

EL EQUILIBRIO PERDIDO:

drogas y proporcionalidad en las justicias de América

Prólogo

Coletta A. Youngers

EL EQUILIBRIO PERDIDO:
drogas y proporcionalidad en las justicias de América

EL EQUILIBRIO PERDIDO:

drogas y proporcionalidad en las justicias de América

Jorge Vicente Paladines
Coordinador

Prólogo
Coletta A. Youngers

*R. Alejandro Corda, Rose Marie Achá, Luciana Boiteux,
João Pedro Pádua, Rodrigo Uprimny, Diana Esther
Guzmán, Jorge Alberto Parra, Jorge Vicente Paladines,
Catalina Pérez Correa y Jérôme Mangelinckx*



CEDD
Colectivo de Estudios Drogas y Derecho

Paladines, Jorge Vicente, Coordinador

El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América

Serie Justicia y Defensa N° 2

330 p: gráficos y tablas

ISBN: 978-9942-07-522-2

DROGAS; JUSTICIA; PROPORCIONALIDAD; LEY; REFORMA; DESPENALIZACIÓN;
LEGALIZACIÓN; CRIMINOLOGÍA; POLÍTICA CRIMINAL; DERECHO PENAL; POLICÍA;
SENTENCIAS; PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD; REDUCCIÓN DE DAÑOS;
GUERRA CONTRA LAS DROGAS; AMÉRICA LATINA

© De la presente edición

Defensoría Pública del Ecuador

Av. 6 de Diciembre N21-37 y Robles

Teléfono: (593-2) 2225674

Quito, Ecuador

Colectivo de Estudios, Drogas y Derechos - CEDD

Diseño de portada e interiores: Rubén Risco

Imprenta: V&M Gráficas (3201171)

1ra. edición

Quito - Ecuador, diciembre 2013

ÍNDICE

Presentación	7
<i>Ernesto Pazmiño Granizo</i>	
Prólogo	9
<i>Coletta Youngers</i>	
Prefacio	17
<i>Jorge Vicente Paladines</i>	
Sobre el CEDD	21
1. Desproporción de la respuesta penal sobre estupefacientes en Argentina, <i>R. Alejandro Corda</i>	23
2. Desproporcionalidad en el sistema penal antidrogas boliviano, <i>Rose Marie Achá</i>	53
3. La desproporción de la ley de drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil, <i>Luciana Boiteux y João Pedro Pádua</i>	81
4. ¿Des-proporción en la judicialización de los delitos de droga? El caso colombiano, <i>Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra</i>	109
5. La (des)proporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador, <i>Jorge Vicente Paladines</i>	153
6. Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México, <i>Catalina Pérez Correa</i>	199
7. El principio de proporcionalidad en los procesos por tráfico ilícito de drogas en el Perú, <i>Jérôme Mangelinckx</i>	235
Nota biográfica de autoras y autores	301

Presentación

Desde hace algunos años, la Defensoría Pública del Ecuador se ha constituido en el epicentro del debate ecuatoriano sobre la justicia en materia de drogas. Tal es así que entre el 19 y 20 de noviembre de 2013 se organizó el Primer Encuentro Internacional para una Política y Legislación Alternativa a la Guerra contra las Drogas, evento que congregó a expositores nacionales e internacionales y que tuvo una asistencia de más de mil personas entre abogados, estudiantes, actores sociales y funcionarios públicos de todas las carteras de Estado vinculados a esta temática.

Este evento concentró a las y los ministros y secretarios de Estado de las carteras de Salud, Interior, Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional para el Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), quienes junto a la Presidencia de la Asamblea Nacional, Defensoría del Pueblo y Consejo de la Judicatura pusieron de manifiesto la iniciativa de cambiar el status quo en materia de drogas. Desde el Estado, por tanto, existe un alineamiento alternativo a la Guerra contra las Drogas iniciada discursivamente por el ex presidente de los Estados Unidos, Richard Nixon, esto es en la década de los 60's. Cabe destacar que además de representantes del Estado este encuentro tuvo la participación de actores de la sociedad civil, como las y los compañeros de la organización Ecuador Cannábico.

Desde Colombia, Guillermo Alfonso Jaramillo, Secretario de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, nos expuso la política de los Centros de Atención para Drogodependientes (CAMAD); al cabo que Mario Castro, delegado del Ministerio de Salud de Portugal (SICAD), nos compartió la implementación de sus políticas en cuanto al umbral de posesión y tenencia “ilícita” de drogas por un tiempo de hasta diez días. Junto a estas exposiciones se sumaron las de Coletta Youngers (EEUU), Pien Metaal (Holanda), Gianella Bardazano (Uruguay), Ricardo Soberón (Perú) y Jorge Vicente Paladines (Ecuador), todos miembros del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD), grupo que congrega a destacados investigadores latinoamericanos, estadounidenses y europeos alrededor de la cuestión de la política y legislación de drogas.

Los estudios del CEDD son un insumo imprescindible para los tomadores de decisiones en nuestra región, sobre todo por su profundidad científica y compromiso con la realidad de nuestros pueblos. Por ende, para la Defensoría Pública del Ecuador es grato esta vez presentar el estudio que versa sobre la efectividad del principio de proporcionalidad en cuanto a las acciones que se develan en los sistemas judiciales de

América Latina, no sólo porque cuenta en su compendio con el estudio del caso ecuatoriano, sino también porque a partir de las diversas experiencias de otros países podemos realizar un verdadero ejercicio comparatista que nos sirva para la reflexión y nos conduzca a repensar el ideal mismo de la justicia, al menos cuando ésta afronta la realidad de la política internacional de drogas.

Estoy seguro que a partir de la interesante lectura y estudio de los casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, México y Perú, las y los operadores de justicia de nuestro país, así como quienes hacen la política de drogas desde diversos ámbitos del sector público, podrán confirmar científicamente que el estándar constitucional del principio de proporcionalidad se halla en una verdadera crisis cuando se aplica en los procesos judiciales de drogas. Aquello no sólo revela una necesidad de cambio en cuanto a las estructuras legales y judiciales, sino también en cuanto a las estructuras culturales de quienes administran justicia, espacio en donde se sigue tolerando reales injusticias detrás del rostro de la justicia. Por ello, si hemos representado a la justicia bajo el ideal de una balanza, la mejor forma de demostrar que esta metáfora es irreal es a partir de este estudio, donde no sólo se evidencia su diagnóstico sino también la anhelada búsqueda de un equilibrio perdido.

Noviembre de 2013.

Dr. Ernesto Pazmiño Granizo
DEFENSOR PÚBLICO GENERAL

Prólogo

Desde la firma de la Convención sobre Opio de La Haya, suscrita en 1912, la cual estableció formalmente el control de estupefacientes dentro de la legislación internacional, el gobierno de los EE.UU. ha sido el principal actor impulsando políticas prohibicionistas para el control de drogas en todo el mundo. En ningún lugar resulta ello más evidente que en América Latina, donde Washington ha librado durante décadas su “guerra contra las drogas”. Aunque inicialmente algunos se resistieron a la estrategia militarizada y extremadamente punitiva, muchos países –particularmente en la región andina– acataron los dictados de Washington, enfrentados a la amenaza de sanciones comerciales y recortes a la ayuda económica proveniente de los EE.UU. Washington exigió la implementación de estrictas leyes para el control de las drogas, incluyendo sentencias excesivamente duras y períodos carcelarios mínimos obligatorios, las cuales constituyen medidas legales que superan con creces las exigidas por las convenciones internacionales sobre control de drogas. En países donde se produce la coca y la amapola, los Estados Unidos exigieron también la realización de campañas de erradicación forzosa de cultivos, que colocaban a efectivos de la policía nacional, e incluso a unidades militares, en contra de los ciudadanos del propio país. Los sectores más vulnerables de la sociedad –pobres urbanos y rurales– se vieron colocados en la primera línea de la guerra de los EE.UU. contra las drogas, y se convirtieron en sus víctimas principales.

Al cabo de varias décadas, y luego de gastar miles de millones de dólares, resulta evidente que las políticas digitadas por los EE.UU. ni siquiera se aproximan a lograr los objetivos declarados de reducir la disponibilidad y el consumo de drogas ilícitas. El enfoque sobre la oferta, preconizado por los funcionarios estadounidenses, se basa en la premisa que, atacando la producción y el tráfico de drogas ilícitas, se debería reducir la oferta disponible y producir un incremento de los precios, desalentando de esta manera la demanda. Ello no obstante, los precios de las drogas ilícitas en los Estados Unidos han disminuido de manera sostenida, alcanzando sus niveles históricos más bajos. En años recientes, el consumo de drogas ilícitas en los Estados Unidos se ha mantenido relativamente constante, pero la demanda se ha incrementado considerablemente en otras partes del mundo, particularmente en América Latina. Un mayor consumo problemático de drogas, y de los daños causados por éste a personas, familias y comunidades, figuran entre la miríada de costos que afligen a la región debido a una estrategia fundamentalmente errada.

Los países y sociedades de América Latina han pagado –y continúan pagando– un elevado precio por implementar estas políticas. Las campañas para la erradicación forzosa de cultivos de coca generan conflictos y violencia, y llevan a personas que de por sí ya son pobres hacia una pobreza aún más profunda. Proliferan las violaciones a los derechos humanos cometidas en nombre de la “guerra contra las drogas”; en otras palabras los derechos civiles son pisoteados. Los consumidores de drogas son estigmatizados y a menudo encarcelados, al mismo tiempo que se destinan escasos recursos para brindar servicios de tratamiento, o para implementar medidas de reducción de daños que han demostrado ser efectivas para disminuir los daños relacionados a la salud y de otro tipo, causados por el consumo problemático de drogas. Una severa represión ha dejado poco espacio para políticas de promoción de la salud pública, la inclusión social y el desarrollo económico que, en última instancia, podrían ser alternativas tanto más humanas como de mayor efectividad.

El impacto de severas leyes relacionadas a las drogas sobre las personas encarceladas y sus familias, así como sobre el sistema carcelario de la región, constituyen asimismo costos del régimen actual de control sobre las drogas. En 2011, los investigadores involucrados en el proyecto de este libro, bajo el liderazgo del Instituto Transnacional (TNI) y la Oficina en Washington sobre Asuntos Latinoamericanos (WOLA), elaboraron un estudio exhaustivo sobre la legislación referida a las drogas y cárceles en América Latina. Se trata del primer estudio importante sobre cómo las leyes de drogas y su implementación han contribuido al hacinamiento y, de este modo, al deterioro de las condiciones carcelarias a través de la región. En cada uno de los países analizados, los investigadores encontraron cárceles atestadas de personas acusadas o sentenciadas por infracciones de poca monta y no violentas relacionadas a las drogas, incluyendo a consumidores (incluso en países donde no es ilegal llevar consigo drogas para consumo personal), esperando o cumpliendo sentencias excesivamente elevadas y desproporcionadas. En muchos países, la detención obligatoria previa al juicio, y la negación de sentencias alternativas para aquellos acusados por delitos relacionados a las drogas, contribuyen en gran medida al problema. En cada uno de los países estudiados, incluyendo a Colombia y México, se encuentran tras las rejas muy pocos traficantes de gran envergadura, o incluso de mediana escala. La investigación confirmó que el peso de la ley recae sobre aquellas personas que tienen poca educación y escasos recursos, quienes se involucran en el tráfico callejero o en el traslado de cantidades relativamente pequeñas de drogas, la mayoría de las veces por necesidad económica.

Los resultados llevaron a la siguiente fase del estudio, el cual es presentado en este libro: la desproporcionalidad en la formulación y la aplicación de leyes de drogas en términos amplios, y específicamente en las penas para delitos de drogas, en comparación a otros crímenes. Constituidos ahora en el Colectivo de Estudios Drogas y Derecho

(CEDD), los investigadores formularon la pregunta, planteada en el capítulo sobre Colombia escrito por Diana Guzmán y Rodrigo Uprimny: ¿son proporcionales las políticas de drogas adoptadas en los países estudiados —políticas que implican el uso del derecho penal como herramienta para implementar el prohibicionismo? Según Guzmán y Uprimny, “esta pregunta es relevante pues alude directamente a la justificación y admisibilidad de dichas políticas, tanto desde el punto de vista constitucional y legal, como político y ético. Si la respuesta a la pregunta formulada es que no resultan proporcionales, entonces no serían justificables y, por tanto, no sería admisible que se mantengan y reproduzcan en el contexto nacional”.

Con respecto a la desproporcionalidad en la determinación de las penas, Catalina Pérez Correa, en su capítulo sobre México, declara sucintamente que “el principio de proporcionalidad, uno de los principios de derecho que permite la evaluación de políticas públicas y que toda normatividad penal debe seguir, establece que:

- a) ofensas comparativamente graves deben ser castigadas con severidad similar (ofensas de diferente seriedad, no pueden ser castigadas con la misma dureza) y,
- b) debe haber una relación justa entre el castigo o sanción impuesta y el daño que se busca evitar (o que se quiere sancionar)”.

Expresado simplemente, la penalidad aplicada debe guardar proporción con la infracción cometida.

Adicionalmente, cada investigador elabora enfoques complementarios para determinar conceptos legales y políticos más amplios de desproporcionalidad. En su capítulo sobre Ecuador, Jorge Vicente Paladines examina la desproporcionalidad en la percepción del daño y en la asignación de recursos, así como otras distorsiones presentes en la aplicación de la ley, el poder judicial y el sistema penitenciario, causadas por las políticas sobre drogas. Guzmán y Uprimny articulan tres diferentes concepciones aplicadas ampliamente de lo que implica la proporcionalidad de una determinada medida: La proporcionalidad en el ámbito penal; la proporcionalidad en sentido utilitario (si el equilibrio entre costo y beneficio es el más adecuado); y la proporcionalidad constitucional. Ésta última es particularmente relevante desde una perspectiva de los derechos humanos, en tanto los investigadores determinaron que sanciones desproporcionadas para delitos relacionados a drogas limitan los derechos fundamentales y, en consecuencia, son inconstitucionales.

Al igual que el estudio anterior, los resultados revelan una profunda necesidad de llevar a cabo reformas a la legislación sobre drogas. No se trata únicamente que las penalidades por delitos (incluso infracciones menores) relacionados a drogas sean a

menudo más elevadas que aquellas designadas para infracciones comparables, o incluso para delitos extremadamente graves y a menudo violentos. Los investigadores documentan también una grave desconexión entre la legislación sobre drogas existente, en los campos legal, constitucional, político y moral. Lo que este libro ilustra es que, en cada país estudiado, las leyes existentes sobre drogas causan más perjuicio a las personas y las sociedades que los daños relacionados a las drogas que estas mismas leyes pretenden evitar.

Ecuador brinda un ejemplo concluyente sobre los daños causados por la desproporcionalidad existente en la legislación sobre drogas y, más ampliamente, en las políticas sobre drogas. Aunque esta nación es un punto importante para el tránsito de drogas ilícitas, no se trata de un país productor ni un consumidor importante de dichas sustancias. Sólo en épocas recientes se ha convertido el tema del incremento de la delincuencia en una preocupación principal, aunque actualmente no se cuenta con suficientes investigaciones disponibles que muestren la vinculación entre dicha delincuencia y el tráfico de drogas. Ello no obstante, Ecuador tiene una de las legislaciones sobre drogas más draconianas del hemisferio: una ley que ostenta la impronta “Hecho en los EE.UU.”.

Tal como ha sido documentado por Sandra Edwards en el estudio realizado sobre legislación de drogas y prisiones, la Ley 108 contiene sentencias que resultan desproporcionadas para los delitos cometidos, contradicen las garantías al debido proceso, y violan los derechos constitucionales de los acusados. La aprobación de esta ley en 1990 marcó un giro evidente, de un enfoque de salud pública a uno de aplicación de la ley, respecto al tema de la droga. La ley en cuestión no hace distinciones entre niveles de involucramiento en el tráfico de drogas, incluye lineamientos para emitir sentencias severas, y no toma en cuenta las penalidades aplicables a otros delitos. Las penalidades por traficar cualquier tipo de drogas oscilan entre 12 y 16 años de cárcel, pero pueden ser acumulables hasta por 25 años. Sin embargo, la sentencia máxima por homicidio es de 16 años. Como resultado de ello, un traficante de drogas de poca monta o una “mula” puede recibir una sentencia más larga que un asesino a sangre fría. La Ley 108 produjo la duplicación de la población carcelaria en menos de dos décadas. En 2007, unos 18,000 prisioneros ocupaban cárceles diseñadas para albergar a 7,000 internos. Ecuador también ofrece una dramática ilustración de la “feminización” de los delitos de drogas. Dependiendo del establecimiento penal en particular, entre un 65 a un 80 por ciento de las mujeres que se encuentran detenidas han sido acusadas o sentenciadas por delitos relacionados al tráfico de drogas. En pocas palabras, el país ofrece un dramático ejemplo de la urgente necesidad de llevar a cabo una reforma de la legislación de drogas.

El gobierno del Presidente Rafael Correa ha empezado a abordar las causas y consecuencias de la Ley 108, y una serie de mejoras están en marcha. Se creó la Defensoría

Pública para brindar una defensa legal a quienes no pueden costear un abogado, reduciendo así el número de personas detenidas que no cuentan con una sentencia. En 2008, se implementó una política nacional de indulto mediante la cual las personas condenadas por delitos relacionados al tráfico de drogas podían ser liberadas si se trataba de una primera infracción, si la cantidad de la sustancia ilegal involucrada era de dos kilogramos o menos, y si el prisionero había cumplido al menos el 10 por ciento (o cuando menos un año) de su sentencia. Inicialmente, ello conllevó a una significativa reducción de la población carcelaria. Ello no obstante, el indulto se proponía ser únicamente una solución provisional y, dado que la reforma de la Ley 108 ha avanzado lentamente, dicha tendencia se ha revertido.

Resulta particularmente significativo que la nueva Constitución ecuatoriana, en su artículo 364, declare: *“Las adiciones son un problema de salud pública. Es responsabilidad del Estado desarrollar programas coordinados de información, prevención y control de alcohol, tabaco, así como de sustancias psicotrópicas y narcóticas; igualmente, ofrecer tratamiento y rehabilitación para los usuarios ocasionales, habituales y problemáticos. Bajo ninguna circunstancia éstos serán criminalizados ni se violarán sus derechos constitucionales”*. Aunque el artículo 364 confunde el consumo problemático y no problemático de drogas, con su promulgación Ecuador se ha convertido en el primer país del hemisferio en ordenar, en su Constitución, que el consumo de drogas sea tratado como un tema de salud pública, no como un delito. La nueva Constitución reconoce igualmente que abusar del alcohol y fumar tabaco causan muchos más daños que los producidos por el consumo de drogas ilícitas.

La Asamblea Nacional se encuentra debatiendo en estos momentos una amplia reforma del código penal la cual, de ser adoptada en la forma en que está concebido actualmente, abordaría de manera directa el problema de la desproporcionalidad en la legislación sobre drogas existente. Tal como se ha señalado en el capítulo sobre Ecuador, las reformas propuestas impulsarían la proporcionalidad de la autoría y participación (distinguiendo entre los niveles de involucramiento en el tráfico de drogas), la proporcionalidad de las penas (con sentencias basadas en la gravedad del delito cometido) y la proporcionalidad de las dosis (en un intento por evitar la criminalización de los consumidores). Carecen de fundamento los temores de que tales reformas conllevarían a un incremento del consumo de drogas y de la delincuencia relacionada a las drogas. Por el contrario, se requiere con urgencia practicar tales reformas para redirigir recursos hacia medidas y programas de salud pública que promuevan el desarrollo económico y la inclusión social en aquellas comunidades que sufren el impacto del consumo de drogas, y para permitir que el personal policial y judicial enfoque sus esfuerzos en quienes reciben las pingües ganancias generadas por la industria de las drogas ilícitas.

Ecuador es uno más entre los varios países de la región que actualmente consideran practicar significativas reformas de sus políticas sobre drogas. Por ejemplo, Bolivia ha lanzado una campaña para cambiar la errónea categorización de la hoja de coca como un narcótico peligroso, dentro de las convenciones internacionales sobre drogas. El alcalde de Bogotá ha propuesto establecer salas para el consumo de drogas en esa ciudad, desatando un debate trascendental en un país que en épocas recientes ha cambiado su Constitución en un intento por re-criminalizar la posesión de drogas para consumo personal. El Congreso argentino está debatiendo una propuesta de ley que descriminalizaría el consumo de drogas, reduciría las severas sentencias, y potencialmente permitiría el cultivo de cannabis para consumo personal. Resulta particularmente significativo que el gobierno uruguayo haya propuesto crear mercados legales regulados de cannabis.

Tales iniciativas de reforma eran previamente impensables. Cuando en 2006 el Presidente mexicano Vicente Fox se encontraba a punto de firmar una ley para descriminalizar el porte para el consumo de drogas, la Administración Bush expuso estridentemente sus objeciones y la iniciativa se desbarató. Tres años más tarde, el gobierno mexicano promulgó una legislación similar, la Ley de Narcomenudeo, sin mediar interferencia de Washington (aunque es importante señalar que dicha legislación resulta problemática por razones que se explican en nuestra investigación). Ello se debe en parte a un cambio en el tono del diálogo desde la Administración Obama. Aunque se han producido escasos cambios (si acaso alguno) en relación a la manera en que el gobierno de los EE.UU. implementa en América Latina sus políticas sobre drogas, se ha abandonado la retórica de la “guerra contra las drogas” y el Presidente Obama ha intentado ser más diplomático que su predecesor inmediato, tratando de evitar una percepción de EE.UU. interfiriendo en asuntos internos de sus vecinos en América Latina.

Sin embargo, más significativos resultan los cambios que están teniendo lugar dentro de la propia región. Con cada vez mayor frecuencia, los países de América Latina están tratando de encontrar posiciones independientes de Washington en una serie de temas, y han asumido el liderazgo en la reformulación del debate sobre políticas de drogas en el hemisferio —un debate que ya no es monopolizado por Washington—. Los presidentes en función de toda América Latina están formulando un llamado a realizar una seria reconsideración de las actuales políticas sobre drogas, y proponen la discusión de sus alternativas, exigiendo que la OEA emita un informe sobre el asunto. Por primera vez —y para gran descontento de los funcionarios del gobierno de los EE.UU.— la legalización de las drogas se ha convertido en un componente legítimo de la discusión. Aunque la Administración Obama ha mantenido las políticas estadounidenses para el control de drogas hacia América Latina en la modalidad de “piloto

automático”, algunos países en la región vienen buscando un curso diferente a través de políticas que sean tanto eficaces como alineadas con los estándares internacionales del debido proceso y los derechos humanos. Crecientemente, los países y ciudadanos del hemisferio occidental están diciendo “no” a la guerra contra las drogas y “sí” a las alternativas de políticas basadas en evidencias.

Septiembre de 2013.

Coletta A. Youngers
ASOCIADA PRINCIPAL, WOLA

Prefacio

El Equilibrio Perdido es una apuesta regional para demostrar que, científicamente, el principio de proporcionalidad sale por la ventana cuando entran por la puerta las instituciones penales anti-drogas. Se trata de un esfuerzo mancomunado del CEDD para construir con evidencias derecho comparado alrededor del poder punitivo que ha internalizado la Guerra contra las Drogas en las agencias policiales y judiciales en algunos de nuestros países. La realidad ecuatoriana no es ajena a lo que sucede en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México y Perú. Detrás de nuestras aparentes diferencias normativas hay idénticas estructuras materiales e ideológicas del castigo que ponen de manifiesto el carácter irracional de la penalidad que dice combatir las drogas.

Desde Argentina, Alejandro Corda nos demuestra que la respuesta penal a las conductas ilícitas sobre drogas ha ido incrementando la penalidad en los dos conos de la construcción típica del delito, es decir, tanto en la descripción de acciones punibles como en la predeterminación de las penas. La política criminal antidrogas alrededor de la Ley 23.737 supera el doble de los costes que se podrían invertir en prevención. Aquello ha desdibujado el funcionamiento en sí de las agencias policiales, las que en su proceder no siempre tienen el debido control judicial. Esta expansión del poder punitivo ha marcado su presencia en la criminalización de mujeres y de quienes auto-cultivan para su consumo, lo cual ha despertado en alguna medida una contención a los excesos punitivos sobre el porte y tenencia a partir del afamado fallo “Arriola”, emitido por la Corte Suprema de Justicia en 2009 y que marca ulteriores proyectos de ley que aún se discuten en el Congreso.

Desde Bolivia, Rose Marie Achá sintetiza la aplicación de la ley 1008 no sólo en el aumento de las penas, sino también en el aumento de la prisión preventiva deteriorando aún más el principio de presunción de inocencia. Se destacan las alianzas policivo-militares para la consolidación de sus “éxitos” corporativos alrededor del combate a las drogas. Sin embargo, los usuarios de clorhidrato de cocaína han ido aumentando, pues entre 2005 y 2010 sus niveles han crecido a 19.257 personas, mientras que en el caso de la marihuana el aumento de sus niveles de consumo ha llegado a más de 35.642 usuarios. Por tanto, existe una ambivalencia toda vez que, mientras más se refuerzan los aparatos represivos y se incrementa el número de personas privadas de la libertad en nombre del combate a las drogas, mayor es el número de consumidores o usuarios ilícitos.

Desde Brasil, Luciana Boiteux y Joao Pedro Pádua confirman la excesiva penalidad de los tipos sobre drogas –en especial de tráfico–, sobre injustos penales verdaderamente lesivos en especial con relación al delito de homicidio. En Brasil existe un creciente encarcelamiento sobre personas detenidas por delitos de drogas entre 2007 y 2011, dentro de un país que reporta la cuarta población carcelaria más grande del mundo. Aquello es contrastado con el presupuesto de inversión social, pues en este país se gasta seis veces más por cada preso que en educación secundaria. La Ley 11.343 de 2006 agudiza esta situación porque bajo el castigo termina fragmentando aún más el tejido social que acompaña a las miles de personas encerradas por drogas y que, de paso, son también estigmatizadas en el espacio público.

Desde Colombia, Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán y Jorge Parra presentan un novedoso esquema que devela los tres rostros de la (des)proporción penal sobre drogas: i) desde la norma, el derecho penal admite sanciones difíciles de justificar a la luz de su pretendida racionalización dogmática, la cual ha incluido desde la Ley 1453 de 2011 un incremento del castigo para el caso de la utilización de sumergibles para almacenar o transportar drogas; ii) desde la política, los beneficios que el Estado colombiano busca implementar son cada vez menos sostenibles; y, iii) desde el ámbito constitucional, la aplicación sistemática de sus penas excepcionan cada vez más los principios que denotativamente sitúan a nuestra hermana nación como un Estado Social de Derecho, paradójicamente dentro de la destrucción del precedente constitucional 221 de 1994 que libera de penalidad a la posesión en función de la autonomía de la voluntad. La prisionización de mujeres en los delitos de drogas colocan a Colombia bajo una alarmante cifra, evidenciando no sólo la vulnerabilidad sino también la selectividad del sistema penal.

Desde México, Catalina Pérez Correa evalúa y sopesa el bien jurídico protegido (salud pública) que, contradictoriamente, activa el poder punitivo federal en su defensa. No obstante, entre 2002 y 2008 hubo incremento del 5.2% de la población usuaria de drogas ilegales –la cual es mucho mayor en las mujeres–, demostrando que la rigidez penal no reduce los niveles de consumo. Los gastos para la persecución de los delitos de drogas son desproporcionados en relación a la inversión social, depositando su énfasis en la aprehensión de personas en posesión, con lo cual es tenue la frontera entre la detención de narcomenudistas y simples consumidores. La Ley de Narcomenudeo, que compila las afamadas reformas de 2009 a la Ley General de Salud, Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales y que establecen umbrales, agudiza la relación del sujeto con las drogas por no distinguir los tipos de sustancias ni las circunstancias de uso y posesión.

Desde Perú, Jérôme Mangelinckx señala las incongruencias de la legislación penal que ha producido subregistros de normas alrededor del tráfico ilícito de drogas. Se

atribuye la autoría a cualquier detenido en este tipo de delitos, sin distinguir otras formas de participación criminal comúnmente aceptadas por la dogmática moderna. Esto ha incrementado el carácter penitenciario de su población bajo claros elementos ideológicos más que jurídicos, atrapando en la red penal a latentes consumidores. El populismo penal que aumentó las penas en materia de drogas en los años 90's produjo muchísimas normas que fueron endurecidas en la década del 2000, tal como ha ocurrido con las contantes modificaciones a los artículos 296-299 del Código Penal peruano, fijándose así penas mucho más altas a lo largo de su historia.

Finalmente, la Ley 108 de Ecuador se compone de muchísimas de las particularidades anteriormente descritas. Se distorsiona el sentido de la política en términos sociales, pues cada vez es mayor el incremento de los aparatos penales los cuales no sólo demandan más presupuesto, sino también más presos. En consecuencia, el deterioro de los estándares constitucionales es una constante que se presenta en todas nuestras naciones, puesto una vez más en evidencia gracias al trabajo del CEDD.

Octubre de 2013.

Jorge Vicente Paladines

ASESOR DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA Y MIEMBRO DEL CEDD-ECUADOR

Sobre el CEDD

El Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) reúne investigadores de 9 países (Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, México, Países Bajos y Perú), de los cuales 7 son de América Latina, con el propósito de analizar el impacto de la legislación penal y la práctica jurídica en materia de drogas ilícitas. Posteriormente se incluyó la participación de la República Oriental del Uruguay, cuya investigación aún no forma parte de este estudio. El CEDD busca fomentar un debate sobre la efectividad de las políticas de drogas actuales y recomienda políticas alternativas más justas y efectivas.

El CEDD fue creado en el contexto de la creciente evidencia que las políticas internacionales de control de drogas no han disminuido su consumo, frenado el cultivo de plantas destinadas a los mercados ilegales, ni reducido el tráfico de drogas. Las leyes sobre drogas recaen desproporcionadamente sobre las poblaciones más vulnerables y desprotegidas, además de tener la consecuencia indeseada de abrumar a los sistemas de administración de justicia penal.

La creación del colectivo fue impulsada por la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) y el Transnational Institute (TNI) tras la publicación de un estudio publicado en 2010 sobre el impacto de las leyes de drogas en los sistemas carcelarios de ocho países Latinoamericanos.

La presente publicación revisa críticamente si el principio de proporcionalidad es aplicado en la relación delitos de drogas y castigos. Los estudios encuentran que los castigos por delitos de drogas y el trato de los ofensores son desproporcionados, lo que genera en muchas ocasiones daños mayores a los beneficios pretendidos.

Desproporción de la respuesta penal sobre estupefacientes en Argentina

R. Alejandro Corda¹

I. Introducción II. Desproporcionalidad jurídico-penal. Aumento de supuestos de delito y de penas vinculadas con los estupefacientes III. Desproporcionalidad de la respuesta penal en virtud de sus costos económicos IV. Desproporcionalidad en los costos institucionales, sociales y humanos V. Conclusión VI. Bibliografía

“...hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana.”

(Voto del Dr. Carlos Fayt en el fallo “Arriola” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2009).

I. Introducción

El presente trabajo pretende tener cierta continuidad con aquél que se ha realizado en la obra “Sistemas sobrecargados” (Metaal y Youngers, 2010), donde se indagó respecto de los encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en distintos países de Latinoamérica. Al mismo tiempo también lo tiene con la publicación “Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina” (Corda, 2011), que profundiza la misma problemática en ese país.

En esta ocasión, la propuesta consiste en indagar si la respuesta penal desarrollada en torno a estas sustancias resulta proporcionada en distintos sentidos. Si bien habrá de partirse de la idea de proporcionalidad según el derecho penal, tal noción se considerará en términos más amplios.

¹ El presente texto es una versión reducida hecha a partir del trabajo *Sistemas desproporcionados. Desproporción y costos económicos, institucionales y humanos de la política sobre estupefacientes en Argentina*. (Corda, 2012).

II. Desproporcionalidad jurídico-penal. Aumento de supuestos de delito y de penas vinculadas con los estupefacientes

En la Argentina, la política sobre estupefacientes² se fue desarrollando durante el siglo XX privilegiando la respuesta penal. Pese a no contarse con suficiente información sobre el tráfico y consumo de esas sustancias, ni sobre las consecuencias de las respuestas ensayadas, de manera paulatina y hasta la actualidad se fueron ampliando las conductas incriminadas y sus penas. Esta legislación penal se implementó en paralelo con la internacional, que en distintas etapas tuvo mayor o menor influencia sobre la local (Corda, 2011).

Ni el Código Penal de 1921 (Ley 11.179) ni la legislación anterior hacían referencia alguna a estas sustancias. Recién en 1924, con la Ley 11.309, se incorporaron los términos “narcóticos” y “alcaloides”,³ y se estableció como delito la introducción clandestina al país de estas sustancias y su venta sin receta médica o en dosis mayores a las indicadas por parte de quienes estuvieran autorizados (por ejemplo, farmacéuticos). Para estos delitos se previeron penas de 6 meses a 2 años de prisión. Dado lo limitado de esa redacción, que solo permitía alcanzar la venta sin receta de “narcóticos” y “alcaloides” por parte de quienes estaban autorizados a hacerlo, en 1926 se sancionó la Ley 11.331, que instauró la posibilidad de penar la posesión o tenencia ilegítima de esas sustancias con la misma pena, sin discriminar entre traficantes y consumidores.

Esta ley rigió hasta 1968, cuando entró en vigencia la Ley 17.567, por la cual, siguiendo el modelo de la legislación internacional, se aumentaron las penas y se amplió el repertorio de conductas prohibidas.⁴ Allí se incluían las actividades de producción, introducción, venta y suministro de estupefacientes, para las cuales se establecían penas de 1 a 6 años de prisión. Con la misma pena se castigaba la tenencia ilegítima “que excedan las correspondientes a un uso personal”; de esta forma se excluía por única vez en la legislación penal la punición de la tenencia para uso personal. Incluso, se agregó un nuevo objeto material, las “materias primas”, y se consideró delito su introducción, producción y tenencia destinada al tráfico de estupefacientes. Esta norma

2 Este es el término utilizado por la ley penal argentina para definir las sustancias alcanzadas por ella. Al igual que en los instrumentos de derecho internacional la ley se remite a un listado, que en principio se encontraba anexo al Decreto 722/91 y que en marzo de 2010 fue sustituido por el que contiene el Decreto 299/10. Brevemente se puede indicar que en ella se incluyen todos los estupefacientes de la Convención Única de 1961 y los psicotrópicos de las listas I y II del Convenio de 1971; la última reforma incorporó la ketamina, el GHB (ácido gama-hidroxibutírico), y el flunitrazepam, entre otras sustancias.

3 La noción “alcaloide” se refiere a la estructura de determinados compuestos químicos no necesariamente ilegales, como por ejemplo la cafeína o la nicotina.

4 En este sentido, cabe aclarar que en 1963 la Argentina aprobó la Convención Única de Estupefacientes mediante el Decreto-Ley 7.672, ratificado al año siguiente por la Ley 16.478.

se mantuvo en vigencia hasta 1973, cuando se la derogó por haber sido dictada por un gobierno de facto y se retornó a la redacción de 1926.

En 1974 comenzó a regir la Ley 20.771, la primera ley penal especial sobre estupefacientes, en la cual se continuaron incrementando las escalas penales y ampliando las conductas incriminadas a través de más verbos y objetos materiales. En su artículo 2° se establecieron catorce conductas relacionadas con estupefacientes cuya realización se penaba con prisión de 3 a 12 años. Con la misma ley penal se incorporó como delito la siembra o el cultivo de “plantas” y la guarda de “semillas”, “materias primas” o “elementos”. La tenencia ilegítima, considerada así “aunque estuvieran destinados a uso personal”, se mantuvo con una pena de 1 a 6 años de prisión.

Finalmente, en 1989, se sancionó la actual Ley de Estupefacientes (23.737). En ella se mantuvieron los delitos referidos al tráfico de estupefacientes del artículo 2° de su antecesora⁵ pero con una escala penal mayor, de 4 a 15 años de prisión. Entre ellos se intercaló la “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” y se agregaron nuevos, relacionados con “plantas”, “semillas” y “materias primas”. Al mismo tiempo se mantuvo la pena de 1 a 6 años de prisión para la tenencia simple y de 1 mes a 2 años en caso de ser para consumo personal. Para este último caso se establecieron medidas de seguridad, curativa y educativa según se trate de un sujeto “dependiente” o “principiante o experimentador”, como una forma de evitar el proceso y la pena.⁶

A través de esta reseña es posible apreciar que en la legislación penal sobre estupefacientes se fue ampliando la cantidad de conductas incriminadas, siempre alrededor de la figura de posesión o tenencia ilegítima, y se incrementaron las penas para estos delitos, en especial en las conductas vinculadas con el tráfico de estupefacientes. Mientras que en la década de 1920 solo se penaba la “posesión o tenencia ilegítima” y la introducción ilegítima de estas sustancias, a fines de la década de 1960 se distinguían nueve formas distintas de delitos referidos a estos temas. Y poco después, en 1974, en la Ley 20.771 se enumeraban catorce delitos relacionados con estupefacientes. Esta cifra se mantiene en la ley vigente (23.737), aunque sin incluir la exportación o importación al país. Similar expansión ocurrió con otros objetos que pueden aparecer vinculados con la producción de estupefacientes. En las siguientes tablas es posible apreciar la magnitud de este fenómeno.

⁵ Salvo la conducta de introducir y sacar estupefacientes del país que en esa época, según el Código Aduanero, se consideraba una forma de contrabando agravado.

⁶ Esta posibilidad se extendió en 1995 al cultivo para consumo personal y, en 2005, a la entrega, suministro o facilitación ocasional, a título gratuito, y de escasa cantidad para uso personal, delitos que se establecieron en esos años.

Delitos de tráfico de estupefacientes.

20'	60'	70'	90'
<ul style="list-style-type: none"> · poseer o tener · introducir al país 	<ul style="list-style-type: none"> · tener · introducir al país · producir · elaborar · fabricar · vender · entregar · suministrar · aplicar 	<ul style="list-style-type: none"> · introducir al país · sacar del país · producir · fabricar · extraer · preparar · comerciar · distribuir · almacenar · transportar · entregar · suministrar · aplicar · facilitar 	<ul style="list-style-type: none"> · producir · fabricar · extraer · preparar · tener con fines de comercio · comerciar · distribuir · dar en pago · almacenar · transportar · entregar · suministrar · aplicar · facilitar

Delitos con objetos destinados a la producción de estupefacientes.

objeto	20'	60'	70'	90'
Plantas			<ul style="list-style-type: none"> · sembrar · cultivar 	<ul style="list-style-type: none"> · sembrar · cultivar · comerciar · tener con fines de comercio · distribuir · dar en pago · almacenar · transportar
Semillas			<ul style="list-style-type: none"> · guardar 	<ul style="list-style-type: none"> · guardar · comerciar · tener con fines de comercio · distribuir · dar en pago · almacenar · transportar

materias primas		<ul style="list-style-type: none"> · introducir al país. · producir · elaborar · fabricar · tener 	<ul style="list-style-type: none"> · guardar 	<ul style="list-style-type: none"> · guardar · comerciar · tener con fines de comercio · distribuir · dar en pago · almacenar · transportar
elementos			<ul style="list-style-type: none"> · guardar 	<ul style="list-style-type: none"> · guardar

En ese desarrollo también se puede observar cómo se fueron diferenciando tres clases de delitos con estupefacientes: de “tráfico” (en una multiplicidad de verbos), de tenencia simple y de consumo (tenencia para consumo personal). También, que estas tres categorías recibieron un abordaje distinto en cuanto a la imposición de penas.

En un principio, la “posesión o tenencia” abarcaba situaciones tanto de tráfico como de consumo y se penaba con 6 meses a 2 años de prisión. Con la reforma de los años '60 (Ley 17.567), si bien se despenalizó la tenencia para consumo personal, se equiparó la que no tuviera este fin con las distintas formas de tráfico y le imponía una pena mayor (de 1 a 6 años de prisión). Con la primera ley especial (20.771), en la década siguiente, se discriminó el delito de tráfico del de tenencia, pero aclarando que esta última comprendía la destinada a consumo personal. Para el primer grupo se aumentó la pena de 3 a 12 años de prisión y para la tenencia se mantuvo en 1 a 6 años. Finalmente, en las postrimerías de la década de 1980, de acuerdo con la Ley 23.737, se siguieron aumentando las penas para delitos relacionados con el tráfico, que hoy reciben de 4 a 15 años de prisión. Por otra parte, se distinguió la figura de tenencia simple, para la que se mantuvo la pena de 1 a 6 años de prisión, de la tenencia para consumo personal, que recibe de 1 mes a 2 años, aunque con la salvedad de que en este caso se pueden aplicar las medidas de seguridad (curativa o educativa).

Como es posible advertir, a lo largo del siglo XX, a través de las distintas legislaciones, se fueron aumentando los supuestos y penas para delitos vinculados con estupefacientes, en especial en las conductas relacionadas con el tráfico. La figura de posesión o tenencia, si bien aumentó, lo hizo en menor medida, y la tenencia para consumo personal se mantuvo prácticamente igual (solo disminuyó un poco la pena mínima). Tal aumento de penas contrasta con el comportamiento que tuvieron otros delitos significativos del Código Penal. Esto se ejemplifica en la siguiente tabla.

Delitos con estupefacientes y otros.**Tráfico**

Mínimo	6 meses	1 año	3 años	4 años	700
Máximo	2 años	6 años	12 años	15 años	650

Tenencia

Mínimo	6 meses	1 año	1 año	1 año	100
Máximo	2 años	6 años	6 años	6 años	200

Consumo

Mínimo	6 meses	-	1 año	1 mes	-83
Máximo	2 años	-	6 años	2 años	0

Robo

Mínimo	1 mes	1 año	1 año	1 mes	0
Máximo	6 años	6 años	6 años	6 años	0

Robo con arma

Mínimo	1 mes ¹¹	3 años	5 años	5 años	5900
Máximo	6 años	15 años	15 años	15 años	150

Homicidio

Mínimo	8 años	8 años (*)	8 años (*)	8 años (*)	0
Máximo	25 años	25 años (*)	25 años (*)	25 años (*)	0

Secuestro extorsivo

Mínimo	3 años	5/6 años	5/8 años	5/8 años (*)	66/166
Máximo	10 años	15/18 años	15 años	15 años (*)	50

Violación

Mínimo	6 años	6 años (*)	6 años (*)	6 años	0
Máximo	15 años	15 años (*)	15 años (*)	15 años	0

En ella se puede advertir que las penas para los delitos de tráfico de estupefacientes que establecieron las distintas leyes crecieron casi como ningún otro tipo de delito: en la década de 1920 recibían una pena inferior al robo, a fines de los '60 se equiparaban con este delito y a fines de los '80 tenían sanciones similares a delitos tales como el

7 Conforme la ley 11.179.

8 Conforme la ley 17.567.

9 Conforme las leyes 20.642 y 21.338

10 Conforme las leyes 23.077 y 25.087.

11 En este momento no había un delito específico de "robo con armas" como lo hubo después.

robo con armas, el secuestro extorsivo o la violación. La pena para la tenencia de estupefacientes (simple) fue aumentada en menor medida y en la actualidad se equipara a la que recibe el robo. La tenencia para consumo personal casi siempre se consideró un delito y, si bien en la década de 1970 quedó dentro de una escala penal superior, luego se mantuvo la pena máxima y se disminuyó su mínimo.

Lo descrito no solo muestra un aumento desproporcionado de los delitos relacionados con estupefacientes, en particular los de tráfico, sino que permite advertir su desproporcionalidad en términos del derecho penal. Se entiende que una sanción es desproporcionada cuando no se ajusta a la lesividad (daño) provocada por el delito (Zaffaroni, 2000; Ferrajoli, 1997). A su vez, la lesividad está orientada por la afectación a un “bien jurídico”, que en los delitos con estupefacientes es la “salud pública”.

Sin dejar de reconocer la lesividad que pueden tener ciertos fenómenos vinculados con el tráfico de estupefacientes, sobre todo si se trata de delitos cometidos en forma organizada y con estabilidad en el tiempo, esa noción suele hallarse difuminada entre conductas de distinta entidad, cargada de componentes morales y, en general, sobre-dimensionada. En la jurisprudencia argentina que afirmó tradicionalmente la punición de la tenencia para consumo personal se puede advertir una identificación de los usuarios y traficantes como parte de un binomio malvado y peligroso. Además, la lesividad de este conjunto –aun la de la tenencia para consumo– se lleva mucho más allá de la afectación del bien jurídico, en una especie de fuga hacia el infinito.¹²

En el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires “Terán de Ibarra” (1966), se citaba la siguiente afirmación de Nerio Rojas (1890-1971), reconocido médico legista argentino de raigambre positivista: “La toxicomanía, sobre todo en lo relativo al uso de estupefacientes, implica un binomio cuyos términos son el toxicómano y el traficante. Toda legislación debe ir contra ambos, pues se complementan y viven en la simbiosis lamentable del hábito vicioso y el negocio clandestino”. Años después, el proyecto de elevación de la Ley 20.771 sostenía: “Todo drogadicto es potencialmente un traficante de estupefacientes”.

