategy to assess reform", *Governance Studies*, The Brookings Institution, August 2014.

Wisotsky, Steven, "Beyond the war on drugs", en James Inciardi (ed.), *The Drug Legalization Debate*, London, Sage Publications, 1991.

Zimring, Franklin y Gordon Hawkins, *The Search for Rational Drug Control*, New York, Cambridge University Press, 1992.

# EL NARCOTRÁFICO EN ECUADOR

*Ramiro García Falconí*

**RESUMEN.** En Ecuador, el narcotráfico es uno de los temas de mayor preocupación, que trasciende a ámbitos de políticas públicas, seguridad y economía, entre otros. Las acciones implementadas para combatirlo se ven reflejadas en índices que generan la necesidad de un análisis jurídico-penal acorde con los principios establecidos en la Constitución y demás convenios internacionales de protección de derechos humanos. La reseña histórica en cuanto al tratamiento de drogas nos lleva a cuestionar si la política de prevención ha dado resultado, y si la criminalización por escalas constituye o no una proyección del principio de proporcionalidad. Las observaciones que a continuación presento responden a lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales aplicables al caso ecuatoriano, de acuerdo con varias conclusiones a las que se ha llegado a lo largo de las últimas reformas y cambios normativos en la materia.

**Palabras clave:** tráfico, narcotráfico, Constitución, prevención, droga, sustancias, fiscalización, pena, proporcionalidad, criminalización, seguridad.

**ABSTRACT.** Drug trafficking is an issue of great concern in Ecuador, transcending public policy, security and economics, among other areas. The actions taken to combat it are reflected in indices that generate the need for a legal-criminal analysis based on the principles established in the Constitution and international conventions for the protection of human rights. A historical review of the treatment of drugs leads us to question whether the policy of prevention has produced results, and whether or not scaled criminalization constitutes a projection of the principle of proportionality. The observations presented below are in response to the doctrinal and jurisprudential guidelines applicable to the Ecuadorian case, based on several conclusions that have been made throughout the most recent reforms and regulatory changes in this area.

**Keywords:** Trafficking, drug trafficking, Constitution, prevention, drug, substances, oversight, punishment, proportionality, criminalization, security.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

## 1. El narcotráfico en Ecuador

Las drogas son tan antiguas como el mundo. A través de la historia se las ha relacionado con el comportamiento de los individuos con el consumo de sustancias que alteran el estado anímico y de conciencia. En este sentido, los antropólogos, respecto a las sociedades indígenas de los Andes, señalan como común la práctica de mascar, acullicar, chacchar o mambear coca como una actividad social que se convirtió en símbolo de identidad.[1]

La mitología indígena relata que la coca fue un don de la Pachamama (Madre Tierra), el indio con el consumo reafirma su identidad como hijo y dueño de la tierra.[2] Varios dibujos en estatuillas y grabados de 3000-2500 a. n. e. de culturas indígenas suramericanas evidencian el uso de esta planta; además de haberse encontrado hojas dentro de la tumba del tercer emperador inca Lloque Yupanqui, año 1290 a. n. e.[3] Paralelamente, en las tablillas de arcilla sumerias y en los cilios babilónicos se representaba la adormidera o *papaver somniferum,* de la cual se extrae el opio. Los egipcios mencionaban en sus jeroglíficos una prescripción en cuanto a su uso, situación que también ocurría en Grecia y Roma. Dentro de las civilizaciones orientales, la cultura china (4000 a. n. e.) es la que posee datos más antiguos sobre el uso de esta sustancia, seguida por Mesopotamia (s. IX a. n. e.) y Europa Occidental (s. VII a. n. e.).[4] Resulta claro que "un mundo sin drogas" no solo es una falacia, sino un contrasentido histórico.

El último informe emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) señala que cerca de 250 millones de personas en todo el mundo hacen uso indebido de estas sustancias, y pone de manifiesto que este tipo de criminalidad constituye una de las 20 mejores economías del mundo, lo que lleva a un incremento en el gasto sanitario y de seguridad pública. Estos índices pueden tener una doble interpretación: por un lado, la responsabilidad del Estado importador de establecer medidas para combatir este fenómeno, ya que al no existir demanda del producto no habría necesidad de que en el territorio se produzca o exporte; y por otro, el segundo análisis hace énfasis en la obligación de los Estados productores como miembros de las Naciones Unidas y signatarios de convenios internacionales de combatir *in situ* el comercio.[5]

---

1 Juan Manuel Galán, *et al.*, *La batalla perdida contra las drogas, ¿legalizar es la opción?*, Bogotá, Intermedio, 2008, p. 31.

2 Daniel Vidart, *Coca, cocales y coqueros en América Latina*, Bogotá, Editorial Nueva América, 1991, p. 6.

3 Juan Carlos García Hoyos, *De la coca a la cocaína: una historia por contar*, Argentina, Universidad del Rosario, 2007, p. 188.

4 Herminio Ramón Padilla Alba, *La problemática de legalizar la cannabis en España*, Córdova, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdova, 2011, p. 12.

5 Ricardo Magaz, *Narcotráfico y droga de abuso*, España, Eolas, 2013, p. 37.

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), droga es cualquier sustancia que tomada por un ser vivo por cualquier vía, puede modificarle una o más funciones del sistema nervioso central y que causa dependencia física o psicológica.[6] La Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional, describe el concepto específico de "delincuencia organizada" en referencia a grupos criminales, bandas, redes, maras, mafias o carteles; en el caso del "narcotráfico", al no existir un convenio universal, se debe remitir a esta definición:

> Por grupo delictivo organizado se entenderá un equipo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o tipificados con arreglo a la Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro orden material.

En este sentido, se unificaron criterios y doctrinas que se encontraban dispersas, las cuales contribuyeron con lo que entendemos por delincuencia organizada y que posteriormente servirían como referencia en cuanto al análisis sobre el tipo penal, estas definiciones son:[7]

- Por "delito grave" se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.
- Por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.
- Por "bienes" se entenderán los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.
- Por "producto del delito" se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.
- Por "embargo preventivo" o "incautación" se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente.

6 OMS, *Glosarios de términos de alcohol y drogas*, España, 1994, p. 33.

7 ONU, *Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Nueva York, UNODC, 2004, art. 2, p. 5.

- Por "decomiso" se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.
- Por "entrega vigilada" se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos.

La UNODC señala que esta forma de control es aplicable en latitudes donde es difícil un consenso menos represivo, no solo por la punibilidad propia del delito, sino por las realidades sociales, culturales y religiosas de los ciudadanos.[8]

En Ecuador, la primera norma sobre drogas nace como resultado de la gestión de la Comisión Internacional de 1909 para contrarrestar el tráfico ilícito del opio, con la Ley de Control del Opio de 1916; posteriormente, la ampliación hacia otras sustancias como la amapola y la coca a través de la Ley sobre importación, venta y uso del opio, sus derivados y de los preparados de la morfina y de la cocaína de 1924. Para los años cincuenta, el país contaba con una nueva legislación de línea prohibicionista que se extendía a materias primas mediante la Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes de 1958; de aquí se desprende el verbo rector "tráfico".[9]

Durante la segunda mitad del siglo XX, la ONU encabezó una campaña de creación de normas para el control de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ejemplos de esto son la Convención Única sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas en 1961, el Convenio de Sustancias Sicotrópicas de 1971 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, con el objetivo de reprimir la producción y el tráfico de estas sustancias. Es así que dicha normativa se vio replicada en la legislación ecuatoriana a través de políticas de prevención gubernamentales y nuevas normas dirigidas a su persecución y represión, incluyendo en sus comportamientos la posesión de dichas sustancias.

En 1970 se expide la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes,[10] en cuyos considerandos se tomó en cuenta la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, que superó a la Ley sobre el tráfico de materias primas, drogas y preparados estupefacientes de 1958. Esta ley tenía como fin regular todas las actividades de control y fiscalización de la siembra de las plantas que contuvieran materias primas para la pro-

8 UNODC, *Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas*, Nueva York, 2009, p. 3.

9 Jorge Paladines, "En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador", *Revista Friedrich Ebert Stiftung*, 2016, p. 9.

10 Registro Oficial 105, *Decreto Supremo 366*, 23 de noviembre de 1970.

ducción de estupefacientes, del comercio y uso legal, de la tenencia y del uso indebido de estupefacientes y drogas psicotrópicas; además, definía conceptos de drogas y preparaciones estupefacientes, drogas psicotrópicas y fármacos psicotrópicos; en cuanto hace a las sanciones penales, reprimió la producción, el cultivo y la distribución con 8 a 12 años de prisión, y reguló las actividades del Departamento Nacional de Control y Fiscalización de Estupefacientes constituyendo la base para crear el Plan Nacional del uso indebido de drogas de Ecuador vigente de 1981 a 1985.

En 1987, el Congreso aprobó la Ley de control y fiscalización del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas,[11] en la que mantuvo los fines de la ley anterior y ubicó estos a cargo del Departamento Nacional de Control y Fiscalización de Estupefacientes, ordenando a los agentes policiales a detener a los consumidores, quienes eran internados de forma obligatoria en una casa de salud por el tiempo necesario para su rehabilitación. Por otro lado, las sanciones se incrementaron para quienes sembraran, cultivaran, purificaran, cristalizaran, recristalizaran, parcial o integralmente, los estupefacientes y psicotrópicos, así como quienes traficaran ilícitamente estas sustancias. Estos delitos tenían establecida una pena de 12 a 16 años, e igual pena se le imponía a quienes indujeran a una o más personas a cultivar cualquiera de las plantas mencionadas. En cuanto al proceso penal se redujeron las garantías procesales ordenando que se tuviera en cuenta lo establecido en el anterior Código de Procedimiento Penal, con la diferencia de que no se reconoce el fuero ni se admite caución.

Tras la promulgación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del 17 de septiembre de 1990 (Ley 108),[12] la política de "lucha contra las drogas" se radicalizó, convirtiendo su persecución en un asunto de interés nacional. Se incrementó el listado de sustancias prohibidas y se creó el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Consep), mediante ley; se ratificó la prohibición del cultivo de plantas o la elaboración, importación o exportación de sustancias sujetas a fiscalización, salvo autorización por escrito del organismo pertinente con fines exclusivos de investigación, experimentación, represión o rehabilitación, y se incluyó entre las conductas punibles la oferta, el corretaje o la intermediación de sustancias ilícitas, con una pena de 8 a 12 años.

La Ley 25, reformatoria de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, promulgada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 173 del 17 de octubre de 1997, constituye un hito en cuanto a la despenalización, porque en el artículo 105

11 Registro Oficial 612, 27 de enero de 1987.
12 Registro Oficial 523, 17 de noviembre de 1970.

define a los narcodependientes o consumidores como personas enfermas, que deben ser sometidas a tratamiento de rehabilitación y no a privación de libertad.

La Resolución 001 Consep-CD-2013 de 21 de mayo de 2013,[13] acogió el análisis de toxicidad, estudios psicológicos, biológicos y otros necesarios sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal elaborado por el Ministerio de Salud Pública, así como la propuesta de cantidades máximas admisibles de tenencia para el consumo personal, desarrollando la norma constitucional de no criminalización del consumo contenida en el artículo 364 de dicho cuerpo legal para el cumplimiento del Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas 2013-2017 del Consejo Directivo del Consep.

En esta síntesis sobre la normativa de sustancias estupefacientes y psicotrópicas es evidente una política de represión dirigida a perseguir a los sujetos más débiles de la cadena de narcotráfico, a quienes se les han impuesto penas excesivas que posicionan a la legislación ecuatoriana como una de las de mayor rigidez jurídica de la región ante dicho ilícito,[14] normativa que no ha reducido los índices ni la frecuencia de incautaciones, llevando a las instituciones a cargo de la prevención a comprimir sus competencias en razón de un imaginario proveniente de los medios de comunicación, trasladando el problema de política social a seguridad pública,[15] bajo la idea que al atacar el microtráfico se reduce el consumo y se combate al narcotráfico a gran escala.

Zaffaroni sostiene al respecto, que no es posible hablar de una política criminal en las democracias latinoamericanas, sino de "momentos políticos-criminales" democráticos, que son más o menos represivos.[16] La falta de preocupación de los estudiosos y expertos sobre la dogmática penal y procesal ha desencadenado que las protecciones de las garantías individuales hayan sido afectadas a través del fortalecimiento del sistema policial.[17] En este contexto deben analizarse los diferentes momentos de la prevención y lucha contra el narcotráfico, producidos en los últimos diez años. Un primer momento se produce, sin duda, en 2008, con el indulto otorgado por la Asamblea Constituyente, a pedido del presidente Rafael Correa, a todo aquel que hubiera transportado una cantidad menor o equivalente a 2 kilos de cualquier sustancia prohibida, con sentencia condenatoria, que hubiera cumplido al menos el 10 % de la pena impuesta y que no hubiera sido reincidente. Esta medida favoreció a alrededor de 1.200 condenados, quienes

13 Registro Oficial, *Suplemento 19*, 20 de junio de 2013.
14 Paladines, *op. cit.*, p. 7.
15 *Ibid.*, p. 5.
16 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986, p. 101.
17 Gonzalo Gabriel Díaz González, *El control del narcotráfico, política criminal y proceso penal*, Santiago de Chile, Librotecnia, p. 69.

fueron puestos en libertad, y la población carcelaria se redujo a algo más de 8.000 presos. El paso del tiempo nos muestra un cambio radical en la política penal del correísmo, especialmente en lo que se refiere a las medidas en relación con el narcotráfico.

La Resolución 001-Consep-CD-2015 del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas establece que en relación con el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) dispondrá una tabla referencial donde constan cantidades con respecto a escalas mínimas y máximas en cuanto a las sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, de manera que sirvan como referente para determinar la sanción al tráfico ilícito. Para el tráfico, las escalas permiten diferenciar las penas de uno a seis meses (mínima escala); de uno a tres años (mediana escala); de cinco a siete años (alta escala); y de 10 a 13 años de pena privativa de libertad (gran escala). Con ello se rompe con la rigidez de la Ley 108 que imponía la pena privativa de la libertad de 12 a 16 años, con acumulación a 25, del anterior Código Penal, que estuvo vigente hasta el 10 de agosto del 2014, cuando entró en vigor el Código Orgánico Integral Penal.

En la práctica, la fijación de estos índices podría considerarse aceptable y hasta coherente bajo la premisa del Gobierno de la "lucha contra el microtráfico", por medio del endurecimiento de penas, si no fuera porque todavía hay quienes recordamos que los jueces no tienen el deber de imponer sanciones bajo la influencia del poder gubernamental y sus intereses, porque el sistema penal, especialmente en el caso del narcotráfico, lejos de solucionar el problema, lo agudiza.

Frente a un conflicto de esta magnitud, el Estado debe desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución y, en último término, definirlo como delito,[18] sin que deban considerarse como aspectos separados al derecho penal y la política criminal porque ambos integran el sistema penal.[19] Al respecto, Roxin señala que "el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema de derecho penal".[20] Cabe recalcar que esto implica, además, que la definición de una conducta como criminal no puede tener consecuencias contrarias a las expresadas en la normativa constitucional e internacional sobre los derechos humanos, como la estigmatización o discriminación de personas o grupo de personas.[21]

La labor de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador ha sido criticable puesto que mediante Resolución 12-2015 del 16 de septiembre de 2015 estableció que:

18 *Ibid.*, p. 52.
19 Juan Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte general,* Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas, 2007, p. 342.
20 Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972, p. 40.
21 Díaz González, *op. cit.*, p. 55.

> ...al tratarse de las descripciones típicas contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 220.1, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de la libertad acumulada según sea la sustancia psicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad; pena, que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal.

De manera que podrá aplicar una pena acumulada de hasta 40 años, cuando se pruebe que una persona obtenga, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o, en general, realice tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas diferentes entre sí, desmejorando la situación en cuanto al tratamiento que se le da al narcotráfico en el país.

Lo que se ha logrado es incrementar la inseguridad ciudadana y el número de víctimas producto de las disputas territoriales y por espacios del mercado de los carteles que actúan en la región. Esta resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia no solo es equivocada desde la perspectiva de la política penal a implementarse en la materia, sino que constituye una clara vulneración al principio de legalidad establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, pues la acumulación de penas se encuentra señalada en el artículo 55 del COIP, como efecto exclusivo del concurso real de infracciones contemplado en el artículo 20 del mismo cuerpo legal. En lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia se reconoce que en el caso de porte de varias sustancias prohibidas la persona no incurre en concurso, ni ideal ni real, a pesar de lo cual deciden que procede la acumulación de penas. Sobre esta resolución, el Colegio de Abogados de Pichincha (Quito) presentó en 2016 una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, que se encuentra pendiente de resolución.

## 2. Incautaciones

En noviembre de 1999, durante la presidencia de Jamil Mahuad, se realizó un convenio con el Gobierno de Estados Unidos con el objetivo de instaurar el Puesto de Operaciones de Avanzada (Forward Operating Location) en la base aérea militar de Manta para la interdicción militar al narcotráfico.[22] Este hecho generó la problemática sobre la soberanía y la intromisión en el conflicto armado de Colombia, además por el papel que cumplían los militares en la interceptación de embarcaciones que llevaban de forma ilegal a migrantes ecuatorianos.[23]

22 Paladines, *op. cit.*, p. 18.

23 Sandra Edwards, *The U.S. Forward Operating Location in Manta: The Ecuadorian Perspective*, Washington, WOLA, 2007, p. 24.

El Departamento de Estado de Estados Unidos aún no ha considerado a Ecuador como un país cultivador de coca, a diferencia de Colombia, Perú y Bolivia, pero sí lo ha denominado como país de tránsito y conexiones, por la característica de su región amazónica de ser enclave estratégico de la guerra contra las drogas.[24]

Los puntos vulnerables para el tráfico de drogas y químicos se encuentran en las fronteras, tanto al norte como al sur de nuestro país, siendo las principales provincias del norte: Carchi, Esmeraldas y Sucumbíos; y al Sur: El Oro, Loja y Zamora Chinchipe.[25] Con respecto a las aprehensiones de droga, la Dirección Nacional Antinarcóticos de la Policía Nacional muestra que durante los años 2002, 2003 y 2004 se mantuvo una tendencia a la baja con un punto de inflexión en el año 2005, para luego descender nuevamente durante los años 2006, 2007, 2008 hasta el año 2009, en el que se alcanzó el máximo de aprehensiones de droga, con un total de 68 toneladas.

En el año 2010, fueron 18 toneladas, de las cuales el 82 % estaba destinado al tráfico internacional y el 17,51 % al consumo nacional. Las nacionalidades de los detenidos en ese mismo periodo corresponden en un 87,96 % a ecuatorianos, 6,39 % a colombianos, 1 % a españoles, 0,69 % a peruanos, 0,39 % a norteamericanos, y 3,18 % a otras nacionalidades.

Por el contrario, para el 2011 hubo un incremento de las toneladas decomisadas siendo un 26,09 % de la totalidad en referencia a otros años. Los detenidos por este delito hasta febrero eran 670, de los cuales el 82,84 % lo fueron por tenencia, 6,12 % por tráfico internacional, 8,6 % por infractores menores y 2,99 % por delitos conexos. En el 2012, las estadísticas indicaron un incremento en la actividad ilegal: hasta mayo del mismo año se habían decomisado aproximadamente 17,38 toneladas de droga, mientras que en el año 2011 se registró el decomiso de 26,09 toneladas. Para el año 2013 fueron detenidas 2.937 personas por crímenes relacionados con el tráfico de drogas y se incautaron 5.633.218,47 estupefacientes en el periodo comprendido entre enero y abril del año 2013.

El Ministro del Interior, José Serrano, calificó de importante el trabajo efectuado por la Dirección Nacional Antinarcóticos de la Policía Nacional tras confirmarse los resultados, especialmente, la incautación de 56,61 toneladas de drogas entre enero y diciembre del 2013, especificando que cerca de 20 toneladas incautadas tenían como destino el microtráfico interno durante el bienio 2012-2013. Además, durante 2013 se logró la incautación de nueve inmuebles, una finca, 236 automotores, 124 motocicletas,

24 Freddy Rivera, "Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas", en Eileen Rosin y Coletta A. Youngers (eds.), *Drogas y democracia en América Latina. El impacto de la política de los Estados Unidos,* Buenos Aires, Biblós y WOLA, 2005, p. 290-291.

25 Ministerio Coordinador de Seguridad, *Gestión segura e integrada de fronteras (Gesif)*, Quito, 2015, p. 15.

dos aeronaves, seis barcos y lanchas, un laboratorio clandestino en la provincia de Manabí, así como un semisumergible hallado al norte de Esmeraldas, provincia fronteriza con Colombia. Finalmente, entre enero y diciembre de 2013 se reportó la aprehensión de 2,76 millones de dólares, así como 38,37 millones de pesos colombianos.

En 2014, los operativos contra el tráfico de drogas en Ecuador dejaron un total de 59,75 toneladas de droga incautada, superando las 57,43 decomisadas en 2013. Estos datos muestran un incremento en los últimos cinco años en torno al decomiso de estupefacientes. Los operativos contra el tráfico de estupefacientes en 2014 permitieron, además, la detención de 7.772 personas. Los datos con corte hasta el 21 de diciembre revelan que los estupefacientes más decomisados fueron cocaína (51,54 toneladas), marihuana (8 toneladas) y heroína (207 kilos).[26]

Según datos del Ministerio del Interior, en el primer semestre de 2015, en los 4.355 operativos a escala nacional que se ejecutaron fueron decomisadas 48,5 toneladas de estupefacientes; el 84% fue cocaína. De esa sustancia se incautaron 40,5 toneladas, además de 7,09 de marihuana y 8 kilos de pasta base, según datos otorgados por el jefe nacional de Antinarcóticos, general Edmundo Moncayo. Estas 48,5 toneladas de alcaloides incautadas duplican las 27 toneladas decomisadas en el primer semestre de 2014. De las cerca de 50 toneladas incautadas, las autoridades calculan que unas 7,09 estaban destinadas al consumo interno.[27] Según datos del Ministerio del Interior, al finalizar el año 2015 se registró un récord de incautación de droga con un total de 79 toneladas, de las cuales, alrededor de 16 estaban destinadas al consumo interno y más de 63 al tráfico internacional.

De la base estadística señalada podemos apreciar que la naturaleza, el peso y la calidad de la sustancia, sumada a la forma de comisión del delito, constituyen elementos diferenciadores en la actuación del Ministerio de Gobierno y la intervención de la Policía Nacional, debido a la relación existente entre la proporcionalidad y el interés de investigación por parte del ente competente, puesto que a mayor valor comercial, mayor número de imputados involucrados, especies y dinero incautado; por el contrario, cuando se trata de sustancias de menor valor, calidad, cantidad y con un número limitado de imputados, hay menor intervención del organismo competente y mayor intervención de la policía que deriva en mayor proporción de procesos llevados a juicio por delitos de tráfico.[28]

---

26 Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Consep), *Sustancias incautadas y reportadas al Consep* (septiembre de 2014 - marzo de 2015), Quito, Sistema de Administración de Bienes en Depósito, 2015.

27 *Idem*.

28 Díaz González, *op. cit.*, p. 133.

## 3. Personas privadas de la libertad

Según datos de la Defensoría Pública, para el año 2010-2011, las personas privadas de la libertad por delitos de drogas alcanzaban el 34 % (4.572) del total de los privados de la libertad (13.532). En 2013, la población carcelaria por delitos de drogas no dejó de crecer, es así que Norberto Emmerich señala en su artículo sobre "El narcotráfico en la región y su impacto en Ecuador", que fueron detenidas 2.937 personas por crímenes relacionados con el tráfico de drogas.[29] En 2014 fueron detenidas 6.449 personas. Además, se evidenció que la mayoría de detenidos por drogas recibieron prisión preventiva sumando un índice de 84 %.[30]

En el 2014, antes de la entrada en vigencia del COIP, el total de las personas privadas de la libertad (PPL) ascendía a 26.591 y el 39 % de ellas representaba a aquellos que cometieron delitos de drogas. Conforme a los datos aportados por el Ministerio de Justicia hasta abril de 2014, el número de PPL fue de 6.467 por delitos de drogas y 5.767 por la posesión de heroína, cocaína, marihuana y pasta base.

La mayoría de los imputados en causas de tráfico corresponden a personas que al momento de la detención desempeñaban tareas intermedias o finales del proceso de comercialización, particularmente tareas de traslado de droga, denominados "correos humanos", "los burreros" y transportistas. Estos datos nos confirman que la actividad policial y la persecución penal han estado dirigidas principalmente a personas que no forman parte de la dirección de las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico,[31] lo que nos lleva a cuestionar la efectividad del Plan Nacional de Prevención Integral de Drogas y las cifras que de él se desprenden hasta el momento.

## 4. El narcotráfico en la legislación ecuatoriana actual

El tráfico de drogas implica la transmisión onerosa a terceros, incluyendo aquellos actos por virtud de los cuales se auxilie o ayude a esta transmisión, incluso aunque fuere gratuito como la permuta, la mediación, la donación o el transporte de drogas.[32] Las conductas de tráfico se entienden como la puesta a disposición del consumidor de la droga ya elaborada.[33]

---

29 Norberto Emmerich, "El narcotráfico en la región y su impacto en Ecuador", *Aldea 42*, 21 de mayo de 2015.

30 Fiscalía General del Estado, *Delitoscopio,* enero-junio de 2013.

31 Díaz González, *op. cit*., p. 136.

32 Antonia Monge Fernández, "Delitos contra la salud pública", en Miguel Polaino Navarrete (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial tomo I*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 374.

33 María del Carmen Gómez Rivero, *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 649.

El narcotráfico se define como aquel comercio clandestino de todo tipo de drogas prohibidas por la legislación, que suelen ser manejadas tradicionalmente por clanes, mafias o carteles; abarca la producción, distribución y venta de las sustancias constituyéndose, con la "trata de blancas" y el "tráfico de armas y personas", en las principales fuentes generadores del dinero negro.[34]

El Código Orgánico Integral Penal vigente destina la sección segunda del Capítulo Tercero de los delitos contra los derechos del buen vivir a los delitos por la producción o el tráfico ilícito de sustancias catalogada sujetas a fiscalización, donde constan diversos tipos penales como "producción ilícita de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización", "tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización", "organización o financiamiento para la producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización", entre otros relacionados con la siembra, el suministro y la prescripción. Estas normas, antes de la entrada en vigencia del COIP, se encontraban en una ley especial que, como se señaló, contemplaba incluso normas procesales propias y diferentes del procedimiento penal ordinario.

Actualmente se encuentra en trámite un proyecto de reformas al COIP en la materia, presentado por la Presidencia de la República, que en coincidencia con el discurso mantenido por el candidato oficialista en la elección presidencial, propone un incremento de penas para el tráfico menor de sustancias ilícitas.

## Bibliografía


Bustos Ramírez, Juan, *Derecho penal. Parte general,* Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas, 2007.

Castiñeira Palou, María Teresa y Ramón Ragués, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2006.

Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Consep), *Sustancias incautadas y reportadas al Consep* (septiembre de 2014 - marzo de 2015), Quito, Sistema de Administración de Bienes en Depósito, 2015.

Corredor Beltrán, Diego, "De los delitos contra la salud pública", en *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

Díaz González, Gonzalo Gabriel, *El control del narcotráfico, política criminal y proceso penal*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2011.


34 Magaz, *op. cit.*, p. 37.

Emmerich, Norberto, "El narcotráfico en la región y su impacto en Ecuador", *Aldea 42*, 21 de mayo de 2015.

Edwards, Sandra, *The U.S. Forward Operating Location in Manta: The Ecuadorian* Perspective, Washington, WOLA, 2007.

Fiscalía General del Estado, *Delitoscopio,* enero-junio de 2013.

Galán, Juan Manuel, Francisco Thoumi, William Ramírez y Ricardo Vargas, *La batalla perdida contra las drogas,* ¿legalizar es la opción?, Bogotá, Intermedio, 2008.

García Hoyos, Juan Carlos, *De la coca a la cocaína: una historia por contar*, Argentina, Universidad del Rosario, 2007.

Gómez Rivero, María del Carmen, *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 2010.

Martínez Pardo, Vicente José, *Los delitos de tráfico de drogas*, Madrid, Edisofer, 2013.

Magaz, Ricardo, *Narcotráfico y droga de abuso*, España, Eolas, 2013.

Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

Ministerio Coordinador de Seguridad, *Gestión segura e integrada de fronteras (Gesif)*, Quito, 2015.

Molina Mansilla, María del Carmen, *El delito de narcotráfico*, Madrid, Bosch, 2008.

Monge Fernández, Antonia, "Delitos contra la salud pública" en Miguel Polaino Navarrete (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, tomo I, Madrid, Tecnos, 2010.

Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Córdoba, Lerner, 1981.

OMS, *Glosarios de términos de alcohol y drogas*, España, 1994.

ONU, *Convención de las Naciones Unidad contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Nueva York, UNODC, 2004.

Padilla Alba, Herminio Ramón, *La problemática de legalizar la cannabis en España*, Córdova, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdova, 2011.

Paladines, Jorge, "En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador", *Revista Friedrich Ebert Stiftung*, 2016.

Pastor Muñoz, Nuria, "Delitos contra la salud pública: el tráfico de drogas", en María Teresa Castiñeira Palou y Ramón Ragués, *Lecciones de derecho penal. Parte especial,* Atelier, Barcelona, 2006.

Rey Huidobro, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Rivera, Freddy, "Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas", en Eileen Rosin y Coletta A. Youngers (eds.), *Drogas y democracia en América Latina. El impacto de la política de los Estados Unidos,* Buenos Aires, Biblós y WOLA, 2005.

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.

Terragni, Marco Antonio, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2013.

Vidart, Daniel, *Coca, cocales y coqueros en América Latina*, Bogotá, Editorial Nueva América, 1991.

UNODC, *Declaración política y plan de acción sobre cooperación internacional en favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas*, Nueva York, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana,* Buenos Aires, Hammurabi, 1986.

### Referencias jurisprudenciales y legislativas

Registro Oficial 105, *Decreto Supremo 366*, 23 de noviembre de 1970.

Registro Oficial 523, 17 de noviembre de 1970.

Registro Oficial 612, 27 de enero de 1987.

Registro Oficial, *Suplemento 19*, 20 de junio de 2013.

STS, 237/2003, ponente Giménez García.

STS, 364/2008, ponente Monter de Ferrer.

STS, 649/2010, ponente Jorge Barreiro.

STS, 409/2013, ponente Berdugo Gómez de la Torre.

# EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS CLUBES CANNÁBICOS EN ESPAÑA: CONTRADICCIONES Y PROBLEMAS

*Alicia Gil Gil*

**RESUMEN.** Al presunto amparo de la doctrina de la atipicidad del autoconsumo compartido, y en especial al fundamento que se le ha dado en algunas sentencias –la ausencia de un riesgo de difusión indiscriminada de la droga–, numerosas decisiones de audiencias provinciales y juzgados de instrucción declararon atípicas las actividades de los llamados clubes cannábicos o asociaciones de consumidores de cannabis, que proliferaron en España en los últimos años. Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido frenada por el Tribunal Supremo (TS), que a lo largo de 2015 y 2016 ha dictado seis sentencias sobre la cuestión, considerando en todas ellas que las actividades de estas asociaciones, consistentes en el cultivo o acopio de la droga y su distribución entre los socios, son conductas delictivas.

**Palabras clave:** delitos de tráfico de drogas, autoconsumo, consumo compartido, clubes cannábicos.

**ABSTRACT.** Under the alleged protection of the doctrine of the non-criminal nature of shared self-consumption, and especially the reasoning of some decisions –the absence of a risk of indiscriminate dissemination of the drug–numerous decisions in provincial and preliminary criminal court proceedings have held that the activities of so-called cannabis clubs or cannabis consumer associations, which have proliferated in Spain in recent years, are not criminal. However, this jurisprudence has been restrained by the Supreme Court, which issued six decisions on the question in 2015 and 2016, concluding in each that the activities of these associations, consisting of the cultivation or collection of the drug and its distribution among their members, constitutes criminal conduct.

**Keywords:** Drug trafficking crimes, self-consumption, shared consumption, cannabis clubs.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

## Introducción. La política de drogas en España

En España se sigue una política de prohibición absoluta en materia de drogas, manteniendo la línea marcada por los convenios internacionales de las Naciones Unidas,[1] a pesar de que la doctrina viene denunciando el fracaso de este modelo en la consecución de su objetivo de reducir el tráfico y el consumo,[2] y se reclama cada vez en mayor medida una política de reducción de daños y riesgos asociados al consumo basada en un control administrativo que dé prioridad a la protección de la vida y de la salud de los consumidores de sustancias ilícitas, y a la mejora de su bienestar y protección.[3]

Sin embargo, sin abandonar la política de prohibición absoluta, desde el año 2000 se han puesto en marcha medidas de control de la oferta y de reducción de daños asociados al consumo.[4] Entre sus objetivos generales se destaca la reducción de la demanda (prevención del consumo, reducción de daños, asistencia e integración social).

En el ámbito del creciente debate sobre el tratamiento de las drogas ante la ineficacia del sistema actual, la regulación del cannabis centra de manera especial la atención, ya que, por una parte, es la droga ilegal más consumida[5] y, por otra, se argumenta que presenta la misma o menor lesividad para la salud que otras drogas legales.[6]

En la actualidad, en España se considera ilícita la tenencia, el consumo y el tráfico para cualquier uso, salvo que cuente con la preceptiva autorización administrativa para

1 Con detalle, Juan Muñoz Sánchez, "La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 17-22, España, 2015, pp. 3 y ss.

2 Además, se ha señalado que la actual política prohibicionista es un claro factor criminógeno (José Luis de la Cuesta e Isidoro Blanco, "¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal", en Amando Vega Fuente *et al., Drogas: qué política para qué prevención*, San Sebastián, Gakoa, 2002, pp. 187 y ss.; Xabier Arana Berastegi, "Cannabis: normalización y legislación", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 19, 2005, pp. 126 y 132).

3 Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 3; Juan Muñoz Sánchez y Susana Soto, "El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 7, 2001, pp. 49 y ss.; Arana Berastegi, *op. cit.*, pp. 121y ss. En el mismo sentido, ver la Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo Europeo sobre la estrategia en materia de lucha contra la droga 2005-2012 (2004/2221-INI) (*Diario oficial de la Unión Europea*, 15.9.2005, C226E/233. Disponible en: http://www.oficinacooperacion.org/documentos/D_31.pdf). Ver también la propuesta del Grupo de estudios de política criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

4 Real Decreto 1911/1999 del 17 de diciembre, por el que se aprueba la estrategia nacional sobre drogas para el período 2000-2008 (vigente hasta el 31.12.2008), y Resolución de 2 de febrero de 2009 de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016.

5 Observatorio europeo de las drogas y las toxicomanías, *Informe Europeo sobre Drogas. Tendencias y novedades*, Luxemburgo, 2016, pp. 37 y ss. Disponible en: http://www.pnsd.msssi.gob.es/delegacionGobiernoPNSD/relacionesInternacionales/unionEuropea/docs/2016InformeEuropeoDrogas.pdf.

6 Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 3; Iñaki Rivera Beiras (coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 316.

fines industriales, terapéuticos, científicos o docentes, o haya sido prescrita conforme a lo dispuesto en la ley.[7]

Además, la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, regula como infracción grave en su artículo 36.18, "el consumo o la tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos", así como "la ejecución de actos de plantación y cultivo ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares visibles al público, cuando no sean constitutivos de infracción penal"; y en el numeral 19 del mismo artículo se califica de infracción grave "la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos".[8]

En un tercer nivel tenemos las conductas constitutivas de delito: integradas por los actos de cultivo, elaboración o tráfico, o cualesquiera que de otro modo faciliten, promuevan o favorezcan el consumo ilícito de otro, considerándose atípicas (aunque ilícitas) el consumo y las conductas previas dirigidas al consumo propio.[9]

---

7 Artículo 22 de la Ley 17/1967 del 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas, STS 07/09/2016, STS 30/06/2015: "El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación (art. 96.1 C.E.). Estos Convenios solo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art. 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967, ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su art. 1º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias, y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son 'géneros prohibidos'. De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance, forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos".

8 Con anterioridad, las infracciones administrativas en la materia estaban previstas en la Ley Orgánica 1/1992 sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana, que consideraba infracciones graves el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos (art. 25.1); la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos (art. 23, h); y la mera tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico (art. 25.l).

9 La STS 10/06/2015 declara que "ni el cultivo con fines de investigación o del propio consumo constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcadas por el amplio espectro de conductas que están en el radio de acción del precepto".

## 1. Regulación de los delitos relacionados con las drogas en España

La regulación de los diferentes delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se basa en la distinción entre sustancias que causen grave daño a la salud y que no lo causen, distinguiéndose la pena en función de que la conducta se refiera a uno u otro grupo de sustancias.

Los delitos se configuran como tipos de consumación anticipada, que equiparan una serie de actos preparatorios y de formas de intervención al castigar los actos de cultivo, elaboración o tráfico, o las conductas que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal, o la posesión de dichas sustancias con tales fines (art. 368 del Código Penal [CP]).

El tipo no exige precio, ni ánimo de lucro, por lo que en principio son típicas también conductas de donación a terceros, pues se facilita el consumo ilegal.[10]

Se prevé un tipo atenuado de aplicación facultativa en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, que sin embargo no puede aplicarse en caso de concurrir alguna de las circunstancias agravantes de los artículos 369 *bis* y 370 del CP, entre otras, que las conductas se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva o se utilice a menores o a disminuidos psíquicos para cometer el delito.[11]

Se prevén además penas agravadas cuando:

1. El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador, y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
2. El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
3. Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

10 Entre otras, SSTS, 07/09/2015, 09/12/2015, 07/09/2016: "Para el bien jurídico 'salud pública' es indiferente que la difusión de droga se efectúe mediante precio, gratuitamente, o restituyendo exclusivamente su coste […] La presencia de ánimo de lucro solo tendrá relevancia indirectamente, como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la alteridad que es presupuesto de la punición de estas actividades".

11 Este tipo atenuado fue reclamado por el propio Tribunal Supremo (ver Julián Sánchez Melgar, "El nuevo subtipo atenuado en el delito de narcotráfico", *Diario La Ley,* núm. 7666, Sección Columna, 5 de julio de 2011. Disponible en: http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7LOnb3bo2f10f3_n4S-8zOumqJaf7e3s7u58unOAD4rz66fV9M31Kv_sPCub_P8BLG2o0DUAAAA=WKE), y se introdujo en el año 2010. Su entrada en vigor produjo un descenso en la población reclusa española, según explicó José Luis Díez Ripollés en el Congreso de los Diputados (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 527, del 18 de marzo de 2014, p. 3. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/CO/DSCD-10-CO-527.PDF).

4. Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación.
5. La cantidad de las sustancias fuere de notoria importancia.
6. Las sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.
7. Las conductas tengan lugar en centros docentes; en centros, establecimientos o unidades militares; en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación, o en sus proximidades.
8. El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

El tipo penal no comprende, como se ha señalado, la conducta de consumo.

## 2. Limitaciones jurisprudenciales del tipo

### 2.1. Conductas dirigidas al autoconsumo

Como se ha anunciado, derivado de que el consumo aun siendo ilícito no es típico, la jurisprudencia interpreta que la tenencia y demás actos realizados con finalidad de autoconsumo tampoco son delito,[12] en una interpretación teleológico-restrictiva del tipo en atención al bien jurídico protegido: la salud pública.[13] Ello significa que la finalidad del tráfico es un elemento típico (entendido, en sentido amplio, como el traslado de la sustancia a otra persona, sin exigir contraprestación económica).[14]

Algunos autores[15] han interpretado que de esta jurisprudencia se desprende que el elemento normativo *consumo ilegal*, a cuyo favorecimiento deben dirigirse las conductas para ser típicas, debe entenderse exclusivamente como *consumo ajeno*.

12 La Decisión Marco 2004/75/JAI del Consejo del 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, excluye, en artículo 2.2, la obligación de castigar las actividades mencionadas como delictivas en el apartado 1 cuando se realicen con fines de consumo personal. Ello se justifica en el considerando 4, en el principio de subsidiariedad. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:335:0008:0011:es:PDF. Esto podría indicar que la conducta se considera ilícita y no tiene relevancia penal.

13 El TS puso fin a la polémica que la antigua redacción del delito había generado resolviendo, en sus sentencias de 6/04/1973, 5/05/1975 y 24/11/1975, 20/03/1980, que solo era típica la tenencia para el tráfico. Con detalle sobre la evolución de la legislación, ver Muñoz Sánchez, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

14 Entendido el tráfico en sentido amplio, sin exigir contraprestación económica por el traslado de la sustancia a otra persona.

15 Muñoz Sánchez, *op. cit.,* p. 35; Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, *Relevancia penal de las conductas que se realizan en los clubes sociales cannábicos y de la consideración que de las mismas ha hecho el Tribunal Supremo*. Informe 2015-2016, Donostia, Observatorio de cannabis, Fundación Renovatio, 2016, pp. 190 y ss.

El Tribunal Supremo (TS) se ha apresurado a rechazar esta interpretación, recordando que todo consumo, también el autoconsumo, es ilícito, aun cuando no sea típico:

> De la propia estructura del tipo del art. 344 del CP cae por su peso que por "consumo ilegal" de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. La tesis del recurrente de que por el hecho de que el autoconsumo no está sancionado penalmente, es un consumo legal, por lo que toda entrega o facilitación de la droga a un consumidor no puede entenderse como favorecimiento del consumo ilegal que exige el tipo del art. 344, vaciaría de contenido dicho precepto penal y desampararía el bien jurídico que pretende tutelar, que se vería puesto en peligro con actos que no podrían ser reprimidos cuando, por el contrario, es precisamente ese consumo por los drogodependientes lo que, en defensa de la salud pública, se pretende combatir con la norma prohibitiva y sancionadora de su promoción, favorecimiento y facilitación que se incluye en el citado art. 344.[16]

Estas afirmaciones no dejan de resultar contradictorias con la realizada a renglón siguiente, de que los actos de favorecimiento del autoconsumo (ilegal) son atípicos.[17] Quizás hubiera hecho mejor el TS limitándose a recordar, como hace, que el autoconsumo es ilegal, y reconociendo que el favorecimiento del consumo ilegal recogido en el tipo se refiere, efectivamente, solo al consumo de persona diferente a la que realiza los actos de favorecimiento.

En relación con la prueba del destino de la sustancia, el TS ha manifestado que al constituir el destino al tráfico un elemento del tipo delictivo, debe ser acreditado por la acusación, lo que se realiza por lo general a través de prueba indiciaria. No obstante, según el TS, esta cuestión solo debe plantearse si concurren indicios relevantes de que el tenedor de la droga es consumidor, pues cuando no concurre dato alguno que avale esta circunstancia debe deducirse que la droga está destinada al tráfico, aplicando las reglas básicas de la experiencia.[18] Por otro lado, la condición de consumidor no excluye de manera absoluta el destino al tráfico, sino que en ese caso han de valorarse el resto de las circunstancias concurrentes, en particular, la cantidad de droga incautada. Para acreditar el destino al tráfico en función de la cantidad de droga incautada, sin que se haya constatado ninguna acción de transmisión a terceros, el TS ha proporcionado unas pautas o baremos orientadores basados en el cálculo del consumo medio de cada tipo de droga y en

16 SSTS 30/06/2015, 07/09/2016.

17 Ampliamente en contra de la interpretación del elemento normativo *consumo ilegal* que hace el TS (Muñoz Sánchez, *op. cit.*, 2015, pp. 34 y ss.).

18 STS 06/10/2016.

la fijación del máximo de días de provisión cubiertos habitualmente por el consumidor. Estos baremos se han establecido siguiendo los criterios aportados por el Instituto Nacional de Toxicología, y sin perjuicio de que hayan de valorarse el resto de las circunstancias concurrentes. Así, el TS ha establecido que en principio debe inferirse un destino al tráfico cuando la droga aprehendida exceda el acopio medio de un consumidor durante cinco días.[19] Por ejemplo, en lo que se refiere a la cocaína, se ha fijado el consumo medio diario en aproximadamente 1,5 gramos, apoyándose en el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, asumido con fines de unificación de criterios y seguridad jurídica por el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 19 de octubre de 2001, de donde se infiere la finalidad de tráfico cuando se detecta una tenencia superior a 7,5 gramos de cocaína. En el caso de la heroína, la cantidad es 3 gramos, en la marihuana 100 gramos y en el hachís 25 gramos. El cómputo de la cantidad se refiere siempre a la droga pura, ya que la droga necesaria para satisfacer la necesidad de consumo va en directa relación con la eficacia psicoactiva de la misma y, por ende, con su pureza.

Este indicio inicial, basado en la cantidad de droga aprehendida no es, sin embargo, prueba ni necesaria ni automática del destino al tráfico, sino que se puede sustituir cuando no existe tal indicio por otros y, de la misma manera puede, a pesar de existir, ser considerado insuficiente. Así, el destino al tráfico puede ser inferido, aun cuando la cantidad incautada no supere el baremo orientativo, en función de otros indicios como las modalidades de la posesión, el lugar de aprehensión de la droga, la ocupación de materiales o instrumentos propios del tráfico, la clase y variedad de la droga incautada, su distribución en unidades aptas para la venta, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada al producirse la aprehensión, las manipulaciones realizadas a la droga, la ocupación de cantidades de dinero cuya ausencia de justificación o elevada cantidad en metálico permita inferir su procedencia del tráfico, etc.[20]

Y en sentido contrario, la jurisprudencia también ha sostenido que las cantidades para autoconsumo deben ser tratadas con prudencia y teniendo en cuenta todos los elementos que concurren en el hecho enjuiciado. En no pocas sentencias se absuelve por entender que la sustancia aprehendida es para autoconsumo a pesar de superar las cantidades.[21]

Junto con la atipicidad de las conductas destinadas al autoconsumo, el TS desarrolló hace años otras dos tesis para limitar el amplísimo ámbito de estos delitos: la atipicidad

19 SSTS de 18/03/2003, 15/12/2006, 06/10/2016.
20 STS 06/10/2016.
21 SSTS 19/10/1996, 18/11/2011 21/11/2000 07/02/2003, 13/10/2016.

del consumo compartido y la de ciertos casos de donación a drogodependientes,[22] aunque la jurisprudencia relativa a estos últimos casos es probablemente la menos clara.[23]

### 2.2. Autoconsumo compartido, compra conjunta o bolsa común

Entre los comportamientos considerados atípicos por la jurisprudencia se ha incluido, por su similitud con el autoconsumo, el llamado autoconsumo compartido, o, como prefiere llamarlo el TS, los supuestos de compra conjunta o bolsa común.[24] Argumenta el TS, al encontrarse con el fenómeno frecuente de jóvenes que de forma más o menos episódica y con ocasión de eventos consumían conjuntamente drogas que eran adquiridas por uno del grupo para un consumo privado, conjunto e inmediato, que dichos supuestos eran equiparables a los de autoconsumo impune, y que en tales casos no se atacaba, ni se creaba un peligro para el bien jurídico, al no darse un riesgo de difusión del consumo de drogas, en la medida que todo el grupo era consumidor y se trataba de situaciones concretas y no generalizadas.

Como sintetiza la doctrina,[25] el TS trata en realidad bajo esta denominación de consumo compartido tres casos:

1. Los supuestos que denomina *servidor de la posesión*, *posesión en nombre de los demás*, *posesión colectiva para el propio consumo* o *mandato o instrumento del ejercicio de la posesión de otro*, en los que varios adictos realizan aportaciones para crear un fondo común con el fin de que uno adquiera la sustancia que consumirán conjuntamente.
2. Los supuestos de *recíprocas invitaciones entre adictos*, también denominados *consumo colectivo compartido*, en los que varios drogodependientes comparten el consumo de droga.
3. Y los supuestos de entrega o invitación gratuita de droga para su consumo inmediato a personas adictas o no adictas.

El TS estableció los siguientes requisitos para poder constatar un autoconsumo compartido atípico:[26]

1. Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Aunque este requisito no siempre se mantiene de manera

22 Muñoz Sánchez y Soto, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; Jacobo Dopico Gómez-Aller, *Transmisiones atípicas de drogas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11 y ss.

23 Con detalle, ver Dopico Gómez-Aller, *ibid.*, pp. 69 y ss.

24 SSTS 23/07/2003, 04/11/2013, y 12/12/2013, entre otras.

25 Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, p. 13; Muñoz Sánchez y Soto, *op. cit.*, pp. 66 y ss., con referencias jurisprudenciales.

26 SSTS de 27/01/1995, 02/11/1995, 28/11/1995, 03/03/1995, 31/03/1998, 03/02/1999, 18/09/2002, 23/07/2003, 22/11/2012, 04/11/2013, 12/12/2013, 10/06/2015, 02/02/2016, 08/09/2016, entre otras.

estricta, conformándose algunas sentencias con que se trate de consumidores de fin de semana. Con esta limitación se argumenta que se pretende evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros.

2. El consumo debe llevarse a cabo "en lugar cerrado", o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos. La finalidad de esta exigencia sería evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.[27]
3. El acto deberá circunscribirse a un grupo reducido de adictos o drogodependientes, y ser estos identificables y determinados, lo que permitirá considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública.
4. No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. La cantidad ha de ser, por tanto, reducida o insignificante o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.
5. Debe tratarse de un consumo inmediato.

Con posterioridad, alguna sentencia ha afirmado que alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos.[28]

El TS ha sostenido, para defender esta postura, que

> ...en realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.[29]

---

27 Este requisito ha sido relativizado, sin embargo, en las SSTS 7/09 /2016, 07/09 /2015, 05/10 /2015, en las que se afirma que "la antijurídica o no de la conducta no puede bascular sobre ese dato. Quedaría la salud pública supeditada a un requisito formal: sería delito si se consiente, aunque sea esporádicamente, consumir la sustancia fuera del local; y no lo sería si se consume en el local. ¿Qué diferencia desde la perspectiva del bien jurídico hay entre ambos supuestos para que solo el primero sea merecedor de una pena privativa de libertad?"

28 STS 12/12/2013. Se argumenta que cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

29 STS 05/10/2015.

## 3. Tratamiento jurisprudencial de los clubes cannábicos

Al presunto amparo de la doctrina del autoconsumo compartido, y en especial al fundamento ofrecido en algunas sentencias a dicha atipicidad: la ausencia de un riesgo de difusión indiscriminada de la droga, numerosas decisiones de audiencias provinciales y juzgados de instrucción declararon atípicas las actividades de los llamados clubes cannábicos[30] o asociaciones de consumidores de cannabis que proliferaron en España en los últimos años.

Sin embargo, esta jurisprudencia ha sido frenada por el TS, que a lo largo de 2015 y 2016 ha dictado seis sentencias sobre la cuestión, considerando en todas ellas que las actividades de estas asociaciones, consistentes en el cultivo o acopio de la droga y su distribución entre los socios, son típicas, y condenando a los directores y trabajadores de los clubes cannábicos.[31]

El TS ha descartado expresamente en todas estas decisiones que la doctrina del consumo compartido sea aplicable a estos supuestos. Así, explica las razones que le llevaron al desarrollo de tal interpretación restrictiva:

> ...la desmesurada extensión de la conducta castigada en el tipo penal, combinada con la consideración como impune del consumo propio (por más que no pueda definirse como legal desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico), así como la necesidad, confesada o no, de limitar el alcance del precepto punitivo embridando su aptitud gramatical para acoger acciones muy dispares, ha llevado a considerar atípico no solo el consumo particular, sino también el practicado en grupo aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación *recíproca* entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia).[32]

Y proclama que "Si particularizamos los requisitos reiterados por este Tribunal para aplicar esta doctrina, las posibilidades de ser proyectada a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas; nulas.[33] Ni en su fundamento ni en sus requisitos

30 Con detalle, Muñoz Sánchez, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

31 SSTS 07/09/2015, 05/10/2015, 09/12/2015, 27/06/2016, 29/06/2016, 07/09/2016. Hay que señalar que las penas impuestas fueron reducidas por aplicación de un error de prohibición vencible, excepto en un caso, en el que el error se consideró invencible, al haber obtenido la asociación la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Generalitat acordada por la Dirección General del Derecho y de Entidades Jurídicas previo el dictamen no desfavorable del Ministerio Fiscal, al que se le dio traslado de la petición de inscripción (STS 9/12/2015). Manjón-Cabeza critica que el error apreciado debería ser de tipo (sobre el elemento normativo "consumo ilegal") y no de prohibición, y haber conducido por tanto a la excepción de responsabilidad, al no existir el correspondiente tipo imprudente (*op. cit.*, 2016, pp. 220 y ss.)

32 STS 07/09/2016.

33 El TS deja abierta la posibilidad de que exista algún tipo de asociación que sí cumpla los requisitos del consumo compartido atípico. Algunos votos particulares han querido precisar las condiciones en las que la actividad de una asociación cannábica se ajustaría a la doctrina del consumo compartido. Así, el voto particular firmado por cuatro magistrados de los quince que formaban el pleno que dictó la sentencia afirmaba: "Este tipo de agrupaciones, muy

pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis".[34]

Lo cierto es que el TS ya venía advirtiendo de forma constante del carácter absolutamente excepcional de su doctrina sobre la atipicidad del consumo compartido y la necesidad de aplicarla de manera restrictiva,[35] lo que, como bien se le ha criticado, no ha originado otra cosa que contradicciones.[36]

En esta interpretación restrictiva de su propia doctrina, el TS llega a afirmar que así como el autoconsumo está excluido del radio de acción del artículo 368 del CP, el autoconsumo colectivo también lo está por extensión lógica y natural de aquella, ya que "no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado". Y concluye que lógicamente esta idea se aparta de la realidad de las asociaciones estudiadas.

La primera vez que el TS se ocupó de una asociación de similar naturaleza, lo hizo en su STS 1377/1997 de 17 de noviembre, en la que declaró de manera contundente

consolidadas en la realidad social, han dado lugar a supuestos abusivos, en los que por el elevado número de los asociados, la modalidad de suministro del hachís, la posibilidad de distribución a terceros o las cantidades de droga manejadas, se exceden notoriamente los límites razonables de nuestra doctrina jurisprudencial, incurriéndose en conductas idóneas para perjudicar la salud pública porque promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de hachís fuera del círculo de los consumidores habituales que se agrupan para el consumo compartido.

Se hace necesario, por ello, establecer limitaciones que, adaptando la doctrina del consumo compartido a la realidad social actual, eviten sin embargo la posibilidad de supuestos abusivos, notoriamente excluidos del espíritu y finalidad de la mencionada doctrina jurisprudencial.

