

Sistemas penales comparados



Política criminal en materia de drogas

Alemania

Dr. Jörg Kinzig
*Universidad de Friburgo de Brisgovia*¹

I

I. Introducción

“Una política progresista en la lucha contra las drogas y la adicción, implica tanto el descubrimiento, prevención y ayuda a los adictos, como la persecución del comercio ilegal de drogas”². Ese es el argumento central de la política antidrogas del acuerdo de la coalición entre el Partido Socialdemócrata alemán (SPD) y la Alianza 90/Los Verdes (Bündnis 90/Die Grünen). Es el fundamento de la negociación del Gobierno Federal “rojos-verdes”, que en el otoño de 1998 separó a la coalición del CDU/CSU y el FDP (Unión Demócrata Cristiana/Unión Social Cristiana y el Partido Liberal Demócrata).

Al contrario de algunas expectativas, las líneas directivas esenciales de la política antidrogas no sufrieron cambio alguno. Esto permite hacer una comparación con los acuerdos correspondientes en el convenio de coalición entre el CDU/CSU y FDP del año 1994, el cual contenía, como punto central, la prevención para limitar la demanda de drogas, la ayuda a los adictos, así como “una lucha decidida contra la criminalidad de drogas nacional e internacional”³.

Quienes esperaban un cambio en la política antidrogas expresaron su enojo por esa continuidad política. Pronto -luego del cambio de gobierno- fue criticado que “tendencias hacia la descriminalización o legalización, por ejemplo en relación con drogas livianas o criminalidad de bagatela” no se encontraban en el programa del nuevo Gobierno Federal⁴. Expectativas similares había intensificado el programa electoral de la Alianza 90/Los Verdes, en el cual se pedía entre otros, la legalización del hachís⁵.

La continuidad en la política antidrogas obedece en alguna medida también, a que el ámbito de

dicha política se ha estrechado en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por Alemania. Como ejemplo de ello pueden citarse: el Convenio de unificación sobre sustancias adictivas de 1961 junto con el protocolo complementario de 1972⁶, la Convención sobre sustancias psicotrópicas de 1971⁷, así como el Convenio de Naciones Unidas contra el comercio ilegal de sustancias adictivas y psicotrópicas de 1988⁸. En el ámbito europeo resultan significativos los Tratados de Schengen de los años 1985 y 1990⁹, así como la normas sobre la penalidad del lavado de dinero¹⁰.

II

II. Desarrollo de la política criminal en el ámbito de las drogas en Alemania

a) *Inicio de una política estatal antidrogas*

En Alemania se desarrolló una política estatal antidrogas con carácter represivo por primera vez en los años 20 del siglo pasado. Con la Ley para la ejecución del Convenio Internacional contra el Opio del 23 de enero de 1912 entró en vigencia la primera ley alemana de narcóticos el 30 de diciembre de 1920¹¹. Sin embargo, con el fumado del opio se conocía solamente una única droga completamente prohibida y se prevenía en el art. 8 para el comercio no autorizado de drogas una pena máxima de sólo seis meses¹². La denominada Ley del Opio del año 1929¹³ constituyó el fundamento jurídico más importante para los siguientes casi 50 años, y, aunque varias veces modificada, rigió hasta 1972. El art. 10 de la OpiumG (Ley del Opio) de 1929 sancionaba la importación, exportación, fabricación, elaboración, adquisición, entrega, venta y, sobre todo, el comercio de narcóticos, lo que habría de constituir en los años siguientes y hasta hoy en día los principales conceptos normativos del derecho penal antidrogas. El aumento de la pena a tres años no cambió el hecho de que fueron muy pocas las condenas por

delitos de narcotráfico hasta el estallido de la Segunda Guerra Mundial. Las estadísticas señalan hasta el año 1936 sólo de 100 a 400 condenas anuales¹⁴.

b) El auge de las drogas como desencadenante de la actividad legislativa

El auge de las drogas, que en la segunda mitad de los años sesenta llegó a Alemania procedente de los Estados Unidos de Norteamérica, marcó el compás de la actividad político-criminal lo cual desembocó en 1972 en la Ley sobre el tráfico de narcóticos (BtmG)¹⁵, la que a su vez derogó la Ley del Opio. Desde 1967 hasta 1973 se multiplicó por 20 el número de casos de narcotráfico registrados, esto es, de 1.349 a 27.027¹⁶. La Ley de narcóticos de 1972 trajo una intensificación de los presupuestos de punibilidad con un incremento de la pena en casos especialmente graves de hasta 10 años de privación de libertad (art. 11 inc. 4 BtmG 1972) y se convirtió en una circunstancia agravante el hecho de que la acción se realizase con una cantidad significativa ("eine nicht geringe Menge") de drogas. Esta característica no fue definida por el legislador, sino que dejó su determinación a la jurisprudencia. Adicionalmente se penalizaron casi todas las formas de acción del tráfico de narcóticos, incluida la tenencia; sin pena permaneció únicamente el mero consumo. Por otra parte, la ley perseguía la meta de privilegiar a quien probara o consumiera una "cantidad mínima" de droga. De esa forma, el art. 11 inc. 5 BtmG 1972 posibilitaba al tribunal prescindir de la pena "cuando el autor posea o adquiera los narcóticos únicamente para consumo personal en pequeñas cantidades".

Esos esfuerzos legislativos no pudieron evitar un constante incremento de los casos de criminalidad de estupefacientes registrados por la policía. La cantidad de sospechosos se quintuplicó en el período comprendido entre 1975 y 1995 de 27.106 a 123.888¹⁷. En los últimos cinco años el número de sospechosos ha aumentado de nuevo en un tercio, precisamente de 123.888 en 1995, a 185.413 en 1999. Para el año de 1999 asciende a 226.563 el número de delitos con estupefacientes. Estos constituyen un porcentaje del 3,6% de todos los delitos contemplados en Alemania, de los cuales únicamente un 1,9% corresponden a los nuevos Estados Federados. En relación con los respectivos tipos de drogas, corresponden a marihuana y sus preparados el 53,6%, heroína 20,5%, cocaína 11,5%, anfetaminas 6,1%, derivados de anfetamina incluyendo el éxtasis 3,4%, LSD 0,6% y otros narcóticos 4,3%¹⁸.

Diez años después de su entrada en vigencia, la Ley de narcóticos fue de nuevo modificada profundamente. Bajo el lema "terapia en lugar de pena" (Therapie statt Strafe) fueron introducidos los artículos 35-38 en la nueva Ley de narcóticos de 1982. El art. 35 inc. 1 otorga a los centros de ejecución penal -por lo general a la Fiscalía- la posibilidad de suspender la condena a favor de un tratamiento terapéutico, esto con autorización del Juzgado en casos en los cuales el autor ha sido condenado a una pena menor de dos años y que ha cometido el hecho en razón de su dependencia a las drogas. De acuerdo con el art. 35 inc. 3 BtmG esa regla es aplicable correspondientemente, cuando la pena que resta por ejecutar no supere los dos años. El art. 36 inc. 1 BtmG considera que el tiempo en el que el condenado se encuentra en tratamiento en un centro reconocido estatalmente, se contabilice como parte de la pena, hasta alcanzar dos tercios de la misma. El art. 37 BtmG realiza efectivamente el principio "terapia en lugar de pena", al posibilitar a la Fiscalía -bajo quebrantamiento del principio de legalidad- prescindir de la interposición de la acusación, ante la concurrencia de los requisitos correspondientes.

Sin embargo, la BtmG 1982 condujo a un mayor incremento de la punibilidad. Para los casos especialmente graves, particularmente el comercio en cantidades significativas según el art. 29 inc. 1, 2 n.º 4, así como la importación de cantidades significativas de acuerdo con el art. 30 inc. 1 n.º 4, la pena se incrementó a 15 años: la pena temporal privativa de libertad más elevada de acuerdo con el derecho alemán. De igual forma fue aumentado el extremo máximo de la pena para el tipo básico a cuatro años de prisión y también se introdujo la denominada pequeña Regulación del testigo de la Corona del art. 31 BtmG. De acuerdo con ella, el Tribunal puede disminuir la pena -o en casos menos graves, incluso suspenderla-, cuando el autor haya contribuido de manera esencial al descubrimiento de su propio delito, ya sea por revelación voluntaria sobre su conocimiento, o por confesión voluntaria a la policía o a la fiscalía, a tiempo tal que puedan ser impedidos delitos graves de narcóticos, de cuya planificación conocía. Esta regulación constituyó una novedad en el derecho penal alemán, sin embargo encontraba correspondencia en la denominada Ley de testigos de la Corona¹⁹, la cual posibilitaba reducciones de pena muy considerables en relación con delitos de terrorismo y desde 1994 también en relación con delitos cometidos por una organización criminal. No obstante, esa ley tuvo vigencia limitada hasta fines de 1999 y no fue ampliada, dado que desde el punto de vista de la coalición de gobierno, la Regulación del testigo de la Corona en esa forma no había dado

buen resultado²⁰. En este momento se discute acerca de su nueva introducción, sobre todo en el campo de la criminalidad organizada²¹.

c) Lucha contra la criminalidad de drogas organizada, así como ampliación de la terapia de adictos a las drogas como motivo fundamental de una nueva política criminal

La legislación de los años 90 se dedicó, por una parte, a la lucha contra la criminalidad de drogas organizada, por la otra, a la ampliación de la terapia de los adictos y a la ayuda para los dependientes en alto grado. En 1992 el legislador determinó que el suministro de jeringas desechables esterilizadas a los drogadictos no es punible, además amplió la posibilidad a la fiscalía y a los tribunales de prescindir de la ejecución penal, o bien de suspender el proceso a los consumidores de drogas. Adicionalmente se estableció un mejor fundamento jurídico a la sustitución²² de los adictos²³. La sustitución con Methadon puede ser vista como aceptable para el tratamiento de la dependencia al opio, a pesar de las carencias o defectos para su realización o para medidas terapéuticas accesorias²⁴. A esa misma tendencia pertenece la nueva modificación del derecho en materia de drogas. Después de discutir por mucho tiempo la admisión para el establecimiento de locales para el consumo de drogas ("Fixerstuben")²⁵, se autorizó a los gobiernos de los Estados Federados, por medio del art. 10a BtmG a regular a través de orden estatal, el otorgamiento de permisos de funcionamiento de esos "Fixerstuben", en los cuales los drogadictos pudiesen inyectarse heroína traída consigo²⁶. Lo anterior no significa que cada Estado Federal está obligado a establecer tales "Fixerstuben"; por lo tanto es de esperar que no exista un manejo uniforme en los respectivos estados.

Este año inicia un modelo experimental de administración de heroína en toda Alemania. Con este estudio se pretende investigar, entre otras cosas, si -y en qué medida- por medio de un tratamiento basado en heroína los adictos al opio -que con la ayuda ofrecida a los drogadictos hasta la fecha no habían recibido terapia, o la recibieron de manera insuficiente-, pueden ser estabilizados saludable y socialmente, si se pueden integrar y mantener en el sistema de ayuda, y si se motivan a continuar con la terapia. El estudio debe abarcar de 700 a 1000 participantes y se llevará a cabo en las ciudades de Hamburgo, Hannover, Düsseldorf, Essen, Colonia, Frankfurt y Munich. El trasfondo de este proyecto son los resultados positivos del modelo suizo: "Experimento para prescripción

médica de narcóticos", el cual, sin embargo, está sujeto a dudas desde el punto de vista metodológico²⁷.

En primer término, la legislación de los últimos años se ajustó a la contención de la criminalidad organizada. Bajo esa categoría en las estadísticas que anualmente son elaboradas por la Oficina Federal para la Criminalidad, de un total de 816 investigaciones complejas, que en el año 1999 fueron clasificadas bajo criminalidad organizada, el grupo más grande, esto es 272 (33,3%), correspondió al comercio y contrabando de estupefacientes²⁸.

Ya en el año 1992 se introdujo la "Ley para la lucha contra el comercio ilegal de estupefacientes y otras formas de aparición de criminalidad organizada" (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität -OrgKG)²⁹, la cual, en el derecho material, trajo de nuevo amplios aumentos en los extremos de la pena. En el art. 29 inc. 1 n.º 2 BtmG se estableció el comercio de estupefacientes en cantidades significativas como delito (Verbrechen), es decir, se sancionó con una pena mínima de un año. Una amenaza extraordinariamente alta caracteriza ahora al art. 30a BtmG, pues en su inc. 1 prevé una pena entre cinco y quince años para aquellos que, entre otros, comercialicen estupefacientes en cantidades significativas y para ello actúe como miembro de una banda, que haya sido constituida para la realización de tales delitos. De la misma manera, el art. 30a inc. 2 n.º 2 BtmG -esta alternativa fue introducida por la Ley de lucha contra la criminalidad del 18.10.1994³⁰- sanciona a quienes comercialicen con estupefacientes en cantidades significativas y que además porten consigo armas de fuego u otros objetos, que de acuerdo con su naturaleza, estén destinados para producir lesiones a personas. Las elevadas penas mínimas motivaron al legislador a introducir en los arts. 29a inc. 2, 30 inc. 2 y 30a inc. 3 BtmG los denominados casos de menor gravedad. Cuando se presenta uno de estos denominados casos menos graves, lo que se decide por el Juzgado competente luego de ponderar todas las circunstancias relevantes, se reducen los marcos legales de la pena. La OrgKG sancionó además, el lavado de dinero en el art. 261 StGB e introdujo otras formas de retención de utilidades (art. 43a StGB pena patrimonial [Vermögensstrafe]; art. 73d StGB decomiso ampliado [erweiterter Verfall]).

Una mirada en las estadísticas demuestra que en el ámbito de los estupefacientes, los Tribunales penales dictan penas de prisión altas. Es cierto que en 1997 de entre los aprox. 6,5 millones de delitos comprendidos en las estadísticas policiales

de criminalidad para todo el territorio alemán, "solamente" 3,1% fueron relacionados con estupefacientes³¹. Sin embargo, las estadísticas de persecución penal muestran otro cuadro: en 1997 fueron condenadas 530.311 personas en total, entre ellas, una parte -más del doble- específicamente 7,8% (41.332) por delitos de acuerdo con la BtmG. Además, de los 103.811 condenados en total a una pena privativa de libertad, 15,7% (16.306) fueron por delitos contra la BtmG y de los 1671 casos en los que el autor fue condenado a una pena temporal privativa de libertad mayor a cinco años, el 23,3% corresponde a delitos con drogas³².

Los esfuerzos en la lucha contra la criminalidad organizada fueron apoyados a través de la introducción o la regulación jurídica de las denominadas medidas especiales de investigación, iniciando con la OrgKG, las que cobran significado sobre todo en el campo de los narcóticos. De acuerdo con el art. 100c inc. 1 n.º 1 de la StPO (Strafprozeßordnung -Ley de Enjuiciamiento Criminal-) es permitido -con el fin de la persecución penal- realizar fotografías y vídeos para la investigación, así como el empleo de otros medios técnicos (v. gr. "Global Positioning Systems"). Según el art. 100c inc. 1 n.º 2 StPO la palabra no dicha en público fuera de la vivienda puede ser escuchada y grabada. Luego de una larga discusión fueron autorizadas también las denominadas "escuchas a distancia" (Großer Lauschangriff), por medio de la Ley para mejorar la lucha contra la criminalidad organizada. Ante la sospecha de delitos graves con estupefacientes (art. 100c inci 1 N.º 3 StPO) es posible ahora escuchar y grabar -bajo determinadas condiciones- incluso las conversaciones privadas dentro de la vivienda. Lo anterior fue discutido, por cuanto un procedimiento de este tipo se encontraba prohibido hasta ese momento por el art. 13 de la Constitución alemana (Inviolabilidad del domicilio). Igualmente fue regulado el empleo de agentes encubiertos a través de la OrgKG en los arts. 110a ss. StPO, es decir, bajo la etiqueta de funcionario policial en servicio ("arbeitender Polizeibeamten"). Adicionalmente fueron regulados: la búsqueda electrónica de datos (Rasterfahndung), en el art. 163e StPO; la comparación mecánica de datos para la investigación de sospechosos, en el art. 98a StPO; la comparación de archivos policiales, en el art. 98c StPO; y la descripción de las observaciones (Ausschreibung zur Beobachtung), la cual ha de posibilitar un cuadro completo de los movimientos del investigado. Aún no ha sido regulado el empleo de las denominadas "personas de confianza" (Vertrauenspersonen - V-Personen), mejor conocidas como "informantes". Se trata de particulares, que con frecuencia provienen del ambiente criminal, y que están dis-

puestos a colaborar por largo tiempo con las autoridades en el esclarecimiento de delitos, y cuya identidad en principio se mantiene en secreto³³. Esas "personas de confianza" tienen gran significado en el campo de los delitos de drogas; frecuentemente inician negocios de drogas, para poder perseguir penalmente a los sospechosos.

III. Conclusión

La legislación penal antidrogas empezó en Alemania en los años 20 del siglo pasado y tuvo un significado apenas marginal hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En 1972 se promulgó la Ley contra las drogas como reacción al movimiento consumista de drogas proveniente de los Estados Unidos de Norteamérica en la segunda mitad de los años 60, la que fue revisada completamente en los años 1981 y 1992.

La política criminal está marcada por dos ideas contrapuestas. Por un lado se caracteriza el derecho penal antidrogas por una constante intensificación de las penas. A pesar de esto, la cantidad de sospechosos, así como de delitos cometidos, se incrementa continuamente. Como consecuencia del aumento de los extremos de la pena en la OrgKG de 1992 crece el dictado de condenas privativas de libertad extensas. Como principal acción punible se encuentra el comercio de drogas en cantidades significativas. Con el propósito de contrarrestar eficazmente el comercio de grandes cantidades de droga, el cual se atribuye con frecuencia a la criminalidad organizada, fueron introducidos desde 1992 los métodos de investigación especiales. En este campo son de gran importancia: la intervención telefónica, el empleo de agentes encubiertos y de "personas de confianza". Se ha demostrado que las innovaciones del instrumentario procesal penal se desarrollan frecuentemente como reacción a los delitos de estupefacientes. Adicionalmente, se ha intentado desde comienzos de los años 70 no perjudicar a quien prueba o consume pequeñas cantidades de droga, y bajo el lema "terapia en lugar de pena", reducirle la sanción, o en su caso, posibilitarle la terapia. Con la BtmG de 1982 se logró aplazar la ejecución penal de una pena privativa de libertad o un arresto penal menor a dos años, en beneficio de una terapia. En 1992 se determinó que el suministro de jeringas desechables esterilizadas a los adictos no es punible. Entre tanto, se reconoce el tratamiento de sustitución, sobre todo con Methadon, a los adictos altamente dependientes. Bajo el nuevo Gobierno Federal se posibilitó el establecimiento de los "Fixerstuben" y en otoño del año 2000 se inició un modelo experimental, en el cual se pretende esta-

bilizar y dar terapia a los dependientes en alto grado, por medio del suministro estatal de heroína.

Notas

1. Traducido por Alonso Salazar, Prof. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Licenciado en Derecho, Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica y Legum Magister por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, República Federal de Alemania.

2. [Http://www.huewel.de/politik/koalitionsvereinbarung_64.html](http://www.huewel.de/politik/koalitionsvereinbarung_64.html).

3. [Http://www.cdusv.bundestag.de/koalition.htm](http://www.cdusv.bundestag.de/koalition.htm).

4. KANT, M./PÜTTER, N.: Bürgerrechte & Polizei/CILIP 61 (3/98), pág. 61 (65). <http://www.cilip.de/ausgabe/61/rotgruen.htm>.

5. [Http://www.drogenpolitik.de](http://www.drogenpolitik.de).

6. BGBl. (Bundesgesetzblatt) 1973 II 1353; 1974 II 1211; 1975 II 2; 1975 II 2158; 1977 II 111.

7. BGBl. 1976 II 1477; 1978 II 1239.

8. BGBl. 1993 II 1136; 1994 I 342.

9. Del 14.6.1985, GMBL (Gemeinsames Ministerialblatt) 1986, pág. 79 ss., así como el Convenio de Schengen suscrito el 19.6.1990 para su aplicación, BR-Dr. 121/92, en vigencia desde el 26.3.1994 (BGBl. 1993 II 1010).

10. La directriz sobre lavado de dinero 91/308/CEE del Consejo del 10.6.1991 se transformó en Alemania con la Ley de lavado de dinero (Geldwäschegesetz) y la introducción del § 261 StGB (Geldwäsche).

11. RGBl. 1921 S. 2.

12. Sobre el desarrollo histórico ver SCHEERER, S.: *Die Genese der Betäubungsmittelgesetze in der Bundesrepublik Deutschland und in den Niederlanden*, 1982, 38 ss.; GEBHARDT, C.: *Drogenpolitik*, en: KREUZER, A.: *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1998, § 9 Rdnr. 19 ss.

13. Ley sobre el tráfico de Narcóticos del 10.12.1929, publicada en el RGBl. (Reichsgesetzblatt) I, p. 215.

14. Referencias adicionales en ELLINGER, H.: *Betäubungsmittel und Strafbarkeit*, 1974, 26 ss.

15. La ley fue dada a conocer el 10.1.1972 (BGBl. 1972 I 1).

16. ELLINGER, H. (nota al pie), 33.

17. Fuente: KREUZER, A.: *Epidemiologie*, en: KREUZER, A.: *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1998, § 2 marginal 27. El descenso entre 1980 y 1985 obedece únicamente a un cambio en el método del registro estadístico. Desde 1995 las estadísticas policiales consideran también los nuevos estados federales (die neuen Bundesländer).

18. Polizeiliche Kriminalstatistik (Estadísticas policiales criminales) 1999, p. 216. (cálculo del autor).

19. Ley de modificación del Código Penal, del Código Procesal Penal y de la Ley de Reuniones para la introducción la regulación del testigo de la Corona en delitos de terrorismo del 9.6.1989 (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten), BGBl 1989 I 1059, III 312-313.

20. Cf. Recomendación final e Informe de la Comisión Jurídica (Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses), BT-Drs. (Bundestagdrucksache) 14/2259.

21. Proyecto de ley para el complemento de la regulación del testigo de la corona en derecho penal (Gesetzentwurf zur Ergänzung der Kronzeugenregelungen im Strafrecht) (KZ-ErgG), BR-Drs. 395/00.

22. Se habla de "sustitución" para referirse al tratamiento

terapéutico que sustituye con drogas menos adictivas o fuertes, aquellas más fuertes, con el propósito de ir eliminando paulatinamente la adicción. N.T.

23. Ley de modificación de la ley de narcóticos del 9.9.1992 (Gesetz zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes), BGBl. 1992 I 1593.

24. En forma detallada: BÜHRINGER, G.: *Therapie und Rehabilitation*, en: KREUZER, A.: *Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts*, 1998, § 5 marginal. 319 ss.; WEBER, K., *Betäubungsmittelgesetz*, 1999, § 13 marginal 53.

25. A favor de la autorización: KÖRNER, H.H.: *Betäubungsmittelgesetz*, 4. Aufl. 1994, § 29 marginal 1035 ss.; en contra: WEBER, K., *Betäubungsmittelgesetz*, 1999, § 29 marginal. 863 ss.

26. Tercera ley de reforma de la Ley de narcóticos (Drittes Gesetz zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes) (3.BtMG-ÄndG) BGBl. 2000 I 302. Al respecto: KATHOLNIGG, O., NJW 2000, 1217 ss.

27. Cf. el informe del Gobierno Federal (Auskunft der Bundesregierung), BT-Drs 14/1940.

28. [Http://www.bka.de](http://www.bka.de).

29. Del 15.7.1992, BGBl. 1992 I 1302.

30. BGBl. 1994 I 3186.

31. Polizeiliche Kriminalstatistik 1997, pág. 28; a los antiguos Estados Federados (incluido Berlín) corresponde 3,7%; a los nuevos Estados Federados 0,9%.

32. Strafverfolgungsstatistik (Estadísticas de persecución penal) 1997, p. 16 ss., 48 ss. (cálculo hecho por el autor, excluyendo delitos de tránsito).

33. Cf. el n.º 2 del anexo D de la Directriz conjunta de Senadores y Ministros de Justicia, y de Senadores y Ministros del Interior de los Estados, sobre la utilización de informantes, así como el empleo de personas de confianza y agentes encubiertos en la persecución penal (Anlage D der Gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) und Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung).

- Argentina

Dr. Luis Fernando Niño

Codirector de la Maestría en Criminología de la UNLZ (Buenos Aires). Profesor de Postgrado de las Universidades de Buenos Aires y Belgrano

I

En oportunidad de presentar la contribución respectiva a publicarse en la Sección de Crónicas Iberoamericanas sobre Criminología Organizada de este prestigioso medio de difusión de la ciencia jurídica, quien suscribe hizo referencia a la predilección del legislador argentino por el tema de la tenencia y tráfico de sustancias toxicomanígenas, poniendo de relieve las severas críticas dirigidas a la normativa resultante de esos afanes, por su du-

dosa constitucionalidad, por los riesgos derivados de su concreta implementación y por su improbable éxito¹.

Los dos años transcurridos desde entonces no han aparejado mayores variaciones en punto al derecho positivo. La Ley 23.737 (B. O. 11-10-89), con las modificaciones incorporadas por las registradas bajo los números 23.975 (B. O. 17-9-91) y 24.424 (B. O. 9-1-95), es el instrumento rector en la materia. A tenor de sus preceptos, se pena con cuatro a quince años de prisión y multa a una serie de conductas vinculadas a la comercialización de "estupefacientes"², que van desde su siembra o cultivo hasta su tenencia con fines de comercialización, su entrega, suministro, aplicación o facilitación (arts. 5° y 6°). Asimismo, se prodigan sanciones de ocho a veinte años de prisión para los organizadores o financistas de cualquiera de esas actividades ilícitas (art. 7°), topes que se agravan en base a un cúmulo de circunstancias de tiempo, modo, lugar y calidad del sujeto pasivo (art. 11°). Pero, además, junto a otras figuras y cláusulas genéricas de agravación, se erige la punición de la simple tenencia de tales sustancias, con uno a seis años de prisión y una multa (art. 14, primer párrafo), y la de la tenencia para uso personal inequívoco, con un mes a dos años de prisión (*idem*, segundo párrafo).

II

El instrumento legal vigente, al que personalmente he criticado desde el día de su publicación³, vino a enfrentar una plausible corriente doctrinal y jurisprudencial nacida como reacción a la disposición del art. 6° de la ley anterior consagrada al tema⁴, que reprimía indiscriminadamente toda tenencia de estupefacientes. Durante los tres lustros de vigencia de esta última norma, se había abierto paso el criterio de inaplicabilidad del referido artículo, en aquellos casos en que la escasa cantidad de sustancia incautada y demás circunstancias permitieran afirmar que se trataba de una tenencia para consumo personal, consistente -en rigor- en el acto preparatorio de una autolesión, extraño, por definición al Derecho Penal liberal, y amparado por la clara declaración constitucional que exime de toda intervención estatal a las acciones privadas de los hombres (CN, art. 19)⁵.

Al triunfar la postura represiva, a través de la promulgación de la Ley 23.737, se distinguió, como cabe apreciar, entre una tenencia con fines de comercialización, otra pura y simple, y una tercera, indudablemente destinada al consumo personal, todas ellas jurídico-penalmente relevantes.

Sólo respecto de la última existe una alternativa a la pena privativa de libertad: se trata de "una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación", que apenas puede operar una vez acreditado su destino de uso personal, declarada la culpabilidad del autor en orden a ese ilícito y probada su dependencia física o psíquica de tales sustancias (art. 17°)⁶.