Poco después, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Colavini” (1978) sobre un imputado que tenía dos cigarrillos de marihuana, se aprecia la proyección de la lesividad apuntada en los siguientes términos: “5) Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asuelan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta

¹² Incluso, alguna doctrina repetía un movimiento similar. Jorge R. Moras Mom sostuvo en 1976 que la “continuidad generacional [...] es el verdadero bien jurídico afectado con las drogas” y luego concluía “La drogadicción burla las leyes naturales. Invierte las leyes de Dios” (citado en Cattani, 2000: 104).

plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización”.¹³

Con este tipo de construcciones, donde cualquier actor vinculado con el fenómeno de los estupefacientes (incluidos los consumidores) forma parte de un todo, comparable con las guerras o las pestes, y donde sus conductas –sin mayores distinciones– se asocian con una retahíla de lesividades que exceden la salud pública (bien jurídico) y afectan incluso la subsistencia de la humanidad, se puede comprender que las penas para estos delitos superen la medida de los otros y resulten desproporcionadas.¹⁴

Pero las incongruencias no solo se aprecian en las penas, sino incluso en la forma de redactar (es decir, tipificar) los delitos. Es cierto que las figuras contra la salud pública suelen ser “de peligro”, donde el delito se comete antes de que exista una afectación concreta al bien jurídico, anticipándose a la lesión. Pero la existencia de multiplicidad de supuestos, en ocasiones superpuestos, anticipatorios de otros y sin distinguir roles, produce que se pierda la referencia sobre el distinto grado de lesividad que pueden tener, no solo en cuanto a las etapas del tráfico de estupefacientes, sino también en relación con la relevancia de los actores. En este sentido, hay que advertir que la inclusión de una “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” (entendida como una tenencia destinada al tráfico de estupefacientes), se superpone con la mayoría de los verbos típicos de los delitos de tráfico de estupefacientes.¹⁵ Además resulta una tentativa de ellos, se anticipa como delito y, sin embargo, recibe el mismo tratamiento. A todo esto debe sumarse que en la tipificación de los delitos de tráfico no existe distinción alguna, como sí ocurre en otros países de la región (Colombia, Brasil, México, aunque no siempre con buenos resultados), entre actividades mayores y menores de tráfico.

13 Una afirmación similar se hizo en 1990 en el fallo “Montalvo”, del mismo tribunal, y sobre un imputado que tenía 2,7 gramos de marihuana: “(13) Que en cuanto a la relación de causalidad entre la figura descrita por el tipo penal y el perjuicio ocasionado, si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez, y en última instancia, la subsistencia misma de la nación y hasta la humanidad toda [...]”.

14 Aun con el componente “externo” (moral y político) que opera la determinación de las penas, tal como lo sostiene Ferrajoli (1997: 398) “los límites máximos de cada pena sea cual fuere el delito cometido, es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa”.

15 Todo cultivo, producción, transporte o entrega, más allá de sus notas particulares, incluye lógicamente una “tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”.

Estas y otras observaciones fueron realizadas en el marco de las “Primeras Jornadas Nacionales sobre Políticas Públicas en Materia de Drogas” en 2008.¹⁶ En el taller de justicia y drogas, denominado “Mesa de Identificación de Problemas Penales en la Ley de Estupefacientes” y coordinado por los fiscales Carlos Rívolo y Javier De Luca, se concluyó respecto de la Ley vigente, y en particular del artículo 5°, que: “En general se observa una profusión de verbos, de situaciones superpuestas que pasan por alto las prescripciones de la parte general (del Código Penal) sobre tentativa y participación criminal. La pena de prisión o reclusión tiene un mínimo de cuatro años, para castigar delitos que se predica son de peligro, con lo cual se advierte una desproporción entre ese monto y los previstos para otros delitos de lesión y contra bienes jurídicos más importantes y concretos”.

Hasta aquí se ha intentado recorrer la desproporcionalidad de la respuesta penal vinculada con los estupefacientes desde la óptica jurídico-penal. A continuación se mostrará que ella también resulta desproporcionada en términos económicos.

III. Desproporcionalidad de la respuesta penal en virtud de sus costos económicos

La magnitud (o proporción) de la respuesta penal en relación con otro tipo de respuestas (no represivas), brinda otro ejemplo de desproporcionalidad. Para analizar esto se partirá de la información existente sobre el fenómeno de aplicación de la Ley 23.737 para luego compararla, a partir de sus costos económicos, con otras manifestaciones de la política en torno de los estupefacientes.

Pese a que se dispone de escasa información en lo que se refiere a la aplicación de la ley penal respecto de los estupefacientes, se pueden encontrar algunas fuentes, investigaciones y trabajos que permiten esbozar lo que ha ocurrido con la utilización de esa herramienta. Tanto en un trabajo previo (Corda y Frisch, 2008) como en el primero de este grupo de investigación (Corda, 2011) se pudo bosquejar un escenario que aquí se intentará profundizar, y que servirá como punto de partida o referencia para preguntarse sobre los costos y demás consecuencias de la aplicación de la Ley 23.737.

¹⁶ El encuentro fue organizado por la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Presidencia de la Nación junto con el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y el Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja (cuya coordinadora era la Dra. Mónica Cuñarro). Se realizó el 9 y 10 de octubre de 2008 y en su apertura asistieron los titulares de todas las carteras mencionadas.

La Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de su Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC), cuenta con información sistematizada sobre la cantidad de “hechos –presuntamente– delictuosos” vinculados con la Ley 23.737 en todo el país.¹⁷

Según datos de la DNPC, entre 1999 y 2008 se duplicó la cantidad de hechos delictuosos vinculados con la Ley de Estupefacientes registrados en el país.¹⁸ También permiten apreciar que el fenómeno de aplicación de la ley se desarrolla principalmente en dos distritos: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y la Provincia de Buenos Aires (PBA),¹⁹ incluso cómo ha crecido en este último a partir de la reforma conocida como “defederalización”.²⁰ Otro dato que se puede extraer de esta fuente (contemplado en Corda y Frisch, 2008) se refiere a la concentración de hechos delictuosos en las grandes ciudades del país.

Esta información se puede complementar con la que surge de la oficina de estadísticas del Ministerio Público Fiscal de la Nación (MPF), con la evolución de las causas informadas por infracción a la Ley 23.737 en las fiscalías federales de todo el país desde 2000. Si bien las cifras totales son superiores a las detalladas por el SNIC y las tendencias no son idénticas –aunque tampoco demasiado distantes– esta información corrobora algunas de aquellas afirmaciones y permite profundizar aspectos del fenómeno de aplicación de la Ley de Estupefacientes en el ámbito nacional.

Según el MPF, las mayores cantidades de causas por infracción a la Ley 23.737 se registran en la CABA y la PBA: entre 2000 y 2005 estas jurisdicciones concentraban más del 70% del total de causas del país por este tipo de delito. Sin embargo, a partir

17 Esta categoría fue especificada en 1999 en el *Informe anual de estadísticas policiales* (DNPC: cap. 3): “Las estadísticas policiales son el conjunto de las informaciones que nacen de las registraciones de los hechos presuntamente delictuosos por parte de las instituciones policiales –Policía Federal Argentina y policías provinciales– en la Argentina. Dentro del rubro de las estadísticas policiales, el SNIC incluye también las estadísticas de otras dos fuerzas de seguridad nacionales: la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina. [...] Las instituciones policiales y las fuerzas de seguridad en la Argentina pueden tomar conocimiento de la realización de una conducta que presuntamente coincide con la tipificada como delito por parte de la ley penal por dos mecanismos: como consecuencia de la actividad de prevención del delito (la vigilancia en sus diversas formas) o como consecuencia de la denuncia realizada por un ciudadano que da lugar a la actividad de investigación del delito”.

18 Mientras que entre 1999 y 2003 se contabilizaron alrededor de 15.000 hechos delictuosos, a partir de 2004 la cifra aumentó –con alguna oscilación en 2007– hasta sumar en 2008 más de 30.000 (Corda y Frisch, 2008; Ministerio de Justicia de Derechos Humanos de la Nación).

19 Ambas jurisdicciones concentraban a principios de la última década más del 80% de los hechos delictivos; en los años siguientes este porcentaje decreció, aunque nunca a menos del 70%.

20 La Ley 26.052 permitió que la justicia de cada una de las provincias y la de la CABA asumieran la investigación de determinados delitos contemplados en la Ley 23.737, como la tenencia simple y para consumo, y la venta en menor escala, originalmente atribuidos a la justicia federal. La provincia de Buenos Aires, que tuvo un rol activo en la sanción de esta ley, fue el único distrito que se adhirió a esta posibilidad mediante la Ley 13.392 que se hizo efectiva en diciembre de 2005. Desde su inicio, los hechos delictuosos por este tipo de delitos se triplicaron: en 2004 se contabilizaron alrededor de 5.000 y en 2008 fueron casi 15.000.

de 2006 las fiscalías federales de la PBA comenzaron a tener una muy escasa representación debido a la entrada en vigencia de la reforma conocida como “desfederalización”. Este fenómeno, a su vez, permite advertir que la mayoría de los delitos vinculados con esta Ley que procesaba el sistema penal eran los de menor entidad, como tenencia simple y para consumo, y comercio en menor escala, que son precisamente los que pasaron a la órbita de las agencias penales de dicha provincia.²¹

Otro dato interesante de esta fuente se refiere al tipo de delito; si bien hay gran cantidad de causas en las que no se especifica —es decir, que constan como “otros delitos contra la Ley 23.737” y los de “tenencia simple” y “tenencia para consumo personal” se cargan con criterios diferentes en distintos momentos y jurisdicciones—, se puede extraer cierta información de utilidad.

Teniendo en cuenta los datos del país y descartando los no especificados, se puede afirmar que, según el MPF, entre dos tercios y tres cuartos de las causas por infracción a la Ley de Estupefacientes son por delitos de tenencia simple y para consumo personal. El valor menor se registró en 2002 (66,1%) y el mayor en 2008 (77,46%): en este año, las tenencias para consumo comprendieron el 43,35%, y las simples el 34,11%. El porcentaje restante (22,54%) correspondió a distintos delitos de tráfico de estupefacientes.

También, según los datos de esta fuente, se puede apreciar que en las jurisdicciones donde se encuentran las grandes ciudades del país ambos tipos de tenencias aparecen en mayores porcentajes mientras que en las jurisdicciones ubicadas en la frontera Norte del país se advierte que esos delitos tienen una menor representación.

Hasta aquí se ha hecho un esbozo de lo que ha ocurrido con la aplicación de la ley penal a nivel nacional. A continuación se intentará ahondar en sus costos económicos.

En el ámbito del OAD, dentro de un programa sobre costos desarrollado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, de la Organización de los Estados Americanos, se han realizado estudios sobre el costo atribuible al consumo de drogas legales e ilegales en 2004, 2006 y 2008. Para el análisis que sigue se utilizaron los resultados de este último año (OAD, 2010a). La metodología empleada para calcular estos costos tiene cuatro ejes: 1) Costos directos gubernamentales en procura de la reducción de la oferta y la demanda; 2) Costos directos relacionados con la atención a la salud de los consumidores abusivos y de sus víctimas; 3) Costos directos derivados de la destrucción de la propiedad; 4) Costos indirectos derivados de la pérdida de productividad.

²¹ Incluso, gracias a la información disponible se puede apreciar que, hasta 2005, la mayoría de las causas por infracción a la Ley 23.737 se concentraban en el Área Metropolitana de Buenos Aires: las causas que registraban las fiscalías federales de esta ciudad y las cámaras de apelaciones del territorio de la PBA que la rodea (San Martín y La Plata), sumaban del 60% al 70% del total de las registradas en el país por este tipo de delitos.

Según esta investigación, el costo total atribuido al consumo de sustancias psicoactivas (legales e ilegales) fue, en 2008, de 14.149 millones de pesos; de esta cifra, 5.474,7 millones de pesos (39%) se atribuyen al tabaco, 5.282,7 millones (37%) al alcohol y 3.391,5 millones (24%) a las drogas ilegales.²²

Del total de los costos correspondientes a las drogas ilegales (3.391 millones), los costos gubernamentales directos son los de mayor peso, ya que representan el 57,26% del total (1.941,9 millones de pesos o 614,5 millones de USD). Dentro de estos, afirma el estudio, “corresponden casi la totalidad a la reducción de la oferta y solo 70,36 millones de pesos a la reducción de la demanda” (OAD, 2010a: 27).²³

Los costos por reducción de la demanda incluyen “los gastos de las actividades relacionadas con el tratamiento y la prevención del consumo de las drogas, e incluyen también los costos en que se incurre por el castigo de privación de la libertad a los condenados por el delito ‘tenencia para consumo personal’ de la Ley 23.737, ya que en el país la pena por consumo consiste en la realización de actividades de prevención o, un tratamiento de asistencia” (OAD, 2010a: 55).²⁴

Le siguen en importancia los costos correspondientes a la pérdida de la productividad, que representan el 32,82% del total (1.113,2 millones de pesos o 352,3 millones de USD).²⁵

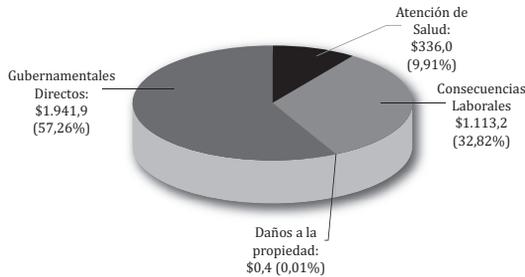
22 En el estudio, además, se transforman estos costos en dólares estadounidenses (USD) y el total alcanza los 4.477,5 millones de USD y, de ellos, los correspondientes al tabaco son 1.732,5 millones, los del alcohol 1.671,7 millones y los de las drogas ilegales 1.073,2 millones de USD. La cotización del dólar en el año estudiado es de 3,16 pesos por USD.

23 Dentro del costo por reducción de la oferta se considera, además del sistema judicial y penitenciario, el gasto de las fuerzas de seguridad –nacionales y locales– en la actividad de aplicación de la ley, aunque en el propio estudio se aclara: “En lo que respecta a los gastos del gobierno nacional, no se pudieron obtener las erogaciones del Poder Ejecutivo asignables a la reducción de la oferta de las Fuerzas de Seguridad Nacional (Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina y Policía de Seguridad Aeroportuaria del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y Dirección General de Aduanas del Ministerio de Economía y Producción)” (OAD, 2010a: 17). Teniendo en cuenta esto, se puede asegurar que el costo de este rubro es mucho mayor al señalado.

24 La última afirmación resulta válida para los gastos de las “medidas de seguridad”, pero no para los gastos en policía, justicia o cárceles, que aparecen integrando los de reducción de la oferta.

25 Dentro de este grupo, la mayoría de los gastos se reparten entre los “costos de ausentismo por enfermedad de pacientes” (egresos hospitalarios y personas en tratamiento) (539,19 millones de pesos, 15,9%) y los “costos de ausentismo por problemas judiciales” (528,94 millones de pesos, 15,6%). Dentro de este último grupo se calculan “5.473 personas condenadas por los delitos asociados directa o indirectamente al consumo y/o tráfico de las drogas y 83.290 personas arrestadas por infracción a la Ley de Estupefacientes” (OAD, 2010a: 27). Luego, con menos del 1% cada uno, aparecen los costos por ausentismo laboral (24,56 millones de pesos) y por muertes prematuras (20,49 millones de pesos). Sobre este último aspecto merece señalarse que, del total de muertes asociadas con el consumo de sustancias legales e ilegales (47.615), solo 77 decesos (0,16%) se debieron a estas últimas, mientras que 39.579 (83,12%) fueron atribuidas al tabaco y 7.959 (16,72%) al alcohol (OAD, 2010b: 10).

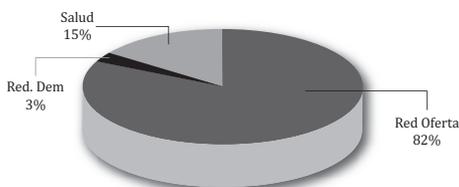
En tercer lugar, los costos en atención a la salud representan el 9,91% del total (336 millones de pesos o 106 millones de USD). Casi la totalidad de los fondos “corresponden a los tratamientos de recuperación, rehabilitación y reinserción” (OAD, 2010a: 27). Finalmente, los costos de daños a la propiedad implican el 0,01% del total (400.000 pesos). En el siguiente gráfico se resumen los datos referidos a los cuatro ejes.



FUENTE: *ESTUDIO DE COSTOS DEL ABUSO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS EN LA ARGENTINA* (OAD, 2010A).

A través de las cifras del trabajo mencionado se pueden percibir otras formas de desproporción de la respuesta penal; esta vez, dentro de la propia política respecto de los estupefacientes. En este caso la desproporción se entiende como la mayor envergadura de uno de sus componentes en relación con los restantes que integran el todo, y se mide en términos económicos.

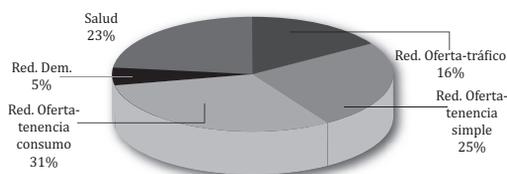
En la política sobre estupefacientes se advierte una desproporción entre los costos gubernamentales directos destinados a la reducción de la oferta y a la reducción de la demanda. En 2008 se destinaron 1.871 millones de pesos –sin tener en cuenta los costos de las fuerzas nacionales de seguridad– a la reducción de la oferta, mientras que a la demanda solo fueron 70 millones de pesos. Incluso, si a estos últimos se sumaran los costos de atención a la salud se alcanzaría la cifra de 406 millones de pesos, que sigue siendo bastante menor a la destinada a la reducción de la oferta. En el siguiente gráfico se presentan los porcentajes que surgen de estos términos.



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LOS DATOS DE LA OAD (OAD, 2010A).

Tal como se vio al repasar los datos sobre aplicación de la Ley de Estupefacientes, el gasto destinado a la reducción de la oferta se aplica en su mayoría al control de delitos menores, como son la tenencia simple y la tenencia para consumo personal. Pero ello es válido para ciertas agencias, puntualmente las policiales y judiciales incluidas en ese rubro. Sin embargo, siguiendo esta investigación, para calcular el costo de tenencias habría que quitar el referido a las agencias penitenciarias (791.279.018 pesos) y el Poder Legislativo Nacional (4.382.465,60) (OAD, 2010b: 40) y así la cifra de 1.871 millones de pesos disminuiría a 1.075 millones de pesos.

A partir de este valor, y considerando que según el MPF estas dos clases de delitos (tenencia simple y para consumo) representaban en 2008 el 77,46% de las causas, el costo de las agencias policiales y judiciales atribuibles a ellos ascendería a 832 millones de pesos. Esta cifra permitiría aumentar en más de diez veces la cifra destinada a la reducción de la demanda y dos veces el monto que incluye los costos en atención a la salud. Incluso, tomando el porcentaje que la misma fuente señala para las tenencias para consumo personal en 2008 (43,35%) el monto sería de 466 millones de pesos. Esta última cantidad, si bien es menor a la anterior, permitiría aumentar seis veces el dinero destinado a la reducción de la demanda y duplicar el monto que suma los costos en atención a la salud. En el gráfico que se presenta a continuación se muestran estas posibilidades y se sugiere cómo se podrían equilibrar los costos destinados a la reducción de la oferta y de la demanda.



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DE LOS DATOS DE LA OAD (OAD, 2010A Y OAD, 2010B).

De lo apuntado se advierte que dentro de la propia política sobre estupefacientes no solo se observa una desproporción de los costos de la respuesta penal en relación con las restantes (no represivas), sino también que el costo de perseguir las tenencias para consumo personal equivale a la suma de las otras respuestas no represivas.

Dicho en otros términos, dejar de perseguir consumidores mediante el sistema penal permitiría duplicar los presupuestos de las respuestas estatales no represivas que se podrían desarrollar en torno a ellos. Esto, sin considerar todavía otros costos, como los institucionales, sociales y humanos que produce el sistema penal y que serán analizados a continuación.

IV. Desproporcionalidad en los costos institucionales, sociales y humanos

Además de los costos económicos, la política de drogas y su herramienta penal tienen otros costos cuya valoración económica resulta, si no imposible, al menos difícil de calcular. Son los que corresponden a la distorsión en el funcionamiento de las agencias penales y las consecuencias que sufren las personas alcanzadas por el sistema penal, ya sea por privación de su libertad o por la forma en que esto afecta sus derechos de contenido social y económico. Así, la utilización de la respuesta penal en torno de los estupefacientes no solo produce los ya señalados costos económicos, sino que además ocasiona otro tipo de costos institucionales, sociales y humanos que en general no suelen considerarse.

La aplicación de la Ley de Estupefacientes ha producido, cuando no abusos, por lo menos una incorrecta actuación de las agencias penales, en especial de las fuerzas policiales, pero también de las judiciales. Respecto de las primeras, son numerosos los casos que grafican cómo la policía ha utilizado el argumento de “luchar contra el narcotráfico” para “armar” causas a personas inocentes.

En 2000 se creó dentro de la Fiscalía General de Política Criminal y Servicio a la Comunidad de la Procuración General de la Nación, la Comisión Investigadora de Procedimientos Policiales Fraguados. En 2004, este organismo presentó un informe sobre 105 casos de procedimientos policiales fraguados detectados entre 1993 y 2003. La mayor parte habían sido realizados entre 1997 y 1999 y la mitad (53 casos) implicaban supuestos delitos relacionados con estupefacientes (Comisión Investigadora de Procedimientos Policiales Fraguados, 2004).

En el análisis de estos casos se pueden constatar varios denominadores comunes. Las víctimas eran personas que se encontraban en alguna condición que las colocaba en cierta situación de vulnerabilidad; la mayoría eran extranjeros, luego seguía (en

cuanto al número de casos que los involucraba) gente que vivía en la calle y, en tercer término, desocupados; pero también había personas usuarias o abusadoras de drogas, que realizaban trabajos sexuales o estaban condenadas por otros delitos. Con estos individuos solían hacer contacto, en determinados espacios públicos, otros que se ganaba su confianza al hacerles algún tipo de oferta que, según la condición, le interesara. Cuando la persona aceptaba el ofrecimiento, era conducida en automóvil, taxi o remis hasta otro espacio público. Allí, el que había realizado el ofrecimiento se retiraba con alguna excusa —en general luego de hacer un llamado telefónico— e inmediatamente después aparecían policías que encontraban objetos incriminatorios en el lugar junto al supuesto implicado. Por lo general se “hallaban” drogas o armas, y en ocasiones ambos elementos²⁶. El procedimiento culminaba con la presencia de medios gráficos, radiales y televisivos, que luego daban a conocer públicamente el exitoso procedimiento. Sin embargo, en muchos casos la cantidad de estupefacientes en estado puro que supuestamente se hallaba era muy poca, incluso en algunos la sustancia ni siquiera tenía esa calidad.

Las personas involucradas en estos casos corrieron distinta suerte. Los que menos sufrieron fueron aquellos cuya versión policial no fue creída por el juez de la investigación, ya que estuvieron detenidos por pocos días o alrededor de un mes, pero otros fueron liberados recién ante alguna instancia de apelación, luego de estar detenidos algunos meses. Algunos hasta tuvieron que esperar a que se realizara el juicio oral para recuperar la libertad, después de pasar entre uno y dos años de espera en prisión, y uno de ellos fue condenado por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Este caso, ocurrido a mediados de 1997 comenzó, según la versión policial, cuando un ciudadano peruano de 37 años e indocumentado fue detenido en el bar de una estación central de trenes de la ciudad de Buenos Aires. En ese momento tenía en su poder un billete de cien dólares estadounidenses falso y a sus pies había un bolso, dentro del cual se hallaron varios envoltorios con cocaína —luego se determinó que gran parte del contenido no era cocaína, de la cual solo había 4 gramos—, 6 porta rollos fotográficos que contenían marihuana y más billetes de cien dólares estadounidenses falsos. Trece meses después, esta persona resultó condenada a cinco años y cuatro meses de prisión.

Según la versión del imputado, una persona que había conocido en otra estación central de ferrocarriles lo citó en ese bar con la promesa de darle trabajo como repartidor de volantes. Cuando se encontraron le regaló un billete de cien dólares que tenía en su poder y realizó llamadas telefónicas. Luego de una de ellas se retiró del lugar

²⁶ Según el informe, en 74 de los casos fraguados se utilizaron armas, en 38 cocaína y en 23 marihuana (Comisión Investigadora de Procedimientos Policiales Fraguados, 2004).

dejando el bolso, e inmediatamente después aparecieron los policías que procedieron a su detención.

El caso fue analizado por la mencionada comisión de investigación de procedimientos fraguados, que consideró que este caso era uno de ese tipo, y a comienzos de 2001 presentó un recurso de revisión –remedio procesal que permite modificar sentencias firmes ante situaciones excepcionales–, que fue rechazado. Luego, en el mismo año, la Procuración General de la Nación, haciendo uso de la facultad que tiene el Poder Ejecutivo de disminuir la pena por razones de oportunidad, pidió una conmutación de pena que tampoco prosperó. Finalmente, la persona recuperó la libertad a mediados de 2001, cuatro años después (Comisión Investigadora de Procedimientos Policiales Fraguados, 2004).

Entre los que tuvieron que esperar la realización del juicio oral para recuperar su libertad se puede mencionar a un hombre de 45 años, desocupado, que había salido de la cárcel poco tiempo antes de los hechos. Según la policía, el 6 de marzo de 2000, esta persona, que tenía un portafolio y una bolsa, intentaba insistentemente ingresar en un domicilio. Ante este comportamiento decidieron identificarlo y revisar sus pertenencias. Entre ellas se hallaron tres envoltorios con forma de ladrillo y encintados, que pesaban alrededor de un kilo cada uno. Estos contenían una sustancia blanca que más tarde se determinó como cocaína en un 10%.

Según el acusado, un sujeto había hecho contacto con él para hacerle una propuesta laboral y lo había citado en ese domicilio. Cuando llegó, tocó el timbre y desde el interior le informaron que no conocían a quien lo había citado. En ese instante se presentaron los policías, quienes le “colocaron” la bolsa que contenía la cocaína. También mencionó que desde un primer momento se hicieron presentes en el lugar un medio televisivo y otro radial. En febrero de 2002 tuvo lugar el juicio oral en el que se determinó que se había tratado de un procedimiento fraguado. Recién entonces, luego de estar casi dos años detenido, el imputado recuperó su libertad (Comisión Investigadora de Procedimientos Policiales Fraguados, 2004).

En ocasiones estos procedimientos no tienen como consecuencia la privación de la libertad por períodos extensos, pero traen aparejados abusos por parte del personal policial. Uno de los casos más dramáticos ocurrió a mediados de 2000 y tuvo cierta repercusión periodística. Fue protagonizado por un matrimonio que, luego de haber presenciado un espectáculo deportivo que terminó de noche, se dirigía a recoger a su hija, que había quedado en casa de los abuelos. En el trayecto los detuvo la policía, a punta de pistola, y los comenzó a revisar en plena calle. En esa tarea, los policías (hombres), manosearon a la mujer y, además, reprimieron la reacción del marido a golpes, a quien le hicieron sacar parte de sus ropas en la vía pública y de modo humillante. Tiempo después llegaron los testigos y, según el posterior relato de la mujer, uno de

los policías extrajeron del bolsillo trasero de su pantalón dos envoltorios con cocaína que ella no tenía.

Una vez trasladados a la comisaría los siguieron hostigando, ya por separado. El marido sufrió más golpes, a tal punto que le rompieron los ligamentos y meniscos de su rodilla, y la mujer fue violada por un hombre que luego no pudo identificar porque el hecho se produjo en la oscuridad de su celda. La médica legista de la comisaría expidió una constancia en la que nada de esto se dejó asentado. Tiempo después el matrimonio fue sobreseído (declarado inocente) de los cargos, aunque la mujer nunca denunció la violación porque, según manifestó luego, el policía que la violó la amenazó con poner un kilo de cocaína en su auto; sin embargo, esta circunstancia se acreditó en la Oficina de Asistencia Integral a la Víctima de la Procuración General de la Nación (Diario *Clarín*, 2002).

También aparece cuestionada la manera en que se inician los expedientes por esta clase de delitos, ya que en muchas ocasiones la única motivación es la sospecha de la policía, arraigada en prejuicios sobre la apariencia física de las personas o sus comportamientos en la vía pública (el vulgarmente conocido “olfato policial”), o denuncias anónimas cuyo origen, en ciertos casos, parece provenir de las mismas fuerzas de seguridad. En los expedientes policiales suele asentarse como motivo de la detención de una persona en la vía pública, que presentaba una “actitud sospechosa”. En ocasiones, esta justificación está explicitada en algún intento de evasión ante la presencia policial, pero en otros solo se menciona el hecho de que la persona caminaba ligero o mostraba nerviosismo. Incluso, existen algunos casos en los cuales la detención está justificada por alguna característica física y otros en los que, simplemente, no se hace referencia a ninguna motivación.

También, muchas de las investigaciones suelen iniciarse a partir de denuncias anónimas, posibilidad que fue incorporada en 1995 a la legislación solo para los delitos de la Ley de Estupefacientes. Se sospecha que, en ocasiones, estas denuncias anónimas fueron realizadas por las propias fuerzas de seguridad. Si bien esta herramienta podría encontrar justificación en situaciones en las cuales la denuncia puede implicar algún riesgo para el denunciante, sobre todo si se piensa en delitos cometidos en forma organizada y con violencia, la experiencia indica que se ha utilizado para denunciar a pequeños actores de tráfico e, incluso, a personas que cultivaban cannabis para su propio consumo. Sobre este particular se ahonda más adelante.

Las prácticas policiales mencionadas, aunque con algunas resistencias, han sido en general avaladas por los jueces. Las denuncias anónimas se consideraron, en general, motivo suficiente para el inicio de una investigación, más allá de la necesaria constatación posterior de lo denunciado por otras pruebas. Respecto de la justificación de las requisas personales por parte de la policía, si bien hubo tribunales inferiores que

en determinados casos la consideraron no justificada, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avalado ese accionar policial, ya que de sus principales fallos referidos a este tema –como “Fernández Prieto” (1998), “Flores Nuñez” (1998), “Tumbeiro” (2002), Monzón (2002), “Szmilowsky” (2003) y “Peralta Cano” (2007)– muchos han sido por secuestros en los que se halló poca cantidad estupefacientes.

Tal como se afirmó en otras ocasiones, este conjunto de prácticas seguidas por las agencias penales recayó principalmente sobre los actores menores del fenómeno, en especial en los usuarios de drogas (Corda y Frisch, 2008; Corda, 2011). Los datos recogidos sobre hechos ocurridos a mediados de la década de 1990 en la ciudad de Buenos Aires muestran que estos eran reclutados por la policía en espacios públicos por los que transitaban de manera no conflictiva.

Si bien los consumidores, en su mayoría, no terminan en la cárcel, el inicio de la causa penal supone la detención por algunas horas en las comisarías, que se puede alargar a varias, y que el antecedente policial suele quedar registrado aun luego de que el juez cierre la causa. En este sentido, se advierte que el haber sido alcanzado por las agencias penales repercute sobre otro tipo de derechos, más allá de la privación de la libertad: es habitual que los usuarios que tuvieron alguna causa penal abierta, aun después de haber finalizado el proceso, tengan que volver a los juzgados a solucionar los inconvenientes que genera el antecedente. Ese registro suele obstruir la concesión de documentación –por ejemplo, del pasaporte– o figura en los registros migratorios que impiden la salida del país. También puede aparecer en los certificados de registros penales que solicitan ciertas empresas sobre los aspirantes a algún trabajo, lo que hace más difícil su obtención para el usuario.

También la privación de la libertad, aunque sea por horas o días, puede tener otras consecuencias más allá de ese derecho. Un caso ejemplifica esta posibilidad de forma dramática. En 2004, un joven universitario de 18 años fue detenido por la policía mientras manejaba su auto, donde encontraron un cigarrillo de marihuana. Este hallazgo dio inicio a una causa penal por la que, según le dijeron, más adelante lo citarían. La citación nunca le llegó y pensó que ese proceso se había terminado. Pero a principios de 2007, en un control policial, lo detuvieron porque registraba un pedido de captura por no haberse presentado a la citación que se había cursado en virtud de aquel proceso. Durante los dos días que estuvo detenido en la comisaría fue abusado y luego violado por otro preso, episodio que le dejó previsible secuelas psicológicas. El hecho fue recogido por numerosos medios informativos, entre ellos el diario *Conurbano on line* (s.f.).

Dentro de los usuarios, el número de cultivadores de cannabis para consumo propio ha ido aumentando en los últimos años al mismo ritmo de un grupo de movimientos

que, además de desarrollar una cultura en torno de esta actividad, pugna por la despenalización de estas conductas.²⁷

Precisamente, un integrante y militante de uno de estos movimientos, de algo más de 30 años, protagonizó un caso que ha tenido mucha repercusión. Según relata, a mediados de abril de 2011 su casa fue allanada, aparentemente a raíz de un llamado recibido en la comisaría –se sospecha que realizado por un vecino– que alertaba sobre extraños movimientos en el lugar. Durante el procedimiento se secuestraron 10 plantas y 15 plantines de cannabis, y el hombre fue detenido. La policía sostuvo que se dedicaba a comercializar el producto de las plantas y al día siguiente, sin que esto se encontrara probado, las autoridades enviaron un comunicado a la prensa donde se afirmaba que “cultivaba marihuana en su departamento para su posterior comercialización”. Luego de estar detenido quince días la jueza del caso lo liberó, ya que entendió que se trataba de un cultivo para consumo personal. Pese a ello, su caso todavía sigue abierto y le prohibieron seguir cultivando (Diario *Tiempo Argentino*, 2011a y 2011b; diario *Página 12*, 2011b). En una nota periodística, el imputado afirmó: “Caer como si fueras narco te arruina la vida” (Diario *Clarín*, 2011a).

Menos suerte tuvo un hombre de 31 años, condenado a 4 años de prisión por cultivar plantas de cannabis. La causa se había iniciado por un llamado anónimo que alertaba sobre la existencia de plantas de marihuana en un domicilio. La policía pudo verificar la existencia de la vivienda denunciada y de las plantas, e identificó a sus habitantes, pero en ningún momento constató alguna actividad de venta. Pese a ello, en marzo de 2010 se allanó el domicilio, donde se encontraron 12 plantas de cannabis y 85 gramos de esa sustancia, entre otras cosas. En su defensa, el hombre aclaró que cultivaba desde hacía dos años y que lo comenzó a hacer “por los problemas que me trae con la policía comprarla”. Sin que se probara una finalidad de comercio y desconociendo la figura de cultivo para consumo personal prevista en la Ley 23.737, el juez de la causa interpretó que las acciones del imputado debían quedar alcanzadas por la figura de cultivo propia de los delitos de tráfico (sancionado con una pena de 4 a 15 años de prisión). Luego de estar 13 días detenido, sus abogados lograron que se le concediera arresto domiciliario mientras se espera el resultado de la revisión de su condena (diario *Página 12*, 2011c; diario *Pilar a Diario*, 2011).²⁸

²⁷ Una impresión de este movimiento se puede apreciar en <http://www.gmmargentina.com.ar>.

²⁸ Tribunal en lo Criminal N° 6 de San Isidro, “A. P. A. s/infracción ley 23.737”, Causa N° 2671, Rta. 11/5/11.

Cinco plantas

Este caso está descrito a partir de una entrevista personal mantenida por el autor de este trabajo con el protagonista, el 16 de enero de 2012. También fue reflejado por la revista THC (2011).

Se trata de un hombre de 41 años, que desde 2004 cultivaba plantas de cannabis en el fondo de su casa en las afueras de Buenos Aires. Nunca tuvo problemas por ello, aunque algún vecino conocía su actividad, la desarrollaba sin ocasionar molestia alguna. En su afán de progresar compró un automóvil, para lo cual debió contraer deudas. El auto tuvo distintos desperfectos mecánicos que empeoraban su situación económica y, como forma de paliar esto, le entregó el automóvil a un conocido que le había prestado dinero, sin saber que lo utilizaría para cometer estafas. Si bien al enterarse recuperó el rodado, algunos de los estafados, en una suerte de venganza, le iniciaron una causa diciendo que habían sido amenazados con un arma de fuego. En ese marco, el 17 de abril de 2011 se realizó un allanamiento en su casa, supuestamente para incautar el arma utilizada, aunque lo extraño fue que los policías que lo realizaron traían balanzas y reactivos para detectar estupefacientes. En una alacena encontraron varios frascos con alrededor de 900 gramos de marihuana y en el fondo de la vivienda cinco plantas en tierra y algunas en proceso de secado.

Pocos días después se publicó en los diarios locales que “la policía secuestró más de 6 kilos de marihuana ‘casera’”, entre otros errores, imprecisiones y falsedades, ///

///como que estaba destinada a su comercialización. Inútiles fueron las explicaciones brindadas por el hombre respecto de los beneficios de cultivar para no alimentar económicamente las actividades de tráfico de estupefacientes. Pasaría más de cinco meses privado de su libertad.

Luego de repetir ante las autoridades judiciales que cultivaba para su propio consumo se calificó su conducta como “cultivo, producción y almacenamiento” de estupefacientes, delitos que tienen una pena de 4 a 15 años de prisión. El juez provincial que intervino en un principio se declaró incompetente y derivó el caso al juez federal, que tampoco lo aceptó. Mientras se definía qué juez debía seguir interviniendo el hombre continuaba detenido. Una antigua causa de más de diez años atrás, vinculada a su activismo en movimientos sociales, en la que tenía un pedido de captura, empeoraba la posibilidad de que recuperara su libertad. El primer mes estuvo detenido en una comisaría cercana a su domicilio, donde un intento de fuga de algunos compañeros de celda desató una golviza y la quema de objetos personales por parte del personal policial que los custodiaba. Luego fue enviado a una cárcel ubicada a unos 200 kilómetros de Buenos Aires, donde comenzó a sufrir una profunda depresión y perdió mucho peso. Durante ese tiempo solo la visita de su mujer y de su pequeña hija paliaban su situación.

Una vez definida la competencia del juez federal y luego de que se cerrara la otra causa, el 23 de septiembre de 2011 recuperó su libertad. Si bien el nuevo juez entendió que la imputación que se le había formulado no tenía sustento como delito de tráfico, el caso aún se encuentra abierto a la espera de una definición. Por suerte a este hombre no lo despidieron de su trabajo y la gente de su barrio lo recibió con los brazos abiertos. Pero aún le quedan secuelas por el hecho de haber estado en la cárcel: se despierta exaltado por la madrugada pensando en el conteo que se ///

/// realiza allí en horas tempranas.

Por otra parte, ya no hay más plantas de cannabis en el fondo de su casa y si quisiera consumir tendría que recurrir al mercado ilegal, intentando evadir el accionar policial para adquirir un producto de inferior calidad y dudosa procedencia.

pueblo chico

Este caso fue relevado a través de varias entrevistas realizadas en 2011 a la mujer señalada en el relato como “la directora”, quien también facilitó al autor copias de la causa penal y el sumario administrativo, así como notas periodísticas relativas al hecho protagonizado.

La historia condensa muchos de los denominadores comunes ya descritos. El 30 de enero de 2008 se realizó un allanamiento en una escuela rural ubicada en una localidad pequeña, de alrededor de mil personas, en la Patagonia argentina. Allí, en una construcción precaria ubicada a unos 50 metros de la escuela, que era utilizada como dormitorio por los docentes que trabajaban durante el ciclo escolar, se encontró una planta de cannabis que pesaba 120 gramos. También se hallaron 125 gramos de marihuana en distintos lugares de la vivienda. Por este hallazgo fueron detenidos un maestro y la directora. La noticia tuvo repercusión en diarios nacionales y provinciales con titulares alarmantes e imprecisos, como “Docentes cultivaban marihuana en el patio de un colegio”.

La causa había sido iniciada dos días antes, a raíz de una denuncia telefónica anónima recibida el 25 de enero en el Ministerio de Educación de la provincia, en la cual una persona que no se identificó (ni se pudo identificar su teléfono) señaló que “la señora directora... estaría realizando conductas reñidas con la Ley 23.737”. La directora manifestó luego que la denuncia podría haber estado vinculada con ///

///algunos inconvenientes que tuvo con autoridades de ese Ministerio. A raíz del llamado anónimo el juzgado comenzó una causa, pese a que durante la feria judicial de enero solo se tratan cuestiones en general urgentes. Pero más llamativo aún es que cuando se ordenó a la policía investigar el hecho, ya se encontraba una investigación policial en curso, sin orden judicial.

Esta había comenzado el 24 de enero, a raíz de un correo electrónico anónimo (pero cuyo origen nunca se intentó constatar) recibido en una división de drogas peligrosas de la policía de la provincia, que comenzó una investigación de cuatro días en la que se constató –mediante “averiguaciones,... vigilancias y seguimientos”– que, efectivamente, había una planta de cannabis en el predio y que quienes vivían allí “serían consumidores de estupefacientes”. Dicho de otro modo, en ningún momento se constató ninguna conducta destinada al tráfico. El 29 de enero se recibió en el juzgado el sumario policial con la investigación realizada, y en esa misma fecha, cinco días después de formulada la denuncia, se ordenó el allanamiento del predio. Cabe señalar que la orden no tenía fecha cierta ya que se podía realizar “dentro de las 72 horas de emitida la orden”, aunque se concretó al otro día.

Dos días después los detenidos efectuaron sus descargos ante el juez por el delito de “siembra... cultivo de plantas... utilizables para producir estupefacientes...”, guarda de materias primas, elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, producción, fabricación, extracción y preparación de estupefacientes, todas en concurso real y

agravadas por haberse cometido en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza”. Con esta calificación la pena iba de 6 a 20 años de prisión. El maestro reconoció como propio el cannabis hallado, dijo que era para su propio consumo y aclaró que la directora no tenía acceso a su ///

///alojamiento, donde estaba la planta. La directora dijo desconocer la existencia de la planta. Recién el 14 de febrero recuperaron su libertad, luego de ser procesados por un delito más leve: cultivar estupefacientes para el propio consumo (agravado por realizarlo en un establecimiento escolar), actividad penada con 1 mes y medio a 2 años y ocho meses de prisión (reemplazables por una medida de seguridad). La decisión fue apelada por la defensa de la directora, pero esta instancia tardó dos años en resolverse.

Mientras tanto, en forma paralela se iniciaron actuaciones administrativas para evaluar la conducta de los docentes y, con fecha 26 de mayo de 2008, todavía sin que se hubiera resuelto la causa penal, fueron sancionados. A la directora se la exoneró y al maestro se lo cesanté. Esta decisión administrativa no solo implicaba perder el trabajo, además impedía el ejercicio de esa profesión y el reconocimiento de la actividad desarrollada.

Finalmente, el 15 de marzo de 2010 ambas personas fueron sobreseídas (declaradas inocentes) por la cámara de apelaciones, ya que se entendió (en sintonía con el fallo “Arriola”) que los artículos que reprimen la tenencia y el cultivo para consumo personal son inconstitucionales. Sin embargo, esta decisión no revirtió la resolución administrativa y sus consecuencias, que aún perduran.

En esta historia se aprecia que el hecho de haber tenido una causa penal, incluso cuando luego se demuestre su inocencia y se cierre, suele tener consecuencias más allá de ella. En la actualidad, la directora no puede permanecer en sitios cerrados, secuela que le quedó luego de los días de encierro, y la sanción administrativa le impide conseguir trabajo como docente, y hacer valer el trabajo realizado.

Y mientras busca la forma de revertir los efectos de esa sanción, intenta rehacer su/// vida. ///

Tampoco pueden dejar de mencionarse nuevos datos que refuerzan lo afirmado en la investigación anterior respecto de la relación que existe entre los delitos vinculados con los estupefacientes y el encarcelamiento de mujeres argentinas y extranjeras (Corda, 2011). En el libro *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, realizado con el producto de un trabajo conjunto que fue llevado a cabo por el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación (2011), se analiza la situación de las mujeres alojadas en prisiones federales, la mayoría de las cuales se encuentra allí por delitos vinculados con los estupefacientes.

Durante esta investigación fueron entrevistadas, a mediados de 2008, 148 mujeres detenidas, la mayoría de las cuales (68,2%) lo estaban por delitos vinculados con estupefacientes. Pero mientras que entre las locales había un 48,1% que estaban

allí por estos delitos, entre las extranjeras el porcentaje llegaba a un 90,1%. También se señala en el estudio que entre las argentinas prevalecen las causas por delitos de comercialización de estupefacientes (67,5%), mientras que las extranjeras están detenidas, en su mayoría, por el delito de contrabando de estupefacientes (59,4%). Incluso se señalan algunos porcentajes por el delito de tenencia simple de estupefacientes (13,5% entre las locales y 3,1% de extranjeras).