C) En consecuencia, puede establecerse como criterio general que solo podrían ampararse en nuestra doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad del consumo compartido:

1º) Aquellas agrupaciones constituidas para evitar el recurso al tráfico ilícito como vía de autosuministro, que reúnan a quienes fuesen previamente consumidores habituales, siempre mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, estableciendo un período de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la substancia, para evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporen ocasionalmente para el consumo inmediato.

2º) Aquellos supuestos en los que el consumo se lleve a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación, es decir 'en lugar cerrado', como exige la doctrina del consumo compartido. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la sustancia que se entregue para consumir fuera a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º) Aquellos supuestos en que se circunscriba el consumo a un grupo reducido de adictos, identificables y determinados, por lo que estas agrupaciones no deberían sobrepasar un número limitado de miembros, que en ningún caso debería exceder de la treintena.

4º) Aquellas agrupaciones que suministren a sus miembros cantidades que no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato, sin superar el consumo diario.

El autocultivo debería, en consecuencia, limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número reducido de miembros que integren la agrupación, quedando excluido el ánimo de lucro pues los socios únicamente pueden compartir los gastos.

Estos criterios o requisitos, que constituyen una adaptación a la realidad actual de las agrupaciones de consumidores, de los requisitos establecidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia para el consumo compartido, pueden a nuestro entender complementar la doctrina de la sentencia mayoritaria, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, y evitar en el futuro la posibilidad de errores de prohibición".

34 STS 07/09/2016.

35 Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, pp. 20 y ss., con citas jurisprudenciales.

36 *Ibid*., pp. 14, 20 y ss., 30 y ss.

que la filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido no era extrapolable a un supuesto como el que se está analizando. Por ello, el TS prefiere hablar de *compra conjunta* o *bolsa común* como denominaciones más precisas de la doctrina del autoconsumo compartido.[37]

Los casos de asociaciones o clubes cannábicos no pueden verse, por el contrario, según el Tribunal, como una extensión o asimilación con el autoconsumo atípico.

> Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos –uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación, ni publicidad–; y la organización metódica de una estructura institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración casi indiscriminada, sucesiva y escalonada de un número no limitado de personas hasta superar los dos mil. Esto –se capta intuitivamente– es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino planificada, preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse "reducido" y que permanece abierto a nuevas incorporaciones ilimitadas.[38]

Consideración a la que añade el incumplimiento de los requisitos que definen el autoconsumo compartido atípico, en razón de la magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar la condición de usuarios habituales de la sustancia, etc.[39]

Añade el TS que admitir la atipicidad de las actividades de este tipo de asociaciones conllevaría hacerlo también en relación con las llamadas drogas *duras*. Es decir, si cientos de consumidores de cocaína o de sustancias psicotrópicas se coordinaran para el cultivo o para proveerse de esas sustancias y distribuirlas organizadamente, la actividad se convertiría en atípica, lo que en su opinión no encaja ni con el espíritu ni con la letra de la ley española.[40]

En definitiva, las conductas de organizar un sistema de cultivo, acopio o adquisición de marihuana, o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente, o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar, y aun cuando solo se paguen los costes de la producción, es considerada por el TS como típica.[41]

37 STS 09/12/2015.
38 SSTS 09/12/2015, 07/09/2016, 05/10/2015.
39 SSTS 07/09/2016, 07/09/2015, 05/10/2015, 09/12/2015.
40 STS 07/09/2016.
41 SSTS 07/09/2016, 07/09/2015, 05/10/2015.

## 4. Doctrina a favor de la atipicidad

Algunos autores en la doctrina, y algunos magistrados en sus votos particulares, han defendido una restricción todavía mayor de los delitos relativos a drogas que excluiría con ciertos requisitos el carácter delictivo de las actividades de los clubes cannábicos. Esta interpretación se basa, no ya en la doctrina del autoconsumo compartido, sino en determinada concepción del bien jurídico protegido y de su forma de afectación típica que se desprendería, en su opinión, de aquella doctrina, pero iría más allá de ella. Los defensores de esta postura afirman, por tanto, apoyarse también en la doctrina del Tribunal Supremo.

Así, lo primero que suelen hacer los autores que pretenden una interpretación teleológico-restrictiva del tipo, es rechazar determinadas exigencias elaboradas por el TS para afirmar la atipicidad del autoconsumo compartido.[42] Se argumenta que la doctrina del autoconsumo es errónea por exigir requisitos que nada tienen que ver con la tipicidad, ni con el contenido de injusto del delito, ni con la forma de lesión del bien jurídico, como por ejemplo, que el receptor de la droga sea adicto o al menos consumidor esporádico,[43] o que la droga no se pueda sacar de un local cerrado,[44] o que el número de personas implicadas sea reducido, o que el consumo sea inmediato, etc.[45]

Para algunos autores, la distinción entre conductas típicas o atípicas debe fundamentarse en la aptitud de las mismas para atentar contra el bien jurídico protegido en estas figuras que, según la opinión mayoritaria y la jurisprudencia,[46] es la salud pública.

Algunos autores parten, además, de que los delitos de drogas recogidos en el CP español son delitos de peligro, que convierten por vía interpretativa en delitos de peligro abstracto-concreto o delito de aptitud para producir un daño[47] en relación con la salud pública, lo que ya no parece tan claro en la jurisprudencia.[48] Y de ahí exigen la prueba

42 Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, pp. 32-33.

43 Manjón-Cabeza, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

44 Así lo señala Muñoz Sánchez: "Si no se sanciona penalmente la tenencia preordenada al autoconsumo, incluso cuando exista un riesgo hipotético de que esa sustancia pueda ser difundida entre terceras personas indiscriminadamente, tampoco se debe hacer en el caso de que la tenencia tenga un origen en un cultivo compartido y no que provenga del mercado ilegal" (*op. cit.*, pp. 29-30). De manera similar, María Acale Sánchez, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 54.

45 Muñoz Sánchez, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

46 SSTS de 25/02/1993, 03/03/1993, 22/02/1999, 27/05/1994, 20/07/1998, 04/05/1999, 11/09/2005, 07/09/2015, entre otras muchas.

47 José Luis Díez Ripollés y Juan Muñoz Sánchez, *Dictamen solicitado por la Federación de Asociaciones Cannábicas del País Vasco (Eusfac) en relación con la viabilidad legal de los clubes sociales de cannabis, como modelo de autoorganización del consumo*, Málaga, 2012, pp. 7, 112 y ss. Disponible en: http://www.regulacionresponsable.es/wp-content/uploads/2015/08/Informe_juridico_sobre_la_autorganizacion_del_consumo2.pdf; Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 32; Manjón-Cabeza, *op. cit.*, p. 209.

48 De hecho, algunas sentencias insisten en que se trata de delitos de peligro abstracto puros, en los que no es preciso probar la aptitud de la conducta, sino que esta es decidida por el legislador, así la STS de 17 de noviembre de

de que la conducta sea idónea para perjudicar la salud pública, lo que a su vez traducen en que la conducta genere un riesgo de difusión de la sustancia entre múltiples e inconcretos consumidores, una diseminación y accesibilidad de la droga entre personas indeterminadas,[49] siguiendo aquí el argumento que aparece en numerosas sentencias referidas a la atipicidad de los supuestos de servidor de la posesión, bolsa común o compra conjunta (autoconsumo compartido), y los supuestos de entrega o invitación gratuita de droga a adictos para compartir su consumo inmediato (consumo colectivo compartido). Ciertamente, en estos supuestos parece que el TS convierte el delito en uno de peligro abstracto concreto.

En opinión de estos autores, los socios de los clubes cannábicos no son personas indeterminadas, sino un círculo de personas previamente singularizadas e identificadas, por lo que su actividad no supone el riesgo de difusión típico y la conducta debe considerarse no punible.[50]

Esta interpretación dejaría fuera del tipo todas las conductas de favorecimiento del consumo ilegal de otra persona concreta, como por ejemplo, un suministro individual,[51] conducta que en opinión de estos autores afectaría solo la salud individual y no la pública.

## 5. Opinión personal

### 5.1. Las contradicciones del TS en su fundamentación

Parece que el TS mantiene interpretaciones diferentes y contradictorias del tipo y su finalidad dependiendo de las conductas a las que se enfrenta. Por una parte, castiga sin excepciones la venta de dosis individuales a consumidores finales[52] y argumenta que el consumo ilegal (incluido el autoconsumo) es el concepto de referencia del tipo penal, de

1997 o la STS de 9 de diciembre de 2002. El problema interpretativo se genera cuando el TS sí acude, como hemos visto, al argumento de la razonable probabilidad de difusión de la sustancia a terceros, para negar la aplicación de la doctrina del consumo compartido.

49 Manjón-Cabeza, *op. cit.*, p. 209; Muñoz Sánchez, *op. cit.*, p. 33; Ujala Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 96.

50 Según Muñoz Sánchez, "los socios no son personas indeterminadas, sino plenamente identificables […] Lo decisivo, por tanto, debe ser si la admisión de nuevos socios supone que la asociación difunde droga de manera indiscriminada entre cualquier persona. No creemos que este sea el caso cuando alguien que ha decidido autónomamente consumir cannabis se muestre dispuesto a formar parte de una organización y someterse a las reglas de interacción social y consumo de la asociación. Por el contrario, sí supondría un peligro para la salud pública, en cuanto se difunde indiscriminadamente la droga, si la admisión de nuevos socios es colectiva y sin más formalidades de que se trate de una persona que quiere consumir. En este caso la asociación se presenta como una entidad que realiza una oferta de droga a todo aquel que quiera consumirla, realiza actos propios de la oferta y no actos de autoorganización de los consumidores" (*op. cit.*, pp. 41 y ss.).

51 Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 54.

52 STS 06/10/2016, 29/09/2016, 22/09/2016, 08/09/2016, 22/06/2016, 19/05/2016, entre otras muchas.

manera que, aunque en sí mismo no está previsto como conducta punible, es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo.[53] Esta interpretación, acorde con la práctica de los tribunales, pone en un aprieto al TS a la hora de fundamentar la atipicidad de los comportamientos de auxilio recíproco en supuestos de autoconsumo compartido, y le ha llevado, en mi opinión, a buscar argumentos ulteriores que no hacen sino complicar aún más el discurso y crear nuevas contradicciones. Así, a la hora de negar la tipicidad del consumo compartido se apela a una interpretación diferente del bien jurídico salud pública, cuya afectación exigiría el riesgo de difusión de la droga a múltiples personas indeterminadas. Pero de tomarse en serio esta nueva interpretación, deberían considerarse atípicas todas aquellas conductas en las que la droga se entrega directamente, sin oferta pública, a un determinado consumidor final. Y no bastaría, por cierto, con argumentar el riesgo de que el comprador distribuyera a su vez la droga, pues los requisitos para probar el destino al tráfico son, como hemos visto, mucho más estrictos que la abstracta posibilidad por el hecho de poseerla. Resultaría del todo incoherente considerar atípica la conducta del comprador, como se está haciendo, con base en el argumento de que posee la droga adquirida para su consumo y, al mismo tiempo, penalizar al vendedor con el argumento de que hay en su conducta un riesgo de difusión a terceros ajenos a aquel sujeto determinado a quien le vendió la droga y cuya salud individual puede verse afectada.

Aunque algunos autores llegan, en coherencia con su interpretación del delito, a la consecuencia de que en nuestro Código Penal el suministro individual no está castigado,[54] lo cierto es que no es esta, como se ha comentado, la postura de nuestros tribunales, ni creo tampoco que pueda ser mantenida con la regulación actual. Por ello, no creo que la interpretación del delito de tráfico de drogas que defiende la exigencia de riesgo de difusión a una pluralidad de indeterminadas personas pueda sostenerse como una consecuencia de la doctrina del TS, pues este tipo de afirmaciones se han utilizado por nuestro alto tribunal solamente en ciertos casos y son incoherentes con su actuación en general. Dicho de otra manera, quienes dicen apoyarse en la jurisprudencia del TS para defender la atipicidad de las conductas de los clubes cannábicos, apelando a la falta de riesgo de difusión de la droga entre múltiples personas indeterminadas, desconocen otra mucho más abultada jurisprudencia que, al obviar por completo dicho argumento,

53 STS 30/06/2015 y STS 07/09/2016.

54 Araceli Manjón, en conversaciones con la autora de este trabajo, explicando su postura; Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 54; Muñoz y Soto exigen que "el sujeto habría de realizar una acción de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de droga, que es una conducta peligrosa para la salud pública desde una perspectiva *ex ante*, y que esa actividad debería producirse en un ámbito donde existan terceras personas indeterminadas, siendo posible la difusión de la droga entre estas personas" (*op. cit.*, p. 64).

condena de manera constante al proveedor de dosis individuales para un consumidor final que, además, suele ser un cliente habitual y determinado.[55]

Este proceder demuestra simplemente las contradicciones en las que incurre la jurisprudencia en la aplicación de los delitos de drogas, forzada, por un lado, por una política criminal de represión absoluta, y deseosa, por otro, de mitigar la desmesurada amplitud de los tipos penales, atemperar las graves consecuencias penales asignadas a las diferentes conductas que pueden resultar subsumibles y adecuar la reacción del legislador a la realidad social.

### 5.2. El problema de la identificación del bien jurídico y la forma de afectación al mismo

Hemos visto los problemas que enfrenta el TS para definir el bien jurídico protegido en los delitos de drogas y su forma de afectación típica y, sobre todo, para mantener dicha elección en todos los casos, tanto cuando condena como en su jurisprudencia de la atipicidad excepcional de ciertos supuestos. Pero la doctrina no lo ha tenido más fácil, porque en realidad, el problema con la regulación actual resulta irresoluble.

La salud pública, si nos fijamos en su definición tradicional y en la mayoría de delitos contendidos en el Capítulo III, del Título XVIII del Código Penal español, diferentes de los relativos a drogas, debe interpretarse como un bien jurídico colectivo que anticipa la protección de la salud individual. Este bien jurídico hace referencia al "conjunto de condiciones que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos".[56] El bien jurídico así definido, por cierto, se lesiona,[57] y no meramente se pone en peligro, cuando se quiebran esas condiciones.[58] Y ello sucede en el

55 Es siempre típica la conducta del vendedor, aunque el adquirente sea consumidor final (Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 44).

56 Ramón Miguel García Albero, "De los delitos contra la salud pública", en Gonzalo Quintero Olivares (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal,* Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 1679; Acale Sánchez, *op. cit.*, pp. 20-21; Ana Cristina Andrés Domínguez, "Artículo 359", en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t. IV, Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 326.

57 María Paz Arenas Rodrigáñez, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, Edersa, 1992, p. 148; Andrés Domínguez, *op. cit.*, pp. 326-327; Miguel Ángel Iglesias Ríos, "Artículo 363", en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. IV, Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 371.

58 Cuando se argumenta que "La constatación de la nocividad que el consumo de tales sustancias provoca en la salud de las personas determina que el legislador, para lograr una más eficaz protección de dicho bien jurídico, recurra a la técnica de los llamados 'delitos de peligro abstracto'" (Muñoz Sánchez y Soto, *op. cit.*, p. 56), no se debe perder de vista que el peligro abstracto de la conducta se está refiriendo al bien jurídico salud individual, que es para el que se ha afirmado la nocividad. En cambio, en relación con el bien jurídico antepuesto, *salud pública*, entendido como bien jurídico colectivo que adelante las barreras de protección en relación con los bienes individuales (Acale Sánchez, *op. cit.*, p. 21), e interpretado como las condiciones que garantizan la seguridad de estos, la conducta no supone un mero peligro abstracto sino una verdadera lesión (Andrés Domínguez, *op. cit.*, pp. 326-327ñ Iglesias Ríos, *op. cit.,* p. 371). En cambio, tras la argumentación sobre la nocividad de la conducta para la salud individual numerosos autores

momento en que se ofertan a los consumidores los productos nocivos, de manera que solo podremos hablar de una mera peligrosidad para la salud pública respecto de actos preparatorios de esa conducta final de puesta a disposición del público, como son los actos de preparación, transporte o manipulación de dichos productos con la intención final de su ofrecimiento a los consumidores.

Pero los delitos contra la salud pública en sentido tradicional tienen dos características para poder afirmar la afectación al bien jurídico así entendido: la primera, una oferta en principio abierta a un número plural de personas, de manera que son varios los posibles sujetos que podrían llegar a acceder a la sustancia nociva y resultar dañados por ella.[59] De ahí que pueda verse una afectación a un bien jurídico antepuesto y entendido como "las condiciones…". El segundo elemento consiste en que precisamente las cualidades nocivas del producto aparecen ocultas al potencial consumidor.[60] Combinando estos dos aspectos tenemos que la conducta crea una situación de inseguridad para la vida o salud de las personas, que no pueden confiar en la inocuidad de los productos a los que tienen acceso porque han sido ofertados con carácter general en el mercado.

Obviamente, este concepto de salud pública no es compatible con la actual regulación de los delitos de drogas, caracterizada por un mercado ilegal, ausente por tanto de todo tipo de control, y donde el consumidor conoce la nocividad del producto que aun así desea consumir, lo que el legislador se empeña en prohibirle.[61]

Por ello, porque la regulación de las drogas no encaja con la afirmación de un bien jurídico salud pública, todos los intentos de la doctrina y de la jurisprudencia de limitar la tipicidad acudiendo a ciertos requisitos propios de la forma de lesión de dicho bien jurídico van a chocar, o con la regulación legal, o con la cotidiana sanción de otros supuestos que claramente no cumplen aquellos requisitos.

En primer lugar, la exigencia de difusión de la droga entre personas plurales e indeterminadas parece que se conectaría con la característica propia de los delitos contra

---

y la jurisprudencia mayoritaria afirman, erróneamente en mi opinión, que el delito es de peligro abstracto en relación con el bien jurídico salud pública. Este tipo de confusión es frecuente cuando nos encontramos con bienes jurídicos colectivos. Como señala Juan Bustos Ramírez, la caracterización de estos delitos como de peligro abstracto proviene de una configuración equivocada del delito pensando no en el bien jurídico colectivo sino en los bienes individuales que de algún modo puedan aparecer relacionados con aquel (Bustos Ramírez, "Los bienes jurídicos colectivos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, junio 1986, p. 160).

59 El legislador, en los últimos años, ha introducido algunas figuras delictivas que no cumplen estos requisitos, y resulta dudoso que su objeto de protección sea la salud pública, como es el caso del delito de dopaje en el deporte, del artículo 362 quinquies. Sobre este tema, ver Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, "El bien jurídico en el delito de dopaje en el deporte", en Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 140 y ss., y Andrés Domínguez, *op. cit.*, p. 356, con citas ulteriores, para quien en este delito no se protege la salud pública, sino la individual.

60 José Luis Guzmán Dalbora, en este volumen, explica también claramente la *ratio* de estos delitos en el mismo sentido que se apunta en el texto de Miguel Ángel Iglesias Ríos, *op. cit.*, pp. 370 y ss.

61 Lo advierte también Acale Sánchez, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

bienes jurídicos colectivos antepuestos consistente en la potencialidad de la conducta de afectar a los bienes jurídicos individuales de más de un sujeto. En concreto, a todos aquellos que pudieran entrar en el ámbito de la conducta peligrosa, y que en principio pueden ser, desde un punto de vista *ex ante*, varios, aunque no necesariamente absolutamente indeterminados. Así, la puesta a disposición en el mercado de una sustancia nociva al alcance de un colectivo ignorante de su nocividad puede ser peligrosa, *ex ante*, para una variedad de sujetos, pero es indiferente que estos sean en su conjunto determinados (por ejemplo, los consumidores de un medicamento muy específico pueden ser un número reducido y determinado de sujetos, e incluso estar identificados en algún registro), debiendo ser lo indeterminado el sujeto concreto, dentro de aquellos, que finalmente pueda resultar dañado. Es en estas circunstancias en las que podemos afirmar que, además de la salud del concreto consumidor que accede al medicamento adulterado, se ha afectado la seguridad de todos los demás que hubieran podido igualmente acceder a dicho producto.

Cuando nos trasladamos a un mercado ilegal y con conocimiento del consumidor de la lesividad, queda evidenciado que la similitud es solo aparente. Este tipo de mercados no suele caracterizarse por una oferta pública de las sustancias nocivas, y tampoco se puede hablar de la quiebra de las condiciones de seguridad cuando el consumidor ha elegido libremente la nocividad de la sustancia. Quizás si nos limitáramos –lo que tampoco me parece acertado– al primer requisito resultarían típicas solamente las conductas dirigidas a una oferta general de las sustancias, aun cuando las realice un pequeño traficante, si, por ejemplo, ofrece la droga a los transeúntes o a través de cualquier medio ha publicitado su lugar de distribución de la droga, en el que recibe a cualquier cliente potencial.

Pero es preciso señalar que esta interpretación tampoco coincide con el riesgo de difusión no controlada tal y como lo interpreta la jurisprudencia del TS sobre los clubes cannábicos. El TS parece referirse también a la posibilidad de que la droga transite de un portador a otro, pero esto nada tiene que ver con ese bien jurídico antepuesto tal y como lo hemos definido. Comparemos de nuevo con los delitos en los que sí se protege la salud pública: imaginemos que un familiar, al que el enfermo ha enviado a la farmacia, ha manipulado una caja de medicamentos que entrega a la víctima adulterados. Esto no constituye un delito contra la salud pública por el hecho de que exista la posibilidad de que el enfermo a su vez entregue algunas pastillas adulteradas a un tercero.

Lo que se castiga como delito contra la salud pública es una oferta en el mercado de tales medicamentos adulterados (y los actos previos dirigidos a ella) de manera que desde un punto de vista *ex ante* exista la posibilidad de que una pluralidad de consumidores acceda a esa oferta ignorante de la nocividad del producto.

Lo indeterminado *ex ante* es el sujeto que finalmente pueda llegar a consumir la sustancia nociva, siempre que sea un colectivo amplio el de sujetos que corren el riesgo de hacerlo, y aunque ese colectivo sea limitado, es decir, no se extienda a toda la población, e incluso aunque sus miembros estén de alguna manera identificados y sean determinados. Lo importante, precisamente para distinguir el delito de uno contra la salud individual, es la peligrosidad para una variedad potencial de víctimas y no que estas estén o no determinadas de alguna manera previamente.

En este sentido, parece más correcta la aproximación de Dopico, para quien lo que se criminaliza es la oferta comercial, mientras que son atípicas las conductas que pertenecen al ámbito del consumo.[62] Dopico quiere compararlo con el resto de delitos contra la salud pública en los que se castiga la puesta a disposición al público con intención comercial y no, por ejemplo, el ofrecer a un amigo en una cena un alimento en mal estado (que solo se castigaría mediante el tipo que protege la salud individual). La comparación puede sin duda darnos una pista, pero no es del todo correcta, pues la clave en los tradicionales delitos contra la salud pública reside, como ya hemos explicado, no solo en la oferta (por cierto no necesariamente comercial)[63] al público. Además, según Dopico, el menudeo sería típico en tanto sí tiene cierta relevancia supra individual, pues se inserta en la actividad de oferta comercial. Sin embargo, como he señalado, considero que no todo acto de tráfico cumplirá con ese requisito de oferta pública o indiscriminada, debiendo quedar excluida del tipo, si se fuera coherente con el bien jurídico elegido –y que no considero personalmente posible aplicar–, la conducta del sujeto que se limita a vender directamente a su cliente habitual, pues no hay en su conducta una oferta a un colectivo, no existe el riesgo de que otros potenciales consumidores accedan a la sustancia nociva por atender a esa oferta que constituye la conducta típica.[64]

Lo que no hay forma de salvar, para poder entender los delitos relativos a las drogas como delitos contra la salud pública, es la dificultad de conciliar la afirmación de una quiebra de las condiciones de seguridad para la salud de las personas con el hecho de que el consumidor es consciente de la nocividad de la droga.

En realidad, solo una regulación basada en el control estatal de la droga, con la correspondiente infracción administrativa a quien no cumpla con los controles sanitarios y

62 Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

63 Los artículos 359 y siguientes también incluyen conductas como "suministre", "ofrezca", "facilite", "proporcionen", etc., sin exigir contraprestación ni ánimo comercial, ni de lucro, elemento que, como hemos repetido y el propio autor citado reconoce, no se exige.

64 La regulación castiga tanto al tráfico como a la donación (Acale Sánchez, *op. cit.*, pp. 30-31, 51).

la sanción penal para quienes fabriquen o distribuyan droga adulterada, permitirá hablar de verdaderos delitos contra la salud pública.[65]

Sin embargo, con la regulación actual, ni la pretensión de excluir la tipicidad de todo supuesto que no presente un riesgo de difusión no controlada, o a personas indeterminadas, ni la de excluir la tipicidad de las conductas que no favorezcan una oferta de manera que pueda acceder a la sustancia ofertada, desde un punto de vista *ex ante*, cualquier persona, en principio indeterminada, dentro de un colectivo plural, ni, por tanto, la afirmación de que en estos delitos se protege la salud pública, es compatible con la voluntad de los tratados internacionales, ni con la regulación positiva ni con la jurisprudencia constante de los tribunales.

Cuando hablamos de los delitos de drogas, por tanto, no nos sirve el concepto tradicional de salud pública. Aquí el legislador parece más bien querer adelantar la barrera de protección de la salud individual de otra manera, prohibiendo toda conducta de favorecimiento del consumo de una sustancia que considera perjudicial[66] –suponga la misma o no un riesgo de acceso a la sustancia para terceros–, creando, por tanto, verdaderos delitos de peligro abstracto para la vida y la salud individual sin que intervenga un bien jurídico colectivo antepuesto. Por ello la jurisprudencia, conforme a esa legislación tan amplia, castiga, fuera de los supuestos –que además entiende como excepcionales– ya vistos, tanto si el favorecimiento es altruista, como si la oferta no es a un público general, sino una venta a un consumidor final y concreto.

Nos encontramos, en definitiva, en uno de esos sectores en los que el legislador intenta proteger la vida y la salud de las personas aun en contra de su voluntad, lo que nos aleja definitivamente del bien jurídico salud pública. Desde este punto de vista –que aunque no nos guste es el que inspira tanto los convenios internacionales como la regulación positiva española–, que los consumidores finales aparezcan como múltiples e indeterminados o como concretos y determinados no cambia en nada la lesividad de la conducta. Como con razón recuerda el TS, todo el ciclo de la droga tiene siempre como último puerto de destino una acción de autoconsumo.[67]

65 Señala Acale Sánchez, en una línea argumentativa similar, que la salud pública, en sentido estricto, solo se protegería, por tanto, en la actualidad, en el tipo agravado del 369.6, relativo a que "Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud" (*ibid.*, p. 22).

66 En sentido similar, Acale Sánchez habla de un derecho penal simbólico, ya que el verdadero motivo del castigo no sería la protección de la salud pública en sentido estricto, sino el deseo del legislador de dificultar el consumo de estas sustancias a quien quiere hacerlo.

67 STS 09/12/2015.

### 5.3. Opciones de *lege data* y de *lege ferenda*

En mi opinión, y con la legislación vigente, hubiera sido preferible aceptar que el consumo ilegal al que se refiere el tipo penal, y cuyo favorecimiento constituye delito, es el consumo de una persona diferente de la que realiza los actos de cultivo, posesión, tráfico, etc., y justificar así la atipicidad de los actos dirigidos al autoconsumo. Se trataría materialmente de actos preparatorios de una conducta atípica.

Por tanto, la argumentación debería atender, no a la lesión o no del bien jurídico –partiendo de que se trata de delitos que adelantan la protección de la vida y salud individual–, sino a los límites establecidos por el legislador a la disponibilidad del mismo. Es decir, para entender estos delitos deberíamos fijarnos en otros supuestos en los que el legislador permite o considera al menos atípica la disposición del bien jurídico por su portador, pero en cambio prohíbe a terceros intervenir de forma alguna en esa disposición del bien jurídico por su titular, como es el caso del suicidio. De la misma manera que el suicidio no se castiga, pero sí la cooperación en el suicidio ajeno, el Código Penal no castiga el consumo pero sí la participación en el consumo ajeno. Ello dificulta, ciertamente, la explicación de la atipicidad en otros supuestos de actos de auxilio recíproco de consumidores. Pero incluso en estos casos hubiera sido preferible buscar una explicación orientada a fundamentar una coautoría en el acto preparatorio de un hecho atípico, que la opción de variar el bien jurídico solo para algunos supuestos. Es decir, volveríamos a la idea de Dopico[68] de la atipicidad de las conductas ubicadas en el ámbito del consumo, aun cuando las mismas sean realizadas en conjunto por varias personas, pero sin que ello se conecte, en cambio, con una definición del bien jurídico que no podríamos mantener con coherencia.

Soy consciente de que también esta vía tiene sus dificultades. Para empezar, porque la equiparación tampoco es perfecta desde el momento en que el suicidio o las autolesiones no solo son atípicas, sino lícitas, y encuentran su fundamento en la autonomía de la voluntad y en la disponibilidad del bien jurídico para su titular. En cambio, en el caso de las drogas la conducta, aunque atípica, es ilícita. El legislador no consiente que el individuo libre y voluntariamente lesione o ponga en peligro su vida o su salud a través de estos medios. Pero es precisamente esta prohibición la que resulta imposible de justificar e incoherente con el resto de la regulación relativa a dichos bienes jurídicos.[69]

Lo que es claro es que las conductas de autoría en el consumo son atípicas (quizás porque sí conceda el legislador cierto efecto a la disposición del bien jurídico por su

68 Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, p. 27.

69 Señala también esta incoherencia contra la idea de que lo protegido sea la salud pública en su sentido originario (Acale Sánchez, *op. cit.*, pp. 22-23).

portador, aunque sea solo el de disminuir lo injusto hasta dejarlo en un ilícito administrativo), mientras que las de favorecimiento del consumo ajeno son típicas (quizás por una desconfianza mayor en los efectos de una sustancia no controlada, y en cuya nocividad por tanto el consumidor final no puede confiar).

Otra cuestión diferente, como adelantaba, es la de si todas estas decisiones del legislador son acertadas. Desde luego, se puede discutir la decisión del legislador de prohibir a los individuos consumir sustancias dañinas para su salud (aunque no los castigue penalmente), y se puede cuestionar si la política de castigar todo acto de favorecimiento del consumo por otra persona de esas sustancias ha sido un instrumento eficaz para la protección de la salud de estas o, por el contrario, como reitera la doctrina, son más sus efectos negativos que los beneficiosos. Al respecto, los estudios y las tendencias internacionales más recientes recomiendan variar una política de drogas que, como ya hemos señalado, se ha mostrado fallida e incluso contraproducente para la consecución de sus fines, y que resulta imposible de explicar de forma coherente con los principios que deben inspirar el recurso al derecho penal. Al menos en relación con aquellas sustancias que solo pueden generar un daño –incluso a veces escaso– para el propio consumidor.[70]

Los aprietos y las contradicciones con las que se enfrenta el TS en la aplicación de la regulación vigente ponen de manifiesto la necesaria reforma de la regulación legal de la materia, algo que el propio TS ha reclamado en numerosas sentencias, recordando que no es su papel entrar en el debate político criminal sobre este tema, ni corregir o sustituir al legislador.[71]

## Bibliografía

Acale Sánchez, María, *Salud pública y drogas tóxicas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Andrés Domínguez, Ana Cristina, "Artículo 359", en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t. IV, Pamplona, Aranzadi, 2015.

Arana Berastegi, Xabier, "Cannabis: normalización y legislación", *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 19, 2005.

Arenas Rodrigáñez, María Paz, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, Edersa, 1992.

Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, "El bien jurídico en el delito de dopaje en el deporte", en Ignacio Francisco Benítez Ortúzar (coord.), *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte*, Madrid, Dykinson, 2015.

70 Tendría todo el sentido, en cambio, una regulación diferente para aquellas sustancias que provocan agresividad, delirios y reacciones violentas, ya que suponen un peligro para otras personas.

71 STS 07/09/2016, STS 09/12/2015.

Bustos Ramírez, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, junio 1986, p. 160.

De la Cuesta, José Luís e Isidoro Blanco, "¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico-penal", en Amando Vega Fuente *et al., Drogas: qué política para qué prevención*, San Sebastián, Gakoa, 2002.

Díez Ripollés, José Luis y Juan Muñoz Sánchez, *Dictamen solicitado por la Federación de Asociaciones Cannábicas del País Vasco (Eusfac) en relación con la viabilidad legal de los clubes sociales de cannabis, como modelo de autoorganización del consumo*, Málaga, 2012.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo, *Transmisiones atípicas de drogas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

García Albero, Ramón Miguel, "De los delitos contra la salud pública", en Gonzalo Quintero Olivares (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal,* Aranzadi, 2004.

Grupo de estudios de política criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

Iglesias Ríos, Miguel Ángel, "Artículo 363", en Manuel Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t. IV, Pamplona, Aranzadi, 2015.

Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, Bosch, 1999.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, *Relevancia penal de las conductas que se realizan en los clubes sociales cannábicos y de la consideración que de las mismas ha hecho el Tribunal Supremo. Informe 2015-2016*, Donostia, Observatorio de cannabis, Fundación Renovatio, 2016.

Muñoz Sánchez, Juan, "La relevancia penal de los clubes sociales de cannabis. Reflexiones sobre la política de cannabis y análisis jurisprudencial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, núm. 17-22, 2015.

Muñoz Sánchez, Juan y Susana Soto, "El uso terapéutico del cannabis y la creación de establecimientos para su adquisición y consumo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 7, 2001.

Observatorio europeo de las drogas y las toxicomanías, *Informe Europeo sobre Drogas. Tendencias y novedades*, Luxemburgo, 2016.

Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona, Anthropos, 2005.

# TRASCENDENCIA DE LA PENA AL DEFENSOR Y AUTOPROTECCIÓN DEL ESTADO EN LA LEY CHILENA DE ESTUPEFACIENTES

*José Luis Guzmán Dalbora*

**RESUMEN.** El estudio desarrolla una interpretación que emplea los métodos histórico y sistemático con el fin de esclarecer, desde el punto de vista teleológico, cuáles son los verdaderos intereses que están detrás de la legislación chilena sobre estupefacientes. Utiliza como hilo conductor una disposición que prohíbe a los abogados que se desempeñan en la administración pública, so pena de destitución del cargo, defender a personas inculpadas o acusadas de estos delitos, que se dice ofenderían la salud pública, pero en verdad se desentienden por completo de la salud, seguridad y libertad de las personas, para consagrar una forma de autotutela estatal.

**Palabras clave:** personalidad y trascendencia de las penas, inquisición, delitos de lesa majestad, autoritarismo penal, salud pública y bienes jurídicos, metodología de la interpretación penal.

**ABSTRACT.** This study develops an interpretation that employs historical and systematic methods in order to elucidate, from a teleological point of view, the true interests behind Chilean drug laws. The focus of the study is a provision that prohibits public administration lawyers, upon penalty of removal from office, from defending people charged with or accused of these crimes, which is said to offend public health, but in truth is completely unrelated to people's health, safety and freedom, in order to establish a form of state self-protection.

**Keywords:** Individualization and transcendence of penalties, inquisition, crimes of lese majesty, criminal authoritarianism, public health and legal rights, methodology of criminal interpretation.

## 1. El embrollo del bien jurídico declarado en los delitos de estupefacientes

La identificación del bien jurídico ofendido por un delito, una agrupación homogénea de infracciones o toda una familia de maleficios representa siempre una tarea que solicita el esfuerzo mancomunado de la filosofía del derecho, la dogmática jurídica y la teoría política.

El concepto de bien jurídico, su naturaleza y titularidad, las formas genéricas de ofenderlo, las modalidades que puede asumir en los distintos grupos delictuosos, el sentido, alcance, la importancia y las razones lógico-abstractas de su estimación penal, todo esto pertenece a la filosofía del derecho. Ella proporciona, además, los métodos con arreglo a los cuales el jurista podrá inducir el objeto de tutela del delito o los delitos que interesa analizar, métodos que luego servirán a la dogmática para reconstruir las figuras, extraer proposiciones jurídicas, reducirlas a conceptos, incardinar los conceptos en instituciones e inserir las instituciones en el marco de un sistema.[1] Particular atención debe prestar el jurista a las conexiones sistemáticas entre su disciplina y la o las ramas del ordenamiento que constituyeron el bien jurídico, así como los conceptos e instituciones respectivos, tanto para establecer el grado de dependencia o, al revés, la autonomía de la intervención penal frente a la matriz original, cuanto para enjuiciar las bondades de aquella comparativamente con las posibilidades tutelares ofrecidas por esta y, por debajo de ambas, la evidencia empírica de la fenomenología criminal.[2] Por su parte, la teoría política contrasta la disciplina penal del bien jurídico con las ideologías, el ordenamiento político del Estado y la jerarquía de los objetos de tutela que se desprende de su Constitución, a la par que provee puntos de vista para evaluar las disposiciones penales.

1 La metodología de interpretación del derecho es parte de la *iusfilosofía,* incluso cuando los medios interpretativos tienen previsión legal, como los artículos 19 a 24 del Código Civil de Chile. Por cierto, tales medios son necesarios, pero no suficientes, para la labor sistemática que emplea procedimientos lógico-clasificatorios, deductivo-axiomáticos, categoriales o teleológicos. Nosotros seguimos la construcción teleológica de conceptos basada en la noción de bien jurídico. Dado que los bienes jurídicos poseen un sustrato material y, por otra parte, no existe una separación tajante entre los planos del ser y el deber ser, tampoco es factible aspirar a una completa normativización de los conceptos jurídicos. Antes bien, la materia prima de la ciencia jurídica es una realidad preformada por conceptos precientíficos o procedentes de ciencias distintas de la dogmática, cuya tarea consiste en realizar con ellos una elaboración conceptual de segundo grado, lo que implica referirlos a algún valor. Esto asume gran importancia en la apreciación científica de los delitos de estupefacientes (cfr. José Luis Guzmán Dalbora, *Elementi di Filosofia giuridico-penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 125-129).

2 El enlace entre *dogmática penal* y *criminología* es fecundísimo no solo para mostrar la conveniencia o lo contraproducente de una regulación punitiva. La criminología presta a la dogmática elementos con los cuales colmar de contenido empírico los métodos de interpretación de la ley penal, en especial el método teleológico, la reconstrucción de las partes de la ley según fines valorados. Sin embargo, el valor interpretativo de los conocimientos criminológicos excede con holgura las posibilidades de este trabajo.

Esta evaluación, completada con criterios filosófico-jurídicos, criminológicos, estadísticos y penitenciarios, podrá entonces presentarse como auténtica política criminal.

Pues bien, el problema del objeto jurídico genérico de los delitos de estupefacientes se ha convertido en un embrollo en las legislaciones que vienen proclamando la guerra a las drogas.

En español, la palabra 'embrollo' posee dos acepciones. Por un lado, significa enredo, confusión, maraña –como en el cuño francés, *embrouiller*– y, por tanto, una situación embarazosa o un conflicto del cual no se sabe cómo salir. Por otro lado, implica un embuste; quien nos embrolla miente con artificio, es decir, nos engaña. Parece un atrevimiento insinuar que la regulación penal de las drogas presentaría una contradicción nada menos en el objeto de tutela y, todavía más, que el legislador nos pasa gato por liebre, en circunstancias que las propias leyes se encargan de declarar que tal objeto es la salud pública. Así lo hizo el artículo 1 de la Ley chilena 19.366, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fijó el Decreto con fuerza de Ley 1 del Ministerio de Justicia, el 18 de octubre de 1995.[3] Además, la doctrina penalista de muchos países concuerda en que los delitos en palabra ofenderían el conjunto de condiciones de cuya incolumidad depende la salud física y mental de la colectividad en general o, a lo menos, la salud del sector de la población que podría verse perjudicada por las consecuencias dañinas de la asunción de drogas.[4]

Sin embargo, contra esta formulación sistemática se alzan varias objeciones. La primera, ceñida a los ordenamientos que destinan a los delitos de estupefacientes leyes no codificadas, que son también mayoritarias en el panorama comparado, indica que en

3 Ver Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña (coords.), "Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes", en *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998, p. 14. La mención de la salud pública desaparece en la Ley 20.000, de 16 de febrero de 2005, que reemplazó a la Ley 19.366. El artículo 1 discurre sobre unas sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, y otras que no surten tales efectos. Otro tanto se lee en su reglamento, contenido en el Decreto 867 del Ministerio del Interior, de 19 de febrero de 2008, artículo 1. Con todo, más adelante comprobaremos que ley y reglamento no están realmente interesados por la salud individual de los consumidores efectivos o potenciales de estas drogas.

4 A título de ejemplos que valen por otras citas, cfr., en Chile, Politoff Lifschitz y Matus Acuña, *idem*., donde se alude, además, a la libertad de los individuos, coartada por la dependencia que genera el consumo de drogas; en Argentina, Edgardo Alberto Donna, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 204-205 ("se trata de proteger una situación de bienestar físico y psíquico de la colectividad como un derecho constitucional básico"); en México, Mariano Jiménez Huerta, *Derecho penal mexicano*, t. V, 6 ed., México, Porrúa, 2000, p. 147; en España, Concepción Carmona Salgado, "Delitos contra la salud pública (I)" y "Delitos contra la salud pública (II)", en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 125-127 y 155; en Italia, Francesco Carlo Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti. Profili penali*, 2 ed., Padova, Cedam, 1994, p. 30; en Alemania, Walter Perron, "Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania", en José Luis Díez Ripollés y Patricia Laurenzo Copello, *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 281.

estas comparecen infracciones de disímil naturaleza, esto es, que se refieren a bienes jurídicos distintos entre sí y solo tienen en común el objeto material llamado droga.[5] En seguida, siendo innegable que la salud pública constituye una disciplina encargada del estudio de las condiciones que conservan y promueven la salud de la población (sin que corresponda engolfarse aquí en el debate epistemológico de si es un área de la medicina o un saber autónomo),[6] su tratamiento en el derecho la asume, no como actividad cognoscente, sino como objeto jurídico y, con ello, plantea el desafío de diferenciarla convenientemente de la salud individual. Esta tarea no es en absoluto sencilla. La salud pública yace en un concepto, en definitiva, una abstracción; la salud individual encarna en individuos concretos. Aun si reconociéramos en la salud pública algún sustento físico, de todas formas hay que asumir el hecho de que ella "es necesaria justamente para asegurar la salud individual, está a su servicio. Es un bien jurídico teleológico y jerárquicamente subordinado a la salud individual".[7] Parece, pues, imposible disociarla jurídicamente de la última.[8] De ahí que algunos penalistas concluyan que estos delitos son pluriofensivos, porque pondrían en peligro tanto la salud pública como la salud individual,[9] sin que falten los que piensan que la salud pública solo es una apariencia de bien jurídico colectivo,

5 La Ley chilena 20.000 es un paradigma del reparo. Hay en ella delitos contra la salud individual (art. 5: suministro de hidrocarburos aromáticos a menores de edad), la seguridad pública (art. 15: porte o consumo de estupefacientes en actos de servicio por personal de la marina mercante), el orden público (art. 16: asociación ilícita para cometer delitos de drogas) y la administración de justicia (art. 13: omisión de denuncia de estos delitos por funcionario público). Además, contempla delitos sin un claro bien jurídico (art. 14: consumo de drogas por personal militar o policial) o directamente desprovistos de él (art. 50: tenencia o consumo de drogas en lugares públicos o abiertos al público y consumo en recintos privados previo concierto con otros, que en ambos casos constituye falta o contravención penal).

6 De origen higiénico-sanitario y basada en la prevención médica de enfermedades, la salud pública ha evolucionado hacia un área que integra conocimientos de varias ciencias (medicina, biología, psicología, demografía, estadística, economía, sociología, etc.). Tampoco su objeto parece garantizarle unidad epistemológica, ya que la salud pública experimenta una continua redefinición, seguramente porque salud y población son conceptos científicos, pero también categorías políticas (cfr. Vicente Enrique Mazzáfero *et al*., *Medicina y salud pública*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 31, y Fernando Martínez Navarro *et al*., *Salud pública*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1998, pp. 49-51).

7 Por lo que en materia de drogas habría que proteger "al ciudadano en particular y, por tanto, al posible o efectivo consumidor", en lugar de castigarlo, como hacen el derecho chileno y otros ordenamientos (Juan Bustos Ramírez, *Coca-cocaína. Entre el derecho y la guerra (política criminal de la droga en los países andinos)*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, p. 82).

8 Otra cosa es la separación política de la salud pública, expresada en múltiples campañas y acciones de promoción y prevención emprendidas por organismos internacionales, Estados, universidades, colegios profesionales, entes privados, etc.

9 Francesco Antolisei (*Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, 9 ed., Milano, Giuffrè, 1986, pp. 514-515) habla de la incolumidad pública, concepto que en el plan del Código italiano incluye la salud pública. El antiguo profesor de Turín critica la abstracción de los viejos conceptualistas de su país (Rocco y Manzini) y adopta una concepción realista que abarca en el sentido de tutela de los preceptos incriminadores, además de la salud pública, los intereses individuales que son lesionados o puestos en peligro por el hecho de riesgo común. En la actualidad, de esta opinión, en España, ver Serrano Gómez y Serrano Maíllo, en Alfonso Serrano Gómez *et al*., *Curso de derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Madrid, Dykinson, 2015, p. 584.

del que sería mejor prescindir para poner de manifiesto "las verdaderas condiciones de legitimación que atañen a la protección de los bienes jurídicos individuales".[10]

Pero hay más. Los delitos contra la salud pública de cuño tradicional, que provienen de los códigos de la época clásica, en el siglo XIX, se caracterizan por poner en concreto peligro las condiciones que mantienen a salvo la salud del conglomerado social, y porque la masa de personas que pudieran resultar afectadas permanece en la ignorancia de las maniobras del sujeto activo, de modo que se convertirían, sin quererlo, en víctimas individuales si tienen la desgracia de beber de las aguas que aquel contaminó, comer los alimentos falseados, ingerir los medicamentos corruptos, etc. Ambos elementos son mutuamente dependientes: el riesgo concreto lo es para personas singulares, en su salud, y resulta apto para lesionarlas justamente a raíz de que ellas desconocen la amenaza. Así se aprecia en los delitos tipificados en los artículos 313 d (fabricación y expendio de sustancias medicinales deterioradas o adulteradas), 314 (expendio de otras sustancias peligrosas para la salud) y 315 (envenenamiento, infección, adulteración, venta y distribución de comestibles, aguas y bebidas destinadas al consumo público) del Código Penal chileno, todos los cuales requieren que el objeto sea o se haya tornado peligroso para la salud por su nocividad o el menoscabo de sus propiedades curativas o alimenticias,[11] y el artículo 317, que agrava las penas cuando a consecuencia de tales infracciones se produjere la muerte o enfermedad grave de alguna persona. Esta lamentable cualificación por el resultado[12] tiene, empero, la bondad de mostrar que si alguien consume a sabiendas el producto peligroso, su lesión o muerte no podrá ser imputada al autor del hecho contra la salud pública, un bien jurídico considerado indisponible, contrariamente a la salud personal, que sí lo es y cada quien malgasta cuando come bazofia, fuma, se embriaga o se fatiga en el trabajo, los deportes, quehaceres domésticos, etc. En resumen, de estas disposiciones

10 Roland Hefendehl, "El bien jurídico como eje material de la tutela penal", trad. de María Martín Lorenzo, en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 191. El autor nombra expresamente los delitos de estupefacientes en su crítica de la salud pública, que a su juicio está a medio camino entre los auténticos bienes colectivos y los bienes de titularidad individual.

11 Los delitos figuran en el parágrafo 14, del título VI, libro II, como "crímenes y simples delitos contra la salud pública". La rúbrica ya estaba presente en la redacción original del Código (1874), que la tomó de su fuente española de 1848 con la única diferencia de que en este, el epígrafe daba nombre a todo un título, el V del libro II (Manuel de Rivacoba y Rivacoba, "Estudio Preliminar", *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, Valparaíso, Edeval, 1974a, p. 141, y Fernando Díaz Palos, "Delitos contra la salud pública", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1975, p. 687).

12 Acerca de los delitos calificados por el resultado en el Código, ver Rivacoba y Rivacoba, "El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno", *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Celebración del Centenario del Código Penal Chileno*, Valparaíso, Edeval, 1975, pp. 92-95.

> ...se deduce claramente que la protección penal está en función del desconocimiento que tienen los potenciales consumidores sobre la nocividad de ciertas sustancias que han sido adulteradas. Pero en la situación del tráfico de drogas, el consumidor de estas sabe perfectamente que la sustancia que va a adquirir posee algún grado de nocividad, como también lo sabe la persona que compra un paquete de cigarrillos o una botella de vino. Es entonces, este conocimiento sobre la nocividad de la sustancia, la diferencia básica que existe entre los delitos de tráfico de drogas y los relativos a la salud pública (Bustos, 2004, p. 622, nota 20).[13]

Pese a ello, por doquier los primeros están estructurados como delitos de peligro abstracto y acumulativo,[14] sancionándoselos con unas penas que no solo se desproporcionan al compararlas con el castigo de los que lesionan la salud individual –incluso la vida–, sino que relativizan la salud, mero pretexto de la punición, y, para colmo, niegan la determinación propia del hombre, uno de los elementos constitutivos de su dignidad.[15]

Tampoco depone a favor de la salud pública en el medular papel de objeto jurídico único o precipuo de los delitos de estupefacientes, que algunas legislaciones hagan tabla rasa del dispar poder deletéreo de estas sustancias en la salud, porque no lo tienen por igual las denominadas drogas duras que las blandas, sin mencionar el caleidoscopio de matices que nos reservan los miembros de las dos categorías. Por ejemplo, el Decreto Legislativo italiano 272 de 2005 equiparó, sin más, las drogas livianas a las pesadas en el ordenamiento sobre la materia, contenido en el Decreto 309 de 9 de octubre de 1990. La norma retrata el desinterés estatal por la salud de las personas, incluso por la salud pública, y, al revés, una acusada preocupación por proteger intereses supraindividuales, de los que más adelante se hará sucinto mérito, que nada tienen que ver con el bienestar

13 Juan Bustos Ramírez, "Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas", en Juan Bustos Ramírez, *Obras completas*, t. 2, Lima, Ara Editores, 2004, p. 622, nota 20. En cambio, la defensa de la relación ofensiva del tráfico de estupefacientes contra la objeción de que el consumidor se perjudica a sí mismo y el suicidio es impune, defensa que arguye que quien los disfruta por primera vez a menudo desconoce el efecto de dependencia, descansa en una suposición gratuita; y el argumento de que, producida la dependencia, decae la autorresponsabilidad del consumidor, en vez de refrendar el ataque contra la salud, aconsejaría regular estos delitos como atentados contra la libertad (Reinhart Maurach, Friedrich-Christian Schroeder y Manfred Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, 8 ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, p. 55).

14 Hay quien sostiene que son delitos de peligro abstracto y concreto a la vez, en el sentido de que la acción ha de tener la aptitud para producir un daño a la salud pública, "que sea probable que de ella se vaya a derivar una afección efectiva para la salud pública" (José Luis Díez Ripollés y Juan Muñoz Sánchez, "La licitud de la autoorganización del consumo de drogas", *Libertas*, núm. 1, julio de 2013, p. 114).

15 La dignidad humana no desaparece por el hecho de que estas leyes metan al interesado en la fila de un conglomerado de individuos, la víctima abstracta de este y cualesquiera otros delitos contra la salud pública. Por otro lado, el argumento de la reacción de dependencia y la protección de la salud de los consumidores pudiera ser doblemente embustero, si es verdad que la manía por aquella reacción deja en segundo plano a la salud individual y que la consideración prioritaria de la salud pública pone a la libertad como "un mero acompañante o aspecto de esta" (José Luis Díez Ripollés, "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 713).

físico y psíquico de la población.[16] A su vez, la Ley chilena 20.000 distingue las dos clases de sustancias, pero solo en la hipótesis básica de tráfico (art. 3) y el acto preparatorio consistente en elaborar o fabricar drogas y detentar cosas que sirvan para el efecto (art. 1), mientras que fulmina penas contra el tipo privilegiado de tráfico de pequeñas cantidades (art. 4), la conducta antepreparatoria que recae en "precursores o sustancias químicas esenciales" (art. 2),[17] los delitos de receta médica abusiva (art. 6) y suministro indebido por personal autorizado (art. 7), el aporte accesorio de facilitar bienes raíces o muebles para la producción o el tráfico (art. 11) y de recintos abiertos al público para el consumo (art. 12), la omisión de denuncia (art. 13), el consumo de estupefacientes por personal militar o policial (arts. 14 y 15) y la asociación ilícita para cometer cualquiera de estos delitos (art. 16), al interior de preceptos que silencian olímpicamente la dicotomía establecida en el artículo 1. En el fondo, como la italiana, la ley nacional deja entrever que la intranquiliza más el control de las drogas que la conservación del equilibrio físico, intelectual y emocional de las personas, prueba de lo cual es que en su arsenal de penas no está ausente una contra el consumo (art. 50). Eso sí, el contenido manifiesto del desasosiego no desvela los designios últimos, los intereses latentes que se ocultan detrás de él.

A este defecto intrínseco se suma una contradicción extrínseca. Los críticos de esta ralea de leyes han observado insistentemente que si de veras estuviesen preocupadas por la salud pública, se abstendrían de cerrar el ojo ante las drogas consideradas lícitas o de libre circulación, pero cuyos efectos dañinos pueden igualar, e incluso superar, los del sílabo penal.[18] En Chile, la acotación da medio a medio en el blanco. El consumo de drogas controladas es porcentualmente bajo,[19] al paso que la ingesta excesiva de alcohol y sus consecuencias patógenas representan un viejo y hoy agravado problema para un buen número de habitantes. Las condiciones de suelo y clima de los valles centrales son

16 Cfr. Alessandro Gamberini y Gaetano Insolera, "Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa", en Gaetano Insolera y Vittorio Manes (eds.), *La disciplina penale degli stupefacenti,* cap. I, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2012, pp. 4-5.

17 Aquí aparece uno de los crímenes contra la lengua castellana y la nomenclatura científica que desparpaja la ley. La palabra precursor es un adjetivo, no un sustantivo. Como calificación, designa a alguien que profesa o enseña doctrinas o acomete empresas que no tendrán razón ni hallarán acogida sino en tiempo venidero. En seguida, las sustancias químicas, materias formadas por una composición química definida (moléculas, unidades formulares y átomos), son por definición puras. Hablar al respecto de "esencias" equivale a expresarse en una fraseología ajena a la química (y la metafísica, porque toda sustancia es, metafísicamente, esencial). Bien dijo Joseph Conrad, que "tomarse libertades con el lenguaje técnico es un crimen contra la precisión, la claridad y la belleza del habla perfeccionada" (Joseph Conrad, *El espejo del mar: recuerdos e impresiones*, 2 ed., Barcelona, Random House Mondadori, 2013, p. 49).