La medida en cuestión adquiere carácter compulsivo por cuanto se exige un resultado satisfactorio para el dictado de un sobreseimiento definitivo. Si, por el contrario, transcurridos dos años de tratamiento, "por falta de colaboración del procesado" no se hubiere obtenido un "grado aceptable de recuperación" se reanuda el trámite del proceso, se podrá aplicar la pena, sin perjuicio de la continuación de la medida por el tiempo necesario, o bien mantenerse ésta exclusivamente (art. 18°)⁷.

Va de suyo que algunos jueces federales⁸, conscientes de su papel en el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, concretan, de conformidad con los fiscales interventores, la desestimación o el archivo de actuaciones, en casos de claras acciones privadas de tenencia, sin perjuicio para terceros ni afectación del orden ni de la moral pública, como reza el mandato constitucional. Pero la gravitación de un texto legal dirigido certeramente a destruir los obstáculos doctrinales y jurisprudenciales dispuestos oportunamente para salvaguarda del vallado de privacidad previsto en la Ley Fundamental de 1853, conduce a otros muchos a poner en marcha la maquinaria judicial en pos de la condena de poseedores de drogas destinadas al propio consumo, aun en contra de sus convicciones personales, como luego veremos.

III

En cuanto a la creación de nuevas figuras, vinculadas a la definición del tráfico de drogas como una modalidad de criminalidad organizada, dimos cuenta oportunamente de la introducción de la "confabulación" como etapa relevante en el *iter criminis* de esta clase de conductas, diluyendo riesgosamente tanto los límites entre actos preparatorios y de ejecución, como los que separan la coautoría de la participación (*lex cit.*, art. 29 bis)⁹.

También se alertó acerca de la introducción del "agente encubierto" (*idem*, art. 31 bis y ss.), criatura legal hipertrofiada por las interpretaciones de la Cámara Nacional de Casación Penal, que hacen depender la constitucionalidad de su obrar del juicio acerca de la predisposición al delito de los

otros sujetos involucrados, reservando, en consecuencia, la sanción de inconstitucionalidad a los casos en que el agente hubiera dado lugar al crimen provocando a inocentes ¹⁰.

Contrariamente a lo acontecido con tales innovaciones legislativas, claramente criticables, por cierto, desde la óptica de un Derecho Penal democrático y liberal, la figura del arrepentido" no ha logrado imponerse en el plano normativo argentino, en la materia que hoy nos convoca. Pese a la actividad de grupos de presión en el medio parlamentario nacional, la Ley 25241¹¹, carente de reglamentación y de modificaciones hasta el momento de redactarse el presente informe, reserva reducciones de pena a quienes colaboraren en el esclarecimiento de hechos de terrorismo, no así en punto a los vinculados a otras especies delictivas.

IV

Para analizar los resultados de una política criminal en materia de drogas ilícitas como la adoptada en la Argentina, en la que se pena desde la tenencia para consumo personal hasta la organización del tráfico internacional, vale echar mano de algunas estadísticas, la elocuencia de cuyas cifras exige de mayores comentarios.

La Justicia Federal tiene asignada una amplia competencia, puesto que se le confía el conocimiento y decisión en todos los delitos cometidos en alta mar y en aguas, islas o puertos argentinos, así como en todos los cometidos en el territorio nacional en violación de leyes nacionales relativas a ilícitos contra la soberanía y seguridad nacionales, a la defraudación de sus rentas, a la obstrucción o corrupción del buen servicio de los funcionarios y empleados públicos, a la violencia, estorbo o falseamiento de la correspondencia o de las elecciones nacionales, y a la falsificación de documentos nacionales, billetes nacionales o de bancos autorizados¹². No obstante, a partir de la sanción de la Ley 23.737, su cometido esencial es el de procesar y juzgar a infractores de dicha ley, resultando los tenedores de sustancia prohibida su abrumadora mayoría.

En lo que va del año 2000, la Policía Federal ha detenido un promedio de quinientas personas por mes por tenencia de drogas para mero consumo personal; las policías provinciales concretaron otras mil quinientas detenciones mensuales en virtud de esa infracción, lo que totaliza 11.817 detenidos en el primer semestre del año en curso¹³.

Si examinamos datos generales del Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Carcelaria, se advierte que los delitos previstos por leyes especiales -la de tenencia y tráfico es sólo una de ellas- re-

presentaron el 11.96 % del total en 1996, el 9.91 % en 1997, el 10.03 % en 1998, y el 10.71 % en 1999 ¹⁴. Esos números permiten afirmar que las infracciones a la Ley 23737 no superan el 10 % del total de delitos registrados, sumando las competencias ordinaria y federal; pero, frente a esas revelaciones, nos encontramos con que, en el ámbito de la segunda, el 80% del total de causas iniciadas entre el 1° y el 15 de octubre de 2000 obedece a la tenencia de drogas para consumo personal¹⁵. Esa proporción se mantiene en alza desde 1997, en que de un total de 373 procesos con imputados detenidos, en la órbita de esa justicia especial, el 76.41 % (285 casos) respondía a la infracción a la ley de drogas, y el 23,59 % restante (88 casos) a otros delitos federales; pero interesa resaltar especialmente que, de esos 285 casos tramitados por imperio de la Ley 23737, 254, el 89.12 %, se debía a tenencia de drogas¹⁶.

En ocasión de reunir a sesenta jueces federales en su residencia, en el mes de junio próximo pasado, el Presidente Fernando de la Rúa los exhortó a evitar que "un pequeño error" cometido por las fuerzas de seguridad encargadas de la prevención o por los jueces instructores diera lugar a nulidades que frustraran los esfuerzos realizados. Los magistrados argumentaron que lo esencial era superar "el problema generado por el abarrotamiento de causas de poca monta... debido a que el 92 por ciento de los procesos sobre drogas que se ventilan en la justicia federal de la Capital se refiere a procedimientos en los que se secuestraron menos de 10 gramos de cocaína" ¹⁷.

Respecto de menores de edad imputados ante la justicia federal, la última estadística obtenida recoge datos computados desde noviembre de 1997 hasta el mismo mes de 1998: de un total de 400 adolescentes detenidos en ese periodo, 385 (96.25 %) lo fueron en aplicación de la Ley 23.737 y en virtud de alguna modalidad de tenencia, y sólo 15 (3,75 %) por otras causas¹⁸.

Los números cantan: al haberse otorgado relevancia penal a la posesión pura y simple de estupefacientes o psicotrópicos, y -aun- a la inequívocamente destinada al consumo personal, se ha desviado hacia esas situaciones el peso del aparato del control social formal, y en ellas se ha concentrado.

Desde un punto de vista de ética elemental, aun dejando de lado los reparos constitucionales en torno a los delitos de tenencia y de peligro abstracto, aparece injusto que más del 90 % de la actividad represiva se dirija a quienes, en rigor, resultan víctimas del conflicto social que se dice combatir. Desde una visión más utilitaria, la respuesta no es menos condenatoria: tanto las fuentes policiales¹⁹, como las judiciales²⁰, las médico-forenses²¹ y las médico-asistenciales²² admiten que el consumo de drogas va en aumento y se ha masificado, con elevados ín-

dices de reincidencia en el mismo. El responsable del área de prevención de la Secretaría de Estado respectiva²³, ha dado cuenta del incremento de consultas y pedidos de ayuda a esa dependencia oficial, al punto de registrarse un 40% más de tales demandas de un mes a otro²⁴.

En conclusión: el consumo interno de drogas no ha hecho más que crecer, en un país en el que el legislador ha decidido reprimir y sancionar con penas privativas de libertad toda tenencia de sustancias prohibidas, responda o no a fines de comercialización, e, inclusive, cuando se hallare destinada al consumo personal; y en el que las agencias del sistema penal han conformado su operatividad, en términos estadísticamente trascendentes, a los autores de tales conductas -menores o insignificantes, de cara al tráfico propiamente dicho- afectando, por lo demás, mayoritariamente, a los tenedores de la última categoría, los meros usuarios²⁵.

La Argentina no ha dejado de ser un país de tránsito de sustancias prohibidas, pero está en vías de consolidarse, merced a las erradas políticas generales y particulares asumidas, como país de destino del tráfico internacional.

Notas

1. *Revista Penal*, n° 2, julio 1998, pp. 81-83.
2. Es el término tradicionalmente empleado en la ley penal argentina, para designar al heterogéneo elenco de sustancias periódicamente relevadas por el Poder Ejecutivo Nacional, completando así la ley penal en blanco configurada por la que aquí comentamos, en función de lo dispuesto en el último párrafo del art. 77 del Código Penal.
3. V. NIÑO, Luis F., La nueva ley sobre tenencia y tráfico de estupefacientes, *Revista "La Ley"*, Suplemento Actualidad, 11-X-89.
4. Ley 20.771, B. O. de 9-10-74.
5. El primer párrafo de esa disposición proclama: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...".
6. El art. 21° de la ley comentada, estatuye una medida similar para el tenedor para consumo personal que "no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador", caso en el cual, por única vez, el juez puede sustituir la pena por una medida de seguridad educativa, "en la forma y modo que judicialmente se determine". Valga acotar que la laxitud de los términos empleados por la ley ha sido fuente de perplejidades iniciales y de demorada y vacilante implementación en la práctica judicial.
7. Excedería el marco de esta aportación abundar respecto de las serias objeciones formuladas por profesionales de la Psiquiatría y la Psicología a esa manda legal de cura compulsiva.
8. El art. 34 de la Ley 23737 atribuyó competencia a la justicia federal de todo el país para el juzgamiento de los delitos en ella previstos. Ello se vincula a la desvirtuación del bien jurídico protegido, que ha pasado a ser, en los discursos y en los hechos, el de la seguridad nacional, en lugar del tradicional

-y adecuado a un tratamiento racional del problema- consistente en la salud pública.

9. V. *Revista Penal*, n° 2, p. 82.
10. V. *Revista Penal*, n° 2, p. 82-83.
11. B. O. de 17-3-80.
12. Código Procesal Penal de la Nación (art. 33).
13. "El drama de la droga", informe especial, Suplemento de Información General, Diario "Clarín", Bs. As., 23-X-00.
14. Estadísticas Criminales del R.N.R.E.C., dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
15. "El Drama de la Droga", citado, p. 62.
16. Datos recogidos en la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires.
17. "Los jueces y el poder del narcotráfico", nota editorial, Diario "La Nación", Bs. As., 13-VI-00.
18. V. nota 16.
19. Comisario Carlos Riesgo, del Departamento de Drogas Peligrosas de la Policía Federal, informe, loc. cit.
20. Juez Federal Gabriel Cavallo. Dicho magistrado, hubo de pronunciarse por la conveniencia de despenalizar la tenencia para consumo, argumentando: "el aumento del delito va pegado a la desocupación y la marginalidad, no al consumo" (informe, loc. cit.).
21. Dr. Osvaldo Curci, toxicólogo forense, op. et loc. cit.
22. Licenciado José González, del Centro Nacional de Reeducación Social (CE.NA.RE.SO.).
23. Se trata del Licenciado Alberto Calabrese, fundador, junto a su padre homónimo, del Fondo de Ayuda Toxicológica (FAT), una ONG pionera en tratamientos de rehabilitación de pacientes adictos.
24. Concretamente, de septiembre a octubre del corriente año, según datos del informe especial antes citado.
25. Párrafo aparte merece el fenómeno de las "mulas" o "pasadores" de frontera, gentes comunes contratadas para el tránsito terrestre de dos o tres kilogramos de drogas prohibidas por algún límite fronterizo. Obviamente, su conducta queda abarcada por el precepto que describe las modalidades del tráfico, vale decir que no ingresa en las cifras de tenedores que hemos puesto de relieve. No obstante, vale apuntar que la crítica situación socioeconómica del país y el aumento de consumidores colma de mano de obra barata a ese tramo del comercio ilegal; y mantiene a los operadores del sistema penal abocados a golpear, casi exclusivamente y sin la menor perspectiva de éxito, sobre los segmentos inferiores de la red.

Brasil

Dr. William Terra de Oliveira

Fiscal de San Pablo. Miembro del GAERPA - Grupo de Actuación Especial para la Represión y Prevención de los delitos previtos en la Ley Antidrogas¹ y del ILANUD - SP

I. Introdução

A criminalidade organizada é sem dúvida alguma um dos maiores problemas que a política criminal moderna tem enfrentado nos últimos anos.

A pluralidade de bens jurídicos envolvidos, suas conseqüências, os lucros e vantagens que oferece, são elementos dificultam ainda mais a tomada de posturas por parte do Estado. Ao lado disso, a liberação do comércio mundial, as novas formas de comunicação e a existência de uma consciência social globalizada potencializaram seus efeitos.

Não sem motivos o tema central do XVI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Budapest (1999) foi a criminalidade organizada. No âmbito das Nações Unidas, os principais avanços estão sendo no sentido de definir critérios e programas para uma melhor cognição do fenômeno e uma mais adequada forma de responder ao problema.

Ademais, dentro do que se entende modernamente sobre criminalidade organizada, o **narcotráfico** vem ocupando posição de destaque desde que surgiram os principais documentos internacionais sobre a matéria (como exemplo, a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Drogas e Substâncias Psicotrópicas de 1988, o Programa para a Fiscalização Internacional de Drogas de 1990, a Conferência Mundial Interministerial sobre Delinqüência Transnacional Organizada de 1994, e os encontros promovidos pelas Nações Unidas nos últimos cinco anos para tratar especificamente da questão da lavagem de dinheiro proveniente das drogas).

De uma forma ou de outra, o crime organizado (e sua face mais conhecida o narcotráfico) estão pautando as políticas públicas da maioria das nações, influenciando na construção dogmática e na política criminal hodiernas. Tais fenômenos surgem ademais como importantes fatores de produção legislativa, dentro e fora do âmbito penal.

Em termos amplos, essa diversidade de problemas teóricos e práticos tem gerado importantes e subliminares efeitos sobre o trabalho daqueles que de uma forma ou de outra estão relacionados com o tema. Paralelamente, é curioso notar que o avanço da criminalidade organizada, o aperfeiçoamento do narcotráfico em nível mundial (as estatísticas e a imprensa o demonstram) e a pequena eficácia das medidas tradicionalmente adotadas para seu controle, têm produzido um sentimento de descrédito social nos mecanismos adotados, contribuindo para um certo desalento por parte daqueles que estão incumbidos de combater tais fenômenos.

No caso brasileiro, como em outras partes do mundo, o problema das drogas tem alcançado um protagonismo preocupante. Nos últimos anos os grupos de delinqüentes organizados ampliaram suas atividades e sua presença no Brasil, na última década principalmente, revelou novas formas de perigo social. Os criminosos estabeleceram re-

des para facilitar suas atividades, criaram complexas estratégias e diversos *modus operandi* que proporcionaram meios ao narcotráfico de infiltrar-se em instituições (principalmente no âmbito político) e no sistema econômico-financeiro. Ao lado de disso, os organismos de repressão brasileiros constataram um aumento, sobretudo nos grandes centros urbanos, das atividades delitivas organizadas de grupos de estrangeiros (membros dos cartéis Colombianos, a máfia italiana, e os grupos oriundos da Nigéria e África do Sul, Albânia e Rússia), bem como a chegada de novas drogas (como as sintéticas, o ecstasy, e o CRACK).

O objeto principal deste ensaio é descrever a situação das drogas ilegais no Brasil, avaliar as iniciativas de cooperação e buscar compreender as políticas e diretrizes.

II. As iniciativas do governo brasileiro

O Brasil passou na última década por um processo de consolidação da democracia, com um significativo fortalecimento das instituições e dos poderes constitucionais. A Constituição da República (de 1988) proporcionou o crescimento de uma nova consciência social de cidadania, e o aperfeiçoamento da administração pública.

Por outro lado, o Governo Federal logrou controlar o processo inflacionário, conferindo uma maior estabilidade econômica ao país, que hoje possui uma moeda estável. Ademais, nos últimos anos, o Brasil se abriu para o mundo, participando cada vez mais de um modelo de economia altamente globalizada, onde o fluxo de capitais e de negócios cresceu sensivelmente, colocando o país entre as principais economias internacionais.

Toda essa potencialidade, esse passo de modernidade, atraiu por conseqüência novas formas de criminalidade, sobretudo aquelas voltadas aos delitos financeiros, aos crimes contra a administração pública e ao narcotráfico.

Sensibilizado com tal situação, o atual Presidente da República, Sr. Fernando Henrique Cardoso, iniciou uma série de importantes reformas, incluindo a criação de mecanismos e órgãos especializados no combate ao delito.

Merece mencionar que as principais medidas práticas tomadas pelo Governo Federal foram :

- a. A criação da "Secretaria Nacional Antidrogas" (SENAD), um órgão federal, que atualmente centraliza e coordena a política nacional no combate ao narcotráfico, mediante o fomento de investigações, coleta de dados, intercâmbio de informações e medidas que contribuam para aproximar os órgãos públicos vocacionados

- ao controle da criminalidade relacionada com as drogas. Tal Secretaria representou um importante avanço, pois preencheu um vácuo administrativo que impedia a formulação de uma política pública harmônica e coordenada. Ademais, logrou dar início a relevantes programas de prevenção, gerais e especiais, que começam a demonstrar resultados²;
- b. Ao lado de tal Secretaria, foi criado o “Fundo Nacional Antidrogas”, que passou a concentrar os valores apreendidos, confiscados ou declarados perdidos, que pertenciam a pessoas envolvidas com o narcotráfico e com a lavagem de dinheiro. O Fundo Nacional Antidrogas tem contribuído desde então com o aparelhamento das forças que lutam contra as drogas e com o financiamento de campanhas e programas de prevenção.
 - c. Foi proposta e aprovada a Lei 9.804 de 30 de junho de 1999, que acarretou a alteração do art. 34 da Lei Antidrogas (Lei n 6.368/76) simplificando os procedimentos judiciais de perdimento de bens. Tal lei buscou manter o sistema de respeito às garantias individuais da propriedade e liberdade, mas criou uma série de medidas de caráter cauteloso para tornar mais ágil o perdimento dos valores que são fruto do narcotráfico.
 - d. Foi criada e implementada a Secretaria Nacional de Segurança Pública.
 - e. O Sr. Presidente da República editou normas para a criação de um “Plano Nacional de Segurança Pública”, complementado por um correspondente “Fundo Nacional de Segurança Pública”, visando a condução mais harmônica da segurança pública para o país, consciente das diferenças regionais que existem em uma nação de grandes proporções territoriais.
 - f. Finalmente, o Governo Federal conseguiu levar adiante a aprovação de uma lei especial para o combate ao crime de lavagem de dinheiro. A “Lei n 9.613 de 01 de março de 1998” criou o crime de lavagem de capitais, seguindo o difundido modelo internacional (sua estrutura e o seu regulamento são muito parecidos com as atuais normas vigentes na Espanha). Ao lado da lei, foi criado um organismo administrativo especial chamado “COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras”, que tem por finalidade coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro e controlar as informações administrativas prestadas em respeito ao que determina o regulamento da lei de lavagem de capitais³.

Tais iniciativas, acompanhadas do fomento à pesquisa e ao processo de modernização das instituições fazem parte das maiores conquistas presentes na recente democracia brasileira.

III. O contexto legal na área das drogas

No âmbito legislativo, a disciplina jurídico-penal das drogas está concentrada em uma Lei Especial, fora do Código Penal. Trata-se da “Lei n 6.368 de 21 de outubro de 1976”, que descreve os tipos penais fundamentais, e concentra as principais definições legais sobre a política antidrogas no Brasil.

A legislação brasileira classifica as condutas sobre a base de um enfoque pouco dinâmico, bastante rígido e repressivo, pois os delitos no sistema atual estão divididos em duas grandes categorias: o porte ilegal de drogas (*la tenencia para uso personal*) e o tráfico de drogas.

O delito de narcotráfico vem definido no artigo 12 da Lei Antidrogas, e tem a seguinte redação: “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 a regulamentação legal ou regulamentar : pena – reclusão de 3 a 15 anos, e pagamento de 50 a 360 dias- multa.”

A posse, ou porte, para uso pessoal é um delito, ainda que pequena a quantidade da droga apreendida, e está descrita no artigo 16 da Lei Antidrogas: “Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a regulamentação legal ou regulamentar : pena – detenção de 6 meses a 2 anos e pagamento de 30 a 100 dias- multa”.

IV. O marco teórico e político-criminal

São inúmeras as dificuldades dogmáticas e político-criminais proporcionadas pela delinquência organizada. Trata-se de uma realidade tão complexa que é difícil alcançar um conceito unânime que a defina, ou compreender a real amplitude de suas conseqüências.

No Brasil surgiram iniciativas no sentido de definir regras para um melhor controle da delinquência do tipo organizado. Um exemplo foi a edição da Lei n 8.072/90 (“Lei dos Crimes Hedion-

dos”) que tornou mais rigoroso o tratamento penal aos delinquentes violentos, organizados ou traficantes. Outro exemplo foi a Lei n 9.034 de 1995 que buscou provocar uma reação estatal contra o crime organizado, mas que acabou se revelando uma norma sem eficácia alguma, dada seu caráter meramente ideológico impregnado de sérias imperfeições.

Enfim, no Brasil de hoje, existe uma realidade social que exige mudanças profundas na maneira de conduzir o Direito Penal. Sente-se um forte apelo utilitarista, e um desejo premente de segurança pública. A sociedade começa a tomar consciência dos nefastos efeitos que o mundo das drogas proporciona e pressiona o Estado a formular políticas públicas mais severas. Assim, a política criminal no Brasil em matéria de drogas aponta a uma dupla realidade: de um lado estão as tendências tradicionais e simbólicas de repressão penal (mais armas, mais policiais, mais meios operacionais) . De outro lado estão aqueles que buscam formular estratégias fundamentadas na prevenção geral e especial, na análise de dados e tendências, na cognição da dinâmica e estrutura dos principais grupos organizados que atuam no país, na cooperação entre órgãos vocacionados ao controle do narcotráfico e no intercâmbio de informações.

A legislação atual está desatualizada (é do ano de 1976). A jurisprudência não está acostumada aos novos problemas e casos trazidos pelo moderno tráfico de drogas. Ainda faltam dados completos e estatísticas com perfis detalhados. As várias esferas conceituais propostas pelo tema (a economia, o direito, a tecnologia, os diferentes aspectos culturais, o contexto social e político de cada região) apenas acentuam a necessidade de que uma eventual reforma do sistema penal brasileiro deva estar consciente de que o crime de tráfico de drogas é transnacional, globalizado e multidisciplinar.

Provavelmente, as novas construções teóricas deverão enfrentar a barreira das garantias individuais, necessárias à manutenção do Estado Democrático e de Direito, sem perder de vista que é necessária uma maior eficácia por parte da norma penal como mecanismo de controle do delito. Será necessário formular diferentes sistemas de imputação, distinguindo níveis de responsabilidades (as individuais e as existentes dentro de grupos organizados e sistemas complexos). Ademais será fundamental discutir o papel das *peças jurídicas* perante o direito penal, transcendendo as meras discussões sobre a natureza das sanções que atualmente são impostas (administrativas ou penais) para chegarmos a um novo modelo de sistema penal, com uma arquitetura conceitual apro-

priada, consciente e adaptada às influências que as corporações produzem no mundo do delito.

Finalmente, seria importante resgatar a idéia de que a luta contra o crime organizado não é apenas tarefa dos órgãos de segurança pública e das autoridades. A sociedade civil, a comunidade, deveria participar com maior intensidade das medidas formuladas, assumindo responsabilidades baseadas na solidariedade e na importante *função preventiva complementar* que o meio social pode desempenhar no controle do delito⁴.

Notas

1. O GAERPA é composto por membros do Ministério Público que atuam especificamente em temas relacionados com drogas, seguindo um modelo de Promotoria de Justiça Especializada. Está localizado em São Paulo: Rua Minas Gerais, n 316 - 7 andar - Higienópolis - Código Postal : 01244-010 - São Paulo - SP - BRASIL - E-MAIL : gaerpa@mp.sp.gov.br

2. Para constar, segue o endereço da Secretaria Nacional Antidrogas : Palácio do Planalto - Anexo 2 - Sala 244 - Código Postal: 70.150-900 - BRASILIA - DF - BRASIL .

3. O endereço do COAF é : Setor de Autarquias Sul - Quadra 03 - Bloco "0" - Ed. Órgãos Regionais do Ministério da Fazenda - 7 andar - Código Postal : 70070-100 - DF - BRASIL - Internet: <http://www.coaf.gov.br>

4. O Ministério Público de São Paulo possui a seguinte home page: <http://www.mp.sp.gov.br>

Chile

Prof. Felipe Caballero Brun
Universidad de Chile

1. El tratamiento jurídico-penal que ha existido en Chile en torno al control de los estupefacientes tiene sus inicios en 1875, con la entrada en vigencia del Código Penal. La codificación chilena, siguiendo el modelo del Código Penal español de 1848-50, adoptó en el párrafo 14 del Título VI del Libro II, relativo a la protección de la Salud Pública una serie de delitos que se tipificaron en los artículos 313, 314, y 315; todos los cuales giraban en torno a la elaboración y tráfico de sustancias o productos nocivos a la salud y sobre los cuales recaía una prohibición. Ya casi un siglo después, mediante la Ley nº 17.155 (publicada en el D. O. el 11/06/1969), todo el referido párrafo 14 fue sustituido por otro que incorporaba nuevas tipificaciones, mayores detalles y aumentaba las penas a este sector de la legislación. Pero es recién a partir de 1973, con la dictación de la Ley nº 17.934¹, que la regulación penal sobre las drogas ilegales es extraída del Código Penal y establecida en una legislación penal especial. De este modo se consagra en nuestro país el modelo prohibicionista que había sido impuesto por los EE.UU. en la Conven-

ción Unica sobre Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961². Después en el año 1985 se dicta la Ley n° 18.403, la cual también forma parte de un proceso más o menos compartido por otros países de la región caracterizado por el endurecimiento de sus leyes antidrogas³.

2. La actual legislación penal especial sobre drogas ilegales⁴, n° 19.366, data desde el 30/01/1995 (fecha de su publicación en el D. O. con vigencia inmediata) y posee su fuente real en los compromisos que asumió el Estado chileno al suscribir la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (también denominada Convención de Viena)⁵.

Después de cinco años de vigencia de la Ley n° 19.366 pareciera existir una cierta univocidad de criterios por parte de la comunidad jurídica nacional en torno a que la actual regulación penal sobre drogas muestra ser: *incoherentemente severa en lo sustantivo y agudamente inquisitiva y vulneradora de garantías en lo adjetivo*⁶.

A pesar de la existencia de una normativa con estas características, los objetivos propuestos de disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas no han logrado imponerse; es más las estadísticas demuestran un progresivo aumento y expansión de los mismos. No se trata, obviamente, de adjudicarle al control punitivo una importancia mayor a la que en un escenario óptimo podría llegar a poseer, pero sin duda que la frustración de expectativas aludida repercute en una cierta deslegitimación de los fundamentos mismos del control penal en el ámbito de las drogas.

3. No puede desconocerse hoy en día que el núcleo central de cualquier política antidrogas que pretenda tener algún grado eficacia empírica debe girar en torno a la prevención. A su vez el control jurídico penal debe estructurarse en torno a los principios básicos de *focalización y selectividad*. *Nada de ello ocurre con la política criminal que subyace a la Ley 19.366.*

La actual regulación establece, de modo directo, marcos penales sumamente elevados que no guardan correspondencia con la naturaleza misma del bien jurídico protegido, ni tampoco proporcionalidad con los marcos penales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico penal para delitos de mayor gravedad.