En el informe producto de este trabajo se reflexiona sobre este fenómeno en los siguientes términos: “Es importante considerar que los delitos vinculados con las drogas se estructuran en complejas redes y jerarquías sociales que trascienden las fronteras geopolíticas. Los puestos más bajos tienen una mayor exposición al poder punitivo del Estado. Estos roles son ocupados, en su mayoría, por mujeres que se encuentran en condiciones de alta vulnerabilidad socioeconómica. El hecho de que ellas desempeñen los roles inferiores en las redes de comercialización encuentra su paralelo en las condiciones de pobreza que padecen dentro del régimen social. Por este motivo, el incremento de las penalizaciones en torno de la tenencia, del tráfico y de la comercialización de estupefacientes significó también un proceso de criminalización diferencial entre los sexos, que impactó con mayor crudeza sobre las mujeres. Por otra parte, el carácter global de las redes de tráfico explica las razones por las cuales este proceso no es exclusivo del contexto argentino, sino que incide en la creciente criminalización de las mujeres de diversas nacionalidades. Como lo confirma la presente investigación, los centros penitenciarios para mujeres colapsaron a causa del encarcelamiento de acusadas de transportar pequeñas cantidades de droga –actividad por la que reciben el mote de ‘mulas’–. Además, la instalación de nuevas cárceles para este sector y el acondicionamiento de los centros de detención ya existentes constituyen una clara manifestación de cómo reaccionó el Estado frente a determinados conflictos sociales: básicamente, a partir de prácticas represivas de delitos no violentos” (Centro de Estudios Legales y Sociales; Ministerio Público de la Defensa; Procuración Penitenciaria de la Nación, 2011: 25).

En esta investigación no solo se profundiza en las características de las mujeres encarceladas, sino que se describen distintos aspectos de la vida en prisión de este grupo de personas, especialmente sobre la peor situación que deben vivir las mujeres extranjeras. Incluso, se profundiza respecto de la maternidad en ese contexto y se muestra cómo esa situación repercute de forma particular sobre el entorno familiar y, en especial, respecto de los hijos, ya que algunos de ellos deben vivir en esos espacios de encierro para estar al cuidado de su madre.

También, a fines de 2010 un informe periodístico televisivo mostraba la situación de las mujeres extranjeras detenidas por delitos vinculados con los estupefacientes (Canal Todo Noticias, 2010). Allí se entrevistaba a cuatro mujeres que contaban sus historias, en las que se repetían las necesidades económicas que las habían empujado

a la elección de estos delitos. También se sugería cierto engaño por parte de quienes les ofrecían el intento, así como el dolor por la distancia con sus seres queridos, en particular de sus hijos.

En este apartado se pudo apreciar que la principal herramienta de la actual política sobre estupefacientes produce otra serie de consecuencias en la actuación de las agencias que la aplican y en las personas que la sufren. Esas, ofrecen otros ejemplos de desproporcionalidad, quizá los más preocupantes por el impacto que producen sobre la vida de las personas.

V. Conclusión

A lo largo de este trabajo se intentó analizar la respuesta penal vinculada con los estupefacientes a partir de distintas acepciones de la noción de “proporcionalidad”. El recorrido efectuado permite concluir que ella resulta desproporcionada en distintos sentidos.

En el comienzo se describió cómo se fue expandiendo, a lo largo del siglo XX en la Argentina, la respuesta penal sobre los delitos relacionados con estupefacientes, tanto en la cantidad de conductas incriminadas como en lo que se refiere al monto de sus penas: estas, sobre todo en los delitos de tráfico de estupefacientes, crecieron casi como en ningún otro delito. Este incremento se vinculó con una desdibujada noción de lesividad de las distintas conductas referidas a este fenómeno.

También, después de repasar ciertos datos sobre el fenómeno de aplicación de la Ley 23.737, se mostró que la participación de la respuesta penal dentro de la política de estupefacientes resultaba desproporcionada, medidas en términos de costos económicos. Al respecto se pudo advertir que la respuesta penal tiene una presencia casi preponderante, sobre todo si se la confronta con la envergadura de otro tipo de respuestas no represivas, como la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y los costos de atención a la salud. Incluso se observó que, solo con el costo que implica desarrollar la respuesta penal actual en torno de los consumidores, se podrían por lo menos duplicar los presupuestos destinados a las distintas respuestas no represivas.

Pero, más allá de lo señalado en los párrafos anteriores, el desarrollo de la respuesta penal vinculada con los estupefacientes ha tenido también consecuencias desproporcionadas en otros aspectos; por ejemplo, sobre el funcionamiento de las agencias penales y sobre la vida de las personas que terminan alcanzadas por ella, circunstancia que no siempre se tiene presente a la hora de evaluar las respuestas estatales.

En este sentido se ha explicado de qué manera, como algo más que una práctica aislada, aparece el armado de causas, por parte de la agencia policial, vinculadas al

lema de “combatir el narcotráfico”, situación que también ha servido de justificación para cometer excesos y abusos. Este proceder de la agencia policial no siempre tuvo el debido control de las agencias judiciales, más allá de algunas resistencias.

Por otro lado, las consecuencias sobre las personas no se agotan en ilegítimas o desproporcionadas privaciones de la libertad; ya que se han registrado distintos tipos de abusos por parte de los funcionarios públicos intervinientes. También parece desproporcionada la forma en que repercute el estar involucrado en un expediente penal: esto comprende desde el hecho de tener que permanecer en ámbitos carcelarios, aunque sea por poco tiempo, hasta las consecuencias de tener ese antecedente. En este sentido, cabe advertir cómo el pasar por el sistema penal repercute sobre el entorno social, familiar y laboral de la persona, empeorando, cuando no impidiendo, el ejercicio de derechos de contenido económico y social.

Especial atención ha merecido la situación de quienes cultivan cannabis para su propio consumo, una realidad que ha crecido en los últimos años, acompañada de movimientos que la apoyan. Esta actividad aún se encuentra en una zona gris, ya que hay jueces que la consideran una conducta alcanzada por el ámbito de privacidad protegido por la constitución, pero también hay quienes la consideran un delito de tráfico de estupefacientes punible con 4 a 15 años de prisión. Estos casos resultan un claro ejemplo de desproporcionalidad, cuyas consecuencias van más allá de la mayor o menor privación de la libertad que puedan llegar a sufrir, ya que afectan otros aspectos de la persona y de su entorno.

Tampoco se puede dejar de mencionar la situación de los actores menores del tráfico de estupefacientes, quienes han modificado la población carcelaria en las últimas dos décadas. En especial aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad que los dejan próximos a optar por este tipo de delitos. Dentro de este grupo merece recordarse la situación de las mujeres, en general a cargo de sus hogares, que encuentran en este tipo de delitos alguna forma de paliar tanto su situación económica como las tareas del hogar. En estos casos la repercusión del encierro sobre el entorno se acentúa, en especial respecto de los hijos.

Frente a este panorama, una vez se debe insistir sobre la necesidad de revisar la actual política sobre estupefacientes y su respuesta penal como principal componente. Se debería alcanzar un equilibrio entre las acciones tendientes a la reducción de la demanda y de la oferta, avaladas por información científica y con estudios realizados en forma permanente, que analicen su evolución y resultados.

Respecto de las primeras se advierte cierto déficit, por parte del Estado, en ofrecer alternativas suficientes en términos de prevención, tratamiento y rehabilitación. Estas respuestas deben respetar los derechos de las personas para no convertirse en una forma de sanción encubierta.

Por otra parte, las respuestas sobre reducción de la oferta tienen como casi única expresión la aplicación de la ley penal, que recae en gran medida sobre los actores menores del fenómeno, incluidos los usuarios, que definitivamente deberían quedar excluidos de esta respuesta estatal.

En este punto resulta necesario resolver la situación de las personas que cultivan cannabis para su propio consumo, como se ha comenzado a desarrollar en Europa (Barriuso, 2011) e incluso se debate en Uruguay, donde el partido gobernante impulsó un proyecto para permitir el cultivo doméstico de cannabis hasta la cantidad de ocho plantas (Diario *El Nacional*, 2011).

También debería repensarse la situación de los actores menores del tráfico de estupefacientes, sobre todo de aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Aunque sus conductas no dejen de ser alcanzadas por el derecho penal, merecen un tratamiento diferenciado de los actores mayores y políticas públicas que atiendan las situaciones de vulnerabilidad que el derecho penal no resuelve sino que, incluso, agrava.

En síntesis, la respuesta penal, tal como se ha desarrollado, ha demostrado resultar desproporcionada en cuanto a sus consecuencias. En este sentido, varios de los proyectos de reforma que se encuentran en este momento en el Congreso Nacional, presentados luego del fallo “Arriola”, proponen modificar la letra de la Ley 23.737 para corregir algunos de esos excesos. Brevemente, se puede decir que la mayoría de ellos propone la despenalización de la tenencia y el cultivo de estupefacientes para consumo personal –aunque con redacciones de distinto alcance– y la eliminación de las medidas de seguridad. Algunos también proponen morigerar las penas respecto de los actores menores del tráfico.

Sin embargo, no solo se trata de cambiar la letra de la Ley, sino de modificar las prácticas que se desarrollan en torno de ella para lograr un ejercicio que no se detenga sobre las manifestaciones menores de este fenómeno. En este sentido resulta necesario revisar las prácticas de las agencias policiales y judiciales para dirigir las acciones hacia aquellos delitos con mayor nivel de lesividad.

Solo así se podrá alcanzar una respuesta penal sobre estupefacientes eficaz y humana.

VI. Bibliografía

Organismos, documentos e informes

- Comisión Investigadora de Procedimientos Policiales Fraguados (2004). Informe N° 10 “Relevamiento y sistematización de casos detectados ordenados por dependencia policial interviniente al 1º/10/04”.
- DNPC. *Informe anual de estadísticas policiales. Año 1999*, en CD-ROM.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Estadísticas en materia de criminalidad. Disponibles en: <http://www.jus.gov.ar/areas-tematicas/estadisticas-en-materia-de-criminalidad.aspx> [consulta, septiembre de 2011].
- MPF. Estadísticas. Disponible en: www.mpf.gov.ar [consulta, mayo de 2011].
- OAD (2010a). *Estudio de costos del abuso de sustancias psicoactivas en la Argentina – 2008*. Informe final. Disponible en: http://www.observatorio.gov.ar/especificos/temas-especificos/Costos_Abuso_SPA_Argentina_2008_Informe_Final.pdf [consulta, septiembre de 2011].
- OAD (2010b). *Estudio de costos del abuso de sustancias psicoactivas en la Argentina*. Indicadores para el año 2008. Disponible en: http://www.observatorio.gov.ar/especificos/temas-especificos/Costos_Abuso_SPA_Argentina_%202008_Informe_de_Indicadores.pdf [consulta, septiembre de 2011].

Libros

- BARRIUSO, Martín (2011). *Los clubes sociales de cannabis en España. Una alternativa normalizadora en marcha*. Serie reforma legislativa en materia de drogas N° 9. Amsterdam: Transnational Institute-Federación de Asociaciones Cannábicas. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/dlr9s.pdf> [consulta, enero 2012].
- CATTANI, Horacio R. (2000). “Tóxicos prohibidos y afectación del bien jurídico”, en Silvia Inchaurrega (comp.) *Las drogas: entre el fracaso y los daños de la prohibición*. Rosario: Centro de Estudios Avanzados en Drogodependencia y Sida de la Universidad Nacional de Rosario-Asociación de Reducción de Daños de la Argentina.
- CORDA, R. Alejandro y P. FRISCH (2008). “Introducción a un análisis de la aplicación de la Ley de Drogas N° 23.737 en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires entre los años 1996 y 2007”, en *IX Congreso Nacional de Sociología Jurídica. De la ley a las prácticas: confrontaciones sociales por el uso del Derecho*. Rosario: Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y Universidad Nacional de Rosario (en CDROM). Disponible en: http://sasju.dyndns.org/encuentros/ix/sasju2008/comision_03/corda_frisch_03.pdf [consulta, septiembre de 2010].

- CORDA, R. Alejandro (2011). *Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina*. Buenos Aires: Intercambios - Universidad de Buenos Aires.
- CORDA, R. Alejandro (2012 –en imprenta–). *Sistemas desproporcionados. Desproporción y costos económicos, institucionales y humanos de la política sobre estupefacientes en Argentina*. Buenos Aires: Intercambios - Universidad de Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- METAAL, P. y C. YOUNGERS (ed.) (2010). *Sistemas sobrecargados – Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam-Washington: Transnational Institute – Washington Office on Latin América. Disponible en: <http://www.druglawreform.infoles/publicaciones/sistemas-sobrecargados/item/920-sistemas-sobrecargados> [consulta, mayo de 2012].
- ZAFFARONI, Eugenio R. (2000). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Fuentes periodísticas

- Canal *Todo Noticias* (2010). “Mulass VIP. La otra cara del narcotráfico en la Argentina”, 21 de diciembre. Disponible en: <http://tn.com.ar/sociedad/00047515/mulass-vip-la-otra-cara-del-narcotrafico-en-la-argentina> [consulta, enero de 2012].
- Diario *Clarín* (2002). “Juicio a 4 policías por un caso de brutalidad en una comisaría”, 26 de septiembre. Disponible en: <http://edant.clarin.com/diario/2002/09/26/s-03701.htm> [consulta, octubre de 2011].
- Diario *Clarín* (2011a). “M... F... (32): ‘Caer como si fueras narco te arruina la vida’”, 18 de mayo. Disponible en: http://web.clarin.com/sociedad/Matias-Faray-Caer-narco-arruina_0_482951968.html [consulta, enero 2012]
- Diario *Conurbano on line* (s.f.). “Fue violado por fumar marihuana y pide una indemnización millonaria”. Disponible en: http://24con.elargentino.com/conurbano/nota/26625-Fue-violado-por-fumar-marihuana-y_C2_A0pide-indemnizaci_C3_B3n [consulta, octubre de 2011].
- Diario *El Nacional* (2011). “Gobierno uruguayo apoya debate sobre la legalización del cultivo de marihuana”, 25 de julio. Disponible en: http://www.el-nacional.com/wwww/site/p_contenido.php?q=nodo/224408/Mundo/Gobierno-uruguayo-apoya-debate-sobre-la-legalizaci%C3%B3ndel-cultivo-de-marihuana [consulta, enero 2012].
- Diario *Página 12* (2011a). “Otra víctima de la ley de estupefacientes”, 12 de febrero. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-162213-2011-02-12.html> [consulta, octubre de 2011].
- Diario *Página 12* (2011b). “Militante detenido”, 24 de abril. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-166896-2011-04-24.html> [consulta, enero de 2012].

- Diario *Página 12* (2011c). “Una condena más que alucinante”, 5 de mayo. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168076-2011-05-13.html> [consulta, enero 2012].
- Diario *Pilar a Diario* (2011). “Arresto domiciliario par a el joven condenado por cultivar marihuana”, 24 de mayo. Disponible en: <http://www.pilaradiario.com/?m=nota&id=10584> [consulta, enero 2012].
- Diario *Tiempo Argentino* (2011a). “Un arresto reaviva el debate por la despenalización de la marihuana”, 21 de abril. Disponible en: <http://tiempo.infonews.com/notas/arresto-reaviva-debate-despenalizacionde-marihuana> [consulta, enero 2012].
- Diario *Tiempo Argentino* (2011b). “Liberan al joven detenido por cultivar marihuana”, 1º de mayo.
- Revista *THC* (2011). “Del lado de adentro”, N° 45, noviembre.

Desproporcionalidad en el sistema penal antidrogas boliviano

Rose Marie Achá

I. Introducción II. La política en materia de drogas III. Proporcionalidad abstracta: la determinación de las penas.- Antecedentes de la Ley 1008.- La Ley 1008.- Evolución histórica de las penas.- Proyecto de ley de Sustancias Controladas y Delitos Conexos.- IV. Proporcionalidad concreta: la aplicación de las penas.- Resultados de la aplicación de la Ley 1008.- La detención preventiva.- El impacto sobre los niños y niñas.- V. Conclusiones VI. Bibliografía

I. Introducción

De acuerdo con el último Censo Nacional de Población y Vivienda, realizado el año 2001; Bolivia contaba, ese año, con 8.274.325 habitantes; 4.123.850 hombres y 4.150.475 mujeres. De ese número, el 58.6% de la población boliviana estaba en situación de pobreza, considerada a partir de las necesidades básicas insatisfechas (con bajos niveles de educación; inadecuada atención en salud; residentes en viviendas que no reúnen las condiciones apropiadas, carecen o presentan inadecuación de servicios de agua y saneamiento); mientras que la población no pobre representaba el 41.4% de los habitantes del país.

En el año 2008, según la información oficial registrada por la Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas (UDAPE), la pobreza medida a través del ingreso laboral per cápita de los hogares mostró que en los centros urbanos del país, el 60% de la población vive en situación de pobreza, mientras que el 32% está expuesta a la pobreza extrema o indigencia cuyos ingresos no les alcanzan para los gastos de alimentación. La situación de los ingresos se evidenciaba más crítica en las áreas rurales, con un 74% en condición de pobreza y un 53% en condición de indigencia.

Sin embargo, según datos del Programa País 2010-2015, en los últimos años hubo algunas mejoras en la economía boliviana y en la implementación de políticas sociales. El Programa País 2010-2015 señala que la tasa de crecimiento anual promedio del PIB fue de 4.8% en el período comprendido entre 2006 a 2009, la inflación fue de 0,3%, y el superávit fiscal de 2.5% respecto al PIB. Por otra parte, Bolivia ha sido declarada, con el aval de la UNESCO, como tercer país de la región libre del analfabetismo. Se han reducido las brechas de género en la educación primaria y los índices de mortalidad infantil y materna; asimismo, la cobertura de los servicios de

saneamiento básico se ha extendido hacia poblaciones del área rural. Además de ello, se han logrado avances a nivel normativo, con la promulgación de nuevas leyes con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia en forma más ágil y oportuna.

En este contexto, una de las problemáticas más serias de vulneración de los derechos de la población, en cuanto a la administración de justicia, es la referida al funcionamiento del sistema penal, que contiene la carga represiva y de violencia institucional que son propias de la política contra el narcotráfico y los programas de Seguridad Ciudadana. En Bolivia, “el tema de las drogas fue un vehículo para la continuación o el relanzamiento modificado de importantes elementos de modelos de seguridad, esencialmente autoritarios, y generalmente vinculados a la promoción y/o defensa de determinados intereses de élites nacionales e internacionales”¹.

En esa línea, ha merecido especial atención la aplicación de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley 1008), promulgada el año 1988, como expresión del enfoque de “mano dura” que se fortaleció las últimas dos décadas, siguiendo el supuesto de que el éxito en el control del delito se basa en la drasticidad de la respuesta penal sobre determinados sectores de la población.

El presente estudio se enmarca en la política criminal en materia de drogas que sigue el Estado boliviano, cuya expresión es la vigencia de la Ley 1008, evaluando el cumplimiento del principio de proporcionalidad. Se trata de establecer si la respuesta del sistema penal con el fin de proteger la salud de la población guarda proporcionalidad con el daño causado por la problemática de las drogas.

El principio de proporcionalidad en materia penal, que es fundamental para el ejercicio de la justicia; se afirmó en la etapa de la Ilustración a raíz del movimiento por la humanización de las penas que tuvo su pináculo durante el siglo XVIII. La aplicación del principio de proporcionalidad tiene el propósito de limitar el ejercicio del *ius puniendi*, restringiendo la intervención punitiva del Estado solamente para aquello que sea necesario y razonable a fin de lograr objetivos constitucionalmente válidos y socialmente aceptados.

“El principio de proporcionalidad es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano”².

¹ Roncken, Theo “Bolivia: seguridad pública y vivir bien”, Grupo de Trabajo “Seguridad en Democracia”, CLACSO, 2011

² GARCÍA FALCONÍ, José, “La proporcionalidad o dosimetría de las penas”, en Revista Judicial Ecuador, marzo de 2012.

Siendo el fin la prohibición de excesos, el principio de proporcionalidad penal hace parte integrante de la vigencia del principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de Derecho. Si bien la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia no declara taxativamente la obligatoriedad del cumplimiento del principio de proporcionalidad penal, por la naturaleza limitante del *ius puniendi* se entiende que dicho principio se halla adscrito a los principios, derechos y garantías establecidos en el texto constitucional.

Para su operatividad, el principio de proporcionalidad requiere de la aplicación de tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El sub principio de idoneidad exige que la intervención del Derecho Penal, tanto a nivel del legislador como del juez, sea adecuada para contribuir al logro del objetivo. “El juez debe adelantar siempre una ponderación entre medios y fines. El sub principio opera, en la práctica, como un criterio de carácter empírico para verificar si la medida estatal decidida, y que ejerce un impacto en el derecho fundamental, es o no apropiada para alcanzar el fin previsto. La conexión medio-fin no puede ser establecida sin un criterio basado en la adecuación”³.

El sub principio de necesidad obliga a realizar previamente dos constataciones: que el bien jurídico protegido tenga la relevancia suficiente para justificar una restricción de derechos, y que una medida determinada, y no otra menos restrictiva, sea necesaria para proteger el bien jurídico que se trate. “Es un juicio acerca de la existencia de alternativas portadoras de una menor repercusión lesiva para conseguir la misma finalidad. Este principio, denominado también como el de la alternativa menos gravosa, permite al legislador optar por aquellos medios que permitan conseguir el mismo fin sin restringir los derechos fundamentales, o bien, afectándolos en menor medida”⁴.

La proporcionalidad en sentido estricto, por su parte, exige que la ley establezca penas que sean necesarias y proporcionales con la gravedad del delito, con la conducta y con las demás normas penales que protegen otros bienes jurídicos. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica una vez aceptada la idoneidad y la necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá

3 DÍAZ GARCÍA, Alexander, “El juez de control de garantía frente al tratamiento de datos personales”, U.S. Department of Justice Criminal Division International Criminal Investigation and Training Program (ICITAP))

4 FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena, en Revista *Ius et Praxis* - año 14 N° 2, 2008.

considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad”⁵. El presente estudio considerará los siguientes dos ámbitos o dimensiones:

La **proporcionalidad abstracta**, referida a la parte general de determinación de las penas, que corresponde a la etapa legislativa. En ese marco, se tomaron en cuenta la existencia de las siguientes normas y textos: la Ley de Estupefacientes aprobada el 10 de enero de 1962, la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas, el proyecto de ley de Sustancias Controladas y Delitos Conexos, y el Código Penal boliviano.

La **proporcionalidad concreta** que corresponde a la aplicación de las penas por parte de los jueces o tribunales, en la etapa de individualización judicial. En ese marco, se consideraron los datos existentes sobre la aplicación de las leyes en las diferentes etapas del procedimiento, desde la detención de sospechosos hasta la ejecución de las penas.

II. La política en materia de drogas

Desde el mes de enero de 2006, cuando Evo Morales Ayma asumió la Presidencia de Bolivia, se avivaron las expectativas por transitar el anunciado proceso de cambio, que transforme un Estado colonial en un Estado plurinacional apoyado por los movimientos sociales, con una reforma de las instituciones y nuevas relaciones sociales. Una de esas expectativas estaba relacionada con los cambios en la orientación de la política antidroga. Desde el restablecimiento de la democracia a inicios de la década de 1980, los diferentes gobiernos habían adoptado una política guerrerista en materia de drogas, siguiendo las imposiciones y presiones del gobierno norteamericano, con consecuencias altamente negativas reflejadas en el aumento de los conflictos, la promoción de soluciones represivas a los problemas vinculados con las drogas y un alto índice de violaciones a los Derechos Humanos de diversos sectores de la población.

Después de las décadas de dictadura militar, se instaló el primer gobierno democrático a la cabeza de Hernán Siles Suazo (1982-1985) en un contexto de alarma debido a las informaciones sobre el involucramiento de jefes militares en el narcotráfico y la existencia de mafias en el Oriente del país. “El Gobierno reorganizó todo el sistema de política antidrogas en base a convenios y acuerdos con el Gobierno en Bolivia de los Estados Unidos, y el apoyo de las Naciones Unidas. Así se empezó a producir una política que combinaba la dimensión jurídico legal, la interdicción y represión, y las

⁵ YENISSEY ROJAS, Ivonne, “El principio de proporcionalidad”, en *Revista Iter Criminis* N° 3 México, 2008.

acciones de desarrollo⁶. Se declaró zona militar la región de cultivo de coca del Chapare, en el Departamento de Cochabamba, bajo responsabilidad de las Fuerzas Armadas de la nación cooperadas con la Policía Nacional.

Posteriormente, el gobierno de Víctor Paz Estenssoro (1985-1989) puso en marcha el “Plan trienal de política contra el narcotráfico”, enmarcado en la política antidrogas de Estados Unidos. El plan disponía la interdicción y erradicación de coca excedentaria, siendo sus principales objetivos: 1) reducir el precio de la coca; 2) erradicación forzosa de cultivos ilegales, 3) evitar nuevas áreas de producción. También se conoció en esta etapa la llegada de militares norteamericanos para dirigir las tareas de erradicación de cultivos de coca en la zona del Chapare.

El Plan Trienal se aplicó pese a la oposición de los campesinos cultivadores de hoja de coca que realizaron varias movilizaciones exigiendo que el tratamiento de la coca se separe del referido a los estupefacientes, las protestas dieron como resultado la muerte y detención de varios campesinos, así como acuerdos con el gobierno que nunca fueron cumplidos por este último.

Al contrario, en julio de 1988 se promulgó la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley 1008) bajo fuerte presión de los Estados Unidos. La Ley criminalizó la hoja de coca y puso en vigencia normas violatorias de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política del Estado, provocando un incremento en la violencia institucional (se conocieron muchos casos de torturas y detenciones indebidas) así como la multiplicación del número de personas en las cárceles del país.

En el gobierno de Jaime Paz Zamora (1989-1993) se suscribió el denominado Anexo III, en mayo de 1990, mediante el cual Estados Unidos se comprometió a dar una amplio apoyo económico a las Fuerzas Armadas de Bolivia para enfrentar la política contra las drogas. Sin embargo, la ayuda norteamericana no sólo fue económica sino también militar, técnica, de asesoramiento y de control al personal boliviano.

Fue el gobierno de Hugo Banzer Suarez (1997-2001) el que más impulso le dio a la política antidroga a cambio de mayor cooperación económica norteamericana. Se implementó el Plan Dignidad, que constaba de cuatro pilares: desarrollo alternativo, prevención, interdicción y erradicación. Se propuso la erradicación de 38.000 hectáreas de coca excedentaria. Para cumplir con este objetivo se creó la Fuerza de Tarea Conjunta, integrada por militares y policías. Posteriormente, el gobierno de Carlos Mesa (2003-2005) accedió a la revisión de las políticas de drogas firmando un convenio con los cultivadores de coca de la región del Chapare para implementar una serie de reformas, entre ellas la autorización del cultivo de un cato (unos 1.600 metros cuadrados) de coca por familia sindicalizada dentro de los territorios de las seis federaciones campesinas de esa región, logrando reducir el nivel del conflicto.

6 LASERNA, Roberto, “El fracaso del prohibicionismo”.

El gobierno de Evo Morales, que se encuentra en funciones desde enero de 2006, anunció la modificación de las políticas difundiendo el *slogan* “Coca sí, Cocaína no”. Se puso en marcha un proceso de nacionalización de la política contra el narcotráfico, que implica una definición soberana de las estrategias sectoriales y la asignación de recursos del Tesoro General de la Nación, y nuevas relaciones de cooperación antidrogas. Este proceso de nacionalización es implementado por el Consejo Nacional de Política contra el Tráfico Ilícito de Drogas (CONALTID) autoridad máxima que coordina las políticas nacionales antidrogas, está compuesto por el Presidente de la República y diferentes Ministros.

En ese marco, el actual gobierno presentó su Estrategia de Política contra el Narcotráfico y de Revalorización de la Hoja de Coca 2007 – 2010 con los siguientes lineamientos: 1) La ejecución de medidas de control e interdicción (sustancias controladas, bienes incautados y control de lavado de dinero), 2) Un sistema de prevención y tratamiento y reinserción social, y 3) La revaloración de la hoja de coca. El texto de la Estrategia señalaba que los estudios realizados sobre la producción de hoja de coca en el país muestran que la misma alcanza a 13.400 hectáreas cultivadas, que potencialmente puede ser desviadas al narcotráfico, lo que a nivel mundial se traduce sólo en el 8,4%², lo que expresaría el modesto significado de Bolivia en la producción potencial mundial de cocaína.

En la línea de nacionalizar la política antidrogas, en noviembre de 2008, el gobierno expulsó a la agencia antinarcóticos de Estados Unidos (DEA, por sus siglas en inglés) a la que acusó de haberse inmiscuido en la política interna, dando un mensaje claro de no injerencia. La DEA apoyaba en tareas de inteligencia, y su expulsión fue criticada por varios sectores del país en el entendido de que iba a reducir la capacidad del Estado de enfrentar el narcotráfico.

En la línea de revalorizar la hoja de coca, en 2010 se creó el Consejo Nacional de Revalorización, Producción, Comercialización e Industrialización de la Hoja de Coca (CONCOCA)⁷, compuesto por el Presidente y varios Ministros, máximo organismo para la definición y ejecución de las políticas que se dirigen a la revalorización, industrialización y comercialización de la hoja de coca.

Asimismo, en julio de 2011 el gobierno de Evo Morales notificó a la Organización de Naciones Unidas (ONU) su retiro de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, a partir del 1° de enero de 2012, en vista de que debía conciliar la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, aprobada en 2009, con sus obligaciones adquiridas en el plano internacional, anunciando que volverá a adherirse con una reserva respecto de la hoja de coca y sus usos tradicionales, culturales y medicinales. La Constitución da un margen de cuatro años para

⁷ Decreto Supremo 0649 de 29 de septiembre de 2010

que el gobierno renegocie los tratados internacionales que puedan ser contrarios a la Constitución.

En cuanto a la interdicción al narcotráfico, la Estrategia de Política contra el Narcotráfico apuntaba a aumentar la eficiencia de los organismos policiales, y dotarlos de más y mejores equipos para que puedan reducir significativamente la producción y exportación ilegales de cocaína, controlar el lavado de dinero y dar mayor transparencia al uso de los bienes incautados. En febrero de 2011, un hecho mostró los niveles a los que alcanza la corrupción en los organismos policiales. El general retirado René Sanabria Oropeza, Director del Centro de Inteligencia y Generación de Información (Cigein), organismo creado por el gobierno para suplir el trabajo que hacía la DEA, fue detenido en Panamá por cargos de narcotráfico y juzgado en Estados Unidos. Conocido como “el mejor alumno de la DEA”, René Sanabria ocupó el cargo de director de la Fuerza Especial de Política Contra el Narcotráfico durante el gobierno de Evo Morales, gestiones 2007 y 2008, antes de ser nombrado para dirigir las labores de inteligencia. Recibió una condena de un tribunal de Florida por 14 años y 9 meses de prisión.

El 7 de noviembre del 2011, Bolivia y Estados Unidos firmaron el “Convenio Marco de Relaciones Bilaterales de Mutuo Respeto” que posibilita a ambos Estados retomar las relaciones quebrantadas en 2008. A inicios del año 2012, el CONALTID aprobó la “Nueva Estrategia de Política Contra el Narcotráfico y Reducción de Cultivos Excedentarios de Coca 2011 - 2015”, que tiene los siguientes tres pilares: la reducción de la oferta, la reducción de la demanda y la reducción de los cultivos excedentarios de coca.

A diferencia de la Estrategia 2007 – 2010, el nuevo documento ya no menciona la revalorización de la hoja de coca en el título ni como uno de los pilares. Cabe señalar que, según datos de la Fuerza de Tarea Conjunta, de 2006 a 2012 se erradicaron 40.007 hectáreas en forma concertada, y 5.163 forzosamente, llegando a un total de 45.170 hectáreas en poco más de seis años⁸.

En ese contexto se lleva a cabo la actual política antidroga. A nivel de la institucionalidad, el Ministerio de Gobierno se mantiene a cargo de la operatividad de la política, a través del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas. Dependiente de este organismo actúan la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN) y los diferentes órganos de investigación que la componen, así como la Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados. Asimismo, continúa la participación militar a través de la Fuerza de Tarea Conjunta.

El sistema de administración de justicia penal está conformado por el Ministerio Público (60 fiscales de Sustancias Controladas) y el Poder Judicial (los jueces y tribunales de sentencia), además de la Dirección General de Régimen Penitenciario.

⁸ <http://www.eabolivia.com/seguridad/13410-erradicacion-de-coca-en-bolivia-pasa-de-3-mil-hectareas-en-2012.html>

III. Proporcionalidad abstracta: la determinación de las penas

“La proporcionalidad abstracta es fruto de un complejo análisis político- criminal y técnico que le corresponde en exclusiva al legislador y que, por consiguiente, no se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento. Con carácter general, podemos afirmar que se exige que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto, resultando fundamental la gravedad intrínseca del hecho, es decir, el desvalor de acción y desvalor de resultado. Entre los criterios que se deben tener presentes, se apuntan entre otros: la importancia del bien jurídico; el grado de ofensa al bien jurídico protegido; elemento subjetivo del desvalor de acción; la trascendencia o nocividad social del hecho delictivo; el grado de ejecución; el grado de participación”.⁹

A partir de estos criterios, cabe indagar si los legisladores que aprobaron la Ley 1008, en junio de 1988, observaron los requisitos de cumplimiento del principio de proporcionalidad, al momento de la tipificación de los delitos y la determinación de las penas. Para esta identificación, tomamos como primer parámetro los límites constitucionales. La Constitución Política del Estado vigente en Bolivia durante la aprobación de la Ley 1008 establecía una escala de penas, cuyo máximo son 30 años de privación de libertad. La actual Constitución Política del Estado Plurinacional, vigente desde 2009, en su artículo 119 indica el mismo límite máximo para la determinación de las penas.

Siguiendo la regla constitucional, la legislación penal boliviana estableció esa pena máxima para el asesinato u homicidio agravado, por las agravantes con las que se lesiona el bien jurídico más importante que es el derecho a la vida. En materia de drogas, se tipificaron otros delitos con sus correspondientes penas, en el marco del funcionamiento del sistema penal antidrogas.

Antecedentes de la Ley 1008

Antes de la promulgación de la Ley 1008, se encontraba en vigencia en Bolivia la Ley de Estupefacientes aprobada el 10 de enero de 1962. En la década de 1960 comenzaron a tomar mayor espacio en la prensa boliviana las informaciones sobre producción y tráfico de drogas ilegales, y en 1961 la Organización de Naciones Unidas emitió la Convención Única sobre Estupefacientes, es en ese contexto que se aprobó la primera ley antidroga del país.

⁹ GONZÁLEZ MORALES, Wils Anselmo, “El principio de proporcionalidad: Aproximación a su contenido en el Derecho Penal”, en *Revista Jurídica de Análisis e Investigación del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, Año VII N° 5, Perú.

De acuerdo con Roger Pando, ex-Subsecretario del Ministerio de Justicia, “la Ley del 10 de enero de 1962 es el primer antecedente histórico de la Ley 1008, pues determina tipos penales, configura el delito de tráfico de estupefacientes y establece penas y medidas de seguridad diferentes de las existentes en el Código Penal. Esta norma tuvo vigencia durante algo más de 10 años y solo fue derogada cuando en 1973, las comisiones constituidas años atrás para la modernización de las leyes comenzaron a publicar sus trabajos; uno de estos, da origen al DL 11245 de 20 de diciembre de 1973, que se constituye en el primer antecedente del capítulo referido al régimen de la coca en la Ley 1008; de acuerdo con la corriente iniciada por la ley de 1962, se criminaliza conductas humanas como la siembra de hoja de coca, la tenencia, el suministro, el transporte, el tráfico, la administración y el suministro de estupefacientes y establece además penas severas y limitantes en el Código Penal y su procedimiento, tales como la prohibición en beneficio de libertad provisional, la inadmisibilidad de excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; no reconoce fueros especiales y prohíbe el indulto y la rebaja de la pena”¹⁰

La Ley 1008

La Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley 1008), aprobada el año 1988 bajo fuerte presión del gobierno de Estados Unidos a través del mecanismo de la “certificación” anual del país, se caracterizó por expresar la drasticidad de la denominada “guerra contra las drogas”, con enfoque en el cultivo y producción de hoja de coca, y un incremento de la represión penal y la violencia institucional.

La Ley 1008 no solamente es una norma penal especial, sino que legisla sobre varias áreas y materias, de orden agrario, económico, de relaciones internacionales, y otras. En cuanto a la parte penal, en su Título III, denominado De los Delitos y De las Penas, la Ley 1008 tipifica 28 delitos, desde el cultivo de plantas de hoja de coca hasta la importación de sustancias controladas, a través de tipos penales abiertos (que permiten penalizar conductas de cualquier tipo de gravedad) con penas altas en comparación a los denominados “delitos comunes” establecidos en el Código Penal y otras leyes, tal como se observará a continuación.

Otra característica de norma excesivamente severa que alcanzó la Ley 1008, se debió a su parte procedimental. En el Título IV, la Ley establecía disposiciones abiertamente violatorias de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, y por consiguiente del debido proceso, que la convirtieron en una norma claramente contraria a la Constitución Política del Estado, pese a lo cual se mantuvo en vigencia.

¹⁰ HERRERA AÑEZ, Williams, “La despenalización del narcotráfico”. Fragmentos seleccionados. (Continuación de Casi Nada N°12) Bolivia, mayo de 2008

Se mencionan como ejemplo las siguientes disposiciones de esta Ley:

Artículo 109º.- En procesos sobre sustancias controladas no procede el beneficio de la libertad provisional.

Artículo 121º.- Recursos: Las sentencias serán obligatoriamente consultadas ante la Corte Superior, sin perjuicio de que sean apeladas. Los Autos de Vista serán obligatoriamente revisados por la Corte Suprema, sin perjuicio de que sean recurridos por las partes. El Fiscal apelará y recurrirá de nulidad obligatoriamente, siempre que la Sentencia o Auto de Vista fuere de absolución o declaratoria de inocencia o se hubiere impuesto una pena inferior a la de su requerimiento, bajo responsabilidad por incumplimiento de deberes.

Estos artículos, que desconocían principios constitucionales en la etapa del procedimiento, fueron derogados por la Ley de Fianza Juratoria de 1995 y posteriormente por el Código de Procedimiento Penal de 2001 que dejó sin efecto la parte procedimental establecida en la Ley 1008. Sin embargo, queda vigente hasta la fecha la parte de la Ley 1008 correspondiente a la tipificación de los delitos y la determinación de las penas, sobre cuya base se procesa y encarcela a quienes ingresan al sistema penal antidrogas, así como el Régimen de la Coca y otros temas que no son de procedimiento.

Evolución histórica de las penas

A fin de identificar si las penas establecidas en la Ley 1008 guardan proporcionalidad con el daño causado, se puede realizar una comparación con las penas establecidas para los delitos tipificados en el Código Penal boliviano, en un determinado periodo de tiempo. Un parámetro para realizar este análisis es la diferenciación entre delitos de peligro y delitos de lesión.

Los delitos tipificados en la Ley 1008 como el tráfico, transporte y fabricación de sustancias controladas pertenecen a la categoría de delitos de peligro, ya que no lesionan un bien jurídico sino que lo ponen en riesgo. Son delitos tipificados para proteger el derecho a la salud, anticipándose a su lesión efectiva, por tanto, no tienen una víctima inmediata. Las condiciones de peligrosidad de este tipo de conductas son expuestas por Mario Eduardo Corigliano: “a) La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y b). El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado”¹¹.

Los delitos de lesión son aquellos de daño efectivo, cuya comisión provoca la lesión efectiva de un bien jurídico, y por tanto tienen una víctima inmediata e individualizada,

¹¹ Corigliano, Mario Eduardo, “Delitos de peligro: Hacia una definición político-criminal y sistemática” *www.derechopenalonline.com*

como por ejemplo los delitos de homicidio, violación y robo, tipificados por el Código Penal boliviano. Para el análisis de proporcionalidad, se puede comparar la evolución histórica de los montos de las penas de privación de libertad para estos tres delitos y para los delitos vinculados al narcotráfico.

El Código Penal actualmente vigente es el texto ordenado aprobado por el Decreto Supremo 0667 de 8 de octubre de 2010, que incorpora las reformas a la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997. En el momento de la aprobación de la Ley 1008, el año 1988, se encontraba vigente el Código Penal aprobado por Decreto Ley 10426 de 23 de Agosto de 1972. Y el año 1962, cuando se aprobada la primera Ley de Estupeficientes, Ley 171, se encontraba vigente el Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834, que pese a haberse promulgado desde los inicios de la vida republicana, se aplicó (con algunas reformas) hasta el año 1973. El primer momento de la comparación es el de la aprobación de la Ley de Estupeficientes, el año 1962, que fue la primera ley boliviana en tipificar delitos de narcotráfico.

Tabla comparativa entre los montos de penas para 1962

Código Penal vigente en 1962		Ley de Estupeficientes de 1962	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
Homicidio ¹²	20 años	Comercio o suministro de estupeficientes. ¹³	3 a 10 años
Violación ¹⁴	5 a 15 años	Elaboración completa o incompleta de estupeficientes.	3 a 10 años
Robo ¹⁵	1 a 8 años	Posesión de estupeficientes sin justificar su obtención legal.	3 a 5 años

El segundo momento de la comparación corresponde a 1988, año que se promulgó la Ley 1008, que actualmente permanece vigente. Se compararán los montos

12 El Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834 establecía la pena de muerte para el delito de homicidio; sin embargo, la Constitución Política del Estado aprobada el 26 de octubre de 1839 eliminó la pena de muerte para este delito (manteniéndola para el asesinato, el parricidio y la traición a la patria). A raíz de ello, la ley del 3 de noviembre de 1840 estableció una pena fija de 10 años de presidio para el delito de homicidio, esta pena fue modificada poco tiempo después por la Ley del 31 de diciembre de 1840 que estableció la pena de 20 años de presidio para el homicidio. En el año 1962, que se compara en el cuadro, seguía vigente el Código Penal Santa Cruz aunque con las modificaciones señaladas.

13 El tipo penal definido en el artículo 2 de la Ley 171 incluye tanto las conductas de comercio como de elaboración de estupeficientes.

14 En el Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834, no existe un tipo penal denominado específicamente violación ni se utiliza el término acceso carnal; sin embargo, se tipifican delitos de abuso deshonesto y violento en varios artículos del título: De los delitos contra las buenas costumbres. A partir de ello, se toma un parámetro de pena.

15 Artículo 607 del Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834

de las penas de los delitos tipificados en esta ley, con los montos de las penas establecidas para los tres delitos tipificados en el Código Penal, en su versión actualizada para 1988.

Tabla comparativa de los montos de penas para 1988

Código Penal vigente en 1988 ¹⁶		Ley de Sustancias Controladas de 1988 (Ley 1008)	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
Homicidio	1 a 10 años	Tráfico	10 a 25 años
Violación	4 a 10 años	Fabricación	5 a 15 años Para “pisacocas” presidio de uno a dos años si colaboran para la captura de los propietarios de la fábrica.
Robo	1 a 5 años	Transporte de sustancias controladas	8 a 12 años

El tercer momento de la comparación corresponde a los montos de las penas en la actualidad, considerando la versión actualizada a 2012.

Tabla comparativa de los montos de penas en la actualidad

Código Penal vigente en 2012 ¹⁷		Ley 1008 vigentes en 2012	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
Homicidio	5 a 20 años	Tráfico	10 a 25 años
Violación	5 a 15 años	Fabricación	5 a 15 años Para “pisacocas” presidio de uno a dos años si colaboran para la captura de los propietarios de la fábrica.
Robo	1 a 5 años	Transporte de sustancias controladas	8 a 12 años

La evolución de las penas de los delitos de narcotráfico y las penas de los otros delitos comparados muestra la tendencia punitiva de la legislación antidroga.

¹⁶ Código Penal del 23 de Agosto de 1972 (con vigencia desde el 5 de Agosto de 1973) en su versión actualizada para 1988.

¹⁷ El Código Penal actualmente vigente es el texto ordenado aprobado por el Decreto Supremo 0667 de 8 de octubre de 2010, que incorpora las reformas a la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997.

El delito de homicidio protege el derecho a la vida, de cuyo ejercicio dependen los demás derechos, su resultado es la lesión total del bien jurídico (la pérdida de una vida), y por tanto tiene una víctima inmediata e individualizada. Sin embargo, tiene una pena menor que el delito de tráfico de drogas, que es un delito sin víctima inmediata ya que no lesiona sino pone en peligro el bien jurídico salud, derecho de menor jerarquía en comparación al derecho a la vida.

Considerando las otras unidades de comparación, la violación sexual y el robo (apoderamiento de una cosa ajena mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas), se observa la misma diferencia entre las penas que se asigna a su comisión, siendo que también se trata de delitos violentos de daño efectivo.

Resulta evidente que la gravedad que se le atribuye al delito de tráfico de drogas en la legislación antidroga no proviene del contenido de la conducta lesiva, sino de otros criterios de tipo político, social, cultural o económico externos a la misma.

Proyecto de ley de Sustancias Controladas y Delitos Conexos

Una revisión del proyecto de ley que modificará las disposiciones de la Ley 1008 permite ver la tendencia actual en cuanto al cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad.

El proyecto de ley de sustancias controladas y delitos conexos, elaborado por el gobierno boliviano para sustituir a la Ley 1008, se encuentra en la Asamblea Legislativa para ser tratado, según información de prensa, en este año 2012, aunque aún no se ha difundido su versión oficial.