18 Por ejemplo, Díez Ripollés, 2003, *op. cit.*, p. 712, y Bustos Ramírez, 1996, *op. cit.*, pp. 91-92.

19 Observatorio Chileno de Drogas, *Décimo Estudio Nacional de Drogas en la Población General*, Santiago de Chile, Senda, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2013, pp. 19 y 20; este estudio documenta que las tasas de drogas de mayor consumo oscilan entre 7,1 % (marihuana), 0,9 % (cocaína) y 0,4 % (pasta base) de la población. Ver, empero, la actualización de estos datos *infra*, nota 98.

propicias para la producción de óptimo vino, que el comercio vende a precios accesibles a todos los bolsillos. Abundan bebidas espirituosas derivadas de la vid, la cebada y otros frutos, que son trasegadas del vaso a la garganta como prenda de socialización en una cultura que celebra o, a lo menos, tolera ciertos excesos. Carlos León Alvarado, escritor porteño que enseñó durante décadas Filosofía del Derecho en la sede local de la Universidad de Chile, hoy Universidad de Valparaíso, a la pregunta de qué es lo mejor de Chile, respondió con un lacónico: "el vino", y a la pregunta siguiente, acerca de lo peor de Chile, contestó: "el vino también".[20] De hecho, casi un millón de chilenos (casi el 7 % de la población) bebe desmedidamente, y del total anual de defunciones por enfermedades una altísima proporción está ligada a dolencias producidas por el alcohol.[21]

Naturalmente, no existe una red penal en torno de las bebidas alcohólicas (ni del tabaco). Los mismos delitos contra la salud pública del Código son contados y de sobrio tenor. Como contrapartida, una densa maraña de tipificaciones y reglas especiales se extiende lejos a la saga del ciclo de la droga. Los delitos de tráfico acusan un exacerbado casuismo, con su insensata multiplicación de los núcleos típicos[22] y el gusto por las leyes penales en blanco.[23] Se reprimen actos preparatorios y otros anteriores de los preparatorios, desaparece la distinción de autores y partícipes, la tentativa es equiparada a la consumación –en circunstancias que casi todos los delitos son de peligro–, reciben castigo resoluciones manifestadas usualmente impunes, como la conspiración y la proposición, etc., todo ello sazonado con unas penalidades que superan las conminadas por el Código a los delitos de lesiones, y, a menudo, igualan o sobrepasan las de violación

20 Lo recuerda Agustín Squella, "Prólogo", en Carlos León, *Obras completas*, Santiago de Chile, Alfaguara, 2004, p. 16.

21 Que en los últimos años se ha convertido en uno de los principales factores de riesgo de morbilidad y mortalidad. Los porcentajes pueden consultarse en: Giorgio Solimano, "Consumo de alcohol y sus efectos sobre la salud", *Revista Chilena de Salud Pública*, vol. 10, núm. 3, 2006, pp. 178-179; y en el estudio de carga de enfermedad y carga atribuible, que registra la dependencia alcohólica en el segundo lugar de las causas de morbilidad en la población masculina, inmediatamente después de la enfermedad hipertensiva del corazón (Departamento de Salud Pública, *Estudio de carga de enfermedad y carga atribuible*, Santiago de Chile, Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 40).

22 El paradigma es el artículo 3, que transcribimos para comodidad del lector: "Las penas establecidas en el artículo 1.º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas".

23 La dirección de la política criminal sobre drogas es confiada resueltamente por la ley al Gobierno, encargado de confeccionar las listas de drogas y estupefacientes mediante un reglamento (art. 63). El reglamento, pues, cumple la misión de completar los tipos delictuosos. Muy indicativo del verdadero objeto de tutela es que el reglamento, que citamos *supra*, nota 3, lo dictó el Ministerio del Interior. Es inédito de él que se considere droga dura el cáñamo índico (art. 1). Va de suyo que todo esto es inconstitucional. En Argentina lo denunció hace años Eugenio Raúl Zaffaroni ("Política criminal en materia de drogas en la Argentina", en Díez Ripollés y Laurenzo Copello, 1993, *op. cit.*, p. 134).

y homicidio.[24] La idea que subyace a esta teratología no es tanto "hacer tierra quemada alrededor del consumidor efectivo o potencial",[25] porque tampoco se pretende protegerlo, sino perseguir, sin los límites trazados por los principios penales ni escrúpulos de racionalidad, comedimiento y humanidad, a todos los que intervienen en el circuito de la droga, se aproximan a sus dintornos o resultan salpicados a distancia, como si el mal estuviese en el tráfico, no en la lesión de la salud; "o sea, que se persigue el tráfico por el tráfico mismo".[26]

¿Por el tráfico mismo? ¿Es que acaso tienen razón los autores que opinan que tras el régimen penal de las drogas se busca salvaguardar el interés del Estado en controlarlas en todas sus fases, sea como tutela reforzada de la potestad sanitaria de la administración, sea para asegurar el monopolio de la industria respectiva?[27] Porque si de bienes jurídicos se trata, el campo de la *parte especial* proporciona otras posibilidades, quizá más adecuadas al abrumador panorama legal: el orden y la seguridad públicos, la economía nacional, la paz de las familias y, ya que estamos en esto, por qué no, la educación de las jóvenes generaciones.[28]

En la ley chilena existe una disposición, de aspecto insignificante, que ayuda a iluminar el tenebroso tinglado. En lo que viene la tomaremos como punto de partida de una interpretación histórica y sistemática por el método, que concluirá en la apreciación teleológica de los genuinos intereses e interesados que acechan tras el enredo y escamotean al público el contenido latente de la ley. Esta inteligencia nos revelará el significado político de la ímproba operación de defender criminalmente tales intereses a costa de la salud, seguridad y libertad de las personas. Lo secundario de esta disposición no es óbice para que posea rendimiento especulativo. Una antigua enseñanza de la filosofía del derecho indica que aun el artículo más modesto de una ley puede tener

---

24 Por ejemplo, la asociación ilícita, a que la Ley 20.000 asocia una pena más dura que la de suyo severa del tráfico (art. 16), implica para los dirigentes del consorcio de 10 a 20 años de prisión, mientras que el homicidio es castigado por el Código con 10 a 15 años (art. 391, núm. 2).

25 Como afirma Ruga Riva en su exposición crítica de la, asimismo, monstruosa disciplina penal italiana de los estupefacientes (Carlo Ruga Riva, "Stupefacenti e doping", en Domenico Pulitanò, *Diritto penale*. Parte speciale, vol. I, *Tutela penale della persona*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. 175).

26 Eugenio Raúl Zaffaroni, "La legislación 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario", en Mir Beg Lecca Guillén (coord.), *Derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1991, p. 722.

27 Una crítica de estas concepciones, que visten de objetos de tutela simples poderes jurídico-públicos de ordenación, en Díez Ripollés, 2003, *op. cit.*, p. 713-714, y Bustos Ramírez, 1996, *op. cit.*, pp. 90-91. En todo caso, la prohibición penalmente robustecida de las drogas tiene que acabar convirtiéndolas en un producto de escasa calidad, lo que es causa de verdaderos daños para la salud y la vida de los consumidores. Este efecto de la ley penal no habla bien de la salud pública como materia de la protección (Díez Ripollés, "El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal", en *Estudios penales y de Política criminal*, Lima, Idemsa, 2007, p. 841).

28 Por increíbles que parezcan, estas menciones aparecen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte de Casación italianas; ver Insolera y Manes, *op. cit*., pp. 68-69; Alberto Cadoppi *et al*. (dirs.), *Trattato di Diritto Penale*. *Parte speciale*, t. IV, Torino, UTET, 2010, pp. 527-528.

valor filosófico-jurídico y remontarnos a ideas más altas, si se lo examina *sub specie aeternitatis*, "como un puntito de la gran línea del Derecho, como un átomo del universo de la cultura".[29]

## 2. Prohibición de defender judicialmente a sospechosos de tráfico y trascendencia de la pena para el abogado contratado por la administración pública

El asunto de drogas psicotrópicas y estupefacientes empieza a despertar atención en Chile con cierta tardanza respecto de otros países.

En su redacción primitiva, el Código no conocía estos delitos; es más, ni siquiera empleó los términos que denotan su objeto material. La regulación comienza recién con la Ley 17.155 del 11 de junio de 1969, que introdujo varios artículos en los que el tráfico y sus conductas preparatorias fueron sancionados con inaudita severidad y tono moralizante, rasgos que se mantendrán en las leyes sucesivas.[30] Estas, a su vez, extrajeron definitivamente el tema del derecho codificado. Han sido cuatro, de creciente extensión, galopante intemperancia y rampante defensismo, características que salen al paso en la fragmentación casuista de los tipos, la intransigencia de las penas y la dilatación de la materia regulada, que pasará desde el derecho penal a las cuestiones procesales, administrativo-sanitarias y, últimamente, administrativo-disciplinarias.[31]

Tropezamos con la primera norma de disciplina para la función pública en la Ley 19.366, que data de 1995, cuatro años después de haber recuperado el país la democracia. El artículo 51 prohibió patrocinar o actuar como mandatarios de inculpados por crímenes, simples delitos o faltas tipificados en la misma ley, a los abogados, estudiantes y egresados de la carrera de Derecho con habilitación para actuar judicialmente, si estos se desempeñan como funcionarios públicos o empleados contratados a cualquier título por la administración. La sanción era la mayor prevista en el estatuto de los funcionarios,

29 Max Ernst Mayer, *Filosofía del derecho*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 2015, p. 15.

30 La pena del tráfico y de la simple elaboración ilegal de estupefacientes era presidio mayor en su grado medio (de 10 a 15 años) y multa en los artículos 319 a y 319 b. Este último, y el artículo 319 d, se propusieron castigar a quien promoviera el "enviciamiento" de terceros. Por otra parte, la reforma inaugura la legislación penal en blanco dejando la determinación del objeto material a un reglamento del presidente de la república, "el que podrá ser adicionado o modificado por esta misma autoridad" (art. 319 a). Una crítica de estas disposiciones en Rivacoba y Rivacoba, "La represión de los delitos relativos a estupefacientes en Chile", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 4, diciembre de 1973, pp. 199-206; y *Delitos sobre estupefacientes*, Valparaíso, Edeval, 1974.

31 Son las leyes 17.934, de 16 de mayo de 1973; 18.403, de 4 de marzo de 1985; 19.366, de 18 de octubre de 1995, y 20.000, de 16 de febrero de 2005, hoy vigente. Prácticamente todos los gobiernos del último medio siglo, dictadura oligárquico-militar incluida, se han sentido en la necesidad de derogar lo regulado por sus antecesores y reemplazarlo con un estatuto propio, aunque, en verdad, solo consiguieron profundizar el surco abierto en 1969.

o sea, la destitución del cargo. Tras diez años de vigencia, la prohibición es refrendada por la actual ley de drogas, cuyo artículo 61 reza así:

> Los abogados que se desempeñen como funcionarios o empleados contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado o en instituciones o servicios descentralizados, territorial o funcionalmente, no podrán patrocinar ni actuar como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley. Si se tratare de actuaciones relativas a crímenes o simples delitos, la infracción de esta prohibición se sancionará administrativamente con la destitución del cargo o con el término del contrato. Si se tratare de faltas, se considerará infracción grave de las obligaciones funcionarias, pudiendo disponerse hasta su destitución o el término del contrato. –No se aplicará la prohibición establecida en el inciso primero a los abogados que se desempeñen en la Defensoría Penal Pública o como prestadores del servicio de defensa penal pública, cuando intervengan en esas calidades, ni a los abogados en su desempeño como funcionarios de las Corporaciones de Asistencia Judicial, a los contratados por estas, y a los egresados de Facultades de Derecho que estén realizando la práctica gratuita requerida para obtener el título de abogado, solo en lo relativo a su actuación en dichas Corporaciones.– Para efectos de lo dispuesto en este artículo, el juez de garantía o el Ministerio Público, en su caso, deberá informar a la Contraloría General de la República sobre la identidad de los abogados que patrocinen o actúen como apoderados o mandatarios de imputados por crímenes, simples delitos o faltas contemplados en esta ley.

Se debe señalar que la anterior no fue la única novedad que aportaría en materia estatutaria la Ley 20.000. Esta modificó diversos textos legales agregando como inhabilidad para ocupar o continuar en cargos de autoridad política, administrativa o jurídica (ministros de Estado, jefes superiores de servicio, directivos de otros organismos administrativos, intendentes, gobernadores, consejeros regionales, alcaldes, concejales, jueces comunes, del tribunal constitucional y del tribunal calificador de elecciones, fiscales del ministerio público, y otros) el estado de dependencia de drogas o sustancias estupefacientes "no justificado por un tratamiento médico". Se dispuso que para asumir tales cargos el interesado debe prestar una declaración jurada en el sentido de estar libre del impedimento, corriendo el riesgo de cometer el delito de perjurio si miente.[32] Además, la ley ordenó que las autoridades superiores de cada órgano prevengan y controlen en sus reparticiones el consumo de drogas.

Si estas inhabilidades y mecanismos de vigilancia evocan una organización política análoga a la conocida en otras latitudes y época no lejana, al interior de la cual solo

32 Por lo menos en lo que toca a las autoridades administrativas, esta es una conclusión inevitable de los artículos reformados por la Ley 20.000, que imponen el juramento, y los artículos 210 y 212 del Código Penal, que penan el perjurio, delito que puede cometerse en causa propia como reconoce la doctrina (Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow, *Delitos contra la función pública*, 2 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 457-458).

existe y tiene valor el Estado, tanto más ajena a la tradición jurídico-pública del país parece la prohibición con que la ley de drogas obsequia a los abogados funcionarios. El sistema administrativo chileno no obliga a los empleados públicos a una dedicación total y exclusiva a la función, salvo contadas excepciones.[33] El artículo 56 de la Ley 18.575, Orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado (1986), en el texto refundido por el Decreto con fuerza de Ley 1/19.653, de 17 de noviembre de 2001, reconoce el derecho de todos los empleados públicos al ejercicio libre de cualquier profesión, industria, comercio u oficio, con tal que sea conciliable con su puesto oficial, no perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes, y se realice con recursos privados fuera de la jornada de trabajo. Aparte de esta exigencia de asiduidad, el régimen de incompatibilidades consulta solo dos limitaciones relevantes para nuestro punto, a saber, las actividades privadas que se refieren a materias específicas o casos concretos que deba tratar el funcionario o el organismo a que este pertenezca, así como la representación de terceros en acciones civiles deducidas en contra de organismos públicos, a menos que los terceros sean parientes próximos del mandatario. La incompatibilidad nombrada en segundo lugar se traduce en una prohibición legal: actuar el funcionario en juicios civiles en contra de los intereses del Estado o de las instituciones que lo conforman; a su vez, la infracción de la primera incompatibilidad puede constituir una contravención al principio de probidad en la función pública.[34] En mérito de lo anterior, la jurisprudencia administrativa ha resuelto que no es lícito, a los abogados funcionarios, asumir la representación de personas involucradas en contiendas judiciales en que pueda resultar comprometido el interés pecuniario del fisco.[35]

En cambio, no resulta claro el fundamento de la incompatibilidad de los intereses del abogado con intereses de la administración pública de tal importancia, que llegan al extremo de prohibirle actuar profesionalmente por cuenta de terceros en causas de estupefacientes. En estas se ventilan, no litigios de naturaleza jurídico-privada y contenido económico, sino delitos comunes que suponemos ofenden un bien jurídico –la salud pública– cuya incolumidad interesa a todas las personas indistintamente. Si un abogado funcionario puede representar a reos de otras infracciones contra este bien jurídico,

33 Es el sistema propio de los países liberales (como enfatiza Enrique Sayagués Lazo, *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, 1958, p. 319), contrario al régimen administrativo del fascismo, que considera incompatible el cargo público con cualquier profesión, comercio, industria u oficio privados, reserva hecha de los profesores universitarios de ciencias jurídicas y los médicos (Guido Zanobini, *Corso di Diritto amministrativo*, t. III, Milano, Giuffrè, 1945, pp. 234-235).

34 Artículo 84, letra c, de la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo, texto refundido fijado por el Decreto con fuerza de Ley 29, de 16 de marzo de 2005, y artículo 62 de la Ley 18.575, respectivamente.

35 Enrique Silva Cimma, *Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 205.

incluso más serias que el agobiante inventario de la Ley 20.000, como el ejercicio ilegal de la medicina y la diseminación de gérmenes patógenos (arts. 313 a y 319 del CP), del mismo modo que ninguna ley le veda asumir la defensa penal de un empleado de otro organismo público acusado de cohecho, defensa también lícita según el Código de ética profesional del Colegio de Abogados de Chile,[36] ¿por qué las puertas de la sala de justicia han de cerrársele a bocajarro en los procesos sobre drogas? Esta perplejidad llevó al jurista Juan Bustos Ramírez a calificar el interdicto de restricción injustificada y arbitraria, porque vulnera el derecho del inculpado a la defensa y, en el abogado, su libertad de trabajo,[37] a vista y paciencia de que aquel derecho tiene enclave en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es norma vigente en Chile,[38] y esta libertad es reconocida por el documento que impera con el nombre de Constitución por obra del conventículo que gobernaba el país en 1980 (art. 19, núm. 16).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional dio al traste con estos reparos en un fallo de finales de 2008. Un abogado, profesor de derecho penal en cierta universidad pública, asumió temporalmente, para actuaciones judiciales muy precisas, la defensa de personas imputadas por tráfico de drogas. Pese a que el profesor no intervino en el fondo de la causa, la Contraloría General de la República, órgano encargado de revisar la legalidad de los actos de la administración, comunicó el hecho a la universidad. Esta instruyó un sumario administrativo que concluyó con la destitución del funcionario. El asunto fue a parar al Tribunal Constitucional. Este desestimó las violaciones de los derechos fundamentales alegados por el docente, entre otros, su libertad de trabajo, arguyendo que la prohibición legal busca impedir que los funcionarios actúen contra los intereses del Estado o se prevalgan de su función para favorecer a individuos imputados de delitos de drogas, hechos "de tan negativa connotación social y de un innegable efecto disolvente sobre las instituciones y la moral pública", así como obtener el respeto a ultranza del principio de probidad administrativa.[39] En diversos pasajes el Tribunal declara

36 El artículo 69 del Código de Ética (2011) repite para el abogado el contenido del artículo 56 de la Ley 18.575, ya resumido *supra*, en el texto.

37 Bustos Ramírez, 2004, *op. cit.*, p. 628.

38 El artículo 8 de la Convención, ratificada por el país en 1990, establece el derecho del inculpado de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección. Incluso la tímida resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de abril de 2016, documento denominado "Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas", considera entre las garantías legales en el proceso penal, "asegurar el pronto acceso a la justicia letrada y el derecho a un juicio justo" (literal "o" de las "Recomendaciones operacionales sobre cuestiones intersectoriales: las drogas y los derechos humanos, los jóvenes, los niños, las mujeres y las comunidades").

39 Cfr. los fundamentos décimo octavo, décimo noveno, vigésimo, vigésimo primero y trigésimo de la sentencia, fechada el 18 de noviembre de 2008 (Tribunal Constitucional, *Jurisprudencia Constitucional*, t. XIII, sentencias pronunciadas entre 2008 y 2009, Santiago de Chile, 2012, pp.166-187).

"razonable y objetiva" una prohibición "estrechamente relacionada con las obligaciones que importa el desempeño de un cargo público" (fundamento vigésimo).[40]

Concedamos en hipótesis a los jueces constitucionales que su afán por proteger los intereses estatales y la moral es acorde con los términos de la Constitución. Después de todo, el texto que defienden estos altos magistrados derrocha conceptos indeterminados, particularmente en las restricciones al ejercicio de derechos fundamentales. Piénsese que las libertades de trabajo y de desarrollar actividades económicas pueden ser prohibidas si se oponen a la moral, el orden público o la seguridad nacional (art. 19, núm. 16 y 21). Pero el Tribunal solo insinúa, no desenvuelve hasta todas sus lógicas consecuencias esta línea argumental. Si la prohibición de defender a sospechosos de tráfico se basa en la seguridad nacional, entonces habría que redondear la hipótesis con la conjetura de "una política nacional de exclusión social de los infractores de normas penales vinculadas al tráfico de drogas o al cumplimiento de acuerdos internacionales del país en este ámbito", como comenta un administrativista en su cerrada crítica del fallo.[41] Y si el fundamento finca en una exigencia ética, el Tribunal hubiera debido proclamar sin rodeos que los funcionarios públicos deben evitar el contacto con individuos inmorales de la calaña de los traficantes.[42] Por cualquiera de las dos vías gana explicación que el Tribunal, según destaca el crítico,[43] desconozca el derecho de toda persona a defenderse o ser defendido por un abogado de su confianza y el principio que obliga a considerarla inocente mientras no se determine legalmente su culpabilidad, también consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, pará. 2). Solo que embocar tales caminos significaría que para los jueces constitucionales la coraza de su Carta fundamental es tan compacta, que no es capaz de horadarla el Pacto de San José de Costa Rica.[44] Por eso la ley interna podría desconocer los principios y derechos de 1969. Es más, a la negación del derecho de defensa y el axioma de inocencia, bien pudiéramos sumar un nuevo prin-

40 También el voto disidente juzga razonable que la "moral funcionaria y la probidad administrativa" sean un obstáculo para la defensa de inculpados por tráfico de drogas, "flagelo corrosivo de las bases esenciales de la convivencia social", mas no en el caso de un profesor universitario, porque "la misión institucional de una universidad estatal no consiste en enfrentar el tráfico de drogas" (¡menos mal!).

41 Juan Carlos Ferrada Bórquez, "Las renuncias y vacilaciones del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales: comentario a propósito de la STC 1133/08", *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, núm. 56, primer semestre de 2010, p. 300.

42 "Así, solo desde la condena moral —y no solo jurídica— al tráfico de drogas, puede entenderse como constitucionalmente válida la prohibición y sanción impuesta para los abogados que se desempeñen en el sector público" (*ibid*., p. 302).

43 *Ibid*., pp. 304-306.

44 Norma que le estaría subordinada con arreglo a la fórmula: primero la Constitución, después el Pacto. La jurisprudencia de la Corte Suprema tampoco parece tener en alto aprecio al último (ver José Luis Guzmán Dalbora, "El caso de Chile (influencia de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos en el derecho penal chileno)", en Kai Ambos *et al.* (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. III, Bogotá, Konrad-Adenauer Stiftung, 2013, pp. 135-164).

cipio, parejamente sacrificado en el altar de la seguridad e integridad moral del Estado chileno: la personalidad de las penas.

Que la pena no debe trascender de la persona del delincuente, como preceptúa el artículo 5, apartado 3, de la Convención Americana, corresponde a una de las exigencias que se desprenden del principio de personalidad de la responsabilidad penal. En su virtud, la pena solo puede recaer en el individuo responsable de un delito (*pœna suos teneat auctores*), de lo que se siguen el imperativo de culpabilidad en el acto sancionado y la inadmisibilidad de imputaciones y penas aberrantes, es decir, que se atribuya al sujeto pasivo del *ius puniendi* actos ajenos o hechos naturales y que su pena vaya a embestir también a otras personas, sea en vida o después de los días del reo.[45] Sin embargo, durante siglos rigió el principio opuesto, que se satisfizo con la responsabilidad objetiva y reclamó la trascendencia de las penas. Pena trascendente era la comunicación de la nota de infamia que acompañaba a ciertos castigos, y de las tremendas consecuencias asociadas a la infamia, para los familiares del condenado, "lo que equivalía para ellos a una verdadera muerte jurídica y social".[46]

De origen romano, la infamia, que no nació en el derecho penal, porque emerge como pérdida de la reputación o merma de la dignidad personal a causa de actividades torpes o conductas inmorales, adquirirá un poderoso desarrollo como pena propiamente dicha durante la Edad Media, cuando se funden las tradiciones jurídicas romana, canónica y germánica. Del derecho canónico proviene la distinción de *infamia facti* e *infamia iuris*, la primera contraída simplemente por mala conducta y la segunda requerida de una declaración del juez en los delitos para los que la señala la ley.[47] Procedía especialmente en los maleficios de tipo religioso, entregados a la competencia del Santo Oficio de la Inquisición, sobre todo, la herejía.[48] La pena del hereje se comunicaba a su familia, cuyos miembros quedaban desposeídos de dignidad, honores, bienes, beneficios

45 Sobre el particular, ver Guzmán Dalbora, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Santiago de Chile, LegalPublishing, 2008, p. 42.

46 Rivacoba y Rivacoba, "Prólogo", en Maximilien Robespierre, *Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas*, trad. Rivacoba y Rivacoba, colección Juristas perennes, núm. 12, Valparaíso, Edeval, 2009, p. 20.

47 Del decurso histórico de la infamia por causa del delito y las penas infamantes nos explayamos en Guzmán Dalbora, 2008, *op. cit.*, pp. 276-283.

48 Desde su nacimiento, la Inquisición dirigió también la mirada a los sospechosos de hechicería, aunque solo si sus actos "olían a herejía", distinción que desaparece más tarde, lo que permitió perseguir sin restricciones, por ejemplo, a las brujas (Marino Barbero Santos, *Pena de muerte. (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 85). Se entiende que para las burdas concepciones de la época no había una diferencia cualitativa entre la herejía y la posesión diabólica de la bruja (Jules Michelet, *La bruja. Un estudio de las supersticiones de la Edad Media*, trad. de Rosina Lajo y Mª Victoria Frígola, Madrid, Akal, 2009, p. 352).

eclesiásticos y todas las funciones públicas.[49] Además, se comunicaba a los defensores de herejes y sus descendientes hasta la segunda generación.

En efecto, los manuales de inquisidores, documentos preciosos pues ministran una muestra aplicable a todas las inquisiciones de Europa, ponían énfasis en los criterios para identificar y el deber de perseguir a los protectores, bienhechores y defensores de heréticos, quienes resultaban excomulgados *ipso facto* y caían bajo la sospecha de participación en el crimen. El riesgo era supino para el abogado defensor. Las fuentes canónicas no trepidan en prohibir a los abogados el patrocinio de ciertos criminales, suspendiéndolos de su oficio en caso de infracción y difamando a cualquier letrado en quien se presintiese herejía.[50] La defensa en sí era considerada "causa de demoras en el proceso y de retraso en la promulgación de la sentencia".[51] Había, pues, que impedir que el acusado renitente tuviese un defensor de su confianza y, todo a lo más, nombrarle uno de la confianza del inquisidor. El papel de este defensor se reducía a "presionar al acusado para que confiese y se arrepienta, y solicitar la penitencia del crimen cometido".[52] La abyecta tarea a que se veía constreñido el abogado, cumplida bajo la permanente amenaza de infamia, iba de la mano de la supresión del nombre de sicofantes y testigos de la acusación; el acusado no debía conocerlos, porque el proceso inquisitivo lo tenía por culpable desde el principio y era él quien debía demostrar su inocencia.[53]

Otro señalado campo de la infamia fueron los delitos de lesa majestad, que se prestaban a ella tanto más dócilmente cuanto que, al igual que las infracciones religiosas, no requerían una víctima concreta y posibilitaban reprimir la desobediencia al soberano sin

---

49 La pena de confiscación de bienes, a favor del Santo Oficio, típica de estos delitos y también trascendente en los procesos por hechicería, no liberaba a los parientes de la bruja de pagar los servicios de torturadores y verdugos, la leña empleada en la hoguera ni el banquete con que se atracaban los jueces después de la quema (Antonio Escohotado, *Historia general de las drogas*, 8 ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2008, p. 316). Este autor efectúa un interesante análisis de la relación histórica de drogas, sexualidad y hechicería en *Las drogas. De los orígenes a la prohibición*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 39-48.

50 Nicolau Emeric y Francisco Peña, *El manual de los inquisidores*, trad. de Francisco Martín, Barcelona, Muchnik Editores, 1983, p. 167. Cfr. el pasaje de Emeric citado en Massimo Nobili, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 150.

51 Emeric y Peña, *op. cit.*, pp. 166-167.

52 *Ibid*, p. 168. Si la bruja pide defensas, "el abogado no es designado según el capricho del acusado, porque él querría tener uno a su gusto", advirtieron los tristemente célebres dominicos Jacobo Sprenger y Enrique Institoris. El inquisidor ha de conceder "a un hombre honrado y no sospechoso desde el punto de vista de la fe", el que, con todo, "debe evitar incurrir en el reproche de fautor de herejías, porque de otro modo sería excomulgado de acuerdo con el Derecho". Que no pretexte que defiende a la persona, no el error; su deber es "no defenderla de tal modo que se impida el procedimiento de forma simple, sumaria y breve". Si lo infringe, "siendo sospechoso de herejía, por este mismo hecho ya se coloca entre los autores de herejía no de forma ligera, sino violentamente, en virtud de la defensa que haya hecho" (Jacobo Sprenger y Enrique Institoris, *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, trad. de Miguel Jiménez Monteserín, Valladolid, Editorial Maxtor, 2004, pp. 469 y 470).

53 Cfr. Henry Kamen, *La inquisición española*, trad. de María Morrás, Barcelona, Crítica, 2004, pp. 188-190. Se comprenderá que en estas condiciones la defensa del sujeto era ilusoria.

necesidad de reparar el daño causado a un semejante.[54] Obsérvese, por otra parte, que el *crimen maiestatis* no es un concepto susceptible de definición. Admite únicamente una descripción de ciertos supuestos de hecho que el sistema de poder fue considerando en tal calidad mediante la politización de un cada vez mayor registro de infracciones comunes, conforme lo exigiesen situaciones contingentes, episodios particulares o problemas específicos del trono. Este decurso, que se intensifica desde las postrimerías de la Edad Media hasta finales de la Edad Moderna, condujo desde los actos de rebelión y traición hasta una acumulación de hechos que los titulares del poder declararon dañosos de los intereses del país, como los delitos contra la administración pública y la administración de justicia[55]. La punición de estas infracciones se extendía a los hijos del condenado, a su descendencia, al cónyuge, los parientes colaterales y más personas aún. Las fuentes no permiten reconocer la comunicación de la nota de infamia al abogado del reo, por la sencilla razón de que en las causas de lesa majestad no se le concedía la asistencia de un defensor. Pero este defecto, que hoy se consideraría sobrado motivo de nulidad, era consustancial a procesos en que todo elemento de anulación podía ser subsanado por el príncipe y que debían desarrollarse *summarie, de plano, sine strepitu et figura iudicii, ex officio et sine accusatione.*[56]

Además de los políticos y religiosos, cuando sobreviene la reforma penal del Iluminismo existía un cuantioso grupo de delitos comunes a cuya pena las leyes acoplaban la infamia (suposición de parto, sodomía, incesto, estupro, lenocinio, parricidio, aborto, exposición de infantes, asesinato, suicidio, robo, rapto, incendio, etc.).[57] Ni siquiera la obra de los padres del derecho penal contemporáneo consiguió jubilar la vejatoria mácula. Leyes y constituciones proclamarán el principio de personalidad de las penas, que pasa a los códigos penales de la época clásica.[58] Pero el hecho que de él continúen ocupándose constituciones y convenciones internacionales del siglo XX, es índice de la persistencia fáctica de la penalidad aberrante.

---

54 Escohotado, 2008, *op. cit.*, p. 324.

55 La politización de delitos comunes "no es tanto el efecto de una selección deliberada, madurada fríamente e impuesta por juristas lúcidos y perversos, cuanto el producto natural de la absolutización progresiva del poder y de la elefantiasis burocrática unida necesariamente a ella" (Mario Sbriccoli, *Crimen læsae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 263).

56 *Ibid.*, p. 364. Sobre la falta de defensa del reo se detiene también Antonio Pertile, *Storia del Diritto italiano. Dalla caduta del Impero romano alla Codificazione*, t. V, *Storia del Diritto penale*, 2 ed., Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1968, pp. 474-475.

57 *Ibid.*, p. 360, que cita como ejemplo la Constitución Criminal Teresiana (1768).

58 Principalmente, la Reforma de la legislación criminal toscana, de 1786, artículo LVII, la Ley francesa de 24 de enero de 1790 y la Constitución española de 1812, artículo 305. Ver Guzmán Dalbora, 2008, *op. cit.*, p. 43, y Rivacoba y Rivacoba, 2009, *op. cit.*, p. 23.

Toda pena produce efectos indirectos que manchan o dañan a personas distintas del penado. De ahí que un legislador respetuoso del principio de personalidad debe esmerarse en limitar cuanto pueda tales consecuencias, para no convertirse él mismo "en la razón única y directa de un mal que recae sobre personas que no lo han merecido".[59] Con todo, no siempre se toma esta precaución. De la mismísima entidad jurídica de las penas trascendentes quedan supervivencias, "de significación y consecuencias en muchos sentidos funestas, como, no ya solo la desconfianza con que se los mira, sino, sobre todo, las graves limitaciones en el ejercicio de su ministerio que algunas leyes imponen a los abogados que defienden a acusados de ciertos delitos".[60]

Este es precisamente el destino reservado en Chile a quienes defienden profesionalmente a simples sospechosos de tráfico de drogas. En este sentido, el artículo 61 de la Ley 20.000 abre una ventana al pasado, comprueba que prácticas que antaño dominaron sin contraste y hoy creemos periclitadas, nunca abandonaron del todo la escena penalista.[61] Aún más, la prohibición de defensa que oprime a los abogados funcionarios representa una supervivencia penal por partida doble. El fósil testimonia la continuidad de la infamia aneja a los delitos religiosos, la trascendencia social y jurídica de la pena impuesta al hereje. De hecho, el artículo 61 exceptúa de la prohibición solo a los abogados de la Defensoría Penal Pública y la Corporación de Asistencia Judicial, servicios supervisados o dependientes del Ministerio de Justicia. En otras palabras, el defensor de inculpados de tráfico tiene que ser uno de algún modo controlado por el Gobierno, como antaño debió serlo el de herejes por el aparato de la Inquisición. Sobre los demás abogados que acepten el patrocinio puede recaer libremente el estigma social que genera o fortalece esta regla, el baldón de herejía.[62] Pero, por otro lado, el fósil transmite la vitalidad infamante de los delitos de lesa majestad. Esta vez la infamia se adelanta a la pena, aparece ligada a la imputación preliminar de crímenes, simples delitos y faltas de estupefacientes, como en los antiguos delitos contra el soberano. En el reino del recelo, clave para la defensa del poder político, deviene natural imponer a los tribunales la innoble obligación de dar el nombre de los abogados defensores a la Contraloría General de la

59 Pellegrino Rossi, *Trattato di Diritto penale*, trad. de Enrico Pessina, Torino, Società Editrice, 1859, p. 452.

60 Agudísima observación de Rivacoba y Rivacoba, 2009, *op. cit.*, pp. 38-39.

61 Cfr. Bernardino Alimena, *Principios de derecho penal*, t. I, trad. de Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, pp. 105 y 108. La relación del artículo 61 con la infamia romana y la trascendencia de la pena es apuntada también por Ferrada Bórquez, *op. cit.*, pp. 302 y 306.

62 El estigma es una realidad social. Sobre todo en las ciudades de provincias, el abogado que se atreve a intervenir en estas causas como mandatario particular es tildado secretamente por profanos e iniciados de estar coludido con su cliente o participar de las ganancias del delito, como si no defendiese a la persona, sino el tráfico de drogas. Exactamente como en la época de la caza de herejes.

República, a la cual, acto seguido, la ley de drogas asigna el no menos mezquino papel de escribano de la carta infamante.[63]

La historia de la prohibición certifica su ligamen con los procesos de lesa majestad divina o humana. En el siguiente apartado cotejaremos el resultado del método histórico de interpretación de las leyes con el sistema interno de la ley de estupefacientes.

## 3. La autoprotección del Estado como "bien jurídico" real de la guerra contra la droga

La Ley 20.000 reúne todos los requisitos para presentarla como paradigma de la legislación penal de excepción, un segundo código que destituye los principios rectores del derecho común.[64] No solo eso. La lectura sistemática de estas disposiciones descubre inequívocamente la huella del tratamiento penal y procesal penal de los delitos de lesa majestad.

Entre las anormalidades que afectan a los principios de la teoría del delito, salta inmediatamente a la vista que merezcan pena la conspiración y proposición (art. 17), resoluciones manifestadas que con arreglo al Código son punibles solo en algunos crímenes contra la seguridad exterior e interior del Estado (arts. 8, 111 y 125); mas no olvidemos que los candidatos a lesa majestad tampoco necesitaban efectuar una acción positiva, ya que eran suficientes las malas intenciones.[65] En seguida, como en estas causas es irrelevante la exigencia de atenerse a la entidad real de los hechos y guardar proporción entre delito y pena, la tentativa se castiga como delito consumado (art. 18), ficción legal que invita al autor a perjudicar efectivamente la salud del prójimo. Luego, comparecen personajes inauditos en el teatro de la participación. Por lo pronto, el agente provocador, que la ley disfraza con el eufemismo de "revelador", es un funcionario policial que

63 Preocupados por la eventualidad de recibirla, un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile solicitó a la Contraloría la emisión de un dictamen acerca de si la prohibición se extendía a su intervención como defensores en causas por el delito de lavado de activos, cuando el origen de los bienes reciclados fuese un hecho distinto del tráfico de drogas. En el dictamen 28.020, de 10 de abril de 2015, la Contraloría respondió que no. Sin embargo, en el ínterin la Ley 18.218, de 18 de febrero de 2015, modificatoria de la Ley 19.913, de 18 de diciembre de 2003, que tipifica el delito de lavado de activos (art. 27, lit. a), declaró que la prohibición de la ley de estupefacientes es aplicable a los procesos por lavado cuando la fuente del objeto material sea un hecho típico y antijurídico castigado en las leyes 20.000 o 18.314, el artículo 10 de la Ley 17.798 o los artículos 141, 142, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal. En buen romance, la prohibición del artículo 61 de la Ley 20.000 se ha extendido al reciclaje de capitales procedentes de terrorismo, tráfico ilegal de armas de fuego, secuestro, sustracción de menores, tráfico de migrantes y tráfico o trata de personas. ¿No recuerda esto los delitos de lesa majestad de otros tiempos?

64 Para el caso español, que contempla estos delitos en el cuerpo punitivo, pero como un paréntesis dentro de su articulado, una suspensión sectorial de sus principios (Díez Ripollés, *Delitos y penas en España*, Madrid, Catarata, 2015, p. 181).

65 Exteriorizadas antes del proceso o durante él mediante tortura (Pertile, *op. cit.*, p. 467).

simula comprar o adquirir droga con la finalidad de incautarla y detener al engañado, y a quien se premia con una eximente por sus actos criminosos.[66] Además, la ley otorga a particulares la misión de esbirros: el "informante", un soplón de la policía que puede intervenir impunemente en estos delitos como provocador o agente encubierto,[67] y los responsables de toda suerte de establecimientos que reciben público, que quedan de facto constreñidos a denunciar a sus parroquianos desde el momento que cargan con la amenaza de una pena de hasta cinco años de prisión si toleran o permiten que se trafique o consuma droga en el local (art. 12). Asimismo, es improcedente la circunstancia atenuante de reparación celosa del mal causado (art. 20), exclusión en que no acertamos a discernir otro sentido que encruelecerse con el reo, cuya suerte, empero, es morigerada por la singularidad de que el juez puede compensarlo si coopera eficazmente al esclarecimiento de los hechos, ayuda a identificar a los responsables o a prevenir la comisión de delitos de drogas (art. 22). La rebaja penal correlativa a esta atenuación específica es el galardón jurídico de modernos delatores y felones, como otrora se remuneró en metálico a los sicofantes y premiaba con penas reducidas o absoluciones a los acusados por declarar contra sus cómplices en los juicios de lesa majestad.[68] En la praxis, la atenuación específica del artículo 22 se ha mostrado decididamente criminógena por su potencialidad de condenar a inocentes y su poder corruptor de la policía.[69]

Las anomalías son cuantiosas en las penas. Desde luego, la Ley 20.000 hace uso manirroto de las privativas de la libertad y la multa, desequilibrándolas respecto de la

66 Artículo 25, que analizamos en otro trabajo, concluyendo que es una excusa absolutoria, en modo alguno una causa de justificación (Guzmán Dalbora, "El delito experimental", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2 época, núm. 19, enero de 2007, pp. 289-308, con versión portuguesa, por Helena Moniz, "O delito experimental", *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, año 18, núm. 1, enero-marzo de 2008, pp. 7-31). En cambio, en Italia hay interpretaciones contradictorias de la naturaleza de la eximente que otorga el artículo 97 de la ley sobre drogas al agente provocador (causa de atipicidad, causa de justificación y excusa absolutoria) (Stefano Grillo, "Stupefacenti", en Francesco Carlo Palazzo y Carlo Enrico Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2003, pp. 2122-2124).

67 Por cierto, al denominarlo y definirlo, el artículo 25 perpetra un nuevo atentado contra el idioma. En castellano, 'informante' es adjetivo, no sustantivo, salvo el desusado con que se significa al hombre que tiene encargo y comisión de hacer los informes de limpieza de sangre y calidad de alguien. Quizá sea esta la calidad que conviene a "quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo y con conocimiento de dichos organismos, participa en los términos señalados en alguno de los incisos anteriores" (o sea, como agente provocador o encubierto).

68 Cfr. Pertile, *op. cit.*, p. 475; Srbriccoli, *op. cit.*, pp. 363-365; Guzmán Dalbora, "Del premio de la felonía en la Historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, tercera época, núm. 7, enero de 2012, pp. 175-196, y, con versión portuguesa, por Jorge de Figueiredo Dias y Nuno Brandão, "Do prémio da felonía na história jurídica e no Direito penal contemporâneo", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 21, núm. 2, abril-junio de 2011, pp. 209-235.

69 Probablemente, el aspecto más absurdo y contradictorio de la severidad penal con las drogas reside en la penetración de lo ilegal en la ley y que esta, a su turno, produzca criminalidad. La corrupción del aparato público y la protección de algunos traficantes a costa de sus competidores, son solo ejemplos de ello (Escohotado, 2008, *op. cit.*, pp. 995-999). El autor de estas páginas, que se desempeñó como juez de apelación durante bastantes años, pudo comprobar personalmente cómo la atenuación se presta para extorsiones de la policía contra pequeños y medianos traficantes.

gravedad intrínseca y comparativa de los actos sancionados. El tráfico se castiga con prisión que va de cinco a quince años y una pena pecuniaria que puede alcanzar cuatrocientas unidades tributarias mensuales.[70] Estos draconianos castigos exceden los que el Código asigna a las mutilaciones y lesiones personales, igualan los de la violación y quedan poco por debajo de la penalidad del homicidio. Idénticas sanciones son anunciadas para el acto preparatorio de elaborar o fabricar drogas y los delitos de receta médica abusiva y suministro indebido por personal autorizado. Algo menos feroces lucen las penas del tráfico de pequeñas cantidades y de la conducta antepreparatoria relativa a los "precursores esenciales"; pero, en desquite, las agravaciones específicas de todos estos delitos, que pueden acumularse y, por ende, elevar la pena hasta en dos grados (art. 19), desmienten la sedicente benignidad.[71] Del bloqueo legal que impide que las penas de cárcel sean sustituidas por otras, a menos que el sujeto hubiese colaborado con jueces, fiscales o corchetes (art. 62), es consorte una pena conocidísima en la historia de los delitos de herejía y lesa majestad, la confiscación de bienes. El artículo 45, folclórica resonancia de la Convención de Viena de 1988, incluso en los ripios de sintaxis y puntuación, extiende el comiso común, que recae únicamente en los efectos e instrumentos del delito, a los instrumentos solo destinados a este y toda suerte de utilidades provenientes del maleficio.[72] La disposición ignora la enseñanza criminológica de que el comiso ampliado es inútil para mermar las bases económicas de las personas que hacen del tráfico ilegal de estupefacientes un medio de vivir.[73]

---

70 Valor reajustable cuya suma equivale en pesos chilenos a algo más de 25 mil dólares en la fecha en que escribimos estas cuartillas (diciembre de 2015).

Es muy incierto el grado de eficacia que puedan tener las recientes recomendaciones de las Naciones Unidas en orden a la proporcionalidad de las penas de los delitos sobre drogas. La recomendación "k" del acápite sobre cuestiones intersectoriales del documento citado *supra*, nota 38, no indica nada más que la conveniencia de comparar las prácticas nacionales en cuanto a la proporcionalidad de las penas. Mejor orientada parece la recomendación uno, con su idea de promover directrices nacionales sobre las penalidades de estos delitos, de suerte que la severidad de las primeras se proporcione a la gravedad de los últimos. Sin embargo, la gravedad de los delitos es una cuestión condicionada por apreciaciones culturales, que en algunos países podrían consentir –y, de hecho, es lo que sucede en algunos de ellos en esta materia– la imposición de la pena de muerte, o fulminar penas privativas de la libertad de extrema duración, cuyo caso es el de Chile.

71 Curiosas algunas, como la de cometer el delito "en reunión de delincuentes"; imprecisas otras, cual perpetrarlo "en una institución deportiva, cultural o social"; poco recomendable la que atiende a "sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos" (¿un concierto de *rock*?), indiferentes a la salud pública las demás, como traficar en hospitales, lugares de detención o reclusión, recintos militares o policiales, en todas las agravaciones específicas arrecian el ímpetu voluntarista y el zafio defensismo de la ley.

72 "Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves, y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; y, en general, todo otro instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ello provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos".

73 Como en general en el país se desconoce que el derecho penal es un medio inapropiado para eliminar los mercados ilegales de estupefacientes, cuyo éxito, al contrario, es fomentado por este mosaico de excepciones pe-

De la *parte especial* son dignas de glosa dos irregularidades, ambas emparentadas con el decurso histórico de la persecución de malditos y rebeldes. La omisión de denuncia por funcionario público es incomparablemente más grave que la omisión de denuncia de cualesquiera otras infracciones, aquella castigada con prisión de hasta cinco años, más una multa tan alta que deviene incobrable en dinero (art. 13), la segunda solo con la multa simple propia de las faltas (arts. 175, letra b, 176 y 177 del Código Procesal Penal). Esta novedad de la Ley 20.000 es demostrativa de la importancia que tienen para el Estado delitos inconmensurables con los que lastiman bienes personalísimos. Otro tanto se aprecia en el régimen de la asociación ilícita para cometerlos (art. 16), que tiene previsto un castigo mayor que el tráfico y no para mientes en que, criminológicamente hablando, las asociaciones de malhechores se proponen delitos muy heterogéneos.[74] La de drogas, pues, es una asociación fantasmagórica, aunque procesalmente útil para suscitar investigaciones penales, intervenir la vida de las personas, entrometerse en sus bienes y, eventualmente, agravar las penas de delitos menos inverosímiles (art. 19, letra a).

Queda aún el proceso penal, "el aspecto más importante en la escalada represiva",[75] al que la ley dedica un escuadrón de reglas extraordinarias. La investigación puede ser secreta, aun para el inculpado, si así lo determina el ministerio público (art. 38). El plazo ordinario de detención puede ampliarse hasta cinco días, cuando el fiscal lo solicite al juez de garantía "por ser conducente para el éxito de alguna diligencia" (art. 39). Se admite y regula como técnica de investigación policial el tránsito nacional e internacional de drogas bajo la vigilancia o el control de la autoridad, con la consiguiente irresponsabilidad de esta por complicidad o encubrimiento (art. 23). En fin, testigos, peritos, agentes provocadores, agentes encubiertos, confidentes de la policía y codelincuentes aliados del acusador, declaran o informan sin que la defensa pueda conocer su identidad (arts. 30, 31 y 32).[76] Como en los procesos de la Inquisición, el reo puede enterarse de los capítulos de la acusación, pero no del nombre de delatores y testigos, a quienes hay que precaver "de las posibles represalias que podían tomar contra ellos los allegados del acusado, protección que la seguridad pública no podía garantizarles".[77] Es el triunfo de

nales (Hans-Jörg Albrecht, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. de Óscar Julián Guerrero Peralta, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 58-60, 71 y 82).

74 Cfr. Guzmán Dalbora, *Estudios y defensas penales*, 3 ed., Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009, pp. 206-208.

75 Bustos Ramírez, 1996, *op. cit.*, p. 125.

76 Si el ministerio público dispuso medidas especiales de protección para estas personas, el tribunal decreta sin audiencia de las partes la prohibición de revelar sus identidades.

77 Hoffman Nickerson, *La Inquisición y el genocidio del pueblo cátaro*, Barcelona, Editorial Círculo Latino, 2005, p. 263. Tras esta confesión de incapacidad en las investigaciones penales e impotencia en la protección de las personas, se manifiesta una clamorosa derrota de la función jurisdiccional del Estado.

la cruzada contra la demonomanía, donde "todo aquel que quiera conservar el orden de derecho y los procedimientos ordinarios, pervertiría todo derecho humano y divino".[78]

La precedente batería de preceptos, que se entrecruzan como las armas de una panoplia, induce a pensar que, velada tras el conjunto, yace una forma de autotutela de la entidad estatal. Pero el embrollo es todavía más denso. No parece que esté en juego la protección de bienes jurídicos, sean del Estado, la sociedad o de particulares. La seguridad del Estado, el conjunto de condiciones de las que depende su subsistencia y estructura como organización política, resta incólume en su dimensión interna ante el tráfico de estupefacientes. Tan exacto es, que los manejos de drogas son indiferentes para la manera de organizarse políticamente el Estado, que la Ley 20.000 se abstuvo de imponer a los diputados y senadores del Congreso Nacional, como tampoco al presidente de la república, una inhabilidad funcional motivada en el consumo de estas sustancias. En cuanto a la seguridad exterior, la independencia del Estado como ente dotado de existencia soberana entre la comunidad de naciones, la ley se ocupa de ella, pero para perforarla mediante la previsión de que en estos procesos la extradición activa y pasiva tendrán lugar aun a falta de convenios de reciprocidad (art. 48). En otras palabras, de no haber fuente legal internacional para la entrega de un prófugo, aparte de la Convención de Viena de 1988, Chile lo cederá sin normas que procuren un estatuto jurídico al *extraditurus* ni exigir al país requirente que le asegure reciprocidad en el futuro.[79] Remata la sumisión de la independencia nacional a los intereses de soberanos extranjeros, la regla de que la cooperación y asistencia interestatales en la investigación de estos delitos tocan al ministerio público, sin intervención judicial, incluso tratándose de antecedentes legalmente secretos (art. 47).[80]

78 Delumeau, *El miedo en Occidente. (Siglos XIV-XVIII). Una ciudad sitiada*, trad. de Mauro Armiño, Madrid, Taurus, 1989, p. 599, con cita de Juan Bodino.

79 Grosera violación del principio de legalidad e incomprensible renuncia de soberanía. Acerca del *nullum crimen sine lege* en materia de extradición, ver Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. II, 2 ed., Buenos Aires, Losada, 1950, pp. 910-911. Sobre la malhadada norma del artículo 48, antes contenida en el artículo 35 de la Ley 19.366, se ha escrito poco o nada. La criticó Rivacoba y Rivacoba ("Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo", en Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña (coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 2000, p. 72), quien recuerda que esta desprotección de la soberanía jurisdiccional del país se insinuó tempranamente en la Ley 17.934 de 1973, "grávida de consecuencias sumamente autoritarias para el porvenir", y consumó en el artículo 35 de la Ley 19.366, de 1995, antecedente inmediato de la actual. En cambio, inexplicablemente, Carlos Palma la juzga un mérito del legislador, en su prurito de acatar la Convención de 1988 ("El derecho internacional del tráfico ilícito de estupefacientes y los problemas de territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal chilena", en Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña (coords.), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1999, pp. 320-323).

80 Bustos Ramírez (2004, *op. cit.*, p. 621) estima, con razón, que en esto la legislación chilena ha ido allende sus obligaciones internacionales, haciendo caso omiso de la cláusula de compatibilidad contenida en el artículo 3, párrafo 2, de la Convención de 1988.

Tampoco entran en consideración la seguridad o el orden públicos. Las diferentes condiciones que preservan estos bienes sociales brillan por su ausencia en la estructura de los tipos, a los que se vincula una pena aun cuando dichos intereses permanezcan completamente al margen del peligro presunto en la acción, como el tráfico o el consumo de drogas *intra muros*.[81] Esto aparte, si lo que desvela al legislador fuesen los delitos a que incita la circulación de drogas, habría que parar mientes en que esta criminalidad, por demás de complejo estudio para la criminología, comprende actos u omisiones resultantes de efectos farmacológicos y, sobre todo, delitos que son generados por el negocio ilegal y la persecución policial del tráfico. El grado de su peligrosidad no es el mismo y, en todo caso, parece razonable conjeturar que su número se reduciría si las leyes desistiesen de la porfía de agigantarlo mediante un aparato probadamente criminógeno.[82]

Sea de ello lo que fuere, la conjunción de los elementos histórico y sistemático de interpretación ratifica la existencia de una variedad de autoprotección estatal. Los objetivos declarados por la Ley 20.000 no corresponden a la tutela de la salud pública ni de algún otro bien jurídico. Es el Estado el que desea cuidarse a sí mismo. Pero, ¿no querrá acaso ponerse a las órdenes de una clase muy circunscrita de intereses, que se mantienen en sordina porque son extraños a las aspiraciones culturales de la comunidad y, en consecuencia, tampoco podrían merecer el nombre de bienes jurídicos? En el siguiente apartado indagaremos por debajo del contenido manifiesto de la ley, intentando destacar su contenido latente a la luz del significado político de toda esta escenificación legislativa.

## 4. Significado político, trasfondo social y resultado práctico de la autotutela

El significado político de la autoprotección del Estado a través de la ley de drogas se alía íntimamente con el factor principal de la trascendencia de las penas en la *historia del derecho*, hasta el punto de formar con él una sola unidad, que es también política.

El castigo del abogado funcionario que osa defender a un inculpado del mal nefando, el desdoro social con que el solo anuncio de una sanción que no le incumbe

81 La agravación específica de traficar droga en un recinto penitenciario, citada *supra*, nota 71, demuestra hasta la saciedad que seguridad y orden públicos no preocupan en absoluto a la ley.