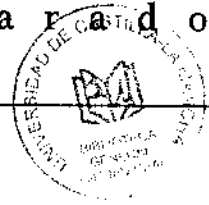
Por ejemplo, si nos remitimos al párrafo 14, Título VI del Libro II del Código Penal y analizamos los marcos penales de los ilícitos contra la salud pública allí establecidos, resulta que la gran mayoría de ellos giran en torno al presidio menor (privación de libertad de 61 días a 5 años). Sólo el llamado delito alimentario del art. 315, el cual exige peligro concreto de provocar la muerte o grave

daño para la salud de las personas, tiene asignada pena de presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años de privación de libertad).

Ahora bien y aceptando que el tráfico de drogas afectaría a la salud pública de manera homóloga que los delitos del mencionado párrafo 14 del Código Penal,⁷ nos encontramos que en él no hay una correspondencia con los recién aludidos marcos penales, ya que la pena de éste va de 5 años y un día a 15 años de privación de libertad sin que ni siquiera el comportamiento de tráfico exija un peligro concreto de provocar la muerte de una persona. En todo caso la aceptación sólo la realizamos para darle fuerza a la argumentación esgrimida. Pero ello obviamente no es así, por cuanto todos los delitos contra la salud pública que se encuentran en el párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal giran en torno a un elemento básico común, que es proteger a los individuos frente al abuso o engaño de quien adultera, simula o comercializa sustancias peligrosas, pero "sin conocimiento de los usuarios". Por lo tanto 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 éstas 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.

4. Es de destacar que esta desproporcionalidad de marcos penales a que hacemos mención trasciende la naturaleza misma del bien jurídico pretendidamente protegido por el delito de tráfico de drogas, y se extiende a otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico penal. Por ejemplo el delito de homicidio simple (art. 391 n° 2 del Código Penal) posee idéntico marco penal que el tráfico de drogas, y el delito de auxilio al suicidio tiene un marco penal ostensiblemente menor que el del citado tráfico. Así las cosas la consecuencia axiológica normativa que se deriva a partir de la situación expuesta, implica que matar a otro es igualmente grave que vender droga; y que facilitar conscientemente un arma de fuego a un suicida para que se quite la vida es un hecho de menor gravedad que entregarle, onerosa o gratuitamente, alguna sustancia ilícita para que se drogue.

La desproporción e incoherencia también afecta al tratamiento punitivo de la Ley n° 19.366 en materia de asociación ilícita para el narcotráfico (art. 22); ya que resulta en definitiva ser más blan-



do con los altos jefes y ser más duro con el resto de los asociados (y también cómplices) por su especialidad respecto de la figura genérica de asociación ilícita prevista en el Código Penal. Situación que aparece absolutamente inexplicable y contradictoria con los parámetros racionales que deben guiar una política criminal contra el crimen organizado⁸.

Ahora bien la severidad de las penas y la rigurosidad del castigo en la Ley 19.366 no sólo se estructura a partir de la conminación penal en abstracto, sino que también se plantea de un modo indirecto al excluir arbitrariamente la operatividad de la circunstancia atenuante contemplada en el n° 7 del art. 11 del Código Penal (procurar reparar con celo el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias), al establecer circunstancias agravantes especiales y también a partir de la imposibilidad de aplicar medidas alternativas a la privación de libertad tales como la reclusión nocturna y la libertad vigilada respecto de los delitos previstos en esta ley.

También debe hacerse presente que la utilización de cláusulas especiales como la del art. 24⁹, la configuración como tipicidades principales de algunas formas concretas de participación y la excesiva tipificación autónoma de figuras que en rigor son actos preparatorios de un eventual tráfico de drogas revelan una insólita extensión y adelantamiento de la punibilidad, que es característica del derecho penal autoritario o fascista. Así, y si tenemos en cuenta que la gran mayoría de los delitos que contempla la Ley 19.366 están configurados como delitos de peligro o bien constituyen en rigor simples actos preparatorios, se llega al absurdo hipotético de sancionar -en algunos casos- tentativas de tentativas y -en otros- conspiraciones de actos preparatorios¹⁰.

Pareciera entonces que se trata de utilizar el castigo y la violencia penal sin reparos, sin racionalidad, sin proporcionalidad, sin diferenciación y sin individualización. Como consecuencia de ello el sistema de administración de justicia criminal se va viendo desbordado por la criminalidad referida al tráfico de drogas, la población carcelaria va aumentando con la consiguiente profundización de los ya pésimos niveles de habitabilidad de nuestras prisiones; y todo ello sin siquiera una contrapartida estadística que muestre logros positivos en la reducción de la oferta y demanda que, llegado el caso, tal vez hiciera medianamente aconsejable mantener una estrategia de este tipo.

5. En cuanto al respeto de las garantías procesales que la Constitución reconoce a todo sujeto inculcado de un delito; esta ley las transgrede flagrantemente¹¹. El derecho a defensa de aquellos

inculcados por infracciones a esta ley se ve seriamente vulnerado en atención al marcado corte inquisitivo que ella implica¹². Situación que se ve agravada al encontrarse inserta en un vetusto y oscurantista proceso penal, lo que trae como efecto la excepcionalidad máxima en materia de debido proceso¹³.

Aparece evidente entonces que todo el tratamiento de índole adjetivo que dispone la ley implica una afección flagrante al principio de "igualdad ante la ley", ya que se discrimina arbitrariamente disminuyendo los derechos y garantías a las personas por el sólo hecho de estar inculpadas en virtud de esta ley. Es la verificación del estigma máximo, que ni siquiera se reserva en nuestro ordenamiento jurídico para aquellos sujetos que están inculcados de delitos que merecen pena de muerte¹⁴.

6. La incorporación al interior de la Ley 19.366 de un mecanismo propio del derecho penal premial o de recompensa como lo es la Cooperación Eficaz (art. 33), dada la amplitud y falta de delimitación, puede llegar a ser causa frecuente de inculpación de inocentes en la medida que la misma posibilita las confesiones falsas y no establece un requisito de vinculación mínima entre el colaborador y aquel que puede resultar inculcado por la información que se suministra. Además ella vulnera abiertamente el derecho a defensa, ya que la información proporcionada por el colaborador se mantiene en secreto y sólo pueda ser conocida en casos excepcionales.

7. Por otro lado en la regulación del agente encubierto que hace la ley 19.366 (art. 34) se observa una clara tendencia que choca con los principios más elementales del Estado de Derecho Moderno. Ello por cuanto la actuación de una operación encubierta sólo requiere para su materialización de la autorización del mando policial superior que corresponda, excluyendo la participación del órgano jurisdiccional (y sin acudir a los criterios de necesidad, oportunidad, duración, etc...). Marginal al órgano jurisdiccional de tan importante decisión es contradictorio con la misma naturaleza del agente encubierto, el cual como funcionario perteneciente al estado debe tener por lo menos algún tipo de control externo en el ejercicio de sus funciones¹⁵.

8. Por último cabe señalar que la Ley n° 19.366, innovando en nuestra tradición jurídica, sanciona en forma expresa y directa la conductas de consumo de drogas y de tenencia para el consumo, tipificándolas por regla general como falta contravenacional¹⁶ y en algunos casos especiales (dependiendo del sujeto activo) como delito¹⁷. De más está decir que la amenaza penal sobre el toxicómano es absolutamente inútil por cuanto

éste no posee la necesaria imputabilidad sobre la que se construye el juicio de reprochabilidad penal, toda vez que su dependencia compulsiva le anula la capacidad de dirigir sus acciones conforme a la comprensión de la significación de sus actos¹⁸.

Ahora bien en cuanto a la imposición de un tratamiento forzoso de rehabilitación sobre el consumidor como lo establece la Ley 19.366 en su artículo 41 letra b), éste, según la opinión unánime de los expertos, estará siempre condenado al fracaso.

En todo caso creemos que, más allá de las razones prácticas aludidas, el consumo de drogas no debería ser punible en la medida que el mismo queda dentro del ámbito de ejercicio de la libertad por parte de los ciudadanos. La salud sólo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. Es un principio fundamental, en cualquier Estado que se diga respetuoso de la dignidad del hombre y de las libertades individuales, no interferir en la esfera de autodeterminación del ser humano mientras su conducta no traspase su ámbito de autonomía. En la medida que los comportamientos privados se exteriorizan sin involucrar o perjudicar a terceros, ellos no pueden poseer relevancia jurídico penal¹⁹.

Notas

1. Publicada en el D. O. del 16 de mayo de 1973.
2. La dictación de la Ley 17.934 forma parte de un proceso compartido por casi todos los países Latinoamericanos y algunos europeos, durante los primeros años de la década del setenta, consistente en la adopción a nivel legal de los criterios político-criminales que habían sido diseñados por las Naciones Unidas en el Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961, con el objeto de uniformar el control jurídico-penal en esta materia. En este sentido Vid. CABALLERO BRUN, FELIPE; "Perspectiva Criminológica, Político-Criminal y Jurídico-Positiva de las Drogas Ilegales", 1996, sin publicar, pág. 58 y DEL OLMO, ROSA; "La Cara Oculta de la Droga", pag 35.
3. Así se dictaron nuevas normativas en Venezuela (1984), República Dominicana (1988), Argentina (1989), Colombia (1986), Perú (1982), Bolivia (1988) y Costa Rica (1989) entre otros. Cfr. ZAFFARONI, E. R.; "La Legislación Anti-Droga Latinoamericana: Sus Componentes de Derecho Penal Autoritario"; en Fascículos de Ciencias Penales, año 3, v. 3. n° 2, pág. 16 y ss., 1990, Porto Alegre, Brasil.
4. Es necesario tener presente que en estos momentos se encuentra en discusión parlamentaria un proyecto de nueva ley sobre esta materia (Mensaje del Poder Ejecutivo n° 4.232-341 del 2 diciembre de 1999) que, tal como hoy día va su tramitación y de ser así aprobado, agudizaría aún más los niveles de represión y transgresión de garantías en el tema de las drogas ilegales.
5. Esta Convención fue suscrita por el Gobierno chileno el 20/12/88, ratificada el 13/03/90 y promulgada por D. S. publicado el 20/08/90.
6. Parte de esta caracterización a que aludimos fue puesta en la discusión por los mismos juzgadores a través del Pre-

sidente de la Corte Suprema en su discurso de inauguración del año judicial 1998; cfr. D. O. del 14/03/98, pág. 8 y ss.

7. La aceptación sólo la realizamos para darle fuerza a la argumentación. Pero ello obviamente no es así, por cuanto todos los delitos contra la salud pública que se encuentran en el párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal giran en torno a un elemento básico común, que es proteger a los individuos frente al abuso o engaño de quien adultera, simula o comercializa sustancias peligrosas, pero "sin conocimiento de los usuarios". Por lo tanto 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 éstas 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.

8. Con más detalles y en profundidad sobre esta grave incoherencia de la Ley 19.366, vid. CABALLERO BRUN; FELIPE, "Criminalidad Organizada", en Revista Penal, n° 2 (julio-1998), Ed. Praxis, Barcelona, pág. 85 y ss.

9. El citado artículo de la Ley 19.366 establece que los delitos contemplados en ella se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución y que la conspiración para cometerlos será penada con pena privativa de libertad de 541 días a 3 años y multa de 40 a 200 UTM.

10. Con ello se están ignorando los distintos grados de afección de que puede ser objeto el bien jurídico y vulnerando abiertamente el "principio de lesividad".

11. En este sentido la norma del artículo 38 que impide la acumulación de autos, contraviene la regla general del artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales. Aparte de vulnerar el principio de la economía procesal la norma en cuestión dificulta y encarece el derecho a defensa.

12. Así el artículo 34 de la Ley 19.366, al disponer que el juez podrá denegar el conocimiento del sumario hasta la conclusión de éste, contraviene abiertamente a lo que se establece en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal respecto a que el procesado tendrá siempre derecho al conocimiento del sumario transcurridos 120 días desde la fecha de la resolución que lo sometió a proceso.

13. Debe recordarse que en la actualidad Chile todavía cuenta con un proceso penal inquisitivo neto. La reforma hacia uno oral y acusatorio está en curso y el 16 de diciembre de 2000 entra en vigencia de modo gradual el Nuevo Proceso Penal en dos regiones del país.

14. En Chile todavía existe la pena de muerte para delitos como el parricidio, robo c/homicidio, robo c/violación, violación c/homicidio, entre otros.

15. Llama la atención que la Ley 19.366 no requiriera de la intervención del órgano jurisdiccional para autorizar el empleo de esta especial técnica policial, ya que para otras medidas como la intervención, apertura o registro de las comunicaciones o documentos privados, que también implican una intervención y menoscabo de las garantías constitucionales (cfr. art. 31).

16. Véase el artículo 41 de la Ley n° 19.366.

17. Véanse los artículos 11 en la Ley n° 19.366 y el 299 bis del Código de Justicia Militar.

18. Vid. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; Manual de Derecho Penal, Parte General, EDIAR, 6ª edición, pág. 541 y ETCHEBERRY, ALFRE-

DO; "Derecho Penal, Parte Especial", tomo IV, Ed. Jurídica de Chile, 3ª ed., 1997, pág. 299.

19. Ver en este sentido la contundente argumentación de la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia del 05/05/94, publicada en la La Gaceta de la Corte Constitucional, República de Colombia.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

I. Política criminal a nivel legislativo

Son tres los documentos legales que recogen los lineamientos de política criminal adoptados por el estado costarricense:

A) *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas*: la más reciente Ley de Psicotrópicos (No. 7786) data del mes de abril de 1998, sustituyendo la anterior que había sido sancionado en abril de 1991 y sobre la que se había reseñado en el volumen número 2 de esta Revista Penal.

Esta nueva normativa disminuye las penas a imponer en tratándose del tráfico de drogas a nivel interno pero desaparece la posibilidad de disminuir hasta la mitad la pena mínima cuando se trate de la venta directa a consumidores. En lo que se refiere al Tráfico Internacional de Drogas las penas siguen siendo de ocho a veinte años de prisión.

Además se incluye una nueva y detallada tipificación de figuras relacionadas con el favorecimiento real o personal, con la obstaculización del esclarecimiento de estos delitos y se detalla la figura denominada "Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico".

Otros dos aspectos dignos de destacar de la Ley 7786 lo son la regulación que se establece sobre "entregas vigiladas", figura que hace referencia al hecho de dejar atravesar, circular o salir del país las sustancias prohibidas con la finalidad de identificar a las personas involucradas en el tráfico ilícito de estupefacientes; y el otro aspecto lo constituye el trato preferencial que el fiscal puede ofrecer al "arrepentido", entendido como aquel acusado que proporcione espontáneamente información que contribuya esencialmente al esclarecimiento de delitos realizados por narcotráfico. Dicho trato preferencial consiste en la solicitud del perdón judicial o de la reducción hasta de la mitad de las penas establecidas en la ley o la concesión de la condena de ejecución condicional en los casos que fuere

procedente (condenas de hasta tres años de prisión como máximo).

En síntesis esta ley procura enfatizar la persecución a nivel internacional como se destaca con la aplicación de penas más severas para este tipo de tráfico, la implementación del instituto de la entrega vigilada y el señalamiento en los artículos 7 y 8 de regulaciones referidas a la cooperación con autoridades extranjeras.

B) *Acuerdo entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de los Estados Unidos de América para suprimir el tráfico ilícito*: La aprobación de este acuerdo se encuentra dispuesta mediante Ley No. 7929 de setiembre de 1999, acuerdo que contiene una serie de disposiciones en materia de colaboración policial entre las autoridades de estos dos países para el patrullaje aéreo y marítimo.

En un principio la posibilidad de firmar un convenio de este tipo levantó algunas protestas entre ciertos sectores políticos que cuestionaban la vulneración de la soberanía nacional al permitir el patrullaje, abordaje, detención, etc., de barcos y aeronaves nacionales o en el espacio nacional por parte de la policía estadounidense, finalmente el acuerdo fue aprobado por la Asamblea Legislativa y superó cuestionamientos de constitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

El acuerdo estipula posibilidades iguales de participación y desenvolvimiento de parte de las autoridades de policía de ambas naciones aunque por supuesto los recursos nacionales son limitados lo que elimina cualquier forma de reciprocidad. No se contempla ninguna disposición represiva o de índole procesal en cuanto al juzgamiento de los delitos, remitiéndose en lo que a estos tópicos respecta a la legislación sustantiva y procesal de ambas naciones y a los principios del derecho internacional; trátase entonces de un convenio que involucra a las autoridades policíacas.

Lo que deja ver la firma de este acuerdo es la vinculación de la política costarricense de enfrentamiento del tráfico de drogas con los lineamientos que en toda la región son dictados por los requerimientos de seguridad de los Estados Unidos.

C) *Código Procesa Penal*: El reciente código de rito data del año 1996 aunque entró a regir en enero de 1998; en lo que al tema que nos ocupa corresponde contiene dos institutos de política criminal que deben ser destacados.

El primero se encuentra contemplado en el artículo 22 de este cuerpo de leyes y lo constituye la posibilidad de aplicación de un "Criterio de Oportunidad" para el caso del acusado que brinde información esencial para esclarecer el hecho investigado u otros conexos siempre que su participación sea

menos reprochable que los hechos cuyo esclarecimiento facilita; a cambio de tal cooperación el Ministerio Público prescindiría total o parcialmente de la persecución penal en su contra. El Criterio de Oportunidad reglado que contempla la legislación costarricense implica varias modalidades, siendo que la aquí descrita no es exclusiva para delitos de narcotráfico sino más bien es la modalidad diseñada para los casos de delincuencia organizada.

Este criterio de oportunidad consagrado a favor del "delator" que se convierte así en el llamado "testigo de la corona", deja sin aplicación y vigencia práctica la posibilidad contemplada en la Ley de Psicotrópicos a favor del "arrepentido" que podía obtener un compromiso de parte del acusador de solicitar un trato más favorable por parte del tribunal en punto a la pena a imponer.

El segundo instituto lo constituye el llamado "Procedimiento Abreviado", mediante el cual una persona sindicada por cualquier delito realiza una aceptación previa del cargo para evitar la realización del debate, obteniendo como contraprestación mediante una negociación con el Fiscal una disminución de la pena hasta en un tercio del monto mínimo contemplado en la ley como sanción. El pacto sobre la pena a imponer realizado entre el fiscal y el acusado resulta vinculante para el Tribunal el cual sin embargo podría rechazar la aplicación del Procedimiento Abreviado.

Este Código Procesal Penal resulta completamente novedoso en este punto siendo que el anterior diseño procesal no contemplaba la posibilidad de negociación entre el acusador y el imputado. La idea que se recoge en el código vigente es la de lograr mayor agilidad y eficiencia en el juzgamiento de la delincuencia organizada dentro de cuyo fenómeno el narcotráfico ocupa lugar preponderante.

II. Política criminal a nivel de persecución

En el campo de la ejecución y puesta en práctica de la legislación penal habría que destacar los siguientes aspectos.

La persecución del tráfico de drogas a nivel policial se encuentra en manos de dos cuerpos, por una parte la Policía de Control de Drogas perteneciente al Ministerio de Seguridad Pública (Poder Ejecutivo) y por la otra la sección correspondiente del Organismo de Investigación Judicial, cuerpo policíaco técnico perteneciente al Poder Judicial y que se encuentra bajo la dirección funcional del Ministerio Público, en este caso de la Fiscalía Adjunta de Narcotráfico.

La Policía de Control de Drogas funciona con sedes en todo el país bajo una estructura centralizada y jerárquica ocupándose básicamente del problema del tráfico ilegal de estupefacientes a nivel nacional.

En lo que toca al Organismo de Investigación Judicial, el mismo cuenta con una sección especializada (cuerpo élite) en la capital del país que se encuentra bajo la dirección funcional de la Fiscalía Adjunta de Narcotráfico con sede también en San José, la cual lleva adelante investigaciones relacionadas especialmente con el tráfico internacional y coordina acciones con las demás delegaciones y subdelegaciones de la policía judicial en el resto del país.

En estas otras zonas del país no se cuenta con un cuerpo élite sino que del grupo de investigadores que trabajan en cada oficina se designa a algún número determinado que se "especializa" en la materia. Estos investigadores trabajan bajo la dirección funcional de un fiscal del Ministerio Público que igualmente se encarga de la materia y que eventual y específicamente puede coordinar acciones con la Fiscalía Adjunta de Narcotráfico y que como ya dijimos tiene sede en la capital del país.

No existe una relación estricta de subordinación entre esta fiscalía y cada uno de los fiscales que se encargan de la materia en los restantes circuitos judiciales del país. Por parte de la Fiscalía Adjunta de Narcotráfico no se ha establecido una política de coordinación o supervisión de cada una de las investigaciones, siendo que como antes decíamos eventualmente puede presentarse una coordinación para el montaje de un operativo a gran escala pero siendo la norma la operación independiente de cada fiscal.

De igual modo no existen directrices, circulares u órdenes estrictas sobre la aplicación de los mecanismos legales de negociación entre acusados y fiscales perteneciendo la decisión en cada caso concreto al fiscal a cargo del caso.

En otro campo que es el de la capacitación, no existe por parte del Ministerio Público un diseño especializado para la formación de fiscales en esta área.

A manera de conclusión podemos afirmar que la más reciente normativa costarricense en materia de tráfico de drogas procura la implementación de una serie de institutos procesales que agilicen y conviertan en eficiente la persecución penal; es así como se ha permitido la negociación entre el fiscal y el acusado, negociación que sin embargo enfrenta serias limitaciones prácticas en virtud de que no existe en nuestro país un programa de protección de testigos ni cárceles especiales donde se puedan ubicar con seguridad a los arre-

pentidos o delatores. Lo que esto propicia es el desarrollo de toda una práctica subterránea de tráfico de información de la cual no queda ningún tipo de registro procesal, otorgando un gran campo de discrecionalidad a la policía y la fiscalía.

Otro rasgo a destacar es la preocupación por el Tráfico Internacional de Drogas dentro del cual debido a la posición geográfica de nuestro país, venimos a jugar un papel estratégico. En la práctica podemos constatar como básicamente la persecución penal se ejerce sencillamente contra el pequeño traficante que abastece el consumo interno, siendo realmente excepcionales los casos en los que se lleva a los tribunales a personas que ocupan puestos privilegiados dentro de la cadena del narcotráfico.

Finalmente es digno de mención la vinculación que se ha establecido entre la política nacional de persecución de este delito y los intereses estadounidenses. Como es de sobra conocido el mercado en los Estados Unidos es el verdadero botín perseguido por las redes internacionales de tráfico de drogas, siendo que este país ha buscado poner en marcha en los países de la región sus políticas represivas y persecutorias.

Ecuador

Dr. Efraín Torres Chaves

Presidente de la Academia de Abogados de Quito y Presidente de la Corporación de Estudios Penales.

Desde hace veinticinco años he analizado y comentado las leyes penales del Ecuador, de modo exegético. A petición de la Universidad Católica Técnica Particular de Loja, dirigida por el Profesor Homero Tinoco Matamoros, escribí el libro "Breves Comentarios a la Ley de Sustancias Estupefaciente y Psicotrópicas", recientemente.

En el Exordio, manifesté mi posición radical contra el consumo de las drogas, así como los regímenes represivos a su siembra y cultivo, que constituyen el *modus vivendi* de millones de seres humanos pobres que ven la coca y en la amapola no solamente sus fuentes inmediatas de ingresos, sino también las únicas almohadas suaves y dulces para dormir después de su cansado trabajo.

Tuve la experiencia personal de haberseme ofrecido en la ciudad de Viena, por parte de connotados penalistas, que fuera yo el eje de las defensas penales en toda América Latina, en beneficio de los sindicatos alemanes, austríacos e ingleses, que estaban presos en las cárceles latinoamericanas. Yo me excusé terminantemente, con mi resolu-

ción de que jamás en mi vida profesional aceptaré representaciones legales de esta naturaleza, porque fui testigo en la ciudad de Muncie, Indiana, Estados Unidos, que ante el incremento del vicio se habían formado centros de alcohólicos anónimos para la niñez y otros para drogadictos escolares.

Mi conocimiento fue directo, porque mis hijos Efraín, Mariana, Eugenia y Carlos, estaban justamente, en ese pueblo pero, por fortuna, bajo la tutela de la extraordinaria educadora Jacquolyne Werner, que consideraba que la única política válida para enfrentar este problema era la educación, verdadera, real, profunda y efectiva de los niños y los jóvenes, porque no creía, como yo, en que a bala y con fusiles se iban a alimentar millones de campesinos que engordaban los bolsillos de los grandes capos que opulentos vivían en los Estados Unidos y quienes inventarían, como ya han comenzado a hacerlo, productos químicos y farmacológicos para el día que arrasados los campos no quede una sola planta de estupefacientes, como se pretende ahora en América Latina con el "Plan Colombia".

La ley ecuatoriana antidrogas, dice en su art. 1 que tiene como objetivo combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. La política criminal debería constar en esta Ley, mas no es así, pues desde el principio declara que es deber del Estado el proteger a los ecuatorianos de los peligros del uso indebido de aquellas, a sabiendas que no es así, puesto que la palabra "peligro" (del latín *periculum*), quiere decir riesgo o contingencia inminentes de que sucede algún mal, pero la drogadicción ya sucedió hace tiempo y hoy es una lacerante realidad del mundo entero.

Yo, desde esa experiencia personal que dejo relatada arriba y que sucedió hace cincuenta años, he asistido en varias oportunidades a conferencias internacionales de derecho penal y he escuchado no solamente a los mejores penalistas del mundo, sino también a gente de superlativa cultura como el premio Nobel de Literatura Gabriel García Márquez, que el prohibicionismo era, es y será un fracaso. Cuando se formó la liga internacional, para estudiar este problema en Roma, el 1 de abril de 1989, se tomaron las siguientes resoluciones:

1) Las drogas están más ampliamente disponibles en un ámbito de criminalidad, cada vez mayor.

2) El prohibicionismo ha fracasado, pero ni las legislaturas nacionales, ni las Naciones Unidas reconocen este desastre mundial.

3) El prohibicionismo ha generado el colosal comercio ilegal de las drogas siendo el sólido fundamento que será imposible derrocarlo; y

4) Los carteles, las triadas, la mafia y "las familias" a lo Al Capone amenazan la paz privada y la estabilidad política en todos los países, etc., etc.

Actualmente, Ecuador, Perú, Venezuela y Brasil, se encuentran gravemente amenazadas por el llamado "Plan Colombia" que de acuerdo por lo resuelto por Estados Unidos, es para luchar contra el narcotráfico, por medio del desarrollo alternativo de cultivos en el interior de ese país y para lo cual por primera vez ha dado recursos por trescientos millones de dólares para dar asistencia técnica y crédito a los campesinos y exigirles sembrar yuca, maíz y algodón, ofreciéndoles además comercializar esos productos para que esos campesinos que no son delincuentes pero que cultivan coca, tengan otra alternativa de vida.

La realidad enjuta es que una hectárea de sembrío de coca vale por cien, mientras que Estados Unidos, compraría los cultivos indicados alternativos por diez. Esta sencilla y primaria comparación hace que el plan indicado no quede sino en el campo de los consejos inaceptables, porque nuestros indios dicen con la filosofía de la naturaleza "el estómago no come buenos consejos ni cuentos".