Este proyecto de nueva ley antidroga, que no contiene disposiciones relativas al Régimen de la Coca, ya que las mismas serán motivo de otra ley específica, sí contiene una definición de delitos y penas y otros aspectos vinculados al funcionamiento de la política contra las drogas.

La Exposición de Motivos del proyecto de ley, en su versión de noviembre de 2011, muestra ya un tinte simplificador y represivo, al incluir varias de las expresiones estereotipadas que han sustentado la visión guerrerista de la política contra las drogas, como por ejemplo: “la demanda interna de drogas ha penetrado a todos los sectores de la población”, frases más propias de las campañas electorales que no sustenten la necesidad de una nueva norma legal. También indica que al año 2005 había en el país unas 169.000 personas consumidoras de drogas, sin especificar si se refiere a consumo esporádico, ocasional o drogodependencia. Señala también, a modo de denuncia, que en las “celdas del Régimen Penitenciario” se encuentran las personas más vulnerables y los consumidores que se dedican al micro-tráfico.

Algunos miembros de la Asamblea Legislativa se han referido, a través de los medios de comunicación, a los cambios positivos que traerá el proyecto de ley cuando sea aprobado. Uno de ellos es la nueva tipificación de delitos que modificará los tipos penales abiertos de la Ley 1008, por ejemplo el proyecto contiene diferenciaciones en la cantidad y tipo de droga para tipificar un delito y establecer la pena que corresponde.

Para comprender la nueva tipificación, a continuación se muestra la evolución cronológica de las penas, comparando la Ley 1008 con el proyecto de nueva ley de sustancias controladas.

Evolución cronológica de las penas en el marco de la política antidroga

Ley 1008 (vigente)		Proyecto de Ley	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
Tráfico	10 a 25 años	Comercialización (con dominio funcional) ¹⁸	16 a 25 años
		Comercialización (sin dominio funcional) ¹⁹	10 a 15 años
Fabricación	5 a 15 años	Refinación	15 a 25 años
		Fabricación	10 a 15 años
Transporte	8 a 12 años	Transporte (con dominio funcional)	15 a 20 años
		Transporte (sin dominio funcional)	8 a 12 años
Administración de sustancias controladas	10 a 15 años	Administración Ilícita	10 a 15 años

Si bien se trata de superar los tipos penales abiertos, tipificando diferentes conductas con diferentes montos de penas, hay aspectos que merecen una revisión. El proyecto de ley incluye un delito no existente en la Ley 1008, se trata del microtráfico, al que se le pretende asignar una pena de 4 a 8 años de privación de libertad

La actual Ley 1008 no establece la cantidad mínima de droga para que una persona sea procesada por el delito de tráfico, que tiene como pena de 10 a 25 años de privación de libertad. Por tanto, en la práctica ha sucedido que personas que portan

¹⁸ De acuerdo con el proyecto de ley, la persona que tiene el dominio funcional es aquella que a título de dueña de la sustancia controlada o de responsable del cumplimiento de la actividad ilícita tiene el dominio de la comisión del acto ilícito realizado por terceras personas.

¹⁹ El proyecto de ley define la refinación como el proceso de purificación y optimización de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas controladas.

sobres conteniendo gramos de pasta base sean juzgadas por tráfico, si los médicos especialistas han dictaminado que no se trata de consumidores habituales o que la cantidad es mayor a la requerida para consumo personal. Esos casos pueden ser asumidos como venta de drogas y la persona, aunque haya sido encontrada con 12 gramos de pasta base, pasa a ser juzgada por tráfico y sentenciada a la pena mínima que es 10 años de privación de libertad.

El nuevo delito de micro-tráfico superaría la desproporción en la aplicación de penas producida por los tipos penales abiertos de la Ley 1008; sin embargo, mantiene aún el riesgo de encarcelar entre 4 a 8 años a personas consumidoras de drogas, que según el proyecto deberían ser remitidas a programas de rehabilitación.

El proyecto de ley indica que micro-traficante será aquél que trafique con menos de 50 gramos de pasta base o de cocaína. No indica la cantidad mínima que diferenciaría entre la tenencia para consumo personal y la comisión del delito de micro-tráfico, ya que la misma será determinada por dos especialistas de un instituto de farmacodependencia público. Si bien el dictamen médico indicará si la cantidad de droga corresponde a la dosis personal, es usual que consumidores habituales vendan pocos gramos, envueltos en sobres, guardando una pequeña parte para su consumo personal. A ellos se les sancionará con penas de 8 años de cárcel, lo que va a aumentar el número de consumidores presos en las cárceles, en lugar de disminuir. Si un consumidor habitual de drogas puede ser remitido a una cárcel, a falta de otra política que permita evitar los actos motivados para mantener el consumo, entonces se sigue en el camino represivo utilizando al Derecho Penal para resolver los problemas sociales.

En la temática vinculada al consumo de drogas, el proyecto en su artículo 31 señala que el consumidor que fuere encontrado en posesión de estupefacientes y/o sustancias sicotrópicas en dosis mínimas, que se supone son para su consumo personal inmediato, *será sancionado con la medida de seguridad* de sometimiento a programas de tratamiento y rehabilitación integral dependientes de la Dirección Nacional de Prevención Integral y Tratamiento y Rehabilitación del Drogodependiente (DINA-PRED).

Esta disposición es similar a la contenida en la actual Ley 1008, por similitudes en enfoque. La sanción que impone al considerado consumidor, es decir la medida de seguridad “no es la consecuencia de la “mala acción” o delito, sino del estado peligroso del autor y se dirige tanto a imputables como a inimputables”²⁰. A partir de ese criterio de peligrosidad, se imponen las medidas de seguridad con fines de prevención y utilidad social.

20 Escuela Nacional de la Judicatura “Teoría del delito”, Santo Domingo, República Dominicana, 2007.

Este enfoque parece ser el que rige el proyecto ya que el mismo, pese a tener la especificidad de una ley penal, incluye también disposiciones sobre temas referidos a la educación, prevención, tratamiento y rehabilitación de drogodependencias. Los temas de salud no deberían ser normados por una ley penal.

Se puede concluir que, en general, el proyecto de ley no muestra la posibilidad de cambios sustanciales en las tendencias punitivas, como se observa en las tablas comparativas y en la evolución histórica de los montos de las penas.

En ese sentido, es posible señalar que la tendencia en Bolivia en cuanto a la denominada política antidroga es aumentar las penas en narcotráfico con el criterio de que a penas más altas habrá mejores resultados de reducción del narcotráfico y del consumo.

Numerosos estudios en América Latina y el mundo constataron que las penas altas, sea para delitos de drogas u otros, no tienen el efecto disuasorio expuesto ni reducen los niveles delictivos ni la impunidad. Aquí caben las palabras de Fernando Gómez Recio, “con el delito de tráfico de drogas se ha producido un fenómeno peculiar en la historia del Derecho Penal contemporáneo, y es que mientras las penas previstas para los restantes tipos delictivos se han ido dulcificando en atención a principios de humanidad, justicia y reinserción social, las fijadas para el tráfico de estupefacientes sufren una exacerbación punitiva de la que puede aún no hayamos visto el final”²¹.

IV. Proporcionalidad concreta: la aplicación de las penas

A fines de realizar una aproximación al cumplimiento del principio de proporcionalidad en el momento de la aplicación de la ley, se consideraron los diferentes niveles del funcionamiento del sistema penal antidrogas en Bolivia, que forman parte de la acción punitiva estatal y están encargados de la aplicación de la Ley 1008. En esa línea, se hace una revisión de los resultados reportados de la interdicción al narcotráfico, tomando en cuenta datos y cifras correspondientes a los sectores policial, judicial y ejecutivo. Si bien los vacíos existentes en el registro y la difusión de datos no permiten tener una uniformidad en periodos ni en fuentes, una revisión de los datos y cifras a los que se puede acceder permite evaluar el grado de proporcionalidad de la actual política antidroga.

Uno de los pilares de la Estrategia de Política Contra el Narcotráfico y Reducción de Cultivos Excedentarios de Coca, para el periodo 2011-2015, es la reducción de

²¹ GÓMEZ RECIO, Fernando, “El delito de tráfico de drogas tras el 15/03, o la definitiva pérdida del sentido de la medida”, 2005, *www.noticiasjuridicas.com*

la oferta, la cual se cumpliría a través de cuatro programas: 1) interdicción, 2) control y fiscalización de sustancias químicas, 3) control de la legitimación de las ganancias ilícitas y delitos conexos y, 4) bienes incautados. Los mercados de drogas ilícitas en Bolivia, de acuerdo con las investigaciones del Centro Latinoamericano de Información Científica (CELIN), son dos: la cocaína y la marihuana. Ambas drogas de producción, tráfico y consumo en el país.

En cuanto a los fondos asignados para llevar adelante las tareas de interdicción, el Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas, Felipe Cáceres, señaló que para la gestión 2011 se tenía un presupuesto de 20.000.000 dólares americanos para la erradicación de cultivos de coca y la política contra el narcotráfico. No se ha encontrado mayor especificación sobre las fuentes de ese fondo, su disponibilidad y tampoco el detalle sobre la distribución en gastos.

Para la gestión 2012, el Viceministro Cáceres señaló que se cuenta con 20 millones de dólares provenientes del Tesoro General de la Nación y 11 millones de dólares provenientes de Estados Unidos, que son parte del acuerdo bilateral firmado el año pasado. Asimismo, mencionó un monto de 40 millones de euros provenientes de la Unión Europea para la política contra el narcotráfico hasta el 2014.²²

Resultados de la aplicación de la Ley 1008

Para el análisis, se toman en cuenta datos y cifras correspondientes al periodo comprendido entre 2005 y 2011, difundidas por el Viceministerio de Defensa Social, la Fuerza Especial de Política contra el Narcotráfico (FELCN), la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario y la Fiscalía General de la Nación, que proporcionan algunos indicadores de la operatividad del sistema penal antidrogas:

²² <http://eju.tv/2012/01/bolivia-cuenta-con-us-31-millones-para-politica-antidroga-temen-que-la-nas-de-eeuu-se-vaya-del-pas/>

Cantidad de droga incautada, según departamento y tipo de droga²³
(en kilogramos)

Descripción	2005	2006	2007	2008	2009(p)
Total Droga	46.019	139.444	441.612	1.141.475	1.964.304
Chuquisaca	441	10.088	3.700	635	41.079
La Paz	14.314	41.425	282.167	463.610	522.728
Cochabamba	6.906	32.137	121.946	623.400	1.146.639
Oruro	605	983	726	955	1.764
Potosí	299	692	1.521	261	415
Tarija	455	819	849	13.945	2.284
Santa Cruz	22.262	15.775	15.546	12.097	215.869
Beni	554	37.189	14.459	26.485	33.398
Pando	184	338	697	88	128
Cocaína Base	10.152	12.779	14.912	21.641	21.970
Chuquisaca	121	225	111	262	310
La Paz	1.971	2.532	3.004	4.481	4.286
Cochabamba	2.947	4.276	5.413	7.745	10.271
Oruro	472	581	682	953	1.675
Potosí	95	547	1.225	141	168
Tarija	433	605	718	644	352
Santa Cruz	3.721	3.299	2.686	6.734	4.493
Beni	209	386	375	594	350
Pando	184	328	697	88	64
Clorhidrato de Cocaína	1.309	1.309	2.923	7.246	4.922
Chuquisaca	0	0	161	243	7
La Paz	504	143	407	1.808	292
Cochabamba	221	79	236	84	332
Oruro	3	36	19	0	0
Potosí	18	0	0	0	0
Tarija	15	86	114	210	7
Santa Cruz	209	948	1.967	4.900	4.221
Beni	339	10	19	0	6
Pando	0	7	0	0	58
Marihuana	34.557	125.356	423.777	1.112.588	1.937.412
Chuquisaca	319	9.862	3.428	129	40.762
La Paz	11.840	38.749	278.756	457.321	518.150
Cochabamba	3.738	27.783	116.297	615.571	1.136.036
Oruro	129	366	24	2	89
Potosí	186	145	296	119	247
Tarija	7	128	18	13.090	1.925
Santa Cruz	18.333	11.528	10.894	464	207.155
Beni	7	36.793	14.065	25.891	33.042
Pando	0	2	0	0	5

²³ <http://www.ine.gob.bo/>

Para el 2010 y 2011, se tienen los siguientes datos de la Fiscalía General de la Nación y la FELCN²⁴, sobre incautaciones de cocaína y marihuana:

Incautaciones	Gestion 2010	Gestion 2011
Cocaína	39 toneladas	33,3 toneladas
Marihuana	1.000 toneladas	382 toneladas

La siguiente tabla muestra otro indicador referido a las personas detenidas entre 2005 y 2009 bajo la Ley 1008, que permite apreciar los cambios en el periodo.

Número de personas detenidas bajo cargos de la ley 1008 (1), según departamento y sexo²⁵

Descripción	2005	2006	2007	2008	2009(p)
BOLIVIA	4.154	4.198	3.619	3.525	3.220
Hombres	3.161	3.164	2.836	2.323	2.518
Mujeres	993	1.034	783	1.202	702
Chuquisaca	48	62	55	73	74
Hombres	37	52	49	52	64
Mujeres	11	10	6	21	10
La Paz	1.359	1.436	1.196	1.104	1.026
Hombres	1.025	1.080	926	750	784
Mujeres	334	356	270	354	242
Cochabamba	1.089	994	852	801	654
Hombres	866	772	683	532	494
Mujeres	223	222	169	269	160
Oruro	188	157	146	137	125
Hombres	137	129	121	116	112
Mujeres	51	28	25	21	13
Potosí	97	92	96	85	59
Hombres	70	76	80	61	51
Mujeres	27	16	16	24	8
Tarija	93	132	125	112	101
Hombres	71	113	101	73	74
Mujeres	22	19	24	39	27
Santa Cruz	1.049	1.079	982	929	935
Hombres	779	754	736	580	743
Mujeres	270	325	246	349	192
Beni	200	183	100	249	192
Hombres	155	142	84	140	151
Mujeres	45	41	16	109	41
Pando	31	63	67	35	54
Hombres	21	46	56	19	45
Mujeres	10	17	11	16	9

²⁴ <http://www.boylbolivia.com/Noticia.php?IdNoticia=56401>

²⁵ <http://www.ine.gob.bo/>

Las siguientes cifras de la FELCN muestran los delitos más frecuentes que dan lugar a las detenciones²⁶:

Número de personas detenidas por posesión de droga, por sexo

Descripción	2005	2006	2007	2008	2009(p)
BOLIVIA	951	837	998	807	654
Hombres	755	690	793	645	525
Mujeres	196	147	205	162	129

Número de personas detenidas por producción ilícita de droga, por sexo

Descripción	2005	2006	2007	2008	2009(p)
BOLIVIA	547	646	539	344	241
Hombres	506	568	496	297	210
Mujeres	41	78	43	47	31

Número de personas detenidas por tráfico ilícito de drogas, por sexo

Descripción	2005	2006	2007	2008	2009(p)
BOLIVIA	2.314	2.381	1.806	1.447	1.702
Hombres	1.694	1.714	1.349	1.051	1.306
Mujeres	620	667	457	396	396

En la siguiente tabla se muestran los números totales de personas privadas de libertad en las cárceles de Bolivia por delitos de narcotráfico, tipificados en la Ley 1008:

²⁶ Elaboración propia con los datos de la FELCN difundidos por el Instituto Nacional de Estadística.

Comportamiento delictivo de la población penal(1), según departamento²⁷

Descripción	2005	2006(3)	2007	2008	2009(p)
BOLIVIA	6.793	7.031	7.683	7.433	8.073
Contra la Seguridad del Estado	40	40	70	79	32
Narcotráfico	3.101	3.078	2.874	2.794	2.522
Violación		762	912	917	1.420
Asesinato		682	788	782	822
Homicidio		361	363	373	407
Robo		820	1.318	1.210	1.538
Otros Delitos Comunes	3.652	1.288	1.358	1.278	1.332

(1) Existen internos que registran más de un delito.

(2) A partir del año 2004, se incluye la cárcel de Quillacollo.

(3) A partir del año 2006, se incluye información de carceletas, los delitos comunes registran mayor desagregación.

(p): Preliminar

Los datos para la gestión 2011 son los siguientes:

Poblacion carcelaria general y tipo de delitos Gestion 2011 ²⁸			
Número de cárceles	Número total de reclusos/as	Personas reclusas por delitos de narcotráfico (Ley 1008) ²⁹	Personas reclusas por otros delitos
17	10.300 (100%)	2.429 (24%)	7.871 (76%)

Realizando una comparación con el número de personas privadas de libertad en las cárceles en la etapa 2005 a 2009, se confirma una paulatina disminución de la cantidad de personas encarceladas bajo la Ley 1008. En 2011 alcanza al 24% del total. Esta situación puede deberse a factores diversos, desde la aplicación de la visión garantista del Código de Procedimiento Penal que permitía a los jueces la adopción de medidas cautelares que evitan el aumento de la población carcelaria, hasta el incremento en los niveles de corrupción en las instituciones encargadas del control penal. Este último aspecto suele ser mencionado continuamente por parte de la población penal y por algunos operadores de justicia, sin embargo, por la naturaleza encubierta del fenómeno de la corrupción no existe ningún informe que proporcione mayor información al respecto.

²⁷ <http://www.ine.gob.bo/>

²⁸ Fuente: Dirección General de Régimen Penitenciario

²⁹ Fuente: Centro de Investigación y Educación Sexual (CIES)

En cuanto al sistema de Justicia Penal Juvenil, también se observan cifras reducidas para delitos de narcotráfico en los centros de privación de libertad para adolescentes. Siguiendo los estándares internacionales³⁰, los adolescentes imputados por la comisión de delitos son procesados por los Jueces de la Niñez y Adolescencia, en el marco de un sistema especializado de justicia que tiene fines socioeducativos y está basado en la Convención sobre los Derechos del Niño. En Bolivia, este sistema rige para los adolescentes de los 12 a los 15 años solamente³¹. Según la información de los Servicios Departamentales de Gestión Social³², dependientes de las Gobernaciones de cada Departamento, se pueden presentar los siguientes datos correspondientes a la gestión 2010:

Adolescentes entre 12 y 15 años procesados por la Ley 1008 en el sistema penal especializado para adolescentes

Departamento	Categoría del Delito										Total	%
	Contra la propiedad	%	Contra la Libertad Sexual	%	Contra la Integridad Física	%	Relacionados con la Ley 1008	%	Otros	%		
Cochabamba	36	7%	39	8%	33	7%	8	2%	2	0%	118	24%
La Paz		0%		0%		0%		0%		0%	0	0%
Oruro	40	8%	15	3%	34	7%	6	1%	0	0%	95	19%
Chuquisaca	27	5%	11	2%	7	1%	3	1%	0	0%	48	10%
Potosí	16	3%	7	1%	9	2%	3	1%	0	0%	35	7%
Santa Cruz	61	12%	29	6%	13	3%	6	1%	16	3%	125	25%
Pando	5	1%	1	0%	2	0%	4	1%	0	0%	12	2%
Beni	19	4%	9	2%	2	0%	0	0%	0	0%	30	6%
Tarija	13	3%	18	4%	3	1%	1	0%	0	0%	35	7%
Total	217	44%	129	26%	103	21%	31	6%	18	4%	498	100%

El porcentaje de adolescentes con cargos de la Ley 1008 es bastante reducido (6% a nivel nacional) en comparación con otros delitos tipificados en el Código Penal. En diferentes momentos se han conocido denuncias en los medios de comunicación sobre la participación o “utilización” de adolescentes en las actividades de narcotráfico, sin embargo, si se consideran los datos de los centros de privación de libertad del país, no se aprecia un porcentaje alto. Un aspecto que resulta evidente, revisando las diferentes cifras expresadas en las tablas con relación a incautaciones,

³⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (“Reglas de Tokio”), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), Convención sobre los Derechos del Niño, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, (Directrices de RIAD), Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño.

³¹ Por disposiciones establecidas en el Código Penal, en Bolivia los adolescentes de 16 años hacia delante son sometidos a la justicia ordinaria y remitidos a las cárceles de adultos.

³² Elaboración propia Defensa de Niñas y Niños Internacional, DNI Bolivia. Proyecto de Justicia Penal Juvenil. Fuente: Servicios Departamentales de Gestión Social.

detenciones y población carcelaria es la relevancia que se sigue dando al sistema penal y a la cárcel en el enfoque de la política antidroga.

La detención preventiva

En este contexto, una de las evidencias más expresivas de la falta de proporcionalidad en la aplicación de las penas establecidas en la Ley 1008, está referida a la violación de la presunción de inocencia a través de la detención preventiva.

Para este análisis se consideran los datos correspondientes a las cárceles de adultos así como también los de los centros de privación de libertad para adolescentes vistos anteriormente.

Poblacion carcelaria: casos resueltos y casos en detencion preventiva³³

Descripción	2005	2006	2007	2008	2009
BOLIVIA	6.793	7.031	7.683	7.433	8.073
Casos resueltos	1.764	1.799	2.011	2.193	1.999
Detención preventiva	5.029	5.232	5.672	5.240	6.074

Poblacion carcelaria y tipo de detencion Gestion 2011

Número de cárceles	Total de reclusos/as	En detención preventiva	Con sentencia
2011	10.300 (100%)	8.240 (80%)	2.060 (20%)
2012 ³⁴	11.516	9.626 (84%)	1.890 (16%)

Los datos en las cárceles de adultos muestran la tendencia alarmante de incremento de la detención preventiva, de 2005 a 2012, que alcanza su punto más alto en esta gestión. Si bien no se tienen datos sobre cuántos de los detenidos bajo la Ley 1008 están presos sin sentencia, un informe de 2006 de la Dirección General de Régimen Penitenciario, indica que el 77% de las personas que se encontraban en detención preventiva en ese año estaban procesadas por delitos tipificados en la Ley 1008³⁵. Un porcentaje excesivamente alto de detención preventiva también se observa en los datos correspon-

³³ Elaboración propias a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística www.ine.gob.bo

³⁴ <http://eju.tv/2012/02/retardacin-y-aumento-de-reos-preventivos-colapsan-crceles-de-bolivia/>

³⁵ MAPELLI, BORJA; Romero, María del Reposo; Valda, Lucio; y Miranda, Javier, "Informe: Situación de las cárceles en Bolivia", Dirección General de Régimen Penitenciario, 2006

dientes a la gestión 2012, sobre la situación procesal de los adolescentes en el sistema de Justicia Penal Juvenil.

Adolescentes de 12 a 15 años de edad en el sistema de Justicia Penal Juvenil en 2012

País	Total de Privados de Libertad	Detención Preventiva	Cumplimiento de sentencia
Bolivia	642	295	347

La detención preventiva es una violación del principio constitucional de la presunción de inocencia, principio rector del proceso penal. Los altos porcentajes que se observan en el sistema carcelario de adultos y en el sistema de Justicia Penal Juvenil impactan sobre varias áreas del sistema de justicia; ya que muestran que se aplica como regla común una medida que debería ser de excepción.

La falta de mayores datos sobre los delitos por los cuales se dicta detención preventiva, impide hacer una apreciación más precisa. Sin embargo, para futuros estudios será necesario considerar si ha tenido algún impactos en casos de la Ley 1008 la Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, del 18 de mayo de 2010, que establece un límite temporal a la aplicación de la detención preventiva, indicando que la misma debe cesar cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga. Las penas altas establecidas en la Ley 1008 contienen mínimos legales también altos, además que por las características de los casos pueden ser procesadas varias personas y a cada una se le puede formular diversos cargos; por estos aspectos en el sistema penal antidrogas la detención preventiva, por su duración, fácilmente puede convertirse en una pena por sí misma.

No se han encontrado datos oficiales sobre el presupuesto específico asignado a la Dirección General de Régimen Penitenciario, que permitan deducir el costo económico que significa cada persona privada de libertad bajo la Ley 1008; sin embargo, se ha ensayado un cálculo a partir de los últimos datos oficiales conocidos, que se encuentran en el Informe Nacional de la Dirección General de Régimen Penitenciario por la gestión 2006:

Aproximación al costo por persona privada de libertad en la justicia ordinaria			
Presupuesto asignado a la Dirección General de Régimen Penitenciario: 27.863.826.- bolivianos	Población penitenciaria: 7.730 personas	De ese número, en 2006 estaban reclusas por narcotráfico: 3.204 personas	Costo individual probable: 3.604,63 bolivianos (522 USD) por interno, por año.

El cálculo del costo individual tendrá variaciones si se obtienen los datos de otras gestiones posteriores a 2006. Sin embargo, considerando los altos índices de detención preventiva en la gestión 2006 que llegaron 5.232 personas (casi el 75% del total de internos), cualquier gasto realizado no está vinculado a la persecución del delito ni a los fines de la justicia.

El impacto sobre los niños y niñas

Es conocida la situación de hacinamiento, escasa asignación de recursos, insalubridad, violencia y corrupción de las cárceles de Bolivia; en las que no solamente viven quienes han sido privados de libertad por orden judicial en virtud de una acusación por un delito o de una sentencia condenatoria, sino también sus familias.

Esto refiere a una problemática delicada que es parte de la cotidianeidad del sistema penitenciario: la convivencia de los hijos e hijas de reclusos con sus padres en prisión.

A continuación se muestra los datos proporcionados por la Dirección General de Régimen Penitenciario, difundidos por el Instituto Nacional de Estadística, sobre los niños que viven los penales del país:

Población infantil que vive con sus padres en los recintos penitenciarios, según departamento³⁶

Descripción	2005	2006(2)	2007	2008
BOLIVIA	1.436	1.528	1.032	887
Chuquisaca	3	3	3	1
La Paz	285	301	274	205
Cochabamba	225	293	263	208
Oruro	20	35	4	10
Potosí	7	9	11	10
Tarija	10	15	5	5
Santa Cruz	742	750	356	318
Beni	132	110	91	98
Pando	12	12	25	32

(1) A partir del año 2004, se incluye la cárcel de Quillacollo.

(2) A partir del año 2006, se incluye información de carceletas.

Nota: Los Registros Administrativos no generaron información para el año 2009.

(p): Preliminar

La reducción del número de niños en las cárceles entre 2005 y 2008 parece coincidir con la reducción reportada, en ese mismo periodo, del número de personas recluidas por delitos de narcotráfico. Esto significaría que un alto porcentaje de los niños que viven en las cárceles son hijos de personas procesadas bajo la Ley 1008.

³⁶ <http://www.ine.gob.bo/>

En la gestión 2011, según datos últimos de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, alrededor de 1.056 niños y niñas vivían en las cárceles del país, junto con sus padres y madres. La Defensoría del Pueblo reportó, para la misma gestión, un número mayor: 1.487 niños y niñas y adolescentes. No se puede determinar el porcentaje de niños hijos de personas encarceladas bajo la Ley 1008, pero la situación misma expresa las condiciones altamente violatorias de derechos en las que procede la ejecución de las penas en el país. Así también se evidencia la magnitud del drama familiar que suele acompañar a las personas que entran al sistema penal antidrogas. Los niños y niñas de las cárceles reciben diferentes apoyos de organizaciones no gubernamentales para que puedan ejercer sus derechos a la educación, salud, alimentación y vestimenta; lo que evidencia también el grado de pobreza o de carencias de sus padres.

La permanencia de niños y niñas en las cárceles remite forzosamente a las falencias del sistema penal, entre las que sobresalen la retardación de justicia, la criminalización de la pobreza, y los elevados índices de detención preventiva.

A través de los diferentes indicadores propuestos, se puede afirmar que la aplicación de la legislación penal antidroga tampoco guarda criterios de proporcionalidad ya que se basa en un enfoque represivo que no considera la dimensión del daño inmediato que produce con el objetivo de evitar un daño futuro. Se imponen restricciones, se lesionan derechos individuales, se quebrantan principios constitucionales, se afecta negativamente en los intereses de terceros sin tener una medida de racionalidad o de proporcionalidad con la importancia el interés que se pretende proteger. El impacto de esta situación no solo alcanza a las personas y familias que son llevadas al sistema penal antidrogas sino al conjunto de la sociedad.

V. Conclusiones

Las contradicciones son evidentes, entre teoría y práctica, entre los principios constitucionales y los objetivos de la política antidrogas. En ese marco, el sistema penal contiene y aplica medidas que lesionan derechos fundamentales y principios constitucionales sin haberlas comprobado como medios válidos, sin examinar alternativas que impliquen menores restricciones; y sin haber evaluado si los resultados logrados en la protección del derecho a la salud compensan los sacrificios que el sistema genera para los derechos de diversos sectores de la población.

Las tendencias identificadas son las siguientes: 1) el aumento en las penas anteponiendo criterios externos a la gravedad y resultado de la conducta lesiva, 2) el aumento en la visión represiva que impacta negativamente sobre una población más amplia que las personas reclusas, 3) el aumento de violaciones de derechos, tales

como la detención preventiva, que vulnera un principio fundamental de administración de justicia como es la presunción de inocencia.

Las políticas antidrogas sigue aplicando el criterio ilusorio de que a penas más altas menos delitos, utilizando los recursos institucionales de violencia a través de la dimensión militar-policial represiva, y difundiendo los mismos supuestos éxitos que eran difundidos por los gobiernos anteriores: el aumento en el número de detenidos, en la cantidad de drogas incautada y en el número de presos en las cárceles, sin que haya evidencias de que la oferta de drogas y el consumo hayan reducido.

Sobre el consumo, un estudio³⁷ del Centro Latinoamericano de Investigación Científica (Celin), indica que, entre 2005 y 2010, los consumidores de clorhidrato de cocaína en Bolivia aumentaron en 19.257, los consumidores de pasta base aumentaron en 17.029 y los consumidores de marihuana aumentaron en 35.642. El CONALTID reconoce que hay aumento de consumo de drogas aunque el mismo no llega a niveles de alarma, sin embargo, no ha presentado ningún diagnóstico que permita conocer la prevalencia del consumo y sus causas.

La falta de diagnósticos es usual en todas las áreas vinculadas a la política antidrogas. Se aumentan los montos de las penas sin hacer un diagnóstico que permita apreciar la efectividad de las mismas, y se llenan las cárceles de presos sin saber la situación real del funcionamiento de las agencias del sistema penal, no se analiza la corrupción en los niveles policiales y judiciales, ni las falencias en el sistema penitenciario

Es necesario que se construyan indicadores para medir en forma confiable los éxitos de la política antidrogas, en lugar de asumirlos sumando los resultados numéricos que se alcanzan a través de la represión. Es imprescindible conocer cuánto se ha avanzado efectivamente en el logro de los objetivos de reducción de la oferta y del consumo de drogas que han sido formulados en todas las políticas y las estrategias antidrogas.

Mientras tanto, parece haber mayor claridad en cuanto a los costos sociales. Los porcentajes de la detención preventiva que siguen elevándose en la actualidad muestran, por sí mismos, el exceso en la pretensión punitiva del Estado.

El sistema penal antidrogas no parece seguir criterios de proporcionalidad ni en su base legal ni en su aplicación. Y mientras se continúe utilizando el Derecho Penal (que debería ser la *ultima ratio*) para resolver problemas sociales, se seguirá pagando un precio alto, no sólo económico sino social y humano.

37 Centro Latinoamericano de Investigación Científica, “Consumo de Drogas en Bolivia 1992-2010 (Estudio urbano-población de 12 a 65 años)”, La Paz, 2010

VI. Bibliografía

- Centro Latinoamericano de Investigación Científica – CELIN, “Los mercados de drogas ilegales en Bolivia”, La Paz, 2009
- Centro Latinoamericano de Investigación Científica – CELIN, “Consumo de Drogas en Bolivia 1992-2010 (Estudio urbano-población de 12 a 65 años)”, La Paz, 2010
- CORIGLIANO, Mario Eduardo, “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática”, *www.derechopenalonline.com*
- DÍAZ GARCÍA, Alexander, “El juez de control de garantía frente al tratamiento de datos personales”, U.S. Department of Justice Criminal Division International Criminal Investigation and Training Program (ICITAP)
- FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en Revista Ius et Praxis - año 14 N° 2, 2008
- GARCÍA FALCONÍ, José, “La proporcionalidad o dosimetría de las penas”, en Revista Judicial Ecuador, marzo de 2012
- GONZÁLEZ MORALES, Wils Anselmo, “El principio de proporcionalidad: aproximación a su contenido en el derecho penal”, en Revista Jurídica de Análisis e Investigación del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año VII N° 52, Perú
- HERRERA AÑEZ, Williams, “La despenalización del narcotráfico”. Fragmentos seleccionados. (Continuación de Casi Nada N°12) Bolivia, mayo de 2008
- YENISSEY ROJAS, Ivonne, “El principio de proporcionalidad”, en Revista Iter Criminis N° 3 México, 2008
- LOPERA MESA, Gloria Patricia y ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, 2010
- GÓMEZ RECIO, Fernando, “El delito de tráfico de drogas tras la lo 15/03, o la definitiva pérdida del sentido de la medida”, 2005, *www.noticiasjuridicas.com*
- MAPELLI, Borja; ROMERO, María del Reposo; VALDA, Lucio; y MIRANDA, Javier “Informe: situación de las cárceles en Bolivia”, Dirección General de Régimen Penitenciario, 2006
- RONCKEN, Theo, *Bolivia: seguridad pública y vivir bien*, Grupo de Trabajo “Seguridad en Democracia”, CLACSO, 2011

La desproporción de la ley de drogas: Los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil

Por Luciana Boiteux y João Pedro Pádua¹

I. Introducción II. La cuestión de la proporcionalidad de las leyes en materia penal III. La desproporción de la Ley nº 11.343/2006 en abstracto: falta de sistematicidad de las incriminaciones y violación de la adecuación de la pena conminada IV. La desproporción de la Ley nº 11.343/2006 en concreto 4.1. Ley de drogas y encarcelamiento en Brasil 4.2. Los costes económicos de la aplicación concreta de la Ley de Drogas en Brasil 4.3. Los costes humanos de la Ley de Drogas en Brasil V. El usuario condenado por tráfico a una pena de seis años por portar 25g de marihuana VI. Consideraciones Finales VII. Bibliografía

I. Introducción

El presente trabajo pretende estudiar la desproporción de la reacción social punitiva a delitos que implican drogas ilegales, tanto desde un punto de vista abstracto (indicación legal de la escala penal y aumento de las penas del crimen de tráfico en comparación con otros delitos) como concreto (representatividad desproporcionada de los condenados por ese delito en el sistema penitenciario brasileño, combinada con los costes concretos, tanto económicos como humanos, derivados de esa opción política). De esta forma, se analizarán la racionalidad de la respuesta penal y las consecuencias de la actuación del sistema penal punitivo en la realidad social de los procesados y condenados por crímenes relacionados con las drogas (consideradas) ilegales.

Dicha política punitiva, al priorizar la prisión y dejar en un segundo plano la prevención y el tratamiento, se señala como la responsable del aumento de la superpoblación carcelaria en casi todo el mundo, siendo el objetivo de este estudio la situación

¹ Han colaborado como asistentes de investigación en este trabajo: Camila Soares Lippi (Becaria Cnpq y licenciada en Derecho por la UFRJ), Gabriel Duque Estrada (Licenciado en Derecho por la UFRJ) y Nathalya Valério (Becaria Cnpq y estudiante de Derecho en la misma institución). Los autores agradecen los comentarios hechos a la primera versión del texto por Maurides Ribeiro, Christiano Fragoso, Pien Metaal y Alejandro Corda, que permitieron perfeccionar este trabajo. Damos gracias también a los alumnos que se incorporaron posteriormente al grupo y que colaboraron en la revisión de los datos y en la elaboración de las tablas: Jeferson Queiroz dos Santos, Maldyr de Vaz Ribeiro, Natalia Sant'anna de Figueiredo (Becaria UFRJ) y Vinicius Pinheiro Silveira Rosa (Becaria PIBIC/UFRJ).

específica de Brasil, que no escapa a la regla general del fenómeno observado en otros países. La relevancia de ese análisis está en el hecho de que este país, de dimensiones continentales, posee la cuarta mayor población penitenciaria del mundo, mientras que invierte poco en infraestructuras penitenciarias, habiendo tenido un gran impacto las políticas criminales de drogas.

De esta forma se pretende llenar el vacío existente en los estudios sobre el tema, teniendo presente que, al contrario que en Estados Unidos, en Brasil y en el resto de América Latina los datos sobre el sistema penal son escasos y están poco difundidos. Con esto se pretende contribuir a una reflexión que busca la transformación del actual modelo punitivo en un modelo más humano y respetuoso de los derechos.

Este artículo comienza con la exposición de la metodología y del concepto de proporcionalidad de las leyes en materia penal, para pasar a analizar, en el capítulo siguiente, la desproporción de la pena del delito de tráfico de drogas en relación a otros crímenes previstos en el Código Penal, desde un punto de vista abstracto, en relación a las penas previstas por la ley para cada delito. En el capítulo III se estudiará la desproporción en concreto, es decir, cómo actúa el funcionamiento selectivo y discriminatorio del sistema penal en delitos relacionados con las drogas ilegales, seguido del análisis de los costes derivados de esta opción de la política criminal punitiva, tanto en relación a los gastos penitenciarios, como también a los sensibles costes humanos, mediante el ejemplo de un usuario condenado a seis años de prisión por llevar unos 25g de marihuana.

Al final, a partir de los datos y hechos analizados, se pretende responder a la conveniencia/necesidad de la adecuación (es decir, de la proporcionalidad) de la criminalización de esos delitos, en el ámbito de la actual política adoptada.

II. La cuestión de la proporcionalidad de las leyes en materia penal

Este trabajo adopta como metodología la evaluación de la parte penal de la Ley nº 11.343/2006, en base a los parámetros normativos dados por el principio de la proporcionalidad. En concreto, esto significa que el trabajo se propone evaluar de qué manera se relacionan con la proporcionalidad que se le debe exigir a todo sistema jurídico y más aún a las leyes penales que afectan de forma más grave a los derechos fundamentales del ciudadano, tanto la criminalización de las conductas por parte de la ley, de forma abstracta, como su aplicación y ejecución concreta. En este sentido se trata de una investigación que actúa sobre la interfaz entre normas jurídicas y hechos concretos.

La adaptación del principio de proporcionalidad a cuestiones específicamente penales llama la atención de los juristas desde hace muchos años. Neumann² cita ampliamente la literatura jurídica en Alemania, así como la de los juicios del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre esta cuestión. En portugués, Jorge de Figueiredo Dias³ también trata ampliamente y utiliza este principio con el fin de discutir la legitimidad político-criminal de los hechos punibles criminales, y también para proponer nuevos esquemas analíticos para conceptos de Teoría del Crimen y de Teoría de la Pena.

De manera general, el aspecto fundamental del uso del principio de proporcionalidad en materia de Derecho Penal será averiguar cuál es la respuesta que se debe dar a las dos cuestiones fundamentales del Derecho Penal: la de si se debe castigar y la de cómo y en qué medida castigar, teniendo en mente, por un lado, la cuestión de la relación entre las leyes penales en sí y, por otro, los efectos sociales concretos que generan dichas leyes penales. En este sentido, Neumann⁴ propone que el principio de proporcionalidad actúe como un límite horizontal (para la cuestión de “si castigar”) y también como un límite vertical (para la cuestión de “cómo castigar”) para el Derecho Penal.

Por tanto, en el aspecto penal, el principio de proporcionalidad crea una prueba normativa para las normas penales. Esa prueba tiene dos aspectos: un aspecto más fáctico-empírico y un aspecto más normativo⁵.

En relación al primer aspecto, la principal cuestión a la que tiene que responder una norma penal es si la incriminación de una determinada conducta es necesaria y conveniente en relación al objetivo final que es el de proteger a las personas y a las comunidades de las conductas sociales especialmente dañinas. En otras palabras, dado que se quieren evitar determinadas conductas ¿sería la criminalización la manera más conveniente de hacerlo?

En relación al segundo aspecto, la cuestión principal es si la incriminación de una conducta mediante una norma penal realmente protege a las personas y a las comunidades del daño causado por la conducta criminalizada y en qué medida la cantidad de pena para esa conducta va en consonancia con su capacidad de hacer daño. En otras palabras, dado que se va a criminalizar una conducta, ¿causa esta realmente un (peligro de) daño relevante para las personas y la sociedad? Y, ¿es proporcionada la cantidad de pena a la capacidad que tiene esa conducta para generar ese (peligro de) daño?

2 NEUMANN, U.. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 71, mar.-abr. 2008, p. 223.

3 FIGUEIREDO DIAS, J. O comportamento criminal e a sua definição: O conceito material de crime. In: ————. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 51-85. Cf. en Brasil, por todos, GOMES, Mariangela Gomes Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

4 *Op. Cit.*, p. 213.

5 BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) et alii. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009, p. 31-34.

Las dos fases de la prueba de proporcionalidad están íntimamente relacionadas. Para responder a la pregunta sobre la conveniencia/necesidad de una criminalización es preciso responder a la cuestión de si hay un daño social evitable mediante esa incriminación. Por otro lado, para responder a la pregunta sobre la capacidad de (peligro de) daño de una conducta y sobre su gravedad es preciso hablar de los efectos sociales y de la conveniencia de incriminar dicha conducta. Por tanto, la distinción sirve más a fines analíticos, pero como se verá más adelante resulta informativa en el caso de la Ley 11.343/2006, ya que en este caso la respuesta a las dos preguntas es “no”.

III. La desproporción de la Ley nº 11.343/2006 en abstracto: falta de sistematicidad de las incriminaciones y violación de la adecuación de la pena conminada⁶

La coherencia interna del sistema de normas penales incriminadoras es una de las exigencias de la legitimidad impuesta por el principio de proporcionalidad en su ámbito de adecuación. Aunque la criminalización de determinada conducta sea una elección legislativa, dicha opción, para que sea justificada, no puede ser aleatoria. Debe obedecer a parámetros de racionalidad tanto en la selección de la conducta incriminada, como en la elección de los parámetros de sanción (es decir, mínimo y máximo de pena y tipo de pena).

Una manera de medir esa coherencia normativa interna del sistema penal es comparar algunas normas penales incriminadoras clave, con el fin de considerar si tanto las incriminaciones como las cantidades de pena obedecen a alguna sistematicidad subyacente identificable. Ese tipo de medida resulta aún más significativa cuando se le añade una perspectiva histórica, con el fin de demostrar las variaciones en la criminalización de las conductas y en la cantidad de pena asociada a cada una de ellas a lo largo del tiempo (es decir, con una perspectiva diacrónica).

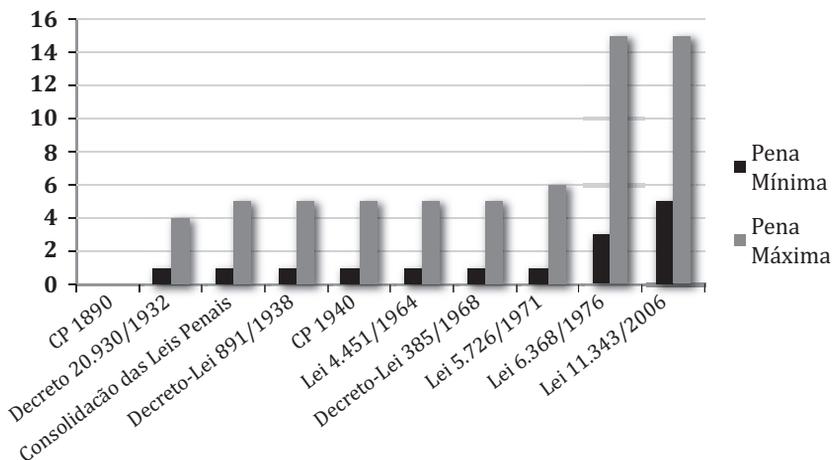
En la redacción original del hecho criminoso que ha dado origen a lo que hoy se denomina tráfico de drogas en el derecho brasileño, prevista en el primer Código Penal de la República, de 1890, todavía no existía una distinción entre sustancias

⁶ Se indica que está en marcha en el Congreso Nacional Brasileño el debate sobre la Reforma del Código Penal, habiéndose creado dos Comisiones para estudiar las leyes actuales y proponer modificaciones, incluso de crímenes y penas en la Parte Especial del CP.

⁷ El Código Penal de 1890, en su art. 159, hablaba de “sustancias venenosas”. Para un resumen de la evolución histórica del crimen de tráfico, cf. BOITEUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tesis de Doctoramiento. Facultad de Direito da USP, 2006.

legales e ilegales⁷, y la única pena prevista era la de multa. Desde entonces hasta ahora ha habido nada menos que nueve modificaciones legislativas (diez leyes en total⁸) en un potente movimiento de aumento de la cantidad de penas y adición de nuevas conductas para la incriminación. El siguiente gráfico muestra ese desarrollo histórico.