82 Acerca de la criminalidad provocada por las drogas son muy ilustrativas y claras, aunque no completas, las páginas de Palazzo (*op. cit.*, pp. 15-20). Donde más golpea la génesis criminal es en los organismos administrativos amenazados por la corrupción. Bustos Ramírez generaliza el corolario a todos los países andinos (1996, *op. cit.*, pp. 98-99). Por otra parte, en Chile los datos empíricos parecen corroborar la constatación continental de que son más los hechos delictuosos asociados a la ingesta de alcohol, que los que una persona comete para hacerse de otros tóxicos o bajo el influjo de estos (Eduardo Valenzuela y Pilar Larroulet, "La relación droga y delito: una estimación de la fracción atribuible", *Estudios Públicos*, núm. 119, 2010, pp. 40, 46-49).

legalmente enloda al defensor privado que incurre en idéntico atrevimiento, entroncan en la naturaleza del Gobierno y la clase de organización política en que este se sustenta. Lo demostró Robespierre a lo largo de su alegato contra la penalidad trascendente. Basándose en Montesquieu, nota cómo esta es propia de los Estados despóticos, donde la ley "no es otra cosa que la voluntad del príncipe", un poder "irresistible, que golpea sin discernimiento y sin regla", cuyo titular considera insuficiente la vergüenza aneja al castigo y, por ende, la extiende al círculo de personas próximas al reo. Comprenderá el lector que este diseño jurídico se levanta sobre una estructura social que categoriza a las personas y desestima a quienes no pertenecen a la capa superior. Dado que en la época del revolucionario francés la casta privilegiada en la estratificación social era la nobleza, resulta que "la misma disposición de espíritu que hace que se respete a un hombre porque ha nacido de un padre noble, que se le desdeñe porque sale de padres oscuros, conduce naturalmente a despreciarle cuando ha recibido la vida de un hombre deshonrado o la ha dado a un malhechor".[83] Se podía así conservar la estratificación por medio del *derecho penal*, humillando de nuevo a los que están abajo.

Este género de justicia, que para Robespierre "asemeja siempre a la violencia y la opresión", recibe en nuestros días el nombre de autoritarismo punitivo. Un consumado especialista en las relaciones de *derecho penal* y *derecho político*, Manuel de Rivacoba, explica que la esencia del autoritarismo consiste en la imposición de determinadas concepciones acerca del mundo, la conducta del hombre y las relaciones interindividuales, por parte de quienes poseen legítimamente o tan solo detentan de facto el poder político. En cualquiera de los dos casos, el autoritarismo anhela coartar la espontaneidad de la conducta, anular la originalidad del pensamiento, volver homogénea la vida social y, al cabo, invadir el fuero íntimo, enseñorearse de las relaciones privadas de los ciudadanos. No concibe el derecho como un ordenamiento objetivo de regulación del comportamiento exteriorizado de los hombres en pos de su convivencia, sino que lo usa como un medio de coerción y temor, parecido al totalitarismo, refractario a las garantías de los individuos, que contempla como una limitación indebida de la concentración del poder político, "en lo penal puede respetar a lo sumo la legalidad formal, pero no le importan el concepto ni las funciones del bien jurídico".[84]

La legislación hispanoamericana de drogas ha sido señalada muchas veces como paradigma de derecho penal autoritario.[85] La pendiente hacia el autoritarismo se inclinó cada vez más en las leyes chilenas, cuya culminación ha sido la Ley 20.000 con

83 Rivacoba y Rivacoba, 2009, *op. cit.*, pp. 53, 54 y 60.
84 Rivacoba y Rivacoba, 2000, *op. cit.*, p. 70.
85 Cfr. Zaffaroni, 1991, *op. cit.*, p. 716.

su desventurado artículo 61. A este punto es evidente que ella carece de un sentido, una orientación según fines valorados, por lo cual tenía que quedar ayuna de bienes jurídicos. Mas este menesteroso carácter no es sinónimo de inopia de intereses, tanto menos en un cuerpo legal que rebosa en sus fauces de afiladísimos colmillos con qué protegerlos. La específica modalidad autoritaria que nos presenta tiene un nimbo moral. La contraprueba del apetito moralizante se descubre nítidamente en el fallo del Tribunal Constitucional que legitimó el artículo 61. Es verdad que los magistrados invocan como alma de la prohibición la voluntad de impedir que los funcionarios públicos actúen en contra de los intereses del Estado y se prevalgan de sus cargos para favorecer a los reos de drogas (fundamento décimo noveno). Sin embargo, sabemos que la declaración es solo una sofistería, entre otras cosas, porque los mismos e incluso más poderosos motivos de prohibición habría respecto de otros profesionales del servicio público que intervienen con relevantes papeles en los procesos por delitos de estupefacientes (psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, etc.), del mismo modo que la argucia queda deudora de explicar por qué no se prohíbe al abogado funcionario defender a acusados de otros delitos, acaso más graves.[86] El prejuicio moral, la indigencia de información empírica y el sensacionalismo apocalíptico[87] se reúnen admirablemente en el pasaje nuclear del fallo, cuando no quedó más remedio que confesar lo reprensible del comportamiento del funcionario que aboga por individuos sospechosos de "esta clase de conductas, de tan negativa connotación social y de innegable efecto disolvente sobre las instituciones y la moral pública" (fundamento trigésimo).

Vaya a favor de los jueces que el culto de la moralidad, la deliberada confusión de las exigencias jurídicas –ausentes así en la Ley 20.000, como en sus intérpretes constitucionalistas– con los requerimientos éticos, son empujados por la moral pública y las buenas costumbres que reinan sobre el país. No en balde "la ruta progresiva del autoritarismo", como calificó Rivacoba y Rivacoba la secuencia legislativa que comentamos, fue pavimentada por gobiernos de disímil orientación política, socialista el primero (1973), una dictadura de derechas el segundo (1985) y de centro los últimos (1995 y 2005), pero todos alineados en la común abominación penal del tema. Este jurista hizo ver en 1999, además, que

> ...lo peor, lo más espantable, es que no se advierta en el país ningún movimiento de crítica y protesta en la materia, casi ni voces aisladas, y no ya de manera inconcreta en el ambiente social,

86 Correcta observación de Ferrada Bórquez, *op. cit.*, pp. 302-303.

87 Marchamos de buena parte de la bibliografía y las opiniones oficiales sobre el particular en el continente americano, comenta Rosa del Olmo, *La cara oculta de la droga*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 2.

> entre la gente profana en estas cuestiones, sino tampoco entre los juristas, y más recortadamente entre los penalistas.[88]

En demostración de que el clima social no ha cambiado las bases para mantener tal apreciación, una pareja de proyectos recientes aspiran al circunspecto objetivo de legalizar el uso privado del cannabis con fines terapéuticos, espirituales o de solaz; solo eso, nada más.[89]

Estas condiciones semejan las descritas por los teóricos proclives a suavizar e incluso desleír la frontera de derecho y moral, aduciendo que no se puede poner límites a la potestad del Estado de legislar criminalmente contra la inmoralidad, porque sin ideas compartidas sobre la moral la sociedad se desintegraría. El derecho penal, pues, operaría como un medio de cohesión social que se pone del lado de la intransigencia y las reacciones de indignación y repugnancia del hombre promedio, reforzándolas con su aparato de castigos, ya que, como se dijo, de la preservación de tales afectos dependería la subsistencia del organismo social.[90] Esta postura presupone que no existe una diferencia entre moral privada y moralidad pública, así como que el fundamento de la moral no es la razón, sino los sentimientos, pareja de ingredientes de los que desciende el corolario de que "incumbe al derecho tanto la supresión del vicio como la eliminación de las actividades subversivas".[91]

Ahora, suprimir el vicio implica, *velis nolis*, imponer con los medios coercitivos del derecho la virtud de la templanza.[92] Esta arrogante ambición soslaya que a la moral pública inherente a tales prácticas falta lo que tiene de más íntimo y constitutivo la moral a secas, su autarquía. Además, vaciada de esencia racional –después de todo, la moral consiste en conducirse según los dictados de la recta razón–, semejante moralidad pública lleva por sus pasos contados al voluntarismo, al dominio de lo irracional en las cuestiones jurídicas. El desenlace es inevitable. Dado que una sociedad así regida posee como norma de cultura, no ya el respeto de la libertad ajena, con la consiguiente reprobación de las conductas lesivas de los demás, sino el sometimiento del individuo a las exigencias del grupo, al absolutismo valorativo para el cual la ruptura del principio moral es una

88 De Rivacoba y Rivacoba, 2000, *op. cit.*, p. 76.

89 Son los proyectos 9496-11, de 7 de agosto de 2014, y 9471-11, de 23 de julio de 2014, en el *Boletín de la Cámara de Diputados*. Ambos proceden de mociones parlamentarias, no de mensajes del Gobierno, lo que no les augura pronto suceso, si es que llegan alguna vez a obtenerlo.

90 Es la conocida tesis de Patrick Devlin en "La moral y el Derecho penal", en R. M. Dworkin (comp.), *Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 142, 147, 150 y 153. Agradezco al colega y amigo de Buenos Aires, Ezequiel Malarino, haberme recordado este ensayo.

91 *Ibid.*, pp. 147-148.

92 Cfr. W. D. Falk, "Prudencia, templanza y valor", en Joel Feinberg (coord.), *Conceptos morales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 188-189.

transgresión contra la sociedad como un todo, esta sociedad –decíamos– tiene que gobernarse por una organización política despótica, llámesela totalitaria o autoritaria. No sobreabunda traer a colación que una de las vías por las que el autoritarismo es capaz de envenenar la democracia consiste en creer que la mayoría, por el solo hecho de serlo, tiene el derecho moral de determinar a los demás cómo deben vivir. Y es claro que el *populismo moral*, rótulo con que Hart bautizó esta especie de demagogia,[93] no tiene por qué contenerse ante límite alguno ni, por ende, acatar el requerimiento de que tras todo delito debe haber a lo menos un ataque al prójimo, un bien jurídico ofendido. No. Para la empresa moralizante hay que halagar los sentimientos elementales de los ciudadanos, porque lo que cuenta es mantener el poder y los privilegios de casta que se camuflan tras el poder.

Ocurre que esta variedad de autoritarismo ampara un determinado trasfondo social, arraigadísimo en el país. La estratificación social chilena es clasista. Estamos ante una sociedad caracterizada por colosales desigualdades en la distribución de derechos políticos, instrucción, conocimiento, trabajo cualificado, ingresos económicos y posesión de la riqueza, como una pirámide cuya ancha base es ocupada por los desheredados y a cuya cúspide se aferra de antiguo una fronda oligárquica.[94] De sus invisibles manejos dimana la moral pública que reputa la droga como una epidemia, al consumidor como un disoluto y, en privado, al traficante como un peligro vivo para la inmovilidad de la estructura social. La mentalidad de la capa dominante reproduce aún los temores de la oligarquía cuando surgió la cuestión social a principios del novecientos y su actitud final, una singular mezcla de racionalización de los motivos y furia reaccionaria, porque

> ...el divorcio entre la realidad y la conciencia no es solo un defecto de la percepción, es, antes que nada, un mecanismo de defensa psicológica que confía de manera irreflexiva en la permanencia del sistema. Puede ser también una suerte de fatalismo que se complace en las liviandades del momento porque se intuye vagamente que todo está perdido de antemano.[95]

Solo que la defensa psicológica de los privilegios oligárquicos ilumina apenas una parte del umbrío panorama de la legislación de estupefacientes, su moralina. La segunda parte, en cambio, no participa de la superficialidad e ilusión de este desfile de sombras

93 Herbert Hart, *Direito, libertade, moralidade*, trad. de Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre, Fabris Editor, 1987, p. 95. Ver además, del mismo autor, "Inmoralidad y alta traición", en R. M. Dworkin (comp.), *Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 168 (criticando la tesis de Devlin, en página 167 exclama: "¡Moralidad, qué crímenes pueden cometerse en tu nombre!").

94 Cfr. Arturo León y Javier Martínez, "La estratificación social en Chile hacia fines del siglo XX", en Rolando Franco, Arturo León y Raúl Atria (coords.), *Estratificación y movilidad social en América Latina*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2007, pp. 303-337.

95 Sergio Villalobos, *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, 5 ed., Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2006, pp. 160-161.

chinescas. Se trata de un mecanismo bien articulado e inconsútil con que mantener criminalmente aplastados a los miembros "innovadores" de la clase baja. La sociología marxista lo llamaría un medio para negar e invalidar la lucha de clases.[96] Pero no es indispensable adherir a las interpretaciones del marxismo. El hecho es que en el combate contra el ascenso social y político de los de abajo, variedad vernácula de la guerra contra la droga, valen cualesquiera medios, incluyendo la trapaza de proclamar que la ley penal protege la salud pública, aunque a costa de la salud y libertad de las personas.

Por cierto, la tenaz defensa de los intereses oligárquicos se ha visto coronada con un rotundo éxito. Las estadísticas evidencian un crecimiento sostenido del número de encarcelados por estos delitos. En 1991, la cifra representaba el 3,41 % y en 2013 se empinó al 15,7 % del total de condenados, guarismo del que un tercio corresponde a presos por tráfico de pequeñas cantidades (5,3 %).[97] Es decir, que hay cinco veces más presos por drogas en el arco de veinte años, los mismos en que se dictaron las últimas dos leyes en la materia, que son también las más adustas. En el ínterin, Chile dejó de ser país de tránsito para convertirse en otro de consumo de estupefacientes, que aumenta de año en año, al igual que la oferta. En el periodo comprendido entre 1994 y 2014, el consumo de marihuana pasó de 4 a 11,3 %, y el de cocaína, de 09 a 1,4 %. Se ha reducido un tanto la asunción de pasta base, pero es apreciable el incremento del consumo de alcohol en la población (de 40,4 a 48,9 %).[98] Ninguno de estos fenómenos parece representar un problema para la ley de tóxicos, mucho menos el último, que abulta los risueños balances de la industria vitivinícola nacional.

## 5. Conclusión

Nuestro análisis del contexto político y social en que fueron urdidas las sucesivas leyes de estupefacientes arroja un resultado perturbador con miras a la manumisión de la comunidad de los absurdos cerrojos del derecho internacional.

Chile ha sido un alumno aventajado de las Convención de 1961, el Convenio de 1971 y la Convención de 1988. Pero las causas profundas de la monomanía no hay que rebuscarlas en la modesta posición del país en el concierto de las naciones civilizadas, el predominio político de Estados poderosos, la dependencia productiva o la debilidad

96 Cfr. Barbero Santos, *op. cit.*, p. 141.

97 Cfr. Gendarmería de Chile, *Compendio estadístico de la población reclusa y en el medio libre año 1991*, Santiago de Chile, 1992, p. 28; *Compendio estadístico penitenciario 2013*, Santiago de Chile, p. 90.

98 Dos de cada cinco personas que consumen alcohol declaran episodios repetidos de embriaguez. A su turno, la dependencia es altísima en la pasta base (65,6 %), menor en la cocaína (22,15) y más reducida aún en la marihuana (16,4 %) (Observatorio Chileno de Drogas, *Décimo primer Estudio Nacional de Drogas en la Población General*, Santiago de Chile, 2015, pp. 12-16 y 19-20).

cultural de la clase dirigente. Todos estos elementos deben ser tenidos en cuenta, por cierto, ya que menudean en el continente americano y Chile tampoco se sustrae a su influjo. El problema crucial es otro, la cobertura ideológica de pretensiones inconfesas y antidemocráticas, lidiar con las cuales es dificilísimo porque se han enroscado en las ramas del pehuén, el árbol patrio, como aquellas plantas parásitas que no consiguen asfixiar al anfitrión únicamente por la robustez de su madera, que es justamente el prototipo de la dura araucaria araucana. Derrotarlas reclamaría desmontar punto por punto, artículo por artículo, cada una de las leyes sobre drogas. Pero la tarea se adivina titánica. Aparte de la prepotencia histórica de aquellas fuerzas, habría que desenmascarar a sus vástagos penales ante un medio conformista y medroso, que si se ha demostrado dispuesto a tomar por bueno o a lo menos engullir el anatema jurídico lanzado contra los abogados defensores, no tardaría en sumarse al clamor furibundo de quienes se oponen a cualquier iniciativa encaminada a racionalizar el ruin estatuto legal y llevar algún alivio al sector social martillado por las penas de tráfico, posesión y consumo de estupefacientes.

En rigor, la tarea, si es emprendida hasta su lógica meta, porque solo en esta cabría resolver otras contradicciones de la legislación, que son en el fondo contradicciones de la estructura social y política, no es solo titánica, sino épica. Ahí están para probarlo la prolongada patraña constitucional, los últimos teatrales anuncios de reforma y el miedo cerval de la oligarquía a una asamblea constituyente.

Así y todo, desenmascarar las ideologías que encubren las reales intenciones de los textos jurídicos es un paso necesario y puede resultar valioso para los desafíos venideros. El que esbozamos aquí propone que si se coloca como fulcro de una nueva legislación de drogas la tutela de la salud individual y la salvaguarda de la libertad de las personas, entonces habría que diseñar un modelo de legalización controlada cuyas infracciones impliquen, en general, el comiso de los objetos y las multas administrativas para los infractores, y las más graves, penas adecuadas a la entidad concreta del peligro para la salud y la lesión de la libertad de los consumidores de estas sustancias.

Para esto no hace falta mucha imaginación. Basta con repasar la estructura de los delitos contra la salud pública del Código de 1874.

## Bibliografía

Albrecht, Hans-Jörg, *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*, trad. de Óscar Julián Guerrero Peralta, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Alimena, Bernardino, *Principios de Derecho penal*, t. I, trad. de Eugenio Cuello Calón, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, 9 ed., Milano, Giuffrè, 1986.

Barbero Santos, Marino, *Marginación social y Derecho represivo*, Barcelona, Bosch, 1980.

_____, *Pena de muerte. (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

Bustos Ramírez, Juan, "Análisis crítico y propuestas en torno a la legislación regulatoria del consumo y tráfico de drogas ilícitas", en Juan Bustos Ramírez, *Obras completas*, t. 2, Lima, Ara Editores, 2004, pp. 613-629.

_____, *Coca-cocaína. Entre el derecho y la guerra (política criminal de la droga en los países andinos)*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996.

Cadoppi, Alberto, Stefano Canestrari, Adelmo Manna y Michele Papa (dirs.), *Trattato di Diritto penale. Parte speciale*, t. IV, Torino, UTET, 2010.

Carmona Salgado, Concepción, "Delitos contra la salud pública (I)" y "Delitos contra la salud pública (II)", en Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Conrad, Joseph, *El espejo del mar: recuerdos e impresiones*, 2 ed., Barcelona, Random House Mondadori, 2013.

Del Olmo, Rosa, *La cara oculta de la droga*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.

Delumeau, Jean, *El miedo en Occidente. (Siglos XIV-XVIII). Una ciudad sitiada*, trad. de Mauro Armiño, Madrid, Taurus, 1989.

Departamento de Salud Pública, *Estudio de carga de enfermedad y carga atribuible*, Santiago de Chile, Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, "La represión de los delitos relativos a estupefacientes en Chile", *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 4, diciembre de 1973, pp. 199-206.

_____, *Delitos sobre estupefacientes*, Valparaíso, Edeval, 1974a.

_____, "Estudio preliminar", *Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora*, Valparaíso, Edeval, 1974b.

_____, "El principio de culpabilidad en el Código Penal Chileno", *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en Celebración del Centenario del Código Penal Chileno*, Valparaíso, Edeval, 1975, pp. 49-126.

_____, "Las sucesivas leyes chilenas sobre estupefacientes en la ruta progresiva del autoritarismo", en Sergio Politoff Lifschitz y Jean Pierre Matus Acuña (coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 2000, pp. 69-76.

_____, "Prólogo", en Maximilien Robespierre, *Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas*, trad. de Rivacoba y Rivacoba, Colección Juristas Perennes, núm. 12, 2009.

Devlin, Patrick, "La moral y el derecho penal", en R. M. Dworkin (comp.), *Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 128-158.

Díaz Palos, Fernando, "Delitos contra la salud pública", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1975.

Díez Ripollés, José Luis, "La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Política criminal y derecho penal. Estudios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

_____, "El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal", en *Estudios penales y de política criminal*, Lima, Idemsa, 2007, pp.

_____, José Luis, *Delitos y penas en España*, Madrid, Catarata, 2015.

_____ y Juan Muñoz Sánchez, "La licitud de la autoorganización del consumo de drogas", *Libertas*, núm. 1, julio de 2013, pp. 111-154.

Donna, Edgardo Alberto, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.

Emeric Nicolau y Francisco Peña, *El manual de los inquisidores*, trad. de Francisco Martín, Barcelona, Muchnik Editores, 1983.

Escohotado, Antonio, *Las drogas. De los orígenes a la prohibición*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

_____, *Historia general de las drogas*, 8 ed., Madrid, Espasa-Calpe, 2008.

Falk, W. D., *Prudencia, templanza y valor*, en Joel Feinberg (coord.), *Conceptos morales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos, "Las renuncias y vacilaciones del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales: comentario a propósito de la STC 1133/08", *Revista de Ciencias Sociales* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, núm. 56, primer semestre de 2010, pp. 287-308.

Gamberini, Alessandro y Gaetano Insolera, "Uno Sguardo D'insieme Alla Nuova Normativa", en Gaetano Insolera y Vittorio Manes (eds.), *La disciplina penale degli stupefacenti,* cap. I, 2 ed., Milano, Giuffrè, 2012.

Gendarmería de Chile, *Compendio estadístico de la población reclusa y en el medio libre año 1991*, Santiago de Chile, 1992.

_____, *Compendio estadístico penitenciario 2013*, Santiago de Chile, 2014.

Grillo, Stefano, "Stupefacenti", en Francesco Carlo Palazzo y Carlo Enrico Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, Cedam, 2003.

Guzmán Dalbora, José Luis, "El delito experimental", *Revista de Derecho penal y Criminología*, segunda época, núm. 19, enero de 2007, pp. 289-308.

_____, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Santiago de Chile, LegalPublishing, 2008.

_____, *Estudios y defensas penales*, 3 ed., Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009.

_____, "Del premio de la felonía en la historia jurídica y el Derecho penal contemporáneo", *Revista de Derecho penal y Criminología*, tercera época, núm. 7, enero de 2012, pp. 175-196.

_____, "El caso de Chile (influencia de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos humanos en el Derecho penal chileno)", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino

y Christian Steiner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, t. III, Bogotá, Konrad-Adenauer Stiftung, 2013, pp. 135-164.

_____, *Elementi di Filosofia Giuridico-Penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Hart, Herbert, "Inmoralidad y alta traición", en R. M. Dworkin (comp.), *Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

_____, *Direito, libertade, moralidade*, trad. de Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre, Fabris Editor, 1987.

Hefendehl, Roland, "El bien jurídico como eje material de la tutela penal", trad. de María Martín Lorenzo, en Roland Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?,* Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

Insolera, Gaetano y Vittorio Manes, *La disciplina penale degli stupefacenti,* 2 ed., Milano, Giuffrè, 2012.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, 2 ed., Buenos Aires, Losada, 1950.

Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. V, 6 ed., México, Porrúa, 2000.

Kamen, Henry, *La inquisición española*, trad. de María Morrás, Barcelona, Crítica, 2004.

León, Arturo y Javier Martínez, "La estratificación social en Chile hacia fines del siglo XX", en Rolando Franco, Arturo León y Raúl Atria (coord.), *Estratificación y movilidad social en América Latina*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2007.

Martínez Navarro, Fernando, J. M. Antó Boqué, P. L. Castellanos, M. Gili Miner, P. Marset Campos y V. Navarro López, *Salud pública*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana, 1998.

Maurach, Reinhart, Friedrich-Christian Schroeder y Manfred Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil*, t. II, 8 ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999.

Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, trad. de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, 2015.

Mazzáfero, Vicente Enrique *et al.*, *Medicina y salud pública*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

Michelet, Jules, *La bruja. Un estudio de las supersticiones de la Edad Media*, trad. de Rosina Lajo y Mª Victoria Frígola, Madrid, Akal, 2009.

Nickerson, Hoffman, *La Inquisición y el genocidio del pueblo cátaro*, Barcelona, Círculo Latino, 2005.

Nobili, Massimo, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2009.

Observatorio Chileno de Drogas, *Décimo Estudio Nacional de Drogas en la Población General*, Santiago de Chile, Senda, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2013.

_____, *Décimo primer Estudio Nacional de Drogas en la Población General*, Santiago de Chile, 2015.

Palazzo, Francesco Carlo, *Consumo e traffico degli stupefacenti*. *Profili penali*, 2 ed., Padova, Cedam, 1994.

Palma, Carlos, "El derecho internacional del tráfico ilícito de estupefacientes y los problemas de territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal chilena", en Sergio Politoff Lifschitz y

Jean Pierre Matus Acuña (coords.), *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1999.

Perron, Walter, "Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania", en José Luis Díez Ripollés y Patricia Laurenzo Copello, *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

Pertile, Antonio, *Storia del Diritto italiano. Dalla caduta del Impero romano alla Codificazione*, t. V, *Storia del Diritto penale*, 2 ed., Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1968.

Politoff Lifschitz, Sergio y Jean Pierre Matus Acuña (coords.), "Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes", en *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1998.

Rodríguez Collao, Luis y María Magdalena Ossandón Widow, *Delitos contra la función pública*, 2 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Rossi, Pellegrino, *Trattato di Diritto penale*, trad. de Enrico Pessina, Torino, Società Editrice, 1859.

Ruga Riva, Carlo, "Stupefacenti e doping", en Domenico Pulitanò (ed.), *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Tutela penale della persona, Torino, Giappichelli Editore, 2011.

Sayagués Lazo, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, 1958.

Sbriccoli, Mario, *Crimen læsae maiestatis. Il problema del reato político alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

Serrano Gómez, Alfonso, Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárraga y Carlos Vásquez González, *Curso de derecho penal. Parte especial*, 2 ed., Madrid, Dykinson, 2015.

Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado. La función pública*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Solimano, Giorgio, "Consumo de alcohol y sus efectos sobre la salud", *Revista Chilena de Salud Pública*, vol. 10, núm. 3, 2006, pp. 177-181.

Sprenger, Jacobo y Enrique Institoris, *El martillo de las brujas. Para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza*, trad. de Miguel Jiménez Monteserín, Valladolid, Maxtor, 2004.

Squella, Agustín, "Prólogo", en Carlos León, *Obras completas*, Santiago de Chile, Alfaguara, 2004.

Tribunal Constitucional, *Jurisprudencia Constitucional*, t. XIII, sentencias pronunciadas entre 2008 y 2009, Santiago de Chile, 2012.

Valenzuela, Eduardo y Pilar Larroulet, "La relación droga y delito: una estimación de la fracción atribuible", *Estudios Públicos*, núm. 119, 2010, pp. 33-62.

Villalobos, Sergio, *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, 5 ed., Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2006.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La legislación 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de Derecho penal autoritario", en Mir Beg Lecca Guillén (coord.), *Derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1991.

_____, "Política criminal en materia de drogas en la Argentina", en José Luis Díez Ripollés y Patricia Laurenzo Copello, *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. III, Milano, Giuffrè, 1945.

# LA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS ILÍCITAS EN EL SALVADOR
## UN ANÁLISIS CRÍTICO

*Jaime Edwin Martínez Ventura*

**RESUMEN.** Este estudio presenta un panorama de la política criminal de El Salvador en materia de drogas ilícitas. Luego de la introducción, se hace una apreciación general de las características esenciales de dicha política y su relación con el régimen jurídico internacional plasmado en los tratados internacionales. Con posterioridad, se reseñan los tres cuerpos normativos que anteceden a la legislación penal vigente, en los que se destacan aspectos como el bien jurídico protegido, el concepto de drogas, las conductas criminalizadas y sus correspondientes penas, para más adelante analizar la normativa penal vigente, como la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas, caracterizada por la abundancia de tipos penales, que incluyen la criminalización del consumo, la severidad de las penas, el régimen de multa como pena conjunta, la exclusión de beneficios penales y otras disposiciones procesales y administrativas específicas. Seguidamente, se presentan algunos datos estadísticos sobre el impacto de esta política en la población penitenciaria; por último, se exponen algunas conclusiones.

**Palabras clave:** política criminal, drogas ilícitas, El Salvador, corriente prohibicionista, guerra a las drogas, narcotráfico, criminalización, consumo, posesión, producción, regulación, legalización, población privada de libertad, Ungass 2016.

**ABSTRACT .** This study presents an overview of El Salvador's criminal policy on illicit drugs. Following the introduction, it offers a general appraisal of the essential characteristics of that policy and its relationship with the international legal regime set forth in international treaties. Next, it outlines the three normative bodies that preceded the current criminal law, highlighting aspects such as protected legal rights, the concept of drugs, criminalized conduct and its corresponding penalties, in order to then analyze current criminal laws, such as the Regulatory Law on Drug-Related Activities, which are characterized by an abundance of criminal offenses, including the criminalization of consumption, the severity of penalties, the regime



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

of fines as a joint penalty, the exclusion of criminal benefits and other specific procedural and administrative provisions. This is followed by a presentation of some statistical data on the impact of this policy on the prison population. Finally, some conclusions are presented.

**Keywords:** Criminal policy, illegal drugs, El Salvador, prohibitionist current, war on drugs, drug trafficking, criminalization, consumption, possession, production, regulation, legalization, prison population, UNGASS 2016.

## Introducción

En El Salvador, la política criminal general ha sido predominantemente punitiva. La ley que actualmente rige esta materia, en teoría, es de carácter integral; es decir, no solo criminaliza las conductas relativas a las drogas, sino que también plantea respuestas en el ámbito de la prevención, el tratamiento y la rehabilitación de las personas adictas, así como la creación de instituciones administrativas con atribuciones especiales para llevar a cabo las referidas funciones. No obstante, en la práctica, la legislación salvadoreña tiene un fuerte peso represivo que desplaza la prevención y la rehabilitación a un plano secundario y marginal.

Esta ley, que constituye un régimen jurídico penal especial con respecto a los códigos Penal y Procesal penal, también criminaliza la posesión de drogas aun en cantidades mínimas, con lo cual penaliza la tenencia para el consumo propio. Esta severidad punitiva, hipotéticamente, ha sido aminorada por la jurisprudencia mediante sentencias tendientes a despenalizar la posesión para el consumo personal; pero esto contrasta con la realidad, puesto que el conjunto de personas presas –condenadas y procesadas– por delitos relativos a las drogas representa el 18,03 % del total de la población reclusa, que lo sitúa en la segunda posición de privados de libertad según el tipo de delitos, solo por debajo de los presos por homicidio; y el 53,73 % de las personas encarceladas por delitos relativos a las drogas están presas por consumo, no por tráfico o por posesión con fines de tráfico.

## 1. Apreciación general de la política criminal relativa a las drogas

Hay dos tipos de políticas relativas a las drogas ilícitas que se consideran extremistas; una es la prohibicionista expresada en la guerra contra las drogas dominante en los últimos cuarenta años; en el otro extremo están las propuestas de legalización o liberalización total del mercado de drogas; entre estas se abren paso dos modelos intermedios enfocados en la salud pública y los derechos humanos: las políticas de reducción del daño, y las

propuestas de legalización selectiva o regulada.[1] En cuanto a las propuestas de regulación hay quienes plantean que existen cinco posibles modelos: "a) esquemas de receta médica o en lugares de consumo supervisado; b) venta en farmacias; c) puntos de venta autorizados; d) establecimientos con licencia para la venta y consumo; e) venta por proveedores no autorizados en algunos casos únicos".[2]

La política criminal de El Salvador en materia de drogas, siempre se ha caracterizado por adherirse plenamente a la corriente prohibicionista.[3] En El Salvador, desde inicios del siglo XX, las conductas relacionadas con el cultivo, tráfico y consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y otros comportamientos conexos, continuamente han sido objeto de criminalización con sanciones penales muy severas, salvo, como se verá adelante, durante la vigencia del Código Penal de 1973.[4]

1 Hans Mathieu y Catalina Niño, "Introducción. Aspectos de la situación actual de las drogas ilegales y propuestas de reforma", en Hans Mathieu y Catalina Niño Guarnizo (eds.), *De la represión a la regulación: propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES), Programa de Cooperación en Seguridad Regional, 2013, pp. 38 y 39.

2 Aram Barra, "Políticas de drogas en América Latina: obstáculos y próximos pasos", *Nueva Sociedad*, núm. *255*, enero-febrero 2015, p. 86.

3 Por *prohibicionista* puede entenderse aquella política que impone "el discurso que […] considera 'droga' solo a algunos de los productos psicoactivos existentes, a los que fiscalizan las agencias internacionales, convirtiendo su comercio y su uso en un delito y a sus usuarios en delincuentes o, en todo caso, en 'enfermos bajo prescripción penal', cuya única posible salida es la abstención total del consumo de la droga de la que se trate. El objetivo básico de dicha política sería la pretensión de eliminar la droga de la faz de la tierra" (Oriol Romani, "Políticas de drogas: prevención, participación y reducción del daño", *Salud Colectiva*, vol. 4, núm. 3, septiembre-diciembre, 2008, p. 304). Esta caracterización de la corriente prohibicionista contra las drogas se mantiene intacta en la resolución de la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, realizada en su sede del 19 al 21 de abril de 2016, conocida como Ungass 2016, con el objeto de revisar los posibles avances de las políticas, planes e instrumentos impulsados por la ONU sobre el problema mundial de las drogas. Previo a ese evento, se había desatado cierta expectativa sobre la posibilidad de que la ONU diera un giro relevante en su concepción de esta problemática y revisara a fondo la normativa, los mecanismos y las directrices que durante décadas ha impulsado y han configurado la tendencia *prohibicionista*. Lamentablemente, esta expectativa no se cumplió y de la lectura de la referida resolución se observa que tales concepciones se mantienen intactas (Organización de las Naciones Unidas, *Proyecto de resolución presentado por el Presidente de la Asamblea General. Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas*, trigésimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 14 de abril de 2016). Para una explicación de los intereses económicos, geopolíticos y de política interna de Estados Unidos que determinan el origen de esta política prohibicionista, ver Carlos González *et al.*, *Repensar las drogas: hipótesis de la influencia de una política criminal liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación*, Barcelona, Grup Igia, 1988, p. 15. Disponible en http://www.grupigia.org/wp-content/uploads/repensar_las_drogas.pdf; en el ámbito de la política criminal, "el énfasis jurídico y político de esta política se encuentra en el campo del 'control y la represión' el cual, por tanto, es sometido a un análisis más minucioso. En suma, se comprueba una tendencia material a la sobrecriminalización, unida a simplificaciones procesales para la persecución y condena penales" (Kai Ambos, "Acerca de los intentos de control de las drogas en Colombia, Perú y Bolivia", *Cuadernos de Política Criminal,* núm. 53, 1994, p. 630).

4 Decreto Legislativo 270, de 13/02/1973, *Diario Oficial,* núm. 63, t. 238, de 30/03/1973, vigente entre marzo de 1973 y abril de 1998.

La tendencia político-criminal adoptada en diversos momentos ha sido predominantemente punitiva,[5] alejada de los debates que la cuestionan,[6] revelan las consecuencias dañinas del predominio del prohibicionismo,[7] exponen otras opciones de política

5 No solo en materia de drogas ilícitas, sino en general, la política criminal de El Salvador tradicionalmente se ha caracterizado por ser eminentemente punitiva, con fuertes rasgos de autoritarismo como reflejo de la herencia histórica de un Estado autoritario enquistado desde la época colonial. Es solo a partir del rediseño de nación, surgido de las reformas constitucionales derivadas de los acuerdos de paz de 1992, cuando comienza a introducirse en el discurso político el concepto de una política criminal integral; y es solo a partir de junio de 2009, con la llegada del primer Gobierno de izquierda, cuando se concibió y se puso en práctica una *política de justicia, convivencia y seguridad pública* de carácter integral. Esta política, en la práctica, no ha logrado avanzar mucho en esa concepción integral, pero ha sido reconocida como "un importante avance en términos de planificación y visión estratégica del Estado en materia de seguridad que no tiene precedentes en la historia reciente del país […] su enfoque de integralidad e interinstitucionalidad constituyó un importante logro, en relación a los enfoques unidimensionales que habían prevalecido en el pasado" (Instituto Universitario de Opinión Pública, *La situación de la seguridad pública y la justica 2009-2014. Entre expectativas de cambio, mano dura militar y treguas pandilleras*, San Salvador, Universidad Centroamérica José Simeón Cañas, UCA, 2014, p. 69).

6 La política criminal europea en materia de drogas, desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, ha mantenido un creciente debate sobre la reconsideración de la función del derecho penal en este ámbito, incluyendo propuestas despenalizadoras como reacción a los magros resultados obtenidos a través del tratamiento penal progresivamente endurecido (José Luis de la Cuesta Arzamendi, "Drogas y política criminal en el derecho penal europeo", *Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la Salud Pública*, 1993, pp. 11, 12, 15 y 16. Disponible en: http://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/CLC+29+DROGAS+Y+POLITICA+CRIMINAL+EN+EL+DERECHO+PENAL+EUROPEO.pdf); en Estados Unidos en los años noventa, con el presidente Clinton, comenzó un debate académico que cuestionaba la efectividad del prohibicionismo, el cual produjo algunos efectos expresados en la Estrategia de Drogas de 1997; sin embargo, los cambios fueron pobres puesto que la prioridad siguió siendo el control y la represión (Cfr. Sara Sáenz Uribe, "Consumo de drogas ilícitas, ¿prohibición o regulación? Análisis del caso colombiano en perspectiva de política comparada", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009, pp. 269-270). Este debate ha cobrado mayor fuerza en los últimos cinco años, como resultado del informe de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, liderada por los expresidentes César Gaviria, Fernando Henrique Cardoso y Ernesto Zedillo; así como el informe de la Comisión Global de Políticas de Drogas, liderada además de los tres referidos expresidentes, por el exsecretario general de la ONU, Kofi Annan y otras personalidades mundiales como los escritores Carlos Fuentes y Mario Vargas Llosa. Ambos informes coinciden en señalar sin tapujos el fracaso de la política prohibicionista de "guerra a las drogas", e incluyen recomendaciones sobre la descriminalización del consumo personal y el tratamiento de la adicción como un problema de salud pública (José Carlos Campero y Horacio Barrancos, "Alternativas a la política actual de drogas desde el eslabón de la producción", en Hans Mathieu y Catalina Niño Guarnizo (eds.), *op. cit.*, 2013, p. 65); otro de los documentos que ha contribuido a fortalecer el debate en los años recientes es el informe de la OEA, *El problema de las drogas en las Américas*, Secretaría General, 2013, pp. 105-110.

7 Entre los efectos negativos producidos por la política prohibicionista están: el encarcelamiento masivo en Estados Unidos, las políticas altamente represivas en Asia, corrupción y desestabilización política, violencia en América Latina, etc. (John Collins (coord.), *Acabando con la guerra contra las drogas. Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de la Políticas sobre Drogas*, LSE Ideas, 2012, p. 2); "las enormes ganancias generadas por la ilegalidad del negocio han servido para fortalecer a los grupos del crimen organizado, aumentar los niveles de violencia de manera alarmante, corromper y debilitar las instituciones públicas y, en algunos casos, incluso, para desafiar la legitimidad del Estado" (Catalina Niño, "Presentación. El debate actual sobre la política contra las drogas", en Catalina Niño Guarnizo (ed.), *Seguridad regional en América Latina y el Caribe. Anuario 2015*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES), 2015, p. xv); el alejamiento de los programas de salud, tratamiento y prevención, de los consumidores necesitados de dichos servicios, por temor a la reacción punitiva de la policía y del sistema penal en general. Al respecto ver OEA, 2013, *op. cit.*, p. 75; también ver OEA, Cicad y Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, *Informe Técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*, Bogotá, 2015, p. 5.

en materia de drogas ilícitas[8] e incluso afirman sin ambages el fracaso de la política de "guerra contra las drogas"[9] que, entre otros aspectos, se manifiesta en el aumento del cultivo de hoja de coca[10] y de opio,[11] así como en la estabilidad con tendencia al alza del número de consumidores de drogas a nivel mundial.[12] De este modo, El Salvador se ha plegado al tratamiento jurídico establecido en los convenios o tratados internacionales –que a su vez han sido influenciados por la política de Estados Unidos–[13]relativos a las drogas de los que este país es parte,[14] en especial en cuanto a la definición de drogas,

8 En El Salvador ese debate está ausente, no solo en el ámbito de la política partidaria, sino también en el terreno de la opinión pública, en la comunidad jurídica e incluso en el campo académico, lo cual se debe, en parte, a los resabios del diseño de Estado autoritario al que antes nos hemos referido, y a una cultura predominantemente conservadora, incluso en producciones académicas, como lo muestra un estudio que revela que las discotecas, bares, billares y otros centros nocturnos de San Salvador, ubicados en ambientes que garantizan seguridad y privacidad, son los sitios preferidos por jóvenes de estratos sociales medios y altos que combinan la diversión con el consumo de drogas ilícitas. Aparte de revelar información interesante sobre el consumo de drogas ilegales entre jóvenes "pudientes", el estudio adopta posturas conservadoras, prejuiciosas, cercanas a proponer medidas de mayor control estatal en el espacio público, lindando así con concepciones totalitarias que limitan o conculcan el derecho a la autodeterminación (Augusto Rigoberto López Ramírez, "La droga, el contexto y el Estado. Jóvenes de estratos sociales medios y altos y su consumo 'recreativo', en tres municipios de San Salvador", *Policía y Seguridad Pública*, núm. 3, 2013, pp. 145-208).

9 Entre los estudios o documentos que afirman el fracaso de la política de "guerra contra las drogas", ver los realizados por la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, 2009. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/planesNacionales/docs/Drogas%20y%20Democracia.%20Hacia%20un%20cambio%20de%20paradigma.pdf; y la Comisión Global de Políticas de Drogas, *Guerra a las drogas*, junio de 2011. Disponible en https://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2012/03/GCDP_WaronDrugs_ES.pdf; asimismo, John Collins, *op. cit*.

10 El censo anual de cultivos de coca en Colombia, presentado en julio de 2015 por el Gobierno colombiano y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), relativo al periodo de enero a diciembre de 2014, reporta un aumento de 44 % entre 2013 y 2014 de la cantidad de hectáreas cultivadas, de 48.000 a 69.000, conteniéndose así la tendencia a la baja registrada desde 2008; asimismo, la productividad pasó de 290 a 442 toneladas métricas, equivalente a un aumento de 52 % (Julián Wilches, "Colombia, entre la coca y el debate sobre una mejor política de drogas", en Catalina Niño *op. cit.,* 2015, p. 112).

11 La producción mundial de opio alcanzó 7.554 toneladas en 2014, el segundo nivel más alto en tres decenios, aunque el volumen de incautación mundial de opio, heroína y morfina ilícita disminuyó en un 6,4 %, entre 2012 y 2013 (UNODC, *Informe Mundial sobre las Drogas, 2015, Resumen Ejecutivo*, pp. v y vi).

12 En 2006, el número estimado de consumidores de drogas a nivel mundial era de 208 millones; en 2011, 240 millones; 2012, 243 millones; y en 2013, 246 millones, según la UNODC (*ibid*., p. iii).

13 Sobre la política de Estados Unidos de la "guerra contra las drogas", que considera a la producción y al narcotráfico como una amenaza a la seguridad nacional y sus implicaciones en las políticas económicas y de seguridad de los países productores de coca, especialmente Perú, Colombia y Bolivia, ver Kai Ambos, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas. Anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EE.UU. y Europa,* Bogotá, Comisión Andina de Juristas, Universidad Nacional del Litoral, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, cap. III, pp. 115-133.

14 El marco jurídico internacional de corte prohibicionista en materia de drogas se inicia principalmente desde la Comisión Internacional del Opio de Shanghai (1909) de la que emanó el Convenio de La Haya de 28 de enero de 1912; a este le siguió el Convenio sobre represión del tráfico ilícito de drogas nocivas (Ginebra, 1936), y de ahí la trilogía que conforma el núcleo duro de la regulación jurídica internacional a través de la ONU: el Convenio Único de Estupefacientes (Nueva York, 1961), el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (1971), y el Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 1988), todos ratificados por El Salvador (Cuesta Arzamendi, *op. cit*., p. 11; Sara Slapak y Marcelo Grigoravicius, "'Consumo de drogas': la construcción de un problema social", *Anuario de Investigaciones,* vol. XIV, 2006, p. 242; y Sáenz Uribe, *op. cit*., p. 269); sobre la evolución del régimen internacional conformado por esta tríada ver OEA., *op. cit*., p. 92; para una visión sobre la relación de la globalización y las políticas antinarcotráfico prevalecientes en Colombia y en el mundo, ver María Stella Baracaldo Méndez, "El nar-

estupefacientes o sustancias psicotrópicas,[15] y también en la visión que criminaliza el consumo de drogas por considerarla acríticamente como un factor criminógeno.[16]

La criminalización de actividades relativas a las drogas en El Salvador se inició con el Código Penal de 1904,[17] cuyo artículo 269, inciso segundo, afirma que para efectos del mismo "se considerarán drogas, sustancias o productos químicos enervantes o estupefacientes, los enumerados en el texto de la Convención de Ginebra de tres de julio de mil novecientos treinta y uno de que El Salvador es signatario". Esta disposición se refería al Convenio para Limitar la Manufactura y Regular la Distribución de Estupefacientes, suscrito en Ginebra el 3 de julio de 1931,[18] conocido como Convención de Ginebra de 1931, que es señalada por algunos autores como el primer instrumento internacional mediante el cual se concretó la política prohibicionista, al establecerse formalmente con dicho convenio la lucha contra el consumo de drogas, especialmente las de origen vegetal como el opio, el cannabis y la coca.[19]

En el Código Penal de 1973, artículo 305, para la definición de "sustancias o drogas enervantes, estupefacientes o alucinógenas", también se hacía referencia a las mencionadas como tales en las convenciones internacionales ratificadas por el país, así como las establecidas en las leyes y reglamentos vigentes. La Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de 1991[20] define el concepto droga en el artículo 2, en similares

---

cotráfico en la cultura cosmopolita: una mirada desde la experiencia de Colombia", *Policía y Seguridad Pública*, núm. 3, 2013, pp. 113 a 143.

15 Drogas, en su sentido original, son: "preparados de origen vegetal, animal o mineral –obtenidos mediante el secado de una planta o de un producto animal o vegetal– que se emplean como medicinas, estimulantes o condimentos" (*Meyers Enzyklopädisches Lexikon*, Mannheim/Wien/Zürich, 9 ed., t. 7, 1973, pp. 228 y ss., citado por Ambos, *op. cit.*, p. 39). Para una definición del concepto drogas ilegales o ilícitas, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), ver OMS, *Neurociencia del consumo y dependencia de sustancias psicoactivas*, Ginebra, 2004, pp. 2-3, citado por Marcelo Fabián Saín, "El fracaso del control de las drogas ilegales en Argentina", *Nueva Sociedad*, núm. 222, julio-agosto 2009, p. 132 y 133; ver también Favio Roca P., Marivel Aguirre M. y Betty Castillo, "Percepción acerca del consumo de drogas en estudiantes de una universidad nacional", *Psicoactiva*, núm. 19, 2001, p. 30.

16 Como muestra de esa visión que señala al consumo de drogas como una causa de delitos, el considerando II de la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas (LRARD) de 1991, expresamente dice que la drogadicción es un factor criminógeno que atenta contra las bases económicas, sociales, culturales y políticas de la sociedad; lo mismo expresa el considerando V de la LRARD de 2003. En contraste con esta concepción puede afirmarse, desde una crítica criminológica-política, que "el concepto predominante de drogas y la política de drogas basada en este, no es científico sino que sigue criterios políticos e ideológicos. La palabra 'droga' es en 'el idioma de los políticos' un concepto de lucha contra los grupos sociales marginales y sirve a la realización de fines autoritarios" (Szasz y Suárez S., en Ambos, *op. cit.*, p. 45). La resolución de la Ungass 2016 conserva la esencia de esa concepción de las drogas ilícitas, como factor criminógeno, sin diferenciar si la actividad criminal se desata por las drogas en sí o como consecuencia del prohibicionismo y la persecución extremos (ONU, *op. cit.*, pp. 10 y 11).

17 Aprobado el 08 de abril de 1904. Vigente desde el 11 de diciembre de 1904 hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1973.

18 Dicho convenio establece una larga y clasificada lista de sustancias entendidas como drogas. Al respecto ver Convenio para Limitar la Manufactura y Regular la Distribución de Estupefacientes de 1931. Disponible en: http://ri.ues.edu.sv/4182/1/50101338.pdf.

19 Cf. Slapak y Grigoravicius, *op. cit.*, p. 243.

20 Decreto Legislativo 728, del 05/03/1991; *Diario Oficial*, núm. 52, t. 310, del 15.03.1991.

términos, como también lo hace la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas de 2003 (LRARD),[21] actualmente vigente, en su artículo dos.

Con relación a la estructura normativa utilizada para la tipificación penal de estas conductas se observan dos periodos con dos modalidades diferentes en cada uno. Entre 1904 y 1991, se hizo en los respectivos códigos penales de 1904 y 1973;[22] entre 1991 a la actualidad, se realizó mediante dos leyes especiales, ambas denominadas Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, una vigente entre marzo de 1991 y octubre de 2003, y la otra vigente entre octubre de 2003, hasta el presente.[23]

En cuanto algunos aspectos de técnica legislativa, bajo la estructura de los códigos, el número de tipos penales fue limitado a ocho en el Código Penal de 1904, y a cinco en el Código Penal de 1973; mientras que con las leyes especiales, las figuras delictivas se ampliaron a 24 en la Ley Reguladora de 1991 y a 22 en la Ley Reguladora de 2003.

Por otra parte, las leyes reguladoras no solo tipifican los delitos y las penas, sino que incluyen disposiciones administrativas, procesales, procedimientos especiales de investigación criminal, así como normas relativas a la estructura institucional responsable de la regulación de las drogas en diversos aspectos; la creación de organismos especializados en la prevención e investigación de estos ilícitos, más la asignación de atribuciones a varios ministerios e instituciones públicas, especialmente a la policía, Fuerza Armada y Ministerio Público.

Con respecto al desarrollo punitivo,[24] en el Código Penal de 1904 se castigaba con ocho años de presidio a quien cometiera cualquiera de las conductas prohibidas relativas a las drogas. Este código no criminalizaba expresamente el consumo, pero sí lo hacía

21 Decreto Legislativo 153, de 02/10/2003; *Diario Oficial*, núm. 208; t. 361, de 07.11.2003.

22 Código Penal de 1904, artículos 269 y 270 y Código Penal de 1973, artículos 300 a 305.

23 La no inclusión de los delitos sobre drogas ilícitas en los respectivos códigos penales de cada país, y la opción por leyes especiales, se suele justificar por dos motivos: uno, la conveniencia de una mejor conexión entre las diversas medidas de política criminal, esto es, represivas, preventivas y de control; y dos, el carácter accesorio de los tipos penales con relación a la legislación administrativa, de la que dependen aspectos cruciales que van desde la definición de las sustancias objeto de regulación hasta la determinación de las conductas consideradas legales o ilegales (De La Cuesta Arzamendi, *op. cit.*, p. 18).

24 Como fiel reflejo de su adhesión a la política prohibicionista, a lo largo de la historia de la legislación salvadoreña, los tipos penales relativos a las drogas han sido considerados delitos graves y, por tanto, merecedores de penas privativas de libertad muy severas. Acerca de la tendencia a aumentar continuamente la severidad de las penas impuestas a los delitos relativos a las drogas y la vulneración al principio de proporcionalidad, ver Manuel Cancio Meliá, "¿'Derecho penal' del enemigo?", en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 12-13. Disponible en: http://www.icalp.org.bo/docs/2008-01-29-hugodanielmogrovejomartinez-derecho-penal-del-enemigo.pdf; Pien Metaal y Coletta Youngers (eds.), *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Ámsterdam, Washington, Washington Office on Latin American (WOLA) y Transnational Institute (TNI), 2010. Disponible en: http://www.bancodeinjusticas.org.br/wp-content/uploads/2011/11/TNI-e-WOLA-Sistemas-Sobrecargados-Leyes-de-Drogas-y-C%C3%A1rceles-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf; De la Cuesta Arzamendi, *op. cit.*, pp. 27-30; González *et al*., *op. cit.*; Gloria Lai, "Drogas, crimen y castigo", *Serie reforma legislativa en materia de drogas,* núm. 20, 2012.

indirectamente al penalizar la tenencia sin justificación legal en cualquier cuantía y para cualquier fin; en caso de que el autor fuere funcionario o empleado público, o profesional titulado con autorización para recetar, despachar o aplicar drogas, la conducta se consideraba agravada y se penalizaba con un cuarto más de la pena; si el suministro se hacía a una persona menor de edad o drogadicta, la pena se elevaba un tercio más. Cabe destacar que las penas establecidas en el referido código no tenían un límite mínimo y máximo, sino que cada una de las penalidades mencionadas era fija y única para las respectivas conductas sancionadas.[25]

El Código Penal de 1973 fue el primero en dejar un margen legal que permitía interpretar que el consumo no era delito, puesto que la tenencia era penalizada con prisión de tres a cinco años, siempre que fuese "en cantidades que a juicio prudencial del juez, sean presumiblemente comerciales y no justificaren la razón legítima de su tenencia".[26] Este código fue también el de las penas menos gravosas –con relación a las leyes especiales posteriores, no al código de 1904–, con un límite máximo de 15 años de prisión, en el caso "del comercio clandestino o fraudulento de drogas",[27] y con una penalidad de tres a cinco años de prisión para tres de los cinco tipos penales tipificados.

Esa "benignidad" peculiar del código salvadoreño de 1973,[28] probablemente respondía a la tendencia político-criminal internacional que provenía de Estados Unidos desde los años cincuenta y sesenta, caracterizada por mostrar una faceta relativamente tolerante hacia el consumo de drogas por la presión de las subculturas *beatnik* y *hippie*,[29]

25 Código Penal de El Salvador de 1904, artículos 269 y 270.

26 Código Penal de El Salvador de 1973, artículo 302. Una disposición similar se encuentra en la LRARD de 1991, artículo 37, que establece el tipo penal de posesión y tenencia.

27 *Ibid.*, artículo 301. Aunque conforme al artículo 306, si a consecuencia de la comisión dolosa de alguno de los delitos relativos a las drogas se producía el resultado de muerte, la pena era de 10 a 25 años de prisión.

28 No fue posible para este estudio obtener datos empíricos sobre la aplicación de las disposiciones del CP de 1973 relativas al consumo de drogas; sin embargo, tomando en cuenta que la política criminal salvadoreña tradicionalmente se ha caracterizado por ser ampliamente punitiva y autoritaria, como antes se ha explicado, es probable que, en la práctica, el consumo de drogas fuera perseguido y sancionado penalmente, considerando que el tipo penal del artículo 302, si bien no criminalizaba expresamente la tenencia para el consumo, dicha tenencia sí era penalizada "en cantidades que a juicio prudencial del juez, sean presumiblemente comerciales y no justificaren la razón legítima de su tenencia"; es decir, deja un amplio margen de discrecionalidad judicial en su aplicación. Esta afirmación se ve respaldada, además, por la criminalización de la tenencia para consumo de drogas ilícitas que actualmente existe en la práctica, pese a la supuesta tendencia de los tribunales a descriminalizar dicha conducta, tal como se expondrá en el apartado "Impacto en la población privada de libertad".