Muchos pensadores como Mario Laserna, ex Rector de las universidades Nacional y Los Andes de Colombia, en un libro suyo intitulado "Estado fuerte o caudillo" dice que "en Colombia no hay ideas ni estructuras humanas sociales o políticas capaces de sacar al país del estado de rebelión y violencia en que se encuentra". Manifiesta que cualquier gobierno-gendarme es impotente en colocar un torniquete a la nación que se desangra por todos lados.

No ha habido alivio en más de medio siglo, para ese morbo virulento, como tampoco ha cesado un solo día la guerra engendrada por la violencia rural imperante que ha traumatizado a toda una generación de colombianos. El escritor Jaime Bejarano, del Diario "El Comercio" de Quito, dice que el denominado "Plan Colombia" que contiene la política criminal contra las drogas es un esquema programático que los Estados Unidos, para subvencionar con largueza a bandas de paramilitares lo que servirá para atizar la quemante hoguera colombiana que sigue ardiendo con espantosos chisporroteos de genocidio y crueldad, los cuales llegarán a los países vecinos. En la actualidad, entre cinco y ocho mil ecuatorianos recolectan hojas de coca en la zona del Putumayo, escenario de la mayor operación militar antidroga implantada por el gobierno colombiano con el apoyo directo de Estados Unidos.

Lo grave de todo esto es que el Ecuador cedió el Puerto de Manta para que aviones de los Estados Unidos, sin autorización del Congreso Ecuatoriano, llegaron a su aeropuerto militar burlando la

suscripción de un contrato internacional, como debió hacerse de conformidad con la Constitución de la República.

Es este el panorama sombrío de lo que sucede en este país situado en la mitad del mundo y que hasta el día de hoy quizá el único, por verdadero oasis de paz de América Latina, porque hasta aquí no ha sido, sino un país de tránsito de las drogas entre Bolivia y Perú con Colombia que queda al norte.

Por lo brevemente narrado, la única conclusión que queda es que la política criminal en materia de drogas es la que impone Estados Unidos de Norteamérica.

Guatemala

Prof. Alejandro Rodríguez Barillas
Universidad de San Carlos

La legislación guatemalteca en materia de drogas se encuentra contenida en el Decreto 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad, con reformas del Decreto 62-98.

En el artículo 1° se consigna que el bien jurídico tutelado es la salud pública. La ley declara, además, de interés público la adopción por parte del Estado de las medidas necesarias para prevenir y sancionar toda actividad relacionada con la producción, fabricación, uso, tenencia, tráfico y comercialización de los estupefacientes y psicotrópicos y las demás drogas y fármacos susceptibles de producir alteraciones o transformaciones del sistema nervioso central y cuyo uso es capaz de provocar dependencia física o psíquica incluidos en los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala¹. La ley constituye la base de una política criminal contra drogas y prevé la adopción de medidas sociales como la rehabilitación. En este sentido se señala en el artículo 5° que "es deber del Estado adoptar los recursos económicos necesarios a fin de asegurar el tratamiento de rehabilitación de los adictos y promover su readaptación social". Pero esencialmente, la política criminal adoptada por el Estado guatemalteco es de corte netamente represivo con la adopción de penas severas.

I. De las figuras contempladas en la ley de narcoactividad.

Las figuras delictivas tipificadas en la ley de narcoactividad son las siguientes:

Tránsito internacional: quien si estar autorizado, participe en cualquier forma en el tránsito internacional de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como de precursores y sustancias esenciales destinados a la fabricación o disolución de las referidas drogas. La pena es de prisión de doce a veinte años y multa de cincuenta mil quetzales² a un millón quetzales³. (art. 35).

Siembra y cultivo. El que sin estar autorizado legalmente siembre, cultive o coseche semilla, florescencias, plantas o parte de las mismas, de las cuales naturalmente o por cualquier medio se pueda obtener drogas que produzcan dependencia física o psíquica, serán sancionados con prisión de cinco a veinte años y multa de Q.10,000 a Q.100,000 (art. 36)

Fabricación o transformación: El que sin autorización legal, elabore, fabrique, transforme, extraiga u obtuviere drogas, será sancionado con prisión de 8 a 20 años y multa de Q. 50,000 a Q.1,000,000.oo. (art. 37).

Comercio, tráfico y almacenamiento ilícito: El que sin autorización legal adquiera, enajene a (*sic*) cualquier título, importe, exporte, almacene, transporte, distribuya, suministre, venda, expenda o realice cualquier actividad de tráfico de semillas, hojas, plantas, florescencias o sustancias o productos clasificados como drogas o estupefacientes, psicotrópicos o precursores, será sancionado con prisión de 12 a 20 años y multa de Q. 50,000.oo a Q. 1,000,000. Igual pena se aplicará a quien proporcione los medios, facilite o permita el aterrizaje de naves aéreas para el tráfico ilícito (art. 38).

Poseción para el consumo: Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de 4 meses a dos años y multa de Q. 200.00 a Q.10,000.00. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja de que la convicción de que la droga es para uso personal (art. 39)

Promoción y fomento: (art. 40) El que *en alguna forma* promueva el cultivo, el tráfico ilícito de semillas, hojas florescencias, plantas o drogas, o la fabricación, extracción, procesamiento o elaboración de éstas, o fomente su uso indebido, será sancionado con prisión 6 a 10 años y multa de Q. 10,000.oo a Q.100,000.00.

Facilitación de medios: El que poseyere, fabrique, transportare o distribuyere equipo, materiales o sustancias a sabiendas de que van a ser utilizadas en cualquiera de las actividades a que se refiere los artículos anteriores será sancionado con prisión de 5 a 10 años y multa de Q. 10,000.00 a Q.100,000.00. Igual se impondrá, al que por cualquier título facilite, proporcione, use o destine un inmueble local o establecimiento para la fabricación, elaboración, extracción, almacenamiento, cultivo, venta, suministro o consumo de drogas. Si se trata de un establecimiento comercial será clausurado.

Alteración: El que alterare o falsificare, total o parcialmente, recetas médicas y que de esta forma obtenga para sí o para otro, drogas o medicamentos que las contenga, será sancionado con pena de 4 meses a dos años y multa de Q. 200.00 a Q. 10,000.00. Igual pena se aplicará a quien sin fines terapéuticos o prescripción médica a otra persona, con consentimiento de ésta, aplique cualquier tipo de drogas. Si a quien se administrare no prestare su consentimiento o fuere menor de 18 años, la pena será de 3 a 6 años de prisión y multa de Q. 5,000.oo a Q.100,000.oo.

Artículo 43. Expendio Ilícito. El que estando autorizado para el expendio de sustancias medicinales que contenga drogas, las expidiere en especie, calidad o cantidad distinta a la especificada en la receta médica o sin receta médica, será sancionado con prisión de 3 a 5 años y multa de Q. 2000.oo a Q.10,000.00.

Artículo 44. Receta o suministro. El facultativo que recete o suministre drogas que necesiten receta para ser adquiridas cuando no son indicadas por la terapéutica con infracción de las leyes o reglamentos sobre la materia, será sancionado con prisión de 3 a 5 años de prisión, multa de Q. 200.oo a Q. 10,000.oo e inhabilitación para ejercer su profesión, no podrá exceder el tiempo que dure la pena privativa de libertad.

Artículo 45. Transacciones e inversiones ilícitas. El que por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, realizare con otras personas o establecimientos comerciales, bancarios, financieros o de cualquier otra naturaleza, transacciones mercantiles con dinero o productos provenientes de las actividades ilícitas previstas en esta ley, independientemente del lugar del territorio nacional o extranjero donde se haya cometido el delito o donde se hayan producido dichos recursos financieros, serán sancionados con prisión de 6 a 20 años y multa de Q. 50,000. A Q. 5,000,000.oo.

Con la misma pena será sancionado:

- a) La interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado del establecimiento que autorizare, permitiere o realizare dichas transacciones, conociendo la procedencia del ilícito del dinero o producto.
- b) Quien participe en actos o contratos reales o simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores tendientes a ocultar, encubrir, simular o diluir los recursos financieros obtenidos como resultado de las actividades ilícitas a que se refiere esta ley.
- c) El que sin ser de las personas mencionadas en el inciso anterior y conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto, autorizare, permitiere o realizare las transacciones a que se refiere este artículo, aprovechándose de su función, empleo o cargo, será sancionado con prisión de 5 a 10 años y de Q.10,000 a Q. 1,000,000 de multa. No incurrirán en esta figura delictiva las personas jurídicas o individuales que reportaren al Ministerio Público, las transacciones mayores a Q. 50,000.00 que realizaren. Dichos reportes solo podrán utilizarse para los efectos de esta ley.

En el artículo 46 se establece la presunción que el dinero o producto proviene de transacciones derivadas de los delitos a que se refiere esta ley, cuando tales bienes se hayan adquirido o negociado en un plazo de tres años anteriores al procesamiento respectivo.

Asociaciones Delictivas: Los que formen parte de bandas o asociaciones, integradas por dos o más personas, destinadas a sembrar, cultivar, producir, refinar, comercializar, vender, traficar, transportar, retener, distribuir, almacenar, importar, exportar, recibir o entregar drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, o productos derivados de las mismas o destinados para su preparación, así como cualquier otra actividad ilícita relacionada con la misma serán sancionados por ese sólo hecho, con pena de prisión de 6 a 10 años y multa de Q. 1500 a Q. 3000.00. Quien promueva, dirija, financie o en cualquier otra forma realice una conducta sin la cual no podría realizarse la organización ni las actividades de estas bandas o asociaciones, será sancionado con pena de prisión de 10 a 20 años y multa de Q. 3000.00 a Q. 6000.00. Lo anterior sin perjuicio de los demás delitos en que hayan incurrido.

Procuración de impunidad o evasión: Quien siendo funcionario o empleado público encargado

de investigar juzgar o custodiar a personas vinculadas con los delitos tipificados en esta ley, contribuya en cualquier forma a la impunidad o evasión de tales personas, oculte, altere, sustraiga o haga desaparecer las pruebas, los rastros de los instrumentos del delito, o que asegure el provecho o producto de ese hecho, será sancionado con prisión de 6 a 15 años e inhabilitación definitiva para el ejercicio de funciones públicas y multa de Q. 50,000 a 1,000,000. Si los hechos se cometieren en forma culposa por el funcionario público, la pena será de 2 a 6 años con definitiva inhabilitación de funciones.

Promoción o estímulo a la drogadicción. Quien estimule, promueva o induzca pro cualquier medio el consumo no autorizado de drogas o sustancias estupefacientes, psicotrópicos e inhalables, será sancionado con prisión de dos a 5 años y multa de Q. 5,000 a Q. 100,000.00.

Encubrimiento Real. El que con el fin de conseguir para sí o para un tercero algún provecho, después de haberse cometido un delito de los contemplados en esta ley, sin concierto previo ocultare, adquiriere o recibiere dinero, valores u objetos conociendo que son productos de dicho delito o han sido utilizados para cometerlo, será sancionado con prisión de 3 a 5 años y multa de mil a cien mil quetzales.

Encubrimiento personal: El que con conocimiento de haberse cometido un delito de los contemplados en esta ley y sin concierto previo ayudare al autor o cómplice a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta, será sancionado con prisión de 2 a 5 años, más multa de mil a cien mil quetzales.

Para los efectos de la aplicación de este delito y el anterior será indiferente que el hecho delictivo se hubiere cometido en territorio nacional o extranjero.

Delitos calificados por el resultado: si como consecuencia de los delitos tipificados en esta ley, resultare la muerte de una o más personas, se aplicará la pena de muerte o 30 años de prisión, según las circunstancias del hecho. Si el resultado fuere de lesiones graves o muy graves o pérdida o disminución de facultades mentales, la pena será de 12 a 20 años de prisión.

II. Autoría y participación

En cuanto a los criterios de autoría y participación, la ley establece que serán considerados co-

mo autores las personas físicas que tomaren parte en la ejecución del hecho, prestaren auxilio o una ayuda posterior, con un acto sin el cual no se hubiere podido cometer el delito o emitieren promesas anteriores a la perpetración o instigaren su realización.

La ley extiende la autoría a las personas jurídicas –con independencia de la responsabilidad de sus representantes– cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, “siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios”. Las penas aplicables a las personas jurídicas son multa, cancelación de la personalidad jurídica, la suspensión total o parcial de actividades, el comiso de los objetos provenientes del delito, el pago de las costas y gastos procesales y la publicación de la sentencia.

Se consideran cómplices quienes voluntariamente auxiliaren de cualquier modo a la realización del hecho o quienes prestaren una ayuda posterior al mismo, en virtud de promesas anteriores a sus perpetración, sin que esos auxilios tuviesen las características previstas para los autores. Para el caso de los cómplices la pena a imponer es la del autor rebajada en una tercera parte, aunque queda a criterio del juzgador el efectuar tal rebaja (art.20). Con ello se vulnera la norma general de reducción de la pena contenida en el artículo 63 del Código Penal. E, igualmente, se deja a discreción del tribunal la rebaja de la pena en una tercera parte cuando se trata de una tentativa.

III. De las penas a imponer

Como se observa, las penas contempladas en la ley son sumamente severas, incluyendo la imposición de la pena de muerte en los casos de delitos calificados por el resultado –aunque en este caso no queda determinado ni siquiera cual es el delito base–. Las otras figuras delictivas contemplan siempre una doble sanción, la pena de prisión y además la pena de multa. La pena de multa puede convertirse en prisión, de conformidad con el artículo 14 de la ley, cuando el condenado fuere insolvente. En estos casos, la conversión del tiempo de prisión se calcula entre Q. 5.00 a Q. 100.00 por día, según la naturaleza del hecho y el monto de la droga incautada. La conversión únicamente se comenzará a computar al cumplirse la pena de prisión. La ley establece que la pena, en ningún caso podrá exceder de treinta años de prisión. Esta disposición, además de constituir una doble penalización, infringe el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece que no puede existir prisión por deudas.

El artículo 15 permite la conmutación de la pena privativa de libertad, para los casos de delitos menos graves, tales como siembra y cultivo, la posesión para el consumo, expendio ilícito y la receta o suministro (art. 46). El cómputo de la conversión se hace entre cinco a cien quetzales diarios, atendiendo a las circunstancias económicas del penado y el monto de los objetos decomisados.

El artículo 16 faculta a los jueces a la suspensión condicional de la pena, cuando la condena no exceda de una pena de tres años. Pero ello es sin perjuicio de “las responsabilidades civiles impuestas”. Para su aplicación se establece que cuando las características especiales del hecho o la personalidad del condenado hagan inconveniente la ejecución de la pena.

Además de estas penas principales se establecen como penas accesorias, el comiso de las armas, objetos, dinero, vehículos, inmuebles o valores empleados en la ejecución de los delitos establecidos en la ley, así como los que sean derivados de los mismos o se adquieran con valores obtenidos en la comisión de tales delitos.

Otras penas accesorias son la inhabilitación absoluta o especial, la expulsión del territorio nacional, para el caso de los extranjeros y el pago de costas y gastos procesales.

IV. Circunstancias

El artículo 21 de la ley establece como **circunstancias agravantes**, que el hecho afecte real o potencialmente a menores de edad, mujeres, embarazadas, enfermos mentales, o a personas que padecen de disminución física; el hecho que el autor haya facilitado el uso o consumo de drogas en establecimientos de enseñanza, centros de protección y de recreación de menores, unidades militares o centros de reclusión o penitenciarios o que el autor sea propietario o encargado de entidades sociales, culturales, recreativas o deportivas “o de cualquier otra naturaleza”. También constituye una circunstancia agravante, el hecho de ser encargado de la prevención o persecución de delitos o el ejercer empleo o cargo público. El hecho de utilizar armas o “ejercer una profesión que se relacione de un modo inmediato con la salud del pueblo”.

Cuando concurre una circunstancia agravante la pena puede aumentarse hasta “en el doble del máximo de la pena señala al delito cometido” (art. 21).

El artículo 23, por su parte, permite aplicar medidas de seguridad a personas imputables, cuando la reiteración de los delitos a que se refiere esta ley, “hiciera presumir fundadamente la continuación de prácticas delictivas que ponen en peligro la sociedad”, las cuales cesarán “cuando desapa-

rezcan las circunstancias que dieron lugar a su imposición”.

El artículo 22 contempla las circunstancias atenuantes siguientes: proporcionar información que contribuya al establecimiento de los delitos tipificados en la ley o a la captura de sus autores o diere información relevante que hiciere posible la incautación o decomiso de drogas o de los bienes de delitos relacionados.

A diferencia de las atenuantes genéricas establecidas en el Código Penal, las contempladas en la ley de narcoactividad permiten rebajar la pena hasta en un cuarto del mínimo señalado en la correspondiente figura delictiva.

V. De las responsabilidades civiles

El artículo 26 de la Ley de Narcoactividad establece que la comisión de cualquiera de los delitos hace nacer la obligación de reparar el grave daño material y moral ocasionado a la sociedad. La obligación es solidaria entre todos los responsables del delito, sean personas físicas o jurídicas y se resolverá en indemnización pecuniaria fijada por el juez en la sentencia y se ejecutará por el tribunal que la haya dictado.

El artículo 29 establece que para calcular el daño material y moral causado a la sociedad se considerará:

El valor de las drogas incautadas.

El valor de los bienes relacionados con el delito, así como los objetos e instrumentos en la acción ilícita

La envergadura de la asociación nacional o internacional a que pertenece.

La capacidad de producción, fabricación, cultivo y tráfico de drogas.

La gravedad del delito cometido.

Las lesiones económicas provocadas a la sociedad por la inversión de recursos contra el narcotráfico.

Notas

1. Guatemala es signataria del Tratado de Viena.
2. Equivalente a US. \$ 6.500.00 dólares.
3. Equivalente a US \$ 125,000.00 dólares.

Holanda

Dra. Mappie Veldt

Letrada del Tribunal Supremo y Profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Erasmus de Rotterdam()*

I. Introducción

En este informe se trata de reseñar al lector la política criminal en materia de drogas en Holanda.¹ En primer lugar, se expondrá el derecho positivo holandés en materia de drogas. Posteriormente, se tratará de la política de tolerancia que ha hecho famosa y notoria a Holanda en el ámbito de las drogas. Por último, se hará una reflexión sobre el futuro de la política de drogas en Holanda y en Europa.

II. La Ley de estupefacientes ('de opiumwet')

La legislación holandesa que prohíbe el tráfico de drogas es el resultado de los obligaciones internacionales que Holanda ha adquirido como consecuencia de la firma de varios tratados relativos al tráfico de drogas. Algunos de los tratados más importantes son el Tratado de Nueva York del 30 marzo 1961, el Tratado de Viena del 21 febrero 1971 y el Tratado de Viena del 20 diciembre 1988.² La Ley de estupefacientes es la ley en la cual se han implementado estas obligaciones internacionales.

En 1976 la Ley de estupefacientes se cambió drásticamente. Los aspectos más importantes de este cambio fueron los dos siguientes:

1. De un lado, se hizo una distinción entre drogas que implican un riesgo inadmisibles para la salud del consumidor (heroína y cocaína) y las que no eran tan peligrosas (marihuana y hachís). Esta distinción se encuentra en dos listas de drogas que siguen penalizaciones diferentes. En la lista I están las drogas que implican un riesgo inadmisibles para el consumidor. La lista II en cambio consiste en la relación de los productos del cáñamo, como hachís y marihuana. Estos productos no se consideran como muy peligrosos, entendiéndose por tales aquellos que pueden tener efectos negativos para la salud.

La importación, la exportación, la preparación, la elaboración, la compra, la venta, el transporte, la tenencia o la suministración de los productos de la lista I o II son conductas prohibidas (véase respectivamente arts. 1 y 2 Ley de estupefacientes). Lo que cambia es la pena según se trate de productos de la lista I o II y si en el delito cometi-

do ha concurrido dolo o culpa. Si se trata de comercio doloso de drogas como heroína o cocaína, la pena máxima es de 8 años o una multa de fl 100.000.³ La importación o la exportación de drogas de la lista I, si es de forma dolosa, conlleva una pena de un máximo de 12 años o una multa de fl 100.000.⁴ Las penas por los mismos delitos pero con las drogas de la lista II están sancionados respectivamente con una pena máxima de 2 años de prisión o una multa de fl 25.000, para el primer supuesto, y 4 años de prisión o una multa de fl 100.000, para el segundo supuesto.

2. Otro aspecto de esta legislación es la posición del consumidor frente a la del traficante. La idea es que la intervención penal no tiene que ser más dañosa que el consumo de las drogas. Por eso, tener productos de cáñamo para consumo personal (30 gramos) es un delito no muy grave ('overtreiding') y se penaliza con una sanción relativamente baja (máximo de 1 mes de prisión o una multa de fl 5000).⁵ También el tener productos de lista I para uso personal no se penaliza (relativamente) con una sanción muy grave (máximo de 1 año de prisión o una multa de fl 10.000).⁶ En cambio, el tráfico de drogas conoce penas severas (véase arriba, bajo n. 1).

III. La política de tolerancia en materia de drogas

Las dos ideas mencionadas en el párrafo precedente (1: la distinción entre drogas de riesgo inadmisibles y, 2: la posición del consumidor frente al traficante) se han elaborado en las directivas ('richtlijnen') emitidas por el Consejo de Procuradores Generales sobre la investigación y la persecución de delitos previstos en la Ley de estupefacientes. En estas directivas la política en materia de drogas ha tomado su forma.⁷ En ellas, el Consejo de Procuradores Generales, siguiendo las decisiones tomadas por el gobierno Holandés en el ámbito de la política de drogas⁸, indica dónde el fiscal debe poner sus prioridades en la investigación y persecución judicial de drogas.⁹ La prioridad de la investigación y persecución judicial en el campo de la producción de cáñamo está en la producción comercial.¹⁰ Si se trata de una producción mínima de cáñamo (menos de 5 plantas) por una persona mayor de edad no tiene prioridad para el Ministerio Público.

Según la Ley de estupefacientes, el comercio de drogas está prohibido, pero se tolera el comercio del producto del cáñamo en los 'coffeeshops'. No se admiten las drogas que están en la lista I (cocaína, heroína, éxtasis). Además, en los *coffeeshops* no se puede tampoco vender bebidas alcohólicas.

La cuestión de dónde autorizar el establecimiento de los *coffeeshops* se decide en la consulta que tiene periódicamente lugar entre el Ministerio Público, el alcalde de la comunidad y el jefe de la policía de esa comunidad. Estos *coffeeshops* se autorizan sólo si no hacen publicidad del *coffeeshop*¹¹; si no venden 'harddrugs' o drogas duras; si no causan molestias alrededor del *coffeeshop*; si no admiten gente menor de 18 años; y si no venden cantidades superiores a 5 gramos por transacción. Esta última condición pretende asegurar que se trata de una venta para uso personal. El *coffeeshop* no puede tener una reserva mayor a 500 gramos, o menos si se decide así en la consulta anteriormente mencionada. Estas condiciones se llaman los criterios AHOJ-G+.¹² Además de estos criterios los ayuntamientos pueden decidir la no admisión de ningún *coffeeshop* si la política comunal no deja espacio para tener *coffeeshops* en el pueblo o la ciudad.¹³

El resultado de la aplicación de estos criterios y de la prohibición en algunos ayuntamientos de tener *coffeeshops* ha causado una disminución de los *coffeeshops* de unos 1200 en 1995 a 846 en 1999. De los 538 ayuntamientos hay sólo 433 que admiten *coffeeshops* dentro de sus contornos.¹⁴

Esta política también ha tenido efectos negativos. La disminución de la cantidad de *coffeeshops* parece haber estimulado un aumento de puntos de venta de droga donde la cocaína y la heroína se vende junto con el hachís. La intensificación de la persecución de grandes cultivos de productos del cáñamo ha hecho que ahora los cultivos ilegales se encuentren en casas privadas. Estos cultivos a menudo están gestionados por la criminalidad organizada y se sitúan en barrios que ya tienen un cierto retraso de desarrollo.¹⁵ Todo esto lleva a una Administración que pierde su credibilidad, porque las situaciones que se crean son bastante paradójicas. Un ejemplo de ello es que mientras hay una prohibición legal de transportar drogas a los *coffeeshops*, se plantea la necesidad de tolerar ese transporte porque si no los *coffeeshops* no tendrían bastantes reservas para vender a los consumidores. Por eso frecuentemente se dice que Holanda tiene que deshacerse de esta política de tolerancia y aplicar la ley, y si es necesario, cambiarla.¹⁶

IV. El futuro de la política de drogas en Holanda y en la Unión Europea

En abril del 2000 el Gobierno holandés presentó un informe al Parlamento con el título 'El camino a la puerta trasera'. En este informe el Gobierno presenta su visión sobre qué actitud tomar frente

a la provisión de los *coffeeshop*. Veinte alcaldes de diferentes ayuntamientos habían propuesto a finales del 1999 experimentar con la producción y comercio controlada del producto del cáñamo. La idea detrás del experimento era la de hacer más transparente y clara la política sobre estupefacientes, disminuir la criminalidad organizada en este ámbito y tener el control de calidad de los productos de cáñamo vendidos para proteger la salud del consumidor.

El Gobierno decidió no admitir el experimento local propuesto por los alcaldes. Era de la opinión que los problemas de criminalidad ligados a la producción del producto del cáñamo no se iban a solucionar regulando también su cultivo. Además no se sentía libre para seguir esta política porque tenía que tener en cuenta también las opiniones de los otros países de la Unión Europea. En un diálogo con ellos quería llegar a una nueva política sobre estupefacientes con el fin de atacar los problemas que encuentran los ayuntamientos admitiendo los *coffeeshops* en sus ciudades o pueblos, teniendo en cuenta también los tratados internacionales.¹⁷

A pesar del rechazo del Gobierno a los experimentos propuestos, el Parlamento holandés pidió un cambio general de la política en materia de *coffeeshops*. El Parlamento quería que fuese posible que los propietarios de los *coffeeshops* compraran, bajo unas condiciones estrictas, sus productos de cáñamo de productores de cáñamo reconocidos como tales.¹⁸ Esta propuesta consistía en una ampliación de la política de tolerancia de estupefacientes que iba aún más allá de la propuesta hecha por los alcaldes. El Gobierno ha rechazado la propuesta por las razones siguientes:

La primera razón es que la tolerancia de la producción y del comercio del producto del cáñamo significaría una violación de las obligaciones internacionales que Holanda ha contraído.

La segunda razón es que el control del cumplimiento de esta nueva política requiere un esfuerzo desproporcional de la policía y de la justicia en general.

Como tercera razón el gobierno indica la economía abierta que existe en Holanda. En razón de este sistema no se puede mantener ni defender un sistema cerrado de producción y distribución.

El Gobierno insiste en su intención de estimular una discusión sobre el plan internacional sobre la política contra los estupefacientes y añade que también intentará crear un apoyo para la distinción que Holanda hace entre la penalización del 'softdrugs' y el 'harddrugs'. Además, el Gobierno intensificara sus campañas de información para los jóvenes porque se ha constatado un aumento del consumo de drogas entre éstos.¹⁹

Notas

(*) Texto en español revisado por María Teresa Fernández Sánchez, Universidad de Salamanca.

1. Véase también: T. BLOM, *Drugs in het recht, recht onder druk*, tomos 1-3, en especial tomo 1, 1998, disertación Universidad Erasmus, GOUDA QUINTY su anotación de la Ley de los estupefacientes en: C.P.M. CLEIREN en J.F. NIJBOER (red.), *Tekst en Commentaar Sr*, Kluwer, 2000; H. MOERLAND, F. BOERMAN, *De opsporing van synthetische drugs*, 1998, Gouda Quint.