Tabla I: Evolución histórica del crimen de tráfico de drogas



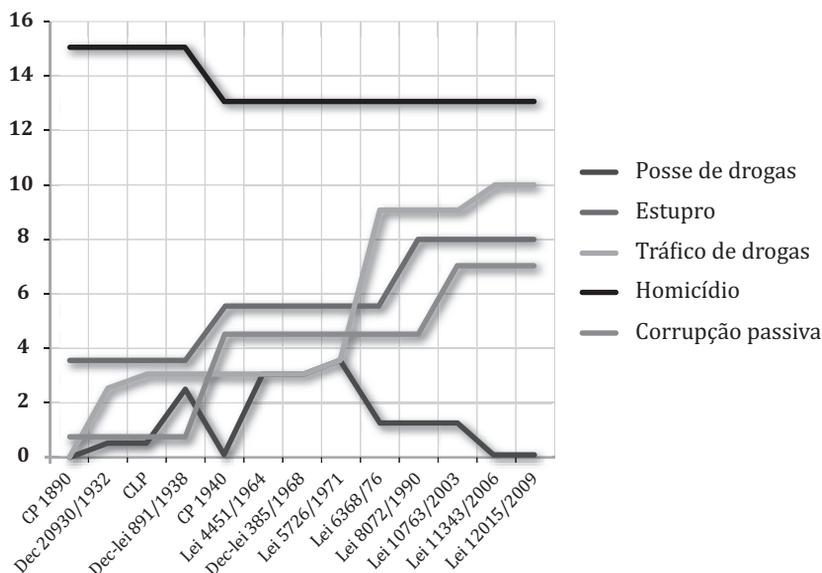
Cabe destacar la gran variación en la pena para ese delito, especialmente el aumento de la pena máxima en la Ley de 1976, justo cuando el discurso de “guerra a las drogas” empieza a cobrar fuerza internacionalmente, habiéndose alterado la anterior escala penal, que pasó de uno a cinco años de pena de prisión a un parámetro de tres a quince años⁹, con un aumento del trescientos por ciento (o del triple), tanto para la pena mínima como para la máxima. Cabe destacar también que la modificación más reciente sufrida por el crimen de tráfico de drogas, con la vigente Ley nº 11.343/2006, aumentó también la pena mínima de tres a cinco años a pesar de mantenerse la pena máxima en quince años.

⁸ No se introdujo en ese historial la Ley 10.409/2002. A pesar de haber revocado gran parte de la Ley 6.368/1976, la parte más específicamente penal de la misma (el núcleo de esta parte del trabajo) acabó por no entrar nunca en vigor, de modo que se considera innecesaria su inclusión en la serie histórica de las penas expuestas en la Tabla I.

⁹ En realidad, la Ley nº 5.726/1976 había aumentado la pena máxima a seis años, pero ese incremento no se puede considerar a efectos de fijación de la tendencia.

Históricamente en el delito de tráfico de drogas hay una gran variación legislativa de cara a aumentar o a mantener los parámetros de pena anteriores¹⁰. Por otro lado, si lo comparamos con otros crímenes, en una perspectiva histórica hay una mayor estabilidad en la respuesta penal a otros delitos, como se puede ver en la tabla siguiente. En el gráfico se optó por utilizar las medias aritméticas entre las penas mínimas y máximas previstas con el fin de tener una visión más general¹¹:

Tabla II: Evolución histórica comparativa de las medias aritméticas entre las penas mínimas y máximas



¹⁰ En los que pese a la Ley nº 11.343/06 se ha establecido una novedad: la posibilidad de reducir la pena de 1/6 a 2/3 en el caso de reos primerizos, con buenos antecedentes, no dedicados a actividades criminales y no vinculados al crimen organizado, en el apartado 4 del art. 33. Para verificar de qué manera la aplicación concreta de esa causa de reducción de pena se redujo bastante en la práctica, vide BOITEUX, Luciana. *Tráfico y Constitución: un estudio jurídico-social sobre el artículo 33 de la Ley de Drogas brasileña y su aplicación por los jueces de Río de Janeiro y Brasília*. In: II Conferência Latino Americana e I Conferência Brasileira sobre Política de Drogas, 2010, Rio de Janeiro. America Latina: Debate sobre Drogas (I y II Conferências Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas. Buenos Aires : Intercambios Sociedad Civil/Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, 2010. v. 1. p. 239-247.

¹¹ En otro texto, actualmente en fase de elaboración, se pretende profundizar más aún en la cuestión de la comparación entre penas, incluyéndose el análisis de las penas mínimas y máximas. De momento, para los fines de ese texto resulta suficiente la comparación de las penas medias, que permiten un análisis más general.

Como se puede ver en la tabla, resulta significativa la desproporción normativa del crimen de tráfico de drogas en relación a los demás crímenes del Derecho Brasileño, además de la gran variación legislativa.

Ese análisis comparado de los tipos penales comienza con el delito de homicidio¹², considerado como el crimen básico para la medida de los índices de violencia, uno de los más duramente penados en el ordenamiento jurídico brasileño, siendo inferior únicamente al delito de latrocinio (robo seguido de muerte)¹³. Al comparar el tipo penal de homicidio con el de tráfico de drogas, se ve que este no ha sufrido grandes cambios puntuales durante el período, al contrario que el otro. En cuanto al homicidio, posiblemente por estar incluido en el Código Penal, sus parámetros penales se han alterado poco (un total de tres leyes, frente a nueve en el crimen de tráfico). Sin embargo, en la línea histórica, la pena media establecida para el homicidio se redujo a partir del Código Penal de 1940, mientras que la pena media del crimen de tráfico fue la que más aumentó entre los delitos estudiados. En ese sentido, mientras que la pena mínima del homicidio se mantuvo constante (en seis años), su pena máxima disminuyó entre la Consolidación de las Leyes Penales de 1932 y el Código Penal de 1940 (de 24 a 20 años).

Además de eso, al comparar la pena conminada para el tráfico de drogas con la del delito de estupro¹⁴, que consiste en la violación sexual de una persona haciendo uso de la violencia o bajo grave amenaza, originariamente el segundo más severamente castigado por el derecho brasileiro, se ve que en la evaluación de la dinámica histórica la pena máxima para el estupro jamás pasó de los diez años, un aumento de menos del cien por cien en relación con la sanción máxima inicialmente prevista, mientras que su pena mínima aumentó significativamente.¹⁵ Aún así, el resultado final es una pena mínima apenas un año superior a la mínima prevista para el tráfico de drogas, y una pena máxima tres veces menor (diez versus quince años), debiendo destacarse que en la línea histórica la pena media para el crimen de tráfico de drogas supera a la prevista para el estupro.

12 Aquí solo se considera el homicidio simple (art. 121, *enunciado*, del Código Penal), teniendo presente que la escala penal para el homicidio calificado según el derecho brasileño va de 12 a 20 años (art. 121, apartado 2 del Código Penal).

13 Art. 157, apartado 3, del Código Penal Brasileño, castigado con penas de 20 a 30 años, en el caso de robo seguido de muerte de la víctima.

14 Art. 213 del Código Penal, con redacción modificada por la Ley nº 12.015/09: “Obligar a alguien, mediante violencia o grave amenaza, a tener conjunción carnal o a practicar o permitir que con él se practique otro acto libidinoso: Pena - reclusión, de 6 (seis) a 10 (diez) años”.

15 Especialmente en el Código Penal de 1940 (de uno a tres años) y en la Ley nº 8.072/1990 (de cuatro a seis años), pena esta mantenida en la última ley modificadora, Ley nº 12.015/2009.

Igualmente instructiva resulta la comparación entre el delito de tráfico de drogas, que no implica necesariamente violencia¹⁶, y el crimen de corrupción pasiva, de notable importancia en la actualidad, que también presenta un acentuado y consistente aumento de los parámetros sancionadores. Mientras que el crimen de tráfico pasó por un cambio más radical en su escala penal, pasando de ser un crimen sancionado solo con una multa a un delito cuya escala va de los cinco a los quince años de prisión; el delito de corrupción pasiva en Brasil¹⁷, por el contrario, pasó de una pena que ya era de prisión (de seis meses a un año) a una pena de prisión mayor (de dos a doce años), si bien sigue siendo menor que la pena para el tráfico de drogas (de cinco a quince años)¹⁸.

Se debe añadir también otro dato reciente: la Ley de Drogas de 2006 creó un nuevo delito en el artículo 36, denominado “financiación del tráfico”¹⁹, cuya pena mínima (8 años) es superior a la pena mínima del homicidio simple (6 años), siendo idéntica la pena máxima a la de este crimen (20 años), lo cual viene a ser un ejemplo del radicalismo de la respuesta penal en los crímenes de drogas y puede incluso llegar a considerarse inconstitucional, por la ruptura de la racionalidad y de la proporcionalidad. Dicho elemento se suma en la constatación de la represiva visión del legislador brasileño en relación a los delitos que implican drogas ilegales.

En términos de ofensa, el mensaje enviado por el legislador brasileño, si tenemos en cuenta los parámetros dados por la escala penal de los delitos, es que la salud pública, como bien jurídico tutelado en la Ley de Drogas, tiene más valor que el funcionamiento regular y la probidad de la Administración Pública, bien tutelado en el crimen de corrupción. A pesar de todo, son las desviaciones de la cuantía y la venalidad de los funcionarios públicos, al reducir la cuantía total del presupuesto del Estado, los que dificultan la universalización de la salud pública y la inversión en políticas de salud y tratamiento. Pero esa lógica estructural no se incluye en las discusiones sobre este tema.

¹⁶ Y que también se tiene en cuenta en la clasificación de la literatura del Derecho Penal, un crimen de peligro abstracto (en cuanto a la estructura del delito) y de mera actividad (en cuanto a la exigencia de un resultado empírico). Como este no es propiamente un trabajo dogmático de Derecho Penal, aquí no caben digresiones en cuanto a estas clasificaciones y categorías. Para definiciones, vide SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109-110.

¹⁷ Art. 317 del Código Penal: “Solicitar o recibir, para sí o para otro, directa o indirectamente, aunque sea fuera de la función o antes de asumirla, pero en razón de esta, una ventaja indebida, o aceptar la promesa de dicha ventaja: Pena - reclusión, de 2 (dos) a 12 (doce) años, y multa”.

¹⁸ La misma situación se ve en relación a otros crímenes de funcionarios públicos contra la Administración Pública, que también se enmarcan en una amplia definición (extrajurídica) de “corrupción”, pero no tiene ese nombre en la ley penal. Un ejemplo es el del crimen de peculado, definido en el art. 312 del Código Penal vigente (de 1940), que también tiene un parámetro sancionatorio de dos a 12 años de prisión.

¹⁹ Art. 36. “Financiar o costear la práctica de cualquiera de los crímenes previstos en el art. 33, el enunciado y el § 1o, y 34 de esta Ley: Pena - reclusión, de 8 (ocho) a 20 (veinte) años, y pago de 1.500 (mil quinientos) a 4.000 (cuatro mil) días-multa”.

Como se verá a continuación, además de desproporcionada, la reacción estatal en forma de altas penas de privación de la libertad aplicadas a los vendedores de drogas ilegales también acarrea elevados costes de encarcelamiento de las personas, los cuales también repercutirán en el presupuesto. Con esta afirmación se cuestiona la coherencia de la respuesta estatal a los crímenes de drogas, para los que la privación de la libertad se considera prioritaria, en detrimento de otras políticas que podrían ser mucho más eficaces para la prevención de su ocurrencia.

Para terminar, en relación con el delito de posesión de drogas para uso personal²⁰, crimen considerado hoy en día en Brasil como de pequeño potencial ofensivo, de ahí que ya no admita la pena de privación de la libertad, se percibe una volatilidad notoria, es decir, una gran variación, hacia arriba y hacia abajo, en la línea temporal de la pena media prevista por ley. A diferencia del delito de tráfico, la evolución histórica en Brasil refleja una política actual menos represiva, llevándose a cabo incluso la despenalización²¹ de la conducta a partir de 2006, lo que se ha considerado bastante positivo²². En ese caso, tal y como se demostrará más adelante, la dificultad verificada es la que hace referencia a los límites fluidos e incontrolables entre las conductas de tráfico y de posesión de drogas para consumo personal.

Por tanto, el análisis conjunto de los datos de estos gráficos indica que los crímenes relacionados con las drogas (ejemplificados por el tráfico y la posesión para consumo personal) han conseguido una mayor atención por parte del legislador que cualquier otro crimen en el mismo período, por el mayor número de leyes publicadas sobre el tema. Además de eso, en el delito de tráfico de drogas, el aumento de las penas se ha producido de forma más consistente en el tiempo, y se ha acentuado más que en todos los demás crímenes analizados, incluyendo algunos más asociados a la violencia general y a la sensación de inseguridad en la sociedad, tales como el homicidio y el estupro. El delito de tráfico de drogas también ha tenido un mayor aumento de la pena que el crimen de corrupción pasiva, normalmente asociado a una preocupación creciente de la sociedad por una mayor moralidad, transparencia y control de

²⁰ Art. 28 de la Ley nº 11.343/06: “Quien adquiera, guarde, tenga en depósito, transporte o lleve consigo para consumo personal drogas sin autorización o en contra de las disposiciones legales o reglamentarias será sometido a las siguientes penas: I - advertencia sobre los efectos de las drogas; II - prestación de servicios a la comunidad; III - medida educativa de asistencia a un programa o curso educativo. § 1º A las mismas medidas se somete quien, para su consumo personal, siembre, cultive o recoja plantas destinadas a la preparación de una pequeña cantidad de una sustancia o producto capaz de provocar dependencia física o psíquica.”

²¹ Se entiende por despenalización el mantenimiento de la conducta en el rol de los crímenes, sin previsión legal de pena de privación de la libertad, tal y como ocurre en el artículo 28 de la Ley nº 11.343/06, que solo prevé medidas alternativas a la prisión.

²² Para más detalles sobre la despenalización de la posesión de drogas para uso personal en Brasil vide BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. v. 217, p. 16-17, 2010.

los agentes públicos, además de ser potencialmente más dañino para la sociedad, dado que puede tener consecuencias desastrosas y a largo plazo sobre las políticas públicas en general y sobre la actividad fiscalizadora del Estado.

Todos estos datos, derivados de un análisis comparativo sincrónico y diacrónico de los tipos de crímenes clave en el Derecho Penal Brasileño, demuestran que el crimen de tráfico de drogas, que a pesar de enumerar conductas sin violencia ni daño directo a víctimas concretas, ha tenido un mayor aumento de las penas que otros crímenes considerados más graves, íntimamente ligados a la violencia (homicidio, estupro), y que los delitos asociados al funcionamiento básico del estado y de la sociedad como un todo (corrupción)²³.

Esa constatación se relaciona con la prueba de adecuación impuesta a las normas penales por el principio de proporcionalidad. El análisis comparativo de las normas demuestra que no hay un criterio o parámetro subyacente identificable en las ediciones de normas penales incriminadoras para conductas relacionadas con las drogas (en comparación con otros crímenes). El exceso de importancia normativa otorgada al crimen de tráfico de drogas (y en cierto sentido también al crimen de posesión) contrasta con la poca relevancia normativa vislumbrada en relación a los demás crímenes, que de forma mucho más directa provocan daños sociales concretos, con víctimas directas duramente atacadas en lo que respecta a sus derechos y bienes jurídicos (como en el caso del homicidio y el estupro), o con víctimas mucho más numerosas y diversas en el tiempo y en el espacio (como en los casos de corrupción).

A esa inadecuación normativa de los crímenes previstos por la Ley 11.343/2006, especialmente del tráfico de drogas), es decir, la desproporcionalidad desde una perspectiva abstracta, se vincula al análisis de la desproporcionalidad en un aspecto más concreto que se verá a continuación, centrado en los costes financieros y humanos derivados de la aplicación de esa ley.

IV. La desproporción de la Ley nº 11.343/2006 en concreto

Después de haber visto cómo el aumento de las penas del delito de tráfico de drogas, en abstracto, ha sido históricamente superior a otros delitos de mayor gravedad, incluso aquellos que conllevan el uso de violencia y cómo, en consecuencia, el delito de tráfico de drogas se ve castigado con mayor dureza que otros crímenes graves tales

²³ En términos de la dogmática de Derecho Penal se podría decir que el bien jurídico de la salud pública, supuestamente protegido por la criminalización de las conductas relacionadas con las drogas ilegales, se ve menos afectado por dichas conductas que los bienes jurídicos protegidos por los demás crímenes considerados (p. ej.: el bien jurídico de la vida, protegido mediante la criminalización del homicidio).

como el estupro y la corrupción, resulta fundamental verificar cómo afecta esa política al sistema penitenciario brasileño, es decir, si la aplicación en la práctica de las penas conminadas es o no proporcional (en cada caso concreto). Para ello se debe verificar, en primer lugar, el impacto de las condenas por tráfico en la realidad de las instituciones carcelarias brasileñas.

4.1. Ley de drogas y encarcelamiento en Brasil

En trabajos anteriores se ha tratado ya el tema del encarcelamiento por crímenes de tráfico de drogas ilegales en Estados Unidos²⁴ y en América Latina²⁵. En la práctica se ve una confluencia de las políticas internacionales que siguen la lógica del encarcelamiento en masa como pretendida solución para lidiar con la criminalidad relacionada con las drogas en una realidad carcelaria ya delicada. En ese sentido, se ha verificado como causa del aumento del número general de presos en la amplia mayoría de los países precisamente el aumento de las condenas por delitos de tráfico de drogas, como muestran las conclusiones para América Latina verificadas en el estudio coordinado por Metaal y Youngers (2010).

De esta forma, en las estadísticas generales que contabilizan el crecimiento de la población carcelaria, se ha visto que este se debe tanto al aumento de presos por tráfico de drogas ilegales como al de usuarios de esas sustancias, lo que viene sucediendo en distintos países.²⁶

Dicha línea punitiva sigue los dictámenes de la política internacional de drogas, preconizada en las tres convenciones internacionales sobre el tema, que prioriza e impone a los países el uso de sanciones privativas de la libertad como respuesta a la violación de la norma penal, siguiendo la máxima de “guerra a las drogas”. Además de eso, en la práctica de la aplicación de las penas, la forma de funcionamiento del sistema penal conlleva una mayor representatividad de las minorías (minorías étnicas y mujeres) entre los condenados, tal y como ya se ha comprobado en estudios anteriores²⁷.

²⁴ BEWLEY-TAYLOR, D. TRACE, M. STEVENS, A. (2005). *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Briefing paper Seven, BEWLEY-TAYLOR, D., HALLAM, C., ALLEN, R. (2009) *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen, In: http://www.idpc.net/php-bin/documents/Beckley_Report_16_2_FINAL_EN.pdf; STEVENSON, Bryan (2001). *Drug Policy, Criminal Justice and Mass Imprisonment*. Working Paper. Global Commission, Geneva, Jan. 2011.

²⁵ METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta (Ed.). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA, 2010.

²⁶ BEWLEY-TAYLOR, D., HALLAM, C., ALLEN, R. (2009) *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. 2009.

²⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs*, New York, 2000.

En concreto, en relación a Brasil, en una investigación anterior se constató un vertiginoso crecimiento de los niveles de encarcelamiento de personas por tráfico de drogas. De forma progresiva, especialmente a partir de 2006, con la Ley de Drogas brasileña que, como ya se ha visto, aumentó la pena mínima de dicho delito (art. 33), se identificó un endurecimiento significativo e intencional de la respuesta penal al comercio de drogas, lo cual se consideró uno de los principales factores del aumento de la población carcelaria en el país en los últimos años²⁸. Como se puede ver en la siguiente tabla actualizada, Brasil ha mantenido un aumento constante y progresivo de su población carcelaria.

Tabla III – Brasil: número total de presos por 100.000 habitantes²⁹

Año	Total de presos	Presos por 100.000/hab
1992	114.377	74
1995	148.760	92
1997	170.602	102
2001	233.859	133
2004	336.358	183
2007	422.590	220
2010	496.251	259,17
2011	514.582	269,79

A partir de esa realidad comparada, resulta importante reflexionar sobre las características de ese crecimiento exponencial del número de presos en Brasil, país que posee la mayor población carcelaria de América Latina, tanto en números absolutos como en cuanto al número de presos por cada cien mil habitantes.

Resulta bastante representativo verificar que el gran crecimiento de la población carcelaria en Brasil, superior, en términos porcentuales, a la verificada en el mismo período en Estados Unidos, considerado el país con la mayor población carcelaria del mundo, que experimentó un aumento (entre 1992 y 2007) de casi el 51,3 por ciento en su tasa de encarcelamiento por cada cien mil habitantes³⁰. Si se tiene en cuenta el

28 BOITEUX, Luciana. Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria en Brasil. In: METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta. (Eds). *Sistemas Sobrecargados... op. Cit.*, p. 30-39.

29 Fuente: International Centre for Prison Studies, considerando los datos más recientes divulgados por Infopen y una población nacional de 197,2 millones en junio de 2011 (datos obtenidos de CELADE). Disponible en: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=214. World Prison Brief supplied by the International Centre for Prison Studies, maintained by Roy Walmsley.

30 EE.UU. ha pasado de 501 presos por cada cien mil habitantes en 1992 a 758 en 2007, según el ICPS.

crecimiento del número de presos en Brasil entre 1992 y 2011, el número relativo de presos sufrió un aumento de más del triple. En términos de superpoblación carcelaria, la estadounidense resulta menos representativa (110,1%), especialmente si se compara con Bolivia (185,1%), Perú (179,6%) y Brasil (165,7%).³¹

En América Latina, entre 1992-2008, según Japiassu³², muchos países duplicaron, o casi duplicaron, sus tasas de encarcelamiento (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Perú y Uruguay), mientras que otros estuvieron a punto de hacerlo, como por ejemplo Ecuador y Nicaragua. Es interesante hacer notar que las únicas excepciones a ese cuadro en la región son Venezuela, que redujo el número de presos, y Brasil, que aumentó en más del triple el número de encarcelados.

Por resultar significativo se entiende que el caso de Brasil merece ser objeto de un análisis más profundo, habiéndose constatado que el ritmo de crecimiento de la población carcelaria en los últimos veinte años no tiene parangón, al igual que el aumento del déficit de vacantes, es decir, se está encarcelando a más personas de las que las condiciones carcelarias permiten. En el cuadro general de incremento de la población penitenciaria, determinados tipos penales han generado un aumento aún mayor, como es el caso del tráfico de drogas, que ha tenido un crecimiento constante desde 2005, año en el que alcanzó por primera vez el primer puesto, por encima de todos los demás delitos. En ese sentido, al comparar esos años, se verifica que el número de presos por tráfico aumentó en más del doble en Brasil, donde se constató un aumento registrado del 256,3% del número de presos por tráfico entre 2005 y 2011, tal y como se indica en la siguiente tabla:

**Tabla IV - Población carcelaria brasileña:
total de presos y porcentaje de condenados por tráfico (2005/2011)**

Año	Total de presos	Presos Tráfico	% presos tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.373	65.494	15,50%
2008	451.219	77.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.744	24,43%

³¹ Fuente: International Center for Prison Studies.

³² JAPIASSU, Carlos Eduardo. Ponencia titulada “Expansão do direito penal e Superencarceramento” presentada en el Seminario Internacional del IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo-SP, en agosto de 2011.

Profundizando en este análisis, al comparar los crímenes más representativos del sistema penitenciario brasileño, lo que se verifica es que el crecimiento del número de presos por tráfico sigue superando con creces el porcentaje de crecimiento en relación a todos los demás delitos, tal y como se ve en la siguiente tabla. En tres años, llegó casi a duplicarse el número de presos por tráfico en Brasil, lo cual resulta bastante significativo.

**Tabla V - Presos por crímenes en Brasil:
comparación entre dic/2007 y dic/2011**

	Dic/2007	Dic/2011	Variación
Tráfico de drogas	65.494	125.744	+ 91,99%
Homicidio³³	48.761	59.069	+ 21,13%
Hurto³⁴	57.442	69.224	+ 20,51%
Estupro	9.754	11.508	+ 17,98%
Robo³⁵	120.079	133.099	+10,84%
Latrocinio	13.258	14.266	+ 7,6%

La causa del aumento de los presos por ese delito en los últimos años se cree que es la política represiva prevista por la Ley de Drogas de 2006, tal y como ya se ha dicho, que aumentó la pena mínima prevista para ese delito, despenalizando, al mismo tiempo, la posesión de drogas para uso personal. Ese factor explica el gran aumento del contingente carcelario, pues las personas condenadas por tráfico han pasado a permanecer más tiempo presas, aparte de la posibilidad de que muchos usuarios puedan ser condenados por tráfico por la nueva ley, ante la falta de criterios claros de diferenciación entre dichas conductas, como ya indicaron los datos empíricos.³⁶

La población carcelaria brasileña total está formada por un 6,6% por ciento de mujeres.³⁷ No obstante, en los números oficiales se comprobó que el crecimiento de

33 En 2011 se consideraron tanto los homicidios simples (26.968) como los calificados (32.101), igual que en 2007 (17.310 y 31.451, respectivamente). Fuente: Infopen, Ministerio de Justicia.

34 En 2011 se consideraron tanto los hurtos simples (34.292) como los calificados (34.932), igual que en 2007 (26.673 y 30.769, respectivamente). Fuente: Infopen, Ministerio de Justicia.

35 En este punto se tuvieron en cuenta tanto los robos simples (48.572) como los calificados (84.527), igual que en 2007 (36.523 y 83.826, respectivamente). Fuente: Infopen, Ministerio de Justicia.

36 Cf. BOITEUX, L. *et alli*. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), 2009.

37 Fuente: Infopen, de la de los más recientes de diciembre de 2011.

los presos por tráfico de drogas es aún mayor cuando se presta atención a los casos de las mujeres presas por dicho delito, cuyo porcentaje aumentó en un 114,5% entre 2007 y 2011, tal y como se ve a continuación:

Tabla VI – Crecimiento de los presos por tráfico de drogas por sexo (2007- 2011)

	2007	2011	Variación
Hombres	57.610 (87,96%)	108.833 (86,55%)	+ 88,91%
Mujeres	7.884 (12,03%)	16.911 (13,44%)	+ 114,5%
Total	65.494	125.744	+ 91,99%

Tabla VII - Acusados de tráfico de drogas por la Policía Federal por sexo

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Hombres	83,2%	81,7%	79,8%	76,9%	75,5%	76,4%	76%
Mujeres	13,9%	16,8%	17%	19,6%	21,4%	20%	19,5%
Sexo desconocido	2,9%	1,5%	3,2%	3,5%	3,1%	3,6%	4,5%

Fuente: Secretaría Nacional de Seguridad Pública / Departamento de la Policía Federal. Informe brasileño sobre drogas SENAD 2009.

En términos del porcentaje de crecimiento, se debe tener en cuenta que, a pesar de que en términos absolutos haya más hombres encarcelados por tráfico de drogas, en términos relativos, las mujeres están sobrerrepresentadas entre los condenados por ese crimen. El análisis de la cuestión del sexo en el tráfico de drogas es un tema bastante delicado, siendo importante destacar que el aumento desproporcional del encarcelamiento femenino por crímenes ligados a drogas se observa en diversos países, incluso en EE.UU., donde se han realizado estudios específicos sobre el tema.³⁸

Además de eso, el crimen de tráfico de drogas ilegales es el que más mujeres lleva a la cárcel, siendo el mayor porcentaje de condenadas el debido a dicho crimen (13,44 por ciento), seguido de los crímenes contra la fe pública, en los que solo un 4,32 por ciento de los condenados es de sexo femenino, tal y como se verifica en la siguiente tabla.

³⁸ BUSH-BASKETTE, S. R. 'The 'War on Drugs.' A War Against Women? In Cook, S., & Davies, S., (Eds). *Harsh Punishment: International Experiences of Women's Imprisonment*. Boston: Northeastern University Press, 1999.

**Tabla VIII – Porcentaje de presos por crimen
y por sexo (2011)**

	Hombres	Mujeres	Total
Tráfico de drogas	108.833 (86,55%)	16.911 (13,44%)	125.744
Crímenes contra la Fe Pública	4.104 (95,65%)	187 (4,32%)	4.291
Crímenes contra el Orden Público	7.790 (95,87%)	336 (4,13%)	8.126
Crímenes contra las personas	58.827 (97,08%)	1.765 (2,92%)	60.592
Crímenes contra el Patrimonio	234.673 (97,52%)	5.969 (2,48%)	240.642
Crímenes contra las costumbres	19.835 (99,06%)	189 (0,94%)	20.024

Hay que destacar que, por lo general, las mujeres en el tráfico de drogas, están en una posición inferior, ya que no se encuentran en la cadena de mando, si bien están ligadas a esa actividad debido a conexiones familiares o afectivas. El tráfico de drogas, igual que cualquier mercado, presenta una división sexual del trabajo, con riesgo de discriminación de la mujer. Muchas de ellas son solo mulas y transportan mercancía o llevan drogas ilegales para sus compañeros a las penitenciarías. La mayoría de ellas no ofrece ningún peligro para la sociedad, pero se las castiga con penas de privación de la libertad y se las excluye de la sociedad y se las separa de sus hijos. Las mulas no se pueden comparar ni siquiera con los “aviones” del tráfico carioca, puesto que no intentan en ningún momento vender la droga, sino simplemente transportarla.

Además de esto, en el caso de las mujeres se añade la vulnerabilidad de género a la vulnerabilidad general observada en relación a la mayoría de los presos por tráfico de drogas. Son mujeres pobres, del continente más pobre del mundo, que realizan trabajos temporales mal remunerados y trabajos degradantes y/o peligrosos. Ese es el perfil y la cara de la mayoría de las mujeres que el sistema penal atrapa al condenarlas por crímenes de tráfico de drogas.³⁹

39 Sobre encarcelación de mujeres en Brasil vide: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.137, p. 2, abr. 2004, ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. Mulheres encarceradas e espaço prisional: uma análise de representações sociais. *Psicologia: Teoria e prática*. São Paulo, v. 7, n. 1, jun. 2005, LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA MULHERES. *Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino*. Brasília, 2008, SOARES, Bárbara Musumeci, SILVA, Iara Ilgenfritz. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

Así, en Brasil, el gran aumento de la población carcelaria registrado en los últimos años conlleva graves consecuencias, tanto económicas, relacionadas con el aumento del gasto penitenciario, como humanas, ya que un mayor número de personas se ve sometido a unas pésimas condiciones de vida en prisión. A continuación y a partir de esa realidad se analizará la desproporción de la ley de drogas, en sus costes humanos y económicos.

4.2. Los costes económicos de la aplicación concreta de la Ley de Drogas en Brasil

Frente a las limitaciones de ese estudio⁴⁰, en el análisis de los costes económicos de la aplicación de la Ley de Drogas en Brasil se considerarán solo los gastos de la ejecución de la pena de privación de la libertad para los crímenes de tráfico de drogas ilegales, teniendo presente que el delito de posesión de droga para uso personal, para la ley brasileña, no autoriza la privación de la libertad.⁴¹

Por ello, a partir del número oficial de encarcelados, se hará un cálculo del gasto público, tomando como base una estimación media oficial del coste individual por preso en el sistema penitenciario brasileño.⁴²

⁴⁰ El análisis completo en relación a los costes económicos, es decir, a la cantidad de dinero gastada por los Gobiernos estatal y federal en la aplicación de la Ley de drogas brasileña exigiría efectivamente que se consideraran todos los gastos, incluyendo los gastos de personal (Policía y Justicia), administrativos (costes de máquinas, incluyendo equipamientos: vehículos y armamento, entre otros), además de los costes penitenciarios y de salud (tratamiento, internamientos, remedios, servicio social, etc.). A pesar de todo, dicha información no se facilita de forma detallada en los presupuestos públicos de los ministerios, lo que no ha permitido que el estudio utilice esa información para un análisis más amplio. No obstante, hemos intentado centrarnos en los costes penitenciarios estimados de los presos por crímenes de drogas, cuyos datos se encuentran disponibles, para poder analizarlos. Dado que el aumento de la población carcelaria relacionada con el crimen de tráfico de drogas es el mayor aumento relativo, es posible conjeturar sobre el hecho de que gran parte del aumento de los gastos de seguridad pública deriva de un mayor uso de los recursos para este tipo de crimen, a pesar de que la comprobación de esa afirmación exija una investigación específica.

⁴¹ Por tanto, de forma intencionada, por falta de fuentes seguras, se dejarán de cotejar los gastos con las demás fases de la persecución criminal, sean cuales sean, de la investigación preliminar, realizada por la policía y la etapa de la Fase Judicial (proceso), que hace referencia a los costes de procesamiento y juicio de las acciones penales, y se analizará únicamente la última fase, la de la ejecución de las penas (de privación de la libertad).

⁴² Equilibrando las diferencias regionales, se indicarán como fuente los valores comunicados por la Comisión Parlamentaria de Averiguación del Sistema Carcelario del Congreso Nacional que, en julio de 2008, en base a los datos oficiales, indicó como media nacional un coste mensual por preso de 1.031,92 R\$ (mil treinta y un reales y noventa y dos centavos). Fuente: *Relatório da CPI do Sistema Penitenciário*. Congresso Nacional, Brasília, 2008, p. 367. En este se indican ciertas divergencias, por ejemplo, en relación al Estado de Río de Janeiro, el coste mensual por cada preso es de 1.800,00 R\$ (mil ochocientos reales), siendo este el mayor valor en relación a todas las demás unidades federales. En São Paulo, el estado en el que se concentran el cuarenta por ciento de los presos brasileños, presenta un coste medio mensual de 775,00 R\$ (setecientos setenta y cinco reales). También se encontraron referencias a los costes por mes de un preso en penitenciarías de máxima seguridad, que ascendían a un total de 4.500,00 R\$ (cuatro mil quinientos reales), pero estos no se tuvieron en cuenta en este cálculo.

Por tanto, de forma objetiva, el Estado Brasileño gasta anualmente (con sus 514.582 presos) una cantidad de 6.372.000.000 R\$, de la cual 811.010.000 R\$ los gasta solo con los presos por tráfico de drogas, considerando un valor mensual aproximado por preso establecido como parámetro por el Congreso Nacional. Se trata de un coste muy elevado para el Estado Brasileño⁴³ que, a lo largo del tiempo, no ha conseguido mejorar las condiciones de sus prisiones. Esto llevó, incluso, a una denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por las terribles condiciones de la cárcel conocida como “Urso Branco”, en Acre, región norte de Brasil, presidio en cuyo interior fueron asesinados más de 100 presos bajo la tutela del Estado entre los años 2000 y 2008. La descripción oficial de las condiciones generales del sistema penitenciario nacional es la siguiente:

Casi todos los presos son pobres, originarios de la periferia, con baja escolaridad y con pocos ingresos o sin ningún tipo de ingreso. En la prisión, el aparato policial actúa siempre con prepotencia, ejerciendo abusos de poder, practicando la ocultación de derechos y actuando, en no raras ocasiones, con violencia. La CPI ha recibido muchas denuncias de delitos falsos, en especial en lo que respecta a las drogas, así como de malos tratos practicados por los agentes policiales.⁴⁴

Pese al alto gasto oficial brasileño, este no es suficiente para modificar la situación de superpoblación, violencia y tortura en los centros penitenciarios brasileños, además de las graves deficiencias en asistencia médica, social, jurídica y educacional, en alimentación y vestimenta, y de los testimonios de ausencia de control por parte del Estado y de dominio de organizaciones criminales en el interior de algunas prisiones. Una buena parte de los presos no debería estar en las penitenciarías, debiéndose esto a la ausencia o insuficiencia de asistencia jurídica, lo que hace que muchos sigan presos durante más tiempo del previsto por sus penas. La opción de la pena privativa de libertad, al contrario que las medidas alternativas, también influye sobre este cuadro.

En relación al crimen de tráfico que, como hemos visto, es un factor preponderante de la superpoblación carcelaria, la redacción original del apartado 4 del art. 33 de la Ley de Drogas reforzaba la opción de la pena de prisión. Dicho artículo, al tiempo que permitía una reducción de la pena de hasta dos tercios si el acusado era reo primerizo, con buenos antecedentes y no estaba implicado en el crimen organizado,

⁴³ A pesar de que la metodología utilizada no sea uniforme, lo cual dificulta la comparación entre los estados, se incluye en el informe antes citado la indicación de que, en esa época, el coste mensual por preso en Brasil sería el equivalente a 670,00 U\$ lo que significaría que el país es uno de los que más gasta por preso en América Latina, superando a Costa Rica (con un coste de 299,00 US\$) y a Argentina (284,00 US\$).

⁴⁴ Informe de la CPI, *op. Cit.*, p. 214.

prohibía la sustitución de la pena de privación de la libertad únicamente para este crimen, incluso si la pena era inferior a cuatro años. Solo recientemente, por decisión del Supremo Tribunal Federal, que consideró inconstitucional dicha prohibición, pasó a admitirse esa sustitución⁴⁵.

Debido a las condiciones insalubres de la mayoría de las prisiones y al hecho de que la gran mayoría de los detenidos son personas pertenecientes a los estratos más desfavorecidos de la sociedad, y considerando las estimaciones que demuestran que la mayoría de los presos por tráfico son pequeños traficantes sin ningún tipo de importancia en la cadena comercial de venta de las sustancias ilegales, resulta que una gran cantidad de dinero que se podría estar utilizando para invertir en salud, educación e infraestructuras se está desperdiciando en retener a personas que van a salir de la cárcel en peores condiciones que cuando entraron en ella, tal y como apuntan diversos estudios sobre el sistema penitenciario en Brasil y a nivel internacional⁴⁶.

Si comparáramos ese gasto con la inversión pública en educación en Brasil, el contraste es significativo. Si se tiene en cuenta que las estimaciones oficiales indican que el gasto público oficial anual por alumno en Enseñanzas Medias en Brasil, en el año 2008, fue de 2.122,00 R\$ (dos mil ciento veintidós reales)⁴⁷, mientras que cada preso, en condiciones insalubres, costaba anualmente durante ese mismo año (2008) 12.383,04 R\$, es decir, casi seis veces más, se ve lo irracional que se muestra esa política de encarcelamiento, más aún en un país como Brasil, con tantas deficiencias en las áreas de educación y salud. Se gasta cerca de seis veces más con un preso que con un alumno en edad escolar. Está claro que hay una situación de baja inversión en educación en Brasil, y que se debería invertir mucho más, pero ese presupuesto se destina a mantener gente encarcelada.

Pero incluso en EE.UU. esa comparación indica que, tal y como se calculó en 1996, el coste de un preso en ese país por año superaba el gasto anual de un estudiante

⁴⁵ A partir de la decisión del Supremo Tribunal Federal en el Habeas Corpus 97.256, ahora los traficantes considerados de pequeño nivel tienen derecho a la sustitución de la pena de privación de la libertad por sanciones restrictivas de derecho, habiendo publicado el Senado Federal la Resolución nº 2, el 15 de febrero de 2012, para eliminar de la Ley nº 11.343 (Ley de Drogas) la expresión “prohibida la conversión a penas que restrinjan derechos”, considerada inconstitucional. La medida también podrá beneficiar a los sentenciados que se encuentren presos, por el principio de retroactividad de la ley penal más beneficioso. El artículo 44 del Código Penal prevé la conversión de la pena de privación de la libertad a una pena restrictiva de derechos siempre que esta no supere los 4 años y que el crimen no se cometa con violencia ni con graves amenazas a personas, y esa regla genérica no se le aplicaba al tráfico a causa de la prohibición de la sustitución impuesta por el artículo 33, apartado 4 de la Ley nº 11.343.

⁴⁶ Para una amplia revisión de la literatura, vide CERVINI, R. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002; para estudios sobre la realidad brasileña, CARVALHO, Salo. (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴⁷ Fuente: INEP, disponible en http://portal.inep.gov.br/estatisticas-gastoseducacao-despesas_publicas-p.a._precos.htm, consulta el 18.04.2012.

de Harvard, incluyendo la enseñanza, el alojamiento y los gastos diarios de manutención.⁴⁸

Hay que indicar que aquí solo se está considerando el coste de encarcelamiento, sin tener en cuenta las demás fases del proceso judicial, lo que elevaría más aún el coste económico de esta política de drogas.

En el caso del crimen de tráfico, la situación es aún más chocante ya que, pese al alto índice de encarcelamiento, el consumo, la circulación y la venta de drogas no se reduce ni se contiene, es decir, solo se “pone un parche”: se detiene a muchas personas cuando ya hay muchas otras disponibles para ocupar ese puesto. Muchos usuarios están presos, sin acceso a tratamiento, y siguen utilizando sustancias ilegales y es el contribuyente el que paga por eso.

En términos comparativos, en relación al área de la salud, se verifica que, en 2011, Brasil gastó en programas de salud mental durante el año un total de 1.812.770.000 R\$⁴⁹, lo cual se considera insuficiente; y esto, en términos totales, significa que se gasta más en prisiones que en salud mental, sector este último con una elevada demanda de atención social y tratamiento contra la dependencia de drogas en general y otros trastornos mentales, pero que el gobierno no es capaz de ofrecerles a todos. En ese sentido se entiende que los elevados gastos de represión y encarcelamiento (especialmente de los pequeños traficantes) se podrían utilizar mejor para la prevención.

A pesar de todo esto, además del elevado coste económico, se debe destacar el coste humano, es decir, las situaciones absurdas e injustas, además de desproporcionadas, a las que se somete a las personas que sufren en carne propia las contradicciones de la Ley de drogas, tal y como se verá a continuación.

4.3. Los costes humanos de la Ley de Drogas en Brasil

Brasil es un país de contrastes, donde la aplicación de la ley penal resulta selectiva y discriminatoria. A continuación se realizarán tres breves estudios de casos.

En estos casos, se pretende demostrar, en última instancia, que la inconveniencia y la falta de necesidad de criminalización de las conductas relacionadas con las drogas

⁴⁸ Según el economista de Harvard, Jeffrey Miron (2008), sobre los costes recaudados a comienzos de los años 90. *Apud The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen, p. 12.

⁴⁹ Ref. Recursos do SUS destinados a hospitais psiquiátricos e aos serviços extra-hospitalares em 2011. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento/SPO/MS, DATASUS, Coordenação de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas/DAPES/SAS/MS. In: Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. Saúde Mental em Dados 10. Ano VII, nº 10, março de 2012. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/mentaldados10.pdf>.

se relacionan con la disfunción social que genera esa criminalización, a pesar del fin declaradamente perseguido de mejora o protección de la salud pública. Desde el punto de vista normativo, esa disfunción se traduce en la vulneración de los bienes jurídicos / derechos fundamentales, sin ninguna contrapartida de protección de otros bienes de equivalente relevancia.

Los siguientes estudios de casos proporcionarán pruebas sobre la interfaz entre fallo empírico y fallo normativo de la criminalización de las conductas relacionadas con las drogas, centrándose en los peligros especiales de la criminalización de las conductas relacionadas con el uso de drogas.

V. El usuario condenado por tráfico a una pena de seis años por portar 25g de marihuana⁵⁰

Mauricio⁵¹, que tenía 23 años cuando fue detenido, es un ejemplo de la desproporción y de la irracionalidad de la aplicación concreta de la ley de drogas. Consumidor de cannabis, estudió hasta sexto curso y es padre de tres hijos, se enfrenta a un proceso preso, como traficante, resultado de las contradicciones de una legislación penal de drogas defectuosa, desde el punto de vista técnico, y tendenciosa, por formar parte de una política criminal represiva. Los crímenes de tráfico de drogas y posesión para consumo propio comparten diversas conductas típicas, con la obligación del reo de probar la intención de cometer el crimen más leve.

Aparte de eso, debido a la falta de criterios claros y objetivos en la ley de drogas, se estableció, en la práctica, la figura de la policía como determinante en la diferenciación entre tráfico y consumo propio, puesto que la gran mayoría de las condenas que implican drogas tienen lugar, y esto constituye flagrante delito, sin una investigación previa. De esta forma, la policía es quien entra en contacto con el reo en primer lugar, y su palabra tiene un gran peso ante el juez.

Maurício trabajaba descargando pescado en la ciudad portuaria de Angra dos Reis, en el sur del Estado de Rio de Janeiro, ganando 40,00 R\$ (cuarenta reales) por cada ocho toneladas descargadas, y disponía de una renta variable dependiendo de la marea, que determinaba la cantidad de pescado. Mantenía a su familia, junto con su padrastro, que recibía una pensión del INSS.

⁵⁰ Los datos para la narración y descripción del caso se extrajeron de las actas del proceso al que se enfrentó el acusado, y de la entrevista semiestructurada de investigación llevada a cabo en noviembre de 2010 en la penitenciaría en la que aquel se encuentra encarcelado hasta hoy. Un extracto de la entrevista se encuentra disponible en la página web del TNI: <http://www.druglawreform.info/en/publications/the-human-face>.

⁵¹ Nombre ficticio.

Las únicas drogas que consumía eran el alcohol y la marihuana. Comenzó a fumar a los 15 años, por curiosidad y animado por sus amigos. Relata que pasó a fumar marihuana todos los días: *“Por la mañana, en cuanto me despertaba, fumaba. Algunas veces, antes de comer. De ahí a la noche fumaba unos dos o tres cigarrillos de marihuana, antes de dormir. Solo o con mis amigos. Ya formaba parte de mi rutina”*.

Antes de ser detenido por tráfico, tenía antecedentes penales por posesión ilegal de armas, por lo que había estado en prisión durante 4 meses y había tenido que prestar servicios a la comunidad. Afirma que asumió la autoría del crimen para librar a un amigo de ser reincidente.