29 A finales de la década de los cincuenta y durante los sesenta, la política prohibicionista fue menguada por los movimientos *beatniks* y *hippies*, precursores de la llamada "cultura norteamericana de las drogas", la cual tiene sustento en el liberalismo que enfatiza "los derechos del individuo como adulto, plenamente responsable y autónomo quien, como ser libre y soberano, debe guardar para sí, una esfera de libertad y autodeterminación intocable […] impenetrable por el Estado, salvo en los casos que exista conflicto de intereses" (Fernando Bustamante, "La Política de Estados Unidos contra el narcotráfico y su impacto en América Latina", en Augusto Varas (ed.), *Jaque a la democracia. Orden internacional y violencia política en América Latina*. Buenos Aires, Rial, 1990, pp. 16-17, citado por Pablo Villatoro S., "Estados Unidos y las drogas. ¿Prohibir o legalizar?", *Fuerzas Armadas y Sociedad*, vol. X, núm. 1, enero 1994, p. 2).

y que culminó en la década de los setenta con la despenalización de facto del consumo de marihuana en once estados de dicho país.[30]

## 2. Antecedentes normativos

### 2.1. Código Penal de 1904

En el siglo XX, el primer tratamiento jurídico penal de las conductas relacionadas con las drogas aparece en el Código Penal de 1904,[31] artículos 269 y 270.[32] En este código, el objeto de regulación no solo eran las drogas, sino también las sustancias o los productos químicos, enervantes o estupefacientes, que eran definidos de conformidad con lo establecido en la Convención de Ginebra de 1931, antes citada. El bien jurídico protegido desde ese entonces era la salud pública,[33] puesto que estas disposiciones formaban parte de los delitos contra la salud pública señalados en el Capítulo II, Título V, Libro Segundo del referido código.

El artículo 269 castigaba con ocho años de presidio, fijos, sin límite inferior ni superior, ocho conductas relativas a las drogas y otras sustancias, agrupadas en ocho ordinales entre las que destacaban la elaboración ilegal de drogas enervantes o preparados de las mismas; la introducción ilegal al país de drogas, sustancias, semillas, plantas vivas o muertas o productos químicos dañinos; la siembra, el cultivo o la cosecha de plantas prohibidas, o la elaboración con dichas plantas de sustancias o productos de venta prohibida; el comercio ilegal al por mayor o al detal; la tenencia o el suministro ilegal; la exportación ilegal de los mismos; la importación, el comercio o el suministro en cualquier

30 En 1972, el Congreso de Estados Unidos conformó una Comisión Nacional sobre la Marihuana y el Abuso de Drogas, conocida como Comisión Shafer, por el apellido del exgobernador de Pensilvania Raymond P. Shafer, quien la presidió. Esta recomendó priorizar los programas antidemanda y la descriminalización de la posesión de marihuana, y criticó el régimen prohibicionista. Tales recomendaciones fueron rechazadas por Richard Nixon, presidente de ese entonces; sin embargo, 11 estados siguieron las recomendaciones y aunque no aprobaron ninguna legislación de despenalización, esta se dio de hecho entre 1973 y 1978 (Villatoro, *op. cit.*, p. 2); véase también Magnus Linton, "La guerra contra las drogas: de Richard Nixon a Barack Obama", *Nueva Sociedad,* núm. 255, enero-febrero, 2015, pp. 69-70.

31 Antes del Código Penal de 1904, El Salvador, como nación independiente, tuvo tres códigos penales: el primero fue el Código Penal de 1826, tomado del español de 1822 y que aparece insertado en la "Recopilación de Leyes Patrias", del presbítero y doctor Isidro Menéndez; el segundo fue el de 1859, que se inspiró en el español de 1848; y tercero, el de 1881, inspirado en el español de 1870 ( Ministerio de Justicia (comp.), "Código Penal de El Salvador de 1904", en *Constitución Política y Códigos de la República de El Salvador*, San Salvador, 1967, p. 1099).

32 Libro Segundo, De los Delitos y Sus Penas, Título V, De la Infracción de las Leyes sobre Inhumaciones, de la Violación de Sepulturas y de los Delitos contra la Salud Pública, Capítulo II, De los Delitos Contra la Salud Pública, artículos 269 y 270.

33 En palabras de Kai Ambos, la salud pública es "un bien jurídico de gran extensión, que no siempre está en condiciones de comprobar el estándar mínimo de la dañosidad social de la conducta penada" (Ambos, 1994, *op. cit.*, p. 641; *Idem*, 1998, *op. cit.*, p. 91).

forma o cantidad y a cualquier título, de los objetos referidos,[34] y la facilitación de local u ocasión para el suministro o consumo de drogas.

El artículo 270 regulaba los tipos penales agravados, que operaban en caso de que el autor fuere funcionario o empleado público, o profesional titulado con autorización para recetar, despachar o aplicar drogas, por lo que la pena debía aumentarse en un cuarto más, es decir, llegaba a 10 años de presidio. Bajo esa agravante, la pena podía aumentar todavía en una tercera parte más, es decir, tres años y un tercio adicionales, o sea 13 años y un tercio, si el suministro o aplicación se hiciere a una persona drogodependiente o a menor de edad, agregando la pena accesoria de inhabilitación para ejercer el cargo o profesión durante el tiempo de la condena.

### 2.2. Código Penal de 1973

El bien jurídico protegido es la *salud pública*, ya que las disposiciones que criminalizaban las conductas relativas a las drogas eran los artículos 300 a 305, que formaban parte del Capítulo III, Delitos Contra la Salud; Título I, Delitos contra la Seguridad Colectiva; Tercera Parte, Delitos contra los Bienes Jurídicos de la Sociedad; Libro II, Los Delitos. Los objetos de regulación son las sustancias o drogas enervantes, estupefacientes o alucinógenas.

Este código tipificaba cinco tipos penales, todos sancionados con pena de prisión, en cinco artículos: artículo 300, siembra o cultivo de semillas o plantas que produzcan estupefacientes, de 4 a 8 años; artículo 301, comercio clandestino o fraudulento de drogas, de 6 a 12 años y una modalidad agravada cuya penalidad se aumentaba en una tercera parte del máximo, es decir, de 6 a 15 años de prisión;[35] artículo 302, tenencia ilícita de drogas, con 3 a 5 años;[36] artículo 303, facilitación de locales para el consumo de drogas, de 3 a 5 años; y artículo 304, facilitación dolosa de estupefacientes.[37]

34 El numeral 7 de esta disposición calificaba a estas sustancias como objetos exclusivamente preparados para alimentar vicios de los que envenenan al individuo o degeneran la raza.

35 Cuando el autor cometiera el delito en ocasión de ejercer abusivamente una profesión sometida a autorización o vigilancia por motivos de salud pública o si fuere comerciante, o si la sustancia se proporcionare a una persona menor de edad o deficiente mental, o si el autor utilizare a dichas personas. En caso de que el autor sea comerciante, se agrega la pena accesoria de suspensión de su matrícula de comercio.

36 Se sancionaba a quien, sin estar autorizado para la venta, tuviere en su poder los objetos de regulación en cantidades que, a juicio prudencial del juez, fueran presumiblemente comerciales y no justificaran la razón legítima de su tenencia. Implícitamente se entiende que si la cantidad que tuviera, a juicio del juez, no era presumiblemente comercial, se consideraba que era para el consumo personal y quedaba impune.

37 Este era un delito especial, ya que no estaba dirigido a cualquier persona, sino al facultativo que recetare los objetos de regulación, fuera de los casos indicados por la terapéutica o en dosis claramente mayores de las necesarias o infringiendo la normativa jurídica aplicable. La pena era de 3 a 5 años.

Por otra parte, el artículo 305 establecía el concepto legal de drogas enervantes, estupefacientes o alucinógenas,[38] mientras el artículo 306 establecía una pena de 10 a 25 años para cualquier autor de algún delito contra la salud pública, de cuya comisión resultare la muerte de una o más personas.

### 2.3. Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas de 1991

Esta ley fue aprobada por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 5 de marzo de 1991, su vigencia comenzó el 23 del mismo mes y año, antes de que para este país entrara en vigor la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, de 1988,[39] vigente desde el 25 de octubre de 1993. Es probable que por esta razón, en los considerandos de esta ley no se mencionara dicha Convención, a pesar de que la influencia de esta en este cuerpo normativo es bastante evidente.[40]

El bien jurídico protegido mediante esta ley sigue siendo la salud pública,[41] y los objetos de regulación son las drogas, definidas según el artículo dos,[42] sin mencionar otros conceptos como sustancias enervantes, estupefacientes o alucinógenas, como se hacía en las regulaciones anteriores.

Tiene una estructura sencilla: cinco capítulos y 77 artículos. El Capítulo I, Disposiciones Generales, comprende el objeto de la ley (art. 1), que contiene todas las actividades relativas a las drogas, relacionadas con tres aspectos: a) cultivo, producción, fabricación, extracción, almacenamiento, depósito, transporte, enajenación y otras acciones similares o conexas; b) lo relativo a prescripciones, posesión o tenencia, dispensación y consumo a cargo de facultativos; y c) la prevención, persecución y sanción de las

38 Establecía que como tales se entenderán las determinadas por las leyes o los reglamentos vigentes en el país sobre la materia, así como las mencionadas por las convenciones internacionales ratificadas por el Estado salvadoreño. Se considera por igual toda sustancia que afecte las facultades intelectuales o psíquicas, o produzcan un estado anormal de excitación o percepciones engañosas, excepto las bebidas alcohólicas.

39 Dicha convención fue ratificada por El Salvador el 14 de septiembre de 1993; publicada en el *Diario Oficial,* núm. 198, t. 321, del 25/10/1993, siendo esta la fecha de su entrada en vigencia para este país.

40 En tales considerandos se hace referencia a tres aspectos: 1) que el artículo 65 de la Constitución de El Salvador establece la salud de los habitantes como un bien público por el cual deben velar el Estado y las personas; 2) que la drogadicción ha llegado a ser un fenómeno que deteriora la salud física y mental de los habitantes del país y se la señala como un factor criminógeno que atenta contra las bases de la sociedad; 3) que el control y la penalización de diversas conductas relacionadas con las drogas es una forma de prevenir el narcotráfico y luchar contra la drogadicción.

41 Constitución de la República de El Salvador, artículo 65: "La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento".

42 Se consideran drogas, las sustancias especificadas como tales en los convenios internacionales ratificados por El Salvador, las mencionadas en el Código de Salud, Reglamento de Estupefacientes y demás leyes del país. Se agrega que también lo son las que independientemente de su pureza, actúan sobre el sistema nervioso central y tienen la capacidad de producir transformaciones en los estados de conciencia y que puedan causar dependencia o sujeción física y psicológica por su uso indebido. Igualmente, son drogas las semillas, florescencias, plantas o partes de ellas, y cualquier otra sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas. Se excluyen las bebidas alcohólicas y el tabaco.

conductas tipificadas como delitos. Esta disposición revela a esta ley como el principal instrumento jurídico de la política criminal salvadoreña en materia de drogas, que abarca los ámbitos de la prevención, criminalización, tratamiento y rehabilitación, aunque, como se verá adelante, tiene un mayor peso en la parte punitiva.

En ese Capítulo I se establece la definición de drogas (art. 2), ya referida, las prohibiciones y autorizaciones de narcóticos, depresores, estimulantes, alucinógenos, cannabis y otras sustancias (art. 3), el concepto de fabricación (art. 4) y el concepto de tráfico ilícito (art. 5).[43]

En el Capítulo II se establecen los llamados organismos administrativos ejecutores, siendo los principales el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (art. 7), como responsable de elaborar y ejecutar programas de prevención, tratamiento y rehabilitación, y de controlar aquellas que estén a cargo de otras entidades; el Consejo Superior de Salud Pública (art. 8), cuyas atribuciones son las que le señalan el Código de Salud y otras disposiciones; la Comisión Antinarcotráfico (art. 9), entidad creada por decreto ejecutivo, encargada de diseñar, dirigir y coordinar todo lo referido a impedir y controlar el narcotráfico, y a evitar el cultivo, la producción, la fabricación, el tráfico y el consumo de drogas.

Dentro de estos organismos se incluye a la División Antinarcotráfico (art. 10), estructura policial a la que se le asigna la categoría de órgano auxiliar de la administración de justicia, y se le confieren cerca de 20 atribuciones, entre ellas organizar medios para prevenir y controlar las actividades ilícitas, obtener información, crear otras unidades, registrar vehículos de todo tipo, registrar lugares y personas, así como la detención de estas por considerarlas sospechosas de portar drogas, decomisar sustancias sospechosas, incautar bienes muebles e inmuebles, investigar con exclusividad los delitos relativos a drogas, y otras. Esta es, sin duda, una de las estructuras policiales más poderosas.[44]

El Capítulo III, relativo al control, establece normas, procedimientos, medidas y acciones relativas a la autorización y el control de la fabricación, importación, exportación,

43 Este último es definido como "toda actividad no autorizada por autoridad competente relacionada con el cultivo, adquisición, enajenación a cualquier título, importación, exportación, depósito, almacenamiento, transporte, distribución, suministro y tránsito de las sustancias a que se refiere el artículo 2", es decir, drogas.

44 La mayoría de las atribuciones de esta división policial son de carácter autónomo, atributo que caracterizaba las funciones de los cuerpos policiales de aquella época; solo algunas facultades susceptibles de afectar derechos fundamentales estaban sujetas al control judicial. Esto se debe a que en 1991, año en que fue aprobada esta ley, todavía no estaban vigentes varias reformas constitucionales que se derivaron de los Acuerdos de Paz de El Salvador, suscritos en enero de 1992. Dos de esas reformas constitucionales, una del 31 de octubre de 1991 y otra del 27 de junio de 1996, modificaron el ordinal 3º del artículo 193 de la Constitución, en el que se establece que una de las atribuciones del fiscal General de la República es: "3º) Dirigir la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil, en la forma que determine la Ley". Desde entonces, se limitó la autonomía de la policía en materia de investigación criminal, supeditando sus actuaciones a la dirección y control de la Fiscalía.

comercialización y otras actividades legales relativas a las drogas, entre ellas la elaboración de listas de drogas, el etiquetamiento obligado de determinados productos, el tránsito de drogas, lugares para importación de las mismas, responsables del control, y otras funciones administrativas (arts. 15 a 33).

El Capítulo IV, De los Delitos (arts. 34 a 62), como su nombre lo indica, es la parte punitiva y la más extensa de esta ley, conformado por 24 tipos penales, todos delitos graves, cuyas penas en promedio son de 3 a 6 años de prisión, con algunos delitos como la exhibición intencional (art. 50) y omisión de denuncia o aviso (art. 57), con penalidad menor de 1 a 3 años; y actividades ilícitas en centros de enseñanza (art. 55) con pena de 1 a 4 años de prisión; y con varias conductas sancionadas con penas más elevadas: siembra y cultivo (art. 34) de 5 a 10 años; fabricación o transformación (art. 35), de 5 a 15 años; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito (art. 36), 5 a 15 años; promoción y fomento (art. 38), 6 a 10 años; facilitación de medios (art. 39), de 5 a 10 años; transacciones derivadas de delitos relativos a drogas (art. 46), de 8 a 15 años de prisión.

Se penalizan también en este capítulo las asociaciones ilícitas (art. 56), los delitos calificados por el resultado de muertes o lesiones (art. 58), los actos preparatorios, proposición y conspiración (art. 59) y se establecen otras regulaciones como las agravantes especiales (art. 60), las atenuantes especiales (art. 61), y el concurso de delitos (art. 62).

Por último, en el Capítulo V, Disposiciones Especiales, se regulan varios aspectos de carácter administrativo y procesal, como la calidad de agentes investigadores (art. 63), que se refiere a los agentes encubiertos que tendrán calidad de testigos y no de imputados; el secreto bancario o tributario e inmovilización de cuentas (art. 64); la clausura preventiva de inmuebles (art. 65); las diligencias de decomiso, destrucción y remisión de drogas, sustancias o implementos relacionados (art. 66); la destrucción judicial de drogas (art. 67); el comiso (art. 68); la disposición judicial de bienes (art. 69); los beneficios excluidos (art. 70);[45] la reserva de la investigación (art. 71); el valor probatorio de las declaraciones de los autores o cómplices (art. 73), y otras.

## 3. Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas de 2003, vigente. Particularidades normativas o jurisprudenciales

La norma penal vigente en materia de drogas en El Salvador es la Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas (en adelante Ley Reguladora o LRARD) de 2003, la

45 Este artículo prohibía a los imputados por estos delitos el beneficio de la excarcelación y de la suspensión condicional de la ejecución de la pena; igualmente, excluía a los condenados del beneficio de la libertad condicional, si concurrían algunas de las agravantes contempladas en el artículo 60.

cual constituye un régimen jurídico penal especial con una fuerte tendencia punitiva, que incluso puede ser calificado como un subsistema penal propio del derecho penal autoritario.[46]

En términos generales, esta ley es una actualización de su predecesora homónima de 1991, la cual, según se expone en los considerandos de la norma en comento, perdió actualidad, por lo que se consideró necesario crear un nuevo cuerpo normativo adecuado a los avances tecnológicos utilizados por quienes se dedican a las actividades relativas a las drogas, proscritas por los tratados y las convenciones internacionales. Se agrega, como justificación de esta nueva ley, la política del Estado salvadoreño de cumplir los tratados multilaterales relativos a las drogas, suscritos y ratificados.

La salud de los habitantes, considerada como un bien público, sigue siendo una de las principales motivaciones de esta ley, como lo fue para su antecesora; asimismo, concibe a la drogadicción como un problema que afecta a la salud física y mental de las personas, y al mismo tiempo como un factor criminógeno que atenta contra las bases de la sociedad.

La mayor tendencia represiva de esta ley, comparada con la anterior, queda explícita en el último de sus considerandos, en el que, sin tapujos, se declara la erradicación de la drogadicción –léase el consumo–, como el motivo principal de sus disposiciones, especialmente las que criminalizan una cantidad considerable y variable de comportamientos. Es más, expresamente se afirma que "el combate y el control de las actividades ilícitas de las drogas, es una forma de prevenir el problema de la drogadicción".

El bien jurídico protegido en esta ley, como en la anterior, es la salud pública, y los objetos de regulación son las drogas, cuya definición, establecida en el artículo 2, es la misma de la ley anterior, e igualmente no asimila el concepto de drogas a otras categorías como sustancias enervantes, estupefacientes o alucinógenas, como se hacía en los códigos penales de 1904 y 1973.

La estructura de la LRARD es igual a la de la ley precedente: 78 artículos distribuidos en cinco capítulos con los mismos títulos (I. Disposiciones Generales; II. Organismos Administrativos y Ejecutores; III. Del Control; IV. De los Delitos; y V. Disposiciones Especiales), y por ende con contenidos y materias de regulación similares.

46 Tal como lo señalaron Salvador Herencia y José Luis Guzmán Dálbora, miembros del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Gledpi), durante la reunión de dicho grupo en San José, Costa Rica, del 28 al 30 de diciembre de 2016. No obstante, pese a su severidad punitiva, esta ley, a diferencia de su predecesora, permite que las personas condenadas por cometer los delitos regulados en la misma puedan gozar de los beneficios de libertad condicional y libertad condicional anticipada, regulados en los artículos 86 a 92 del Código Penal, y 31, 37, 39, 47 y 51 de la Ley Penitenciaria de El Salvador, puesto que los beneficios que excluye en el artículo 71, como adelante se explicará, son de carácter procesal.

Como principales novedades, en términos generales, se destacan las siguientes: se introduce el artículo 4, Conceptos y Definiciones, que contiene las definiciones de agente encubierto, compra controlada, embargo preventivo o incautación, entrega vigilada, Estado de tránsito, identidad protegida y tráfico ilícito de drogas, siendo este último definido de manera igual que en la ley precedente. En cuanto a los organismos ejecutores, como principal novedad se destaca la creación de la Comisión Nacional Antidrogas (CNA), en reemplazo de la anterior Comisión Antinarcotráfico.[47]

Se reestructuran las atribuciones policiales, las cuales son asignadas al Ministerio de Seguridad Pública y Justicia, a través de la Policía Nacional Civil y esta por medio de la División Antinarcóticos, con lo cual se remedia la autonomía con la que se establecían dichas facultades policiales a la División Antinarcotráfico en la ley anterior. Asimismo, la mayoría de sus atribuciones fueron reformuladas, especialmente las relacionadas con la investigación de delitos y el procesamiento de imputados, que ahora aparecen como funciones policiales pero bajo la dirección y supervisión de la Fiscalía General de la República, lo que se explica por la vigencia de las reformas constitucionales derivadas de los Acuerdos de Paz suscritos en 1992, que dieron esa facultad a la referida Fiscalía.[48]

A continuación se expondrán algunas de las principales particularidades normativas o jurisprudenciales relacionadas con la LRARD.

### 3.1. Abundancia de tipos penales y penas desproporcionadas

La parte penal de la ley en comento está plasmada en el Capítulo IV, conformado de 26 artículos (art. 31-56), de los cuales 22 tipifican igual número de tipos penales, más otras cuatro disposiciones que regulan, respectivamente, los actos preparatorios, la proposición, la conspiración y las asociaciones delictivas, las agravantes especiales, las atenuantes y el concurso de delitos.

En comparación con la ley anterior, la LRARD tiene dos delitos menos; sin embargo, siguen siendo abundantes si se comparan con los ocho tipos penales del Código

47 Son parte de la CNA los ministros, titulares o sus representantes de: Seguridad Pública y Justicia, Salud Pública, Educación, Defensa Nacional y Consejo Superior de Salud Pública. La preside un director ejecutivo que es nombrado por el presidente de la república. Sus atribuciones son la planificación, coordinación, supervisión y evaluación de planes, programas, estrategias y políticas de gobierno orientadas a la prevención y el combate del tráfico, la comercialización y el consumo de drogas, y lo relacionado con la rehabilitación de adictos (ver LRARD, art. 5).

48 Sobre las reformas constitucionales surgidas de los Acuerdos de Paz de El Salvador, mediante las cuales se dio origen a nuevas instituciones fundamentales para la democratización del país, como la Policía Nacional Civil y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, y fueron reformadas a profundidad otras instituciones como la Fuerza Armada, el Órgano Judicial y la Fiscalía General de la República, ver Jaime Martínez Ventura, "Control y eficacia de la Policía Nacional Civil (PNC)", en *Instituciones y democracia en El Salvador,* San Salvador, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, pp. 237-280; e *idem*, "Seguridad pública y reforma policial en El Salvador", en Carlos Alberto Elbert *et al*. (coord.), *La criminología del siglo XXI en América Latina, parte segunda*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

Penal de 1904, y los cinco del código de 1973, e igualmente con los 16 de la legislación vigente en Guatemala;[49] los 13 de la legislación de Honduras;[50] los 12 del Código Penal de Nicaragua;[51] y los 19 de Costa Rica.[52]

En cuanto a las penas, esta ley, como parte de su carácter punitivo, presenta las siguientes particularidades: impone las penas más severas en la historia de la legislación antidrogas, por dos razones, una, por primera vez establece conjuntamente la pena de prisión con la de multa, para todos los delitos tipificados en ella,[53] desde los menos graves, como la posesión y tenencia en cantidades menores de dos gramos (art. 34, inc. 1), cuya pena es de uno a tres años de prisión y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes;[54] hasta los delitos más graves como el tráfico ilícito (art. 33), con una pena de 10 a 15 años de prisión más multa de 50 a 5.000 salarios mínimos mensuales urbanos vigentes.[55]

Dos, además de esa doble penalización, la mayoría de los delitos tipificados en la LRARD sufrieron un aumento en sus respectivas penas de prisión. Por ejemplo, el delito de siembra y cultivo (art. 31) tiene una pena de 5 a 15 años de prisión, mientras que en

---

49 Ley contra la narcoactividad de Guatemala, capítulo VII, De los Delitos y sus Penas. Decreto 48-92.

50 Ley sobre uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, capítulo V, Delitos, Penas y Medidas de Seguridad, Decreto 126-89.

51 Código Penal de Nicaragua, Título XIV, Delitos Relacionados con Estupefacientes, Psicotrópicos y otras Sustancias Controladas, Ley 641.

52 Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo, Título IV, Delitos y Medidas de Seguridad, Ley 8204.

53 La imposición conjunta de pena de prisión y multa aparece de manera excepcional en el CP de 1998, vigente a la fecha, solo para unos cuantos delitos, como es el caso de receptación agravada por habitualidad (CP, art. 214-A, inc. 4º), sancionado con prisión de uno a cinco años y de 20 a 200 días multa; los delitos relativos con el mercado, la libre competencia y la protección al consumidor (CP, arts. 233 a 237), que comprenden figuras como acaparamiento, venta a precio superior, agiotaje, etc., todos sancionados con prisión y multa en diversas cuantías; construcciones no autorizadas (CP, art. 253), penada con prisión de seis meses a un año y de 100 a 200 días multa; tráfico de influencias (CP, art. 336), sancionado con prisión de uno a tres años y de 50 a 100 días multa; y desaparición de personas permitida culposamente (CP, art. 366), sancionado con prisión de dos a cuatro años y de 100 a 180 días multa.

54 La drasticidad de las penas de multa impuestas en la LRARD se evidencia al comparar el parámetro de la pena de multa regulada en el Código Penal de El Salvador. Al respecto, el artículo 45, numeral 4) prescribe que el importe de la pena de multa se cuantificará en días multa y será de 5 a 365 días multa; por su parte, el artículo 51 de dicho código establece que el día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la comisión del hecho punible y como máximo cinco veces dicho salario. Un mayor problema con esta desproporcionalidad de la pena de multas, independientemente de que en la práctica no se aplique por las razones que se explican en este artículo, como expuso José Luis Guzmán Dálbora en la reunión del Gledpi realizada en San José, Costa Rica, del 28 al 30 de diciembre de 2016, es que su finalidad es mantener privada de libertad a toda costa a las personas condenadas por delitos relativos a las drogas. Lo que, a mi criterio, evoca la intolerable e inconstitucional prisión por deudas.

55 El parámetro de multa establecido es indeterminado, ya que el salario mínimo urbano mensual en El Salvador tiene tres categorías y valores según el área de trabajo: maquila e industria textil: US$ 210.90; industria: US$ 246,60; comercio y servicio: US$ 251,70; por lo que una multa mínima de cinco salarios mínimos equivale a US$ 1.054,50; US$ 1.233; o US$ 1.258,50, respectivamente; en tanto que una multa máxima de cinco mil salarios mínimos urbanos, equivale a US$ 1.054,500; US$ 1.233.000; o US$ 1.258.500. Sobre el salario mínimo en El Salvador, ver http://www.tusalario.org/elsalvador/Portada/ salario/salario-minimo-2.

la ley anterior era de 5 a 10 años, o sea, se incrementó en 5 años el límite superior; la fabricación o transformación está sancionada con prisión de10 a 15 años, mientras que en la ley previa la pena era de 5 a 15 años de prisión, es decir, se aumentó en 5 años el límite inferior. En varios otros delitos el aumento de penas es de 5 años más, la mayoría en el límite superior, aunque también algunos subieron el límite inferior, lo cual es más gravoso.

Los incrementos de penas de prisión más altos, que convirtieron algunos delitos menos graves en graves,[56] son los ocurridos con el delito de actividades ilícitas en centros de enseñanza (art. 51), cuya pena en la ley antecedente era de 1 a 4 años de prisión, mientras que en la LRARD la sanción es de 4 a 8 años de prisión; similar situación ocurre con el delito de omisión de aviso (art. 53), cuya pena era de 1 a 3 años de prisión, y ahora es de 4 a 8 años.

La severidad de las penas impuestas en la LRARD, y su infracción al principio de proporcionalidad son notorias si se comparan con las penas establecidas en el CP vigente para delitos cuyo grado de lesividad es mayor, considerando que el bien protegido es la vida, tales como el homicidio simple (CP, art. 128), sancionado con prisión de 10 a 20 años, misma pena prevista para la figura agravada del tráfico ilícito internacional (LRARD, art. 33, inc. 2); el homicidio culposo (CP, art. 132) tiene una pena de prisión de dos a cuatro años, y la inducción y ayuda al suicidio (CP, art. 131) está sancionada con prisión de dos a cinco años; ambas penas son superadas por la pena de tres a seis años de prisión prevista para el delito de posesión y tenencia de dos o más gramos de drogas (LRARD, art. 34, inc. 2).[57]

### 3.2. Posesión y tenencia para el consumo

El artículo 34 de la LRARD criminaliza la posesión y tenencia sin autorización legal de semillas, florescencias, hojas, plantas o partes de ellas, o cualquier tipo de drogas ilícitas, en cantidades menores a dos gramos, indistintamente de su grado de pureza (LRARD, art. 2) e independientemente del motivo o la finalidad, por lo que la tenencia o posesión para el consumo personal está penalizada.

56 Según el artículo 18 del Código Penal de El Salvador, delito grave es todo aquel sancionado con pena de prisión cuyo límite máximo exceda de tres años, y multa cuyo límite máximo exceda de 200 días multa.

57 En el mismo sentido, el aborto consentido y propio (CP, art. 133) tiene una pena de prisión de dos a ocho años; el aborto sin consentimiento (CP, art.134) está penalizado con prisión de cuatro a 10 años; y el aborto agravado (CP, art. 135) está sancionado con prisión de seis a doce años, todas ellas son penas inferiores a las previstas para los delitos de cultivo y siembra (LRARD, art. 31), de 5 a 15 años de prisión; fabricación o transformación (LRARD, art. 32), de 10 a 15 años; y tráfico ilícito, de 10 a 15 años, con el agravante de que todos los delitos relativos a las drogas tienen prevista además una pena de multa conjunta a la prisión.

Este artículo tipifica como delito de posesión y tenencia tres conductas. En el primero y segundo inciso penaliza la simple o mera posesión de drogas ilícitas, pero distinguiendo un comportamiento de otro, mediante la introducción de un criterio cuantitativo: en el inciso primero se criminaliza la posesión o tenencia en cantidades menores a dos gramos; y en el segundo, se penaliza la tenencia en cantidades iguales o mayores a dos gramos, indistintamente del tipo de droga o de su grado de pureza, e independientemente de su finalidad.[58]

La respuesta punitiva se agrava en dos vertientes: primero, según la cantidad de droga que se tenga o posea; y segundo, si la finalidad es el tráfico ilícito, sin importar la cantidad que se posea. En cuanto a la primera vertiente, si se poseen drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, la sanción es de uno a tres años de prisión y multa de cinco a mil salarios mínimos urbanos mensuales (art. 34 inc. 1). Si la cantidad de droga fuere en cantidades de dos o más gramos, la pena es de tres a seis años de prisión, más multa de cinco a mil salarios mínimos urbanos mensuales (art. 34, inc. 2).

La segunda vertiente es más complicada, ya que se penaliza con prisión de 6 a 10 años y multa de 10 a 2.000 salarios mínimos urbanos mensuales, "cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior", es decir se agrega el ánimo de tráfico ilícito (art. 33), como elemento especial del tipo subjetivo, es decir, como un elemento adicional al dolo; con esta tipificación, hasta una posesión o tenencia mínima de un décimo de gramo, o menos, de cualquier droga podría tener una sanción mínima de 6 años de prisión y máxima de 10, si se comprueba que esa cantidad se tenía con la finalidad de traficarla.

Esta penalización legal de la posesión de drogas para el consumo personal se ha despenalizado por la vía jurisprudencial. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que en la criminalización de las conductas relativas a las drogas se debe diferenciar aquellos comportamientos que implican un riesgo grave para terceras personas, como es el cultivo, el tráfico ilícito y todas las actividades relacionadas con el ciclo de producción y comercialización de drogas ilícitas, de aquellos que solamente implican el ejercicio de la libertad, independientemente de que resulte perjudicial para el individuo que realiza la actividad peligrosa, como es el consumo propio.[59]

58 El inciso tercero de este artículo penaliza la tenencia de drogas en cualquier cantidad si es con fines de tráfico ilícito. Literalmente, la disposición dice: "Cualquiera que fuere la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, la sanción será de seis a diez años de prisión; y multa de diez a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes".

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 16/11/2012. Inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, considerando V, p. 19.

Antes de la referida sentencia, algunos jueces no solo despenalizaban la posesión o tenencia para el consumo propio, sino que, además, en ejercicio de control constitucional difuso que les confiere la Constitución de la República (arts. 185 y 235), declaraban inaplicable por considerarlos contrarios a la Constitución, los incisos primero y segundo del artículo 34 de la LRARD. Inaplicabilidades que, conforme a los artículos 77-E y 77-F de la Ley de Procedimientos Constitucionales, deben ser remitidas a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para que sea esta la que determine, en sentencia definitiva, la constitucionalidad o no de la inaplicabilidad emitida por los tribunales ordinarios.[60] Fue así como estos casos trascendieron al conocimiento de la Sala de lo Constitucional.

La referida Sala, si bien se pronunció a favor de la despenalización de la posesión y tenencia de drogas para el consumo personal propio, como se explicó, resolvió que no existe la inconstitucionalidad declarada por los jueces de lo penal con respecto a los incisos 1 y 2 del artículo 34 de la LRARD, argumentando que así como está claro que la simple tenencia de drogas para el autoconsumo no puede ser penalizada, por el contrario, es posible apreciar, independientemente de la cantidad, que la droga incautada está predispuesta para algunas de las actividades que conforman el ciclo de producción y distribución, por lo que en estos casos sería correcto aplicar el castigo penal de conformidad con los parámetros legales establecidos en la ley penal.[61]

60 Este procedimiento de remisión a la Sala de lo Constitucional de las resoluciones mediante las cuales los jueces ordinarios, en ejercicio de la atribución constitucional de control difuso de la Constitución, declaran inaplicable una norma determinada, ha sido criticada y considerada contraria a la Constitución, con argumentos como los siguientes: "i) incumplimiento de la prohibición de avocarse causas pendientes, art. 17 inc. 1º Cn.; ii) que el constituyente no creó un mecanismo de control sobre el control difuso y con la remisión que objeta se estaría reformando la Constitución por vía de ley ordinaria, violando así el procedimiento de reforma constitucional del art. 248 Cn.; iii) afectación al principio de separación de poderes, reconocido en el art. 86 Cn.; iv) creación de un mecanismo de instancia del proceso constitucional diferente a la demanda o petición de un ciudadano –arts. 174 y 183Cn.–; y v) violación a la legalidad de la tramitación del proceso de inconstitucionalidad por no preverse el informe de la autoridad emisora de la disposición impugnada y la opinión del fiscal general de la república, a quien por imperativo constitucional le corresponde velar por la constitucionalidad y legalidad del ordenamiento jurídico, y defender los intereses del Estado y la sociedad –art. 193 ord. 1º Cn.–". Ver al respecto voto disidente del juez Leonardo Ramírez Murcia, citado en Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 09/10/2007, Inconstitucionalidad 27/2006, romano I, párrafo 2-A, literal B.

61 Al respecto, la Sala sostuvo: "Es posible entonces realizar una interpretación de los incisos 1° y 2° del art. 34 LRARD conforme con los parámetros constitucionales, que respete por un lado el ámbito de libre decisión de los ciudadanos –su ámbito privado– pero por otro que también salvaguarde la salud pública como un presupuesto esencial de una sociedad sana […]. Así, el criterio cuantitativo que se alude en ambos incisos debe entenderse como un criterio que el juez ha de tener en cuenta a la hora de examinar la tipicidad de la conducta a fin de delimitar entre: i) la posesión para autoconsumo –exenta de pena–; y ii) la posesión encaminada al tráfico u otras conductas de promoción que sí deben ser castigadas; más no debe ser el único criterio, ya que debe tener en cuenta otros como los relativos al tipo de droga, el grado de pureza, circunstancias relativas a su hallazgo y en relación con la personalidad de su poseedor" (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 16/11/2012, Inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007).

Entre esos criterios diferenciadores, la Sala incorpora como elemento subjetivo del tipo, en los dos incisos en comento, el denominado "ánimo de traficar", y sugiere que en el análisis realizado por los jueces, la cantidad de drogas, menos de dos gramos o más de dos gramos, debe completarse con otros aspectos, entre ellos el tipo de drogas, grado de pureza, la nocividad –drogas "blandas" o drogas "duras–, la variedad, la ocultación de la droga, la condición de adicto o no del poseedor, la identidad falsa usada por el mismo, la posesión de dinero en cantidades inusuales conforme a la condición económica del imputado, la tenencia de instrumentos o materiales vinculados con la elaboración o distribución de la droga, así como las circunstancias de tiempo y lugar de incautación de esta.[62]

### 3.3. Multa como pena conjunta

La LRARD establece conjuntamente la pena de prisión con la de multa para los delitos contemplados en ella. Dicha multa tiene un parámetro de cuantificación muy particular: "Salarios mínimos mensuales urbanos vigentes", diferente al parámetro previsto en el Código Penal (art. 51).[63] Otro rasgo que la distingue es la amplia diferencia entre las cantidades pecuniarias derivadas del monto mínimo y máximo establecido para cada delito, ya que el importe mínimo es de cinco salarios mínimos mensuales urbanos y el máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos, mientras que la penalización de la mayoría de los delitos oscila regularmente entre los cinco o seis salarios mínimos mensuales a los mil quinientos salarios mínimos mensuales.

Sumado a lo anterior, el parámetro de cuantificación de la pena de multa contemplada en la LRARD, como es el de "salarios mínimos mensuales urbanos vigentes", adolece de una absoluta imprecisión, debido a que en El Salvador no existe uno, sino varios salarios mínimos mensuales, de acuerdo a cada sector productivo,[64] y en la LRARD no

62 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 16/11/2012, Inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007, pp. 19-20. Para un análisis crítico de esta sentencia, en el que se considera que la Sala no se atrevió a declarar la evidente inconstitucionalidad de los incisos 1º y 2º del artículo 34 de la LRARD, y en lugar de ello emite una sentencia aditiva mediante la cual introduce el elemento subjetivo de "ánimo de tráfico" que el legislador no contempló en los referidos incisos, con lo cual violenta el principio *nullum crimen sine lege*, y la reserva de ley en la configuración de los tipos penales, entre otras críticas, ver Moris Landaverde, "La declaratoria de inconstitucionalidad de los delitos de posesión y tenencia", *Enfoque Jurídico*, 12 de marzo de 2015. Disponible en: http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/2117.

63 Según el cual "el día multa importará como mínimo una tercera parte del menor salario mínimo diario vigente en el lugar al tiempo de la comisión del hecho punible y como máximo cinco veces dicho salario".

64 Según el Código de Trabajo de El Salvador, artículos 155 al 159, el salario mínimo es establecido, por lo menos cada tres años, por el Consejo Nacional de Salario Mínimo, el cual lo remite al Ministerio de Trabajo, quien lo remite al presidente de la república, siendo este quien lo aprueba mediante decreto ejecutivo, en el cual se establece una clasificación del salario mínimo según los sectores productivos siguientes: i) trabajadores de comercio y servicio; ii) trabajadores de industria; iii) trabajadores de maquila textil y confección; y iv) trabajadores agropecuarios (este último subdividido en los salarios correspondientes a las cosechas de café, caña de azúcar y algodón).

se dice cuál de esos salarios mínimos es el que se utilizará como parámetro de cuantificación de la multa.

Debido a esa imprecisión, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del nueve de octubre de 2007, declaró inconstitucional, en lo relativo a la consecuencia jurídico-penal de multa, el artículo 34 (posesión y tenencia) de la LRARD, por inobservancia del principio constitucional de legalidad penal, en la medida que el reenvío para su complementación no tiene existencia alguna en el decreto ejecutivo que establece el salario mínimo vigente.[65] Posteriormente, mediante sentencia de 29 de julio de 2009, la Sala de lo Constitucional, en los mismos términos y por los mismos motivos, declaró inconstitucional la multa establecida en el artículo 33 (tráfico Ilícito) de la LRARD,[66] y por medio de la sentencia de 11 de octubre de 2013, de igual manera declaró inconstitucional la multa prevista en el artículo 31 (siembra y cultivo) de la LRARD.[67]

En la sentencia de 9 de octubre de 2007,[68] la Sala también declaró inconstitucional, de modo general y obligatorio, el contenido del artículo 76 del Código Penal, por contravenir al principio de proporcionalidad y la finalidad resocializadora que ha de inspirar al sistema general de penas, en la medida que no permite la sustitución de la pena pecuniaria de multa, en los casos de incapacidad económica del reo para pagarla.[69]

### 3.4. Exclusión de beneficios penales

Como parte de su severidad punitiva, la LRARD, en el artículo 71, prohíbe aplicar beneficios procesales o penitenciarios a las personas procesadas por delitos contemplados en dicha ley, e igualmente excluye la sustitución de la detención provisional, para "los declarados culpables por delitos cometidos concurriendo cualquiera de las agravantes del artículo 54".[70]

---

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 09/10/2007, Inconstitucionalidad 27-2006/30-2006/31-2006/38-2006/39-2006/41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/56-2006/61-2006. En esta sentencia, la Sala, entre sus considerandos, expuso que el tema de análisis referido a la imprecisión de la multa contemplada en el artículo 34 de la LRARD versa sobre una "ley penal en blanco al revés", es decir, en aquella donde se determina el complemento de la sanción conforme a un decreto ejecutivo; un supuesto raro, no muy estudiado por la doctrina, pues esta es unánime en afirmar que la sanción penal debe encontrarse nítidamente establecida en el "tipo garantía".

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 29/07/2009, Inconstitucionalidad 92-2007/97-2007/98-2007/99-2007/100-2007/101-2007.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 11/10/2013, Inconstitucionalidad 45-2010.

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 09/10/2007, *op. cit*.

69 Ese artículo decía: "Penas conjuntas de prisión y multa. Art. 76. Cuando la pena principal sea conjuntamente de prisión y multa, aquella no podrá sustituirse por esta. En este caso, se aplicará simultáneamente la pena de multa y aquella otra que sustituya a la de prisión, cuando procediere".

70 Dicho artículo, literalmente reza: "Beneficios excluidos. Art. 71. Los imputados de cualquiera de los delitos a que se refiere esta Ley, no gozarán del beneficio de excarcelación ni de la suspensión condicional de la pena. Los declara-

La redacción de esa disposición es tan confusa que algunos jueces, en ejercicio del control difuso de la Constitución que la Carta Magna les confiere, la declararon inaplicable por considerarla contraria al principio de legalidad (15 Cn.) en su dimensión de *lex certa*; asimismo, dicha inaplicación también se fundó en que al negar los referidos beneficios, esta ley infringe el principio de igualdad, porque configura un tratamiento diferenciado para las personas procesadas o sancionadas bajo la misma, con relación a las procesadas bajo la normativa penal común. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional, en sentencia de abril de 2008, declaró que no existía la contradicción con la Constitución alegada por los jueces.[71]

En consecuencia, en virtud del referido artículo 71, se mantiene vigente la exclusión de beneficios penales (excarcelación y suspensión condicional de la ejecución de la pena) para las personas condenadas por los delitos tipificados en la LRARD; así como la prohibición de la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar para los individuos que, habiendo sido previamente condenados por alguno de los delitos de la LRARD, y que además se les hubiese aplicado alguna de las agravantes del artículo 54 de la misma, fuesen procesados nuevamente por otro delito contemplado en la referida ley.

### 3.5. Disposiciones procesales especiales

El Código Procesal Penal vigente[72] establece un tratamiento diferenciado e incluso excepcional de los delitos relativos a las drogas en varios procedimientos e instituciones procesales.[73] En materia de legalidad de la prueba, para este tipo de delitos –así como

---

dos culpables por delitos cometidos concurriendo cualquiera de las agravantes del artículo 54, no tendrán derecho al beneficio de la sustitución de la detención provisional". Una disposición similar existe en el artículo 331, inciso 2, del CPP vigente, que establece que no procederá aplicar medidas alternas ni sustituir la detención provisional, en varias categorías de delitos, entre ellos los establecidos en la LRARD.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 04/04/2008, Inconstitucionalidad 40-2006/45-2006/60-2006. El razonamiento central de la Sala fue: "dada la confusa técnica legislativa, y el examen de constitucionalidad solicitado sobre el art. 71 de la LRARD, es preciso buscar una compresión lógica a la confusión aludida. […] Por ello, y para el caso del inciso primero, el mandato normativo se genera desde la calidad de imputado, pero se concreta con la condena. Así, quienes resultaren condenados por los delitos contemplados en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, no podrán optar a los beneficios de excarcelación y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena. […] Por su parte, el mandato que se deriva del inciso segundo, se encamina a no conceder la sustitución de la detención provisional por otra medida cautelar, si alguien previamente declarado culpable por los delitos contemplados en la misma ley, vuelve a ser procesado".

72 Decreto Legislativo 733 de 16/01/2009, *Diario Oficial* núm. 20, t. 382, de 30/01/2009.

73 Para un análisis relativo al tratamiento diferenciado en materia procesal penal que establecía el anterior Código Procesal Penal de 1998 y la anterior LRARD de 1991, así como la asimilación de dicho tratamiento especializado de los delitos relativos a las drogas con el crimen organizado, ver Martínez Ventura, "La policía en el Estado de derecho latinoamericano: el caso de El Salvador", en Kai Ambos, Juan Luis Gómez Colomer y Richard Vogler (eds.), en *La Policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 331-340; *Límites democráticos al poder penal. Reformas de la seguridad pública y la justicia penal*, San Salvador, Fespad

para el terrorismo, el crimen organizado y otras modalidades delictivas complejas– se permite el uso de medios engañosos, mediante autorización previa por escrito del fiscal superior (CPP, art. 175); también se permite aplicar el procedimiento sumario (CPP, art. 445, núm. 5), aunque solo para la flagrancia de los delitos de posesión o tenencia a los que se refiere el inciso 1, del artículo 34 LRARD.

En el Capítulo V (arts. 57-78), la LRARD contiene disposiciones procesales especiales orientadas a fortalecer las facultades de los órganos persecutores y a dotar de mayor eficacia a la investigación de los delitos relativos a las drogas, aun en detrimento de los derechos de los imputados. Entre tales disposiciones se encuentran las siguientes:

a) Agentes encubiertos con actuación autónoma. El artículo 57 autoriza la realización de estos actos a los policías integrantes de la División Antinarcotráfico, a quienes se reputará la calidad de testigos y no de imputados, sin previa autorización de entidad externa, bajo la única condición de que tales actos se apeguen a las órdenes escritas impartidas por el jefe de dicha división. Esa facultad se ve robustecida al instituir que cuando en el ejercicio de sus funciones dichos agentes lesionaren algún bien jurídico, obrará a favor de ellos la presunción legal de que actuaron bajo una causa de justificación o de inculpabilidad, para lo que únicamente se requiere de un informe circunstanciado sobre cómo ocurrieron los hechos, suscrito por el jefe de la División Antinarcóticos y remitido al fiscal general de la república.
b) Compras controladas. El artículo 58 de LRARD autoriza a la División Antinarcóticos a realizar compras controladas de drogas, por medio de agentes encubiertos, con fondos o bienes públicos, proporcionados por la institución policial.
c) Entrega vigilada. El artículo 59 permite llevar a cabo en el territorio salvadoreño, siempre que previamente existan convenios o arreglos recíprocos entre El Salvador y el otro u otros estados interesados, bajo autorización y supervisión de la Fiscalía General de la República, el procedimiento de entrega vigilada, prescrito en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, el cual puede ser autorizado desde el inicio de un proceso de investigación, o incluso en el transcurso de una investigación en marcha.
d) Colaboradores (informantes) en operaciones encubiertas. El artículo 60 de la LRARD autoriza a la policía, bajo la supervisión de la Fiscalía, a auxiliarse de

ediciones, 2005, pp. 355-363; y Martínez Ventura y Xochitl Marchelli, *Reforma penal y acuerdos de paz*, San Salvador, Fespad Ediciones, 2002, pp. 50-58.

personas ajenas a ella en operaciones policiales encubiertas. Tales personas reciben el nombre de colaboradores nacionales o extranjeros, cuya identidad deberá mantenerse en reserva, a efecto de resguardar su seguridad personal, para lo cual se puede aplicar el régimen de protección de testigos. Aunque esta disposición no lo dice explícitamente, se deduce que tales colaboradores no son más que informantes.[74]

## 4. Impacto en la población privada de libertad

Según datos de la Dirección General de Centros Penales, al 1 de agosto de 2016 había 35.028 personas presas en los centros penales, tanto condenadas como bajo detención provisional.[75] Si a esta cifra se suman 5.000[76] personas detenidas, sea por detención en flagrancia o por orden administrativa de la Fiscalía General de la República e incluso, por detención preventiva judicial[77] en las celdas policiales conocidas como bartolinas; más 1.777 adolescentes en los centros de internamiento para menores de edad,[78] el total de personas privadas de libertad a la fecha indicada se eleva a 41.805,[79] que para una población de 6.412.028,[80] arroja una tasa de 652 presos por cada 100.000 habitantes,

74 Entre otras atribuciones especiales de investigación, la LRARD, en el artículo 61, prescribe que el secreto bancario y la discreción tributaria no se aplicarán en las investigaciones de los delitos relativos a las drogas, aunque la incautación o presentación de documentos bancarios, financieros o comerciales requiere de autorización judicial previa. En casos de urgencia, la Fiscalía está facultada para ordenar la congelación o inmovilización de cuentas bancarias de los imputados mientras dure la investigación o el proceso correspondiente.

75 Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Dirección General de Centros Penales, "Población penitenciaria en centros penales y de readaptación al 1 de agosto de 2016".

76 Policía Nacional Civil de El Salvador, "Información extraordinaria detallada de infraestructura adecuada para detenidos en bartolinas de la PNC a nivel nacional, 1 de agosto de 2016".

77 Muchas personas a quienes se les decreta detención preventiva judicial permanecen en estas celdas policiales por la falta de espacio en los centros penales para adultos, que se encuentran sobrepoblados con tasas de hacinamiento superiores al 300 %.

78 En El Salvador, las personas menores de edad privadas de libertad están separadas de la población penitenciaria adulta, distribuidas en dos tipos de centros de internamiento según la edad que hayan cumplido. Si son personas menores de 18 años, se encuentran internados en los centros para la inserción social, a cargo del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), entidad autónoma, adscrita al Ministerio de Educación. Si son mayores de 18 años pero que han sido procesados o condenados como menores de 18 años, se encuentran en los llamados centros intermedios, a cargo de la Dirección General de Centros Intermedios del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, que además se caracterizan por admitir solo población masculina. Al 1 de agosto de 2016, según datos proporcionados para este estudio por las direcciones de ambas instituciones, había 1.013 personas internas en los centros para la inserción social y 764 en los centros intermedios, para un total de 1.777.

79 De ese total de personas privadas de libertad, aproximadamente 17.500, que equivalen al 41,86 %, pertenecen a las agrupaciones denominadas maras o pandillas, destacándose entre estas la mara Salvatrucha o MS-13 y la pandilla Barrio 18, que a su vez está dividida en dos facciones, la 18 Sureños y la 18 Revolucionarios. En total se calcula que existen aproximadamente 60.000 miembros de estas maras o pandillas distribuidos en una extensa parte del territorio del país, tanto en la zona urbana como rural.

80 Estimación de población para el 2015, según Ministerio de Economía, *Estimaciones y proyecciones municipales de población 2005-2020*, San Salvador, septiembre de 2009. Disponible en: http://api.gobiernoabierto.gob.sv/documents/12872/download.

la más elevada de América Latina, en condiciones de hacinamiento y de precariedad de recursos que impiden cumplir con el objetivo constitucional de readaptación social.

Del total de 41.805 personas privadas de libertad al 1 de agosto de 2016, 7.540 son por delitos relativos a las drogas, según el desagregado por tipo de centros de privación de libertad y por sexo, que se presenta en el cuadro siguiente:

**Personas privadas de libertad por delitos relativos a las drogas, según centro de detención, desagregado por sexo. El Salvador, al 1 de agosto de 2016[81]**

| Centros de detención | Hombres | % | Mujeres | % | Total | % |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Centros penales para adultos/as | 3.704 | 80,50 | 897 | 19,50 | 4.601 | 100 |
| Celdas de la Policía Nacional Civil | 2.661 | 96,20 | 105 | 3,80 | 2.766 | |
| Centros de inserción social para menores | 130 | 82,80 | 27 | 17,20 | 157 | 100 |
| Centros intermedios (solo población masculina) | 16 | 100 | 0 | 0,00 | 16 | 100 |
| **Totales** | **6.511** | **86,35** | **1.029** | **13,65** | **7.540** | **100** |

De esas 7.540 personas, 6.511 (86,35 %) son hombres y 1.029 (13,65 %) son mujeres. Llama la atención que los centros donde más se acentúa la diferencia de encarcelamiento por sexo son las celdas policiales, en las que la relación es de 96,20 % hombres y 3,80 % mujeres; mientras que en los centros penales para adultos y centros de internamiento para menores de edad la proporción es más parecida: 80,50 % para hombres y 19,50 % para mujeres en los primeros, y 82,80 % hombres y 17,20 % mujeres en los segundos; es decir, muy probablemente la proporción de mujeres detenidas con respecto a los hombres, en flagrancia o bajo detención administrativa, es mayor que la privación de libertad formal decretada judicialmente.[82]

Del total de personas encarceladas por todo tipo de delitos, condenadas y bajo detención provisional, en los cuatro tipos de centros de privación de libertad, que suman

81 Elaboración propia con datos oficiales proporcionados por la Dirección General de Centros Penales, la Dirección General de Centros Intermedios, ambos del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública; la Dirección del Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia (ISNA); y la Policía Nacional Civil de El Salvador, al 1 de agosto de 2016. Por no ser objeto principal de este estudio, no se solicitó el desagregado de la población privada de libertad según pertenencia a las llamadas maras o pandillas, aunque, como se ha dicho, aproximadamente el 41,86 % de la población privada de libertad en general pertenece a dichas estructuras delincuenciales, de donde puede inferirse que un porcentaje igual o mayor con respecto a personas privadas de libertad por delitos relativos a las drogas corresponde a estas agrupaciones ilícitas, dada la fuerte incidencia de las mismas en la tenencia para el consumo y el microtráfico de drogas.