2. Tratado de New York del 30 marzo 1961, Trb. 1963, 81 modificado por el Protocolo del 25 marzo 1972, Trb. 1980, 184; Tratado de Viena de 20 diciembre 1988, Trb. 1990, 94; Tratado de Viena del 21 febrero 1971, Trb 1989, 129. Véase T. BLOM, aant. 1 sobre la Ley de los estupefacientes, *Tekst en Commentaar Sr*, Kluwer, 2000, p. 1495.

3. Art. 10 par. 3 Ley de estupefacientes.

4. Art. 10 par. 4 Ley de estupefacientes.

5. Art. 11 par. 4 Ley de estupefacientes. Lo mismo vale si se trata de importación o exportación de pequeñas cantidades para uso personal (art. 11 par. 5 Ley de estupefacientes).

6. Art. 10 lid 5 Ley de estupefacientes.

7. Stcrt. 18 julio 1980, nr. 137 por la última vez cambiado el 10 de septiembre 1996, Stcrt. 1996, 187 (*Richtlijnen voor het opsporings- en strafvorderingsbeleid inzake strafbare feiten van de Opiumwet*). Véase para esta directiva *Tekst & Commentaar Sr*, Kluwer, 1997, p. 1723.

8. Actos parlamentarios de la Cámara Segunda, 1994-1995, 24 077, nrs. 2-3.

9. En Holanda reina el principio de oportunidad en las persecuciones judiciales y no el principio de legalidad (art. 167 y art. 242 Código de procedura penal).

10. Art. 3 parágrafo 1 bajo A jo. art. 11 parágrafo 3 Ley de estupefacientes.

11. Véase también el art. 3b parágrafo 1 Ley de estupefacientes donde se prohíbe la publicidad de los productos de la lista I y II con la excepción de que ésta se haga con motivo de dar información científica o médica.

12. Estas siglas se refieren a las primeras letras de las palabras que indican las condiciones.

13. *Richtlijnen voor het opsporings- en strafvorderingsbeleid inzake strafbare feiten van de Opiumwet*, *Richtlijn van 10 september 1996*, Stcrt. 187. Véase para esta directiva *Tekst & Commentaar Sr*, Kluwer, 1997, p. 1723.

14. Actas del Parlamento, 1999-2000, 24 077, nr. 75, p. 4.

15. Actos del Parlamento, 24 077, nr. 75, p. 4-5. Véase también: G. LEISTRA en S. WYNIA, *Narcoland Nederland*, Elsevier, nr. 35, 2000, p. 22-32.

16. Por ejemplo recientemente: J. FASTI, *Gedogen is passé*, *Justitiekant*, nr. 18, september, 2000, p. 8; F. PROVOORTY J. VAN PAASSEN, *Gedogen?*, *Volkskrant*, 19 septiembre 2000, p. 13; G. LEISTRA en S. WYNIA, *Narcoland Nederland*, Elsevier, nr. 35, 2 septiembre 2000, p. 22-32.

17. Actas del Parlamento, 1999-2000, 24 077, nr 75.

18. Actas del Parlamento, Moción del miembro Apostolou c.s. del 21 junio 2000, 1999-2000, 24 077, nr. 78.

19. Actas del Parlamento, Carta del Ministro de Justicia al Presidente del Parlamento del 15 de septiembre 2000, 1999-2000, 24977, nr. 83.

Italia

Donato Castronuovo

Doctorando de investigación en la Universidad de Trento

Para obtener una visión general del panorama italiano en materia de drogas aparece indispensable -debido a la complejidad de la estratificación normativa que de modo poco homogéneo se ha ido sucediendo en el tiempo- intentar resumir de modo esquemático las líneas básicas de esta evolución normativa a partir del momento en que se promulga, en 1930, el Código penal italiano, llamado Código Rocco.

1. Efectivamente, en 1930, además de las normas relativas a la imputabilidad recogidas en la parte general (v. *infra* § 2), la parte especial del código preveía, en materia de estupefacientes, dos delitos (contra la seguridad colectiva) y dos faltas. Sin embargo, el legislador, a través de una serie de reformas, optó posteriormente por una colocación de la materia fuera del código penal suprimiendo la anterior. Desde un punto de vista sistemático, la normativa en materia de estupefacientes en el ordenamiento italiano constituye actualmente un subsistema dentro de la legislación especial, que se caracteriza porque junto al sistema sancionador penal en sentido estricto convive otro sistema de carácter sancionador administrativo. Además, esta opción de técnica legislativa se ha visto recientemente confirmada *de lege ferenda*, ya que el llamado Proyecto Pagliaro de 1992 de reforma del CP italiano¹ ha querido continuar en esta dirección. Es así como a lo largo de estos años, partiendo de las escuetas disposiciones del Código Rocco, se ha pasado legislar la materia en forma de conjunto orgánico de disposiciones recogido en un cuerpo normativo unitario: el vigente texto unificado sobre estupefacientes de 1990 (*infra* § 6 ss.).

2. A pesar de ello, tal como antes se ha adelantado, la parte general del CP sigue conteniendo entre los artículos referentes a la imputabilidad una (discutible y dura) regulación de los hechos cometidos bajo la influencia de sustancias estupefacientes (arts. 93, 94.3° y 95), que (con algunos problemas) recibe el mismo tratamiento que la intoxicación alcohólica². Las perspectivas *de lege ferenda* que se ponen de manifiesto en el recentísimo proyecto de una parte general para el Código penal, llamado proyecto "Grosso" (de septiembre de este mismo año 2000)³ se dirigen en su conjunto a superar una serie "ficciones de imputabilidad" -en forma de presunciones *iuris et de iure*- contrarias al principio de culpabilidad, que en la visión político criminal del legislador del Código

vigente se inspiraron en una exasperación de exigencias de prevención general y especial.

3. Volviendo al núcleo de esta normativa, parece oportuno señalar que en la época anterior al CP, la materia que estamos examinando venía regulada en la Ley n° 396 del 1923 (ligada en el plano internacional a la Convención de la Haya sobre el opio de 1912), que prohibiendo el comercio ilícito de estupefacientes daba una primera definición de éstos remitiéndose a una lista de sustancias ilícitas (técnica que se irá consolidando con el tiempo). Tras la entrada en vigor del Código penal, la materia en su conjunto viene modificada en varias ocasiones (entre otros motivos como consecuencia del multiplicarse de las firmas de convenios internacionales)⁴, especialmente a partir de la Ley n° 151 de 1934 sobre producción y comercio de sustancias estupefacientes (cfr. Convención de Ginebra de 13.7.1931 y 26.6.1936). Esta normativa fue posteriormente trasladada a los arts. 148 al 160 del Texto unificado de las leyes sanitarias (*Testo unico delle leggi sanitarie*, Regio decreto n° 1256 de 1934).

4. Una nueva regulación orgánica de la producción y comercio de sustancias estupefacientes nació mediante la Ley n° 1041 de 1954 (cfr. Protocolos de París de 1948 y de Nueva York de 1953), caracterizada por ser de una dureza mucho mayor que la anterior de 1930. Una de las novedades que introduce es la penalización, por vez primera, de la tenencia de sustancias estupefacientes. Esta ley levantó muchas reacciones críticas que generaron un encendido debate acerca de la suficiencia y oportunidad de la intervención penal para la realización de los fines de prevención ligados a la materia de los estupefacientes, especialmente teniendo en cuenta que los años sesenta -período en el que estaba en vigor- fueron testigo de una auténtica explosión del fenómeno juvenil del uso de drogas.

5. Estas discusiones y enfrentamientos (de tipo ideológico) llevaron a la adopción de la Ley n° 685 de 22 de diciembre de 1975 (cfr. Convención única de Nueva York de 1961 y Convenio de Viena de 1971), en la que, aun castigándose "el uso (de sustancias estupefacientes) para fines no terapéuticos", aunque de modo marginal, no se castigaban las conductas consustanciales al uso personal (adquisición y tenencia) siempre y cuando se tratase de una «módica cantidad» de droga (art. 80), y además contemplaba un tratamiento sanitario-asistencial para el toxicómano. Al mismo tiempo, en el extremo contrario, se agravaron las penas para los casos de producción y tráfico de sustancias estupefacientes.

Los resultados prácticos de la ley no fueron juzgados como positivos, entre otras cosas, porque se

registró un importante incremento en el tráfico y consumo de drogas debido, al menos en parte, a la carencia de estructuras de asistencia y rehabilitación para toxicodependientes, y a la impunidad de que en la práctica gozaban las conductas de tráfico a pequeña escala. También se le criticó el no resolver el problema de los presos y detenidos toxicodependientes, cuyo número iba en constante aumento debido a los «efectos criminógenos indirectos» ligados al uso de drogas (especialmente la comisión de delitos contra el patrimonio debido al elevado precio de las sustancias estupefacientes)⁵. El debate posterior, centrado sobre los diversos argumentos de las opiniones contrapuestas (liberalización *versus* criminalización), tendía a reclamar una reforma radical de la materia, y se centró especialmente en la regulación del uso personal de drogas.

6.1. Esa reforma⁶ llegó con la Ley n° 162 de 26 de Junio de 1990, posteriormente recogida en el «Texto unificado de las leyes en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, cura y rehabilitación de los estados de toxicodependencia que de éstos se derivan» (TUE)⁷. Algún autor la calificó como ley de «contrarreforma»: la opinión que en ella prevaleció fue la de castigar el uso no terapéutico de drogas como muestra de desaprobación social frente a conductas que vienen consideradas como antitéticas al sistema imperante⁸. Sin embargo, la atribución de responsabilidad al consumidor de droga se realiza a través de un sistema represivo basado en una «progresión sancionadora» que renuncia a las sanciones penales tradicionales (salvo en los casos de reiterada «recaída» o de incumplimiento de las «medidas» impuestas) y en su lugar prevé sanciones privativas de derechos y medidas de rehabilitación (médicas y sociales) dirigidas a la recuperación y reeducación⁹.

Así pues, el uso no terapéutico de drogas resultaba penalizado (art. 72.1° TUE, posteriormente derogado mediante el referéndum popular de 1993) pero la respuesta sancionadora a la violación de esta prohibición era extremadamente compleja porque debía tener en cuenta fines reeducativos. Las sanciones previstas eran tanto administrativas como penales: las primeras competían al *Prefetto*¹⁰ y se contenían en el art. 75 TUE: suspensión del permiso de conducir, del permiso de armas y del pasaporte, e invitación formal a no continuar con el uso de sustancias estupefacientes; las segundas, que competen al Juez, son difícilmente encuadrables dentro de las categorías sancionadoras tradicionales, y se contenían en el art. 76 TUE (que fue derogado poco después): prohibición de alejarse del municipio de residencia, obligación de presentación periódica ante la

policía, obligación de volver al propio domicilio antes de una determinada hora, prohibición de frecuentar ciertos locales, trabajos en beneficio de la comunidad, suspensión del permiso de conducir, del permiso de armas y del pasaporte, inmovilización del vehículo y libertad condicional bajo la supervisión de los servicios sociales¹¹.

A pesar de abandonarse el criterio de no punibilidad en los casos en que se tratase de «módica cantidad de droga» y de su «destino al consumo propio», continuaron, si bien bajo forma diversa, los problemas relativos a los criterios cuantitativos de la droga poseída (esta vez utilizando el concepto de «dosis media diaria» como criterio de distinción entre mero consumidor y traficante) (arts. 75 y 78 TUE).

Se prevé un conjunto de incentivos dirigidos a que el consumidor se someta a un «programa terapéutico y socio-rehabilitativo», que actúa mediante un sistema de tipo coactivo que propone la alternativa entre aceptar el tratamiento o sufrir la imposición de una sanción. Este procedimiento tiene lugar normalmente ante el *Prefetto* (que puede imponer sólo sanciones administrativas), salvo en los casos de recaída triple y de rechazo o no seguimiento del programa anteriormente aceptado, en que el procedimiento se sigue ante el Juez. El éxito del programa conlleva el archivo del procedimiento.

El criterio en el que se basa el paso del ámbito administrativo al penal viene marcado, por tanto, por la «recaída» en el hecho ilícito (administrativo) o por la interrupción del programa ya aceptado. La violación de las medidas impuestas comportaba bien una pena de arresto, bien una sanción pecuniaria (ambas sanciones asociadas a las faltas) (art. 76 TUE). Sin embargo, el consumidor mantiene en todo momento la posibilidad de optar por la rehabilitación. Por otra parte, el éxito del programa terapéutico y rehabilitador, seguido de buena conducta durante cinco años, constituye una causa de extinción de la pena que no sólo afecta al propio uso ilícito de drogas, sino que también se aplica a los demás delitos cometidos por el reo en conexión con su tóxicodependencia (art. 90 ss. TUE).

6.2. Otros puntos que caracterizan esta reforma bajo un punto de vista estrictamente penal inciden sobre los delitos de producción y tráfico ilegal de sustancias estupefacientes (art. 73), de asociación ilegal dirigida a las actividades de producción y tráfico de los mismos (art. 74) y de inducción o realización de conductas que favorezcan su uso ilícito (arts. 82 y 79 TUE). En todos estos delitos, la gravedad del hecho depende de la sustancia concreta de la que se trate (se distingue entre drogas «duras» y «ligeras» según un sistema de tablas

publicadas por el Ministerio de Sanidad que vienen constantemente actualizadas: estructuralmente se trata de elementos normativos del tipo definidos en función de las especificaciones técnicas provenientes de fuentes de rango reglamentario).

Especialmente compleja y rica de cuestiones aparece la normativa relativa a los delitos de producción y tráfico de estupefacientes prevista en los diversos apartados del art. 73 del TUE (al respecto se han puesto de relieve ciertas dudas acerca de su legitimidad constitucional, del bien jurídico protegido, de la estructura lesiva del tipo, de los casos de consumo en grupo o de cultivo, etc.); lo mismo ocurre con el delito asociativo del art. 74 del TUE. Todos ellos son temas que revisten gran interés dogmático y político-criminal, pero que evidentemente no pueden ser tratados en esta sede¹². Baste recordar al respecto que, a juicio de muchos, el conjunto de la normativa del TUE, al margen de la fuerte ideologización consustancial a esta materia, no puede evitar la crítica de dirigirse estructuralmente a otorgar un margen muy elevado de discreción judicial.

7. Sin embargo, esta regulación estaba condenada a cambiar de dirección a causa de resultado del referéndum popular de 1993 (art. 75 Constitución italiana), a raíz del cual se promulgó D.P.R. n° 171 de 1993, que preveía una derogación parcial, pero de vasto alcance, del TUE. En concreto, estableció la abolición de las medidas penales contra el consumo personal (art. 76) y la supresión del criterio de la dosis media diaria [arts. 75.1° y 78.1° b) y c)]. A pesar de que también suprimió la declaración simbólica del art. 72 (*supra* nota 8), el consumo (en realidad los actos consustanciales al consumo: adquisición y tenencia) sigue siendo ilícito, pero se castiga sólo con las sanciones administrativas antes mencionadas (art. 75). La distinción entre consumo (ilícito administrativo) y tráfico (delito), en ausencia del criterio de presunción de la dosis media diaria (criterio objetivo-cuantitativo), se asienta sobre un criterio eminentemente subjetivo: cuando se esté ante una finalidad (exclusivamente) de consumo, el hecho deberá ser calificado como ilícito administrativo (art. 75); la mera inexistencia de esta exclusiva finalidad de consumo hará inmediatamente aplicable la sanción penal (art. 73). El problema principal en materia de distinción entre traficante y mero consumidor recae así sobre la prueba de la finalidad subjetiva y, en definitiva, del dolo, heredando de este modo toda la problemática inherente a este tipo de comprobaciones¹³.

En definitiva, el cambio operado a raíz del referéndum, a pesar de ser de difícil interpretación, parece ser portador de una voluntad (popular) que

opta por una prevención no represiva frente a los consumidores de drogas (y que tiende a excluir el empleo de la sanción penal), entendiéndose más eficaz, por el contrario, una acción de prevención por un lado y represión dirigida al tráfico a gran escala (o al menos de dimensiones no pequeñas)¹⁴ por el otro.

8. Es también interesante hacer mención de la normativa penitenciaria referente a los tóxicodependientes que, con un criterio dirigido a la individualización del tratamiento (art. 95), prevé la posibilidad de suspensión de la pena con la finalidad de permitir que el reo se someta a un programa terapéutico y de rehabilitación social (art. 90 ss.) y que contempla también una hipótesis especial libertad condicional bajo la supervisión de los servicios sociales (art. 94 TUE)¹⁵. Otras intervenciones legislativas relevantes de estos últimos años han incidido sobre materias como la aplicación y ejecución de la pena a personas seropositivas o que han contraído el SIDA (Ley n° 222 de 1993, y más recientemente la Ley n° 231 de 1999).

9. En cuanto a la actividad policial en este campo, hay que destacar por una parte la normativa acerca del agente provocador: la ley declara "no punibles¹⁶" los hechos en los que los agentes efectúen adquisiciones simuladas de droga. Cabe destacar también la normativa referente a la posibilidad de diferir las operaciones de arresto, captura y comiso (arts. 97 y 98 TUE).

10. Para finalizar, hay que mencionar que en la nueva regulación (1996) de la violencia sexual (art. 609 *ter* CP) se ha incluido una circunstancia agravante: "si el hecho se comete con el uso de armas o de sustancias alcohólicas, narcóticas o estupefacientes o de otros instrumentos o sustancias gravemente lesivas para la salud del ofendido". Por otra parte, el Código de la Circulación (Decreto legislativo n° 283 del 1992) castiga de modo autónomo la conducción bajo el efecto de sustancias estupefacientes.

11. Si tenemos en cuenta las líneas siempre cambiantes que hasta el momento ha seguido la evolución normativa, el desarrollo futuro de esta materia no es de fácil previsión. Las cuestiones sobre las que se continúa discutiendo inciden sobre la esfera del uso personal de drogas, y más en concreto sobre la oportunidad de un tratamiento de carácter exclusivamente terapéutico-rehabilitativo de las toxicodependencias así como sobre las "drogas ligeras". En este ámbito se decidirá la suerte de la intervención penal en materia de drogas: un punto de partida que, mostrando toda la carga dramática del problema, parece presentarse como un nuevo intento de "poner orden en la complejidad"¹⁷ llevado a cabo por el legislador italiano en varios sectores del ordenamiento (hasta

el momento con resultados alternativamente positivos y negativos). Lo que se debería intentar afrontar es, más allá de las inevitables diferencias ideológicas, al menos las cuestiones sobre las que se haya alcanzado un grado suficiente de consenso, para así lograr poner freno a los matices intolerablemente indeterminados que caracterizan la normativa que aquí sumariamente se ha intentado exponer. Esta indeterminación genera soluciones interpretativas tan mutables que se puede estimar totalmente justificada la afirmación según la cual «al jurista comparatista extranjero que se quiera informar (sobre las opciones de política criminal adoptadas) y sobre la realidad normativa de nuestro país, le serviría de bien poco la sola consulta del redundante texto unificado (TUE). Efectivamente, en este campo mucho más que en otros, es la evolución jurisprudencia la que traza (...) las específicas modalidades de regulación del fenómeno.»¹⁸.

Notas

1. Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, en *Indice penale*, 1995, p. 579.
2. V., por todos, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*. PG, Bologna, 1995, p. 297 ss.; B. ROMANO, L'imputabilità del tossicodipendente, en *INSOLERA* (coord), *Le sostanze stupefacenti*, Turín, 1998, p. 5 ss..
3. *Progetto preliminare di riforma del codice penale (Articolato e Relazione esplicativa)*, se puede consultar en internet. (V. los arts. 96 ss. (inimputabilidad) y 102 y ss. (disminución de capacidad.)
4. Sobre las obligaciones internacionales contraídas en esta materia y su reflejo en el ordenamiento interno italiano, y especialmente sobre la alternativa prohibicionismo/anti-prohibicionismo, v. PALAZZO, *Consumo e traffico di stupefacenti*, Pádua, 1994, p. 20 ss..
5. Cfr. PALAZZO, op. cit., p. 15 ss.
6. En el plano internacional v., entre otras, la Convención de la ONU de Viena de 20 de diciembre de 1988.
7. *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, adoptado a través del Decreto del Presidente della Repubblica n° 309 de 9 de octubre de 1990.
8. El valor eminentemente simbólico de la reforma, y especialmente de su art. 72, por este motivo llamado "norma-manifiesto", fue ya en su día subrayado por diversos autores, tal como recuerda *INSOLERA*, *Introduzione*, en *Id.* (coord), op. cit., p. XVI. Cfr. por ej., MANNA, *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa*, en *BRICOLA-INSOLERA* (coord), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Pádua, 1991, p. 25 ss.
9. Para referencias útiles y actualizadas, v. RIONDATO, en *CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ*, (coord), *Commentario breve al codice penale*, Pádua, 1999, p. 1200 ss..
10. Figura muy similar al Gobernador civil en España.
11. Respecto a esta particular institución italiana llamada "affidamento in prova al servizio sociale", v., por todos, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 684 y ss. y 691 y s..
12. Para obtener un óptimo y actualizado cuadro sintético sobre estos problemas v. RIONDATO, op. cit. 1208 ss. y 1219 ss.,

además de las aportaciones recogidas en *INSOLERA*, op. cit.. Las cuestiones centrales han versado sobre el criterio de la "dosis media diaria" -en varias ocasiones examinado por el Tribunal Constitucional- en relación a los casos de exceso en la cantidad cuando éste es modesto. En estos casos, el Tribunal Constitucional, aplicando del principio de lesividad como criterio general interpretativo, ha establecido que es especial deber del Juez apreciar si el exceso es de modesta entidad hasta el punto de que se entienda que la conducta carezca de idoneidad lesiva concreta frente a los bienes jurídicos protegidos, y en consecuencia se coloque, incluso respecto al art. 49 CP (delito imposible), fuera del ámbito penalmente relevante (en este sentido, por ejemplo, la sentencia n° 333/1991, en *Cassazione penale*, 1992, p. 576). Este criterio ha sido posteriormente consolidado por el Tribunal constitucional incluso en sentencias posteriores al referéndum (v. *infra*, § 7) que derogó el criterio de la dosis media diaria (cfr. sentencia n° 360/1995, en *Cassazione penale*, 1995, p. 2820, y sentencia n° 278/1996, en *Cassazione penale*, 1997, p. 7).

13. Cfr. PALAZZO, op. cit., p. 98 s.

14. Cfr. RIONDATO, op. cit., p. 1203 s.

15. V. *supra* nota 11.

16. Cfr. RIONDATO, op. cit., p. 1203 s.

17. La expresión, en italiano "governo della complessità", proviene de GAMBERINI, *La repressione della produzione e del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope* (art. 73), en *BRICOLA-INSOLERA* (coord.), op. cit., p. 69.

18. Así *INSOLERA*, *Introduzione*, cit., p. XX.

México

Dr. Manuel Vidaurri Arechiga

*Departamento de Investigaciones Jurídicas
Universidad de Guanajuato, México.*

Para México, como para casi todos los países de América Latina y de Europa, el problema del narcotráfico constituye una de las principales preocupaciones gubernamentales. Como es bien sabido, conexamente con este asunto se desarrollan otras conductas delictivas de igual o superior dañosidad social: homicidios, evasión fiscal, lavado de dinero, corrupción policíaca y judicial, comercio ilícito de armas, violencia, etc. La delincuencia organizada, se ha venido reiterando, constituye un problema de envergadura mundial y es, precisamente, el narcotráfico, su componente de mayor representatividad.

Para nadie es un secreto que la internacionalización del "combate a las drogas" ha desembocado la mayor de las ocasiones en la adopción de medidas atentatorias de la soberanía de las naciones con la consiguiente limitación de la esfera de libertades ciudadanas, encontrando su fundamento todo ello en la denominada doctrina de la seguridad nacional. Por otro lado, es evidente que la macrodelincuencia organizada lleva mucha ventaja sobre los cuerpos de seguridad y protección gubernamentales. Los niveles de organización y so-

fisticación de las bandas de narcotraficantes son extraordinarios.

Por lo que hace al marco legal mexicano, debe señalarse que a principios de la década de los noventa, tuvo lugar un amplio debate respecto de la política que en materia de criminalidad debía asumir el Estado. En los márgenes de esta discusión se situaban, como es de suponerse, cuestiones tales como la tensión entre orden y libertad, las cuales traducidas al ámbito punitivo no son otra cosa que la vieja polémica entre intervención penal y la protección de los derechos fundamentales; dicho de otra forma, prevalencia del principio de intervención mínima frente a reducción de libertades del individuo. La conclusión fue saldada en términos de establecer constitucionalmente una política criminal diferenciada respecto del tipo de delincuencia a combatir, quedando fincados al menos tres aspectos claramente distinguidos: por un lado, una política criminal diseñada para delitos no violentos, tales como la delincuencia económica, burocrática, ecológica, etc. Donde se busca principalmente un acotamiento de las facultades de los servidores públicos para afectar derechos humanos a la hora de investigar la comisión de delitos; se incrementaron las garantías procesales de los acusados y ponderar como algo importante los derechos de las víctimas, así como incluir sustitutivos a la pena de prisión. De otro lado, se implementó una línea de política criminal a propósito de los delitos violentos (denominados graves), donde los datos más significativos fueron la posibilidad legal de detener a presuntos delinquentes sin mandato judicial previo, restricción de la libertad condicional y un fortalecimiento a la prisionalización. Y, finalmente, el reconocimiento de la existencia de la delincuencia organizada, realizándose reformas constitucionales y a la ley procesal federal.

La delincuencia organizada en México no muestra patrones diversos a los de la delincuencia organizada internacional. Básicamente puede hablarse de organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico y sus derivaciones, tales como lavado de dinero, tráfico de autos, asesinatos y corrupción administrativa. Los cárteles de las drogas mexicanos más conocidos son los del Pacífico y del Golfo, así como los de Juárez y Tijuana. Se sabe que en 1994 estos grupos de narcotraficantes alcanzaron o tuvieron ingresos por más de treinta mil millones de dólares. Pero, junto a las exorbitantes ganancias, pueden también contabilizarse cientos de muertes que guardan estrecha relación con las actividades vinculadas al tráfico ilegal de drogas, se habla de más de 170 muertes en los últimos años, y por lo que hace al secuestro entre 1988 y 1996 se cometieron más de mil secuestros

de empresarios. Se nota pues un avance crudo de la delincuencia organizada traducida en robos violentos, robos de autos, a casas habitación, secuestros, etc., amén de las graves vinculaciones de miembros del ejército o de los cuerpos policiales en bandas organizadas para delinquir, y asesinatos de políticos relevantes.

Fue hasta 1995 cuando se toman las medidas de política criminal frente al fenómeno de que se viene hablando, la que se materializó en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que reprimía a quienes cometieran alguno o varios de los delitos siguientes: terrorismo, narcotráfico, lavado de dinero, falsificación de moneda, tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de menores, tráfico de órganos, asaltos, robo de vehículos, secuestros.

De modo más puntual, debemos resaltar que México tiene suscrito y ratificado varios instrumentos internacionales, entre los que destacan la Convención de Viena de 1988, asumiendo la obligación de adoptar en sus sistemas penales y de justicia determinadas estrategias político-criminales en torno al fenómeno del narcotráfico. Es preciso reconocer que no obstante los compromisos adquiridos con base en la Convención mencionada, solamente se han concretado reformas a las leyes penales adjetivas y sustantivas, y la creación de un Programa Nacional para el Control de Drogas, que posee un carácter esencialmente preventivo. Las principales orientaciones o tendencias político-criminales mexicanas frente al problema de las drogas ha sido sustentada en la idea preventiva, enfrentando sus causas, las que han sido identificadas como culturales, sociales, económicas. Pero también se ha hecho frente al problema desde la perspectiva represiva, atacando con fuertes sanciones penales la producción y el tráfico, sin descuidar el aspecto del consumo con tratamiento y rehabilitación de los adictos. Como puede notarse, se perfila la idea de una política integral en materia de drogas.