En septiembre de 2009, a eso de las 12:20, bajaba de una favela, acompañado por su compañera, cuando pasó al lado de un vehículo de la policía militar y fue abordado por los policías. Estos procedieron a registrarle, pero antes de hacerlo él confesó estar en posesión de marihuana y no dio muestras de intento de fuga. La policía encontró en un bolsillo de sus pantalones doce “bolsitas” de marihuana, por un total de 25,96g. En el juicio el policía que encontró la droga afirmó que “ya había oído decir que el reo traficaba”. La tesis de la defensa fue que la droga se destinaba a consumo propio y fue corroborada por la declaración de la compañera del reo, pero la sentencia del tribunal de primera instancia le condenó por tráfico de drogas a una pena de seis años de reclusión basándose íntegramente en las declaraciones de los policías:

“En relación a la autoría, a pesar de la negativa sostenida por el acusado en su interrogatorio, esta quedó demostrada por las declaraciones de los policías que realizaron la detención, que en el juicio incluso afirmaron que habían oído que el acusado vendía sustancias estupefacientes en el muelle que hay en el Centro de la ciudad, lo que anula la tesis de la defensa de que el material incautado estaba destinado al consumo propio del acusado, no pudiendo, en el presente caso concreto, retirar los cargos.

Hay que destacar que el relato del testigo llamado Flávia no es suficiente para eliminar la credibilidad de las declaraciones de los policías que detuvieron al acusado, habida cuenta de que esta es la compañera del reo, por lo que tiene un interés directo en que el desenlace de la causa sea positivo.

Además, como los policías no conocían al acusado y este tampoco los conocía a ellos, no hay razón para que aquellos inventen la historia con el fin de incriminar a una persona que saben que es inocente”.

Como se puede ver, la jueza defendió la declaración de los policías en cuanto a su sinceridad, pero se abstuvo de analizar la veracidad de la información. Se contentó con que fuera presentada por policías, lo que muestra la importancia que se les da en el juicio. La Defensa Pública apeló la decisión y, en la sentencia, el órgano de segunda instancia (Cámara Criminal) mantuvo la condena por mayoría de votos, cabiendo

aún otro recurso más, teniendo en cuenta que uno de los jueces de segunda instancia cambiaba el cargo por el de posesión de drogas y lo ponía en libertad.

Otros dos aspectos llaman la atención en el caso de Mauricio. El primero es el valor que se le da en el juicio a la declaración de los policías. Ninguno de los policías tenía conocimiento directo de que Mauricio fuera traficante. Ellos habían oído rumores y materializaron estos rumores durante el juicio. La presunción de veracidad conferida a sus declaraciones se utilizó para darle estatus de certeza a los rumores. En el voto en contra en el juzgado de 2ª instancia, el juez en desacuerdo⁵² ataca justamente la capacidad probatoria de las declaraciones de los policías. Afirma que el conocimiento de los policías de que Mauricio era traficante se basaba en meros rumores, sin identificación del origen ni de la fuente de los mismos, y que, por tanto, no poseían credibilidad ni fuerza probatoria. En su voto afirma que “La credibilidad de la declaración del testigo depende de la demostración de cómo llegó a esta conclusión el declarante”.

Sin embargo, en la sentencia hubo una fundamentación más extensa, en la que la jueza de apelación afirmó que la condición de usuario no eximía necesariamente de la autoría, puesto que podía tratarse de un usuario-traficante, ya que de otro modo el reo no tendría medios para pagar por la droga (50,00 R\$) para consumo propio, debido al bajo salario como descargador. En base a estos argumentos y a las declaraciones de los policías, la jueza de apelación entendió que los 25g de marihuana se destinaban al tráfico. Es decir, además de ser detenido como traficante, esa condición se justificó en base a su pobreza.

El segundo aspecto que llama la atención en este caso es que Mauricio, cuando fue condenado por posesión de arma de fuego, una acción que puede poner en peligro a toda la comunidad, la consecuencia jurídica de esa condena fue de cuatro meses de prisión y servicios a la comunidad. Sin embargo, al habersele condenado por un crimen relacionado con las drogas, sin ningún tipo de riesgo para terceros, lleva en prisión ya casi tres años y puede seguir ahí mucho más tiempo.

Habiendo cumplido más de un tercio de la pena a la que fue condenado, sigue a la espera del resultado del recurso, encarcelado lejos de su familia, que tiene dificultades para visitarlo debido a la distancia. Su madre intentó visitarlo, pero una serie de problemas en el registro del catastro se lo impidieron. En febrero de 2010 su padrastro falleció y su familia, que ya no podía contar con su ayuda financiera, permaneció sin ningún tipo de ingreso hasta que su madre comenzó a recibir la pensión del INSS.

Aún hay posibilidades de recurso, y la fragilidad de los fundamentos condenatorios hace que haya posibilidades de retirar los cargos por el de posesión para consumo propio. Pero incluso en este escenario favorable, el joven ya habrá pasado varios años

⁵² Nombre dado al juez de apelación o de segunda instancia.

en la cárcel, funcionando en su contra la presunción de culpabilidad que es el reflejo de la prisión preventiva obligatoria.

La condena de una persona a seis años de prisión por portar unos 25g de marihuana es claramente desproporcionada, siendo esta la pena prevista en el Código Penal Brasileño para el crimen de homicidio, más aún cuando se trata de un usuario, tratado como traficante por su condición social. En ese sentido, ¿cuánto le costará al erario público, al cabo de seis años, el encarcelamiento de Maurício en condiciones inadecuadas en una penitenciaría de Rio de Janeiro? Utilizando la media nacional mensual por preso, antes indicada, se obtiene un valor total de 111.447,36 R\$ (ciento once mil cuatrocientos cuarenta y siete reales), que se podrían utilizar mucho mejor para ayudar a Maurício y a su familia en términos de asistencia social y prevención del consumo de drogas.

VI. Consideraciones Finales

Este trabajo también tiene por objetivo responder a la pregunta principal: ¿es proporcionada la criminalización de las conductas relacionadas con algunas drogas (arbitrariamente) consideradas ilegales? Para responder a esta cuestión se ha facilitado una definición del principio de proporcionalidad como instrumento jurídico de prueba de la legitimidad de las normas penales incriminatorias.

A continuación, se muestra la prioridad legislativa dada a las conductas relacionadas con las drogas, a efectos de criminalización, así como el resultado de eso: penas sistemáticamente más altas (absoluta o relativamente) para el crimen de tráfico de drogas que para otros crímenes mucho más dañinos para la sociedad, que, incluso, pueden culminar en la destrucción de la vida de una persona inocente. Es perfectamente posible, y así sucede en muchos casos, que un acusado por un crimen de homicidio reciba una pena menor que un acusado por tráfico de drogas.

Después de esta parte más abstracta, el trabajo asume una perspectiva concreta y demuestra que: (i) en su mayor parte, el crecimiento del número de encarcelados en Brasil de 2007 a 2011, que sigue aumentando y que ya supone la cuarta mayor población carcelaria del mundo, se debe a un vertiginoso aumento del encarcelamiento de las personas condenadas por tráfico de drogas, situación aún más grave entre las mujeres; (ii) como consecuencia, Brasil tiene un coste creciente de encarcelación, en gran medida a causa de la encarcelación por tráfico de drogas; (iii) el gobierno brasileño gasta seis veces más, por término medio, para mantener a un preso que para mantener a un alumno en la enseñanza secundaria, es decir, se gasta más en encarcelar a una persona que en invertir en una política pública que la haría menos

vulnerable socialmente, incluso con respecto al abuso y la dependencia de drogas, o de cara al desempeño de actividades criminales; (iv) el perfil de los presos como traficantes implica, en la mayoría de los casos, a personas que tienen vidas difíciles, que son socialmente vulnerables, y que añaden a la dificultad de su vida la sentencia de muerte social por haber sido condenadas por tráfico de drogas, viéndose forzadas a abandonar a sus familias y a dejarlas sin sustento; (v) cuando una persona posible-mente no tan vulnerable es detenida por tráfico sufre un vuelco en su vida, se le arranca de su casa, de su trabajo y su familia, y tarda mucho tiempo en retomar algunas de las tareas normales y cotidianas que llevaba a cabo y pasa a cargar con recuerdos traumáticos para el resto de su vida.

De todas las constataciones de este trabajo, ahora está claro que las leyes de drogas en Brasil, y en especial la Ley 11.343/2006, son completamente desproporcionadas, tanto a nivel abstracto como a nivel concreto. La concepción jurídica de la ley representa un desastre normativo y su aplicación un desastre social aún mayor. Más que cualquier otra ley penal, la Ley de Drogas es selectiva, estigmatizante, ambigua y autoritaria. Afecta especialmente a personas pobres y vulnerables y les aplica penas más graves que las aplicadas a los acusados de estupro, corrupción y, en algunos casos, incluso a los homicidas. Al hacer esto destruye familias, casas, vidas y también supone una sangría injustificable para las arcas públicas, destinada a sustentar un aparato penitenciario que no aporta nada bueno a la vida de los condenados. Ese dinero, invertido de forma defectuosa, deja de invertirse en otras cosas claramente fructíferas para la sociedad, tales como el acceso de los niños a la enseñanza básica y la garantía de su permanencia en la misma.

Es hora de que toda la sociedad se pregunte por qué se sigue gastando tanto dinero en la encarcelación en general, en especial en relación con el delito de tráfico de drogas ilegales, sin que con ello se haya conseguido reducir el consumo, la venta de drogas o la violencia relacionada con ese mercado ilegal.

VII. Bibliografía

- ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. v. 16, n. 12, p. 131-140, jun. 2003.
- _____. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16, n. 4, p. 433-49, dec. 2003.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BEWLEY-TAYLOR, D. TRACE, M. STEVENS, A. *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Briefing paper Seven, 2005.
- BEWLEY-TAYLOR, D., HALLAM, C., ALLEN, R. *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen, 2009. In: http://www.idpc.net/php-bin/documents/Beckley_Report_16_2_FINAL_EN.pdf.
- BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) et alli. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009.
- BOITEUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.
- _____. Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria en Brasil. In: METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta. (Eds). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA, 2010, p. 30-39.
- _____. *Trafico y Constitución: un estudio jurídico-social sobre el artículo 33 de la Ley de Drogas brasileña y su aplicación por los jueces de Río de Janeiro y Brasília*. In: II Conferência Latino Americana e I Conferência Brasileira sobre Política de Drogas, 2010, Rio de Janeiro. America Latina: Debate sobre Drogas (I y II Conferencias Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas. Buenos Aires : Intercambios Sociedad Civil/Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, 2010. v. 1. p. 239-247.
- _____. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* (IBCCRIM). v. 217, p. 16-17, 2010.
- BUSH-BASKETTE, S. R. The 'War on Drugs'. A War Against Women? In Cook, S., & Davies, S., (Eds). *Harsh Punishment: International Experiences of Women's Imprisonment*. Boston: Northeastern University Press, 1999.

- CARVALHO, Salo de. (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CERVINI, R. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- CHRISTIE, Nils. *A indústria de controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo, ano 5, 2011.
- GOMES, Mariangela Gomes Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs*. New York, 2000.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Saúde Mental em Dados 10*. Ano VII, nº 10, março de 2012.
- MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos, 1999. p. 71-87.
- METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta (Ed.). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA, 2010.
- NEUMANN, U. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 71, p. 205-232, mar.-abr. 2008.
- RELATÓRIO DA CPI DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. Congresso Nacional. Brasília, 2008.
- SANTOS, D. L. S. O princípio da proporcionalidade. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I; F.; NASCIMENTO FILHO, F. *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: 2001. p. 359-82.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- STEVENSON, Bryan. *Drug Policy, Criminal Justice and Mass Imprisonment*. Working Paper. Global Commission, Geneva, Jan. 2011.
- ZAFFARONI, E. R. *et alli. Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¿Des-proporción en la judicialización de los delitos de droga? El caso colombiano

Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra¹.

I. Introducción II. Presupuestos conceptuales: daño y proporcionalidad en materia de drogas. III. Proporcionalidad penal 3.1. Proporcionalidad abstracta de la legislación penal en materia de delitos relacionados con drogas 3.1.1. Evolución legislativa 3.1.2. Análisis comparativo 3.2. Análisis de la proporcionalidad concreta IV. Proporcionalidad utilitaria 4.1. Costos de la Judicialización 4.1.1. Costos de la etapa pre-judicial 4.1.2. Los costos de la Etapa Judicial 4.1.3. Los costos de la ejecución de la pena 4.2. ¿Cuáles son los beneficios de la política? V. Proporcionalidad constitucional VI. Conclusiones y recomendaciones VII. Referencias Bibliográficas

I. Introducción

En los últimos años las políticas de droga en Colombia se han caracterizado por ser crecientemente represivas. En poco tiempo el país pasó de tener un par de regulaciones en la materia, que no implicaban prisión, a la tipificación de todas las conductas que de alguna forma se relacionan con el cultivo, producción, distribución y tráfico de estupefacientes (Uprimny y Guzmán: 2010). Fuertemente influenciada por los cambios a nivel internacional y la interiorización de la “guerra contra las drogas”, la política nacional en materia de drogas se ha convertido en una de las más abundantes en conductas penalizadas y con penas más altas. El endurecimiento de las políticas del país en materia de drogas se ve reflejada, entre otras, en la centralidad de la fumigación masiva de cultivos ilícitos, la extradición permanente de personas relacionadas con el negocio de las drogas, el aumento de las medidas destinadas a atacar el lavado de activos y el incremento de la punibilidad de los delitos relacionados con drogas (Véase Mejía, 2011; Iturralde y Ariza, 2011).

Estas políticas, sin embargo, no han mostrado ser efectivas para reducir consistente y permanentemente la oferta y demanda de drogas. Aunque en los últimos años han aumentado las incautaciones de droga y de precursores, así como las hectáreas con cultivos erradicados, la producción y tráfico siguen manteniendo importantes volúmenes y las redes de crimen organizadas alrededor del negocio de las drogas han

¹ Investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia

buscado nuevos espacios y formas de organización. A pesar de la prohibición y del aumento de la represión, el consumo ha tendido a aumentar en los últimos años, de acuerdo con los estudios oficiales realizados (Camacho, Gaviria y Rodríguez, 2011).

En contraste con sus limitaciones en efectividad, las políticas tienen altos costos para el Estado y la sociedad. Costos directos derivados de la erradicación de cultivos, de la persecución de las redes de tráfico y de la judicialización y encarcelamiento de las personas relacionadas con dichas redes, entre otros, en los cuales incurre el Estado con sus propios recursos y con dineros provenientes de otros Gobiernos. Pero también múltiples costos indirectos, más difíciles de calcular, derivados, entre otros factores, de las pérdidas humanas de la guerra contra las drogas y de las cargas que deben soportar cientos de personas que pierden su libertad con ocasión de la misma. De hecho, algunos estudios recientes en Colombia han enfatizado en los costos en los que han incurrido las políticas que pretenden atacar la oferta de las drogas, en especial en lo que tiene que ver con la erradicación de cultivos, así como en los costos del Plan Colombia (Mejía, 2009; Mejía y Restrepo, 2011; Mejía 2011), mostrando que los resultados alcanzados no necesariamente compensan los costos en los que el Estado ha incurrido.

Esto sugeriría que las medidas adoptadas en desarrollo de las políticas de drogas en el país no resultarían proporcionales a los resultados y beneficios alcanzados. Incluso sin tomar en cuenta los costos indirectos derivados de la guerra contra las drogas, los costos tenderían a ser demasiado elevados en relación con los beneficios alcanzados. Además, el aumento progresivo de las conductas tipificadas y de las penas a imponer, podrían tampoco ser proporcionales a los daños causados por las conductas relacionadas con drogas y tipificadas como delitos en el país. En especial si se tiene en cuenta que la mayoría de los cambios normativos asociados con el aumento en la represión penal no se han fundamentado en evidencia empírica clara sobre los verdaderos daños sociales e individuales causados por las conductas que se persiguen.

Este documento aborda entonces una pregunta central: ¿son proporcionales las políticas de drogas adoptadas en Colombia que implican el uso del derecho penal como herramienta para implementar el prohibicionismo?. Esta pregunta es relevante pues alude directamente a la justificación y admisibilidad de dichas políticas, tanto desde el punto de vista constitucional y legal, como político y ético. Si la respuesta a la pregunta formulada es que no resultan proporcionales, entonces no serían justificables y, por tanto, no sería admisible que se mantengan y reproduzcan en el contexto nacional.

Con el fin de aportar elementos que permitan responder a esta pregunta, el documento asume una perspectiva analítica que articula diferentes concepciones ampliamente aplicadas de lo que implica la proporcionalidad de una determinada medida. La primera de dichas concepciones es la proporcionalidad en el ámbito penal. De acuerdo con ella, la tipificación de los delitos y la aplicación de las penas deben ser proporcionales al daño efectivamente causado con la conducta penalizada o, de lo

contrario, el Estado estaría imponiendo penas que vulnerarían los derechos fundamentales de las personas que son judicializadas y esto resultaría inadmisibles en un Estado de Derecho. La segunda es la proporcionalidad en sentido utilitario. Esta se ocupa de abordar una perspectiva más política, en virtud de la cual se entiende que si una política implica costos que no se compensan con los beneficios que reporta, entonces debería ser desechada o cambiada por una política cuyo balance de costos – beneficios sea más adecuada. Para analizar si las políticas que criminalizan las conductas relacionadas con drogas resultan proporcionales de acuerdo con esta concepción, el documento procura avanzar en la cuantificación de los costos en los cuales debe incurrir el Estado para investigar, juzgar y sancionar a las personas que de alguna forma se relacionan con dichas conductas. La tercera concepción es la proporcionalidad constitucional, en virtud de la cual se entiende que si una política o medida limita derechos fundamentales, sin que se garantice la satisfacción de los derechos que juegan en sentido contrario, entonces resulta desproporcionada y en consecuencia inconstitucional, por lo cual resulta inadmisibles.

De acuerdo con lo anterior, el énfasis del análisis es en las políticas de drogas asociadas con la judicialización y no en las políticas de drogas en general. Esto resulta fundamental por varias razones. En primer lugar, porque en los últimos años el uso del derecho penal en la lucha contra las drogas ha aumentado de manera dramática, y desde la perspectiva del derecho liberal clásico resulta importante establecer si esta utilización respeta principios básicos como el de derecho penal mínimo y proporcionalidad de los delitos y de las penas. En segundo lugar, porque a pesar de que en los últimos años se ha avanzado en establecer los costos y beneficios de las políticas de drogas en el país, casi todos se centran en temas de cultivo y producción de drogas, así como en el análisis del consumo, pero muy pocos han avanzado en establecer el impacto que pueden tener estas políticas en el sistema judicial del país.²

Para desarrollar su propósito, el documento cuenta con cuatro partes principales. La primera, que es un presupuesto conceptual del resto del análisis, reflexiona brevemente sobre cuál es el daño que pretenden prevenir las políticas de drogas en general, pero en particular las que tienen que ver con la judicialización de las conductas relacionadas con la siembra, producción, distribución, tráfico, porte y consumo de drogas. La segunda desarrolla el análisis de la proporcionalidad penal de estas políticas. La tercera analiza si tales políticas de drogas resultan proporcionales desde el punto de vista utilitario, para lo cual explora cuáles son sus costos y sus eventuales beneficios. La cuarta se centra en la proporcionalidad constitucional de las políticas de drogas. El texto termina con unas breves conclusiones.

² Entre los estudios que analizan la relación entre el derecho penal, el sistema judicial y los delitos relacionados con drogas, véase: UPRIMNY (2001); LEMAITRE, J. y ALBARRACIN, M. (2011); e ITURRALDE, M. y ARIZA, L. (2011).

Desde el punto de vista metodológico, el documento se construye principalmente a partir de la revisión de literatura secundaria, con la cual se han construido los elementos conceptuales que permiten orientar el análisis tanto de si la judicialización de los delitos relacionados con drogas en el país resulta proporcionada, como de si los beneficios alcanzados con la misma resultan proporcionados y en consecuencia justificables al compararlos con los costos que implica. Además, se retoman los datos de registro administrativo producidos por varias instituciones del Estado, con el fin de ofrecer una aproximación cuantitativa que permita desarrollar el análisis propuesto. Aunque intentamos acceder a información para varios años, con el fin de poder realizar un análisis longitudinal, no fue posible hacerlo para todos los elementos analizados. En esa medida, optamos por centrar nuestros esfuerzos en el año para el cual encontramos más información, que es el 2009.

II. Presupuestos conceptuales: daño y proporcionalidad en materia de drogas.

Antes de entrar a determinar si las políticas de drogas respetan el principio de proporcionalidad, es fundamental responder a la pregunta sobre cuál es el daño que éstas buscan prevenir o sancionar. Este interrogante es central pues si las políticas de drogas pretenden enfrentar daños muy graves, entonces parece proporcionado que éstas sean muy severas. Por el contrario, si las políticas de drogas buscan prevenir o sancionar daños menores, entonces parece intuitivamente desproporcionado que recurran a penalizaciones severas.

Ahora bien, las políticas de drogas, en la medida en que se fundan en el paradigma prohibicionista, están fundadas en la siguiente lógica: ciertas sustancias psicoactivas son consideradas nocivas y peligrosas para la salud pública, con lo cual se busca evitar su consumo y abuso por medio de la criminalización de su producción y comercialización. El propósito esencial de las políticas de drogas es entonces, al menos en su formulación, uno de salud pública, que es impedir que las personas accedan a esas sustancias psicoactivas por el daño que podría ocasionar su consumo. Pero en la medida en que las políticas de drogas recurren a la prohibición penal, han generado el mercado prohibido del narcotráfico, con todas sus poderosas mafias, que han cometido crímenes atroces y terribles en todos nuestros países. Esto dificulta entonces a veces evaluar cuál es el daño que pretenden evitar las políticas de drogas pues algunos analistas pueden tomar en cuenta su objetivo primario, que es proteger la salud pública, mientras que otros ven en ellas instrumentos para combatir el narcotráfico, que es a su vez un producto de la prohibición.

Una forma de salir de este embrollo es retomar una distinción fundamental desarrollada por varios analistas, como Louk Hulsman (1987) o Ethen Nadelmann (1992), entre los “problemas primarios”, ocasionados por el abuso de una sustancia psicoactiva, y los “problemas secundarios”, derivados de las políticas de control, que los Estados hayan adoptado frente a esa sustancia. Un ejemplo ilustra esa diferencia: una cirrosis provocada por el consumo excesivo de alcohol o un cáncer pulmonar causado por el cigarrillo son “problemas primarios”, pues derivan del abuso mismo de estas sustancias. En cambio, la violencia generada por las mafias que controlan la producción y la distribución de la cocaína, o la contaminación por sida de los consumidores de heroína que comparten jeringas constituyen “problemas secundarios”, pues derivan directamente de la criminalización de la producción y el consumo de esas drogas. La ironía es que con el propósito de combatir los problemas primarios eventualmente asociados al consumo de estas sustancias, las políticas de drogas han creado gravísimos problemas secundarios, en especial aquellos asociados a la existencia de las mafias del narcotráfico.

En este contexto, nosotros creemos que la proporcionalidad de las PD debe ser evaluada frente a su propósito primario, que es enfrentar los problemas de salud pública asociados a los eventuales abusos de ciertas drogas. Estos delitos se engloban entonces dentro de aquellos que pretenden salvaguardar la salud pública. Esto es, la legislación penal asume que se trata de conductas que atentan contra un bien jurídico importante para la sociedad como lo es la salud pública. El presupuesto es entonces que las drogas producen daños a la salud de los miembros de la sociedad que deben ser evitados y que por tanto se justifica que las personas que de alguna forma participan en su producción, distribución y tráfico sean castigadas penalmente.

Ahora bien, podría argumentarse que el único bien jurídico que pretenden salvaguardar estos tipos penales no es la salud pública, sino también bienes tan fundamentales como la integridad personal y la seguridad nacional. El presupuesto de esta crítica sería que la producción y tráfico de drogas produce muertes y afecta la seguridad pública, de forma tal que deben ser perseguidas penalmente las personas que participen de alguna forma en ellas. Sin embargo, como ya lo explicamos, los daños ocasionados o derivados de la criminalidad que se organiza en torno al negocio de las drogas no son un problema primario, sino secundario, pues obedecen a la prohibición misma y a lo rentable que resulta el negocio como consecuencia de ella, y no a las conductas de cultivar, producir y distribuir ciertas sustancias psicoactivas.

Es claro que la salud pública es un bien jurídico digno de tutela pero no es tan claro que la producción y distribución de estas sustancias psicoactivas sea una amenaza grave para ese bien jurídico ni que los tipos penales desarrollados por las políticas de drogas los protejan de manera adecuada, por la sencilla razón de que las conductas criminalizadas no causan un daño concreto, sino que generan un riesgo de que la

salud pública sea afectada. Así, al transportar alguna cantidad de droga no se causa por ese solo hecho un daño concreto a la salud pública, ni a la salud individual de algún miembro de la comunidad, solo se genera el riesgo de que se pueda afectar de alguna forma la salud de algún consumidor, si éste voluntariamente decide comprar y consumir esa sustancia psicoactiva. No debemos olvidar que los consumidores son quienes voluntariamente deciden acceder a esas sustancias. En este sentido, es clave recordar que, como lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, el consumo por parte de un individuo adulto es una decisión autónoma que está amparada constitucionalmente por el derecho del libre desarrollo de la personalidad.³ En esa medida, el contribuir de alguna forma al cultivo, producción, distribución o tráfico de drogas no afecta en sí mismo un bien jurídico individual o colectivo de manera directa. Puede crear un riesgo o alentar conductas riesgosas, pero no implica un daño concreto.

En consecuencia, al momento de establecer la proporcionalidad entre el daño ocasionado con el delito y la pena determinada por el legislador, es importante tener en cuenta que en general las conductas relacionadas con drogas que han sido tipificadas como delitos no tienden a generar daños concretos y de manera directa. Respecto de muy pocos tipos penales se podría establecer un daño concreto y directo, como en el caso de suministro a menor, pues la distribución de drogas a niños, niñas y adolescentes sí podría implicar una afectación de su libre desarrollo de la personalidad.

III. Proporcionalidad penal

La llamada “guerra contra las drogas” puede ser caracterizada como un *localismo globalizado*, en términos de Boaventura de Sousa Santos, pues se trata de una lucha local, iniciada por Estados Unidos hace más de 40 años, que se ha globalizado. Pero al tiempo, es un *globalismo localizado*, pues se concreta en políticas locales específicas, adoptadas por la mayoría de los países alrededor del mundo, que están fuertemente influenciadas por las tendencias globales. Su característica central es un prohibicionismo estricto, orientado por el principio de ‘tolerancia cero’ a las drogas (Uprimny, R. y Guzmán, D., 2010).

El prohibicionismo se ha desarrollado utilizando el derecho penal como parte de la estrategia de represión total de las drogas. En muchos países, el ciclo de las drogas es penalizado desde el cultivo y producción, pasando por la distribución y tráfico, hasta llegar incluso al porte y consumo. Esto ha implicado en muchos países un aumento progresivo de las conductas tipificadas y de las penas. Colombia, como mostraremos más adelante, no ha escapado a estos aumentos progresivos y consistentes (UPRIMNY, R. y GUZMÁN, D., 2010). Esta tendencia podría implicar una vulneración

³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-221 de 1994.

del principio de proporcionalidad penal, lo cual tendría consecuencias complejas en términos de derechos fundamentales y de garantías penales.

El principio de proporcionalidad penal es fundamental, pues se refiere a la garantía de la proporcionalidad de la pena que se ha desarrollado desde la época de la Ilustración y que hoy día es una conquista del Estado de Derecho. Tiene su fundamento en el principio de legalidad y está relacionado con la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como garantía para la protección de la dignidad humana. Se encuentra establecido en diferentes tratados internacionales de derechos humanos y en Colombia tiene corolario constitucional deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)⁴.

A pesar de su relevancia, su determinación no es pacífica, pues es difícil establecer criterios objetivos de ponderación que logren determinar la proporcionalidad entre el injusto y la pena a imponer. La pena aplicable a cada caso encuentra una legitimación externa por ser un problema moral y político. Con el fin de analizar si en efecto esta tendencia a aumentar los delitos y las penas ha implicado una vulneración del principio de proporcionalidad penal en Colombia, utilizamos la aproximación desarrollada por Ferrajoli (2000: pp. 398 y s.s.). De acuerdo con este autor, el análisis de la proporcionalidad de las penas puede descomponerse en tres sub-problemas: 1) La pre-determinación por el legislador de las penas mínimas y máximas para cada conducta, 2) la determinación de la pena realizada por el juez para cada caso en concreto y 3) la post-determinación que corresponde a la ejecución efectiva de la pena.

Frente al primero de ellos, la pre-determinación de la pena, que para efectos de este documento denominaremos como proporcionalidad abstracta, por referirse a la definición que de manera general hace el legislador de los delitos y de las penas, es posible analizar su proporcionalidad de dos maneras. Por un lado, a partir de los principios teóricos que han planteado diferentes filósofos como criterio de definición de la pena mínima y la pena máxima que merece una conducta determinada. Al respecto, Ferrajoli (2000: pp. 399 y s.s.) rescata dos principios teóricos en concreto: *la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena; y la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas*. Por otro lado, es posible realizar la pre-determinación de la pena a partir de un criterio comparativo con las penas establecidas para otros tipos penales.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Esto es, analizando si las penas asignadas por el legislador a un determinado delito son desproporcionales en relación con otros delitos de mayor o igual gravedad.

Los dos problemas restantes, que hemos agrupado en la categoría de proporcionalidad concreta, pueden ser analizados también con un criterio comparativo. Es decir, en relación con las penas efectivamente impuestas por los jueces a conductas para las que el legislador haya determinado penas mayores o iguales a las de los crímenes analizados; y en la comparación de las penas efectivamente cumplidas por personas condenadas por éste y otros delitos.

A continuación, analizamos si la penalización de las conductas relacionadas con drogas tipificadas como delitos en el país resulta ajustada al principio de proporcionalidad penal, siguiendo los elementos teóricos desarrollados brevemente en líneas anteriores. Para esto, nos ocupamos primero de analizar la proporcionalidad abstracta y después ofrecemos elementos que permitan establecer si las penas efectivamente impuestas por delitos de drogas resultan proporcionales en concreto.

1. Proporcionalidad abstracta de la legislación penal en materia de delitos relacionados con drogas

La proporcionalidad abstracta se refiere al análisis de proporcionalidad que se realiza dentro de la primera etapa de definición de la pena, es decir, dentro de la labor del legislador en la determinación de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones. Para realizar el análisis de la proporcionalidad abstracta de la legislación antidroga en Colombia, desarrollaremos dos elementos fundamentales. En primer lugar, exploraremos cómo ha evolucionado la legislación penal colombiana en materia de drogas, resaltando el aumento de los montos de las penas y del número de conductas tipificadas. Estos dos elementos nos permitirán establecer si la tipificación realizada en Colombia respeta los principios básicos que permitirían establecer cuál es la pena mínima y máxima a imponer para un delito. En segundo lugar, acudiremos al análisis comparativo, con el fin de complementar la determinación de la proporcionalidad abstracta de la legislación penal en materia de delitos relacionados con drogas. En este sentido, relacionaremos los montos de las penas de los delitos de drogas frente a otros delitos especialmente graves o de alto impacto social.

1.1. Evolución legislativa

La evolución de la penalización de las conductas relacionadas con drogas permite entender mejor las principales transformaciones que han tenido las penas y en general la tipificación de las conductas relacionadas con drogas; así como el alcance de las conductas actualmente consideradas como delitos en Colombia. A continuación

incluimos una perspectiva muy general sobre la evolución de las conductas tipificadas, con especial énfasis en la evolución de las penas.

El siglo XX representó en Colombia un periodo de aumento progresivo de la tipificación de conductas relacionadas con drogas y de las penas previstas para las mismas. En menos de 80 años pasamos de tener un par de tipos penales a un conjunto amplio y diverso de las mismas, con penas muy elevadas. Desde la primera norma en materia de drogas adoptada en Colombia (Ley 11 de 1920), caracterizada por establecer sanciones únicamente pecuniarias sobre el tráfico y el consumo, hasta la reciente Ley de Seguridad Ciudadana (Ley 1453 de 2011) que aumentó algunas penas de conductas relacionadas con drogas hasta el máximo de 30 años de prisión, se puede decir que la tendencia evolutiva de la regulación jurídica de las drogas se acerca cada vez más al derecho penal máximo.

En efecto, la primera Ley que se ocupó del tema apareció en 1920, regulando la importación y venta de “sustancias que forman hábito pernicioso”, y establecía entonces multas para aquellas personas que vendieran ese tipo de sustancias desobedeciendo dichas regulaciones. En las décadas siguientes se produjeron otras leyes que fueron aumentando progresivamente el número de conductas tipificadas, y las penas a imponer.

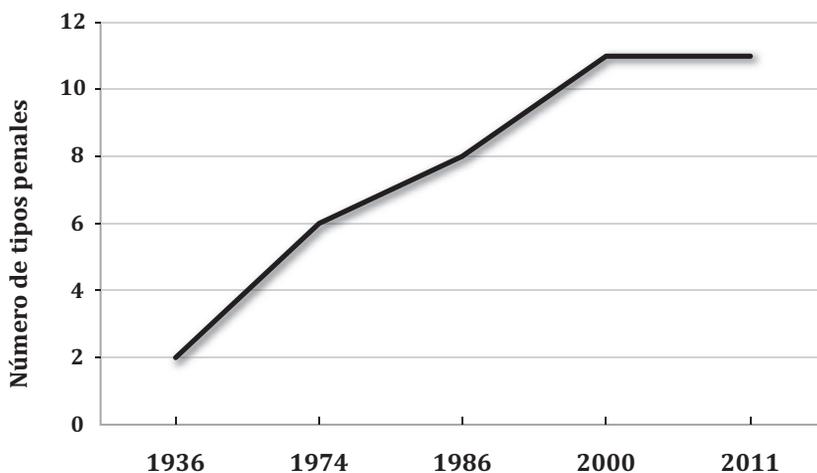
Pero tal vez el momento clave de esta evolución fue la década del 80. Durante ella los países de Latinoamérica adoptaron legislaciones antidrogas fuertes como consecuencia de la paulatina implementación de la lucha mundial contra las drogas. Se prohibió totalmente cualquier actividad relacionada (producción, tráfico o consumo), y se establecieron altas penas para quien cometiere dichas conductas: en Venezuela en 1984, República Dominicana en 1988, Argentina en 1989, Paraguay en 1988, Perú en 1982, Chile en 1985, Bolivia en 1989, entre otros. (Zaffaroni, 2009, p. 4). Colombia no fue la excepción. Con la Ley 30 de 1986, conocida como Estatuto Nacional de Estupefacientes, adoptó un instrumento legal de control y represión que incluye la penalización de múltiples conductas, elevadas penas privativas de la libertad y diversas penas accesorias, principalmente pecuniarias.

Después de ese momento de gran expansión represiva, la tendencia ha sido al incremento en las penas a imponer, manteniendo casi inmóvil el número de conductas tipificadas. Así, El Código Penal de 2000, reformado por la Ley 1453 de 2011, conocida como Ley de Seguridad Ciudadana, incluye 11 tipos penales, con dos agravantes, que penalizan desde la conservación de plantaciones, la fabricación, el suministro de sustancias, pasando por el tráfico, hasta el uso de sumergibles y semi sumergibles. En la reforma más reciente, además, se excluye la excepción para la dosis personal, con lo cual algunos funcionarios consideran que Colombia ha regresado a la penalización del porte y consumo de cantidades equivalentes a la dosis personal. Sin embargo, la polémica ha tendido a ser superada desde que la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia de casación, enfatiza en que a pesar de la reforma introducida por la Ley 1453, no deben judicializarse las personas que sean sorprendidas portando cantidades que puedan ser consideradas dosis personal.⁵

La tendencia al aumento de los tipos penales relacionados con drogas se aprecia con claridad en la gráfica 1. Esta se construyó cuantificando el número de conductas tipificadas en las principales regulaciones del tema de drogas que han existido en el país desde la década del 30, que es cuando se empiezan a desarrollar penas privativas de la libertad para estas conductas. Para la construcción de dicha gráfica se tomaron en cuenta el Código Penal de 1936, el Decreto 1188 de 1974, por medio del cual se expide el primer Código Nacional de Estupeficientes, la Ley 30 de 1986, que modifica el Estatuto Nacional, el Código Penal del año 2000 y la modificación realizada al mismo en virtud de la Ley 1453 de 2011, conocida como Ley de Seguridad Ciudadana. Para cada uno de ellos se contaron los tipos penales incluidos, sin agravantes.

Gráfico 1. Tendencia de crecimiento de conductas relacionadas



La tendencia al aumento de conductas relacionadas con drogas tipificadas es entonces clara. Mientras que en el Código Penal de 1936 se tipificaban solamente 2 conductas –la elaboración, distribución y suministro fraudulentos, y destinar inmueble para el uso de sustancias prohibidas–, para el año 2000 se contaba con 11 tipos penales

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 17 de agosto de 2011, MP Fernando Alberto Castro Caballero. Proceso No. 35978.

que incluyen desde el cultivo, ser sorprendido con precursores y sustancias para la fabricación, la producción, transporte, tráfico y suministro, hasta destinar naves, aero naves y sumergibles y semi sumergibles.

Además del aumento de conductas tipificadas, también han aumentado las penas. La Tabla 1 muestra cuáles son las leyes que durante el siglo pasado y lo que va corrido del presente, han modificado la legislación penal en materia de drogas, resaltando cuáles son las penas mínima y máxima que contemplaba cada una de dichas leyes para los delitos relacionados con drogas. La pena promedio ha sido calculada por los autores, justamente como un promedio de la mínima y la máxima. En este caso se han tomado en cuenta todos los delitos tipificados por cada una de dichas leyes, y al interior de cada Ley se ha tomado la pena mínima y máxima que establecían, incluso cuando no correspondieran a la misma conducta.

Tabla 1. Evolución legislativa antidroga en Colombia

Norma	Año	Pena Mínima	Pena Promedio	Pena Máxima
Ley 11	1920	0 ⁶	0	0
Ley 118	1928	1 mes	6,5 meses	1 año
Ley 96	1936	6 meses	2,75 años	5 años
Ley 45	1946	6 meses	2,75 años	5 años ⁷
Decreto 522	1971	1 año	3 años	5 años
Decreto 1188	1974	2 años	6 años	14 años
Ley 30	1986	1 año	10,5 años	20 años
Ley 599	2000	1 año	10,5 años	20 años
Ley 1453	2011	1 año	15,5 años	30 años

Se puede observar que la pena máxima y la pena promedio tienen una tendencia al alza, lo que quiere decir que la evolución legislativa colombiana tiende a maximizar la criminalización en cuanto a delitos sobre drogas se refiere. En la pena mínima esta tendencia maximizadora no es tan evidente, pero ello no ocurre porque las normas sean menos represivas, sino porque en las últimas tres leyes analizadas hay un incremento significativo en las conductas punibles relacionadas con drogas que comportan penas no muy abultadas. Por ejemplo, en el Código Penal del año 2000 la conducta de *suministro o formulación ilegal a deportistas* comporta una pena de 1 a tres años de

6 En este caso el "0" significa que no se contemplaba pena privativa de la libertad. La primera Ley que regulaba el tema solo establecía a título de sanción la imposición de multas.

7 En este caso, la pena máxima realmente podían ser 80 meses, en virtud de una causal de agravación punitiva.

prisión, siendo aquella la menor para todos los delitos sobre drogas tipificados en dicha norma

Este aumento en las penas se aprecia con más claridad en relación con la conducta de *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes*. Al analizar la evolución legislativa es posible identificar un aumento considerable tanto en la pena mínima como en la pena máxima determinadas por el legislador. La tabla No. 2 identifica las penas asignadas en los Códigos Penales más importantes del Siglo XX a dicho delito en particular, así como la pena actualmente establecida para el mismo.

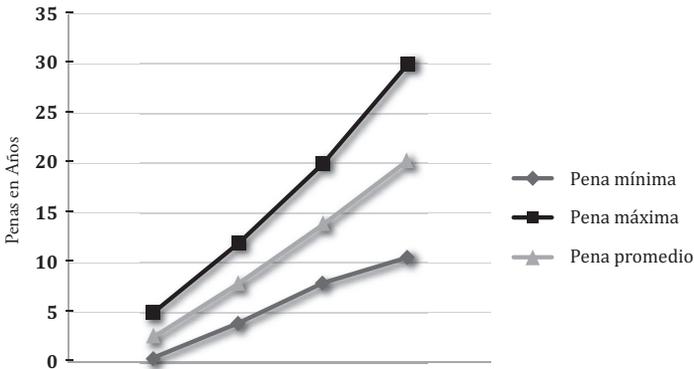
Tabla 2. Evolución legislativa delito de porte y tráfico de drogas en Colombia

Tipo de pena	C.P. 1936	C.P. 1980 y Ley 30/86	C.P. 2000	Actualidad
Pena Mínima	0,5	4	8	10,6
Pena Máxima	5	12	20	30
Pena Promedio	2,75	8	14	20,3

Como se aprecia, la pena mínima ha aumentado en cerca de un 2000%, y la pena máxima en un 600%. Esta evolución, resulta aún más representativa al ser presentada gráficamente, pues se hace clara la tendencia al aumento progresivo. La gráfica 2 presenta el aumento progresivo en las penas contempladas para este delito.

Gráfico 2

Evolución de las penas para el delito de tráfico (1936 - 2011)



Esta tendencia al alza, tanto de los montos de las penas, como del número de conductas tipificadas, muestra una maximización del uso del derecho penal, que no siempre ha estado acompañada de argumentos claros de política criminal que los respalden. En muchas ocasiones, se ampara en la necesidad de enfrentar en narcotráfico y los problemas asociados al mismo, pero sin mayor reflexión sobre el verdadero impacto que el aumento de las penas puede tener en los grandes traficantes y en las dinámicas del negocio.

Con los dos elementos desarrollados hasta ahora, identificación del tipo de daño que ocasionarían los delitos relacionados con drogas, y la evolución de los mismos, a continuación ofrecemos una primera aproximación al análisis de la proporcionalidad penal abstracta de dichos delitos. Al hablar del daño mostramos que en general las conductas tipificadas como delitos contra la salud pública relacionados con drogas no ocasionan un daño concreto y directo, y si ocasiona problemas o daños secundarios, tanto para la salud pública que pretende proteger, como para la seguridad, vida e integridad de las personas. Esto debería llevar a repensar la pertinencia misma de la penalización de estas conductas, y cuestionar la constitucionalidad de las penas previstas. No obstante, para el debate sobre las políticas existentes exploramos si la graduación misma de las penas se ajusta a principios de razonabilidad que permita considerarlas proporcionales al daño eventual que podrían causar.

Como se señaló, la primera forma de abordar el análisis de la proporcionalidad abstracta es a la luz de principios abstractos que sirvan como parámetros de valoración tanto del límite mínimo como del límite máximo de la pena en relación con la gravedad del delito. Ferrajoli (2000, pp. 399 y s.s.) rescata en este sentido dos principios fundamentales. El primero de ellos, que sirve para medir la pena mínima, fue planteado por Hobbes y recogido posteriormente por Pufendorf y Bentham. De acuerdo con éste, *la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena*. El segundo, desarrollado a partir de los aportes de Bentham y Hart, sirve para medir la pena máxima, y consiste en que *la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas*.

Como se observa, ambos principios delimitadores de los mínimos y los máximos de la pena, parten de la existencia de un resultado de la conducta consistente en un beneficio para el actor y/o una lesión concreta. Si no se puede definir este daño concreto resulta entonces igualmente imposible para el legislador definir los límites de la pena de manera proporcional a la conducta. En cuanto a los delitos relacionados con drogas, este daño es indeterminable de manera concreta, pues en conductas como el consumo, el porte o la producción no se está afectando *per se* un bien jurídico de otra persona. Por esta razón el legislador no contaría con criterios objetivos ni con criterios teóricos como los enunciados para definir los máximos y los mínimos de las penas

impuestas a conductas relacionadas con drogas. Esto permitiría considerar, en principio, la desproporcionalidad en el momento de la pre-determinación de la pena.

Sin embargo los dos criterios enunciados no son de recibo para FERRAJOLI, pues la heterogeneidad que los caracteriza hace imposible hacer las comparaciones que allí refieren. Por esta razón, aunque termina favoreciendo la inexistencia de los límites mínimos a la pena, Ferrajoli considera más coherente un criterio según el cual *la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas*.

Este criterio requiere entonces de una parte ofendida determinada o determinable, pues en caso de no existir ofensa alguna no podría medirse el monto de la pena y, por lo tanto, la ley que así lo haga resultaría ser des-proporcional. Eso es lo que ocurre con las conductas punibles relacionadas con drogas, pues al no generar un daño concreto no es posible identificar una persona afectada. Si se argumenta que la parte afectada es la sociedad en general en la medida que el bien jurídico vulnerado es la salud pública, debemos contestar que la ambigüedad de este bien jurídico es tan amplia que no motivaría la organización de la sociedad para reprimir a una persona que consume o porte o trafique algún tipo de droga ilícita.