82 No puede asegurarse plenamente esta tendencia porque estos datos son de un momento determinado y no se pueden comparar con otros periodos; además, como se ha explicado, en las celdas policiales se encuentran encarcelas personas detenidas en flagrancia, por orden administrativa de la Fiscalía General de la República, es decir, detenciones prejudiciales, pero también una gran cantidad de personas con detención preventiva decretada judicialmente que permanecen en dichas celdas por falta de espacio en los centros formales de detención.

41.805, esas 7.540 personas presas por delitos relativos a las drogas ilícitas corresponden al 18,03 %;[83] un porcentaje considerable que ubica a este tipo de delitos en el tercer lugar de los de mayor incidencia en El Salvador, solo por debajo del homicidio y la extorsión, que ocupan, respectivamente, el primero y segundo lugar de mayor ocurrencia.[84] Al diferenciar por sexo, obtenemos que ese 18,03 % se distribuye en 15,57 % de hombres y 2,46 % de mujeres.

En lo que corresponde a la población específicamente privada de libertad por delitos relativos a las drogas, que son 7.540 personas, 1.029 (13,65 %) son mujeres y 6.511 (86,35 %) son hombres; mientras que el número de mujeres presas por todo tipo de delitos es de 3.557, que equivalen al 8,03 % sobre el total de 41.805 privados de libertad; por lo que claramente aparece una sobrerrepresentación de mujeres privadas de libertad por delitos relativos a las drogas, con respecto a las mujeres presas por el conjunto de todos los delitos.

En cuanto a la edad, del total de 4.774 personas presas, específicamente en los centros penales para adultos, centros de inserción social para menores y centros intermedios,[85] por los delitos en cuestión hay 173 menores de 18 años (3,62 %); en el rango de 18 a 25 años hay 1.769 (37,05 %); de 26 a 35 años son 1.625 (34,04 %); de 36 a 45 años son 843 (17,66 %); de 46 a 55 años son 278 (5,82 %); de 56 a 65 años son 77 (1,62 %); y de 66 o más años hay 9 personas (0,19 %). El rango etario de 18 a 25 años de edad es el mayoritario entre las personas privadas de libertad por los delitos en cuestión, con 37,05 %; si a este porcentaje sumamos el 34,04 % que corresponde al rango de 26 a 35 años de edad, más el 3,62 % que abarca los menores de 18 años, se obtiene 74,71 %; es decir, la gran mayoría de personas presas por estos delitos son personas jóvenes menores de 35 años.

Con relación a la nacionalidad, del total de 4.774 personas presas, 4.599 son salvadoreñas, incluyendo todos los menores de edad, que equivalen al 96,33 %, por lo que

83 Este 18 % se refiere estrictamente a los delitos tipificados en la LRARD, es decir, tipos penales propiamente vinculados a las drogas ilícitas; no se incluyen delitos "relacionados a las drogas", o sea, otros delitos que se cometen como consecuencia o en ocasión de actividades ilícitas relativas a las drogas, como homicidios, lesiones, amenazas, extorsiones, robos, hurtos, etc. Tal vez por esa razón, este porcentaje, aunque relativamente alto, está por debajo del 40 % de 9 millones de personas encarceladas a nivel mundial por delitos relacionados a drogas (John Collins, *op. cit.*, p. 67).

84 Según información de la Dirección General de Centros Penales de El Salvador, al 1 de agosto de 2016 el número de personas privadas de libertad, desagregado por tipo de delitos de mayor incidencia, eran: 11.398 por homicidios; 6.425 por extorsión y 4.601 por delitos relativos a las drogas tipificados en la LRARD; les siguen el robo con 3.944, la violación 2.655 y agrupaciones ilícitas con 2.414.

85 Datos proporcionados por la Dirección General de Centros Penales, el Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia (ISNA) y la Dirección General de Centros Intermedios. No agregamos los datos de las personas privadas de libertad en las celdas policiales, porque el desagregado por edades que la policía registra difiere en los rangos etarios que informa la Dirección General de Centros Penales y los centros de inserción social e intermedios para menores de edad, en consecuencia no es posible sumarlos.

la población extranjera presa por estos delitos es poco representativa, desagregándose de la siguiente manera: guatemaltecos: 64 (1,34 %), nicaragüenses: 30 (0,63 %), hondureños: 23 (0,48 %), colombianos: 22 (0,46 %), ecuatorianos: 17 (0,36 %), mexicanos: 10 (0,22 %), estadounidenses: 4 (0,08 %), panameños: 4 (0,08 %), y costarricenses: 1 (0,02 %).

En cuanto a la diferenciación del tipo de delito relativo a las drogas imputado a las personas privadas de libertad, se obtuvo que del total de 5.096[86] delitos atribuidos a personas encarceladas –bajo detención preventiva o bajo condena– en los centros penales para adultos, 2.738 (53,73 %) son por posesión y tenencia; 1.645 (32,27 %), por tráfico ilícito; y 713 (14 %), por posesión y tenencia con fines de tráfico. Esto demuestra que la mayoría de personas detenidas por delitos relativos a las drogas, el 53,73 %, está presa por posesión y tenencia para el consumo,[87] lo que contradice la descriminalización que supuestamente los jueces aplican en la práctica para este tipo específico de delitos.[88]

En lo que atañe a la condición jurídica, tenemos que del total de 5.096 delitos atribuidos a las personas privadas de libertad en centros penales para adultos,[89] 3.210 (63 %) están condenadas; mientras 1.886 (37 %) están bajo detención preventiva. Por su parte, de la población penitenciaria de estos centros penales, que para el 1 de agosto era de 35.028 personas, 24.723 (70,58 %) están condenadas, mientras 10.305 (29,42 %) están bajo detención preventiva, destacándose que el porcentaje de presos sin condena por delitos relativos a drogas es mayor que el porcentaje de presos sin condena en general, por una diferencia de 7,58 puntos porcentuales.

---

86 Datos al 1 de agosto de 2016, proporcionados por la Dirección General de Centros Penales del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Se aclara que estos datos no coinciden con el número de personas privadas de libertad bajo detención preventiva y por condena por delitos relativos a las drogas, que es de 4.601, porque en varios casos a una persona se le atribuye más de un delito. Por otra parte, no fue posible obtener el desagregado de este dato en cuanto a las personas menores de edad privadas de libertad.

87 Oficialmente, esta categoría no se registra como posesión y tenencia para el consumo, pero es altamente probable que efectivamente se trate de dicho tipo de posesión y tenencia, en vista de que cuando tal posesión o tenencia es con fines de tráfico o de comercio, así lo diferencian las estadísticas oficiales.

88 A pesar del predominio de una política punitiva y prohibicionista, el consumo de drogas ha crecido en los últimos años en El Salvador. Así, el consumo reciente o del último año, de cualquier tipo de droga ilegal, se quintuplicó, pasando de 0,4 % en 2005 a 2,3 % en 2014; en cuanto a la marihuana, la sustancia de mayor consumo en El Salvador, en 2005 el 3,8 % de la población declaró haberla consumido alguna vez en su vida; en 2014 el porcentaje creció a 9,3 %; con relación a la cocaína, en 2005 el 1 % dijo haberla consumido al menos alguna vez; en 2014 tal porcentaje fue de 2 %; el *crack* es la tercera sustancia ilícita más consumida en el país por la población de 12 a 65 años de edad; en 2005 el 0,4 % de dicha población declaró haberla consumido al menos una vez en la vida; mientras que en 2014 esa proporción subió a 1,1 % (Comisión Nacional Antidrogas, *Estudio nacional sobre el consumo de drogas en población general de El Salvador - 2014*, San Salvador, Centro de Investigación de la Opinión Pública Salvadoreña (Ciops), Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014, pp. 128-129); al respecto ver también López Ramírez, *op. cit.*, pp. 145-208.

89 No se pudo obtener el desagregado por género de esta cantidad de delitos atribuidos a personas privadas de libertad.

## 5. Conclusiones

La política criminal de El Salvador en materia de drogas, desde inicios del siglo XX, ha seguido la tendencia prohibicionista y, salvo durante la vigencia de los delitos tipificados en el Código Penal de 1973, entre ese año y 1991, cuando una ley especial derogó tales delitos, ha sido sumamente represiva, con criminalización de una amplia variedad de conductas, incluyendo el consumo personal propio, con el pretendido objetivo de abarcar las diversas actividades del ciclo de producción y distribución de las drogas y con penas muy elevadas.

La tipificación penal de esas conductas, entre 1907 y 1991, se hizo en los respectivos códigos penales de 1907 y 1973; desde 1991 hasta la actualidad, se realizó mediante dos leyes especiales, una vigente entre ese año y 2003, y la otra vigente desde 2003 hasta la fecha. Ambas se inscriben en la tendencia de dar una aparente respuesta integral al fenómeno de las drogas, es decir, incluyen normas e instituciones orientadas a la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y la regulación administrativa de las drogas.

Sin embargo, debido a su evidente adhesión a los convenios internacionales de la ONU, con fuerte influencia de la política de "guerra contra las drogas" de Estados Unidos, ambas leyes especiales, particularmente la última, tienen un elevado peso punitivo que deja las disposiciones, instituciones, procesos, planes y políticas preventivas en un plano absolutamente marginal e incluso inexistente en lo que respecta a la atención, el tratamiento y la rehabilitación de adictos o consumidores.

La norma vigente, Ley Reguladora de Actividades Relativas a las Drogas, LRARD de 2003, se caracteriza especialmente por haber introducido por primera vez la penalización conjunta de prisión y multa para los delitos relativos a las drogas. Las penas de prisión son las más elevadas en la historia legislativa en esta materia; por su parte, la multa rompe con el régimen establecido en el Código Penal para dicha pena, tanto en su cuantía o gravedad como en el parámetro de cuantificación al establecer una multa mínima de cinco salarios mínimos urbanos mensuales y un máximo de 5.000 salarios mínimos urbanos mensuales.

La dosimetría penal establecida en la LRARD se caracteriza tanto por su elevada severidad, como por infringir el principio de proporcionalidad, lo cual se evidencia con una simple comparación de esas penas con las que el Código Penal vigente establece para tipos penales cuyo grado de lesividad es mayor si se toma en cuenta el bien jurídico protegido como es la vida y que, no obstante, tienen penas menores. Esto ocurre con el homicidio culposo y el aborto agravado que tienen una pena de dos a cuatro años y de seis a doce años, respectivamente, menores a la pena del tráfico ilícito simple y otros

delitos previstos en la LRARD, con penas de 10 a 15 años de prisión, lo que se agrava más con la pena conjunta de multa prevista para todos los delitos relativos a las drogas.

Otro rasgo distintivo de esta ley es la evidente criminalización de la posesión de drogas en cantidades ínfimas, independientemente de la finalidad de dicha posesión, lo que en la práctica ha conducido a una penalización de la tenencia para el autoconsumo, a pesar de cierta tendencia jurisprudencial que apunta a despenalizar dicho tipo de tenencia.

La severidad penal de la LRARD ha sido atemperada, al menos teóricamente, por la jurisprudencia. En primer lugar, los jueces de lo penal, desde hace varios años atrás, han despenalizado el consumo en los casos de posesión de cantidades ínfimas de drogas –menos de dos gramos– cuando no existen indicios de que tal posesión sea para otro fin como el tráfico o el almacenamiento. Esta tendencia judicial se vio fortalecida por una sentencia de la Sala de lo Constitucional de 2012, en la que dicho tribunal afirmó que el autoconsumo no debe ser penalizado, por estar dentro de la esfera de libertad y autonomía individual, y por ser una conducta que no lesiona ni pone en riesgo a la salud pública.

Sin embargo, esa teórica descriminalización jurisprudencial del consumo de drogas, en la práctica contrasta con la cantidad de personas privadas de libertad por tenencia para el consumo, ya que con datos al 1 de agosto de 2016, se encontró que en los centros penales para adultos había un total de 5.096 delitos relativos a las drogas atribuidos a personas encarceladas bajo detención preventiva o con condena, de los cuales 2.738 (53,73 %), son por posesión y tenencia; 1.645 (32,27 %), por tráfico ilícito; y 713 (14 %), por posesión y tenencia con fines de tráfico. Lo que indica que en la práctica se encarcela más a los consumidores que a los narcotraficantes.

Asimismo, por la vía jurisprudencial se ha establecido la inconstitucionalidad de la pena de multa, al menos para los delitos que con mayor frecuencia son procesados judicialmente, como son la siembra y el cultivo, el tráfico ilícito, la posesión y tenencia para cualquier fin, incluido para el consumo propio, el tráfico u otras conductas ilícitas.

Dicha inconstitucionalidad no es por la severidad de la pena, ni por el carácter conjunto de la multa con la pena de prisión, sino por la falta de precisión del parámetro de cuantificación de la misma, consistente en la categoría "salario mínimo urbano mensual", la que para su determinación se remite a la legislación relativa al salario mínimo, pero en esta no existe la categoría "salario mínimo urbano mensual", sino una clasificación según sectores productivos: i) comercio y servicio; ii) industria; iii) maquila textil y confección; y iv) trabajadores agropecuarios, por lo que la norma se convierte en una ley abierta, de imposible determinación.

La ley también se distingue por regular varias disposiciones procesales especiales, orientadas a fortalecer las facultades de la Policía y de la Fiscalía como principales

órganos de persecución penal, así como a procurar una mayor eficacia de la investigación de estos delitos, aun en detrimento de principios penales, y de garantías y derechos fundamentales de los imputados.

No es de extrañar que esta legislación contribuya con un porcentaje importante a la cantidad de la población encarcelada, puesto que al 1 de agosto de 2016, en los centros penales para adultos, centros de inserción social para menores, centros intermedios de menores y en las celdas de la Policía Nacional Civil había un total de 41.805 personas privadas de libertad, condenadas y procesadas por todo tipo de delito, de las cuales 7.540 estaban presas por delitos relativos a las drogas, que equivalen a un 18 % de la población privada de libertad; porcentaje considerable que ubica a la población encarcelada por este tipo de delitos en el tercer lugar de los de mayor incidencia, solo por debajo del homicidio y la extorsión, que ocupan, respectivamente, el primero y segundo lugar.

A pesar de la política criminal punitiva, tributaria de la corriente prohibicionista, el consumo de drogas ilícitas de cualquier tipo, en términos generales, se ha quintuplicado en los últimos diez años, como lo demuestran algunos informes y estudios citados en este trabajo. En consecuencia, es necesario que nuestro país, como lo han hecho la mayoría de naciones de la región latinoamericana, se abra a la discusión seria, informada, basada en evidencia científica y no en ideologías o prejuicios, sobre las alternativas a dicha política criminal, para dar paso a medidas de regulación de determinadas drogas, basadas en enfoques de derechos humanos, salud pública, reducción del daño y respuestas integrales al problema de producción, distribución, tráfico y consumo de drogas.

Lamentablemente, a diferencia de lo que se esperaba, los resultados de la Sesión Extraordinaria de las Naciones Unidas sobre el problema de las drogas, celebrada entre el 19 y 21 de abril de 2016 (Ungass 2016), no contribuirán a generar ese debate, pues pese a que tal resolución reconoce que "el problema mundial de drogas […] exige un enfoque integrado, multidisciplinario, equilibrado, amplio y basado en datos científicos, con medidas que se refuercen mutuamente", la concepción de la ONU sobre la política contra las drogas conserva en esencia la tendencia prohibicionista, en la que prevalece la criminalización del ciclo productivo de las drogas ilícitas, así como la penalización del consumo.

Asimismo, la resolución de la Ungass 2016 mantiene incólume el llamado núcleo duro de la regulación jurídica internacional como son el Convenio Único de Estupefacientes de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, y el Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, instrumentos normativos que a su vez influyen en la legislación antidrogas en El Salvador y que, lejos de ser sometidos a revisión, fueron ratificados como la piedra angular de la política mundial de la ONU en la Ungass 2016; en consecuencia, no se ha abierto una

corriente internacional que favorezca un proceso de revisión y reformas a la legislación penal salvadoreña en materia de drogas ilícitas.

## Bibliografía


Ambos, Kai, "Acerca de los intentos de control de las drogas en Colombia, Perú y Bolivia", *Cuadernos de política criminal,* núm. 53, 1994.

_____, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas. Anexo legislativo de normas interamericanas y nacionales de América Latina, EE.UU. y Europa,* Bogotá, Comisión Andina de Juristas, Universidad Nacional del Litoral, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Baracaldo Méndez, María Stella, "El narcotráfico en la cultura cosmopolita: una mirada desde la experiencia de Colombia", *Policía y seguridad pública*, núm. 3, 2013.

Barra, Aram, "Políticas de drogas en América Latina: obstáculos y próximos pasos", *Nueva Sociedad*, núm. 255, enero-febrero, 2015.

Bustamante, Fernando, "La Política de EE.UU. contra el narcotráfico y su impacto en América Latina", en Augusto Varas (ed.), *Jaque a la democracia. Orden internacional y violencia política en América Latina*, Buenos Aires, Rial, 1990.

Campero, José Carlos y Horacio Barrancos, "Alternativas a la política actual de drogas desde el eslabón de la producción", en Hans Mathieu y Catalina Niño Guarnizo (ed.), *De la represión a la regulación: propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES), Programa de Cooperación en Seguridad Regional, 2013.

Cancio Meliá, Manuel, "¿'Derecho penal' del enemigo?", en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

Comisión Global de Políticas de Drogas, *Guerra a las drogas*, junio de 2011.

Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, 2009.

Comisión Nacional Antidrogas (CNA), *Estudio nacional sobre el consumo de drogas en población general de El Salvador – 2014*, San Salvador, Centro de Investigación de la Opinión Pública Salvadoreña (CIOPS), Universidad Tecnológica de El Salvador, 2014.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis, "Drogas y política criminal en el derecho penal europeo", *Cuadernos de derecho judicial. Delitos contra la salud pública*, 1993, pp. 9-53.

González, Carlos, Jaume Funes, Sergi González, Inma Mayol y Oriol Romaní, *Repensar las drogas: hipótesis de la influencia de una política criminal liberalizadora respecto a las drogas, sobre los costes sociales, las pautas de consumo y los sistemas de recuperación*, Barcelona, Grup Igia, 1988.

Instituto Universitario de Opinión Pública (IUDOP), *La situación de la seguridad pública y la justica 2009-2014. Entre expectativas de cambio, mano dura militar y treguas pandilleras*, San Salvador, Universidad Centroamérica José Simeón Cañas, UCA, 2014.

John Collins (ed.), *Acabando con la guerra contra las drogas. Informe del Grupo de Expertos de LSE en Economía de la Políticas sobre Drogas*, LSE IDEAS, 2012.

Lai, Gloria, "Drogas, crimen y castigo", *serie reforma legislativa en materia de drogas,* núm. 20, 2012.

López Ramírez, Augusto Rigoberto, "La droga, el contexto y el Estado. Jóvenes de estratos sociales medios y altos y su consumo 'recreativo' en tres municipios de San Salvador", *Policía y Seguridad Pública*, núm. 3, 2013.

Landaverde, Moris, "La declaratoria de inconstitucionalidad de los delitos de posesión y tenencia", *Enfoque Jurídico*, 12 de marzo de 2015.

Linton, Magnus, "La guerra contra las drogas: de Richard Nixon a Barack Obama", *Nueva Sociedad,* núm. 255, enero-febrero, 2015.

Martínez Ventura, Jaime, "Control y eficacia de la Policía Nacional Civil (PNC)", en *Instituciones y democracia en El Salvador,* San Salvador, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994.

____ "Seguridad pública y reforma policial en El Salvador", en Carlos Alberto Elbert, Susana Murillo, Mirtha López González y Mónica Kalinsky (coords.), *La criminología del siglo XXI en América Latina, parte segunda*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2002.

____"La policía en el Estado de derecho latinoamericano: el caso de El Salvador", en Kai Ambos, Juan-Luis Gómez Colomer y Richard Vogler (eds.), *La Policía en los Estados de derecho latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

____ *Límites democráticos al poder penal. Reformas de la seguridad pública y la justicia penal*, San Salvador, Fespad ediciones, 2005.

_____ y Xochitl Marchelli, *Reforma Penal y Acuerdos de Paz*, San Salvador, Fespad ediciones, 2002.

Mathieu, Hans y Catalina Niño, "Introducción. Aspectos de la situación actual de las drogas ilegales y propuestas de reforma", en Hans Mathieu y Catalina Niño Guarnizo (ed.), *De la represión a la regulación: propuestas para reformar las políticas contra las drogas*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES), Programa de Cooperación en Seguridad Regional, 2013.

Metaal, Pien y Coletta Youngers (eds.), *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, Ámsterdam, Washington, Washington Office on Latin American (WOLA) y Transnational Institute (TNI), 2010.

Ministerio de Economía, *Estimaciones y proyecciones municipales de población 2005-2020*, San Salvador, septiembre de 2009.

Niño Guarnizo, Catalina (ed.), *Seguridad regional en América Latina y el Caribe. Anuario 2015*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES), 2015.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *El Problema de las drogas en las Américas*, Secretaría General, 2013.

_____, Cicad, Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia, *Informe Técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*, 2015.

Roca P., Favio, Marivel Aguirre M. y Betty Castillo P., "Percepción acerca del consumo de drogas en estudiantes de una universidad nacional", *Psicoactiva*, núm. 19, 2001.

Romani, Oriol, "Políticas de drogas: prevención, participación y reducción del daño", *Salud colectiva*, núm. 4(3), septiembre-diciembre, 2008, pp. 301-318.

Sáenz Uribe, Sara, "Consumo de drogas ilícitas, ¿prohibición o regulación? Análisis del caso colombiano en perspectiva de política comparada", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009.

Saín, Marcelo Fabián, "El fracaso del control de las drogas ilegales en Argentina", *Nueva Sociedad*, núm. 222, 2009.

Slapak, Sara y Marcelo Grigoravicius, "'Consumo de drogas': la construcción de un problema social", *Anuario de Investigaciones,* vol. XIV, 2006.

UNODC, *Informe mundial sobre las drogas, Resumen ejecutivo*, 2015.

Villatorio S., Pablo, "Estados Unidos y las drogas. ¿Prohibir o legalizar?", *Fuerzas Armadas y Sociedad*, vol. X, núm. 1, 1994.

Wilches, Julián, "Colombia, entre la coca y el debate sobre una mejor política de drogas", en Niño Guarnizo, Catalina (ed.), *Seguridad regional en América Latina y el Caribe. Anuario 2015*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung (FES), 2015.

### *Decisiones judiciales*

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional. Sentencia de 16/11/2012, Inconstitucionalidad 70-2006/71-2006/5-2007/15-2007/18-2007/19-2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 09/10/2007, Inconstitucionalidad 27/2006, romano I, párrafo 2-A, literal B.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 09/10/2007, Inconstitucionalidad 27-2006/30-2006/31-2006/38-2006/39-2006/41-2006/42-2006/49-2006/54-2006/56-2006/61-2006.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 29/07/2009, Inconstitucionalidad 92-2007/97-2007/98-2007/99-2007/100-2007/101-2007.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia de 11/10/2013, Inconstitucionalidad 45-2010.

### *Legislación*

Constitución de la República de El Salvador de 1983.

Código de Trabajo de El Salvador, artículos 155 al 159, disposiciones sobre el salario mínimo.

Ministerio de Justicia (comp.), "Código Penal de El Salvador de 1904", en *Constitución Política y Códigos de la República de El Salvador*, San Salvador, 1967.

Código Penal de El Salvador de 1973, Decreto Legislativo núm. 270, de 13/02/1973, *Diario Oficial*, núm. 63, t. 238, de 30/03/1973, vigente entre marzo de 1973 y abril de 1998.

Código Procesal Penal de El Salvador, Decreto Legislativo 753 de 22/10/2008, *Diario Oficial*, núm. 20, t. 382 de 20/01/2009.

Código Penal de Nicaragua, Título XIV, Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, Ley 641.

Convenio para Limitar la Manufactura y Regular la Distribución de Estupefacientes, suscrito en Ginebra el 3 de julio de 1931.

Ley Contra la Narcoactividad de Guatemala, Decreto 48-92.

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador de 1991, Decreto Legislativo 728, del 05/03/1991; Diario Oficial núm. 52, t. 310, del 15/03/1991.

Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas de El Salvador de 2003, Decreto Legislativo núm. 153, de 02/10/2003, *Diario Oficial*, núm. 208; t. 361, de 07/11/2003.

Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo de Costa Rica, Título IV, Delitos y Medidas de Seguridad, Ley 8204.

Ley Sobre Uso Indebido y Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Honduras, Capítulo V, Delitos, Penas y Medidas de Seguridad, Decreto 126-89.

Organización de las Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, Nueva York, 1961, enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

_____, *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971*, Nueva York, 1971.

_____, *Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988*, Viena, ONU, 1988.

_____, *Proyecto de resolución presentado por el Presidente de la Asamblea General. Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas*, trigésimo periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 14 de abril de 2016.

Regulación del salario mínimo en El Salvador.

### *Información estadística oficial*

Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), *Personas menores de edad internadas en los centros de inserción social al 1 de agosto de 2016*.

Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Dirección General de Centros intermedios, *Población privada de libertad en centros intermedios al 01 de agosto de 2016*.

Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, Dirección General de Centros Penales, *Población penitenciaria en centros penales y de readaptación* 01 de agosto de 2016.

Policía Nacional Civil de El Salvador, *Información extraordinaria detallada de infraestructura adecuada para detenidos en bartolinas de la PNC a nivel nacional al 01 de agosto de 2016*.

# PODERES PÚBLICOS Y POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE NARCOTRÁFICO

## EL CASO VENEZOLANO

***Juan Luis Modolell González***

**RESUMEN.** Sobre la política del Estado venezolano ante el narcotráfico se observa un discurso del Gobierno que pudiera ser tildado de "avanzado", mientras se elabora un plan antidrogas que responde a políticas ortodoxas. Igualmente, a nivel legislativo, las reformas de la ley respectiva han ido desde una importante atenuación de penas en el año 2005 –no obstante que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado al narcotráfico como delito de lesa humanidad–, a un retorno a la previsión de penas severas para dichos delitos.

**Palabras clave:** drogas, poder, reforma, jurisprudencia, represión.

**ABSTRACT.** The Venezuelan State's drug trafficking policy is marked by government rhetoric that could be labeled as "advanced," while an anti-drug plan is being developed that responds to political orthodoxies. Furthermore, at a legislative level, the respective legal reforms have gone from a significant attenuation of penalties in 2005 –notwithstanding the fact that the jurisprudence of the Supreme Tribunal has classified drug trafficking as a crime against humanity– to a return to the provision of severe penalties for such crimes.

**Keywords:** Drugs, power, reform, jurisprudence, repression.

### Introducción

De acuerdo con una visión tradicional, el término *política criminal* alude a los métodos adecuados para la lucha contra el delito, a la llamada misión social del derecho penal.[1] Utilizaré dicha expresión en este trabajo para describir el conjunto de decisiones que

1 La idea es de Franz von Liszt (Claus Roxin, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 32).



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

han adoptado los diversos poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) ante el fenómeno de las drogas. En tal sentido, al observarse la estrategia de los últimos tiempos llevada a cabo por el Estado venezolano para abordar el problema del narcotráfico, resalta precisamente la falta de una política coherente al respecto. Ello en sí mismo no es reprobable, especialmente si se atiende al principio de separación de poderes según el cual los órganos legislativo y judicial sirven de control al Gobierno. No obstante, el Estado venezolano se ha caracterizado por un totalitarismo innegable en los últimos años, traducido en la subordinación del resto de poderes al Ejecutivo, especialmente el Poder Judicial,[2] de allí que llamen la atención las evidentes contradicciones de la "revolución venezolana" ante el fenómenos de las drogas.

Así, por un lado se observa un discurso del Gobierno que pudiera ser tildado de "avanzado", mientras que por otro se elabora un plan antidrogas que responde a políticas ortodoxas sobre este tema. Ello se aprecia igualmente a nivel legislativo, donde las reformas de la ley respectiva han ido, desde una importante atenuación de penas en el 2005 –no obstante que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha calificado al narcotráfico como delito de lesa humanidad–, a un retorno a la previsión de penas severas para dichos delitos.

A continuación haré un breve análisis de las políticas y decisiones de cada rama del poder público venezolano en materia de narcotráfico.

## 1. El Poder Ejecutivo venezolano: Ungass 2016 y el Plan Nacional Antidrogas de Venezuela

Durante el Trigésimo Periodo Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas (Ungass) 2016, intervino la ministra de Relaciones Exteriores venezolana, Delcy Rodríguez, instando

> ...a avanzar hacia una política de lucha contra el narcotráfico que respete los derechos humanos de los pueblos del mundo […] Rodríguez aseguró que durante 51 años han fracasado las

2 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIHD), en un informe del año 2009, hizo referencia a la intervención del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial al hablar de las garantías de este contra presiones externas (de otros poderes), y enumeró ejemplos "…de acciones y manifestaciones tanto de los jueces como de altas autoridades públicas que permiten suponer indebidas injerencias de otros poderes públicos en las decisiones del poder judicial" (OEA, *Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 diciembre 2009). Incluso, varios jueces actuales del Tribunal Supremo han sido diputados del partido de Gobierno o funcionarios del Poder Ejecutivo. Así, según la información oficial, solo en la Sala de Constitucional han sido funcionarios del Poder Ejecutivo su presidenta Gladys Gutiérrez (además, presidenta del Tribunal), Luis Damiani y Calixto Ortega, quien también fue diputado por el partido de Gobierno durante dos periodos (http://www.tsj.gob.ve/magistrados).

> políticas imperiales belicistas e injerencistas aplicadas por algunos países en una supuesta lucha contra las drogas […] Señaló que la guerra impulsada por países occidentales, lejos de combatir el problema de las drogas, ha implicado la intervención de naciones soberanas y el quebrantamiento del Estado de derecho... "Rechazamos la utilización política que desde centros imperiales hace esta materia belicista" […] Denunció que desde esos centros imperiales se establecen políticas de militarización e invasión de países y nombró el caso de Afganistán, que fue invadido en el 2001 por EE.UU. y ha dejado al menos 90 mil muertos. "Desde la Unasur y la Celac compartimos una visión de respeto democrático de los DD.HH, entendiendo las drogas como un problema de salud pública" […] Recordó que la ONU ha considerado a Venezuela como un país libre de cultivos y, además, su nación cuenta con un Plan Nacional en materia de drogas.[3]

Sin embargo, al analizar el Plan Nacional Antidrogas (2015-2019) del Gobierno venezolano, se evidencia claramente que se trata de una estrategia conservadora, que en modo alguno cuestiona la política tradicional de represión del narcotráfico. Así, en cuanto a los objetivos del plan, se adopta la posición de "combate al narcotráfico", aludiendo al fortalecimiento de "las medidas de control para combatir el tráfico y producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el país",[4] y de la "cooperación internacional en materia antidroga a través de los instrumentos suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela".[5] Igualmente, Venezuela se jacta del resultado de su política de persecución del narcotráfico, ya que

> ...ha implementado estrategias dirigidas al combate frontal del tráfico ilícito de drogas en Venezuela, que ponen en evidencia las incautaciones de diferentes tipos de drogas ilícitas en el periodo comprendido 2009-2014 […], que han superado las 307 toneladas, para colocarse entre los siete primeros países a nivel mundial en incautaciones de estas sustancias.[6]

Además, desde el punto de vista internacional, la estrategia de Venezuela ante el tráfico de drogas en modo alguno representa una política heterodoxa ajena a la tradicional estrategia de represión y prevención del tráfico ilícito de estupefacientes, por el contrario, el Plan Nacional Antidrogas (2015-2019) se enmarca en una política globalizante para el abordaje del problema. En tal sentido, se afirma que "Venezuela forma parte del grupo de Estados que se han comprometido en el desarrollo de una estrategia global para

3 Ver http://www.telesurtv.net/news/Venezuela-pide-nueva-politica-antidrogas-que-respete-los-DD.HH.-20160421-0051.html, 21 de abril de 2016. Se cita esta página web por la afinidad existente entre el Gobierno venezolano y Telesur, lo cual descartaría cualquier "intención oculta" en la difusión de información sobre dicho Gobierno.

4 Oficina Nacional Antidrogas (ONA), Plan Nacional Antidrogas 2015-2019, s/f, p. 17. Disponible en http://www.ona.gob.ve/Descargas/PNA_web_08e.pdf.

5 *Idem*.

6 *Ibid.*, pp. 27 y ss.

el abordaje del problema mundial de las drogas y reconoce que las iniciativas asumidas son una responsabilidad común y compartida".[7] Según el plan referido, como

> ...resultado de la ejecución de las medidas de control, llevadas a cabo en los procedimientos y operaciones dirigidas a contrarrestar el tráfico ilícito de drogas, se realizó la detención de 66.034 personas relacionadas con este delito […], de los cuales 103 lideraban organizaciones de tráfico de drogas y eran requeridos por difusión (roja azul) de Interpol.[8]

Igualmente, se afirma que "la Ley de Control para la Defensa Integral del Espacio Aéreo […] ha permitido la disminución del empleo del espacio aéreo para la ejecución de vuelos no autorizados que transportan cocaína hacia Centroamérica, Norteamérica y el Caribe".[9]

Como puede apreciarse, la política del Estado venezolana sobre el problema de las drogas ha sido bastante convencional, en el sentido de ser un país puente en el tráfico internacional, que colabora (o quiere dar esa impresión) con los países desarrollados que tienen problemas de consumo, o con otros países que sirven igualmente de puente al tráfico internacional. Al respecto, afirma el Plan Nacional Antidrogas:

> Venezuela ha fortalecido la cooperación bilateral mediante el intercambio de información en materia de drogas con autoridades nacionales de diferentes países, entre los cuales destacan Reino Unido, España, Francia, Estados Unidos, Italia, Trinidad y Tobago, Países Bajos, Brasil, Guyana y Colombia. El desmantelamiento de organizaciones internacionales y la detención varios jefes de grupos delictivos organizados y solicitados con orden de captura internacional, representan un ejemplo de la forma como se ha reforzado el intercambio de información.[10]

Por tanto, Venezuela se ha sumado, al menos teóricamente, a la persecución y represión internacional del tráfico de drogas, aunque la ministra de Relaciones Exteriores quisiera aparecer como una voz disidente en la Ungass 2016, que denuncia la intervención de los "centros imperiales" en la soberanía de otros países. En el plan se afirma contundentemente que las medidas de control ejecutadas por el Gobierno venezolano "han reducido considerablemente las probabilidades de que las drogas que ingresen al territorio nacional lleguen a destinos internacionales".[11]

---

7 *Ibid.*, p. 27.

8 *Ibid.*, p. 28.

9 *Ibid.*, p. 29. La referida ley, promulgada el 1 de junio de 2012, establece en su artículo 5, disposición 2, que toda "aeronave en vuelo que infrinja las disposiciones sobre la circulación aérea dentro del espacio aéreo de la República Bolivariana de Venezuela, podrá ser objeto de medidas de interceptación, persuasión o inutilización, en los siguientes casos […] 2. Cuando se presuma que el vuelo atenta contra la soberanía nacional *o su utilidad tenga conexión con actividades ilegales*" (cursivas fuera del texto). Resalta en esta disposición la posibilidad de inutilizar la aeronave, que se define en el artículo 3, número 6, como la acción autorizada "mediante la cual la aeronave militar interceptora o los sistemas de armas de la defensa aérea integral, impiden la operación de la aeronave declarada hostil".

10 *Idem*.

11 *Ibid.*, p. 29.

Por otra parte, en cuanto al consumo de drogas, el plan referido supone una visión asistencial del problema, en la línea tradicional del tratamiento del asunto. Además, admite implícitamente que en Venezuela el consumo de drogas constituye un problema, y no como expresó la ministra en la Ungass. Así, una vez expuestas las cifras, concluye el plan: "Todo lo anterior se traduce en escenarios para los cuales deben generarse respuestas tanto en la prevención como en el tratamiento de las personas que presenten patrones o consumos adictivos de drogas".[12]

En conclusión, como se aprecia, la política oficial del Gobierno venezolano expuesta en el referido plan antidrogas responde a la tradicional forma de represión y persecución de ese flagelo.

## 2. El narcotráfico como delito de lesa humanidad según la jurisprudencia venezolana

El Tribunal Supremo de Justicia venezolano, máximo órgano del Poder Judicial, ha mostrado una tendencia al tratamiento riguroso de los delitos vinculados al tráfico de drogas, lo cual se evidencia en la calificación de los mismos como de lesa humanidad. Así, su Sala Constitucional ha considerado que esta última clase de delitos "se equiparan a los llamados *crimen majestatis*, infracciones penales máximas, constituidas por crímenes contra la patria o el Estado y que, al referirse a la humanidad, se reputan que perjudican al género humano".[13] Al respecto, puede criticarse a estas afirmaciones la insostenible equiparación de los delitos de lesa humanidad con los crímenes "contra la patria o el Estado". En efecto, la seguridad de la nación, la estabilidad de las instituciones, el orden constitucional, en modo alguno pueden constituir intereses superiores a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de la persona, objetos estos precisamente de los llamados delitos de lesa humanidad. Esta absurda equivalencia hecha por la sentencia referida revela la tendencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo venezolano a favorecer la potestad del Estado, las acciones del poder, frente a los derechos de los particulares, como se evidencia en otra decisión posterior de la misma Sala, según la cual:

> ...la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, *que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta*

12 *Ibid.*, p. 32. Asimismo, en las páginas 41 y siguientes del plan, puede apreciarse que los objetivos de las políticas de disminución de la oferta y demanda son igualmente convencionales y represivos.

13 Sentencia de la Sala Constitucional 1712, del 12 de septiembre de 2001 (ponente Cabrera Romero).

> *Fundamental lo señale*, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo [...] Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no puede menoscabar la soberanía del país, *ni los derechos fundamentales de la República*[14]. (Cursivas por fuera de texto)

La conclusión de que únicamente podrán transferirse competencias a organismos supranacionales cuando así lo establezca expresamente la Constitución está fundamentada, por esta última sentencia, en lo que califica de "derechos irrenunciables de la Nación" o, más grave y sorprendente aún, "derechos fundamentales de la República", como lo serían "la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional". De cierta forma, según la sentencia comentada, la protección de los derechos humanos en Venezuela queda supeditada a principios totalmente vagos que operan a favor del Estado, como "la soberanía", la "autodeterminación nacional" o la "integridad territorial". En un contexto como el señalado, puede entenderse que la propia Sala Constitucional equipare los delitos contra la patria o el Estado, con los delitos de lesa humanidad. Para ella, la protección del poder, de la "patria" o del Estado frente a los derechos particulares, parece obvia.

Volviendo a la primera de las sentencias citadas, la 1712 de la Sala Constitucional, en ella se considera el narcotráfico como delito de lesa humanidad. Para fundamentar esta conclusión, la sentencia relaciona los artículos 271 y 29 de la Constitución venezolana. El primero de ellos califica de imprescriptibles las acciones para perseguir el tráfico de estupefacientes.[15] Por su parte, el artículo 29 expresa en su segundo párrafo que las acciones "para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles", y que además dichos delitos "quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía". Pues bien, según la sentencia referida, al

> ...comparar el artículo 271 constitucional con el [...] 29, donde el primero se refiere a acciones penales imprescriptibles y que, al igual que la última norma mencionada, reconoce como imprescriptible a los delitos contra los derechos humanos, la Sala debe concluir que el delito de tráfico de estupefacientes, cuya acción también es imprescriptible, debe considerarse por su connotación y por el especial trato que le otorga el artículo 271 constitucional, como un delito de lesa humanidad.

14 Sentencia 1942, del 15 de julio de 2003 (ponente Cabrera Romero).

15 Literalmente este artículo expresa: "No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes".

A todas luces se aprecia que la conclusión de la sentencia citada no tiene coherencia con las premisas de las que parte. En efecto, el artículo 271 se refiere a la imprescriptibilidad del narcotráfico, aparte de considerar también imprescriptibles las acciones para perseguir "los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público". Por su parte, el artículo 29 de la Constitución alude a la obligación del Estado de perseguir delitos contra los derechos humanos, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. A su vez, para garantizar dicha persecución, este último artículo declara imprescriptibles los mencionados delitos, *distintos al narcotráfico y a los delitos contra el patrimonio público* señalados en el artículo 271 comentado.[16]

Asimismo, como argumento adicional para señalar que el artículo 29 no tiene relación alguna con los delitos de narcotráfico, se puede añadir que dicha disposición se encuentra ubicada en el Título III de la Constitución venezolana referido a los "derechos humanos y garantías", instituciones estas que surgen de la relación entre una estructura de poder, normalmente el Estado, y los ciudadanos. Por su parte, el artículo 271 de la Constitución se incluye dentro de una sección denominada "Del gobierno y de la administración del Poder Judicial", es decir, un órgano del Estado con competencia en la persecución de delitos, por tanto, dicho artículo representa únicamente la voluntad político-criminal del constituyente de eliminar la prescripción de determinados delitos para facilitar su persecución. Incluso, este artículo 271 distingue expresamente entre el narcotráfico ("delitos de deslegitimación de capitales, drogas"), los delitos de lesa humanidad, los delitos contra los derechos humanos y contra el patrimonio público. La sola distinción hecha por el constituyente refleja que estos crímenes en modo alguno representan lo mismo: si el narcotráfico fuese un delito contra los derechos humanos, o un delito de lesa humanidad, el artículo 271 no hubiese hecho referencia expresa a él ya que estaría incluido dentro de estos últimos términos.

En suma, que el artículo 271 de la Constitución sitúe al narcotráfico junto a los delitos contra los derechos humanos y los delitos contra el patrimonio público, para hacer referencia a su imprescriptibilidad, no implica que el narcotráfico sea un delito de lesa humanidad solo porque, a su vez, la acción de estos últimos sea también imprescriptible según el artículo 29. Si ello fuera así, los delitos contra el patrimonio público también serían de lesa humanidad, y hasta allí no se ha atrevido a llegar la Sala Constitucional.

16 Textualmente, el artículo 29 constitucional dice: "El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades […] Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía".

Por tanto, el carácter imprescriptible de la acción penal no es argumento suficiente para concluir que el narcotráfico sea un delito de lesa humanidad. La Sala confunde una consecuencia (la imprescriptibilidad) con la naturaleza del delito, confunde la causa con el efecto. Que el narcotráfico y los delitos de lesa humanidad sean imprescriptibles, según expresa la Constitución, no implica que ambos sean equivalentes.

Pero el error de la Sala Constitucional no concluye aquí. Para fundamentar mayormente que los delitos de narcotráfico son de lesa humanidad, en la referida sentencia 1712 expresa que estos, precisamente por "referirse a la humanidad", por perjudicar "al género humano", han sido objeto de convenios internacionales, tales como:

> ...la Convención Internacional del Opio, suscrita en La Haya en 1912, ratificada por la República el 23 de junio de 1912; la Convención Única sobre Estupefacientes, suscrita en las Naciones Unidas, Nueva York, el 30 de marzo de 1961; y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de Viena de 1988) [...] En consecuencia, los delitos relativos al tráfico de estupefacientes los considera la Sala de lesa humanidad [...] A título de ejemplo, en el Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional, no suscrito (sic) por Venezuela, en su artículo 7 se enumeran los crímenes de lesa humanidad; y en el literal K de dicha norma, se tipificaron las conductas que a juicio de esta Sala engloban el tráfico ilícito de estupefacientes.

El hecho de que existan regulaciones internacionales en materia de narcotráfico tampoco implica que se esté en presencia de un delito de lesa humanidad. En efecto, existen igualmente convenios internacionales para luchar contra la corrupción o contra la criminalidad organizada, y ello no quiere decir que sean crímenes de tal naturaleza.[17]

17 En una sentencia posterior, la Sala de Casación Penal mantiene dicho criterio de considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad en virtud de la existencia de tratados internacionales sobre la materia: "Que el tráfico y venta ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, son considerados por la Sala, como delitos de lesa humanidad, cuya impunidad debe evitarse conforme a los principios y declaraciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas, Única de 1961 Sobre Estupefacientes; Convenio de 1971 Sobre Sustancias Sicotrópicas, Convención de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas" (Sentencia 322, del 13 de julio de 2006, ponente Aponte Aponte). Además, esta última sentencia llega a considerar la aplicación del principio de jurisdicción universal a estos delitos: "Que del artículo 16.10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por la República Bolivariana de Venezuela y los Estados Unidos de América, en concordancia con el artículo 6 del Código Penal, se desprende la aplicación del principio de la jurisdicción universal, según el cual un Estado puede perseguir, investigar y juzgar a los autores de delitos cometidos de lesa humanidad, independientemente de cual sea su nacionalidad y donde se haya cometido el hecho punible, cuando no proceda la extradición". En relación con ello, es de señalar que el Código Penal venezolano consagra el principio de "justicia mundial" o "universalidad" en el artículo 4, concretamente en los supuestos establecidos en sus numerales 9, 10 y 13. Así, el numeral 9 prevé la aplicación de la ley penal en el caso de venezolanos o extranjeros que en alta mar cometan actos de piratería u otros delitos que el derecho internacional califica de atroces o contra la humanidad. Es de resaltar que esta última calificación debe ser hecha según el derecho internacional, y este no concibe de tal forma a los delitos vinculados al narcotráfico. Los otros dos supuestos de aplicación del principio de universalidad establecidos en los numerales 10 y 13, en virtud de los cuales se aplica la ley venezolana independientemente del lugar de comisión del delito, se refieren a los "...venezolanos que dentro o fuera de la República tomen parte en la trata de esclavos" (num.

Por su parte, la Sala Constitucional hace una alusión caprichosa del literal K del artículo 7 del Estatuto de Roma, sin mayor justificación. Ignora dicha Sala que la intención fue incluir dentro de este literal conductas semejantes a las mencionadas precedentemente, no solo en cuanto a su gravedad, sino también en su modalidad. En tal sentido, dado "que los crímenes contra la humanidad protegen los derechos humanos, los actos semejantes en naturaleza a los enumerados serían otras violaciones de los derechos humanos (por ejemplo, el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante, art 7.1 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos)".[18] Como ejemplos de "otros actos inhumanos" se citan los siguientes: el traslado forzado de grupos de civiles, la prostitución, la desaparición forzada de personas, la mutilación y otros tipos de lesiones dolorosas, los daños graves físicos o mentales,[19] la experimentación ilegal en seres humanos, el cierre de una instalación médica, la negación de tratamiento (médico) a un determinado grupo étnico, el tratamiento inhumano de prisioneros, etc.[20] Aunque la Sala Constitucional no lo entienda, el narcotráfico se encuentra muy lejos de estas acciones.

Además, siguiendo con este último aspecto, la naturaleza del delito de narcotráfico no corresponde al de lesa humanidad como crimen internacional. Así, el ataque generalizado y sistemático propio del crimen de lesa humanidad requiere

> ...algún tipo de vínculo con un Estado o un poder *de facto* en determinado territorio por medio de la política de esta entidad, la cual, en el caso de un ataque sistemático, consistiría en proveer cuando menos algún tipo de conducción hacia las presuntas víctimas, con el objeto de coordinar las actividades de los criminales individuales.[21]

La relación de los delitos de lesa humanidad con una estructura de poder político (no con una simple estructura organizada), el llamado "elemento de contexto", es una de sus características fundamentales, cuestión que también pasa por alto la Sala Constitucional.

La tendencia de la Sala Constitucional a considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad es confirmada por la Sala de Casación Penal del máximo tribunal, la

---

10) y a "Los jefes, oficiales y demás individuos de un ejército, en razón de los hechos punibles que cometan en marcha por espacio geográfico extranjero neutral, contra los habitantes del mismo" (num. 13). Por tanto, resulta evidente que conforme al ordenamiento jurídico venezolano no es aplicable, como erróneamente dice la sentencia comentada, el principio de universalidad a los delitos vinculados al narcotráfico por no contemplarse en los supuestos referidos del artículo 4 del Código penal.

18 Kai Ambos y Steffen Wirth, "El Derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad", en Kai Ambos, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, trad. de Donís, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 259.

19 *Idem*., aludiendo a los casos Kupreskic y Kordic del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia.

20 Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, München, C. H. Beck, 2006, p. 229, aludiendo también a criterios del Tribunal Internacional para Ruanda.

21 Ambos y Wirth, *op. cit*., p. 204.

cual predica para los narcotraficantes "un castigo acorde a la suma gravedad de sus crímenes de lesa humanidad, tal como son considerados por la Constitución venezolana, la jurisprudencia [...] de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado".[22] Además de lo que argumenté para sustentar que la Constitución venezolana no considera los delitos de tráfico de estupefacientes como crímenes de lesa humanidad, la afirmación de que calificar el narcotráfico como tal es propio de los "ordenamientos jurídicos del mundo civilizado" es totalmente falsa. Así, por mencionar solo un caso, el Código Penal español, en sus artículos 368 y siguientes, considera el narcotráfico como un delito contra la "salud pública", y en modo alguno lo incluye dentro de los delitos de lesa humanidad (arts. 607 bis y ss.).[23]

Aunque no hay duda de que las normas constitucionales venezolanas adoptan una filosofía de dura represión al narcotráfico, como deber de Estado, la tendencia jurisprudencial del máximo tribunal de justicia venezolano es mucho más rigurosa y conservadora que el propio texto constitucional. Ello se aprecia, no solo en la errónea consideración del mismo como crimen de lesa humanidad, sino también cuando se refiere a los bienes que se protegen mediante los delitos respectivos, los problemas que acarrea el narcotráfico, etc. Así, se afirma que estos delitos son "pluriofensivos, ya que atentan gravemente contra la integridad física, mental y económica de un número indeterminado de personas a nivel nacional e internacional, y de igual forma generan violencia social en los países donde se despliega dicha acción delictual".[24]

## 3. Progresista reforma de la ley venezolana sobre drogas (2005) y retroceso posterior (2010)

Aunque la Constitución venezolana, como señalé, contiene una política criminal en materia de drogas totalmente represiva, superada por la jurisprudencia, en el año 2005 el parlamento venezolano modificó la ley respectiva para rebajar las penas de la mayor parte de sus delitos. En efecto, la "Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo

22 Sentencia 076, del 22 de febrero de 2002 (ponente Angulo Fontiveros).

23 Igualmente, la sentencia de la Sala 568, del 18 de diciembre de 2006, califica el narcotráfico como delito de lesa humanidad (ponente Aponte Aponte).

24 Sentencia de la Sala de Casación Penal 322, del 13 de julio de 2006 (ponente Aponte Aponte). Igualmente, en sentencia anterior, la Sala citada hizo un llamado, de tinte moralista, a "todas las instituciones que se encargan del estudio, tratamiento, combate y control de las drogas, a preservar el marco jurídico imperante en el país, pero relacionándolo en su estudio e interpretación diaria como seres comunitarios, a nuestros mejores y más acentuados valores familiares y sociales, en el propósito de cerrar el cerco de tolerancia social, marco en el que propios y extraños, cercenan el concepto y carácter auténtico y maligno de las drogas, extrayéndolo de su verdadera naturaleza e impacto colectivo, más allá del individual" (Sentencia 252, del 6 de mayo de 2006) (ponente Aponte Aponte).

de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas"[25] rebajó sustancialmente la pena del delito de tráfico, distribución, almacenamiento, etc., de las sustancias a que hace referencia la ley (estupefacientes o psicotrópicos), que antes era de diez a veinte años de prisión y luego de prisión entre ocho y diez, aunque aumentó la pena (de 15 a 20 años de prisión) para quien "dirija o financie las operaciones antes mencionadas" (art. 31). Por otra parte, el artículo señalado estableció un tipo privilegiado (6 a 8 años de prisión) si la "cantidad de droga no excede de mil gramos de marihuana, cien gramos de cocaína, sus mezclas o sustancias estupefacientes a base de cocaína, veinte gramos de derivados de la amapola o doscientos gramos de drogas sintéticas". Además, se dispuso que el distribuidor de una cantidad menor a la prevista, o quien transporte dichas sustancias dentro de su cuerpo, será castigado con prisión de cuatro a seis años. No obstante, el artículo 31 negaba en todos estos supuestos los beneficios procesales durante la investigación y enjuiciamiento.

La pena por el delito de posesión ilícita de estupefacientes o psicotrópicos, por encima de las cantidades permitidas para consumo personal, se fijó en prisión entre uno y dos años (en la anterior ley, la pena era entre 4 y 6 años). Igualmente, el delito de incitación al consumo, que se castigaba con una pena entre seis y diez años de prisión, se sancionó en la Ley de 2005 con una multa de 3000 unidades tributarias.[26] Asimismo, se aprecia la rebaja de pena en los delitos de "inducción al consumo"[27] (de 15 a 20 años de prisión, a entre 4 y 6 años en la Ley de 2005), "suministro de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a animales" (la pena de 2 a 4 años de prisión se rebajó a prisión entre 1 y 3 años), "incitación o inducción al consumo en actividades deportivas" (el cual preveía una pena entre 4 y 6 años de prisión, y posteriormente se castigó con una pena entre 2 y 4 años).

Esta reforma fue uno de los pocos casos en Venezuela, en general, de una política legislativa penal de rebaja de penas, y precisamente en uno de los campos en los cuales los Estados latinoamericanos tienden a aumentar las mismas. Sin embargo, en materia de legitimación de capitales provenientes de estas actividades, se estableció una peligrosa inversión de la carga de la prueba en virtud de la cual las personas obligadas a tomar ciertas medidas para evitar dicho delito, en caso de comisión material del hecho, debían demostrar en el debate probatorio que ellas cumplieron sus obligaciones para impedir la legitimación (art. 209).

25 *Gaceta Oficial*, núm. 38.337, del 16 de diciembre de 2005.

26 La unidad tributaria es la unidad de pago de impuestos en Venezuela. Se actualiza anualmente a fin de evitar la devaluación por inflación.

27 Cuya conducta se traduce en lograr que alguna persona consuma las sustancias a que se refiere la ley mediante engaño, amenaza o violencia (art. 47, Ley de 2005).

Como puede apreciarse, la mayor parte de esta reforma legislativa contradijo evidentemente la represiva directriz político-criminal que en materia de tráfico de drogas establece la propia Constitución venezolana, según la cual los delitos vinculados a estas sustancias son imprescriptibles y la extradición de sus responsables, en caso de ser extranjeros, no podrá ser negada en ningún caso (art. 271 de la Constitución venezolana). Pero, además, la referida modificación legislativa de 2005 desvirtuaba totalmente la conclusión sostenida por el Tribunal Supremo de Justicia de considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad. Sería inexplicable que el órgano legislativo haya aprobado una rebaja sustancial de las penas contempladas para lo que el máximo tribunal calificó de "delito de lesa humanidad".