En términos generales, se tiene confianza en que las medidas de prevención general pueden contribuir a reducir y abatir el fenómeno del narcotráfico. Las acciones en este punto son de dos tipos o clases. De naturaleza no penal (de tipo educativo, cultural, sanitaria, laboral, y se promueven medidas de desahabitación y tratamiento de quienes son adictos).

Y medidas de índole penal (que incluyen revisiones y adecuaciones normativas procesales y penales, modificaciones legales que permitan una justicia más ágil y eviten la impunidad, en suma transformaciones legales que impactan en los ámbitos de administración, procuración de

justicia y ejecución de sanciones). Igualmente se propició la interacción coordinada de diversos niveles y organismos gubernamentales, por lo menos en el ámbito policial, pueden participar en el "combate" al narcotráfico el Ejército, la Secretaría de Marina, las policías de migración, de caminos, federal preventiva, y las policías judiciales o ministeriales locales y federales, así como las policías preventivas.

Es significativo el rango elevado que se le concede a la idea de prevención, pues en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 se consignan las actividades que en materia preventiva desplegaron las distintas Secretarías (Ministerios) de Estado, de entre las que destacamos las siguientes: Secretaría de Educación: Programa educativo de prevención contra las adicciones y programa de orientación educativa; Secretaría de Salud: Programa contra la farmacodependencia; Secretaría de Gobernación: Programa de fortalecimiento de seguridad y programa de infraestructura penitenciaria; Secretaría de la Defensa Nacional: Campaña permanente contra el narcotráfico; Secretaría de Marina: Proyecto de prevención y combate al narcotráfico en el ámbito marítimo; Secretaría de Hacienda y Crédito Público: Programa de combate al lavado de dinero y al tráfico ilícito de armas y precursores químicos; Secretaría de Desarrollo Social: Programa para Promover el desarrollo social y limitar el crecimiento de la producción de enervantes en zonas proclives; Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural: Programa de desarrollo integral de comunidades susceptibles a la siembra de cultivos ilícitos; Procuraduría General de la República: Programa nacional para el control de drogas; detección y erradicación de plantías, intercepción de aeronaves, vehículos terrestres y marítimos, y aseguramiento de enervantes, precursores químicos y armas; vigilancia en vías de comunicación; investigación sobre lavado de dinero; lucha contra el crimen organizado; acciones de orientación, prevención y capacitación y cooperación internacional. Se formuló igualmente un subprograma de alcance nacional para la prevención, control y combate al consumo de drogas, con acciones tan puntuales como las de información y orientación a la sociedad sobre características y repercusiones

del fenómeno de la farmacodependencia, invitación a la ciudadanía para que informe sobre los lugares o personas que venden o comercian drogas; promoción de grupos de jóvenes activistas en contra del uso indebido de drogas, etc.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Catedrático de Derecho Penal y Criminología. Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI)

I. Introducción

La región centroamericana presenta un flujo de tráfico de droga importante. Entre el año de 1990 y el 2000, sólo en cocaína, se estima una circulación de 50 toneladas métricas anuales. El territorio de Nicaragua ha sido utilizado como vía de tránsito desde los países productores hasta los Estados Unidos del Norte de América, destino final. En los primeros ocho meses del año 2000, la Policía Nacional registra (estadísticas oficiales) en el ámbito nacional la comisión de 632 delitos de drogas (Policía Nacional, *Boletín Actividad Delictiva*, Año III, No. 20, p. 2 y 3).

En 1999 se registró la cantidad de 1 mil 175 delitos, 80 delitos más que los ocurridos en el año de 1998. La narcoactividad en Nicaragua ha venido desarrollando base social y estructura para el tráfico de droga; las condiciones del país, alto nivel de pobreza y miseria, de desempleo (especialmente en la Costa Atlántica), han abonado la finalidad de crear y conformar las condiciones para la instauración progresiva del tráfico de la droga. Por ejemplo, si tomamos las características de las personas detenidas por la Policía, el 54.8 por ciento (868 personas) estaban en el desempleo y el 8.5 por ciento (136 personas) eran "amas de casas" -que generalmente se dedican a la tenencia y comercio de droga-. Este porcentaje se toma de la base de 1 mil 582 personas detenidas en 1999. De esta cantidad, 1 mil 348 eran varones y 234 mujeres, entre los 18 a 25 años, y de 26 a 45 que acumulan el 82 por ciento de los casos (1 mil 297).

DELITOS DE NARCOTRAFICO A NIVEL NACIONAL POR AÑO

Delito	1999	1998	1997	1996	1995	1994	1993	1992	1991	1990
Tráfico de Droga	1175	1095	1004	1088	716	986	965	500	485	245

Fuente: Anuario Estadístico de la Policía Nacional, 1999.

II. Legislación en materia de tráfico y consumo ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas controladas.

La Ley 285/1999, de 15 de abril, "Ley de Reforma y Adiciones a la Ley No. 177, Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y Sustancias Controladas" expresa que la ley en materia de droga se denominará *Ley de Estupefacientes, Sicotrópicos y otras Sustancias Controladas; Lavado de Dinero y Activos provenientes de Actividades Ilícitas*.

Esta Ley regula la función del Estado en materia de prevención, tratamiento, rehabilitación, control, fiscalización, investigación, juzgamiento de toda actividad relativa al cultivo, producción, fabricación, uso, tenencia, transporte, tráfico y toda forma de comercialización de estupefacientes, sicotrópicos, precursores y otros productos químicos, también las sustancias inhalables susceptibles de producir dependencia física o psíquica. Asimismo establece el control y fiscalización de las actividades relativas a la producción y comercialización de precursores y materiales que intervienen en la elaboración y producción de las sustancias señaladas en el inciso anterior y el control, fiscalización y juzgamiento de todo lo concerniente al lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas. Regula la organización de la actividad pública y privada, y la participación de Organismos No Gubernamentales (ONG's), en materia de prevención y educación de la sociedad, sobre los efectos del consumo de drogas, el tratamiento, rehabilitación y reinserción en la sociedad de los dependientes de las mismas

III. Prevención, tratamiento, rehabilitación y programas educativos

En la estrategia de prevención y control del cultivo, producción, tráfico y consumo ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras sustancias controladas, el Estado desarrolla las siguientes acciones:

1. Prohíbe toda publicación, publicidad, propaganda o programas que se divulguen a través de los medios de comunicación que contengan estímulos y mensajes subliminales, auditivos, impresos o audiovisuales, que tiendan a favore-

cer la producción, el tráfico y el consumo de drogas ilícitas. En este sentido, la prensa escrita, las estaciones de radiodifusión y de televisión colaborarán de acuerdo con sus posibilidades en la divulgación de los diferentes programas para prevenir el tráfico y consumo ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas controladas.

2. Incluye en los programas de educación primaria, secundaria, técnica, normal, así como los de educación no formal, información sobre los riesgos del uso indebido de la droga en la forma que determine el Ministerio de Educación e Instituto Nacional Tecnológico, en coordinación con el Consejo Nacional. De igual manera lo harán las Universidades.
3. Establece que los Hospitales y los Centros de Salud Públicos y Privados que oferten servicios de salud, presten el servicio de tratamiento y rehabilitación para las personas dependientes de la droga con el fin de reinsertarlos sociolaboralmente.
4. Crea un Consejo Nacional de Lucha contra las drogas, como órgano rector del Estado para impulsar y evaluar las políticas nacionales de carácter integral sobre la materia. La función de este Consejo es formular políticas, planes y programas que las entidades públicas y privadas deban desarrollar en la lucha contra la producción, comercio y uso ilícito de drogas; promover la cooperación y el intercambio de experiencias con organismos regionales e internacionales; recomendar la suscripción de acuerdos, convenios o tratados sobre la materia con otros países.

IV. De los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y sustancias controladas

Arriba indicamos algunas acciones de prevención y control del cultivo, producción, tráfico y consumo ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas y otras sustancias controladas que el Estado desarrolla. Sin embargo, la política criminal para la prevención y control de la droga, se basa fundamentalmente en la represión, al extremo que la Ley 285/1999 comparada con la Ley 177/1994 endurece drásticamente las penas contra estos ilícitos.

La Ley 285/1999 establece los siguientes delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y sustancias controladas:

Delito	Sanciones	Multas
De financiamiento	Presidio de diez a veinticinco años	De cinco millones a diez millones de córdobas.
De tráfico interno	Presidio de cinco a veinte años	De un millón a cinco millones de córdobas.
De tráfico internacional	Presidio de veinte a treinta años	De dos millones a nueve millones de córdobas.
De industrialización	Presidio de veinte a veinticinco años	De un millón a cinco millones de córdobas.
De transporte ilegal	Presidio de diez a quince años	Del doble del valor de los estupefacientes, etc., y además el decomiso del medio de transporte.
De producción	Presidio de cinco a quince años	De quinientos mil a dos millones de córdobas.
De almacenamiento	Prisión de seis a doce años	De cien mil a quinientos mil córdobas.
De producción y/o tráfico de precursores.	Prisión de cinco a diez años	De cincuenta mil a medio millón de córdobas.
De promoción o estímulo	Prisión de cinco a diez años	De cincuenta mil a medio millón de córdobas.

Nota: La relación del córdoba respecto al dólar es de 12.89, cambio oficial actual, 20.10.2000.

En materia de participación, la Ley considera cómplices de los delitos anteriores, los que con conocimiento de causa facilitaren propiedades de cualquier tipo para almacenar, elaborar, fabricar, cultivar o transformar estupefacientes, sicotrópicos o sustancias controladas o facilitaren medios para su transporte; serán sancionados con presidio de ocho a trece años, multa de cien mil a novecientos mil córdobas más el decomiso de la propiedad. Asimismo, considera encubridores, a las personas que con conocimiento de causa facilitaren propiedades de cualquier clase para que en ellas se consuman estupefacientes, sicotrópicos o sustancias controladas; sufrirán la pena de uno a tres años de prisión sin perjuicio de las que correspondan a los demás delitos concurrentes. Si se tratare de un establecimiento comercial se procederá a su cierre definitivo, cuando se compruebe que es usado habitualmente para los mencionados fines delictivos.

V. Circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes.

La Ley prevé circunstancias específicas que agravan la pena en los supuestos de inducir o estimular o utilizar a menores de edad, discapacitado síquicos para la comisión de delitos contemplados en la misma; el hecho se agrava cuando el hecho delictivo se realice en centros educacionales, asistenciales, culturales, deportivos, recreativos; cuando participen en la comisión de estos delitos altos funcionarios de los poderes del Estado o de las municipalidades, Consejos Regionales Autónomos, autoridades judiciales, militares y policiales.

Las atenuantes que establece la Ley, la mitad de la pena mínima, son para los casos en que el imputado revelare la identidad de los autores o cómplices y aportaren datos suficientes para la aprehensión y enjuiciamientos de éstos o para la

incautación o decomiso de estupefacientes, sicotrópicos u otras sustancias controladas o de bienes que sean producto de la comisión de los mismos.

También crea una singular forma de eximir de la responsabilidad civil y penal. Expresa que las comunicaciones obtenidas de "buena fe" y proporcionadas por personas, empleados o funcionarios de la Comisión financiera, en cumplimiento de su trabajo, no constituirán violación de las restricciones que sobre revelación de información existan por vía contractual o por disposición legal o reglamentaria y, por tanto, no implicará "ningún tipo de responsabilidad".

VI. Del delito de lavado de dinero y activos de actividades ilícitas. Su pena.

La Ley establece la creación de una Comisión de Análisis Financiero, adscrita al Consejo Nacional, quien estudiará las técnicas y métodos que se emplean para llevar a cabo operaciones bancarias, financieras y conexas, que facilitan el lavado de dinero y activos provenientes de las actividades ilícitas y además propondrá políticas de prevención y represión del delito de lavado de activos. Esta Comisión tiene competencia de ejercer control sobre instituciones bancarias, financieras, bolsa de valores, cooperativas de ahorro y crédito, puestos de bolsa respecto de la intermediación de valores, casas de intermediación en la venta de divisas o casas de cambio e entidades que realicen o ejecuten actividades vinculadas o similares a las operaciones bancarias propiamente dichas o sobre aquellas que realizan operaciones sistemáticas o sustanciales de cheques, rescate de cheques de viajero o giro postal, transferencia de fondos por vía electrónica, tarjetas de crédito, casas de empeño y los casinos. También regula los temas relacionados con la identificación de cliente, y los registros de las instituciones.

La Ley 285/1999 describe el delito de lavado de dinero y/o activos provenientes de actividades ilícitas cuando la persona que por sí o por interpósita persona natural o jurídica, realiza con otras personas o con establecimientos bancarios, financieros, comerciales o de cualquier otra naturaleza, actos y operaciones mercantiles derivados o procedentes de actividades ilícitas; oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera dinero u objetos materiales o el producto del mismo y dé al dinero y a los bienes provenientes de actividades ilícitas, apariencia de legalidad. También cometen este delito, la persona, la interpósita persona, el propietario, el administrador o representante legal o encargado de es-

tablecimientos que autorice, permita o realice las transacciones conociendo la procedencia ilícita del dinero o producto; el que por sí o por interpósita persona participe en actos o contratos reales, simulados, de adquisición, posesión, transferencia y administración de bienes o valores con intenciones de ocultar, encubrir o simular los recursos financieros obtenidos como resultados de actividades ilícitas.

La sanción para este delito es de presidio de cuatro a veinte años, más una multa correspondiente al doble del valor de los bienes objeto del proceso. Si el delito se cometiere a través de personas jurídicas además de las penas en que incurrir las personas naturales podrá ordenarse la intervención judicial de dicha institución.

Asimismo cometen el delito de lavado de dinero y/o activos provenientes de actividades ilícitas, las personas que conociendo la procedencia ilícita del dinero o su producto, autorice, permita o realice las transacciones referidas al lavado de dinero y/o activos, aprovechándose de su función, empleo o cargo, será sancionado con penas de cinco a diez años de prisión y una multa correspondiente al valor del doble de los bienes o dinero que autorizó legalizar. También, todo directivo o candidato de asociación o partido político que acepte con conocimiento de causa, por cualquier medio, dinero derivado de los delitos arriba descritos; serán sancionados a la pena principal de cuatro a veinticinco años de presidio más una multa del doble del dinero recibido. Y el funcionario, empleado público, trabajador, oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o faltas de que trata la presente Ley que procure la impunidad del delito o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisadas o facilite la evasión de la persona capturada, detenida o condenada, que altere o mandare a alterar el cuerpo del delito, sufrirá la pena de prisión de seis a siete años e inhabilitación especial por el término de la condena.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Panamá

I. Introducción

La cuestión de "la política criminal de las drogas" es tema de permanente importancia y actualidad para la sociedad en la que nos toca vivir, así

como lo fue hace unos años atrás el de la política criminal del aborto.

En el mundo en que vivimos las drogas tienen un papel transcendental, pues existen algunas que son ampliamente admitidas y toleradas, incluso con la imposición de impuestos por el Estado, frente a otras rechazadas y reprimidas que se etiquetan bajo la denominación de "drogas ilícitas".

La existencia, sin embargo, de algunas drogas ilícitas que entre científicos se consideran menos nocivas que otras ha dado margen a la clasificación de drogas blandas frente a drogas duras, lo que ha permitido que algunos autores propugnen por la despenalización del uso de ciertas drogas todavía ilícitas, como es el caso de la cannabis y su muy conocida derivada: la marihuana.

II. La noción de drogas para efectos penales y los tipos penales de tráfico de drogas

Desde la versión inicial del texto penal panameño, cuya vigencia se inició en 1983, el artículo 256 introdujo un concepto penal de droga que sirvió de punto de referencia para toda la legislación penal patria.

Tal concepto, sin embargo, fue objeto de reformas sucesivas en 1986 y en 1994 con la adopción de las Leyes 23 de 1986 y 14 de 1994.

Luego de la última reforma mencionada, el texto del citado artículo dispone a la letra lo siguiente: "Para los efectos de la ley penal, droga es toda sustancia que produzca dependencia física o psíquica, como los narcóticos, fármacos, estupefacientes y todos aquellos productos, precursores y sustancias químicas esenciales, que sirven para su elaboración, transformación o preparación, de conformidad con las disposiciones legales en materia de salud, convenios o acuerdos internacionales vigentes en la República de Panamá.

En su momento, tal noción de droga fue recibida con enorme regocijo por la doctrina patria y algunos reputados autores en el Derecho Comparado ¹.

Respecto de los tipos penales en particular, debemos anotar que el legislador patrio ha sido extremadamente casuista en la elaboración de los diversos delitos, pues parece que no está convencido de las bondades de las normas que un una o sólo dos disposiciones penales consagran de forma amplia toda la represión penal del tráfico de drogas, como sucedió con muchos años con el anterior artículo 344 del Código Penal, introducido al mismo por medio de la Ley orgánica 1, de 24 de agosto de 1988.

En el caso panameño, el legislador incriminó por separado la introducción de drogas al territorio nacional o sacarla o intentar sacarla del territorio nacional (art. 255), la siembra, cultivo o guardar semillas de plantas para producir, extraer, transformar o fabricar drogas, conservar o financiar plantaciones destinadas a producir drogas y poseer, fabricar o transportar precursores, sustancias químicas, máquinas o elementos destinados para la producción o transformación (art. 257), la venta o traspaso a cualquier título de drogas (art. 258) y la posesión simple o posesión con fines de tráfico de drogas (art. 260).

III. La importancia de la cuestión

No cabe duda que la existencia de una política criminal en materia de drogas y en general respecto de la delincuencia es tema que debe interesar al Estado y, en general, a los particulares.

Para el Estado es importante la estructuración de una política criminal en materia de drogas, ya que ella nos debe permitir adoptar decisiones en lo que respecta a la represión de los delitos relacionados con el tráfico de drogas, planificar estrategias públicas y privadas para prevenir dicho tráfico y consumo de drogas ilícitas y dar tratamiento a los consumidores que dependen psíquica o físicamente del uso de drogas ilícitas.

En países como el nuestro, en donde no existe una política criminal en materia de drogas, la cuestión adquiere cada vez más importancia, pues la experiencia pone de manifiesto que el problema supera con creces las previsiones al respecto y la enorme cifra oculta al respecto desborda toda estimación sobre el particular.

Una cuestión importante en esta materia, a nuestro juicio, radica en establecer si desean los gobernantes establecer una política criminal respecto de las drogas y, en su caso, si la respuesta es afirmativa, determinar qué drogas serán consideradas como ilícitas para efectos de dicha política criminal.

A nuestro juicio, el problema de la política criminal de las drogas debe reducirse exclusivamente a las drogas ilícitas, por lo que deben quedar fuera de consideración al respecto el alcohol y el tabaco. Ello no significa, sin embargo, que no se deban adoptar claras decisiones y restricciones en lo que respecta al consumo del alcohol y del tabaco, pues sus efectos también son perjudiciales para la salud como ha sido comprobado por científicos y organismos internacionales.

IV. Hacia una política criminal de las drogas en Panamá

Para establecer una política criminal sobre las drogas ilícitas es necesario, a nuestro juicio, conocer la magnitud del fenómeno criminal en dicha materia, para luego enfrentar la droga desde diversos aspectos.

Nada se logra, sin embargo, reprimiendo severamente los delitos de tráfico de drogas y la posesión de drogas para el consumo sin adoptar otras estrategias para prevenir el tráfico y consumo de drogas ilícitas.

En los últimos meses asistimos en Panamá a una lucha feroz entre los organismos policiales y los traficantes de droga, en la que los consumidores que son pequeños traficantes, sean dependientes o no del uso de las mismas, pueden resultar sancionados con penas que se equiparan o se aproximan a las previstas para los traficantes de drogas ilícitas en sentido estricto.

Nuestra legislación procesal penal no permite la concesión de fianzas de excarcelación para sujetos detenidos preventivamente por delitos relacionados con drogas, sea que se trate de alguna de las tantas modalidades de tráfico o del delito de lavado o blanqueo de capitales provenientes del tráfico de drogas, lo que conlleva el internamiento en un centro penitenciario de todo sindicado por tales delitos, con toda la enorme carga que ello significa para el Estado, que no tiene capacidad para retener a miles de sujetos en espera de juicio por uno o varios años, con la simple orden de un agente del Ministerio Público que no necesita autorización judicial para limitar o privar al sujeto de su derecho fundamental a la libertad individual.

Por otra parte, la constante creación de normas procesales especiales para enfrentar los delitos relacionados con drogas supone la existencia de una normativa especializada que se interpreta al margen de los principios y criterios tradicionales del Derecho penal y del Derecho procesal penal, pues se piensa que los traficantes tienen muchos derechos y que se requiere una justicia penal rápida y eficaz. En esta materia, asistimos al sacrificio de importantes principios cardinales del Derecho penal y del proceso penal de nuestros días, pues se considera que no puede tolerarse más un sistema legal garantista en beneficio de "perversos" delincuentes que no merecen consideración ni derechos en su favor.

Es evidente, por tanto, que quienes así piensan y actúan desconocen por completo la misión fundamental del Derecho penal y del proceso penal moderno, en los que nuevos principios (última *ratio legis*) y proporcionalidad, para mencionar sólo algunos) tienen enorme trascendencia frente a

otros ya consagrados como el de legalidad y presunción de inocencia.

Nunca la existencia de numerosos derechos en favor de los supuestos delincuentes puede estimarse innecesario y favorecedor de la delincuencia.

V. Constante desconocimiento de principios y derechos fundamentales

A este respecto, es necesario destacar la constante incorporación de normas que limitan o desconocen principios o derechos fundamentales so pretexto de reprimir eficazmente el tráfico de drogas, lo que en algunos casos conduce al desconocimiento de normas constitucionales por la vía de adoptar convenios internacionales que según nuestra Constitución son de obligatorio cumplimiento.

Sobre el particular, es necesario destacar la recusable práctica de adoptar disposiciones legales que contradicen en forma directa nuestro texto constitucional, como ocurre con la intervención telefónica o la norma que obliga en casos de lavado o blanqueo de dinero a que el sujeto pruebe la licitud de los bienes que están bajo sospecha de haber sido adquiridos con dineros del tráfico de drogas.

Con el pretexto que el Procurador General de la Nación es una autoridad de máximo rango y jerarquía en el Ministerio Público se autoriza a tal funcionario a decretar la interceptación telefónica en delitos graves, sin la autorización de ninguna autoridad judicial, lo que sin duda es un grave atentado al ejercicio del derecho fundamental a la intimidad o privacidad de las comunicaciones telefónicas, pues tal ingerencia pública no ha sido autorizada por ningún Tribunal de justicia, sea unipersonal o pluripersonal la integración del mismo. Así mismo, invertir la carga de la prueba, para que el sujeto demuestre la licitud de la procedencia de sus bienes es inaceptable en el Estado de Derecho, en donde el fiscal siempre tiene que probar la verdad de su acusación.

En ambos casos, aunque la Constitución consagra la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas² y la presunción de inocencia³ las reformas introducidas al proceso penal para la investigación y juzgamiento de los delitos relacionados con drogas permiten⁴, con base en la Convención de Viena de 1988, adoptada por nuestro país por medio de la Ley 20, de 7 de diciembre de 1993, incorporar disposiciones legales que han sido, inaplicablemente, declaradas constitucionales por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que en esta materia no actúa siempre con apego al texto consti-

tucional o, en otras palabras, actúa en forma complaciente con el Ministerio Público que tiene otra agenda distinta a la defensa del Estado de Derecho.

Por otra parte, es lamentable que en la instrucción de los procesos los Fiscales Especializados en Delitos relacionados con Drogas utilicen agentes encubiertos de nacionalidad extranjera, muchas veces de agencias extranjeras para el control de las drogas, que en sus países de origen respetan su ordenamiento procesal penal interno pero que en Latinoamérica actúan como dueños del mundo y sin sujeción a ley alguna.

VI. Consideraciones finales

Panamá no tiene una política criminal definida frente al problema de las drogas ilícitas, más que la simple represión por medio del aumento de nuevos tipos penales y el constante aumento de penas para tales delitos, por lo que urge diseñar una estrategia a ese respecto. Flaco favor le hacemos al país aprobando constantemente nuevas leyes que sólo se ocupan de la represión penal de la droga, pues el problema no se resuelve con el aumento de penas al respecto.

Tampoco podemos seguir con la deleznable práctica de aprobar normas legales contrarias a la Constitución, so pretexto de que Panamá acata las normas del Derecho Internacional, como prescribe el art. 4 de la Constitución. En esta materia, debió hacerse una reserva para evitar la triste experiencia que hemos confrontado al respecto.

Aunque existe en nuestro país la Comisión Nacional para el Estudio y la Prevención de los delitos relacionados con drogas (CONAPRED) la conformación de la misma por el Procurador General de la Nación (equivale a Fiscal General del Estado), varios Ministros de Estado, Magistrados, el Presidente de Cruz Blanca, un Legislador, el Jefe de la Iglesia Católica y el Rector de la Universidad de Panamá sin criterio científico alguno augura su majestuosa inoperancia, salvo en lo que respecta al apoyo a la misma represión penal y otras labores administrativas importantes ajenas por completo a la verdadera prevención y tratamiento en materia de drogas ilícitas.

Basta de reformas coyunturales al régimen penal de las drogas contenidos en el Código Penal vigente, que la mayoría de las veces por el desconocimiento de la problemática penal, en su conjunto, de los propulsores de las reformas se introducen normas incoherentes o contradictorias con la propia normativa que se pretende reformar o con el texto punitivo en general.

La última reforma en materia de blanqueo de capitales es muy elocuente, pues se derogaron to-

dos los delitos de blanqueo de capitales creados expresamente para los bienes productos del tráfico de drogas y se crearon nuevos tipos de blanqueo de capitales que no se pueden aplicar con efecto retroactivo a supuestos enjuiciados y sancionados con la normativa anterior, que quedó derogada por mandato de la Ley 41, de 2 de octubre de 2000.

Notas

1. Confróntese, al respecto, por todos: JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA/ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*, Decimoséptima edición, Madrid, 1994, págs. 1071-1072.

2. El artículo 29 de la Constitución dispone lo siguiente: "La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por autoridad competente, para fines específicas y mediante formalidades legales. En todo caso se guardará reserva sobre los asuntos ajenos al objeto de la ocupación o del examen." "Igualmente, las comunicaciones telefónicas privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas. El registro de papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del lugar."

3. El artículo 22 de la Constitución dispone lo siguiente: "Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes." "Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales."

4. El art. 18 de la Ley 13, de 27 de julio de 1994, dispone que "cuando existan indicios de la comisión de un delito grave, el Procurador General de la Nación podrá autorizar la filmación o la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas de aquellos que estén relacionados con el ilícito, con sujeción a lo que establece el artículo 29 de la Constitución Política". "Las transcripciones de las grabaciones, (sic) se harán en un acta en la que sólo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado y será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico."

Perú

Víctor Roberto Prado Saldarriaga
Catedrático de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Marco normativo

En el Perú el delito de tráfico ilícito de drogas se encuentra regulado y sancionado en el Código Pe-

nal de 1991, en el Capítulo III, Sección II del Título XII, del Libro Segundo. Comprende los artículos 296° a 303°.