Por lo tanto la ausencia de un daño directo y concreto que sea causado por los delitos de drogas lleva a inferir, en principio, la des-proporcionalidad de cualquier tipo de condena que la ley establezca como sanción. Ni siquiera es dado medir algún tipo de monto punitivo, pues el criterio medidor del mismo es la gravedad de la conducta, la cual se determina, desde una perspectiva objetiva, según el daño causado por ella, lo cual, insistimos, no es identificable en los delitos de drogas. Así pues, cualquier pena que se establezca, por reducida que sea, es en principio des-proporcional para sancionar esta clase de punibles.

1.2. Análisis Comparativo

Esta des-proporcionalidad de las leyes antidroga colombianas que hemos identificado en los dos argumentos recién desarrollados podría ser desvirtuada si cumple con un tercer criterio propuesto por Ferrajoli (2000, p. 402): la comparación frente a otros delitos. El jurista italiano identifica una máxima según la cual “si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo.” Sin embargo, como intentaremos demostrar, en Colombia ocurre todo lo contrario, pues al hacer dicha comparación se confirma el incumplimiento del principio de proporcionalidad de la pena en cuanto al tema de drogas se refiere:

En la actualidad, respecto a la pena mínima, en el Código Penal colombiano la conducta de utilización de nave semisumergible o sumergible para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente o insumos necesarios para su fabricación tiene una pena mínima de 15 años según el artículo 377B modificado por el artículo 22 de la reciente Ley 1453 de 2011. El excesivo monto de esta pena mínima también se encuentra en la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes establecido en el artículo 376 del Código Penal y modificado por el artículo 11 de la misma Ley 1453, la cual comporta una pena mínima de 128 meses (10 años y 8 meses).

Si comparamos dichos montos con la pena mínima establecida para delitos cuyo daño efectivo genera un mayor impacto social y lesiona gravemente bienes jurídicos determinados, como por ejemplo las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (8 a 15 años), el desplazamiento forzado (8 a 18 años), tortura (10,6 a 22.5 años) o los actos sexuales con menor de catorce años (9 años), encontramos que hay conductas punibles relacionadas con drogas con una pena mínima muy superior. En teoría, esto quiere decir que las conductas sobre drogas indicadas son percibidas por la sociedad y por el legislador con una gravedad mucho mayor a conductas como la tortura o el desplazamiento forzado. Sin embargo esta afirmación no corresponde con la realidad de un país con altísimos índices de desplazamiento, ni tiene coherencia con la prohibición estricta de actos de tortura que promulgan los tratados internacionales de derechos humanos, y menos aún resulta razonable si se toma en cuenta que se trata de delitos de peligro que en general no producen daños concretos y directos.

Respecto a la pena máxima ocurre lo mismo. Las dos mismas conductas relacionadas con drogas que mencionamos para analizar la pena mínima, comportan ambas una pena máxima de 30 años de prisión. Al realizar la comparación, encontramos una vez más que conductas socialmente consideradas de inmensa gravedad comportan penas máximas inferiores o iguales. Por ejemplo, las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (15 años), secuestro simple (30 años), trata de personas (23 años), acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años (20 años), entre otras.

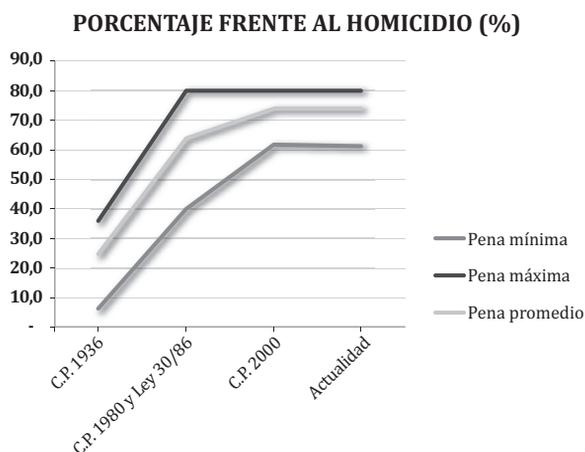
Esta desproporcionalidad se aprecia con claridad cuando se compara de manera sistemática la evolución de la penalización del delito de tráfico de drogas con la del homicidio. Este delito ha sido seleccionado que se trata de un delito contra la vida, cuya gravedad no es cuestionada, y que tiene un gran impacto, por ejemplo, en la sensación de seguridad en nuestra sociedad. La tabla 4 diagrama la comparación entre el delito que en la actualidad se denomina *tráfico, fabricación o porte de estupefacientes* (Art. 376 C.P.) y el delito de homicidio (Art. 103 C.P.), desagregando la pena máxima, pena mínima y pena promedio, e identificando el porcentaje que representa la pena del delito de droga frente al homicidio.

Tabla 3. Comparación cronológica del porcentaje que representa la pena mínima, máxima y promedio del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes frente al homicidio.

Delito	Tipo de pena	C.P. 1936	C.P. 1980 y Ley 30/86	C.P. 2000	Actualidad
Homicidio	Pena Mínima	8	10	13	17,33
	Pena Máxima	14	15	25	37,5
	Pena Promedio	11	12,5	19	27,41
Tráfico, fabricación o porte	Pena Mínima	0,5	4	8	10,6
	Pena Máxima	5	12	20	30
	Pena Promedio	2,75	8	14	20,3
Porcentaje (%)	Pena Mínima	6,3	40,0	61,5	61,16
	Pena Máxima	35,7	80,0	80,0	80
	Pena Promedio	25,0	64,0	73,7	74

Aunque al principio de la evolución el delito de tráfico tenía penas mucho menores a las de homicidio, con el tiempo han aumentado en mayor proporción que las penas por homicidio. Así, mientras que para la década del 30 la pena mínima de tráfico representaba el 6.3% de la pena mínima de homicidio, en la actualidad representa el 61.16%, lo cual significa que su aumento ha sido porcentualmente mayor, a pesar de que el homicidio sería una conducta más grave. La pena máxima tendría la misma tendencia. Esta tendencia se ilustra más claramente en el gráfico 3.

Gráfico 3. Tendencia cronológica del porcentaje de la pena mínima, máxima y promedio del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes frente al homicidio.



Del Gráfico 3 muestra que al menos hasta la década del 2000 las penas para el tráfico de drogas tendieron a aumentar porcentualmente en mayor proporción que las de homicidio, y que desde entonces se habría dado cierta equiparación en el porcentaje de incremento. Esto sugeriría entonces que en Colombia hay una tendencia a incrementar desmedidamente los montos de las penas por delitos relacionados con drogas, sin mayor consideración a su real gravedad y sus efectos directos, y sin mayor equilibrio en relación con las penas previstas para delitos claramente más graves, como el homicidio. En consecuencia, sería posible sugerir que hay una suerte de des-proporcionalidad penal abstracta de las penas previstas para los delitos relacionados con drogas.

2. Análisis de la proporcionalidad concreta

Pero para poder hablar de desproporción de las penas, además de analizar cuáles son las que contempla la legislación penal, es importante establecer qué ha ocurrido con las efectivamente impuestas. Es decir, qué tan altas son las penas a las que se condena a las personas que son declaradas responsables por delitos de drogas por el sistema penal colombiano.

Con este fin, recurrimos a un indicador aproximado, pues no fue posible obtener las cifras sobre las penas impuestas por los jueces para el total de los delitos. Sin embargo, dado que tuvimos acceso a información suministrada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario sobre las penas por las cuales están privados de la libertad los internos bajo su responsabilidad, optamos por utilizar este dato, sabiendo que no cubre el total de personas condenadas por delitos relacionados con drogas.

La Tabla 4 muestra el promedio de años de condena impuesta a los internos que reporta el INPEC en el consolidado a 16 de diciembre de 2011. El cálculo se hizo directamente con los registros administrativos del SISIPPEC, que es el sistema de información del INPEC. No se tuvieron en cuenta los casos en los que hay concurso, para facilitar la comparación entre los delitos. Para construir el cuadro se seleccionaron delitos considerados especialmente graves y otros de alto impacto social, como el homicidio, el acceso carnal violento y la violencia intrafamiliar. Además, solo se tienen en cuenta a quienes están privados de la libertad en centro carcelario, y no a quienes tienen prisión domiciliaria, y solamente se tienen en cuenta a los condenados, pues es en los únicos casos en los que se tiene el dato de la condena. Las casillas sombreadas corresponden a todos los delitos de drogas identificados en la base de datos.

Tabla 4. Promedio de penas efectivamente impuestas para delitos de alto impacto y delitos relacionados con drogas

Delito	Promedio Condena (Meses)	Promedio Condena (Años)
Homicidio Simple	199	16,58
Tortura	167,38	13,95
Secuestro Simple	154,41	12,87
Acceso Carnal Violento	139,5	11,63
Trata de Personas	121,73	10,14
Acto Sexual Violento	82,2	6,85
Suministro a Menor	72,43	6,04
Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes	62,5	5,21
Conservación o Financiación de Plantaciones	62,2	5,18
Destinación Ilícita de Muebles e Inmuebles	59,47	4,96
Tráfico de Sustancia para Procesamiento de Narcóticos	57,88	4,82
Violencia Intrafamiliar	45,02	3,75
Lesiones Personales	42	3,50

Fuente: SISIPPEC del INPEC, 2011.

Como se aprecia, el cuadro está ordenado de mayor a menor, en relación con el promedio de pena impuesta. En este sentido, el primer delito es el homicidio, en donde las penas impuestas tenderían a ser más altas, de acuerdo con la información suministrada. Le seguirían otros delitos como la tortura, el secuestro simple, y el acceso carnal violento. El delito relacionado con drogas para el que el promedio de penas es más alto es el suministro a menor, para el cual es de 6 años. El promedio de pena en años para el tráfico de estupefacientes es de 5.21 años. El promedio para los restantes delitos relacionados con drogas y reportados en el SISIPPEC es similar. Así, la conservación o financiación de plantaciones tiene un promedio de 5.18 años, y el tráfico de sustancia para procesamiento de narcóticos tiene 4.82 años de condena en promedio.

Esto puede explicarse, entre otras razones, porque las personas que se encuentran privadas de la libertad en Colombia por delitos relacionados con drogas son aquellas que tienden a ser los eslabones débiles de las redes del tráfico de drogas. En efecto, quienes son considerados fichas claves en el negocio del tráfico y lavado de activos, tienden a ser extraditados a Estados Unidos. Una investigación realizada en el 2010 al respecto, permitió identificar que quienes se encuentran privados por tráfico de drogas en el país son en su gran mayoría personas con participaciones marginales, o cadenas débiles en el negocio (Uprimny y Guzmán, 2010). En esa medida, la mayoría de estas personas que tienen participaciones bajas, o que son sorprendidas con cantidades bajas, tenderían a disminuir el promedio de la pena, pues generalmente se les impondría la pena mínima.

Una vez presentados los elementos teóricos y metodológicos que permiten analizar si la criminalización de los delitos relacionados con drogas se ajusta al principio de proporcionalidad penal, a continuación ofrecemos un análisis conjunto de los mismos. Los elementos desarrollados sugieren que en Colombia habría una suerte de des-proporcionalidad penal en relación con los delitos relacionados con drogas, no solamente porque en principio no causarían un daño directo y concreto, y por tanto es especialmente difícil garantizar que los mínimos y máximos son proporcionales, sino porque al comparar las penas dispuestas para otros delitos que podrían ser considerados de mayor gravedad, salta a la vista que las penas para los delitos relacionados con drogas son especialmente altas.

De esta manera se confirma la des-proporcionalidad al momento de pre-determinar las penas por parte del legislador en Colombia. No sería en principio necesario pasar a analizar la proporcionalidad concreta, que se verifica en la imposición misma de las penas, pues al no haber proporcionalidad alguna en el primero, los que le siguen también incurrirán en la misma situación. Al respecto, ZAFFARONI señala que en Latinoamérica el juez está impedido para hacer una adecuada graduación de la pena teniendo en cuenta el grado de culpabilidad del actor en cuanto a delitos de drogas se refiere, pues “las escalas penales tienen en mínimos altísimos para impedir a los jueces valorar los injustos y las culpabilidades” (2009: p. 11). Al contar con mínimos especialmente altos, el juez vería limitada su posibilidad de imponer penas que considere apropiadas para un daño o riesgo menores, y en casos sin mayor antijuridicidad, debería imponer penas muy altas.

Es posible entonces concluir que en Colombia el principio de proporcionalidad penal es vulnerado mediante el prohibicionismo estricto de las conductas relacionadas con drogas. Las garantías del proceso penal a las cuales tiene derecho todo ciudadano y toda ciudadana quedan en entredicho. La criminalización excesiva de las conductas relacionadas sobre drogas pone en jaque principios fundacionales del Estado de Derecho como la dignidad humana que, empero, es desarrollado por el principio de proporcionalidad de la pena. Y lo que más preocupación debe generar es que la tendencia de inflación penal que enunciamos en el subtítulo anterior, parece indicar que con el tiempo esta situación contraria a los DDHH se mantendrá e incluso se agravará.

IV. Proporcionalidad utilitaria

La concepción utilitarista del principio de proporcionalidad se fundamenta en el principio filosófico planteado por Bentham: *The greatest good for the greatest number*. De manera que una política de Estado será proporcional desde el punto de vista de su utilidad, siempre que genere un beneficio colectivo que no puede ser inferior a los

costos generados para su ejecución. En pocas palabras, la proporcionalidad se mide en términos de costos vs. beneficios.

En principio, quienes deben demostrar la proporcionalidad utilitarista del prohibicionismo en materia de drogas han de ser quienes defienden esta política. En caso de que no lo lograran, ha de ser forzosa la conclusión de tratarse de una regulación injusta que debe ser modificada. Sin embargo, la exitosa expansión global de la guerra contra las drogas iniciada por Estados Unidos ha hecho que la carga de la prueba se invierta en el panorama político contemporáneo. De manera que ahora son los críticos del prohibicionismo quienes deben demostrar su des-proporcionalidad.

Con este propósito en lo que sigue del presente documento, se busca explorar si las políticas de drogas, en su componente de criminalización, resultan ser proporcionadas, y en consecuencia justificadas, desde el punto de vista utilitarista. Para ello, primero nos referiremos a los costos que implican la criminalización de los delitos relacionados con drogas, y después nos referimos a los eventuales beneficios de dicha política.

En este punto resulta importante resaltar los límites de este ejercicio. En primer lugar, existe un problema metodológico de fondo y es la posibilidad de identificar todos los costos posibles, pues éstos no son solo económicos, sino también sociales y constitucionales. Además, no todas las instituciones relacionadas con la criminalización de los delitos relacionados con drogas producen información que permita cuantificar todos los costos económicos de manera precisa, como se destacará en la primera parte de esta sección del documento. A esto se suma el hecho de que muchas de las responsabilidades institucionales en relación con la persecución de estos delitos se encuentran difuminadas en varias instituciones e instancias, lo cual dificulta aún más la recolección de la información. En segundo lugar, además de los problemas en la cuantificación de los costos, está el problema de la conmensurabilidad y las dificultades para identificar causalidades en un ejercicio como éste. Esto es, incluso si se pudieran calcular todos los costos, al menos los económicos, siempre sería difícil analizar cuáles son sus verdaderos efectos o beneficios, lo cual dificulta la labor de balancear los costos y los beneficios.

A pesar de estas limitaciones, este ejercicio resulta importante para avanzar en un análisis más profundo y fundamentado sobre la efectividad y justificabilidad legal, política y ética del uso del derecho penal en la guerra contra las drogas, e incluso del incremento de delitos relacionados y del monto de las penas. Este análisis se fundamenta en un presupuesto básico, que se deriva de investigaciones previas realizadas en relación con las políticas de drogas en general y que es que éstas han sido poco efectivas tanto para reducir la oferta, como para manejar la demanda (Mejía, 2011 y Camacho, et.al., 2011). En esa medida, toda la descripción de los costos adquiere aún mayor relevancia, pues se trata de costos que no han derivado en general en la consecución de los resultados esperados.

Teniendo en cuenta las limitaciones planteadas, es claro que lo que se ofrece en el documento es un piso para la cuantificación, pues se requieren cuantificar mejor los costos, incluso por parte de las propias instituciones del Estado, por lo cual se trata de una primera aproximación que requerirá ser refinada. No obstante, al ser un piso de la cuantificación es claro también que ofrece una primera base y es posible entonces afirmar que los verdaderos costos son incluso superiores a los aquí presentados.

1. Costos de la Judicialización

En esta sección ofrecemos una aproximación a los costos en los cuales debe incurrir el Estado para llevar a cabo la persecución penal de las conductas tipificadas como delitos relacionados con drogas. Como se indicó en la introducción, aunque Colombia ha avanzado en cuantificar los costos de la lucha contra las drogas, muy pocas investigaciones se han centrado en las implicaciones que tiene para el sistema judicial perseguir estos delitos. Por esta razón, la identificación de los costos en los que puede llegar a incurrir el Estado por la judicialización de los crímenes relacionados con drogas, sirve como un nuevo criterio a tener en cuenta dentro del análisis de proporcionalidad utilitaria que aquí desarrollamos.

Esta nueva herramienta de análisis que aquí intentaremos desarrollar trae dos aportes a nuestra discusión. En primer lugar, permite averiguar si es posible ratificar que la política represiva fundada en el uso del derecho penal como recurso para enfrentar “el problema de las drogas” es des-proporcionada como parece colegirse a partir de la vulneración de los principios del derecho penal clásico o, si por el contrario, existe alguna justificación de corte utilitario que pueda legitimar dicha respuesta punitiva. Y, en segundo lugar, nos permite identificar el impacto de la criminalización de estas conductas en algunos problemas estructurales que actualmente afronta el sistema judicial colombiano tales como la congestión de procesos y el hacinamiento en las cárceles.

Con el fin de determinar los costos de la judicialización de los delitos relacionados con drogas, para efectos analíticos hemos identificado tres etapas fundamentales. La primera es la etapa pre-judicial, que empieza desde el momento en que una persona es capturada en flagrancia con cantidades de drogas superiores a la dosis personal, o con la ocurrencia de otra noticia criminal con la que se inicie una investigación formal, y se extiende hasta cuando finaliza la investigación que debe adelantar la Fiscalía General de la Nación e inicia un proceso penal dirigido por el juez competente.⁸ Durante esta etapa tienden a actuar aquellos cuerpos que tienen la competencia para llevar a cabo incautaciones y capturas, como la policía y las fuerzas armadas, pero también la

⁸ En el caso de la Ley 906 de 2004, este momento sería la audiencia de formulación de acusación.

Fiscalía, como institución encargada de dirigir la investigación criminal. La segunda etapa, que hemos denominado como judicial, corresponde con el proceso penal como tal. Aunque la Fiscalía sigue actuando durante esta etapa, los gastos fundamentales en teoría deberían correr por cuenta del Consejo Superior de la Judicatura, que es la autoridad administrativa que se encarga de suplir las necesidades para que los juicios puedan llevarse a cabo. Por supuesto, la Fiscalía puede incurrir en gastos durante esta etapa, pero asumimos que estos han quedado cuantificados también como parte de la primera. Finalmente, la última etapa es la de privación de la libertad. Esta inicia desde el momento en que la persona pierde su libertad, por ser considerada responsable de alguno de los delitos relacionados con drogas.

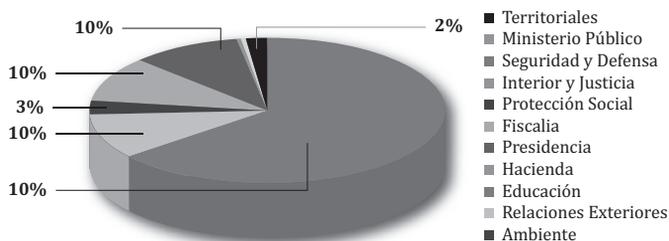
1.1. Los costos de la etapa pre-judicial

Esta es la etapa que más dificultades representó para cuantificar los costos en los que debe incurrir el Estado para iniciar el proceso de judicialización de las personas que presuntamente son responsables de delitos relacionados con drogas. Esto se debe, entre otras razones, a que es una etapa en la que intervienen varias instituciones, y a que no tienden a ofrecer públicamente las cifras sobre los costos en los que incurren, desagregadas de acuerdo con las estrategias o actividades específicas que realizan. Así, por ejemplo, aunque se pueda establecer cuál es el presupuesto y los gastos en los que incurre la Policía Nacional, resulta muy difícil establecer cuál es el porcentaje que se dedica a las actividades que tienen que ver con drogas. En especial cuando en algunas ocasiones las capturas se llevan a cabo como resultado de sus actividades regulares de patrullaje.

Reconociendo estas limitaciones, hay algunos datos que permiten tener al menos alguna idea sobre los costos en los que incurren la Policía, las Fuerzas Militares y la Fiscalía como parte de sus actividades en relación con la lucha contra las drogas. Estos datos son de dos tipos: por un lado los correspondientes a gastos presupuestales generales en la lucha contra la droga y, por otro lado, los datos que surgen del análisis de gestión en ciertas actividades concretas que hacen parte de esta etapa *pre-judicial* tales como el número de investigaciones, de capturas y de noticias criminales recibidas.

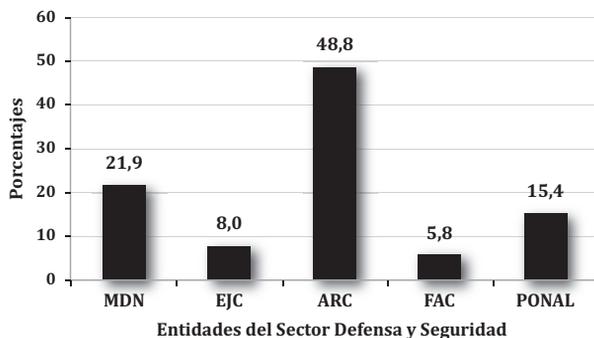
Dentro de los datos generales sobre presupuesto, encontramos que el más reciente informe del Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Dirección Nacional de Estupefacentes (DNE) (2011, p. 13 y s.s.) señala que en el presupuesto del año 2009, al considerar la participación por sectores, es el Sector Defensa y Seguridad el que representa la mayor parte; le siguen los sectores Presidencia, Fiscalía e Interior y Justicia con cerca del 10% cada uno; Protección Social cercano al 3% y las entidades territoriales que se aproximan al 2% del total del gasto consolidado. Los demás sectores representan menos del 1% cada uno. (Ver gráfico 4).

Gráfico 4. Participación en el gasto por sectores (2009)



Del 65% del presupuesto asignado al sector Seguridad y Defensa, el 21% le fue asignado al Ministerio de Defensa Nacional, el 8% al Ejército Nacional, el 48.8% a la Armada Nacional, el 5.8% a la Fuerza Aérea Colombiana y el 15.4% a la Policía Nacional. (Ver Gráfico 5).

Gráfico 5 . Presupuesto asignado al Sector Seguridad y Defensa, desagregado por entidad (2009)



Convirtiendo estos porcentajes a sumas reales, se encuentra que la Armada Nacional cuenta con un presupuesto dirigido contra las drogas muy superior a las demás entidades (644.947,53 millones de pesos), seguido por el Ministerio de Defensa con un presupuesto de 289.433,42 millones de pesos y por la Policía Nacional con 203.528,52 millones de pesos. El cuarto mayor presupuesto es el de la Fiscalía, Presidencia e Interior y Justicia, todos con 203.325,2 millones de pesos. (Ver Tabla 5).

Tabla 5. Presupuesto desagregado por entidades

Presupuesto 2009		
Entidad	Porcentaje	Presupuesto (millones de pesos)
Armada Nacional de Colombia	31,72%	\$ 644.947,53
Ministerio de Defensa Nacional	14,24%	\$ 289.433,42
Policía Nacional	10,01%	\$ 203.528,53
Presidencia	10,00%	\$ 203.325,20
Fiscalía	10,00%	\$ 203.325,20
Interior y Justicia	10,00%	\$ 203.325,20
Ejército Nacional de Colombia	5,20%	\$ 105.729,10
Fuerza Aérea Colombiana	3,77%	\$ 76.653,60
Protección Social	3,00%	\$ 60.997,56
Entidades Territoriales	2,00%	\$ 40.665,04
Otros (Seguridad y Defensa)	0,07%	\$ 1.321,61
TOTAL	100,00%	\$ 2.033.252,00

Fuente: Realización propia

Estas grandes sumas constituyen costos de la lucha contra las drogas en una etapa pre-judicial y reflejan su propia des-proporcionalidad en un país en el que instituciones como la Policía Nacional y la Fiscalía General deberían preferir la inversión en otra clase de proyectos y políticas que respondan adecuadamente a la problemática social colombiana y a la grave situación de violaciones a los derechos humanos.

La comparación de la inversión de la lucha contra las drogas de la Fiscalía General de la Nación (FGN) frente a la inversión en otros programas refleja dicha des-proporcionalidad. En efecto, en el año 2009 el gasto antidroga de la Fiscalía que se expuso arriba representó aproximadamente el 15% del presupuesto total que le fue asignado a esta entidad (\$1.365.013 millones de pesos)⁹. Por su parte, algunos programas de trascendencia en la protección de derechos humanos y en el desarrollo de la justicia transicional no alcanzan a representar el 2% del total del presupuesto que le fue asignado a la Fiscalía en 2009 (Ver Tabla 6)¹⁰.

⁹ Ver FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2010a, p. 238).

¹⁰ Cálculos realizados a partir de Ibídem, pp. 209 y 239.

Tabla 6. Asignaciones presupuestales por proyecto y su participación porcentual en el presupuesto general de la Fiscalía General de la Nación, 2009

Presupuesto 2009		
Proyecto	Asignación (Millones de pesos)	Porcentaje
Lucha contra las drogas	\$ 203.325,20	14,90%
Programa de Protección	\$ 20.135,90	1,48%
Programa Justicia y Paz	\$ 13.907,00	1,02%
Programa de Derechos Humanos	\$ 7.347,00	0,54%
Protección a Víctimas	\$ 18.918,00	1,39%
Ley de Infancia y Adolescencia	\$ 3.707,00	0,27%

Fuente: Elaboración de los autores a partir de DNP-DNE 2011 y FGN 2010a

De los cinco programas que elegimos como muestra en la anterior tabla, dos se relacionan con la justicia transicional (Programa de Justicia y Paz y Programa de Protección a Víctimas del Conflicto), dos se relacionan con garantías judiciales en el sistema penal (Programa de Protección a intervinientes en procesos penales y Programa sobre la ejecución de la ley de infancia y adolescencia en lo referente al Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente) y el quinto con la protección y promoción de los Derechos Humanos. Sin embargo, pese a su trascendencia social, estos programas tienen asignaciones muy inferiores a las destinadas a la lucha contra las drogas. De hecho, el total de las asignaciones a estos 5 programas suman tan solo el 31,5% del total de costos en que incurre la Fiscalía General en la persecución penal de los delitos de drogas, haciéndose evidente su des-proporcionalidad.

Aunque este acercamiento al presupuesto destinado por el país a la lucha contra las drogas no permite medir directamente los costos en los que se incurre efectivamente, permite dar una idea sobre la inversión que hace el Estado para iniciar la judicialización de las personas que presuntamente habrían incurrido en una conducta delictiva relacionada con drogas. Ahora bien, aunque en el caso de la Fiscalía pueda suponerse que todo el presupuesto asignado se invierte de manera directa o indirecta en las actividades de judicialización, pues sus funciones se centran en la investigación criminal de los crímenes, en el caso de la policía y las fuerzas armadas es más difícil llevar a cabo dicha asunción. En efecto, estos cuerpos armados deben llevar a cabo múltiples actividades de lucha contra las drogas, relacionadas con sus funciones, que no tienen que ver de manera directa con la judicialización, como por ejemplo la destrucción de pistas de aterrizaje y laboratorios destinados al comercio y la producción de la droga. En todo caso, incluso estas actividades son claves para la judicialización, pues están conectadas con las pruebas que se podrían hacer llegar al proceso penal.

Si, por otro lado, analizamos los datos concretos de gestión de entidades como la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación en relación con la respuesta punitiva al problema de las drogas, podemos encontrar un panorama más claro acerca de los altos costos involucrados en esta etapa pre-judicial. Sin embargo, se hace necesario advertir que frente a este tipo de datos la unidad de medida de costos no es ya de valor monetario, sino más bien de tipo porcentual como se verá a continuación.

En primer lugar, frente a la acción de la Policía Nacional en la lucha contra las drogas, el porcentaje que ocupa el número de capturas por delitos relacionados con drogas frente a las capturas por las demás conductas punibles existentes, sirve de parámetro para retratar la importante inversión de recursos que haría esta entidad para perseguir a quienes cometen estos ilícitos.

Según los informes sobre resultados operativos de la Policía Nacional de los años 2008 y 2009, las capturas realizadas por delitos relacionados con drogas representaron entre un 30 y un 32 por ciento del total de capturas frente a todos los delitos. En 2008 el 32% de las capturas se realizaron por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, lo que equivale a un total de 53.265 capturados, seguido por los delitos de hurto que representan un 14% (23.104 personas capturadas)¹¹. Por su parte, en 2009 de un total de 198.141 capturas realizadas, aproximadamente el 31% se realizaron por delitos contra la salud, de los cuales el 97% corresponde al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes con 59.327 casos¹².

Si bien no nos fue posible calcular los costos monetarios en los que incurre la Policía Nacional por este alto índice de capturas por delitos relacionados con drogas debido a que no existe el dato sobre el valor que gasta la entidad por cada captura, sí es posible concluir que actualmente se destina más de una cuarta parte de la capacidad institucional de la Policía única y exclusivamente en la persecución de quienes cometen conductas punibles relacionadas con narcóticos. En otras palabras podríamos decir que en Colombia el esfuerzo por lograr capturas por delitos de drogas alcanza a duplicar el esfuerzo realizado para lograr la captura de personas que cometen delitos de alto impacto como aquellos que atentan contra la vida y la integridad personal¹³. Se podría argumentar, con toda razón, que estas diferencias en las cifras se deben a una menor comisión de delitos contra la vida, sin embargo, en un país con altos índices de impunidad como Colombia, no es coherente la magnitud de su inversión en la persecución de delitos que no causan daños concretos como los son aquellos relacionados con drogas.

11 Ver Policía Nacional (2009, p. 229).

12 Ver Policía Nacional (2010, p. 144).

13 En efecto, según el informe de datos operativos de 2009, mientras el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes reportó 59.327 capturas, los delitos contra la vida y la integridad personal generaron 20.188 personas capturadas.

En segundo lugar, respecto a la actuación de la Fiscalía General, vale la pena observar brevemente el número de noticias criminales recibidas por delitos de drogas frente a las recibidas por los demás delitos. Si bien la Fiscalía no ofrece datos concretos sobre este tema en sus informes de gestión, algunos estudios realizados por diferentes organizaciones dan a conocer que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se encuentra dentro de los cinco delitos con mayor número ingresos de noticias criminales desde que se adoptó el Sistema Penal Acusatorio en 2005¹⁴.

En efecto, con corte a Diciembre de 2006 las noticias criminales que llegaron a la Fiscalía por el delito mencionado corresponde al 4.02% del total de noticias criminales recibidas, lo que equivale a un total de 8.428 entradas. Con corte a Mayo de 2008 esta participación porcentual aumentó a un 4,6% y con corte a Junio de 2009 correspondió a 6,3% del total de noticias criminales recibidas¹⁵.

Estas cifras llevaron a la Corporación Excelencia en la Justicia (2011, p. 256) a concluir en su informe sobre los cinco primeros años del Sistema Penal Acusatorio en Colombia que *Desde el 1 de enero de 2005 hasta el 31 de diciembre de 2009, y sin contar el trámite de conciliación preprocesal que también realiza la Fiscalía, el sistema penal acusatorio recibió 2.129.990 noticias criminales, representadas en más de un 60% por los delitos de hurto, lesiones personales, inasistencia alimentaria, fabricación, porte y tráfico de estupefacientes, y violencia intrafamiliar.*

Aún cuando la llegada de noticias criminales por otros delitos como el hurto o las lesiones personales representan porcentajes superiores (entre 18 y 25 por ciento aproximadamente), el hecho de que los delitos de drogas se encuentren dentro de las cinco conductas punibles que más generan entradas evidencia el inmenso esfuerzo institucional de la Fiscalía para atenderlas. La razón de este esfuerzo radica en que por cada noticia criminal recibida, la Fiscalía está obligada a “ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito” de conformidad con el artículo 66 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente acudimos a datos concretos de la unidad de Fiscalía dedicada a combatir las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes, la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima – UNAIM¹⁶. Por cuestiones de

¹⁴ Estas noticias criminales se refieren únicamente a la aplicación del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004), por lo cual no se incluyen los datos sobre entradas del sistema anterior (Ley 600 de 2000). De igual manera estas cifras se refieren a los casos que llegan a conocimiento de los fiscales, sin que ello implique que todas lleguen a manos de los jueces en la iniciación del proceso penal.

¹⁵ Ver CORPORACIÓN EXCELENCIA DE LA JUSTICIA (2011, pp. 24-25)

¹⁶ Se debe tener en cuenta que la UNAIM no conoce todos los casos relacionados con drogas, sino únicamente los casos allegados como producto de operativos contra grandes bandas y organizaciones delincuenciales, dejando por fuera los casos típicos de consumo o de menudeo, los cuales son competencia de cada Unidad Seccional de la Fiscalía.

espacio únicamente procederemos a dar las cifras acerca del número de asignaciones, investigaciones, acusaciones, entre otros que ha realizado esta unidad en el periodo 2008-2010 (Ver Tabla No. 7), con el fin de retratar la actividad de esta unidad dedicada exclusivamente al campo de la lucha contra las drogas.

Tabla 7. Datos de gestión UNAIM 2008-2010

Actividad	Ley 600	Ley 906	Total
Casos Asignados	325	1889	2214
Investigaciones Activas	564	1280	1844
Operativos	26	215	241
Acusaciones	116	346	462
Sentencias Condenatorias	48	183	231

Fuente: Elaborado por los autores a partir de FGN 2010b

Insistimos que los datos aquí ofrecidos sobre los costos en que incurre el Estado colombiano en la persecución penal por conductas relacionadas con drogas, en particular en su etapa pre-judicial, no son exactos ni hacen parte de un estudio económico. De hecho estas cifras podrían aumentar debido a la participación de otras entidades dentro de esta etapa y a las asignaciones especiales que realiza el Gobierno colombiano o que se reciben por aportes de países del extranjero. En todo caso, la finalidad que se persigue es retratar al lector la situación sobre los altos costos en los que se incurre en la etapa que antecede al proceso penal.

1.2. Los Costos de la Etapa Judicial

Una vez se inicia el proceso penal, el Estado debe incurrir en costos adicionales derivados de la necesidad de llevar a cabo procedimientos judiciales. Estos costos obedecen de manera primordial a las actividades judiciales, que en buena medida corren por cuenta del Consejo Superior de la Judicatura, ente administrativo que maneja los recursos de la Rama Judicial. Sin embargo también concurren en la etapa judicial los costos de otras instituciones, como la Defensoría del Pueblo que, dentro de su sistema de defensoría pública, participa activamente dentro del proceso penal. Para acercarnos a estos costos procederemos a analizar las cantidades de procesos penales adelantados por delitos de drogas y, con base en esta información, se calculará su costo monetario a partir de los costos que representa un proceso penal en Colombia.

Tan solo en el primer semestre de 2010, según datos del Consejo Superior de la Judicatura (2010, pp. 2 y 9), el delito de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes

fue el más frecuente dentro del mapa general de delitos (contando un total de 47.197 casos). Mientras conductas como el hurto y el homicidio representaron porcentajes de 17,6 y 4,2% respectivamente, dicho delito de drogas alcanzó a representar un 29,9%, que equivale aproximadamente a 14.112 casos que llegaron a manos de los jueces penales.

Si tenemos en cuenta que, según cifras del Consejo Superior de la Judicatura, un proceso penal del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004) tiene un costo para el Estado de aproximadamente \$500.000, al realizar el correspondiente cálculo encontramos que tan solo en el primer semestre de 2010 el Estado colombiano reportó costos por un valor de \$7.056 millones de pesos con motivo de los procesos penales iniciados por el delito de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes, sin que dicha suma incluya los costos por los procesos adelantados en el anterior sistema escrito.

Al hacer el mismo análisis en el año 2009, las cifras son aún mayores. Según la Fiscalía General de la Nación (2009, p. 13), en el año 2009 el número de personas condenadas por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes fue el más alto con un total de 46.651 condenados, seguido por el hurto con 32.988 personas condenadas. Aún cuando esta suma no incluye los procesos penales que terminaron con sentencia absolutoria, al realizar el mismo cálculo de costos encontramos que en 2009 el Estado colombiano incurrió en un total de 23.325,5 millones de pesos por costos originados en procesos penales relacionados con delitos de drogas.

Finalmente podemos calcular los costos en que se incurre por adelantar los procesos penales que son competencia de la Unidad Nacional Antinarcóticos y de Interdicción Marítima UNAIM. Según los datos incorporados más arriba en la tabla 6, se realizaron 116 acusaciones por Ley 600 (Sistema Escrito) y 346 por Ley 906 (Sistema Acusatorio). Debido a que, según el Consejo Superior de la Judicatura, los costos de un proceso penal en el sistema escrito son mayores a los del sistema acusatorio (\$1'018.805), el cálculo a realizar genera las siguientes cifras: En el periodo 2008-2010, los procesos penales adelantados por la UNAIM generaron costos por valor de 118,2 millones de pesos aproximadamente dentro de la Ley 600, y por valor de 173 millones por Ley 906.

Por otro lado, la judicialización de los delitos de drogas genera algunos costos no cuantificables como por ejemplo los correspondientes al impacto en la situación de congestión de los procesos judiciales. Dentro del Sistema Penal Acusatorio el índice de productividad alcanzó el 44,8%, lo que significa que a diciembre de 2009 se encontraban 1.174.191 noticias criminales acumuladas en los despachos fiscales¹⁷. El impacto de los procesos penales adelantados por delitos de drogas es evidente. Como

¹⁷ Ver CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (2011, p. 256).

se indicó, dentro del mapa de delitos en el sistema acusatorio dentro del primer semestre de 2010, el 29,9% correspondían a delitos de drogas, lo que refleja su inmenso aporte a los índices de congestión.

Sin embargo, pese a que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es el que más contribuye a dicha congestión, es uno de los procesos penales que se desarrollan con mayor celeridad. Según el Departamento Nacional de Planeación (2008, p. 27) en su informe de Jurisdicción Penal, recogiendo datos del Informe realizado ante el Congreso por parte del Consejo Superior de la Judicatura en el periodo 2006-2007, los tiempos procesales para el delito de droga mencionado son significativamente menores que los correspondientes a delitos de alto impacto como el homicidio y el hurto (Ver Tabla. 8)

Tabla 8. Tiempos procesales Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004

Delito	No. de días Ley 600	No. de días Ley 906
Hurto	567	69
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	377	68
Homicidio	493	116
Lesiones	177	107

Fuente: DNP 2008

Esta mayor celeridad puede deberse a que, como lo muestran las cifras de personas privadas de la libertad (UPRIMNY y GUZMÁN, 2010), el mayor porcentaje de personas judicializadas por estos delitos han tenido una participación baja o marginal en el negocio, y generalmente tienden a aceptar cargos o negociar, en particular cuando han sido capturadas en flagrancia, portando o distribuyendo estupefacientes. Es probable que por esta misma razón se parezcan tanto los tiempos de hurto y tráfico en la Ley 906, en la, especialmente durante las primeras etapas de implementación, el grueso de los procedimientos judiciales eran por casos de flagrancia.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo es una entidad que, por medio de su sistema de defensoría pública, interviene activamente dentro del proceso penal, por lo cual su labor genera unos costos adicionales que no pueden dejarse a un lado. Sin embargo no hay datos monetarios al respecto, razón por la cual únicamente nos limitaremos a mostrar la proporción en que los procesos penales por delitos de drogas inciden en la labor de la Defensoría.

Según su informe de gestión del año 2009, la conducta punible que tuvo mayor incidencia en los procesos que fueron asignados a esta entidad dentro del sistema penal acusatorio fue, una vez más, el porte, tráfico o fabricación de estupefacientes, la cual

representó un 30% del total de asignaciones, seguido por el hurto con un 21%. Diferente a lo que ocurre con las libertades obtenidas por los defensores públicos, en donde tan solo un 8% de estas libertades corresponde al susodicho delito de drogas, superado por conductas como el hurto (23%), la inasistencia alimentaria (13%) y la rebelión (12%) (Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 383 y 387).

De manera similar ocurre con las asignaciones realizadas en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, pues en el año 2009 la conducta punible con mayor número de asignaciones fue el hurto con un 33%, seguido por el porte, tráfico o fabricación de estupefacientes con un 24%. Lo mismo sucede dentro del programa de casación penal, en el cual este mismo delito sobre estupefacientes genera el mayor número de asignaciones con un 44%, seguido por el homicidio (20%) (Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 390 y 395). Datos que llevan a concluir que los delitos de drogas son los que mayor esfuerzo institucional genera para la Defensoría del Pueblo y, por consiguiente, los mayores costos presupuestales.

1.3. Los costos de la etapa de ejecución de la pena

Una vez las personas son privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas, el Estado debe incurrir en múltiples gastos derivados de la necesidad de mantener a los internos y de la obligación de proveer condiciones que permitan la garantía efectiva de sus derechos fundamentales.

Tabla 9. Número de personas privadas de la libertad, desagregada por tipo de delitos

Delito	Hombres	Mujeres	Total	%
Contra la salud pública	11248	2171	13.419	17%
Contra el patrimonio económico	20076	1000	21.076	26%
Contra la vida y la integridad Personal	21026	718	21.744	27%
Contra la seguridad pública	6118	332	6.450	8%
Contra el regimen constitucional y Legal	2124	248	2.372	3%
Contra la libertad individual y otras garantías	3711	235	3.946	5%
Contra la administración pública	681	110	791	1%
Contra la fe pública	621	106	727	1%
Otros	9004	201	9205	12%
Total	74609	5121	79.730	100%

Fuente: INPEC, 2010

En la tabla 9 encontramos que los delitos de drogas, los cuales se incluyen dentro de los llamados delitos contra la salud pública, ocupan el tercer número más alto de personas condenadas con un total 13.419 que corresponde al 17%. Para calcular los costos que este número de personas condenadas genera al Estado por año, es suficiente con que realicemos la multiplicación con la suma del presupuesto destinado por recluso al año que se puede encontrar en la tabla 10.

Tabla 10. Presupuesto por recluso, por año. Fuente: INPEC.¹⁸

Año	Presupuesto por recluso al año	Valor deflactado	Equivalencia en dólares
2003	\$ 6.606.712,00	\$ 6.606.712,00	\$ 2.295,99
2004	\$ 6.546.160,00	\$ 6.204.891,00	\$ 2.362,67
2005	\$ 8.108.922,00	\$ 7.330.645,68	\$ 3.158,71
2006	\$ 10.210.670,00	\$ 8.834.870,38	\$ 3.747,91
2007	\$ 9.459.495,00	\$ 7.744.261,26	\$ 3.726,16
2008	\$ 9.061.923,00	\$ 6.890.293,13	\$ 3.504,26
2009	\$ 9.503.144,00	\$ 7.084.096,51	\$ 3.285,32

Fuente: INPEC, 2010.

La anterior tabla muestra la evolución del presupuesto destinado por el Estado por recluso/a, desde el año 2003 al 2008 (Esta información ha sido suministrada por el INPEC como un dato agregado). Tomando entonces en consideración el número de reclusos por delitos relacionados con drogas y el valor por cada recluso reportado por el INPEC en 2009, el valor anual de recluso/a por delitos relacionados con drogas asciende a la cuantiosa suma de \$127.522.689.336 (US 70.845.938).

Dentro de un estudio sobre la política de drogas y la situación carcelaria en Colombia que se publicó en el libro “Sistemas sobre cargados: leyes de drogas y cárceles en América Latina”, tuvimos la oportunidad de dar a conocer algunos datos que reflejan el impacto de la política antidroga en la situación de graves violaciones a los derechos humanos que se vive en el sistema carcelario colombiano¹⁹. El impacto de la población condenada por delitos de drogas en el nivel de hacinamiento es significativo,

¹⁸ El valor deflactado y la equivalencia en dólares fue elaborada por los autores, a partir del índice de inflación y de la tasa de cambio reportada por el Banco de la República.

¹⁹ La Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-153 de 1998 declaró el estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del país, identificando una situación de hacinamiento que vulneraba derechos fundamentales, que dicha vulneración era generalizada y que dicha situación eran de naturaleza estructural.

pues si hipotéticamente se restara a este tipo de reclusos/as, los índices de hacinamiento se reducen hasta en dos terceras partes (Ver Tabla 11).

Tabla 11. Índices de hacinamiento por año.

Año	Hacinamiento general	Hacinamiento sin delitos de drogas
2003	29,0%	5,2%
2004	36,8%	10,8%
2005	34,1%	9,7%
2006	14,5%	-4,2%
2007	21,0%	1,4%
2008	27,8%	6,2%
2009a	38,9%	16,0%

Fuente: Elaborado por los autores a partir de Guzmán y Uprimny (2010).