No obstante, el experimento de contemplar penas menos graves para delitos de narcotráfico duró solo cinco años. Así, en el año 2010, la ley fue reformada (Ley Orgánica de Drogas, del 5 de septiembre de 2010), y el Estado venezolano retornó a su política de represión legislativa al aumentar nuevamente las penas, incluso por encima de lo previsto antes de 2005, en delitos como el tráfico de estupefacientes (prisión de 15 a 25 años, sancionado en el 2005 con prisión entre 8 y 10 años), el de incitación al consumo (prisión de 4 a 6 años, sancionado en el 2005 con pena de multa), o el de suministro de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a animales, que volvió a su antigua pena de dos a cuatro años. Al respecto, el citado Plan Nacional Antidrogas (2015-2019) alude a esta última reforma de la ley cuando expresa que "el fortalecimiento del marco jurídico tiene una gran importancia, porque ha permitido a las autoridades actuar con mayor contundencia y eficiencia; hecho que se evidencia con la aprobación de la LOD en el año 2010, la cual de una manera específica, aborda el problema de las drogas en todos sus contextos".[28]

## Bibliografía

Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht*, München, C.H. Beck, 2006.

Ambos, Kai y Steffen Wirth, "El Derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad", en Kai Ambos, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, trad. de Marta Donís, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 167-269.

OEA, *Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30 diciembre 2009.

Oficina Nacional Antidrogas (ONA), Plan Nacional Antidrogas 2015-2019, s/f.

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

28 Oficina Nacional Antidrogas (ONA), *op. cit.*, p. 29.

# A POLÍTICA CRIMINAL NO ENFRENTAMENTO DAS DROGAS NO BRASIL

*Marcos Zilli*
*Maria Thereza Rocha de Assis Moura*
*Fabíola Girão Monteconrado*

**RESUMO.** A Política Criminal brasileira de enfrentamento de drogas revela uma trajetória de filiação aos postulados internacionais de combate aos entorpecentes. A simbiose entre a retórica internacional e as ideologias da defesa social e da segurança nacional contribuiu para a edificação de uma cultura de intolerância frente ao fenômeno do comércio de drogas. A legislação atualmente em vigor (Lei 11.343/06) se manteve fiel à cultura belicista. Esta cultura, por sua vez, foi incorporada na ação diária dos tribunais, contribuindo para um aumento da população carcerária. Mais recentemente o STF vem efetuando acenos liberalizantes, os quais têm abrandado os exageros de alguns dispositivos da Lei de Drogas. Quanto à posse para uso próprio, muito embora constitua a conduta infração de menor potencial ofensivo, sujeitando o autor às penas alternativas, ela ainda é criminalizada. Esta opção do legislador, além evidenciar um equívoco no enfrentamento do problema, acentua o estigma social do usuário.

**Palavras-chave:** Lei de Drogas, tráfico de drogas, posse para uso próprio, guerra às drogas.

**ABSTRACT.** The Brazilian Criminal Policy concerning drug-fighting has for many years been in accordance with international anti-narcotic regulations. The symbiosis between international rhetoric and social defense/national security ideologies has contributed to the construction of a culture of intolerance towards the drug trade phenomenon. The legislation currently in force (Law 11343/06) has kept in line with the drug-fighting culture. This culture, in turn, has been incorporated into the daily action of the courts, contributing to an increase in prison population. More recently the STF has been giving liberal signs, which have softened the exaggerations of some of the provisions of the Drug Law. As for drug possession for personal use, although it constitutes an infringement with a lesser harmful potential, subjecting the offender to alternative penalties, it is still penalized. This option of the



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

legislator, as well as evidencing a wrong approach to the problem, accentuates the social stigma of drug users.

**Keywords:** Drug law, drug trafficking, drug possession for personal use, drug-fighting.

## Introdução

Qualquer análise sobre uma política criminal de estado relativa às drogas não pode prescindir de um exame historiográfico que identifique as raízes e os percursos legislativos. As opções passadas fornecem subsídios para a compreensão do presente e abrem espaços para os possíveis caminhos ainda a percorrer. É esta a razão substancial da primeira parte do trabalho que antecipa o estudo sobre o padrão normativo atualmente em vigência.

A Lei de Drogas atualmente em vigor (Lei11.343/06) se ocupou de vários temas que tocam a prevenção, a repressão e o processo penal. Impossível o enfrentamento de todos os pontos, motivo pelo qual o exame ficará circunscrito aos temas mais polêmicos e que tocam os tipos penais do tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput), "tráfico privilegiado" (art. 33, §4º) e posse para uso pessoal (art. 28).

O exame do padrão normativo atual não estará circunscrito a uma apreciação abstrata das disposições legais. Daí a importância do recurso às pesquisas de campo. Afinal, políticas criminais não são – nem pretendem ser – estáticas. É na operação diária que se projetam os principais dilemas, os quais reforçam o acerto das opções adotadas ou escancaram os equívocos das premissas assumidas. Desde logo é possível adiantar que a filiação da política criminal brasileira à retórica punitivista vem provocando efeitos nefastos no sistema carcerário.

Ao final, o trabalho se concentrará nos possíveis caminhos a percorrer. É, enfim, um exame prospectivo que preenche a trilogia lógica indutora do método aqui utilizado: presente, passado e futuro. O que se pretende, portanto, é obter uma grande fotografia cuja imagem responda às seguintes indagações: de onde viemos? Onde estamos? Para onde iremos?

## 1. Antecedentes

### 1.1. Do proibicionismo ao belicismo. As raízes da formação da política criminal brasileira no enfrentamento das drogas

Ao longo de boa parte do período imperial, o silêncio penal foi a tônica no enfrentamento das drogas.[1] Foi com a inauguração da República – e pelo Código de 1890 – que a comercialização de substâncias venenosas retomou as fronteiras da ilicitude penal (art. 159).[2] Inserida no capítulo dos crimes contra a saúde pública, especificamente nos crimes contra a tranquilidade pública, a conduta não evocava grave reprovabilidade. A imposição de sanção pecuniária[3] refletia a reduzida preocupação social suscitada pela questão. A expressão "entorpecente" foi introduzida por força do Decreto 4.294/21, que, sob a influência do discurso internacional, cristalizado pela Convenção de Haia sobre Ópio de 1912, fez referências expressas à cocaína, ópio e os seus derivados.[4] A venda, a exposição à venda e a ministração daquelas substâncias sujeitava os agentes à pena de 1 a 4 anos de prisão.[5]

O retalhamento da legislação penal no início da era republicana e a assistematização provocada pela sucessão de novas leis impulsionaram a elaboração da *Consolidação das*

1 Durante o período colonial, até o Código Penal do Império, foram aplicadas as Ordenações do Reino. Destas, merecem ser destacadas as Ordenações Filipinas, que traziam, em seu Livro V, Título LXXXIX, uma proibição ao porte e à venda de substâncias venenosas, com referência expressa ao ópio. Muito embora produto de colonização jurídica, o dispositivo constitui a origem mais remota do enfrentamento da problemática relativa às drogas em nosso território. Sem qualquer pretensão de esgotar as referências bibliográficas que fornecem incursões históricas sobre o tratamento punitivo dado às drogas pela legislação nacional, ver João de Deus Lacerda Menna Barreto, *O desafio das drogas*, Rio de Janeiro, Renes, 1971; Salo Carvalho, *A política criminal de drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*, 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 57-58; João Bernardino Gonzaga, *Entorpecentes. Aspectos criminológicos e jurídico penais,* São Paulo, Max Limonad, 1963, pp. 24 e ss.; Vicente Greco Filho, *Tóxicos. Prevenção. Repressão. Comentários à lei de drogas. Lei 11.343/2006,* 13 ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 61-77; Luiz Luisi, "A legislação penal brasileira sobre entorpecentes. Notícia histórica", em *Fascículo de ciências penais*, ano 3, v. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, pp. 152-158 e Serrano Neves, *Crime de perigo abstrato. Toxicomania. Toxicologia. Direito penal*, Rio de Janeiro, J. Ozon, 1961.

2 Importante notar que o dispositivo não fazia referência aos termos "drogas" ou mesmo "entorpecentes", criminalizando, na verdade, a comercialização de substâncias venenosas, o que ampliava consideravelmente o espectro de sua incidência. A norma era assim redigida: "Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios: pena - de multa de 200$ a 500$000".

3 Antonio Bento de Faria, *Código penal do Brazil*, v. II, 3 ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1920, pp. 160-161.

4 Para Nilo Batista, o decreto fixa o marco histórico da incorporação, em nosso sistema, do discurso médico sanitário. Nesse sentido, Cfr. Nilo Batista, "Política criminal com derramamento de sangue", em *Discursos Sediciosos,* ano 3, ns. 5-6, 1-2 Sem, 1998, p. 79. Ver, igualmente Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*, orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira, São Paulo, 2006, p. 273 f. A autora faz uma conexão temporal entre a edição do decreto e a política proibicionista vigente nos EUA durante os anos de 1919 a 1933, o que poderia ter influenciado o maior controle estatal que se impulsiona no Brasil.

5 Cfr. Rodrigues, *op. cit.*, p. 137. Ver, igualmente Antonio Fernando Moreira, *Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais*, 2011. Disponível em httpp://www.ibccrim.org.br/novo/artigo/10587-Historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais.

*Leis Penais de 1932* [6] que trouxe novo tratamento à temática. A terminologia "substâncias venenosas", prevista pelo art. 159 do Código Penal de 1890, foi substituída por "entorpecente".[7] O tratamento carcerário foi reforçado com a previsão de sanção privativa variável de 1 a 5 anos.[8] Acresceu-se, em tipo próprio, a criminalização da posse, em residência, de entorpecente, reservando-se a ela, contudo, tratamento punitivo mais brando (3 a 9 meses).

A lei, note-se, foi regulamentada pelo Decreto 780/36, que criou a Comissão de Fiscalização sobre entorpecentes a quem coube a tarefa de elaboração de um anteprojeto para consolidação do tratamento da matéria. Claramente inspirado pela ideologia da defesa social, o decreto abusou da retórica moralista,[9] valendo-se de diversas apologias – "cuidar da higiene mental" e "incentivar a luta contra os venenos sociais" –, ao mesmo tempo em que proclamava a intensificação da fiscalização e da repressão, em todo o território, do tráfico e, também, do uso de drogas.

Tais dispositivos revelam a proeminência de um padrão autoritário que, na verdade, ganhou força na cena política nacional durante a década de trinta do século passado, culminando com o golpe de 1937 que inaugurou o Estado Novo, de clara inspiração fascista. A ideologia que se consagra vitoriosa proclama a "ação modernizadora" do Estado, nele depositando a força capaz de fomentar o desenvolvimento e o bem estar social.[10] É em meio a este contexto que é promulgado o Decreto-lei 891/38.

Elaborado de acordo com as Convenções de Genebra de 1936,[11] o Decreto descolou da legislação codificada o tratamento punitivo relativo aos entorpecentes, conferindo-lhe, assim, regime especial. O matrimônio entre o controle transnacional e o autoritarismo político abriu caminho parao maior rigor punitivo. Recorreu-se, ademais, ao expediente da multiplicação dos verbos nucleares[12] sem que houvesse, contudo, qualquer distinção quanto ao grau de reprovabilidade. Assim, condutas vinculadas ao lucro foram equiparadas à doação, à troca e ao próprio consumo. Foram também previstas as condutas da facilitação e da instigação do uso e da aplicação de entorpecente. A todas

6 Aprovada pelo Decreto 22.213 de 14.12.1932.

7 Art. 159. "Vender, ministrar, dar, trocar, ceder ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses actos sem as formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública; induzir ou instigar por actos ou por palavras o uso de qualquer dessas substâncias."

8 Sem prejuízo da pena pecuniária que se manterá em todas as leis subsequentes.

9 O gérmen desta cruzada moralista reside nos EUA no fim do século XIX e início do século XX, indicada por Antonio Escohotado como produto de uma reação puritana. Uma das consequências foi a estigmatização. O consumo de entorpecentes passou a ser associado a grupos sociais degradados e excluídos. Cfr. Antonio Escohotado, *A brief history of drugs. From the stone age to the stoned aged,* Rochester, Park Street, 1999, pp. 74-75.

10 Cfr. Boris Fausto, *História do Brasil*, 6 ed., São Paulo, EDUSP, 1999, p. 357.

11 Cfr. Carvalho, *op. cit.,* p. 60.

12 Fenômeno destacado por Eugenio Raul Zaffaroni, "La legislación antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario", em *Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, n. 2, Porto Alegre, Fabris, 1990, p. 18.

foi estabelecido o mesmo padrão punitivo (1 a 5 anos).[13] A proeminência do discurso ético-jurídico fixou o estereótipo[14] moral do consumidor.[15] Aliás, até mesmo o porte e a posse, sem ligação comercial, foram criminalizados em tipo penal próprio, muito embora o regime punitivo fosse relativamente mais brando (1 a 4 anos).[16] Para todos os crimes, sem distinção, foi vedada a concessão do *sursis* e do livramento condicional (art. 43). As soluções, claramente, refletiram a intolerância estatal e o protagonismo assumido pela ideologia da defesa social.[17]

O Código Penal de 1940 retomou a apropriação, pela legislação comum, do tratamento punitivo dos entorpecentes. Inserido no campo dos crimes contra a saúde pública e sob o *nomem iuris* "comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecente", o art. 281 reduziu a previsão dos verbos.[18] Incluiu, contudo, o fornecimento, ainda que a título gratuito. O grau de reprovabilidade não se elevou.[19] A mudança mais significativa, contudo, veio com a descriminalização de todas as condutas associadas ao usuário. Prevaleceu o olhar médico sobre o dependente, o qual deveria submeter-se a tratamento.[20]

---

13 Conforme redação dada ao art. 33: "Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias".

14 A expressão é aqui usada em seu sentido mais recorrente, vale dizer: "ideia ou convicção classificatória preconcebida sobre alguém ou algo, resultante de expectativas ou hábitos de julgamento ou falsas generalizações". Cfr. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 1252.

15 Nesse sentido, ver Rosa Olmo, "Las drogas y sus discursos", em José Henrique Pierangeli (coord.), *Direito criminal*, n. 05, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 123.

16 Conforme redação dada ao art. 35: "Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo primeiro e seus parágrafos, sem expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes".

17 Aqui em seu sentido mais tradicional. Ou seja, um programa de ação calcado na premissa de que ao Estado cabe a defesa da sociedade mediante a criminalização de certas condutas prefixadas como males que devem ser combatidos. A pena, portanto, não tem uma dimensão exclusivamente retributiva, mas contém uma função preventiva – contra motivação criminal. Cfr. Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004, pp. 35-37.

18 Art. 281. "Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

19 Interessante notar, contudo, a permanência do discurso moralizante. Nesse sentido, são ilustrativas as considerações de Nelson Hungria: "Os nossos toxífilos tanto existem entre a gente da malavita ou do sombrio bas-fond (em que predomina o vício de fumar 'maconha', chamada mesmo o 'entorpecente dos pobres'), quanto no 'mundo elegante', entre a clientela dos cabarets, dos night-clubs e dancings, ou nos ambientes da prostituição de 'alto bordo'. São, na sua maioria, indivíduos tarados, 'fronteiriços' da loucura, ou originários da triste grei dos imbecis da vontade, dos facilmente sugestionáveis, dos semi-homens, que se deixam mover de uma estúpida curiosidade de sensações estranhas, ou veem no uso do entorpecente um requinte de originalidade ou de chic". Cfr. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, arts. 250 a 361, [s.d], p. 126. Em 1964, por força da Lei 4.451/1964 é acrescentado o verbo "plantar" ao art. 281 do CP.

20 Ver Rodrigues, *op. cit.*, p. 141.

A descriminalização, entretanto, não teve vida longa. Em 1968, com a edição do Decreto-lei 385/68, foi reincorporada a leitura criminal do "usuário", com a criminalização da conduta daquele que traz consigo, para uso próprio, entorpecente.[21] Pior: ao "usuário" foi equiparada a mesma pena devida ao traficante (1 a 5 anos de reclusão mais a multa) em clara ruptura com o modelo internacional da diferenciação.[22] A mudança não ficou imune às severas críticas da doutrina.[23] Finalmente, em 1971, o sistema repressivo de drogas foi reorientado ao padrão internacional com a promulgação da Lei 5.726.

Conforme pontua Salo, a Lei retoma a premissa da descodificação do tratamento dos entorpecentes, além de preservar o discurso médico jurídico de diferenciação do usuário e do traficante.[24] Assim, ao lado de medidas preventivas, a nova lei manteve a criminalização de várias condutas,[25] bem como estabeleceu um procedimento especial para a persecução no caso de prisão em flagrante,[26] reforçando, assim, o olhar específico do legislador sobre o tema.[27] O discurso bélico se revelou no enrijecimento punitivo para o comércio, cuja pena máxima abstratamente prevista foi aumentada para 6 anos. No caso de estrangeiros, o procedimento de expulsão passou a ser sumário, equiparando-se, nesse aspecto, à situação de quem praticasse crime contra a segurança nacional.[28] Os dependentes ficaram sujeitos às medidas de recuperação,[29] consistente em tratamento hospitalar.[30] A punição do porte de entorpecente para uso próprio remanesceu. Foi

21 A alteração é feita com incorporação de um inciso ao parágrafo primeiro do art. 281 do CP, com a seguinte redação: "III – traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (matérias primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem a dependência física ou psíquica)". Não há, portanto, a criminalização da conduta de fazer uso, mas da posse do entorpecente sem que haja indicativos de entrega posterior a terceiros.

22 Para Rosa del Olmo, a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 fixa um modelo de diferenciação entre consumidor e traficante e entre doente e delinquente. Cfr. del Olmo, *op. cit.*, p. 125).

23 Nesse sentido, Cfr. João de Deus Lacerda Menna Barreto, *Estudo da Nova Lei de Tóxicos*, 3 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982, e Ney Fayet de Souza, "Lei Antitóxicos: reparos e sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal", em *Estudos jurídicos*, n. 04, São Leopoldo, Unisinos, 1972.

24 Cfr. Carvalho, *op. cit.*, p. 67.

25 Na verdade, a Lei mantém a figura penal do art. 281 do Código Penal, com sensíveis alterações.

26 O procedimento caracteriza-se pela concentração e pela oralidade dos atos. É evidente o desejo do legislador em dotar o sistema processual de mecanismos céleres. A intenção se funda no reconhecimento de uma relação diretamente proporcional entre eficiência do modelo processual e prevenção geral. Note-se que o desejo pela celeridade, indicativa de maior eficiência do modelo punitivo, se mantém para os casos de réus soltos, já que para estes a opção recai pelo procedimento sumário e não pelo ordinário (art. 21).

27 Na verdade, no campo punitivo o legislador altera a redação do art. 281 do CP, fixando diversas condutas ilícitas em seus vários incisos.

28 A Lei 5.726/71 alterou a redação do art. 81 do Decreto-lei 941/64, que definia a situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Assim, para efeitos de expulsão, o procedimento passaria a ser sumário, mesma celeridade prevista quando houvesse a prática de infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular.

29 Conforme redação dada ao art. 9º que faz uso da expressão "viciado".

30 Conforme redação dada ao art. 10. Nesse caso, ao juiz caberia absolver o agente, desde que reconhecesse a incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato ou de autodeterminação.

tipificada, ainda, a conduta do adquirente, que recebeu o mesmo tratamento punitivo dado ao traficante.[31]

Chama especial atenção a cruzada imposta pela Lei 5.726/71 ao fixar a todos o dever de colaboração no combate ao tráfico e ao uso de entorpecentes (art. 1º). O descumprimento das obrigações sujeitava as pessoas jurídicas desobedientes à perda dos auxílios e das subvenções (art. 1º, parágrafo único). Os diretores de estabelecimentos de ensino, por seu turno, ficavam obrigados a comunicar às autoridades sanitárias o uso e o tráfico de entorpecentes, sob pena de perda do cargo (art. 7º, parágrafo único). E os alunos surpreendidos em poder de entorpecentes, seja para uso pessoal, seja para consumo de terceiros, teriam a matrícula trancada, solução reveladora da total insensibilidade do legislador para com o agravamento dos danos sociais provocados pela estigmatização (art. 8º).

As opções do legislador ao final da década de sessenta e início dos anos setenta do século passado devem ser lidas à luz do pano de fundo político vigente. Com efeito, a submissão do país à ditadura civil-militar, com o golpe de 1964, mergulhou as instituições em um modelo repressivo militarizado,[32] fundado na ideologia da segurança nacional.[33] O compartilhamento de esforços ideológicos – defesa social e segurança nacional – acentuou o viés repressivo.[34] Assim, à do "inimigo interno político" se acresceu a imagem do "inimigo interno político-criminal". A dinâmica, note-se, se manterá após a transição democrática,[35] desta feita sob a roupagem da ideologia da "segurança urbana".[36]

---

31 É o que dispunham, respectivamente, os incisos II e III do §1º do art. 281, com a redação dada pela Lei 5.276/71.

32 Ver Carvalho, *op. cit.*, p. 73.

33 Calcada no reconhecimento de perigos – não muito bem definidos – à sobrevivência da nação, a ideologia da soberania nacional subverte os limites entre violência preventiva e violência repressiva, apagando, na verdade, as suas linhas. Assim, as simples ameaças justificam as medidas resguardadoras da segurança. Como pontua Joseph Comblin: "Na política interna passa-se o mesmo. O conceito de segurança interna do Estado era uma repressão à violência, a atos que pusessem em perigo a ordem pública. A segurança, pelo contrário, exige intervenções tanto em casos de suspeita de um possível perigo quanto em casos de delitos caracterizados". Cfr. Joseph Comblin, *A ideologia da segurança nacional. O poder militar na América Latina,* tradução A. Veiga Fialho, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978, p. 57.

34 Postura comum no contexto latino-americano, como acentua Salo Carvalho: "A partir da década de sessenta praticamente toda a América Latina foi invadida pelos postulados ideológicos da Segurança Nacional que, embora tenha direcionamento específico à visualização do criminoso político como inimigo a ser eliminado, ao ser agregada à IDS, estabelece pauta rigorosa de combate à criminalidade comum. Ou seja, se diversa a principiologia fundante, definindo categorias autônomas na identificação do seu próprio adversário, na harmonização conformarão campo de ação conjunto". Cfr. Carvalho, *op. cit.*, p. 93.

35 *Ibid.*, p. 73.

36 Conforme pontuam Zaffaroni e Pierangeli: "Embora a ideologia da segurança nacional seja, atualmente, apenas uma lembrança, a sua realidade autoritária não desapareceu e apenas adotou uma nova roupagem: a ideologia da segurança urbana". Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 363.

### 1.2. A Lei 6.368/76[37]

A Lei 6.368/76, ao substituir a legislação do início da década, revogou o art. 281 do Código Penal, unificando, dessa forma, o enfrentamento dos entorpecentes, pelo viés da legislação especial. No cenário internacional a nova lei foi influenciada pela unificação dos métodos de enfrentamento. No âmbito interno, muito embora estivesse inserida no contexto da ditadura civil-militar, foi promulgada no início do processo de abertura política. Assumiu, portanto, uma postura híbrida.

De fato, sob alguns aspectos, a lei afrouxou o cinturão que amarrava o controle social sobre o uso de entorpecentes, não mais impondo aos diretores dos colégios a delação dos alunos. No entanto, manteve a conclamação de todos para a cruzada preventiva e repressiva (art. 1º), mantendo a sanção de perda dos auxílios e das subvenções públicas às pessoas jurídicas que não prestassem a devida colaboração (art. 1º, parágrafo único).

Com relação ao dependente, prevaleceu o discurso médico-jurídico e, dessa forma, o tratamento – hospitalar ou de acompanhamento – tornou-se compulsório.[38] A solução refletiu a adesão à concepção dependência-delito e, por consequência, incorporou a retórica da periculosidade ao aproximar o sistema de saúde das praticas punitivas.[39] No entanto, a fragilidade da rede pública hospitalar e a ausência de políticas públicas dirigidas à implementação dos dispositivos revelaram a inviabilidade do modelo.[40]

No campo punitivo, a lei manteve o tratamento repressivo ao usuário (art. 16), ainda que não tivesse tipificado o consumo propriamente. Isso porque incluiu, como verbos núcleo, as ações de "adquirir", "guardar" ou "trazer consigo" e, portanto, todas as condutas antecedentes ao uso. A não criminalização do usuário tornou-se, assim, um sofisma.[41]

---

37 A Lei vigorou durante trinta anos. Sem qualquer pretensão de esgotar as referências doutrinárias sobre a lei e informados pela intenção de contribuir para uma visão histórico- panorâmica sobre a política de enfrentamento de drogas no Brasil, são sugeridas as seguintes obras para um estudo mais detido. Cfr. Jorge Medeiros da Silva, *A nova lei de tóxicos explicada*, São Joaquim da Barra, Legis Summa, 1977; Edevaldo Alves da Silva, *Tóxicos,* São Paulo, José Bushatsky, 1979; José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Tóxicos,* São Paulo, Leud, 1980; Celso Delmanto, *Tóxicos,* São Paulo, Saraiva, 1981 e João Vieira, *O magistrado e a lei de tóxicos,* Rio de Janeiro, Forense, 1992.

38 Conforme redação dada ao art. 10: "O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem".

39 Ver Carvalho, *op. cit.,* p. 77; Rodrigues, *op. cit.,* p. 148.

40 Em 1997, Paulo Cesar Campos de Morais, apresentou o resultado de estudos sobre os efeitos da legislação sobre drogas no município de Belo Horizonte. Destacou a existência de um único estabelecimento penitenciário no país voltado para toxicômanos. À época da pesquisa, 81% dos internos era composto por presos provisórios. Destacou, igualmente, a existência de um considerável número de clínicas particulares, as quais, contudo, não se destinariam aos hipossuficientes. Cfr. Paulo Cesar Campos de Morais, *Mitos e omissões: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte*, 1997. Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/MITOS%20E%20OMISS%C3%83%E2%80%A2ES.pdf.

41 Ver Alberto Zacharias Toron, "A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos", em Ricardo Silva de Bustamante, e James Tubenchlak (coord.), *Livro de estudos jurídicos*, n. 3, Rio de Janeiro, IEJ, 1991, p. 43.

Manteve, igualmente, o distorcido tratamento carcerário, fixando a pena de 6 meses a 2 anos de detenção, acrescida da multa.

O tráfico de entorpecentes foi tratado pelo art. 12. O tipo, composto por dezoito verbos, não distinguiu a natureza das ações.[42] Aliás, algumas das condutas ("preparar", "produzir" e "fabricar") constituem atos preparatórios da entrega ou da comercialização. Todas foram equiparadas pelo mesmo viés punitivo (3 a 15 anos de reclusão, mais a multa), independentemente do maior ou menor distanciamento da situação de perigo que se pretendeu afastar. Ou seja: a lógica da ampliação do espectro punitivo foi orientada exclusivamente pela finalidade – consumo de terceiros, independentemente do grau dos riscos produzidos.[43]

A identificação da destinação, e, portanto, o próprio procedimento de adequação penal típica, foi tarefa relegada às autoridades persecutórias e judiciárias, já que o legislador não incorporou critérios objetivos e estanques. Apenas estabeleceu premissas orientativas fundadas, sobretudo nos aspectos objetivos da ação (quantidade, natureza da substância, condições de desenvolvimento da ação delituosa, circunstâncias da prisão e conduta do agente).[44] A inclusão, contudo, dos antecedentes do agente neste rol viola a presunção de inocência.

Quanto ao procedimento penal, o legislador se manteve fiel ao desenho processual especial, concentrando a instrução processual em uma única audiência. Restringiu, ademais, algumas garantias. De um lado, ampliou os limites da tolerância da duração razoável do processo, fixando o prazo em dobro para os atos processuais relativos aos crimes previstos pelos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76. De outro, condicionou o conhecimento do recurso de apelação do réu pelos mesmos crimes à sua prisão processual.[45]

---

42 Art. 12. "Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

43 Dentro da lógica da *war on drugs*, o legislador penal ampliou os horizontes punitivos, fixando várias outras condutas ilícitas que foram submetidas ao mesmo padrão repressivo da figura fundamental: a) importação ou exportação, remessa, produção, fabricação, aquisição, venda, exposição à venda ou oferecimento, fornecimento, ainda que gratuito, manutenção em depósito, transporte, posse ou guarda de matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física (art. 12, §1º, I); b) a semeadura, o cultivo ou a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente (art. 12, §1º, II); c) a indução, a instigação ou o auxílio ao uso de entorpecentes (art. 12,§2º, I); d) a utilização de local para o uso ou para o tráfico de drogas (art. 12, §2º, II); d) a contribuição ao incentivo ou à divulgação do uso indevido de entorpecentes ou ao tráfico. Foram incriminados, igualmente, a fabricação a aquisição, a venda, o fornecimento, ainda que gratuito, a posse ou a guarda de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente, (art. 13) e a associação de duas ou mais pessoas para a prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 da Lei de Tóxicos, ambas com a pena variável de 3 a 10 anos de reclusão, mais multa.

44 Art. 37.

45 Art. 35, caput e parágrafo único.

### 1.3. A Constituição de 1988. Novos rumos. Velhas ideias

Muito embora gestado em torno de um sentimento de ruptura com o legado autoritário, o texto constitucional incorporou um programa criminalizador, o qual é ilustrado por vários mandados de tutela penal,[46] muitos dos quais inseridos no próprio rol dos direitos e garantias fundamentais.[47] Ao menos a inclusão das previsões no núcleo rígido constitucional haveria de indicar um limite à ação repressiva do legislador ordinário, o que, infelizmente, a prática tratou de negar.

Assim, contaminado pelo discurso belicista, o legislador constituinte proclamou a inafiançabilidade do "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins"; proibiu a concessão de graça ou anistia aos respectivos agentes, e, por fim, equiparou aquela prática aos chamados crimes hediondos.[48] Admitiu, ademais, a possibilidade de extradição do brasileiro naturalizado condenado por tráfico de drogas.[49]

### 1.4. Um legislador ordinário onisciente

A regulamentação ordinária se operou com flagrante violação aos limites constitucionais. Com efeito, a Lei 8.072/90, que tratou do regime punitivo, persecutório e penitenciário da criminalidade hedionda, inviabilizou não só a concessão da fiança, mas a própria liberdade provisória, abrindo espaço, portanto, para a prisão processual compulsória.[50] Proibiu, ademais, o indulto[51] e a progressão de regimes.[52] Ampliou o prazo para obtenção do livramento condicional[53] e aumentou o prazo da prisão temporária.[54] Os exageros, note-se, foram reproduzidos na legislação que se seguiu. Pior: por muito tempo foram chancelados pela jurisprudência.

---

46 Ver Luciano Feldens, *Direitos fundamentais e direito penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

47 Salo vale-se do termo "Constituição Penal dirigente". Para o autor, contudo, esta recepção, pelo legislador constituinte, por anseios punitivos não foi devidamente filtrada. Cfr. Carvalho, *op. cit.*, p. 104.

48 Art. 5º, XLIII. A expressão "crimes hediondos" foi empregada pelo legislador constituinte para indicar ilícitos que estariam no topo da pirâmide da desvalorização axiológica criminal. Muito embora do rol não tenha se ocupado o legislador constituinte, indicou ele alguns crimes que estariam equiparados àquela criminalidade, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. De qualquer modo, estabeleceu os contornos de um regime punitivo mais severo, o qual, obviamente, não poderia ser extrapolado pelo legislador ordinário.

49 Art. 5º, LI. Lembrando que para os crimes comuns, a extradição do naturalizado somente é possível se o delito tiver sido cometido antes da naturalização.

50 Conforme previsto em seu art. 2º, II.

51 Conforme previsto em seu art. 2º, I.

52 Conforme previsto em seu art. 2º, §2º.

53 Conforme previsto em seu art. 5º.

54 Conforme previsto em seu art. 2º, §3º. A prisão temporária é prisão processual, instituída pela Lei 7.960/89 circunscrita à fase preliminar de investigação criminal e somente para os crimes por ela taxativamente considerados. O seu prazo de duração é de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual prazo, a não ser na hipótese de crimes hediondos e a eles equiparados, quando o prazo da prisão é ampliado para 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período.

## 1.5. Primeiras considerações

As breves considerações históricas revelam uma trajetória de filiação aos postulados internacionais de combate aos entorpecentes, a qual encontrou solo fértil no plano nacional, especialmente em períodos autoritários. Mais recentemente, a simbiose entre a retórica internacional e as ideologias da defesa social e da segurança nacional contribuiu para a edificação de uma cultura de intolerância frente ao fenômeno do comércio de drogas, que contaminou, inclusive, o legislador constituinte. Como resultado, verificou-se uma ampliação significativa das condutas penais na criminalização do tráfico em uma ambição punitiva desmedida. Comportamentos profundamente distanciados dos atos que seriam próprios da mercancia[55] foram criminalizados igualmente e sob o mesmo padrão punitivo, o qual, por seu turno, foi exageradamente enrijecido,[56] especialmente a partir da segunda metade do século passado. É certo que a adesão à ideologia beligerante no enfrentamento do tráfico não ficou restrita às fronteiras do direito punitivo, transbordando para o desenho processual. O exemplo mais significativo foi a proibição da liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de drogas, violação constitucional que tardou a ser reconhecida pela jurisprudência. Houve, portanto, a sedimentação de uma cultura punitiva ilimitada e que se cristalizou em uma herança que se auto reproduziu graças à chancela jurisprudencial. Estavam lançadas as bases, nos dizeres de Baratta, de um sistema auto referencial.[57]

Não menos problemático foi o tratamento dado ao usuário. O sistema herdado era falacioso. O argumento de não criminalização do uso de entorpecentes era retórico, já que o legislador se ocupou de uma série de condutas antecedentes que praticamente inviabilizam o uso. Pior foi o enfrentamento da problemática pelo viés carcerário. Ainda

55 Lembre-se que a trajetória legislativa incorporou, ao longo do caminho, condutas distanciadas da venda, como é o exemplo da preparação e da fabricação do entorpecente e de sua matéria- prima. Mais grave foi a amplitude do conceito de tráfico, que passou a incluir não só as ações relacionadas com a comercialização, mas também aquelas desvinculadas da obtenção do lucro, como é o caso do fornecimento a título gratuito.

56 O máximo de pena abstratamente cominada ao delito de tráfico de drogas, quinze anos, por exemplo, é superior ao máximo da pena cominada ao homicídio simples que é de doze anos.

57 Baratta diagnostica a existência de uma política criminal inercial, de contínua autorreprodução, no enfrentamento das drogas e que garante a sua sobrevida graças à constante manutenção de seus postulados pelos diversos atores envolvidos. Neste sentido, observa: "En esta introducción a una 'criminología de las drogas', se utiliza como punto de partida una hipótesis sociológica: aquella según la cual el *status quo* de la política de las drogas en nuestras sociedades, es decir, la política de criminalización de ciertas drogas, constituye un sistema 'autorreferencial', un sistema que se autorreproduce ideológica y materialmente. Por reproducción ideológica se entiende aquí el mecanismo general por medio del cual cada actor o grupo de actores dentro del sistema encuentra confirmación de la propia imagen de la realidad en la actitud de los otros actores. Este mecanismo puede ser simbolizado por un círculo: se trata, en efecto, de un proceso circular en el cual cada actor depende de los otros, de tal modo que esta dependencia hace difícil o improbable una modificación de la propia imagen de la realidad y de su actitud" (Alessandro Baratta, "Introducción a la criminología de la droga", em *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Montevidéu-Buenos Aires, B. de F. /S.R.L., 2004, p. 112).

que o padrão punitivo fosse sensivelmente mais brando, não deixava de reforçar a estigmatização social que era inerente ao direito penal. Por sua vez, a opção por critérios abertos na delimitação das fronteiras entre o tráfico e o uso, que poderia ser útil em um sistema liberal, assumia um efeito perverso quando imerso em uma cultura calcada na política da intolerância e do enfrentamento.

## 2. Acenos liberalizantes ao "usuário" de drogas. A criminalidade de menor potencial ofensivo

Em mais um exemplo do dirigismo penal que moveu o legislador constituinte, foi remetida ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar os Juizados Especiais Criminais para o processamento e o julgamento dos chamados crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, I). Reconheceu-se, assim, uma categoria de ilícitos que, por sua diminuta reprovabilidade, não seriam compatíveis com grande dispêndio de energia processual. Daí a associação ao procedimento sumaríssimo e à prevalência das formas orais. Mais revolucionária foi a alusão aos postulados da Justiça Negociada mediante referência expressa ao instituto da transação. Foram abertas, assim, as portas para a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Não assumiu o legislador constituinte o encargo de definir a criminalidade de menor potencial ofensivo. Desincumbiu-se da tarefa o legislador ordinário, sete anos após a promulgação da Constituição, quando da edição da Lei 9.099/95. O texto original adotou parâmetro híbrido de definição. Mesclou aspectos materiais e processuais de difícil justificação lógica. Assim, constituiriam crimes de menor potencial ofensivo as infrações sujeitas à pena máxima de um ano, excetuados os casos que admitissem procedimento especial.[58]

De qualquer modo, a criminalização do porte de entorpecente, prevista ainda pelo art. 16 da Lei 6.368/76, ficou distante do manto da criminalidade de menor potencial ofensivo. Mesmo assim, mostrou-se compatível com o instituto da suspensão condicional do processo, igualmente introduzido pela Lei 9.099/95.[59] O mecanismo da suspensão condicional do processo envolve ato bilateral – proposta e aceitação – que une as partes – acusador e acusado – em direção a uma trajetória alternativa da per-

58 Conforme redação original do art. 61. "Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

59 Conforme previsto pelo art. 89. Do ponto de vista objetivo, a suspensão condicional do processo se aplicava aos crimes cuja pena mínima cominada fosse igual ou inferior a um ano, o que, portanto, incluía o crime de porte de entorpecente para uso próprio.

secução penal que submete o acusado a um período de prova que, uma vez superado, leva à extinção da punibilidade. A intenção, obviamente, foi a de evitar a estigmatização derivada do processo – *status degradation ceremony* –[60] e, porventura, da própria sentença condenatória.

O cenário foi alterado em 2001, quando da edição da Lei 10.259. Sob o pretexto de regulamentar os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, a lei trouxe uma nova definição para a criminalidade de menor potencial ofensivo. Informada por critérios puramente materiais, ampliou-a para os crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos, negando, assim, as exceções inspiradas por motivações processuais.

De início, algumas vozes se mostraram contrárias à aplicação da nova Lei aos crimes de competência da Justiça Estadual, o que envolvia, dentre outras situações, a hipótese do porte de entorpecente para uso próprio previsto pela Lei 6.368/76. A questão foi resolvida pela jurisprudência, que, orientada pelo princípio da igualdade, reconheceu a prevalência da nova lei.[61] A problemática foi definitivamente sepultada em 2006, quando da edição da Lei 11.313, que reformulou a redação do art. 61 da Lei 9.099/95 fixando o critério do máximo de dois anos de pena abstratamente cominada para definição da criminalidade de menor potencial ofensivo.

Assim, por força de mudanças tangenciais, o tratamento punitivo para o portador de entorpecentes para uso próprio foi abrandado, outorgando-lhe a possibilidade de aplicação integral da lógica descriminalizante prevista para os crimes de menor potencial ofensivo mediante os mecanismos da Justiça Consensual, especialmente a transação penal.[62]

A transação supõe a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa no âmbito de proposta formulada pelo Ministério Público, a qual somente se perfaz com a aceitação formal do acusado e de seu defensor. A homologação judicial confere eficácia ao acordo, o qual não implica reincidência ou mesmo antecedente criminal. Apenas obsta a concessão de novo benefício no prazo de cinco anos.

---

60 Cfr. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra, 1992, p. 350.

61 Nesse sentido: "(...) Tem-se consagrado o entendimento de que o parágrafo único, do artigo 2°, da Lei nº 10.259/01 derrogou o artigo 61, da Lei nº 9.099/95, ou seja: o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi alterado, ampliando o *quantum* da pena máxima, de um para dois anos, e demarcando a incidência em torno das condutas cuja pena privativa não esse limite (sic). (...) Ora, se ambas as leis emanam da mesma fonte normativa – legislações federais –, não se pode admitir a instituição de dois sistemas distintos de juizados especiais. O simples fato de determinado crime estar inserido no âmbito de competência da Justiça Federal ou Estadual não é motivo bastante para que a lei confira tratamento diferenciado". (STJ, HC Nº 36.557 – SP, Min. Rel. Nilson Naves).

62 Prevista pelo art. 76 da Lei 9.099/95.

## 3. O regime atualmente em vigor. A Lei 11.343/2006[63]

### 3.1. Aspectos gerais

Em termos gerais, a Lei 11.343/06 inovou o tratamento dado às drogas, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD –, revelando, dessa forma, uma maior preocupação com as atividades voltadas à prevenção.[64] Abandonou, destarte, a retórica conclamatória à cruzada de enfrentamento das drogas presente nas leis anteriores. Estabeleceu, ademais, uma distinção clara entre usuário, dependente e traficante. Manteve, contudo, o viés repressivo, mesmo para a hipótese do porte de drogas para uso próprio, muito embora tenha abandonado o tratamento carcerário. Manteve, igualmente, a obsessão punitiva ao comércio ilícito de drogas, cujas penas foram sensivelmente majoradas (art. 33, caput).[65] Tipificou, ademais, o financiamento ao tráfico, incorporando, assim, o entendimento internacional de enfrentamento dos aspectos econômicos da criminalidade (art. 36).[66] Por outro lado, introduziu a figura do tráfico privilegiado, fixando penas privativas mais brandas. Mas, mesmo na forma privilegiada, o legislador não conseguiu se desprender, totalmente, da cultura repressiva. De

63 Em 2002, foi promulgada a Lei 10.409, que pretendeu substituir a Lei 6.368/76. Contudo, em razão de diversas impropriedades, o Poder Executivo vetou todo o capítulo relativo aos crimes e das penas, bem como o art. 59, que, expressamente, revogava a Lei 6.368/76. A solução provocada foi no mínimo insólita. Afinal, relativamente aos crimes, vigorava a lei anterior, enquanto do ponto de vista processual prevalecia a nova lei cuja lógica tinha sido desenhada para um novo contexto penal que tinha sido objeto de veto. Vários foram os posicionamentos, dentre os quais aqueles que defendiam a manutenção integral da Lei 6.368/76. Cfr. Renato Flávio Marcão, "Nova lei de tóxicos: tribunais anulam processos em razão da não observância do procedimento novo", em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 40, jul./set., 2002, pp. 303-307 e Eduardo Reale Ferrari, "Nova lei de tóxicos: ausência política preventiva e suas aberrações jurídicas", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v, 42, 11, jan./mar., 2003, Revista dos Tribunais, pp. 289-294. De qualquer modo, diante da vigência da Lei 6.368/76 em sua dimensão material, optou-se, neste trabalho, pelo não enfrentamento mais detido da Lei 10.409.

64 A intenção mostrou-se clara no Capítulo II – "Das atividades de atenção e de reinserção social de usuários ou dependentes de drogas" –, prevendo, em seu art. 20, atividades que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas. E como atividades de reinserção social, aquelas direcionadas para a integração ou reintegração do usuário e dependente de drogas em redes sociais. Estabeleceu, no art. 22, dentre os princípios e diretrizes a serem observados: os direitos fundamentais da pessoa humana; os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; as peculiaridades socioculturais; a definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais à saúde; atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais.

65 O novo paradigma representou, também, o aumento significativo da pena para o crime de tráfico de drogas, que, de 3 a 15 anos variou para de 5 a 20 anos, ou até mais, se presente uma das causas de aumento previstas no art. 40, como a hipótese de tráfico interestadual ou internacional.

66 Assim redigido: "Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º e 34 desta lei. Pena- reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa".

fato, proclamou a proibição de substituição da pena privativa por restritivas de direitos, circunscrevendo a execução da pena privativa ao regime fechado (art. 33, §4º).[67]

Nesse contexto, a lei operou em uma dinâmica dúplice, consagrando "estatutos autônomos".[68] Para os "usuários", incorporou um sistema mais brando. Mas, mesmo aqui, os avanços foram parciais, já que o legislador não conseguiu libertar-se das amarras da leitura criminosa e, portanto, estigmatizante. Já com relação ao traficante, o modelo atingiu o seu ápice repressivo, revelando o ponto de chegada de uma longa trajetória de enrijecimento punitivo e de duvidosos efeitos práticos.

### 3.2. Novos paradigmas para tratamento dos "usuários" (art. 28)

A atual Lei de Drogas abandonou o viés carcerário, sujeitando o "usuário" às sanções alternativas da simples advertência, da prestação de serviços à comunidade e/ou da medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo à prisão (art. 28).[69] De início, a mudança alimentou discussões sobre uma possível descriminalização do porte de drogas.[70] O argumento, contudo, não foi acolhido pela jurisprudência, que considerou configurada, tão-somente, a despenalização.[71] O fato é que as mudanças em nada alteraram a qualificação do crime como de menor potencial ofensivo, possibilitando-se, assim, a aplicação dos institutos próprios da Justiça Negociada, como é o caso da transação penal.[72] De qualquer modo, a lei foi mais além ao proscrever, expressamente, a possibilidade de prisão em flagrante (art. 48, §2º).[73]

Para fins dos procedimentos de adequação penal típica, valeu-se o legislador dos mesmos critérios que já tinham sido incorporados pela lei anterior.[74] Assim, as críticas

67 Assim redigido: "Nos delitos definidos no caput e no §1º, deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa".

68 Conforme observação de Carvalho. Cfr. *op. cit.*, p. 141.

69 Para aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

70 O argumento se fundou na interpretação da Lei de Introdução ao Código Penal, cujo art. 1º define a infração penal como aquela cuja lei comine a pena de reclusão ou de detenção alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Assim, como ao art. 28 não foram fixadas tais sanções, o legislador teria, então, descriminalizado o porte ilegal de drogas. Cfr. Luiz Flávio Gomes, "Dos crimes e das penas", em Luiz Flávio Gomes (coord.), *A nova lei de drogas comentada*, 6 ed., São Paulo, RT 2014, pp. 113-171.

71 Nesse sentido: ver STF, RE 430.105-9-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007.

72 A correspondência foi reforçada pelo art. 48, §1º.

73 Assim redigido: "Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários".

74 Conforme art. 28, §2º, a saber: a) natureza e quantidade da substância apreendida; b) local e condições em que se desenvolveu a ação; c) circunstâncias sociais e pessoais; d) conduta e antecedentes do agente.

que já eram feitas à Lei 6.368/76 se mantiveram, em especial aquelas que se voltavam contra a falta de parâmetros mais claros relativamente à quantidade de drogas. Afirma-se que a lei é deliberadamente vaga e, na prática, a definição é determinada pelas circunstâncias sociais.[75] O amplo poder discricionário concedido aos juízes e a permanência de uma cultura exageradamente repressiva podem fornecer explicações para o aumento significativo de pessoas presas pelo tráfico.[76]

### 3.3. O tratamento jurídico-penal ao tráfico de entorpecentes (art. 33)

Quando se perquire sobre o bem jurídico tutelado, a voz recorrente doutrinária aponta para a saúde pública. Trata-se de posicionamento clássico na doutrina,[77] o qual foi reforçado quando da Convenção Única sobre Entorpecentes da Organização das Nações Unidas de 1961, ratificada pelo Brasil e transmutada no Decreto 54.216/64. O entendimento, repetido e reiterado, serviu de base para a consolidação de jurisprudência que repudia a aplicação do princípio da insignificância. Ou seja: tratando-se de crime de perigo abstrato, considerações sobre a quantidade apreendida seriam irrelevantes.[78] Para Silveira, o posicionamento comportaria novas leituras – ao menos por força da Declaração sobre a luta contra o narcotráfico e o uso indevido de drogas de 1984, que fez referência ao bem-estar físico e mental.[79]

A nova lei manteve a multiplicidade dos verbos nucleares, repetindo as doze condutas previstas na legislação anterior. A cessão gratuita, que na vigência da lei revogada provocou discussões sobre a sua qualificação penal, foi destacada do tipo fundamental, merecendo tratamento punitivo mais brando, e inserida no campo dos crimes de menor potencial ofensivo (art. 33, §3º).[80]

---

75 Ver Juliana De Oliveira Carlos, "Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil", em *Relatório de Informações do IDPC*, International Drug Policy Consortium, set. 2015, p. 1.

76 Pesquisa realizada na cidade de São Paulo em 2011 concluiu que a regra é manter os acusados de tais crimes presos, tendo sido verificado que em aproximadamente 89% dos casos o réu estava privado de sua liberdade durante o processo Cfr. Maria Gorete Marques de Jesus *et al.*, *Prisão provisória e lei de drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*, São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da USP, 2011. Disponível em: http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf.

77 Cfr. Hungria, *op. cit.*, p. 139; Gonzaga, *op. cit.*, p. 103; Rogério Sanches Cunha, *Lei de drogas comentada*, 6 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

78 Ver STF, HC 87.319/PE, 1ª T., j. 07.11.2006, rel. Min. Marco Aurélio e STF, HC 88.820/BA, 1ª T., j. 05.12.2006, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

79 Ver Renato de Mello Jorge Silveira, "A nova política criminal brasileira sobre drogas: avanços ou retrocessos?", em Marcello Ovídio Lopes Guimarães (coord.), *Nova lei antidrogas comentada*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 419. Para o autor, sequer há bem jurídico a tutelar. Entende que a criminalização se funda em paternalismo penal que orienta a ação do Direito Penal à defesa de pessoas vulneráveis das ações provocadas por terceiros. Nesse sentido, ver igualmente Luiz Roberto Cicogna Faggioni, "Notícias da guerra", em *Drogas: aspectos penais e criminológicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

80 Assim redigido: "Oferecer droga, eventualmente, e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e

A resposta punitiva foi sensivelmente agravada, fixando-se o máximo da pena em 15 (quinze) anos. Na fixação da pena, o juiz deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância, bem como a personalidade e a conduta social do agente (art. 42). Na onda da exacerbação punitiva e do maior rigor persecutório, o legislador proclamou a inafiançabilidade, a proibição de concessão da liberdade provisória, do sursis, da graça, do indulto e da anistia, assim como a conversão da pena privativa em restritiva de direitos. As restrições avançam sobre o limite punitivo que fora proclamado pelo legislador constituinte para a criminalidade hedionda, o que as torna excessos inconstitucionais.

Outra novidade trazida pela nova legislação foi a introdução da figura do "tráfico privilegiado" (art. 33, §4º).[81] A intenção foi a de fixar uma menor reprovabilidade punitiva (redução da pena 1/6 a 2/3) ao denominado envolvimento ocasional, representado pelo criminoso primário, de bons antecedentes e sem envolvimento em atividades criminosas ou em organizações criminosas. A redação, contudo, provocou – e ainda provoca – inquietações hermenêuticas. Com efeito, não se estabeleceu qualquer associação com a quantidade de drogas, de modo que o redutor poderia ser aplicado mesmo em situações que envolvessem excessivas quantidades, o que – convenhamos – seria absurdo. Ademais, o requisito negativo dado pelo "envolvimento em atividades criminosas" suporia condenações definitivas por outras práticas ilícitas, sob pena de se verem subvertidos os parâmetros da presunção de inocência. Por fim, a alusão ao envolvimento em organização criminosa permaneceu oca até 2013, quando, finalmente, foi promulgada a Lei 12.850, responsável pela definição e tipificação daquela criminalidade.

De qualquer modo, a menor reprovabilidade desenhada para o "tráfico privilegiado" não se desprendeu, totalmente, da cultura belicista. Deveras, vedou-se a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, mesmo que, ao final, a pena ficasse aquém do limite autorizador da substituição, previsto para a criminalidade comum (4 anos).

### 3.4. A reação liberal da jurisprudência. O tráfico de drogas, o STF e a observância da proporcionalidade

Os excessos dados pela Lei de Drogas foram lentamente corrigidos pelo STF. A demora na correção da rota revela a supremacia, por longo tempo, da cultura belicista e de sua contaminação pelos operadores do Direito. De qualquer modo, a reação liberal se manifestou em duas frentes: a) afirmação da inconstitucionalidade da vedação absoluta

quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28".

81 A Lei não utiliza tal *nomen iuris* que, na verdade, foi construção da praxe jurídica.

da liberdade provisória; b) adequação da resposta punitiva do "tráfico privilegiado" ao princípio da proporcionalidade.

A vedação absoluta à concessão da liberdade provisória não era solução nova no sistema brasileiro. De fato, já tinha sido incorporada no texto original da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Mas a reação liberal da jurisprudência impulsionou o legislador que, por força da Lei 11.464/2007, aboliu a vedação da liberdade provisória para a criminalidade hedionda. O fato é que o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade da vedação.[82]

Com relação ao "tráfico privilegiado", reconheceu-se, em 2008, a inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena privativa por restritiva de direitos, por afronta ao princípio da individualização da pena.[83] Mais paradigmático foi o recente julgamento do STF que afastou da figura do "tráfico privilegiado" a natureza hedionda. Entendeu-se que os contornos mais benignos e menos gravosos daquela figura não se harmonizariam com a dimensão mais repulsiva associada ao crime hediondo.[84]

### 3.5. Novas perspectivas de tratamento da condição do "usuário". O julgamento pelo STF e a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06

A constitucionalidade da tipificação penal da posse de drogas para uso próprio é alvo de discussão pelo STF em julgamento que, até o presente momento, não se encerrou.[85] O núcleo rígido da discussão envolve a violação dos direitos fundamentais da privacidade e da intimidade[86] e a ausência de identificação de bem jurídico passível de proteção com a criminalização da posse para uso próprio.[87]

Na aferição de constitucionalidade, o Ministro relator, Gilmar Mendes, identificou, a partir da jurisprudência alemã, três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais, a saber: a) controle de evidência; b) controle de justificabilidade; c) controle material de intensidade. E com base em tais parâmetros passou à análise da

82 Em 10.05.2012. (Cfr. STF, HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes). Os fundamentos da decisão são evidentes. A prisão provisória se funda nos requisitos da urgência, necessidade e indispensabilidade, não se coadunando com previsões legislativas compulsórias que retiram do juiz a possibilidade de avaliar a presença de seus requisitos na singularidade dos casos.

83 Cfr. STF, HC 97.256/RS, rel. Min Carlos Brito, j. 19.12.2008.

84 Cfr. STF, HC 118533/MS, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016.

85 Cfr. STF, RE 635.659. O recurso foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de Francisco Benedito da Silva, flagrado em poder de três gramas de Cannabis.