La estructura interna del sistema de delitos comprende un tipo básico (artículo 296°), circunstancias agravantes y atenuantes (artículos 297° y 298°), tipos especiales (artículos 296°C, 296°D, 300°, 301° y 302°). Asimismo, se contempla la criminalización específica de actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes y capitales originados o derivados del tráfico ilícito de drogas, en los artículos 296°A y 296°B.

II. Penalidad

Los delitos de tráfico ilícito de drogas son reprimibles con penas conjuntas de privación de libertad, de multa y de inhabilitación. Tratándose de extranjeros el artículo 303° contempla, además, una pena de expulsión con posterioridad al cumplimiento de las penas impuestas en la condena.

La pena privativa de libertad en delitos de tráfico ilícito de drogas, puede extenderse entre uno a 25 años. Sin embargo, tratándose del tipo penal especial previsto en el artículo 296°C que tipifica el cultivo y procesamiento bajo coacción de plantas de coca y amapola, la pena privativa de libertad aplicable es la de **cadena perpetua**.

En los delitos de lavado de dinero, la pena privativa de libertad se extiende entre 8 y 18 años para los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de bienes y capitales que se realicen sin intervención del sistema financiero (artículo 296°A), ya que tales conductas si se materializan a través del sistema bancario o financiero son sancionados con **cadena perpetua** (artículo 296°B).

La pena de multa para los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero se aplica a través del sistema de días-multa y puede extenderse entre 90 a 730 días-multa. La pena de inhabilitación para todos los delitos es una inhabilitación especial cuya duración no puede ser superior a 5 años computables desde la fecha de la condena.

Cabe anotar que las penas se atenúan cuando la cantidad de droga objeto del delito se clasifica como pequeña o escasa. El artículo 298° *in fine* da tal condición hasta 100 gramos de PBC y derivados; 25 gramos de clorhidrato de cocaína; 200 gramos de marihuana; 20 gramos de derivados de marihuana.

III. Tratamiento de actos de consumo o dirigidos al propio consumo

El Código Penal peruano no tipifica como delito el consumo de drogas, ni los actos de fabrica-

ción y posesión de drogas con tal finalidad de consumo personal. Las personas que incurran en tráfico ilícito de drogas y sean además consumidores son sancionables penalmente, aunque la ley otorgue al Juez la posibilidad de aplicarle una medida de seguridad de internamiento, la cual deberá descontar su duración del tiempo de pena impuesto en la condena, y, eventualmente, en atención a los resultados exitosos obtenidos la extinción de la pena.

IV. Medidas especiales

La legislación peruana incluye medidas especiales dirigidas a potenciar la eficacia de la detección y procesamiento de los implicados en actos de tráfico ilícito de drogas y de lavado de dinero.

Tales medidas son las siguientes:

- a) **Beneficios de exención y remisión de penas** para los implicados, procesados o condenados que materialicen actos de colaboración eficaz para la identificación y detención de cabecillas de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas o al lavado de dinero. Así como cuando la información suministrada permita el decomiso relevante de sustancias fiscalizadas, insumos o infraestructura logística de las organizaciones delictivas (Decreto Legislativo 824, arts. 19° a 24°).
- b) **Flexibilización del secreto bancario y de las reservas tributaria y bursátil**, para el procesamiento penal de personas involucradas en actos de lavado de dinero (art. 296°B), Ley de Banca, Código Tributario y Ley del Mercado de Valores). Sin embargo, las limitaciones formales y operativas que rodean los procedimientos y requisitos que deben cumplirse para la procedencia de estas medidas hacen poco práctica su implementación. Por lo demás, este tipo de medidas no son aplicables con fines de promoción de la acción penal o de investigación preliminar.
- c) **Utilización de las técnicas de entrega vigilada y agentes encubiertos**, bajo autorización y supervisión del Ministerio Público para la obtención de medios probatorios útiles a la persecución y sanción de las personas involucradas en actos de tráfico ilícito de drogas. Durante la etapa procesal de instrucción o juzgamiento estos procedimientos de investigación criminal deben ser autorizados por la autoridad judicial. En caso de solicitud de autoridades extranjeras estas medidas se adoptarán con arreglo a los convenios internacionales, regionales o bilaterales suscritos por el Perú.

V. Aspectos procesales y jurisdiccionales

Tanto los delitos de tráfico ilícito de drogas como los de legalización de capitales o lavado de dinero están sujetos al trámite del proceso penal ordinario. En consecuencia, tienen una instrucción a cargo de un Juez Penal y una Audiencia o Juicio Oral ante una Sala Penal Superior compuesta por tres Vocales Superiores que emiten la sentencia correspondiente, la cual puede ser impugnada ante la Sala Penal de la Corte Suprema.

Ahora bien, desde 1996, el Perú cuenta con una Instancia Jurisdiccional Especializada en delito de tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero (Resolución Administrativa No. 097-CME-PJ). **Este órgano jurisdiccional, especializado es dirigido y supervisado por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema y tiene competencia nacional para la instrucción y juzgamiento de tales delitos, con la excepción de los actos de micro-tráfico previstos por el artículo 298° del Código Penal que siguen siendo competencia de los órganos jurisdiccionales comunes. La Instancia Especializada está en funcionamiento desde setiembre de d 1996 y ha sido acondicionada de los recursos necesarios para su operatividad eficiente. El Ministerio Público ha organizado también un sistema de fiscales especializados que interactúe con la nueva Corte (Resolución No. 145-96-MP-FN-CEMP).**

VI. Convenios internacionales y regionales

El Perú ha aprobado los siguientes Convenios, los que al constituir ya derecho interno pueden ser invocados para promover e implementar mecanismos de asistencia judicial mutua frente al tráfico ilícito de drogas y el lavado de dinero:

- a) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
- b) Convención Interamericana sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal.

Asimismo el Perú ha aprobado en el Marco de la OEA-CICAD, el **Reglamento Modelo Americano sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos.**

También se han suscrito acuerdos bilaterales de Asistencia Judicial Mutua con países americanos y europeos como Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, España, Reino Unido, México, Italia, etc.

Polonia

Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska
Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia de Ciencias de Polonia, Varsovia

1. Durante los últimos quince años, y sobre todo en la última década, en Polonia, el fenómeno de toxicoddependencia, así como el fenómeno del narcotráfico, han experimentado un profundo cambio. Hasta el año 1989 Polonia no estuvo implicada en el tráfico internacional de drogas. Los drogodependientes polacos (su número estaba entre 20.000 y 40.000 de personas) consumían un producto propio, llamado "la compota" o heroína polaca. "La compota" se produce en casa, de paja de la adormidera, sobre todo para el uso propio; aunque además esta droga se produce también de manera profesional, para la venta. Las drogas duras, como la heroína y la cocaína, así como las blandas como marihuana o el hachís, por lo general no fueron accesibles en Polonia. Sin embargo, actualmente en Polonia ya se puede comprar todos los géneros de drogas.

Polonia se ha convertido en país productor y exportador de anfetamina y por su situación geográfica en un país de tránsito hacia la Europa Occidental (sobre todo con la llamada ruta balcánica). Por los aeropuertos y puertos polacos, por la frontera polaca, entra droga procedente de América del Sur y del Asia. Cada año aumenta la cantidad de drogas intervenidas por la policía polaca. El número de personas que consumen drogas, sobre todo jóvenes y niños, ha aumentado de manera considerable. Es difícil indicar el número de drogodependientes en el día de hoy. Aunque en Polonia se cometen mucho menos delitos relacionados con drogas que en los países desarrollados de Europa Occidental, en los últimos años ha cambiado la estructura de esta delincuencia. Antes predominaban los delitos de cultivo ilegal de adormidera y del cannabis, así como la producción ilegal de drogas (sobre todo de "la compota"). En los últimos años la mayoría de delitos relacionados con drogas consiste en el contrabando de drogas, tráfico y difusión entre otras personas. Aunque en Polonia, el tamaño del problema abordado todavía no ha alcanzado las dimensiones que tiene en los países de Europa de Oeste, los pronósticos hechos por los investigadores del tema, no son optimistas¹.

2. Polonia ha ratificado las Convención de Naciones Unidas: la Convención Unica sobre estupefacientes de 1961 con el Protocolo de modificación de 1972, la Convención de 1971 sobre las sustancias psicotrópicas, así como la Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

3. Las normas penales, relacionadas con drogas están contempladas sobre todo en el Código Penal y en la Ley especial de 24 de abril de 1997 sobre las Medidas contra la Narcomanía (Drogadicción).

4. Según la regla general, contemplada en el Código Penal, las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad o imputabilidad limitada, favorables al reo, no tienen efectos en los casos en que el autor del hecho punible se autocondujo al estado narcótico, que provocó la falta total o parcial de lucidez o del dominio de su conducta, sí previó o pudo prever que dicha falta total o parcial de lucidez o del dominio de conducta se produciría (art. 31 ap. 3 del Código Penal polaco). Es decir que en este último caso, el autor responde por el delito cometido sin posibilidad siquiera de beneficiarse de la atenuación extraordinaria de la pena.

5. Cuando se trata de las medidas de seguridad descritas en el Código Penal, éstas tienen aplicación sólo en los casos en que no se aplican las normas contempladas en la Ley especial de 1977 sobre las Medidas contra la Narcomanía.

6. Según el Código Penal, en algunos casos, el tribunal puede imponer al autor del delito la obligación de abstenerse del consumo de estupefacientes. Según las reglas generales esa obligación puede aplicarse en el caso de la condena condicional (la suspensión condicional de la ejecución de la pena), libertad condicional, sobreseimiento condicional de la causa (como la obligación del período de prueba), así como cuando se impone la pena de limitación de libertad. En el caso de condena condicional y libertad condicional, el tribunal puede también (con el consentimiento del condenado) imponer al condenado la obligación de curarse (se trata sobre todo de desintoxicación o rehabilitación).

7. La Ley de 24 de abril de 1997 sobre Medidas contra la Narcomanía sustituyó a la Ley anterior de 1985 sobre la Prevención de Narcomanía. La Ley de 1997 crea el sistema de la resistencia contra la narcomanía que comprende acciones profilácticas, educación, prevención, asistencia médica, y curación (incluida la curación substitutiva), la rehabilitación y readaptación de las personas con drogodependencia, así como medidas preventivas entre personas de riesgo de drogodependencia (sobre todo entre el círculo de jóvenes y niños). También se mantienen vigentes las disposiciones aprobadas en desarrollo de la Ley, que sirven para su ejecución. La Ley acentúa el principio de que el tratamiento médico, la rehabilitación y la readaptación de los toxicodependientes (drogodependientes) es voluntario (con excepciones previstas por la Ley). La Ley de 1997, regulando varias cuestiones relacionadas con la toxicomanía (narco-

manía), contiene también las normas penales que se recogen en los artículos 40 a 58.

8. Si el delito relacionado con el consumo de drogas es cometido por un drogodependiente, la mencionada Ley prevé condiciones especiales en la aplicación de medidas de seguridad. La Ley da varias posibilidades de tratamiento médico (también obligatorio) y prevé un sistema alternativo para la ejecución de la pena. Se recoge también la posibilidad de suspender el procedimiento penal y de aplicar el sobreseimiento condicional de la causa si el reo se somete al tratamiento de desintoxicación y la pena prevista por el delito cometido no es mayor de 5 años.

9. Según la Ley en cuestión, los delitos relacionados con el tema son los siguientes: 1) la elaboración (producción), la transformación o el tratamiento ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la transformación de la leche y de la paja de adormidera. 2) La elaboración (producción), la tenencia (posesión), el almacenamiento (conservación), la compra y venta de objetos que sirvan para la elaboración (producción), transformación y el tratamiento ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la adaptación de recipientes y objetos para estos fines. 3) La importación o exportación ilícitas, o la traída en tránsito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de la leche o de paja de adormidera. 4) El tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, leche y paja de adormidera. 5) La preparación para cometer algunos de los delitos indicados. 6) Proporcionar a otra persona la droga de manera ilícita o inducirle a que la tome (estupefaciente o sustancia psicotrópica). 7) Dar a otra persona la droga con fines de lucro pecuniario o personal, o inducirle a que la tome, o facilitárselo con la misma finalidad. 8) Cultivo ilícito de la adormidera o del cannabis o la recogida ilícita de leche de la adormidera, opio, paja de adormidera, resina o hierba del cannabis. 9) La fabricación, transformación, tratamiento, exportación, importación, traída en tránsito, compra, posesión o almacenamiento de los precursores de manera ilícita y con la finalidad de fabricación ilícita de drogas (estupefacientes o sustancias psicotrópicas). 10) La posesión (tenencia) ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Según la ley vigente no es castigado el que posea drogas en cantidades insignificantes para uso propio. En la mencionada Ley se especifican también algunas contravenciones. Las penas por los delitos enumerados están diferenciadas en relación con las circunstancias y la cantidad de droga; actuación con ánimo de lucro, minoría de edad de la víctima, o caso de poca importancia.

10. En los últimos días el Parlamento polaco aprobó de manera preliminar, una ley que introduce modificaciones a la Ley de 1997. Las más importantes consisten en que se castiga la tenencia de drogas incluso en cantidad insignificante y para uso propio, se amplía el delito consistente en proporcionar drogas a otras personas, estableciéndose penas por facilitar el consumo de la droga (independientemente de los fines de ese hecho), se incrementa la severidad de algunas penas y se tipifica el no denunciar algunos de los indicados delitos relacionados con drogas, por los propietarios o gerentes de las salas de noche o por personas que desarrollen otros servicios, cuando esos delitos fueron cometidos en sus salas. El proceso legislativo sobre esta ley modificadora todavía no está terminado, pero cabe prever que las modificaciones indicadas entrarán en vigor en un próximo futuro. Actualmente en Polonia se desarrolla un debate sobre el tema abordado, ya que gran número de criminólogos y de médicos se oponen a castigar la tenencia de las cantidades insignificantes de drogas para uso propio, por considerar que en realidad eso indica lo mismo que la penalización del consumo de droga, lo que tiene que ser objeto del tratamiento médico y no de castigo.

11. Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico, incluso los cometidos bajo la influencia de drogas, así como las penas previstas por esos delitos y las medidas penales (la prohibición de conducir) quedan especificados en el Código Penal.

12. En Polonia, un problema de patología social parecido es el del alcoholismo². Las cuestiones relativas al alcoholismo tienen una legislación específica. Sin embargo, algunas reglas previstas en el Código Penal se aplican de igual manera a los drogadictos (en el sentido estricto de este término) y a los alcohólicos.

Notas

1. Para más detalles véase K. KRAJEWSKI, *Drug-Related Offences*, en el libro *Crime and Law Enforcement in Poland* (edited by A. Siemaszko, Institute of Justice), Warszawa 2000 (el libro fue presentado como un reporte polaco en el Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención de Delitos y el Tratamiento del Delincuente, que se celebró en Viena en abril de 2000), pp.105-111.

2. Para más detalles véase B. KUNICKA-MICHALSKA: *Delitos relacionados con el alcohol en el derecho penal polaco*, *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia*, Volumen XII-Número 40-Enero/Abril 1990, pp.103-115.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Política Criminal e Droga. Introdução

1. O tema da Política Criminal e luta contra a droga é neste momento, em Portugal, de grande actualidade, pelas alterações que se adivinham ao quadro legal vigente e pelo debate político e jurídico que as tem envolvido.

Este é, portanto, um momento de transição e também de relativo impasse, no qual se mantém em vigor um quadro legal que criminaliza o consumo e o tráfico de estupefacientes (para além de outros comportamentos), mas simultaneamente se reconhece que, independentemente das perspectivas em confronto, esse quadro legal é parcialmente inadequado e por vezes excessivo (em relação, por exemplo, a consumidores ocasionais ou sem antecedentes judiciais desta natureza) ou mesmo inútil, pela ausência absoluta de efeitos preventivos (como acontece com os consumidores viciados em "drogas duras").

2. A par destas mutações legislativas e do debate político que as envolve, surgem também, como peças centrais da estratégia de luta contra a droga, a adopção de programas ou acções que procuram evitar ou minimizar os efeitos colaterais do consumo e tráfico de estupefacientes¹. Alguns desses programas estão já em execução e começam a produzir os primeiros resultados: pense-se, por exemplo, na troca de seringas, nas equipas de rua para apoio directo aos toxicodependentes, no desmantelamento de alguns bairros conhecidos por serem especiais circuitos de tráfico, com posterior realojamento de famílias (de forma a tentar isolar os traficantes), nos programas de administração de medicamentos de substituição (nomeadamente, de metadona aos viciados em heroína), nas clínicas de "porta aberta" ou na informação e apoio às pessoas com comportamentos de risco. Outros projectos encontram-se em discussão e não se sabe se serão ou não levados a cabo, como seja a criação de "salas de injeção segura" (*shooting rooms*).

3. Por outro lado, a década de 90 foi em Portugal o período em que o poder político assumiu claramente a existência de um grave problema nacional relativo à droga e a necessidade de repensar todas as estratégias envolvidas no seu combate. O que se percebe por diversas razões: tornaram-se especialmente visíveis os danos sociais e humanos do consumo (durante uma ou duas décadas) de drogas duras; ficou clara a associação entre algumas formas de criminalidade e a dependência de drogas; verificam-se índices preocupantes de doenças infecto-contagiosas entre os toxicodependentes (HIV, hepatites, tuberculose), uma parte

deles exercendo a actividade de prostituição; a heroína revelou-se a droga mais destrutiva a todos os níveis; surgiram as drogas sintéticas, como o *ecstasy*, com uma capacidade de expansão e implantação entre os adolescentes verdadeiramente assustadora (que nunca o *crack* teve em Portugal); realizaram-se grandes apreensões de estupefacientes; desmantelaram-se parcialmente algumas organizações de traficantes; assumiu-se a vulnerabilidade da extensa fronteira marítima portuguesa; procuraram-se novas formas legais de combate ao tráfico; deram-se passos legislativos (sem qualquer eficácia prática, refira-se) no combate ao branqueamento de capitais, nomeadamente proveniente do tráfico de drogas. Simultaneamente, começaram a ser evidentes as relações entre as redes de tráfico e outras actividades da criminalidade organizada, o que exigiu uma especial atenção ao nível da investigação criminal.

4. Apesar do muito que foi feito, a sensação é a de que os resultados são insuficientes e o discurso político-jurídico oscila, não raras vezes, entre o desalento e as opções securitárias extremas. O período é, como se referiu, de transição, com passos importantes ao nível da informação, das opções legislativas e das medidas alternativas à intervenção jurídico-formal².

Não pode o presente texto, dada a sua função basicamente informativa e os limites de espaço existentes, reproduzir a riqueza do debate que neste momento se trava em Portugal sobre a intervenção jurídica do Estado em matéria de consumo e tráfico de drogas. Nesse sentido, serão apresentadas apenas as linhas essenciais das diversas perspectivas em confronto. Para o efeito, começo por identificar o quadro legal vigente (I) para, num segundo momento, perceber as soluções que se criticam e que se desenham (II e III), descortinando então as intencionalidades político-criminais que lhes estão subjacentes ou que se revelam nas propostas formuladas (IV).

I. O quadro legal

5. O quadro legal português em matéria de drogas acolhe basicamente o "modelo proibicionista" decorrente das convenções internacionais vigentes na matéria³, tendo optado pela criminalização das condutas de tráfico e consumo de drogas. Mas o mapa legal relativo a este tema é mais vasto.

O problema da toxicodependência adquire entre nós relevância constitucional a diversos títulos: como incumbência expressa do Estado, que deve "estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência" (art. 64º, n.º 3, al. f) da Constituição), como um problema específico no

contexto, axiologicamente mais vasto, de compressão e harmonização de direitos fundamentais ou como um caso particular em que as exigências de necessidade, idoneidade e proporcionalidade da intervenção penal (art. 18º, n.º 2 da Constituição) exigem uma especial atenção do legislador e do aplicador do Direito⁴.

O poder político tem procurado fazer eco destas vertentes constitucionais, incorporando na sua estratégia princípios diversos, alguns ancorados no sistema de direitos fundamentais, como o princípio humanista (reconhecimento da dignidade da pessoa humana) e o princípio do pragmatismo (adopção de políticas de redução de danos), outros decorrentes da sua incumbência programática na matéria, como sejam as políticas de prevenção e de tratamento⁵.

6. O diploma central, neste momento em vigor (Outubro de 2000), que reúne o essencial das opções penais na matéria é ainda o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na versão que lhe foi dada pela Lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, onde se criminaliza, em termos amplos, o tráfico e o consumo de estupefacientes (e seus precursores) e se regulam importantes aspectos processuais.

Relacionada com este diploma, a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março, define os procedimentos de diagnóstico e exames periciais dos toxicodependentes e organiza as tabelas das substâncias de que dependem as classificações legais e as penas dos crimes de tráfico e de consumo.

O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, incrimina também o branqueamento de capitais provenientes do tráfico de estupefacientes, matéria depois desenvolvida em diversos aspectos pelos Decretos-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro, e n.º 325/95, de 2 de Setembro.

O Código Penal prevê ainda, no seu art. 291º, o crime de condução de automóvel sob influência de álcool, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas e, por outro lado, o art. 295º tipifica o crime praticado em estado de embriaguez ou sob o efeito de substância tóxica. A colocação intencional em estado de inimputabilidade (que pode também ser provocado pelo consumo de estupefacientes) pode corresponder, de acordo com o art. 20º, n.º 4 do Código Penal, a uma *actio libera in causa*, que impede a aplicação do regime da inimputabilidade (do art. 20º, n.º 1 do mesmo Código) e obsta, portanto, ao funcionamento desta causa de exclusão da culpa.

7. Outra legislação de natureza diversa completa a intervenção jurídica na matéria, podendo citar-se os seguintes diplomas: a Lei n.º 7/97, de 8 de Março (rede de serviços públicos para o tratamento e a reinserção de toxicodependentes); a Lei n.º 17/98, de 21 de Abril (financiamento de projec-

tos de investimento respeitantes a equipamentos destinados à prevenção secundária da toxicod dependência); o Decreto-Lei n.º 16/99, de 25 de Janeiro (funcionamento das unidades privadas que tenham intervenção na área do tratamento ou recuperação de toxicod dependentes); o Decreto-Lei n.º 31/99, de 5 de Fevereiro (cria o Instituto Português da Droga e da toxicod dependência); o Decreto-Lei n.º 72/99, de 15 de Março (regula o sistema de apoios ao tratamento e reinserção social de toxicod dependentes, quando prestados por instituições privadas); a Lei n.º 109/99, de 3 de Agosto (estabelece o regime de assistência médica prisional a toxicod dependentes); o Decreto-Lei n.º 88/2000, de 18 de Maio (cria o Conselho Coordenador da Estratégia Nacional de Luta contra a Droga e da Toxicod dependência).

II. A criminalização do consumo, do tráfico e de outros comportamentos

8. O Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (com as citadas alterações introduzidas em 1996), pune o tráfico de estupefacientes e outras actividades ilícitas com ele relacionadas (a título preparatório ou instrumental) com penas de prisão de 1 a 5 anos, de 4 a 12 anos e de 5 a 15 anos, em função da natureza das substâncias em causa (art. 21º); penas de prisão de 1 a 5 anos, 2 a 8 anos e 2 a 10 anos estão previstas para idênticas condutas relativas a precursores (art. 22º), podendo todas estas penas ser agravadas em um terço se verificada alguma das circunstâncias descritas no art. 24º. Quando estas actividades envolvam associações criminosas as penas podem ir até 25 anos de prisão (o máximo em Portugal) em função da participação do agente e do seu estatuto na organização (art. 28º). A lei considera ainda crime o incitamento ao uso de estupefacientes (art. 29º), condutas de facilitação do tráfico e consumo em locais públicos ou de reunião (art. 30º), o abandono de seringas (art. 32º) e o abuso do exercício de profissão (que abrange, no art. 27º, as condutas dos médicos que passem receitas ou ministrem substâncias proibidas com fim não terapêutico).

Prevê-se a figura do tráfico de menor gravidade (art. 25º) e do traficante-consumidor (art. 26º), para cujos comportamentos se estabelecem penas menos graves.

O consumo ou o cultivo, a aquisição ou a posse de plantas ou substâncias proibidas para consumo (art. 40º) é punido com prisão até 3 meses ou multa até trinta dias, podendo a pena ser agravada até 1 ano ou multa até 120 dias se a quantidade em causa exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias. Se

o consumidor for ocasional pode ser dispensado de pena (mas a decisão judicial é condenatória).

O mesmo diploma prevê ainda medidas de exame e diagnóstico compulsivos (isto é, em que não se prevê a hipótese de livre recusa), no art. 43º, e medidas de diversão, como a suspensão da pena e obrigação de tratamento (art. 44º), a suspensão com regime de prova (art. 45º) e a suspensão provisória do processo (art. 56º).

Finalmente, entre muitos outros aspectos que aqui não se podem descrever, o diploma consagrou ainda alguns polémicos regimes de obtenção de prova, com recurso a agentes infiltrados e homens de confiança (artigos 59º e 59º-A).

9. O regime legal que sumariamente se descreveu, tendo sido recebido no início com o benefício da dúvida⁶, acabou por ser objecto de fortes críticas de diversos quadrantes (juristas, magistratura, poder político, médicos, sociólogos), a maior parte delas dirigidas à criminalização do consumo e a todos os efeitos daí decorrentes⁷. Para alguns sectores políticos, diversamente, o regime é criticável, mas porque se revela insuficiente ou penalmente brando⁸.

No sentido da primeira perspectiva, afirma-se que a criminalização do consumo nada resolveu e apenas teve efeitos colaterais nocivos: agravou a saúde dos consumidores, induziu comportamentos de risco, facilitou a transmissão de doenças em circuitos clandestinos, agravou o problema da sobrelotação da população prisional, absorveu recursos policiais e judiciais sem qualquer efeito útil, alimentou discursos securitários e comportamentos xenófobos contra grupos minoritários e introduziu uma punição socialmente selectiva, centrada sobre o consumo e o pequeno tráfico, em regra fungível no contexto das organizações criminosas⁹. Mesmo as penas mais leves (como as penas de multa ou o regime de dispensa de pena) têm efeitos criminógenos que são se podem negligenciar, em especial pela sua relevância para efeitos de registo criminal dos condenados, com sérias consequências laborais, criando barreiras à recuperação e inserção social dos toxicod dependentes¹⁰.

Para além disso, tem a doutrina questionado a própria legitimidade de o Estado punir o consumo de drogas por adultos, onde não se identifica a lesão dum bem jurídico alheio ou onde não se encontram perigos significativos (pelo menos superiores aos das bebidas alcoólicas fortes) para bens jurídicos colectivos¹¹.

A crítica foi, entretanto, alargada praticamente a todo o regime substantivo e processual vigente: pela técnica legislativa em si mesma, que equipara condutas muito diferentes entre si (a posse e o uso, ou a cedência e o tráfico), pela violação do

princípio da proporcionalidade (uma tentativa de homicídio simples é punida com pena de prisão até 10 anos e 8 meses, mas a simples posse de droga pode em alguns casos ir até 12 anos, pois é legalmente considerada como tráfico), pela derrogação do princípio da necessidade da pena, por a técnica legislativa (mais "aberta" nos tipos mais graves e com mais requisitos cumulativos nos tipos menos graves) impedir na prática a aplicação dos tipos de crime com penas menos severas. Nesse mesmo sentido se afirma, ainda, que os Tribunais acabam por interiorizar um espírito de cruzada, assumido-se ilegitimamente como peças centrais do combate político contra a droga, o que na prática judicial redundou na efectiva facilitação da prova para efeitos de condenação, na apresentação de factos que mais não são do que genéricas convicções, na severidade assumida na qualificação dos factos, no recurso intensivo à prisão preventiva e na escolha e determinação da medida da pena aplicável. Por tudo isto, o actual Direito da droga é apresentado já como um sistema de excepção, de matriz autoritária, estranho e conflituante com o quadro de valores do sistema penal acolhido na Constituição e no Código Penal¹².