86 Art. 5º, X da CF: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

87 Sustenta o Ministério Público que o bem jurídico seria a saúde pública, já que a posse de drogas contribuiria para a propagação do vício no meio social.

tipificação da posse de drogas para uso pessoal à luz do princípio da proporcionalidade, mediante exame de sua adequação e necessidade.

No tocante à adequação, examinou, de início: a) se as medidas adotadas pelo legislador se mostraram idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência); e b) se a decisão legislativa fora tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade).

No que diz respeito ao controle de evidência, concluiu que a criminalização do porte afronta a finalidade, proclamada pela legislação, de atenção à saúde e de reinserção social dos usuários e dependentes. Destacou o caráter estigmatizante da simples previsão do porte como ilícito penal, ainda que a resposta punitiva tivesse sido sensivelmente abrandada. A solução legislativa, em seu entender, neutralizou os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, os quais estavam em sintonia com as políticas de redução de danos e de prevenção de riscos. Para acentuar a gravidade da solução lembrou que a falta de critério objetivo que possibilitasse a distinção entre o usuário e o traficante acentuou a tendência para leituras mais rígidas com a classificação da maioria dos casos como tráfico de drogas.[88]

Em relação ao controle de justificabilidade, destacou os estudos feitos em outros países, os quais apontaram o pequeno impacto na decisão pessoal de uso de drogas produzido pela criminalização do consumo. Sequer existiam à época da edição da lei dados que indicassem a sustentabilidade da incriminação.

No plano da necessidade (controle material de intensidade), o relator examinou se o recurso ao Direito Penal se mostra necessário para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. Aqui reconheceu a existência de vários argumentos justificadores da incriminação do porte de drogas fundados na expansibilidade do perigo abstrato à saúde, bem como no aumento dos riscos de prática de outros crimes.

Nesse ponto, o relator, tomando por base a experiência de outros países sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, partiu para a análise de possíveis

88 O voto trouxe, ainda, os dados de pesquisa sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas no período de outubro de 2006 a maio de 2008, com a conclusão de que "por volta de 80% das condenações decorreram de prisões em flagrante, na maioria das vezes realizadas pela polícia em abordagem de suspeitos na rua (82% dos casos), geralmente sozinhos (cerca de 60%)" e com quantidade de droga inferior a 100 gramas. Em apenas 1,8% dos casos da amostra houve menção ao envolvimento do acusado com organizações criminosas, sendo que a maioria dos apreendidos (75,6%) é composta por jovens na faixa etária entre 18 e 29 anos. Cerca de 62% das pessoas presas responderam que exerciam alguma atividade remunerada (formal ou informal) e 57% das pessoas não tinham nenhum registro em sua folha de antecedentes. Referiu, ainda, pesquisa realizada na cidade de São Paulo, com base em 667 autos de prisão em flagrante, que observou uma média de apreensão de 65,5 gramas de droga. Na sua maioria, os flagrantes são realizados pela Policia Militar em via pública e em patrulhamento de rotina, e a prova se limita, em regra, ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão.

soluções de intervenção em direitos individuais em prol dos direitos de feição coletiva. Entendeu que a criminalização da posse para uso próprio pode repercutir sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, a despeito dos danos físicos e sociais decorrentes do uso, a criminalização, no seu entender, ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação, sendo, dessa forma, inconstitucional.[89] Reconheceu, porém, a validade de condições e de restrições ao uso de determinadas substâncias, inexistindo, portanto, um direito fundamental irrestrito.[90]

A partir do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, sem redução de texto, com o consequente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, o relator entendeu importante viabilizar, até o aprimoramento da legislação, solução que não resulte em vácuo regulatório. Propôs, dessa forma, a aplicação das medidas previstas nos incisos I (advertência sobre os efeitos das drogas) e III (medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo) do mesmo artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, até que legislação específica fosse promulgada.[91]

De outra sorte, conferindo-se às medidas do art. 28 da Lei de Drogas natureza exclusivamente administrativa, esclareceu o relator que restará afastada não só a possibilidade de prisão em flagrante (já vedada no art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei), como também a condução coercitiva à presença do juiz, autorizada nesse mesmo dispositivo, ou à delegacia. Remanesceria, contudo, a possibilidade de prisão pela posse, na forma do art. 50, *caput*, da Lei, quando o policial entender que a conduta se qualifica como tráfico, nos termos do art. 33. Nesse caso, todavia, o preso deveria ser imediatamente apresentado

89 Insiste o relator: "O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante".

90 Menciona o relator, como exemplo de medidas que poderiam ser utilizadas: "a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal".

91 Ressalvou a inviabilidade da manutenção da medida prevista no inciso II do mencionado artigo (prestação de serviços à comunidade), por se tratar de sanção tipicamente penal, entendendo, assim, também em relação a essa medida, a declaração de inconstitucionalidade, com redução de texto.

à autoridade judiciária competente para o indispensável controle quanto à legalidade e indispensabilidade da custódia.[92-93]

A inconstitucionalidade da criminalização da posse para uso próprio de *Cannabis* foi declarada pelo Ministro Fachin que, em seu voto, circunscreveu o exame aos termos estritamente fixados no recurso. Assim, sendo injurídico o uso e o porte para consumo daquela droga, o enfrentamento do tráfico exigiria regulamentação legislativa que estabelecesse parâmetros objetivos de distinção da situação de usuário da condição de traficante. No entanto, pontuou não incumbir ao Poder Judiciário tal tarefa. Assim, enquanto não estabelecidos pelo Legislativo aqueles parâmetros, eventuais distorções poderiam ser corrigidas quando da audiência de apresentação do preso à autoridade judiciária. De qualquer modo, no interregno entre a decisão do STF e a nova lei específica, o Ministro entende que o Poder Executivo deverá traçar parâmetros provisórios de regulamentação "na condição *rebus sic stantibus*".[94]

---

92 A apresentação do preso ao juiz, em curso prazo é medida prevista no art. 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica, para que o magistrado possa avaliar as condições em que foi realizada a prisão e se ela é de fato imprescindível. O Brasil, embora tenha incorporado o Pacto ao seu direito interno, ainda não disciplinou legalmente a sua prática, tramitando no Congresso Nacional o PLS 554/2011 a respeito do tema. Há, neste aspecto, projetos piloto, que são fruto de parcerias entre o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e Tribunais de Justiça. E o STF, em agosto de 2015, deu o prazo de 90 dias para que os estados se adaptem ao que se fizer necessário para a realização da chamada "audiência de custódia".

93 Em síntese: o relator, em seu voto, dá provimento ao recurso extraordinário para:
1) Declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28, *caput*, dos incisos I e III, e dos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 6º da Lei 11.343/2006, de forma a afastar das referidas disposições todo e qualquer efeito de natureza penal, restando mantidas, quando cabíveis, até o advento de legislação específica, as medidas previstas nos incisos I e III, com natureza administrativa; 2) Declarar a inconstitucionalidade, com redução de texto, do inciso II e do § 5º, do art. 28 da Lei 11.343/2006; 3) Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 48, §§ 1º e 2º da Lei 11.343/2006, no sentido de que, tratando-se de conduta prevista no art. 28 da referida Lei, o autor do fato será apenas notificado a comparecer em juízo; 4) Conferir, por dependência lógica, interpretação conforme à Constituição ao art. 50, *caput*, da Lei 11.343/2006, no sentido de que, na prisão em flagrante por tráfico de droga, o preso deve, como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ser imediatamente apresentado ao juiz; 5) Absolver o acusado, por atipicidade da conduta; e 6) Determinar ao Conselho Nacional de Justiça as seguintes providências: a) Diligenciar, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, sem prejuízo de outros órgãos, os encaminhamentos necessários à aplicação, no que couber, das medidas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar; b) Articulação, no prazo de seis meses, a contar desta decisão, entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e da rede de atenção a usuários e dependentes, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, entre outras medidas, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas; c) Regulamentar, no prazo de seis meses, a audiência de apresentação do preso ao juiz determinada nesta decisão, com o respectivo monitoramento; d) Apresentar a esta Corte, a cada seis meses, relatório das providências determinadas nesta decisão e resultados obtidos, até ulterior deliberação.

94 Assim, o Ministro Fachin concluiu o seu voto pelo provimento parcial do recurso, para: 1) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta; 2) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; 3) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso também revelou preocupação com os limites objetivos do recurso e, dessa forma, destacou os pressupostos que levaram a questão ao âmbito cognitivo do STF, vale dizer: a posse de 3 gramas de *Cannabis*. A partir deste ponto tomou algumas premissas que foram por ele qualificadas de "fáticas e filosóficas", a saber: a) o consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim. Por isso, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de desincentivar o consumo; tratar os dependentes e combater o tráfico; b) a guerra às drogas fracassou. Passados mais de 40 anos das Convenções da ONU, a realidade mostra um consumo crescente e o não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico; c) É preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. No Brasil, o problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga, enquanto que em outros países o grande problema é o usuário. Para o Ministro, a primeira prioridade deve ser neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico; a segunda prioridade deve ser impedir que os presídios recebam pequenos traficantes; e a terceira prioridade é o consumidor, que não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco.

No que se refere às razões pragmáticas que justificam a descriminalização, destacou: a) o fracasso da política atual, que produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado, assim como a criminalidade associada ao tráfico; b) alto custo para a sociedade. De acordo com o Ministro, o modelo criminalizador e repressor produz um custo alto para a sociedade e para o Estado, representado pelo aumento da população carcerária, da violência e da discriminação; c)

comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação nas condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343; 4) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuri tantum* no caso concreto; 5) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. 6) E, por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.

a criminalização afeta a proteção da saúde pública. O sistema atual de guerra às drogas faz com que as preocupações com a saúde pública assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal.

Do ponto de vista jurídico, o Ministro Barroso vislumbrou pelo menos três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização: 1) violação ao direito de privacidade; 2) violação à autonomia individual; 3) violação ao princípio da proporcionalidade (lesividade da conduta incriminada; a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente).[95]

Na esteira dos demais votos, o Ministro Barroso enfatizou a necessidade de delimitação de um critério objetivo para distinguir o consumo do tráfico. Nesse ponto, manifestou concordância com as propostas apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes. Ou seja: caberia à acusação o ônus probatório de demonstrar que a droga tinha finalidade diversa do consumo pessoal. Reconheceu, contudo, a insuficiência da medida e, dessa forma, propôs um critério referencial quantitativo. Aqui, o Ministro manifestou sua preferência pela quantidade de 40 gramas. No entanto, propôs a quantidade de 25 gramas como um possível denominador comum das diferentes posições.[96]

95 E conclui: "Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema. Pelos mesmos fundamentos, declaro a inconstitucionalidade, por arrastamento, do §1º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do *caput*, 'quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica'. Aqui, à falta de um critério específico para delimitar o que seja pequena quantidade para consumo pessoal, utilizo o parâmetro adotado no Uruguai, que é de 6 (seis) plantas fêmeas".

96 O Ministro Barroso conclui seu voto oral, propondo como ementa de seu voto escrito, em resumo, dentre outros pontos: 1) A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas; 2) Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas; 3) À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de *Cannabis*. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas; 4) Os critérios indicados são meramente referenciais e deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. 5) Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.434/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores".

### 3.6. Exame crítico

A criminalização da posse de drogas para uso próprio é, de fato, um equívoco da política criminal brasileira. Guarda raízes históricas que não foram superadas pelas sucessivas legislações. A mais recente – e atual – claramente revelou esta preocupação. A solução que se adotou – afastamento do tratamento carcerário –, muito embora louvável, ainda se mostra aquém do desejado ao manter a estigmatização social sobre aqueles que poderiam ser alvo de outras medidas diversas do espectro punitivo.

A possibilidade de correção das rotas adotadas pelo legislador, via STF, está longe de se consolidar diante da interrupção do julgamento. Mas o mais preocupante é o caminho adotado por aquela Corte, cuja análise tem extrapolado o âmbito estrito da constitucionalidade para incluir análises de pertinência e de conveniência que seriam exclusivas do Legislativo. Isto resta evidente quando os Ministros discutem a possibilidade de fixação de critérios objetivos para a distinção entre o traficante e o usuário. No afã de corrigir a evidente inapetência do legislador, a mais alta Corte segue por caminhos tortuosos de um exagerado ativismo, os quais podem produzir o efeito perverso da insegurança jurídica. É tudo o que menos se espera da Corte que foi alçada à função de guardiã da Constituição.

## 4. Os dados da realidade da atividade judiciária na aplicação da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)

São escassas as investigações realizadas no Brasil em matéria de política de drogas. A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), ligada ao Ministério da Justiça, mantém em funcionamento o Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas, concentrando-se atualmente na coleta de dados sobre uso e oferta de substâncias ilícitas na população geral e também em uma perspectiva de contextos, entre os quais está incluída a população carcerária, cujo estudo se encontra em fase de desenvolvimento.[97]

### 4.1. Projeto "Pensando o Direito"

Trata-se de projeto resultante de um acordo de cooperação técnica internacional formalizado em 2007 entre a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério de Justiça (SAL) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). O objetivo

97 Por meio do primeiro levantamento sobre o uso de drogas da população carcerária em todo o Brasil. Estudo será realizado pela Fundação Faculdade de Medicina de São Paulo. Informações disponíveis em: http://obid.senad.gov.br/obid/dados-informacoes-sobre-drogas/pesquisa-e-estatisticas/populacoes-em-contextos/sistema-prisional-e-sinase.

inicial era a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e fortalecimento do diálogo daquele órgão de Governo com a academia, mediante o estabelecimento de canais permanentes de comunicação e colaboração mútua com instituições de ensino públicas e privadas para a realização da pesquisa em diversas áreas temáticas.

A primeira publicação produzida foi a pesquisa intitulada "Tráfico de Drogas e Constituição", a qual foi dirigida pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)[98] entre março de 2008 e julho de 2009. Realizado por dois grupos de pesquisas, o trabalho consistiu em analisar e comparar as sentenças e acórdãos dos juízes e tribunais da capital do Rio de Janeiro e da cidade de Brasília-DF, e foi ampliado pela coleta de dados dos tribunais federais.[99]

A pesquisa incidiu sobre a aplicação do art. 33 da Lei de Drogas, tendo como recorte temporal o período de 7 de outubro de 2006 a 31 de maio de 2008. Dentre os diversos pontos analisados, destacam-se os seguintes dados:

a) O número elevado de processos em que figura apenas um único réu. Em mais de 60% dos casos, em ambos os estados, o acusado atuou de forma individual.[100] A análise dos acórdãos do STF chegou à mesma conclusão. Ademais, entre a minoria dos casos em que havia mais de um acusado, mais de 50% era composta por dois réus, e mais 33% de delitos cometidos por três indivíduos.
b) Constatou-se o incremento da participação feminina no tráfico de drogas. Assim, pese a preponderância do sexo masculino, a proporção de imputadas do sexo feminino é significativa, chegando, por exemplo, ao percentual de 35,5% na vara federal do Rio de Janeiro e 26,9% nas varas criminais do Distrito Federal.[101]
c) No Distrito Federal, a maioria das acusações dos processos pesquisados versou sobre o tráfico de maconha, com 46,9% dos casos, seguido da merla e da cocaína. Chamou a atenção que, apesar de que o *crack* recebe maior destaques

98 Os recursos financeiros foram entregados pela SAL, órgão do Ministério de Justiça, do PNUD, do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) e da UFRJ. Ademais, a coleta e compilação de dados contou com a participação dos alunos e professores do Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da UFRJ, e contou ainda com a participação da Universidade de Brasília (UnB).

99 A equipe da UnB ficou responsável pela coleta de dados nas sentenças de primeira instância da Justiça do Distrito Federal e da Justiça Federal de Brasília, bem como nos acórdãos do STF, do STJ, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A equipe da UFRJ ficou a cargo da coleta de dados nas sentenças das Varas Criminais da cidade do Rio de Janeiro e das Varas Federais Criminais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, bem como dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

100 Ver Luciana Boiteux (coord. acad.), "Projeto pensando o Direito: tráfico de drogas e constituição", *Série Pensando o Direito*, caderno n° 1/2009, Brasília, Ministério da Justiça, 2009, p.51.

101 *Ibid*., p. 53.

nos meios de comunicação, somente representou 2,4% dos casos. Já no Rio de Janeiro, a cocaína foi a droga mais encontrada no processo, seguida da maconha e do haxixe.[102]

d) Com relação à grande incidência de apreensão de maconha, destacou-se que quase 70% dos processos no Distrito Federal se referiram a quantidade inferior a 100 gramas (sendo 14,8% inferior a 10 gramas), o que revelou a criminalização de pequenas quantidades como tráfico.[103] O maior percentual de apreensões foi de quantidades apreendidas entre 10 e 100 gramas, o que ocorreu em 53,9% dos casos. No Rio de Janeiro, o quadro não foi substancialmente distinto, porque em 50% dos casos a quantidade de maconha apresentada foi de até 104 gramas, sendo que em 42,1% dos casos a quantidade apreendida não ultrapassou as 100 gramas e 7,9% alcançou somente a quantidade de 10 gramas.[104]

e) Constatou-se a prevalência de casos tipificados segundo o caput do art. 33,[105] em detrimento das demais hipóteses previstas na lei. Em média, em 60,4% dos casos não há concurso material entre o crime de tráfico com qualquer outro delito. O delito mais frequente encontrado em concurso foi o de associação para o tráfico, com 30,2% dos casos no Rio de Janeiro.[106] Sem embargo, somente em 10,8% dos casos do Distrito Federal houve condenação por tráfico em concurso material com a associação, e no Rio de Janeiro o percentual foi de 15,8%.

f) Não foram encontrados dados suficientes no Distrito Federal para avaliar o percentual de réus primários e reincidentes. No Rio de Janeiro, os acusados primários correspondem à maioria, sendo somente 16,8% reincidentes. Também foi destacado o alto percentual de 80% de réus primários nas Varas Federais do Rio de Janeiro.

g) Também foi objeto de destaque o elevado índice de não reconhecimento do "tráfico privilegiado". No Distrito Federal, este índice alcançou 39,7% e no Rio de Janeiro, 36,2%. Entre os principais motivos de denegação estão "não possuir bons antecedentes" (37,7%) e não ser primário (13,2%). A pesquisa destacou

102 *Ibid.*, p. 56.
103 *Idem*.
104 *Ibid.*, p. 57.
105 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
106 Cfr. Boiteux, *op. cit.*, p. 60.

como fundamentos para o afastamento do redutor as meras suspeitas de envolvimento em atividade criminosa (cerca de 20% dos casos analisados).[107]

O relatório da investigação concluiu por afirmar que o Brasil possui dois sistemas de controle penal diferenciados: um para o tráfico na forma de proibicionismo clássico, com altas penas e ausência de benefícios penais como a fiança, a graça e a anistia, e outro modelo de proibicionismo moderado para o uso de drogas, já que, apesar de criminalizado, a nova lei trouxe a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à prisão para o usuário, o que coincide com a política oficial de redução de danos, anteriormente referida, pese a que a prática não demonstra a aplicação integral das estratégicas previstas por dito modelo.

### 4.2. Drogas e situação carcerária. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen/2014)[108]

O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos penais, que sintetiza informações sobre as unidades e a população prisional. Na análise feita não foram tomados os dados de São Paulo, cujas autoridades responsáveis não responderam ao levantamento, fato que, obviamente, prejudicou o resultado final.

Os dados colhidos, relativos a julho de 2014, apontavam para uma população de 607.731 presos, a quarta maior, tanto em números absolutos quanto relativos, tomando-se em conta os vinte países com maior número de presos. Relativamente ao número de crimes pelos quais as pessoas foram condenadas ou aguardam julgamento, aqueles relativos a drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/2006) apresentam 66.313 crimes, assim divididos: tráfico de drogas: 55.920; associação para o tráfico: 7.655; e tráfico internacional de drogas: 2.738, dentro de um universo de 188.866 pessoas.[109]

---

107 *Ibid.*, p. 67

108 Disponível em: https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf.

109 Consta do relatório que a tabela referente ao número de crimes tentados/consumados pelos quais pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento apresenta a frequência por tipo penal. E como grande parte dos estabelecimentos não informou o número de crimes relativos às pessoas privadas de liberdade, ou forneceu a informação de modo incompleto, os dados se referem a 188.866 pessoas. Além disso, em diversas Unidades da Federação o somatório dos tipos penais ultrapassa o número de pessoas presas em relação às quais as informações se referem, em virtude de existirem pessoas condenadas ou aguardando julgamento por mais de um crime. Na análise, foram desconsiderados os dados do Rio de Janeiro, de Tocantins e do Distrito Federal, em virtude da inconsistência das informações, bem como os de São Paulo, que não respondeu ao levantamento. Ainda segundo o Infopen, não se pode fazer um paralelo entre a distribuição percentual por crimes e os quantitativos de pessoas presas, porque há pessoas que estão sendo processadas ou já foram condenadas por mais de um crime. Mas é possível notar que quatro dentre cada dez registros correspondem a crimes contra o patrimônio. Cerca de um em cada dez corresponde a furto. O tráfico de entorpecentes é o crime de maior incidência, respondendo por

A dificuldade de mapeamento de todos os dados não permite fixar uma conclusão clara a respeito dos efeitos da política criminal de drogas no contingente carcerário. Mesmo assim, alguns números chamam a atenção. É o caso da distribuição por gênero de crimes tentados e consumados. Deveras, enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres esta proporção alcança a ordem de 63%. Ainda segundo o relatório, pelos dados obtidos, 35,1% das pessoas presas respondem por crimes relacionados à Lei de Drogas. Em alguns estados, como Amazonas e Mato Grosso do Sul, mais da metade das pessoas presas aguardam julgamento ou foram condenadas por tráfico de drogas.

## 5. Perspectivas de enfrentamento das drogas pelo Brasil

O Brasil, preocupado com a problemática das drogas, preparou, durante o ano de 2015, sua contribuição para a UNGASS 2016,[110] entendendo ser necessário promover um equilíbrio entre os investimentos entre políticas de redução de oferta e de redução de

27% dos crimes informados. Em seguida o roubo, com 21%. Já o homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%.

110 UN General Assembly Special Sessions (UNGASS). A UNGASS 2016 – Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) – sobre o problema mundial das drogas, se reuniu em abril de 2016 para discutir as principais diretrizes globais sobre drogas a serem seguidas pelos Estados membros da ONU. Ver, ainda, os seguintes textos: UNASUR (UNASUR/CSPMD/GAH EVAL FUBAK PA/2015/INFORME) na II Reunión Extraordinaria del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas -CSPMD, Montevidéu, 31/8/2015- Visión regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas de la Unasur para la UNGASS 2016(Disponível em: http://infodrogas.gub.uy/images/stories/pdf/vision-Reg-L); Declaración de Quito – II Reunión Ministerial sobre el problema mundial de las drogas de la comunidad de estados latino-americanos y el Caribe – CELAC–Quito–Equador, 21 y 22 de maio 2015 (Disponível em: http://www.el19digital.com/articulos/ver/titulo:29544-celac); XX Reunião Especializada de Autoridades de Aplicação em Matéria de Drogas, Prevenção do Uso Indevido e Reabilitação de Dependentes do MERCOSUL, Anexo V – Declaração de Brasília: Pontos de convergência dos Estados Partes e associados do MERCOSUL frente à UNGASS 2016 (Disponível em: http://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2015/noticias).

demanda, razão pela qual propôs 21 recomendações,[111] de acordo com as áreas temáticas sugeridas pela Resolução CND 58/8.[112]

De outra sorte, apesar de o Brasil ainda não contar com uma política nacional que rompa claramente com o anterior paradigma da repressão como estratégia prioritária,[113] como ocorre em diversos países da América do Sul, América do Norte e Europa,[114] é possível se afirmar que o governo, bem como organizações da sociedade civil e instituições acadêmicas e de pesquisa, vêm implementando iniciativas inovadoras, algumas delas com estratégias pioneiras, com abordagem de redução de danos, que apontam para o diálogo e para avaliação das diversas experiências. E ainda que se possa afirmar que os programas federais sejam tímidos,[115] existem projetos outros que têm apresentado resultados interessantes, como ocorre com o "Programa de Braços Abertos" do Município

111 Cfr. texto fornecido pela SENAD – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Francisco Inácio Bastos e Neilane Bertoni (org.), *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack*, Rio de Janeiro, Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014). As recomendações são: a) o aprimoramento das políticas de prevenção em matéria de drogas, por meio do desenvolvimento de programas transversais, multidisciplinares e integrados, formulados a partir de evidências científicas e da perspectiva dos grupos mais vulneráveis, sem qualquer tipo de estigmatização dos usuários e dependentes; b) a extinção do tratamento compulsório e comprometimento com tratamentos fundamentados em evidências científicas; c) a reavaliação da classificação de substâncias submetidas ao regime internacional de fiscalização de drogas estabelecido pela Convenção sobre Drogas de 1961, com vistas à maior harmonização em relação à lista de medicamentos essenciais da Organização Mundial da Saúde, com o objetivo de facilitar o acesso para fins de tratamento médico; d) a promoção de políticas de redução de danos relacionadas ao uso problemático de drogas, inclusive estimulantes, baseadas em evidências científicas e experiências internacionais bem sucedidas; e) o estabelecimento de cooperação entre os países membros para maior agilidade no bloqueio e repatriação de recursos originados no mercado internacional de drogas; f) a adoção de alternativas ao encarceramento em casos de delitos menores relacionados a drogas; g) a adoção de critérios objetivos para diferenciação entre o uso e tráfico, de forma a evitar que usuários sejam condenados como traficantes.

112 O inteiro teor pode ser visualizado no endereço https://www.unodc.org/documents/.../CND_Resolution_58_8.pdf, acesso em 3 de novembro de 2015.

113 De acordo com o Instituto Igarapé (Cfr. Ilona Szabó de Carvalho e Ana Paula Pellegrino (coord. e ed.),, *Políticas de drogas no Brasil: a mudança já começou*,, Artigo estratégico 16, março 2015), "O Brasil é campeão mundial em números absolutos de homicídios por ano – são mais de 56.000 mortes violentas [dado referente ao ano de 2012], das quais se estima que 50% sejam relacionadas à *guerra às drogas*. O país é também o terceiro maior encarcerador de pessoas no mundo, e cerca de 30% das prisões são também relacionadas às drogas. E como prova de que a repressão não é a melhor estratégia para se lidar com o tema, o consumo de algumas drogas vem crescendo no Brasil. É por esta razão que se faz urgente construir novas políticas baseadas no conceito ampliado da *redução de danos:* precisamos de políticas menos danosas para lidar com as drogas, que sejam boas para as pessoas individualmente (saúde preservada), para a sociedade (segurança cidadã e direitos garantidos), e para o país (eficácia dos gastos públicos: tratar o dependente e oferecer penas alternativas para réus primários não violentos é muito mais barato e menos danoso que prender, por exemplo)".

114 Ver, a propósito, *Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise comparativa de prevalência de uso de drogas*, efeituado no âmbito da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas/Ministério de Justiça, Diretoria de projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais, junho 2015. De acordo com a SENAD, "o levantamento buscou identificar, nas legislações nacionais, se há descriminalização do uso e da posse de drogas ilícitas (a), critérios objetivos utilizados para distinguir traficante de usuário (b), e quantidades máximas do porte de drogas ilegais consideradas para uso pessoal (c)". O levantamento contou com 48 países, sendo: 11 da América do Sul; 6 da América Central e 2 da América do Norte e 29 países europeus.

115 Em nível de governo federal há o programa "*Crack*, É possível Vencer".

de São Paulo.[116] O programa se destaca pela perspectiva da redução de danos e pela interdisciplinaridade e integração entre diversas secretarias municipais.[117]

De acordo com a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo, o Projeto objetiva o resgate social dos usuários de *crack* por meio de trabalho remunerado, alimentação e moradia digna, com orientação de intervenção não violenta. O programa foi implementado na região da Luz, no centro da Capital, no local conhecido como "Cracolândia"[118] e, de acordo com a Prefeitura, a presença mais ostensiva do poder público na região causou impacto também nos números relativos à segurança pública, com a diminuição de 80% dos roubos de veículo e de 33% de furto em relação ao ano anterior; e a Polícia Militar efetuou número 83% maior de prisões por tráfico de entorpecentes. Em contrapartida, houve a redução de 80% no fluxo de usuários de drogas ao longo do período de um ano.[119]

---

116 Ver, sobre o assunto: http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/5240#ad-image-0. A implantação do Programa surgiu a partir da adesão do Município de São Paulo ao programa federal "*Crack* é possível vencer". Em julho de 2013 foi criado um ponto de apoio numa das ruas de maior fluxo de consumidores de drogas, encravada na Cracolândia, com um serviço de baixa exigência, onde os moradores da região podiam frequentar para uso do banheiro, para atividades culturais, descansar ou para se alimentar. Em janeiro de 2014, depois de meses de diálogo contínuo com os antigos moradores dos cerca de 150 barracos que ocupavam as ruas da região, os primeiros participantes cadastrados ajudaram a desmontar suas barracas e foram para os quartos dos hotéis, dando início à primeira fase das ações. Várias são as concepções teóricas e éticas que orientam o programa: a) primeiro moradia (*Housing First*); b) baixa exigência (*low threshold service*); c) o foco não é a droga; d) pacote de direitos (moradia, alimentação, trabalho e renda); e) constituição de novos coletivos; f) criação de novos coletivos operantes de trabalhadores de diferentes áreas da Prefeitura; g) feitos de contratualidade; h) na primeira semana foram injetados R$ 36.000,00 que movimentaram o comércio local (os participantes gastaram o dinheiro com produtos de limpeza, higiene pessoal, roupas, etc). O custo *per capita* é de um salário mínimo e meio (R$ 1.086,00) mensais, valor referente ao trabalho, moradia e alimentação.

117 Idem. De acordo com dados da Prefeitura, em janeiro de 2015 havia 453 beneficiários cadastrados, acompanhados pelas equipes das secretarias, somando mais de 54 mil atendimentos de saúde aos dependentes químicos, além de centenas de atendimentos odontológicos. Dos cadastrados, 21 conseguiram autonomia e trabalho fora do programa e outros 321 estavam em frentes de trabalho de varrição de ruas e limpeza de praças. Dos cadastrados, a maioria (286) é composta por homens e cerca de 70% dos beneficiados já passaram pelo sistema prisional. Ainda em 2015, foi realizada pesquisa preliminar de avaliação do Programa com 370 cadastrados, sendo 227 homens e 143 mulheres, cujo relatório apontou que a maior parte destas pessoas possuem idade entre 25 a 49 anos e são de cor negra/parda; 73% possuem filhos e 70% possuem escolaridade em geral baixa (Ver, a propósito, T. Rui, M. Fiore e L. F. Ófoli, *Pesquisa preliminar de avaliação do Programa 'De Braços Abertos'*, Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD)/Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, 2016).

118 A região da Cracolândia, no centro de São Paulo, é conhecida pelo afluxo de pessoas que fazem uso de drogas, sendo considerada a região com o maior uso de substâncias psicoativas do município. Seu nome se deve ao fato de que as pessoas passaram a se concentrar naquela região para uso do crack, sendo conhecida por acolher pessoas em situação de vulnerabilidade social. De acordo com a Prefeitura, antes do Projeto, cerca de 1.500 usuários de drogas compareciam à região diariamente e faziam uso de crack a céu aberto em diversos pontos. Um ano depois recebia cerca de 300 pessoas por dia e concentradas em duas vias, o que significou uma redução de 80% ao longo do ano. Houve também uma revitalização urbana.

119 Não obstante os avanços trazidos pelo Programa, que tem sido considerado uma referência nacional, estudo realizado no decorrer do ano de 2015 apresentou diversos aspectos problemáticos, tais como a escolha dos hotéis que fariam parte do projeto no seu início; as péssimas condições estruturais de muitos dos espaços; os problemas no cadastramento dos usuários iniciais, dentre outros. (Cfr. Rui, *op. cit*., p. 81). O Relatório destacou que de modo geral o Programa criou condições positivas para os beneficiários, mas necessita aprimoramento, inclusive no que diz respeito

## 7. Conclusões

1. A historiografia da Política Criminal brasileira de enfrentamento de drogas revela uma trajetória de filiação aos postulados internacionais de combate aos entorpecentes. A simbiose entre a retórica internacional e as ideologias da defesa social e da segurança nacional contribuiu para a edificação de uma cultura de intolerância frente ao fenômeno do comércio de drogas, que contaminou, inclusive, o legislador constituinte. Como resultado, verificou-se uma ampliação significativa das condutas penais na criminalização do tráfico em uma ambição punitiva desmedida. Comportamentos profundamente distanciados dos atos que seriam próprios da mercancia foram criminalizados igualmente e sob o mesmo padrão punitivo, o qual, por seu turno, foi exageradamente enrijecido, especialmente a partir da segunda metade do século passado.
2. A legislação atualmente em vigor, muito embora tenha inovado em muitos aspectos, se manteve fiel à cultura belicista. A obsessão punitiva ao comércio ilícito de drogas (art. 33) encontrou eco na exasperação das sanções penais e na vedação de concessão da liberdade provisória. Por outro lado, introduziu a figura do tráfico privilegiado, fixando penas privativas mais brandas (art. 33, §4º). No entanto, mesmo na forma privilegiada, o legislador não conseguiu se desprender, totalmente, da cultura repressiva ao proclamar a proibição de substituição da pena privativa por restritivas de direitos. Com relação à posse para uso próprio (art. 28), a lei, muito embora tenha afastado o tratamento carcerário, manteve o viés repressivo-penal.
3. O tipo penal de tráfico mantém a estratégia da pluralidade de verbos nucleares. Muitos representam atos preparatórios da comercialização. Não houve, contudo, qualquer distinção na resposta punitiva, cujos parâmetros, ademais, são excessivamente elásticos. Por outro lado, a legislação brasileira não adotou um parâmetro objetivo, fundado na quantidade, para a diferenciação entre o traficante e o usuário. Apenas faz referência genérica à quantidade e à natureza da droga como norte orientativo na fixação da pena. A questão é, portanto, relegada à discricionariedade dos órgãos de persecução e às autoridades judiciárias. Nesse cenário, a proeminência de uma cultura repressiva contribui para leituras rígidas e ampliativas do espectro de adequação penal típica da figura do tráfico. O sistema funciona em uma lógica autorreferencial.

à necessidade de buscar convênios com cooperativas de geração de renda e ONGS; à ampliação de moradias; ao aprimoramento dos critérios e ao cadastramento de novos beneficiários, dentre outros.

4. A figura do tráfico privilegiado, muito embora tenha representado um salutar aceno em favor do princípio da proporcionalidade no tratamento dado ao chamado "envolvimento ocasional", reúne armadilhas que distorcem a sua aplicabilidade. De fato, o requisito negativo dado pela expressão "não envolvimento em atividades criminosas" é, via de regra, solucionado sob a lente das suspeitas, em violação, portanto, aos parâmetros da presunção de inocência.
5. As discussões prévias à edição da Lei de Drogas relativamente à condição do usuário não foram suficientes ao ponto de impulsionar o legislador para soluções mais ousadas. Ainda que classificada como infração de menor potencial ofensivo, sujeitando o autor a penas alternativas, distantes do encarceramento, a posse para uso próprio é ainda criminalizada. Para além da ausência de bem jurídico identificável, a criminalização carrega em si o equívoco da estigmatização social sobre questão cuja solução deveria passar à margem do tratamento punitivo.
6. A incorporação da cultura punitiva no enfrentamento das drogas freou, por muito tempo, as reações liberais da jurisprudência, que somente se manifestaram, com eloquência e vigor, mais recentemente e por ação e obra do STF. Foi nesse movimento liberalizante que a proscrição absoluta da liberdade provisória e a vedação de substituição da pena privativa por restritiva de direitos para o "tráfico privilegiado" foram declaradas inconstitucionais. Foi também por força do mesmo movimento que se afastou do regime punitivo e persecutório mais severo que acompanha a criminalidade hedionda a figura do tráfico privilegiado. Ainda que tardiamente, a jurisprudência vem fornecendo uma melhor calibragem aos exageros da Lei de Drogas.
7. A problemática que circunda a posse para uso próprio ainda remanesce em nosso sistema. A discussão, que caminhava a passos rápidos pelo STF, sofreu um revés em seu ritmo. É possível que o retardo seja expressivo do receio de se enfrentar polêmica questão que continua a ter em sua gênese aspectos substancialmente morais que ainda ditam as expectativas sociais. De qualquer modo, os votos até o momento proferidos revelam exageros do ativismo judicial como instrumento de correção da inapetência do legislador. As sugestões de delimitação de critérios objetivos de distinção entre a condição de usuário e a de traficante, apesar de que informadas pelo elevado espírito de controle dos abusos hermenêuticos, extrapolam o campo de atuação do próprio Judiciário.
8. A ausência de dados completos e atuais sobre a situação carcerária brasileira traz certa dificuldade na formulação de uma conclusão categórica sobre os efeitos provocados pela política nacional de drogas. Pesquisas empíricas setoriais, todavia, revelaram uma clara tendência de enrijecimento da subsunção penal

típica por parte das autoridades persecutórias. Sem dúvida esta hermenêutica está impregnada por uma cultura punitivista que, por seu turno, é produto de um longo processo de sedimentação de valores construídos à luz do paradigma da "guerra às drogas". A permanência deste paradigma por longo tempo sem dúvida é um dos fatores que contribuíram para o aumento da população carcerária verificado no país nos últimos anos.

## Referências


Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004.

_____, "Introducción a la criminología de la droga", em *Criminología y sistema penal. (Compilación in memoriam)*, Montevidéu-Buenos Aires, B. de F./S.R.L., 2004, pp. 112-138.

Batista, Nilo, "Política criminal com derramamento de sangue", em *Discursos Sediciosos,* ano 3. ns. 5-6, 1-2. sem., pp. 77-94, 1998.

Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais –IBCCRIM–, *Editorial*, ano 24, n. 286, set. 2016.

Carlos, Juliana de Oliveira, "Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil", em *Relatório de Informações do IDPC,* International Drug Policy Consortium, set. 2015.

Carvalho, Salo, *A política criminal de drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06,* 6.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

Comblin, Joseph, *A ideologia da segurança nacional. O poder militar na América Latina,* tradução A. Veiga Fialho, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978.

Cunha, Rogério Sanches, *Lei de drogas comentada*, 6 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp. 172-221.

Delmanto, Celso, *Tóxicos,* São Paulo, Saraiva, 1981.

Dias, Jorge de Figueiredo e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra, 1992.

Escohotado, Antonio, *A brief history of drugs. From the stone age to the stoned aged*, Rochester, Park Street, 1999.

Faggioni, Luiz Roberto Cicogna, "Notícias da guerra", em *Drogas: aspectos penais e criminológicos*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

Faria, Antonio Bento de, *Código penal do Brazil,* v. II, 3. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1920.

Fausto, Boris, *História do Brasil,* 6 ed., São Paulo, EDUSP, 1999.

Feldens, Luciano, *Direitos fundamentais e direito penal,* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

Ferrari, Eduardo Reale, "Nova lei de tóxicos: ausência política preventiva e suas aberrações jurídicas", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v, 42, n. 11, jan./mar., 2003, Revista dos Tribunais, pp. 289-294.

Franceschini, José Luiz Vicente de Azevedo, *Tóxicos,* São Paulo, Leud, 1980.

Gomes, Luiz Flávio, "Dos crimes e das penas", em Luiz Flávio Gomes (coord.), *A nova lei de drogas comentada*, 6 ed., São Paulo, RT 2014, pp. 113-171.

Gonzaga, João Bernardino, *Entorpecentes. Aspectos criminológicos e jurídico penais,* São Paulo, Max Limonad, 1963.

Greco Filho, Vicente, *Tóxicos. Prevenção. Repressão. Comentários à lei de drogas. Lei 11.343/2006,* 13 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

Houaiss, Antônio e Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, v. IX, arts. 250 a 361, [s.d].

Jesus, Maria Gorete Marques, Amanda Hildebrand Oi, Thiago Thadeu da Rocha e Pedro Lagatta, *Prisão provisória e lei de drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*, São Paulo, Núcleo de Estudos da Violência da USP, 2011.

Luisi, Luiz, "A legislação penal brasileira sobre entorpecentes. Notícia histórica", em *Fascículo de ciências penais*, ano 3, v. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, pp. 152-158

Marcão, Renato Flávio, "Nova lei de tóxicos: tribunais anulam processos em razão da não observância do procedimento novo", em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 40, jul./set., 2002, pp. 303-307.

Menna Barreto, João de Deus Lacerda, *O desafio das drogas*, Rio de Janeiro, Renes, 1971.

_____, *Estudo da Nova Lei de Tóxicos*, 3 ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982.

Morais, Paulo Cesar de Campos, *Mitos e omissões: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte*, 1997.

Moreira, Antonio Fernando, *Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais*, 2011.

Neves, Serrano, *Crime de perigo abstrato. Toxicomania. Toxicologia. Direito penal*, Rio de Janeiro, J. Ozon, 1961.

Olmo, Rosa, "Las drogas y sus discursos", em Pierangeli, José Henrique (coord.), *Direito criminal*, n. 05, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

Pierangelli, José Henrique, *Códigos penais do Brasil. Evolução histórica*, Bauru, Javoli, 1980.

Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo, *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*, orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira, São Paulo, 2006, p. 273 f.

Rui, T., M. Fiore e L. F. Tófoli, *Pesquisa preliminar de avaliação do Programa "De Braços Abertos"*, São Paulo, Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD)/Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2016.

Silva, Edevaldo Alves da, *Tóxicos*, São Paulo, José Bushatsky, 1979.

Silva, Jorge Medeiros da, *A nova lei de tóxicos explicada,* São Joaquim da Barra, Legis Summa, 1977.

Silveira, Renato de Mello Jorge, "A nova política criminal brasileira sobre drogas: avanços ou retrocessos?", em Marcello Ovídio Lopes Guimarães (coord.), *Nova lei antidrogas comentada*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 405-438.

Souza, Ney Fayet de, "Lei Antitóxicos: reparos e sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal", em *Estudos jurídicos*, n. 04, São Leopoldo, Unisinos, 1972.

Toron, Alberto Zacharias, "A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos", em Bustamante, Ricardo Silva de, e Tubenchlak, James (coord.), *Livro de estudos jurídicos*, n. 3, Rio de Janeiro, IEJ, 1991.

Vieira, João, *O magistrado e a lei de tóxicos,* Rio de Janeiro, Forense, 1992.

Zaffaroni, Eugenio Raul, "La legislación antidrogas latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario", em *Fascículos de Ciências Penais*, v. 3, n. 2, Porto Alegre, Fabris, 1990, pp. 16-25.

Zaffaroni, Eugenio Raul e José Henrique Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

# DECLARACIÓN DEL GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL CON RELACIÓN AL PROBLEMA DE LAS DROGAS

Interesados en aportar elementos al debate actual sobre el problema de las drogas,

Preocupados por el fortalecimiento de organizaciones criminales y la diversificación de sus actividades ilícitas a pesar de las políticas aplicadas durante las pasadas décadas,

Conscientes de los efectos corruptores de estas organizaciones sobre la institucionalidad de los Estados,

Observando una falta de orientación científicamente fundada de las políticas sobre la materia en los distintos Estados latinoamericanos, con tendencias tanto liberalizadoras como prohibicionistas,

El Grupo Latinoamericano de Estudios de Derecho Penal Internacional y expertos invitados, en el marco de los encuentros preparatorios realizados entre septiembre y octubre de 2015 en México y Colombia, aprobaron la siguiente declaración:

1. El problema de las drogas es global y debe ser abordado, en la medida de lo posible, conjuntamente por los Estados mediante políticas que tengan en cuenta las distintas realidades de los países involucrados –en especial su carácter de países principalmente productores o consumidores de determinadas clases de drogas–, así como las exigencias su orden jurídico-constitucional.
2. Ante el aumento del consumo de drogas en países como los latinoamericanos, y el auge de la producción y comercialización de drogas sintéticas en países tradicionalmente catalogados como consumidores, la aludida diferenciación requiere de un renovado análisis sobre responsabilidades e impactos de determinadas políticas.
3. El fin de toda política de drogas debe ser la gestión de los riesgos sociales, económicos, de salud y seguridad para reducir la generación de daños causados directa o indirectamente por el consumo y el tráfico de estas sustancias.

4. El recurso al derecho penal como instrumento para enfrentar el problema de las drogas debe guiarse por los principios de necesidad y *ultima ratio*. El derecho penal no puede ser el instrumento prevalente de los Estados. Tal problema debe ser abordado de manera interdisciplinaria e integral.
5. La cuestión sobre la criminalización de comportamientos relacionados con drogas debe ser analizada con seriedad, y las decisiones a favor de la criminalización deben sustentarse en sólidos argumentos empíricos y jurídico-filosóficos. Esta discusión debe llevarse a cabo distinguiendo los tipos de conductas (producción, comercialización y consumo) y los distintos tipos de droga.
6. Al respecto, debe evitarse la instrumentalización política del discurso represivo de conductas relacionadas con drogas que no se base en fundamentos teóricos y empíricos adecuados. Así, los argumentos basados en la criminalidad relacionada con drogas deben ser sustentados en estudios empíricos que tengan en cuenta los diferentes tipos de vinculación entre drogas y delito (psicofarmacológico, económico-compulsivo y sistémico).
7. Ante la falta de datos empíricos sobre modelos de regulación de las drogas se recomienda que el marco legal internacional en la materia prevea márgenes de apreciación para las autoridades nacionales y locales con el fin de permitir alternativas regulatorias. Mediante la recolección de datos empíricos sobre los resultados de políticas alternativas se podrán crear las bases científicas para desarrollar nuevas políticas a mayor escala.

Octubre de 2015

# LOS AUTORES

**CÉSAR ALFONSO.** Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción, Asunción (Paraguay). Máster en Derecho Penal, Universidad del Norte Asunción (Paraguay). Magíster Legum (LL.M.), Derecho Penal, Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal, Asunción (Paraguay).

**KAI AMBOS.** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional. Director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero y del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal), Facultad de Derecho, Georg-August-Universität, Göttingen (Alemania). Juez de Tribunal provincial (Landgericht).

**ALEJANDRO APONTE.** Doctor en Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad de Saarland, en Saarbrücken (Alemania). Director del Departamento de Derecho Penal y Justicia Transicional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana, Chía-Bogotá (Colombia). Asesor y consultor de agencias nacionales e internacionales.

**DINO CARLOS CARO CORIA.** Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Fundador y director del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Director del *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (www.adpeonline.com). Socio fundador de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

**SERGIO CHAPARRO HERNÁNDEZ.** Economista y filósofo con maestría en derecho, Universidad Nacional de Colombia. Ha trabajado como profesor de economía laboral,



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

consultor en el Centro de Memoria Histórica, la Escuela Nacional Sindical y la Defensoría del Pueblo. Trabajó hasta el 2016 como investigador principal en la línea de Política de Drogas del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

**ALFREDO CHIRINO.** Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Costa Rica. Decano de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

**JULIO CÉSAR CORDÓN AGUILAR.** Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca (España). Letrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Se desempeñó como Letrado de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Cámara Penal. Catedrático universitario. Autor de publicaciones sobre derecho constitucional y derecho penal.

**LUIS FELIPE CRUZ OLIVERA.** Abogado graduado y estudiante de Sociología, Universidad Nacional de Colombia. Su experiencia investigativa se relaciona con la historia y el desarrollo del conflicto armado en Colombia, así como su relación con el narcotráfico. Asociado a la línea de Política de Drogas del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), donde se ha desempeñado como investigador de los costos en derechos humanos de las estrategias antinarcóticos.

**JAVIER DONDÉ MATUTE.** Doctor en Derecho Penal Internacional y Comparado, Universidad de Aberdeen (Gran Bretaña). Profesor-Investigador, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

**GUSTAVO FONDEVILA.** Profesor-investigador, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de numerosas publicaciones en materia de criminología y sistemas penales.

**EMANUELA FRONZA.** Investigadora de derecho penal, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Bologna, donde enseña Derecho Penal Internacional y Europeo. Principal Investigator del Proyecto europeo de investigación "Memory Laws in European and Comparative Perspective" (MELA) coordinado por el Profesor Eric Heinze de la Queen Mary University of London. Becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en la Facultad de Derecho de la Universidad Alexander von Humboldt, Berlín. Coautora del libro *Introduzione al diritto penale internazionale* (Torino, Giappichelli, 2016) y, junto a Mireille Delmas Marty, de *Le crime contre l'humanité* (París, PUF, 2 ed., 2013). Ha publicado trabajos en Italia y en el extranjero, y colabora con revistas italianas y extranjeras.

**PABLO GALAIN.** Doctor Europeo en Derecho (España). Becario Posdoctoral Marie Curie (2015-2018). Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania). Director del Observatorio Latinoamericano para la Política Criminal y las Reformas Penales. Investigador de la Agencia Nacional de Innovación e Investigación (Uruguay).

**RAMIRO GARCÍA FALCONÍ.** Catedrático de Derecho Penal y Ciencias Criminológicas, Universidad Central del Ecuador y Universidad Internacional del Ecuador. Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla. Investigador del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas (Iedpic).

**ALICIA GIL GIL.** Catedrática de Derecho Penal. Licenciada en Derecho, Universidad de Zaragoza. Doctora en Derecho, UNED. Subdirectora del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado de estudios sobre paz, seguridad y defensa. Codirectora de la *Revista de Derecho penal y Criminología.* Ha sido profesora en la Universidad de Zaragoza (1994-1996), investigadora becada en el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Internacional y Extranjero de Friburgo (Alemania) (1996-1997) y profesora en la UNED desde 1997. Es coautora del *Curso de Derecho penal Parte general* (Dykinson, 2 ed., 2015) y de la obra *Derecho penal internacional* (Dykinson, 2016) entre otras obras colectivas. Autora de varias monografías sobre temas centrales de la teoría jurídica del delito y sobre distintos temas de derecho penal internacional y de numerosos artículos publicados en libros y revistas españolas y extranjeras.

**FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO.** Máster en Derecho, Estado y Sociedad, Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil). Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Penal y Derecho Penal Internacional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

**JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.** Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid (España). Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad de Roma, La Sapienza (Italia). Doctor *honoris causa* por las universidades Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú) y de Antofagasta (Chile). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral, Universidad de Valparaíso (Chile). Excatedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Fue abogado integrante (juez suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008). Autor de múltiples publicaciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho. Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile.

**SALVADOR HERENCIA CARRASCO.** JD, LIM. Candidato a doctor en Derecho, Universidad de Ottawa. Director de la Clínica de Derechos Humanos del Human Rights Research and Education Centre, Universidad de Ottawa. Se ha desempeñado como asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Autor de publicaciones en derecho internacional, derecho penal internacional y sistema interamericano de derechos humanos.

**JAIME EDWIN MARTÍNEZ VENTURA.** Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador (UES). Maestría en Derecho Penal Económico, UES. Diplomado

en Criminología y Justicia Penal Juvenil y en Gerencia Pública, Justicia y Seguridad, Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura. Fundador y director (1993-2005) del Centro de Estudios Penales de El Salvador (Cepes). Entre 2005 y 2009 dirigió la Unidad de Justicia Juvenil de la Corte Suprema de Justicia. Desde el 1 de junio de 2009 se desempeña como director general de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador. Es miembro del Consejo Latinoamericano del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales (Inecip), del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Gledpi); del Observatorio del Crimen Organizado en América Latina y El Caribe y del Consejo de la *Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad,* con sede en Guatemala.

**ESTEBAN MIZRAHI.** Licenciado en Filosofía, Universidad de Buenos Aires. Doctor en Filosofía, Universidad del Salvador, Argentina, con estudios de posgrado en Ciencias Políticas y Filosofía Práctica en la Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Alemania). Profesor titular de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de La Matanza, Argentina.

**JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ.** Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela (tesis mención publicación). Doctor en Derecho (*sobresaliente cum Laude),* Universidad de Barcelona. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt para una estancia de investigación posdoctoral en la Universidad de Friburgo (Alemania). Becario de la Fundación Gran Mariscal de Ayacucho, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y de la Sociedad científica Max Planck. Profesor de Derecho penal en la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Exprofesor de Derecho penal en las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela, a nivel de pregrado, posgrado y doctorado. Profesor invitado de las universidades de León, España, de la Universidad del Zulia y de la Universidad de Carabobo. Autor de varios trabajos científicos publicados en Venezuela y en el extranjero. Conferencista invitado en Venezuela y el extranjero. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas.

**MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA.** Ministra del Tribunal Superior de Justicia. Profesora doctora de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Miembro de IBCC rim.

**NOELIA NÚÑEZ.** LL.M. Georg-August-Universität, Göttingen (Alemania). Doctoranda de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Miembro externo del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (Cedpal).

**RICARDO SOBERÓN.** Abogado. MA en Política Internacional, Universidad de Bradford (Inglaterra). Analista en materia de políticas de drogas y seguridad. Director del Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos (Ciddh).

**RODRIGO UPRIMNY YEPES.** Abogado. Doctor en Economía Política, Universidad de Amiens Picardie. DSU (magíster) en Sociología Jurídica, Universidad de Paris II. DEA (magíster) en Socioeconomía del Desarrollo, Universidad de Paris I (Iedes). Actualmente se desempeña como director de la línea de Política de Drogas del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), y como profesor de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Teoría Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia.

**MARCOS COELHO ZILLI.** Profesor doctor de Derecho Procesal Penal en los cursos de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). Professor del curso de posgrado interdisciplinar Humanidades, Derechos y otras Legitimidades, Facultad de Filosofia, Letras y Ciencias Humanas (USP). Miembro del Grupo de Investigación Conflitos Armados en la Era Contemporánea, vinculado al Núcleo de Estudios de las Diversidades, Intolerancias y Conflitos (Diversitas) (USP). Juez de Derecho.

En el marco de un convenio de cooperación entre el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen (República Federal de Alemania) fue creado en el año 2002 el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Gledpi). Actualmente el grupo está integrado por especialistas distinguidos del derecho penal y del derecho penal internacional, de trece países de América Latina (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), y de Alemania, España e Italia. Su objetivo principal es el estudio y análisis del derecho penal internacional, especialmente en el ámbito latinoamericano.

Esta obra presenta los resultados de la investigación del Grupo acerca de las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia internacional, y específicamente latinoamericana, en materia de drogas. En ella se abordan temas como el marco jurídico internacional, la cooperación internacional en la lucha contra las drogas, casos de modelos alternativos al prohibicionista y de regulación de la droga, las consecuencias de la incidencia del narcotráfico en las instituciones estatales, y, en general, la política criminal relativa a las drogas en América Latina.

Al final del libro se publica la declaración del Gledpi sobre el tratamiento jurídico internacional y regional de la problemática de las drogas.