A hipótese de, noutra perspectiva, tentar superar os problemas agravando o regime legal, quer nas penas, quer nas condições de intervenção, e de afectar mais recursos de natureza policial e judicial ao combate à droga¹³ é, por outros sectores, considerado inútil, sendo preferível proceder a uma afectação mais selectiva de recursos restringindo a intervenção penal aos casos mais graves (como o tráfico de drogas de elevado potencial de dependência)¹⁴.

III. Redução de danos, descriminalização do consumo e concentração na luta contra o tráfico

10. Perante este mapa de problemas e críticas o Governo assumiu o propósito de descriminalizar o consumo de drogas, transformando o consumo, a aquisição para consumo e a detenção para consumo das substâncias proibidas num ilícito de mera ordenação social (de natureza não penal). A venda de qualquer droga continuaria a ser proibida. Nesse sentido, promoveu já nesta legislatura a aprovação de uma Lei na Assembleia da República que, contudo, não chegou a entrar em vigor, pois, em virtude de uma irregularidade processual (falta de audição dos Parlamentos Regionais), o diploma foi vetado pelo Presidente da República e devolvido ao Parlamento para nova aprovação. À data de fecho deste texto (19 de Outubro) a Lei encontra-se

novamente a ser debatida pelo Parlamento, devendo ser novamente aprovada.

A filosofia orientadora dessa lei traduz-se em encarar o consumidor como um doente, carente de ajuda e tratamento, e em separar o consumidor ocasional do toxicodependente¹⁵. Nesse sentido, descriminaliza-se o consumo de todas as drogas, mantendo uma proibição legal de natureza não criminal, um ilícito de mera ordenação social (*Ordnungswidrigkeit*), onde é privilegiada a intervenção administrativa de uma comissão especializada e composição diversificada, a sujeição voluntária dos consumidores a tratamento e a adopção de soluções de oportunidade, com sanções adequadas a esses propósitos.

A opção é marcada por uma concepção de justiça fortemente temperada por um princípio utilitário (princípio do pragmatismo) que aposta nas soluções dirigidas à redução de danos e nas intervenções terapêuticas em detrimento de opções penais simbólicas de perversos efeitos colaterais. A manutenção de uma proibição (embora de natureza não penal) permite a intervenção administrativa e policial para impedir ou controlar o consumo público de drogas e legitima a apreensão dos produtos proibidos, pelo que dessa forma se podem contornar algumas das críticas mais comuns dirigidas à descriminalização¹⁶.

IV. As opções político-criminais

11. A solução que se descreveu no número anterior, apesar de não ter merecido o consenso de todos os partidos políticos representados no Parlamento, constitui uma proposta moderada no contexto das soluções que têm sido avançadas pela doutrina nacional. O debate não está por isso encerrado, razão pela qual se justifica conhecer outras possibilidades de actuação.

Existe um razoável consenso quanto a alguns aspectos fundamentais.

Desde logo, a necessidade de as políticas relativas ao problema da droga assentarem em estratégias preventivas, medidas terapêuticas, programas de recuperação e reinserção social dos toxicodependentes e não apenas em iniciativas jurídicas isoladas¹⁷.

Menos consensuais em toda a sua extensão se revelam as estratégias de redução de danos¹⁸, pois alguns programas têm suscitado divergências por serem associados a uma atitude de excessiva "compreensão" ou "quase cumplicidade" para com os toxicodependentes. Programas como os de troca de seringas, administração de drogas de substituição e diminuição de comportamentos de risco para os toxicodependentes e para a própria

saúde pública (como as salas de injeção segura) têm gerado polémica em Portugal, quanto aos resultados ou quanto à legitimidade dos próprios meios. Esta é, contudo, uma frente de iniciativas incontornável, quer por razões ético-jurídicas, quer por razões sociais.

Finalmente, tem de se reconhecer que a intervenção jurídica em si mesma, no plano sancionatório, longe de constituir uma via para resolver os problemas se tem transformado ela mesma numa parte do problema. As propostas da doutrina quanto a este aspecto são diversificadas e revelam algumas diferenças, subtis mas importantes.

12. Essencial parece ser a diferenciação jurídica entre tráfico e consumo. Assim se defende, por exemplo, a manutenção da criminalização do tráfico de drogas e a descriminalização do simples consumo, proibindo-o, em alternativa, por via administrativa através do regime do ilícito de mera ordenação social¹⁹.

A par desta via, sustenta-se também a intervenção do Estado no circuito da droga através da sua distribuição controlada e gratuita aos toxicod dependentes, de forma a restringir a procura e quebrar o circuito criminoso do tráfico clandestino²⁰.

Noutra perspectiva, advoga-se, para além da despenalização do consumo, a regulação do mercado de drogas leves (*cannabis* e seus derivados) e a adopção de uma política de redução de danos quanto às drogas duras, a par da reformulação dos tipos incriminadores que punem o tráfico, com a separação clara entre pequeno, médio e grande tráfico, por um lado, e o tráfico para consumo em relação ao "puro" tráfico, por outro²¹.

Como alternativa à simples descriminalização do uso de drogas, defende-se ainda que a intervenção jurídico penal pode ser técnica e politico-criminalmente mais diferenciada, sendo possível articular várias propostas: descriminalização do consumo, venda, detenção e produção de drogas de baixo potencial de dependência corporal grave (v.g. *cannabis*); manutenção da criminalização da produção, venda e consumo de drogas de elevado potencial de dependência (v.g. heroína), com a transformação do tipo que incrimina o consumo destas drogas num crime de perigo concreto para bens jurídicos de terceiros ou para a comunidade (em vez de ser um puro crime de perigo abstracto) e, finalmente, a consagração da possibilidade de o consumidor se eximir integralmente a uma responsabilização criminal se aceitar o tratamento voluntário disponibilizado pelo Estado²².

Alguns destes caminhos terão de ser trilhados. Não é possível continuar a ignorar o facto de a intervenção penal quanto ao consumo de drogas es-

tar a produzir mais danos do que aqueles que pretende evitar.

Notas

1. Veja-se, em pormenor, o texto aprovado pelo Governo (Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 22 de Abril, in *Diário da República*, n.º 122/99, Série I-B, pp. 2972 a 3029) agora editado em livro: *Estratégia nacional de luta contra a droga*, Presidência do Conselho de Ministros/ Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2ª edição, Lisboa, 2000. Existe uma versão em língua inglesa: *Portuguese Drug Strategy*, Presidência do Conselho de Ministros, s.d. (2000), Lisboa.

2. Um conjunto importante de perspectivas sobre o tema encontra-se reunido no livro que corresponde ao seminário promovido pela Presidência da República (org.), *Droga: Situação e Novas Estratégias*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 1998.

3. Sobre este enquadramento, veja-se, com abundante informação, LOURENÇO MARTINS, "Direito internacional da droga: sua evolução" in Presidência da República (org.), *Droga: Situação e Novas Estratégias*, (cit. nota 2), pp. 115 e ss. Sobre a relação das políticas nacionais com o Direito internacional, consulte-se *Estratégia nacional* (cit. nota 1.), pp. 61 e ss e 100 e ss.

4. Sobre o tema, veja-se, no contexto do sistema constitucional de direitos fundamentais, JORGE MIRANDA, "Toxicod dependência e Constituição", in *O Direito*, ano 131º, 1999, pp. 7 e ss, em especial, pp. 11-14.

5. Cfr. *Estratégia nacional* (cit. nota 1), pp. 49-51, 125 e ss e 153 e ss.

6. JOSÉ A. MOURAZ LOPES, "Nova legislação sobre droga: breve comentário", in *Sub Judge*, 1992, pp. 105 e ss, considerando, numa primeira apreciação, que a Lei de autorização legislativa (Lei n.º 27/92, de 31 de Agosto) que antecedeu o citado regime, sendo tecnicamente rigorosa, "suscitava alguma atenção crítica", encontrando-se o legislador dividido entre "a necessidade de reprimir o tráfico e a dúvida sobre o que fazer ao toxicod dependente". Para uma visão completa do regime legal, João Moraes ROCHA, *Droga - Regime Jurídico*, Petrony, Lisboa, 1994, com aditamentos de actualização posteriores.

7. Veja-se, por exemplo, JORGE FIGUEIREDO DIAS, "Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas", in *Scientia Iuridica*, XLIII, n.º 250/252, 1994, pp. 193 e ss, agora republicado com o mesmo título em *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. nota 2), pp. 95 e ss (para onde se remete); RUI PEREIRA, "O consumo e o tráfico de droga na lei portuguesa", *Revista do Ministério Público (RMP)*, 1996, n.º 65, pp. 59 e ss; EDUARDO MAIA COSTA, "Direito Penal da droga: breve história de um fracasso", in *RMP*, 1998, n.º 74, pp. 103 e ss; CARLOS ALMEIDA, "Uma abordagem da política criminal em matéria de droga", in *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. nota 2), pp. 83 e ss.

8. JORGE FERREIRA, *Droga: um combate de civilização*, Pergaminho, Lisboa, 1999, Lisboa, pp. 9-40, num sentido crítico quanto às propostas de descriminalização e advogando regimes jurídicos de excepção.

9. CARLOS ALMEIDA, in *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. nota 2), pp. 86-87; também JOSÉ MOURAZ LOPES, "A Lei e a Toxicod dependência. Pequenos equívocos com importância", in *RMP*, n.º 75, 1998, pp. 149 e ss, sublinha o facto de a maior parte das condenações judiciais dizer respeito a consumidores, pequenos traficantes e traficantes consumidores. Elemen-

tos coincidentes encontram-se em JOÃO PEDROSO, "Tráfico e consumo de drogas: os limites da lei penal e da acção dos tribunais", RMP, n.º 71, 1997, pp. 85 e ss: "A nível nacional, no ano de 1994, dos 4048 arguidos julgados, 1002 foram por "tráfico", 648 por "tráfico de quantidades diminutas" ou "traficante consumidor" e 2423 por consumo" (p. 89), explicando que este número se deve ao facto de os consumidores serem mais vulneráveis à acção policial e os traficantes, quando identificados, se fazem em regra passar por consumidores (p. 89, nota 7).

10. Cfr. *Estratégia nacional* (cit. nota 1), p. 96.

11. FIGUEIREDO DIAS, in *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. nota 2), pp. 102 e ss; RUI PEREIRA, RMP, n.º 65, 1996, pp. 60-62; CARLOS ALMEIDA, in *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. nota 2), pp. 90 e ss; EDUARDO LOBO, "Vícios e Crimes", in RMP, n.º 72, 1997, pp. 118 e ss; MOURAZ LOPES, RMP, n.º 75, 1998, p. 153.

12. Em pormenor, EDUARDO MAIA COSTA, RMP, n.º 74, 1998, pp. 103 e ss (deve notar-se que o Autor é Procurador-Geral Adjunto, pelo que as suas opiniões, nomeadamente sobre o funcionamento do sistema judicial, serão fundadas no conhecimento directo da realidade processual).

13. Em parte neste sentido, JORGE FERREIRA, *Droga: um combate de civilização*, pp. 24 e ss, invocando o aprofundamento das medidas preventivas, a intensificação das medidas de carácter policial e de investigação criminal, o agravamento das penas, bem como medidas de excepção como a inversão do ónus da prova quanto à proveniência de bens e produtos apreendidos a suspeitos do tráfico de drogas.

14. CARLOS ALMEIDA, in *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. nota 2), pp. 87-88.

15. O essencial desta orientação encontra-se no texto *Estratégia nacional de luta contra a droga* (cit. nota 1), nomeadamente pp. 71 e ss.

16. Sobre os fundamentos desta solução, veja-se, RUI PEREIRA, RMP, n.º 65, 1996, pp. 67 e ss.

17. Pode ver-se o essencial deste programa em *Estratégia nacional de luta contra a droga* (cit. nota 1), pp. 153 e ss.

18. Em pormenor, *Estratégia nacional de luta contra a droga* (cit. nota 1), pp. 167 e ss.

19. RUI PEREIRA, RMP, n.º 65, 1996, pp. 60 e 67 e ss.

20. CARLOS ALMEIDA, in *Droga: Situação e Notas Estratégias* (cit. na nota 2), pp. 93-94; João PEDROSO, RMP, n.º 71, 1997, pp. 95-96.

21. MAIA COSTA, RMP, n.º 74, 1998, pp. 119-120, com um programa alternativo, menos ambicioso, assente na distinção essencial entre tráfico e consumo.

22. FIGUEIREDO DIAS, in *Droga: Situação e Novas Estratégias* (cit. na nota 2), pp. 102 e ss.

importación, fabricación, venta, distribución y uso de drogas narcóticas, porque resultaba ineficaz en los actuales momentos como instrumento legal para prevenir, reprimir y controlar el tráfico y consumo ilícito de drogas peligrosas.

En esta Ley n.º. 50-88 en su art. 2 acápite XLVI, define el TRÁFICO ILÍCITO, como "el acto ilegal de traslado o transporte de estupefacientes y sustancias controladas, así como los actos anteriores o posteriores, dirigidos a las transacciones comerciales ilícitas de entrega a cualquier título de sustancias controladas o que estén bajo el régimen de prohibición legal". Y en su acápite XLVII del mismo art. 2 de la referida ley define el TRÁFICO INTERNACIONAL, como "el tráfico ilícito organizado por bandas criminales que cubren varios países en sus operaciones delictivas". Según lo que establece el art. 4 de la referida Ley n.º. 50-88 "los que negocien ilícitamente con las drogas controladas, se clasificarán en las siguientes categorías: A).- Simples poseedores; B).- Distribuidores o vendedores; C).- Intermediarios; D).- Traficantes; y E).- Patrocinadores".

Por los años 1982, 1983 y 1984 principalmente y de manera alarmante, en nuestro país el Tráfico Internacional de Drogas aumentó considerablemente alcanzando niveles que colocaron a R.D. en la comunidad internacional como "puente" para el tráfico internacional de drogas. Y en nuestros aeropuertos, principalmente en el más grande (el Internacional de las Américas, situado a 30 minutos de distancia de la ciudad de Santo Domingo), diariamente se detectan varios casos de dominicanos, colombianos principalmente, puertorriqueños, y norteamericanos que tratan de introducir o sacar de nuestro territorio drogas ilícitas y sustancias controladas, usando las formas y maneras más inverosímiles y diversas. Aunque una de las formas comúnmente más utilizadas es la ingestión de bolsas pequeñas conteniendo cocaína en el estómago, denominando a esta modalidad como "mulas". A estas "mulas" los dueños de la mercancía le pagan el boleto de avión, el costo del hotel, y entre US\$2,000.00 a US\$5,000.00 dólares americanos según la cantidad de droga. Pero las grandes cantidades de drogas son introducidas por diversas formas, usando la vía marítima con la simulación de transporte de mercancías lícitas. También por la vía aérea, en complicidad con empleados de los aeropuertos, líneas aéreas, etc., ya que el narcotráfico no tiene límites y siempre trata de penetrar con la finalidad de obtener su objetivo.

A pesar de que las autoridades policiales y de seguridad encargadas de vigilar, supervisar y disminuir este delito, las personas sometidas a la acción de la justicia, antes del año 1997, obtenían su libertad de forma rápida ya que nuestra judicatura

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morún

Universidad Autónoma de Santo Domingo.

En República Dominicana a partir del mes de mayo del año 1988, fue promulgada la Ley n.º. 50-88 "Sobre Drogas y Sustancias Controladas de la Rep. Dominicana". Derogando con esta nueva Ley la n.º. 168 del 12 de mayo de 1975, que regulaba la

presentaba serias deficiencias y había sido en alguna que otra forma corrompida a los fines de que estos delitos no fueran sancionados como prevé nuestra legislación jurídico-penal; pero a partir del año 1997, se reestructuró nuestra judicatura, y nuestros tribunales en su gran mayoría están aplicando todo el peso de la ley, y las personas sometidas a la acción de la justicia por la violación a la Ley n.º. 50-88 se encuentran con tribunales que realmente en la mayoría de los casos aplican la ley y sancionan de manera severa a los culpables.

Actualmente el 67% de nuestra población penitenciaria, ya sea como preso preventivo o condenado, está en prisión por haber violado la Ley n.º. 50 y el 45% de este 67% está compuesto por mujeres. Estos números comprueban claramente que en realidad quienes pagan con prisión el tráfico de drogas son los que dentro de esas organizaciones tienen una posición de poca ventaja en términos de ganancias económicas.

El Poder Ejecutivo como una forma de lograr mayor control y supervisión, ha creado con la promulgación de la Ley n.º. 50-88, la Dirección Nacional de Control de Drogas y el Consejo Nacional de Drogas. Estas dependencias del Poder Ejecutivo, tienen como objetivos principales, lo siguiente: 1) Dirección Nacional de Control de Drogas: velar por el cumplimiento y ejecución de todas las disposiciones contenidas en la Ley n.º. 50-88; prevenir y reprimir el consumo, distribución y tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas; investigar y someter a la acción de la justicia a las personas físicas y morales que violen la Ley n.º. 50-88; organizar, supervisar, coleccionar un control el sistema de inteligencia antidroga; el decomiso, incautación, custodia de los bienes y beneficios derivados del tráfico ilícito de drogas, etc.; y 2) el Consejo Nacional de Drogas: asesorar al Presidente de la República en cuanto a la problemática en materia de drogas en el país, revisar, diseñar, desarrollar e implementar estrategias para ejecutar una campaña nacional contra el consumo, distribución y tráfico de drogas ilícitas en R.D.

Las sanciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico penal para los que cometan los delitos de: tráfico ilícito, fabricación, distribución o posesión de materiales y/o equipos para la fabricación de drogas ilícitas; y la adquisición, posesión, transferencia o "lavado" de dinero, serán sancionados con el máximo de las penas y multas que prevé nuestro sistema jurídico penal. En el caso de que la persona introduzca o saque del país drogas con el objetivo de llevarlo a otros países, en tráfico internacional, será sancionado con prisión de 5 a 20 años, y con una multa no menor de RD\$250,000.00. Y en el caso de que el destino final del tráfico de la droga sea R.D., será sanciona-

do a 30 años de prisión y una multa no menor de RD\$1,000,000.00. Luego, de acuerdo al grado de responsabilidad y en el caso de que en un hecho participe más de una persona, pueden ser condenados a otras penas pero la mayor es la de 30 años.

Los extranjeros que violen la Ley n.º. 50-88 deberán cumplir en R.D. con la sanción impuesta y serán repatriados aunque tengan domicilio legal en el País, pero cuando hayan cumplido con su condena. En el caso de reincidencia, ésta será sancionada con el máximo de la pena que corresponde de acuerdo con la clasificación de la violación cometida. Las personas culpables de violar la Ley n.º. 50-88 no podrán beneficiarse de la libertad provisional bajo fianza, la libertad condicional y el perdón condicional de la pena. Incluso la ejecución de una sentencia dictada en materia de *Hábeas Corpus* será suspensiva si se interpone contra ella el recurso de apelación (el cual es un recurso ordinario), y el recurso de casación (que es un recurso extraordinario), cuando la misma favorezca a cualquiera que esté acusado de violar la Ley n.º. 50-88.

Uruguay

Jorge Pereira Schurmann

Profesor Adjunto de Derecho Penal.

Facultad de Derecho.

Universidad de la República.

Introducción

En los últimos treinta años el Uruguay adaptó su modelo político criminal en materia de drogas al que fueron pautando las distintas convenciones internacionales.

A través del Decreto Ley 14.294 (del 31 de octubre de 1974) desarrolló los términos de las Convenciones de Nueva York y Viena y hace poco tiempo, con la Ley 17.016 (del 22 de octubre de 1998) amplió el espectro de comportamientos controlados al incorporar en el precitado decreto ley un importante número de modificaciones coincidentes con las recomendaciones de la Convención de Viena de 1988.

Vale decir que la política criminal del Estado uruguayo respecto de los estupefacientes y psicotrópicos acompañó los fracasos del modelo impuesto en las convenciones internacionales antes citadas, el cual progresivamente ha venido reconociendo la pérdida de la "guerra contra las drogas" y, en lugar de optar por una estrategia que

apostara a la racionalidad de los individuos, respetuosa de su libertad de autodeterminación, a través de la legalización del tráfico entre adultos, eligió aumentar el espectro de conductas prohibidas, refiriéndose ahora no sólo a aquellas que directamente tengan como objeto las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, sino también otras antes no reguladas expresamente, como las que se relacionen con las sustancias y precursores químicos que puedan ser utilizados en el proceso de elaboración de la droga y el del manejo del dinero, más específicamente el "lavado", del que genera tal actividad.

Por consecuencia, más allá que en diversos artículos me he pronunciado por la ilegitimidad de este modelo y propugnado por la legalización del tráfico entre sujetos responsables, habré de describir en el breve espacio concedido, el modelo político criminal que el Uruguay, a través de su legislación, ha venido adoptando.

I. El modelo imperante

Como señalamos antes, cumpliendo con obligaciones de carácter internacional, el Uruguay diseñó su modelo político criminal siguiendo esas recomendaciones, en función de lo cual, en el capítulo IV del Decreto-ley 14.294 estableció una serie de artículos donde tipificó de manera por demás detallada los distintos eslabones de la cadena de tráfico de estas sustancias.

La Ley 17.016 del año 1998 realizó algunas pequeñas modificaciones que no alteraron en sustancia el modelo; simplemente trató de solucionar algunos problemas interpretativos del texto original que la jurisprudencia había venido resolviendo por medio de la aplicación de correctas técnicas de interpretación teleológica en función del bien jurídico supuestamente tutelado, la salud pública, y que fue reduciendo el espectro de comportamientos sancionados a los que comprobadamente se orientaran al tráfico de drogas, incorporando algunas pautas que la jurisprudencia española venía reiterando, como el "ánimo de tráfico", de manera de excluir del sistema penal aquellos actos de consumo, grupal o colectivo, que en la práctica judicial inicial eran incriminados.

Del mismo modo, en función de la gravedad de las penas originalmente establecidas, en la práctica casi todas impidentes de la excarcelación provisional durante el proceso, redujo la pena mínima de los delitos, acogiendo la crítica que doctrina y jurisprudencia venían formulando acerca de su draconiana entidad.

Finalmente, antes de ingresar a la descripción de las figuras penales consagradas en el texto, el

estatuto referido a los estupefacientes siguió el criterio de no incriminar el consumo por entender que el consumidor, o más precisamente el adicto, "más que un delincuente es un enfermo", el que requiere tratamiento y no pena. De allí a que se exonerara de responsabilidad penal, de manera expresa, a la tenencia de cantidad razonable destinada exclusivamente al consumo personal, dejando márgenes amplios a los jueces para que valoren, incluso sobre la base de la convicción moral, si está frente a un consumidor o ante un minitraficante que tiene la droga fraccionada.

Pasando al análisis de las figuras penales, encontramos en primer lugar el artículo 30 del texto que sanciona con pena de 20 meses de prisión a 10 años de penitenciaría, al que, sin autorización legal, produjere de cualquier manera las materias primas o las sustancias contenidas en las Tablas de las convenciones internacionales o en las que el Poder Ejecutivo determinare.

Con igual pena el artículo 31 reprime al que, sin la misma autorización legal, importare, exportare, introducir en tránsito, distribuyere, tuviere en su poder no para su consumo, fuere depositario, almacenare, poseyere, ofreciere en venta o negociare de cualquier modo las materias primas, sustancias, precursores químicos y otros productos químicos relacionados en el artículo anterior, estableciendo de manera expresa la antes mencionada exoneración de pena para "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".

En su artículo 32 la figura abarca al "macrodelincuente", es decir al que "organizare o financiare alguna de las actividades delictivas descritas en la presente ley", trasponiendo los límites del territorio al considerar también al que realiza tales actos respecto de delitos que se cometan fuera del Uruguay. La pena que impone por este tipo de actos puede alcanzar los 18 años de penitenciaría, por la dañosidad social que la ley supone que entrañan estos comportamientos.

Los artículos 33 y 34 castigan con veinte meses de prisión a ocho años de penitenciaría a los que, desde el territorio nacional realizaren actos tendientes a la introducción ilegal a países extranjeros de las sustancias mencionadas, así como a los que, sin autorización legal, a título oneroso o gratuito, suministraren, aplicaren o entregaren las sustancias o promovieren, indujeren o facilitaren su consumo, es decir los actos de comercialización directa o "marketing" de la droga a los consumidores.

Por último, el artículo 35, sanciona con una pena menor (doce meses de prisión a cuatro años de

penitenciaria) a los que violen las disposiciones administrativas establecidas al comienzo de la ley en materia de importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o suministro de las sustancias.

Además de la minuciosa descripción con que el legislador, siguiendo los lineamientos de las convenciones internacionales, intenta reprimir las distintas etapas del tráfico, resulta interesante el criterio de igualar la sanción del delito tentado y el delito consumado, adoptando posición por un disvalor de acción, postura dogmática eminentemente subjetivista tomada de manera inconsciente, puesto que en esa época los estudios de Zielinsky en Alemania y Sancinetti en Argentina, por ejemplo, no habían llegado al Uruguay.

Del mismo modo, en el mismo artículo 37, concedió relevancia penal al acto preparatorio, el cual resolvió castigarlo con la tercera parte de la pena que correspondería al delito consumado, quedando el Juez facultado a elevar hasta la mitad de la misma sanción.

II. Las nuevas modalidades delictivas incorporadas

La Ley 17.016, junto a otras disposiciones de carácter procesal internas e internacionales, así como administrativas referidas al manejo de las sustancias y precursores químicos y las entidades de intermediación financiera, creó las figuras necesarias para cumplir con los requerimientos de los organismos internacionales de represión del "lavado".

En efecto, el artículo 54 castiga con pena de 20 meses de prisión a 10 años de penitenciaría al que "convierta o transfiera bienes, productos o instrumentos que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos";

el artículo 55, de igual modo, sanciona al que "adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción" sobre los mismos objetos o que sean "el producto de tales delitos" y, el artículo 56 reprime al que "oculte, suprima, altere los indicios o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de tales bienes, o productos u otros derechos relativos a los mismos" que procedan de los mismos delitos.

Vale decir que estableció una modalidad específica de encubrimiento y receptación relacionada con el narcotráfico, que ya estaba abarcada por las modalidades tradicionales existentes en el Código Penal.

Desde el punto de vista de la participación creó en el artículo 57 una figura especial que sanciona con 12 meses de prisión a 6 años de penitenciaría, al que "asista al o a los agentes de la actividad delictiva en los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos, ya sea para asegurar el beneficio o el resultado de la actividad, para obstaculizar las acciones, o le preste cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento".

Como se puede apreciar, el modelo político criminal uruguayo no guarda ninguna característica que lo haga diferente al existente, en general, en el resto de los países occidentales (si el término tiene hoy algún significado) y la suerte del mismo dependerá de los vaivenes e intereses que sobre el punto la comunidad internacional determine, siendo vislumbrable que los mismos problemas que preocupan hoy a la sociedad respecto al consumo de drogas, serán idénticos dentro de varios años, cuando se corrobore que un sistema que encara el tema con una actitud belicista, de lucha contra el "flagelo" que azota a la humanidad, reniega de la racionalidad propia de toda sociedad democrática, esencialmente pacifista. ●