Esto implica que los costos en la etapa de ejecución de la pena son aún mayores, pues los delitos de drogas aportan un porcentaje sumamente alto a los índices de hacinamiento del sistema carcelario en Colombia, lo que reproduce la situación de graves violaciones a derechos humanos que se vive en su interior. Este tipo de costos no son cuantificables, pero no se pueden dejar de lado, pues hacen parte de la vulneración de derechos que genera la política antidroga en Colombia.

De esta manera hemos logrado construir una herramienta que permite dar una idea sobre los costos de judicialización de los delitos de drogas en Colombia. Si bien la ausencia de datos sistematizados por las instituciones involucradas no permite realizar un examen más riguroso, las cifras aquí suministradas logran acercarse al impacto que generan dichos costos.

Del análisis de cada una de las etapas (pre-judicial, judicial y de ejecución), es posible concluir, por un lado, que los costos de judicialización en materia de delitos de drogas son en general mucho más altos que los costos generados por otros delitos considerados de mayor gravedad como el homicidio. Y, por otro lado, esto refleja que buena parte de los problemas estructurales que padece nuestro sistema judicial, como la congestión de procesos judiciales y el hacinamiento carcelario, ven en la persecución penal a este tipo de delitos una de sus mayores causas.

2. ¿Cuáles son los beneficios de la política?

En el anterior apartado del documento mostramos que los costos de la criminalización de las conductas relacionadas con drogas son múltiples, diversos y muy altos. La pregunta ahora es hasta qué punto ha sido efectiva, o mejor, si ha tenido beneficios concretos que permitan justificar dichos costos. Los principales beneficios que deberían tener las políticas de drogas en materia de judicialización son fundamental tres. En primer lugar, en la disminución de la oferta, pues hay múltiples tipos penales que están destinados a atacar el cultivo, producción y fabricación de sustancias estupefacientes. En segundo lugar, en la desarticulación de las organizaciones criminales que se estructuran en torno al negocio del tráfico de drogas, pues se entiende que con la criminalización es posible afectar el crimen organizado. En tercer lugar, en la reducción de la demanda, pues la prohibición pretende de manera directa disuadir a las personas para que no consuman y, de hecho, el simple porte de estupefacientes, al menos cuando se trata de cantidades superiores a la dosis personal, conduce a la privación de la libertad.

La evidencia empírica disponible muestra que, en contraste con los elevados costos en los que se incurre con la criminalización de las conductas relacionadas con drogas, sus beneficios son en general muy bajos. La judicialización de las personas que tienen alguna participación en estos delitos no ha contribuido de manera definitiva a reducir la oferta de drogas.²⁰ De hecho, a pesar de que en los últimos años ha aumentado el presupuesto nacional dedicado a la reducción de la oferta,²¹ esta no ha disminuido. Este resultado que parecería paradójico se debería entre otros factores a que, aunque el número de hectáreas de coca ha disminuido, la producción potencial de cocaína por hectárea se ha aumentado (Mejía, 2010, pp. 158 y s.s.), y los incentivos económicos para la producción siguen siendo enormes²².

²⁰ La estrategia de disminución de la oferta de la droga es a la que dedica mayores esfuerzos el Estado colombiano y, con ello, la que mayores costos genera. Se centra en lograr la disminución de la producción de la droga y la disminución del tráfico. Su desarrollo implica un inmenso financiamiento del componente militar y un fortalecimiento de la cooperación internacional, especialmente de la norteamericana.

²¹ De conformidad con el informe emitido por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Dirección Nacional de Estupefacientes (2011, p. 14) por medio del Observatorio de Drogas de Colombia (ODC), en el año 2009 el gasto antidrogas total del Estado colombiano fue de 2.033.252 millones de pesos, de los cuales el 68,23 % (1,39 billones de pesos) fue destinado a la reducción de la oferta. Si se observa el costo de esta misma estrategia en años anteriores, se encuentra que para el periodo 2007-2008 los recursos destinados a la reducción de la oferta de drogas ilícitas alcanzó los \$2.12 billones constantes del 2008, que corresponden al 65% del total de gasto antidrogas durante el periodo. En el año 2008 alcanzó la suma aproximada de 1,35 billones de pesos y para 2007 la suma de 0,8 billones. Por su parte para el periodo 2005-2006 el costo total de la reducción de la oferta fue aproximadamente de 1.349.548,1 millones de pesos, de los cuales 605.442,6 millones corresponden al año 2005 y 744.105,5 millones de pesos al año 2006.

²² De acuerdo con dicho autor, estos datos que son justificados y tenderán a aumentar si se tiene en

Dicha criminalización tampoco ha acabado con las organizaciones criminales articuladas en torno a negocio de las drogas. Aunque en Colombia se han logrado triunfos importantes en el desmantelamiento de algunos carteles de la droga, el negocio es suficientemente lucrativo como para que otras organizaciones se ocupen del mismo. De hecho, en la actualidad la industria de la droga resulta esencial para los actores del conflicto armado, y ello alimenta tanto un fenómeno como el otro.

Esta persistencia de diversas organizaciones se debe, en buena medida, a la estructura de este mercado. Un triunfo coyuntural — como la desarticulación de una mafia exportadora — solo provoca un desabastecimiento temporal, que se traduce en el corto plazo en un alza de precios, que es justamente lo que busca la prohibición a fin de disminuir el consumo. Pero lo paradójico radica en que dicha alza es un poderoso incentivo para que otros ingresen en esa actividad, siempre y cuando la demanda persista en el largo plazo.²³

Finalmente, la criminalización tampoco ha disminuido la demanda. De hecho, para el caso colombiano entre 1996 y 2008 se habría duplicado en términos gruesos el consumo. Esta afirmación se basa en un análisis de las encuestas de prevalencia del consumo realizadas en el país y consideradas como fuentes oficiales. De acuerdo con dichas encuestas, el aumento se ha dado en ambos sexos, en todas las edades, estratos y tipos de ocupación (CAMACHO, *et.al.* 2011)²⁴.

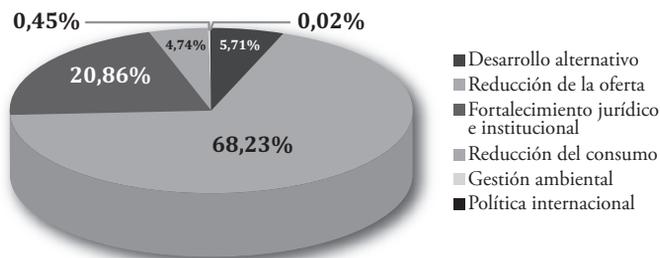
Estos pobres resultados en materia de reducción de la criminalidad, de la oferta y de la demanda tienen como colorario adicional una excesiva centralidad en la inversión para reducir la oferta y criminalizar a quienes participen en ella, que contrasta con una muy baja inversión en prevención y tratamiento. De acuerdo con la información dada a conocer por el Observatorio de Drogas de Colombia, mientras que el presupuesto de 2009 estaba destinado en un 68.23% a la reducción de la oferta, solo estipulaba un 4.74% a la reducción de la demanda. Esta estrategia de la lucha contra las drogas se situaba incluso por debajo de la estrategia de desarrollo alternativo y de la denominada estrategia de fortalecimiento jurídico e institucional, como se aprecia en el gráfico 6.

cuenta que los márgenes de ganancias asociados con la producción y el tráfico de la cocaína están en el orden de 800% a 1000% teniendo en cuenta los precios de la cocaína en los mercados norteamericanos para el año 2006.

23 Se trata de una especie de desplazamiento, conocido como “efecto globo”, en virtud del cual la producción o el tráfico se desplazan, pero no se acaban, convirtiendo el tema del narcotráfico en un asunto global.

24 Este aumento, que también se habría dado en otros países de Latinoamérica, no parece haberse dado como consecuencia de la despenalización de la dosis personal de 1994, pues considerando las tendencias regionales y nacionales, “la evidencia disponible no permite afirmar con certeza que el consumo de drogas aumentó drásticamente y súbitamente a partir de la despenalización de la dosis personal” (CAMACHO, *et.al.*, 2011, pág. 59).

Gráfico 6. Gasto antidrogas 2009 por estrategia.



V. Proporcionalidad constitucional

Luego de revisar varios elementos que permiten analizar si las políticas de drogas adoptadas en el país resultan proporcionales, tanto desde el punto de vista penal, como utilitario, ofrecemos un análisis adicional que permite determinar si resulta ajustado a la Constitución colombiana. Teniendo en cuenta, como se ha señalado, que las políticas de drogas implican en la práctica la limitación de derechos constitucionales tales como la dignidad humana, la libertad personal, a la seguridad e incluso el derecho a la salud (entre otros, por cuenta de las fumigaciones de cultivos), en esta parte del documento analizaremos si dichas políticas, a pesar de limitar derechos, resultan proporcionales y en esa medida ajustadas a la Constitución. De lo que se trata en este punto, entonces, es de aplicar una noción diferente, pero complementaria, de proporcionalidad, que tiene un carácter constitucional.

Esta noción ha sido utilizada con especial fuerza en los últimos veinte años en el país, con la adopción de la Constitución Política de 1991, pues al incluir un catálogo amplio de derechos directamente aplicables, con fuerza normativa y estructura de principios jurídicos, la jurisdicción constitucional creada adoptó diversas herramientas dogmáticas que permiten resolver los problemas jurídicos que se derivan de las tensiones que se presentan entre dichos derechos. A diferencia de los métodos clásicos de interpretación y resolución de contradicciones entre reglas, las tensiones entre principios requieren de herramientas particulares, que tomen en cuenta la estructura de los principios y sus alcances. La herramienta fundamental empleada en el caso colombiano y en otras jurisdicciones que han evolucionado hacia una nueva forma de constitucionalismo es la ponderación.

Esta herramienta ha sido desarrollada principalmente por autores como Robert Alexy y consiste en lo fundamental en un test de varios pasos que permite determinar si una medida que implica limitación de derechos resulta adecuada, necesaria y proporcional para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo y, en caso afirmativo, se considera que dicha medida se ajusta a la Constitución y debe preservarse, a pesar de las limitaciones a derechos que implica.

A continuación desarrollamos el test de proporcionalidad constitucional. Para ello, siguiendo la estructura propuesta por Alexy y desarrollada por otros autores,²⁵ primero nos referimos al fin constitucional que persiguen las políticas de drogas, luego indagaremos sobre si las políticas represivas y el uso del derecho penal para enfrentar el problema de las drogas resulta adecuado, necesario y finalmente proporcional.

El primer elemento es entonces determinar si las políticas de drogas adoptadas en el país, en especial el componente que implica el uso del derecho penal, persiguen un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el discurso general de las políticas de drogas, y con el propio código penal, la finalidad fundamental de la criminalización de las conductas relacionadas con drogas es proteger la salud pública, mediante el control de la oferta.²⁶ Este puede ser considerado en sí mismo un fin legítimo a la luz de la Constitución Política Colombiana, en la que se reconoce que la salud es un derecho del que se derivan obligaciones para el Estado (artículo 49 Constitución Política), y uno de ellos es salvaguardar la salud pública. Sin embargo, la primera pregunta que surge es si la criminalización de las conductas relacionadas con drogas, que en Colombia incluyen un amplio conjunto de tipos penales, realmente contribuye a salvaguardar la salud pública. Esto remite al primer paso del test: la adecuación.

El segundo elemento es entonces determinar si las políticas de drogas resultan adecuadas para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo, esto es, si efectivamente permiten salvaguardar la salud pública mediante la reducción de la oferta. Aunque en los últimos años los esfuerzos por reducir la producción y distribución de droga han aumentado, especialmente en Colombia que es considerado el mayor productor de drogas como la cocaína, la oferta no ha tenido una reducción considerable. Algunas

25 Véase, entre otros: Alexy, R. (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Bernal Pulido, C. (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Pág 757 y s.s.

26 Algunos podrán considerar que otro fin legítimo que persiguen estas políticas es enfrentar el crimen organizado. Sin embargo, esto implicaría aceptar la paradoja de que las organizaciones criminales que se crean en torno al negocio de la droga lo hacen porque resulta especialmente lucrativo debido a la prohibición. Resultaría además contradictorio, pues el gran daño que producen estas organizaciones está asociado con la clandestinidad y con la persecución que realizan los cuerpos policiales y militares que cumplen con el deber de luchar contra las drogas. Por estas razones, solamente consideraremos este fin, en caso de que se considere que el uso del derecho penal resulta proporcional para proteger la salud pública.

cifras recientes permiten ilustrar la falta de efectividad de las políticas de drogas para reducir la oferta.

Así, según el Informe Mundial sobre Drogas para 2011 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre 1990 y 2008, las interceptaciones anuales mundiales de cocaína pasaron de 291 a 712 toneladas y sin embargo, en esos mismos años, la producción potencial de cocaína pasó de 771 toneladas a 865 en 2008. Y en 2007 había alcanzado un máximo de 1.024 toneladas. Durante esos mismos años el precio al detal de un gramo de cocaína en Europa se redujo mucho, pues pasó de 143 euros en 1990 a 70 en 2008, en lugar de elevarse. Los mercados de heroína y de marihuana tuvieron evoluciones muy semejantes. La evidencia disponible señala que a pesar de los enormes recursos invertidos en destruir los cultivos y atacar el narcotráfico, la producción mantiene niveles relativamente estables y la distribución y tráfico de drogas, con variaciones en su lógica y rutas, mantiene activo el mercado ilegal. Dado que las políticas contra las drogas han demostrado no ser efectivas, no pueden ser consideradas adecuadas y no pasarían este nivel del test.

Sin embargo, un posible contrargumento a esta afirmación es que el prohibicionismo, si bien no ha logrado reducir la oferta, ha ejercido cierto control sobre la misma, evitando que se desborde. Esto es, que la prohibición controla la oferta, incluso si no la reduce, y que eso sería suficiente para asegurar que la criminalización resulta adecuada para salvaguardar la salud pública. Aunque este argumento es relevante y parecería en principio incontrovertible, pues se basa en el hecho de que no se sabe qué pasaría en caso de no existir estas políticas que son hasta ahora las únicas implementadas frente a las drogas, la evidencia empírica disponible no lo respalda.

En efecto, la experiencia de los países que han implementado políticas alternativas en materia de drogas muestra que al levantar la criminalización no solo no se desborda la oferta, sino que puede ser incluso controlada de manera más adecuada. Por ejemplo, en Holanda el gran tráfico es perseguido, pero se ha despenalizado de facto la distribución minorista y el consumo de la marihuana. Igualmente, en vez de criminalizar al consumidor de drogas más duras como la heroína, se le brinda una amplia gama de programas de apoyo, como el suministro de metadona, para evitar el síndrome de abstinencia, o como la ayuda profesional voluntaria para quien así lo desee.

Estas políticas de reducción del daño han dado buenos resultados en los países que las han adoptado, como lo demuestran todos los estudios en forma consistente. Incluso mejores resultados que los alcanzados por países con prohibición absoluta y criminalización completa. Al respecto resulta instructiva la comparación entre Holanda y Estados Unidos, que defiende la penalización pura y dura. Un estudio publicado en 2006 por Douglas McVay en el libro *Drugs and Society* es contundente. La tasa de encarcelamiento es más elevada en Estados Unidos que en Holanda, pero su

situación sanitaria es peor y la prevalencia del sida es en Estados Unidos mayor, mientras que el consumo de sustancias ilegales en Holanda ha sido menor. Es decir que Estados Unidos encarcela y reprime más que Holanda, pero tiene más consumidores y en peores condiciones sanitarias.

Teniendo en cuenta estos elementos, es posible afirmar que la criminalización de las conductas relacionadas con drogas no resulta adecuada para alcanzar el fin constitucional que persiguen, pues no conduce efectivamente a salvaguardar la salud pública. Esto implicaría declarar que no resultan proporcionales, pues no pasan el primero de los niveles del análisis de proporcionalidad constitucional. Sin embargo, para efectos argumentativos procederemos a analizar los otros niveles.

El siguiente nivel de análisis es entonces si la criminalización resulta necesaria, esto es efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado o si existen otros mecanismos menos lesivos. Como se deriva del análisis presentado en el nivel anterior, para reducir los efectos de la oferta de drogas sobre la salud pública hay políticas alternativas que resultan menos lesivas y más eficaces. En efecto, la evidencia disponible sugiere que las políticas de reducción de daño limitan menos los derechos fundamentales afectados por las políticas prohibicionistas, como la autonomía personal, pues evitan la marginalización y la estigmatización de los consumidores, disminuye los riesgos que genera el consumo en malas condiciones sanitarias y reduce el campo para los efectos del crimen organizado en torno al negocio de la droga. Además, como se ha señalado, estas medidas resultan más eficaces para salvaguardar la salud pública. En consecuencia el uso del derecho penal como parte de la guerra contra las drogas no solamente constituye una medida que no es adecuada para proteger la salud pública, sino que tampoco es necesaria.

En el tercer nivel de análisis la pregunta es por la proporcionalidad en estricto sentido de la medida. De acuerdo con este principio, tanto mayor es el grado de afectación de uno de los principios en juego, mayor debe ser el grado de satisfacción del otro. En el caso concreto eso implica determinar cuál es el grado de afectación de principios como la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana; así como el grado de satisfacción de la salud pública que se alcanza con las políticas represivas en materia de drogas.

De acuerdo con todos los elementos desarrollados en este documento, parecería claro que mientras el grado de afectación de los derechos señalados es intenso, el grado de satisfacción de la salud pública es leve. La autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana son limitados excesivamente en razón a la privación de la libertad y las consecuencias que ello tiene en la vida profesional, familiar y social de quienes son condenados, en especial cuando se trata de personas que tienen una participación marginal en el negocio de las drogas, como ocurre en la mayoría de

los casos (véase: GUZMÁN y UPRIMNY 2010). En contraste, la salud pública no se ve garantizada o promovida con este tipo de medidas y, como se ha evidenciado anteriormente, existen políticas que permitirían protegerla mejor.

Además, los costos en los que se incurre anualmente para proceder a la investigación, juzgamiento y sanción de quienes intervienen en el negocio de la droga son muy elevados y resultan desproporcionados en relación con los beneficios que se alcanzan tanto en reducción de la oferta, como de la demanda. Como se señaló anteriormente, a pesar de los aumentos en el presupuesto destinado a la lucha contra las drogas, y a pesar de que el sistema judicial destina recursos importantes para la persecución de los delitos relacionados con drogas, y de que miles de personas al año pierden su libertad por estos delitos, el negocio de las drogas sigue siendo uno de los más lucrativos en el país, y por ello otras miles de personas deciden participar en él. Estos costos no se reducen a los económicos, pues como se ha señalado también, hay costos sociales y constitucionales que se derivan del sufrimiento y la limitación de derechos que deben enfrentar las personas que se enfrentan al sistema judicial por su participación, generalmente marginal, en el negocio de las drogas.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que la utilización del derecho penal como una de las herramientas de las políticas de drogas resulta también desproporcionada desde el punto de vista constitucional.

VI. Conclusiones y recomendaciones

El análisis precedente permite evidenciar que el uso del derecho penal como parte de las políticas de drogas en el país ha llevado a la configuración de un marco normativo que en general resulta desproporcionado. En efecto, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad penal, que es un principio básico del derecho penal según el cual las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos y al daño que producen, los tipos penales relacionados con drogas establecen sanciones difíciles de justificar a la luz del daño directo y concreto que podrían llegar a ocasionar quienes incurrir en dichas conductas. Desde el punto de vista utilitario estas medidas tampoco resultarían proporcionales, pues implicarían costos para el Estado que no lograrían justificarse a partir de los beneficios obtenidos con ellas. Finalmente, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad constitucional, estas medidas resultarían también desproporcionadas, pues vulnerarían principios constitucionales fundamentales, sin que se obtenga una intensa satisfacción de los principios que juegan en sentido contrario. En esa medida, se trata de medidas que no resultan razonables y justificables en el marco de un Estado Social de Derecho.

El impacto del uso del derecho penal como elemento central de las políticas de drogas prohibicionistas sería negativo tanto para quienes lo padecen de manera directa, como para las instituciones. En relación con los primeros, la judicialización y pérdida de la libertad tendría consecuencia negativas, tanto en el goce de sus derechos, como en sus relaciones familiares y sociales. Pero además, si se tiene en cuenta que tendería a reproducir los sesgos propios del derecho penal, que incluyen una afectación mayor a los grupos sociales que enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad, tendría efectos negativos especialmente desproporcionados. Esta suerte de selectividad del derecho penal, en el caso de los delitos relacionados con drogas, tendería a acentuarse en las personas de escasos recursos e incluso en las mujeres, si se tiene en cuenta que la mayoría de las mujeres privadas de la libertad en el país, lo están por este tipo de delitos (UPRIMNY R. y GUZMÁN D. 2010). En el caso de las instituciones, tanto el sistema judicial como el carcelario tienden a verse especialmente congestionados por cuenta de la ampliación excesiva del uso del derecho penal como parte de las políticas anti drogas.

Estos elementos en conjunto deberían llevar a reconsiderar este uso del derecho penal en el ámbito de las políticas de drogas. Colombia debería avanzar hacia alternativas al uso del derecho penal, y en particular a la privación de la libertad frente a los delitos relacionados con drogas. En especial cuando se trata de delitos cuya comisión está relacionada con el consumo mismo de sustancias estupefacientes.

VII. Referencias bibliográficas

- ALEX, R. (2005) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BERNAL, C. (2005) *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CAMACHO, A., GAVIRIA A., y RODRÍGUEZ, C. (2011) “El consumo de droga en Colombia”. En: Gaviria, A. y Mejía, D. (comp.) *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes
- Comisión Asesora de Política Criminal (2012) Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, accedido en junio 2012 en www.minjusticia.gov.co/Library/News/Files/Ver%20Informe%20final%20Comisi%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20Criminal107.PDF

- Consejo Superior de la Judicatura (2010). *Sistema Penal Acusatorio Ley 906 de 2004: Informe de gestión fases i,ii,iii y iv, Enero 2005-Junio 2010*. Bogotá: Autor.
- Corporación Excelencia en la Justicia (2011). *Balance de los cinco primeros años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Autor y Embajada Británica Bogotá.
- Defensoría del Pueblo (2010). *Decimoséptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. Segunda Parte*. Bogotá: Autor.
- Departamento Nacional de Planeación (2008). *Cifras de justicia: Jurisdicción penal 1996-2007*. Bogotá: Autor.
- Departamento Nacional de Planeación y Dirección Nacional de Estupefacientes (2011). *Gasto directo del Estado colombiano contra las drogas 2009*. Bogotá: Autores.
- FERRAJOLI, L. (2000). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal* (4ta ed.). Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación (2009). *Anuario Estadístico 2009*. Bogotá: Autor.
- Fiscalía General de la Nación (2010a). *Informe Audiencia Pública de Rendición de Cuentas 2009-2010*. Bogotá: Autor.
- Fiscalía General de la Nación (2010b). *Informe de Gestión Agosto 2009-Noviembre 2010*. Bogotá: Autor.
- HULSMAN, L. (1987) “La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión” en *Nuevo Foro Penal*. Bogotá, No 35
- ITURRALDE, M., ARIZA. (2011). En: Gaviria, A. y Mejía, D. (comp.) *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes
- LEMAITRE, J. y ALBARRACIN, M. (2011). “Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia”. En: GAVIRIA, A. y MEJÍA, D. (comp.) *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- MEJÍA, D. (2010) *Evaluating Plan Colombia*. En Keefer, P. y Loayza, N. (Eds.), *Innocent Bystanders: Developing countries and the War on Drugs*. (pp. 135-164). Washington: Palgrave MacMillan & The World Bank.
- MEJÍA y RICO (2011) “La microeconomía de la producción y el tráfico de cocaína en Colombia”. En: Gaviria, A. y Mejía, D. (comp.) *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes
- MEJÍA, D. (2011) “Políticas antidroga en el Plan Colombia: costos, efectividad y eficiencia”. En: Gaviria, A. y Mejía, D. (comp.) *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes
- NADELMANN, E (1992) “Thinking Seriously about Alternatives to Drug Prohibition” en *Daedalus* Vol. 121, No. 3, *Political Pharmacology: Thinking about Drugs* (Summer, 1992).

- Policía Nacional (2009). Resultados operativos de la Policía Nacional de Colombia 2008. *Revista Criminalidad*, 51(1), 228-310.
- Policía Nacional (2010). Resultados operativos de la Policía Nacional de Colombia 2009. *Revista Criminalidad*, 52(1), 228-310.
- UPRIMNY, R. (2001) “El “laboratorio” colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia”. En: De Sousa Santos y García Villegas (Eds), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, universidad de Coimbra- CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores.
- UPRIMNY, R. y GUZMÁN, D. (2010). *Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia*. En VV.AA., *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. (pp. 40-50). Ámsterdam/Washington: WOLA – TNI.
- ZAFFARONI, E.R. (2009) *La legislación anti-droga latinoamericana: Sus componentes de Derecho Penal Autoritario*. En VV.AA., *Entre el control social y los derechos humanos: Los retos de la política y la legislación de drogas*. (pp.3-15). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La (des)proporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador

Por Jorge Vicente Paladines¹

I. A modo de introducción II. La (des)proporción en la percepción y legislación del daño III. La (des)proporción de las agencias antidrogas IV. La (des)proporción en la determinación de las penas V. Reflexiones finales VI. Bibliografía

I. A modo de introducción

Cuando hablamos de “droga” asociamos un sinnúmero de problemas sin distinguir la autonomía que posee cada uno de ellos. La utilización política de esta palabra hace que nuestro imaginario la diluya como un fenómeno polisémico, estimulando aún más el espectro muchas veces maniqueo de su complejidad. Cada vez es menos posible identificar solamente por droga a cualquier sustancia o preparado cuyos efectos sean estimulantes o alucinógenos como café, tabaco, cerveza o marihuana. La relación artificial con la ilegalidad relega al espacio de lo prohibido su capacidad de análisis, imputando a una droga cualquier actividad bajo un mismo sentido. Así, cuando hablamos de droga también nos imaginamos al narcotráfico, la violencia, el terrorismo, los Estados fallidos, la corrupción, el tráfico de influencias, el lavado de activos, la insalubridad, la inseguridad ciudadana o la degradación de la humanidad.

Frente a este desorden interpretativo surge la necesidad de plantear estudios bajo diferentes enfoques y niveles de análisis. Se debe recuperar su discusión política a través de un abordaje participativo y multidisciplinario, incluyendo de esta forma las diversas visiones que emanan de la sociedad civil y el Estado, con la asistencia además de saberes como la medicina, psicología, educación, sociología, antropología, derecho, economía, geografía o agronomía. El fenómeno de las drogas, en consecuencia, podría analizarse desde: i) la educación y salud pública; ii) el desarrollo económico y social; iii) las relaciones internacionales; iv) los impactos ambientales; y, finalmente, v) las políticas de seguridad y justicia. Así por ejemplo:

¹ Agradezco a María Paula Romo (Asamblea Nacional del Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (UASB), Coletta Youngers (WOLA), Pien Metaal (TNI) y María Laura Böhm (Georg-August Universität Göttingen) por sus gentiles observaciones y comentarios.

- i) Las políticas para la prevención y tratamiento de personas que son sujetas de diversas situaciones que se generan socialmente en su relación con las drogas –todas las drogas, sean éstas lícitas o ilícitas–, deben partir desde una visión integral. En muchos casos no se escucha a sus principales implicados: las personas que se encuentran en situaciones de adicción. Los criterios técnicos y políticas públicas deben ponderar prolijamente una salida que no olvide la necesidad de proteger la salud de los habitantes sin lesionar los derechos de las personas usuarias o consumidoras. Este equilibrio no es posible sin el abandono de esquemas y tabúes construidos no sólo sobre una sustancia, sino también sobre sus usuarios.
- ii) La relación drogas y economía no sólo trata de estudiar las pérdidas y ganancias que mantiene el negocio de las drogas por el hecho de subsistir en la ilegalidad. Si sobre el alcohol y el tabaco se han formulado algunos componentes tributarios y aduaneros a nivel mundial, por qué no continuar en la misma línea para las demás drogas. Por el contrario, su relación con la economía también atraviesa nuestras fronteras. Ecuador ha sido merecedor de incentivos económicos por su lucha contra las drogas, tal como ocurre con el Andean Trade Promotion and Drugs Eradication Act (ATPDEA). A ello se suman los polémicos informes del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), órgano que enlista qué países son –y no son– paraísos fiscales, así como cuáles son los más vulnerables en el ambiguo fenómeno del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.
- iii) El debate sobre la lucha antidrogas es internacional. Ecuador puede establecer procedimientos y estrategias de coordinación y cooperación sobre la base de dos caminos: a) O mantenemos el mismo discurso que nos ha acompañado por decenas de años; b) O comenzamos a elevar uno nuevo sobre el tema. Su discusión en los escenarios internacionales a nivel de las Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos no sólo se encuentra en entes u órganos como la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) o la Comisión Interamericana para el Control y Abuso de Drogas (CICAD). Existen instancias asimismo estratégicas como la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), la Comunidad Andina, entre otras. En cualquier caso, sea para mantener su status quo o replantear un nuevo escenario, es necesaria la observación de las tres grandes convenciones internacionales sobre drogas suscritas en 1961, 1971 y 1988, las cuales pueden estar incluso desactualizadas.
- iv) El impacto de las políticas de lucha a las drogas abandonó el tratamiento de la naturaleza, así como de las actividades de supervivencia

- más básicas en áreas o sectores vulnerables socioeconómicamente: el rural. Las fumigaciones en la frontera Norte de Ecuador han creado un impacto ambiental del que no sólo es víctima la misma flora y fauna, sino también la salud de las personas. La erradicación con veneno de los cultivos de coca no han podido ser satisfactoriamente sustituidos por otros que permitan el desarrollo sustentable y sostenible de miles de familias, pues además de haber dejado un gran vacío en cuanto a sus ingresos económicos mínimos, se perdió la calidad de la tierra y la posibilidad de promover otro tipo de cultivos más rentables.
- v) Por último, dentro de la difusa cadena del fenómeno de las drogas aparece la que envía las primeras señales de efectividad bajo el encierro de miles de personas en nuestras cárceles. Aunque Ecuador no presenta los crudos niveles de violencia del narcotráfico de otras naciones, las estrategias nacionales para el combate a las drogas han imbricado las lógicas de la seguridad externa (Fuerzas Armadas) con las de la seguridad interna (Policía Nacional). Sus resultados se remiten a la justicia con miles de procesos judiciales y personas privadas de la libertad.

Este último es el enfoque que nos incumbe de manera especial. Por ende, el presente estudio pretende simplemente contribuir al análisis de la proporcionalidad de la legislación antidrogas y sus concomitantes prácticas judiciales y policiales. Se trata, asimismo, de un reporte analítico que se halla circunscripto en medio de la discusión legislativa sobre reforma penal de drogas en Ecuador, con lo cual su información no es otra que la de contribuir a la construcción necesaria de una base empírica para el debate político y el discurso de su urgente reforma.

La búsqueda de nuevas salidas o alternativas a la “guerra contra las drogas” es parte de un debate regional. Las políticas y legislaciones antidrogas han despertado más de un resquemor en América Latina mediante: i) el debate para la legalización y el establecimiento de instituciones para sus usuarios a través de dosis permitidas (Bogotá-Colombia, Costa Rica y Guatemala); ii) la discusión de un nuevo marco normativo que asuma una transformación de la visión prohibicionista, así como la generación de procesos de descarcerización mediante indultos (Argentina, Ecuador y Bolivia); iii) la promoción parlamentaria y la implementación de políticas de salud para la determinación de umbrales más acordes con la realidad de los usuarios (Brasil y México); y, finalmente, iv) la propuesta legislativa y gubernamental para la legalización de ciertas drogas como la marihuana (Chile y Uruguay).

En Ecuador, por su parte, el gobierno del presidente Rafael Correa presentó en octubre de 2011 ante la Asamblea Nacional el proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP). Esta propuesta concentra todos los delitos dispersos en el resto del

ordenamiento jurídico –más de doscientas leyes además del vigente Código Penal de 1938 retocado en la década de los 70’s–, incorporando la plataforma penal de la vigente Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108), principal instrumento legal de la “guerra contra las drogas” en el país.

La Ley 108 es un cumulo de legislaciones antidrogas a lo largo de la historia de nuestra República. Así, las principales leyes contra las drogas ilícitas en el país fueron:

1. La Ley de Control del Opio de 1916;
2. La Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus derivados y de los preparados de la Morfina y de la Cocaína de 1924;
3. La Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes de 1958²;
4. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970³;
5. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1974⁴;
6. La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1987; y,
7. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990⁵.

Al mismo tiempo de extraer las disposiciones vigentes sobre los delitos de drogas, el proyecto del ejecutivo establece parámetros para reorganizar la criminalización de las actividades que aún considera ilícitas, bajo un claro intento de proporcionalizar lo desproporcionado. Comienza con: (i) establecer diferencias entre los grandes y pequeños traficantes; (ii) graduar las penas en función de los roles dentro de esta especie de división criminal del trabajo para; finalmente, (iii) distinguir –mediante la determinación de umbrales– a las personas usuarias o consumidoras de los pequeños traficantes. Lo que empuja esta reforma son las sospechas sobre la desproporción que genera la Ley 108, cuyos desbordes no sólo podrían manifestarse en su complejo entramado normativo, sino también en su aplicación policivo-judicial.

A través del presente estudio buscaremos confirmar o descartar las sospechas que han motivado –sin ninguna base empírica y ante la ausencia aún de un gran movimiento

2 La Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes fue reformada por Decreto Legislativo en 1959 a través del Registro Oficial (R.O.) 940; mediante su codificación en 1960 (R.O. 1202); por Decreto Ley en 1963 (R.O. 82); y, por Decreto Supremo en 1964 (R.O. 161).

3 La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes fue reformada a través de Decreto Ley en 1971 (R.O. 139).

4 La Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas tuvo reformas por Decretos Supremos en 1977 (R.O. 278), en 1978 (R.O. 621), en 1979 (R.O. 871); mediante Decreto Legislativo en 1979 (R.O. 37); y, a través de Decreto Ley en 1982 (R.O. 82).

5 La Ley 108 fue reformada en 1992 (R.O. 22); en 1994 (R.O. 439); en 1997; (R.O. 173 y 218); codificada en 2004 (R.O. 490); y reformada en 2005 (R.O. 127).

nacional reformista—, la presente transformación sobre nuestros delitos de drogas. La tarea es analizar algunas de las realidades que, muy probablemente, no se tomaron en cuenta en la percepción legislativa del daño, el funcionamiento actual de las agencias encargadas de su control; y, la aplicación de las penas por parte de nuestra administración de justicia.

La construcción de la información —condensada al 2011— partirá de enfoques cuantitativos y cualitativos, mediante el análisis de cifras así como de documentos vinculados a la naturaleza sistémica de la legislación y justicia antidrogas del Ecuador. Con este análisis sobre la proporcionalidad se sitúan además los veintiún años de una legislación cuya realidad no sólo puede estar cubierta de mitos, sino también de tolerancia frente a las diversas prácticas judiciales que emergen del combate a las drogas.

II. La (des)proporción en la percepción y legislación del daño

Las exageraciones del debate parlamentario

La percepción de las drogas como el “peor de los males de la sociedad” no sólo forma parte de nuestro imaginario colectivo, sino también de la predeterminación en el diseño y aplicación de políticas públicas. Durante décadas Ecuador ha generalizado este discurso bajo la impresión que el consumo de drogas es per se un grave riesgo. Sin embargo, esta percepción dejó hace mucho tiempo de pertenecer al ámbito de lo moral o subjetivo para trasladarse a acciones mucho más concretas y materiales. La desproporción en la percepción del daño es también una desproporción (sobredimensión) de la motivación política del legislador para la confección de la norma, es decir, en el nivel de lo que se conoce como la proporcionalidad abstracta.

La Ley 108 —promulgada el 17 de septiembre de 1990 y vigente en la actualidad— tuvo como motivación legislativa una gama de apreciaciones alojadas desde lo más profundo de la discreción del discurso político. La representación política que discutió y aprobó esta ley adoptó —junto a las posibles presiones internacionales— los saberes de áreas como el derecho, la medicina, la psicología e incluso la psiquiatría. Tal es así que se esgrimió sin ninguna exageración lo siguiente:

“Señor Presidente: estamos legislando sobre una materia, si se quiere, nueva, y los resquemores que aquí se han expresado quizá responden a un *esquema mental* que ha sido costumbre... si nos escandalizamos por ese planteamiento de la pena, debemos hacerlo más con el *daño que causa el narcotráfico* y todas sus fases. No se está

dejando abierta una puerta, como se ha dicho, sino que se está legislando en forma muy concreta la tipificación penal de los *delitos contra la humanidad*.” (Diputado Juan Cárdenas Espinoza, segundo debate para la legislación de la Ley 108, Acta No. 92 del 31 de julio de 1990, p. 65, cursivas mías)

A nivel mundial ningún tipo penal que criminaliza las actividades vinculadas con la producción o tráfico de drogas forma parte del Estatuto de Roma, instrumento base del Derecho Penal Internacional que describe las acciones que conforman internacionalmente los delitos de lesa humanidad. Esta imprecisión hace difícil la mensurabilidad del daño, pudiendo equiparar el tráfico de cien gramos de marihuana con la ejecución extrajudicial de decenas de personas.

El reconocimiento constitucional del daño

Lejos de criticar la falta de precisión en nuestra interpretación legislativa, nadie ha puesto en tela de duda que el abuso de las drogas produzca, posiblemente, serios daños a la salud de las personas. Por esta razón la nueva Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 2008, destaca en su artículo 364 que: “*Las adicciones son un problema de salud pública*”. De esta forma, además de legitimar al sistema de salud pública como el garante para la reducción de sus daños, se reconoce que los problemas sobre adicciones de drogas no sólo son los descritos en la Ley 108, sino también aquellos que incluso puedan ocasionar problemas a la salud por el uso o abuso de las denominadas drogas legales o lícitas como tabaco y alcohol.

A pesar que la cobertura constitucional del Ecuador se refiere a *todas* las drogas, sean éstas lícitas o ilícitas, aún se concibe que la justificación del daño se halle reducida a lo que imaginamos como drogas-ilícitas. Así, por drogas generalmente se alude a la marihuana, cocaína o éxtasis, dejando de lado a las sustancias y los daños que se puedan derivar del consumo de alcohol o tabaco:

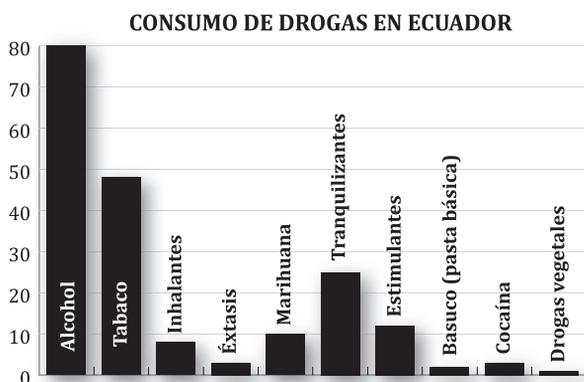
“El mundo moderno, que constantemente se encuentra evolucionando, se ve amenazado permanentemente por un arma destructiva y aniquiladora, como es la droga, que desequilibra totalmente a todos los niveles sociales, ataca directamente a la mente humana, hace perder la personalidad y disminuye la autoestima, hasta conseguir su objetivo final como es la muerte del drogadicto” (Dr. Marco Rivadeneira, ex-Director Nacional Antinarcóticos)⁶

⁶ Declaración obtenida de *Enlace*, Revista de la Escuela de Estado Mayor de la Policía Nacional del Ecuador (2007). No. 7, p. 44.

Las drogas que más se consumen en Ecuador son el alcohol y el tabaco

Sin embargo, según los índices de prevalencia sobre el consumo de drogas en las y los estudiantes de colegio en Ecuador –es decir en adolescentes–, el uso de inhalantes, éxtasis, marihuana, tranquilizantes, estimulantes, pasta básica de cocaína (basuco), cocaína o drogas vegetales, no representa un grave problema de salud pública al menos frente al consumo de tabaco y alcohol, tal como se colige de la Tercera Encuesta Nacional Sobre el Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media del 2008 realizada por el CONSEP⁷.

Gráfico No. 1
Índice de Prevalencia sobre el consumo de drogas en Ecuador



Fuente: Secretaría Ejecutiva del CONSEP

Elaboración: propia

Año de publicación: 2009

⁷ Hasta el 2011 no se conoce por parte del CONSEP otra encuesta –al menos fiable metodológicamente– que permita medir las prevalencias en el consumo de drogas en estudiantes de enseñanza media. Además, en Ecuador el uso de otras drogas ilícitas –como la heroína– no representan mínimamente una alarma en nuestro sistema de salud pública. Cabe también acotar que en junio de 2010 se restringió, por parte del gobierno ecuatoriano, la venta de bebidas alcohólicas en horarios posteriores a las 00H00 de lunes a jueves, así como después de las 02H00 los días viernes y sábados; y, en todas las 24 horas de los días domingo. A su vez, la venta de cigarrillos así como de bebidas alcohólicas para menores de 18 años de edad está prohibida formalmente en todo el territorio nacional. La noción que gracias al prohibicionismo no se han elevado las cifras del consumo de drogas ilícitas es relativa, toda vez que a pesar que también está prohibida la venta de bebidas alcohólicas y tabaco (drogas lícitas) para niñas, niños y adolescentes, su uso o consumo es –sin embargo– notoriamente alto.

En el caso del uso o consumo de drogas ilícitas hay que advertir que la presente estadística se constituye en una *red atrapa todo*, toda vez que el nivel de abstracción metodológica que reporta la presente información se determina a partir de si se ha usado o consumido drogas “alguna vez en la vida”, con lo cual el peso metodológico de un posible “sí” es mayor al de un “no” –con excepción de un encuestado portador de una brillante memoria–. De todas formas, se ha considerado la cifra menos beneficiosa respecto de la presente sospecha investigativa, es decir la menos favorable al investigador, pues incluso así es muy posible que las cifras sobre el uso o consumo de drogas ilícitas sea menor que la reportada por el órgano encargado de sus políticas para la prevención.

Así, el 79,4% de los estudiantes encuestados a nivel nacional –casi el 80%– han admitido consumir bebidas alcohólicas⁸, mientras que el 46%, tabaco. Para ello es necesario añadir que el universo o población que recae la presente encuesta es sobre personas adolescentes o menores de edad del país, es decir, sobre segmentos de la población sobre los cuales existe asimismo la prohibición expresa de venta o expendio de bebidas alcohólicas y de cigarrillos.

Por su parte, el uso de drogas ilícitas como inhalantes (5,7%), marihuana (6,4%), éxtasis (1,3 %), drogas vegetales (1,8 %), pasta base (1%) y cocaína (2,2%) es ínfimamente menor frente al tabaco y alcohol. A estas cifras sólo les sigue el uso de tranquilizantes (11,5%) y estimulantes (7,2%), consumos que posiblemente sean administrados bajo prescripción médica o incluso por uso cotidiano contra el “estrés” a través de múltiples productos energizantes muy difundidos y accesibles en el mercado.

No existe una relación determinante y fatal entre consumo y daño

No todos los usos de drogas degeneran precisamente en adicciones, sea por el abuso de drogas estimulantes así como depresoras o alucinógenas, pues depende en gran medida de la cantidad, accesibilidad, frecuencia y técnica con que se administran para colegir hipótesis de daños (Strang, 2004: 14). Se debe tomar en cuenta además la reacción orgánica que pueda presentar una persona ante el consumo de ciertas drogas⁹.

8 La Encuesta Nacional Sobre el Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media mide la prevalencia del consumo de drogas sobre quienes hayan usado o consumido drogas “alguna vez en la vida”. Esta información es parte de los informes para la Evaluación del Progreso del Control de Drogas – Ecuador, condensados por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) con sede en Washington.

9 Existen algunas versiones sobre la muerte de Rasputín, afamado asesor esotérico de los zares rusos de finales del Siglo XIX y comienzos del XX. Una de ellas relata el hecho de haber sido envenenado varias veces como parte de un complot; sin embargo, no falleció inmediatamente. Pese a la gran cantidad de in

Así, el padecimiento de enfermedades crónicas o degenerativas como hipertensión arterial o diabetes, o tener una débil composición orgánica como en el caso de anemias agudas o asma, hace que el riesgo a la salud por el uso de drogas sea mayor. El uso de marihuana representa, por ejemplo, un mayor riesgo si se padecen enfermedades cerebrovasculares; mientras que el uso de cocaína, dependiendo de la personalidad y estado de ánimo, puede potenciar un comportamiento violento o a su vez generar una psicosis paranoica en personas de cualquier edad (Puentes, 2005: 220-224).

Así mismo, es preciso distinguir entre el *riesgo* y el *daño* de las drogas. El *riesgo* devenido por su uso es discontinuo, es decir puede o no ocurrir, como quien fuma toda su vida y pese a ello no presenta ningún diagnóstico de lesiones en su aparato respiratorio; por tal razón el riesgo es una mera afirmación de probabilidades. Por otra parte, el *daño* de las drogas puede manifestarse tanto de forma continua como discontinua. De forma continua el daño se presenta inmediatamente, como en la alergia o intolerancia orgánica al humo del cigarrillo; mientras que de forma discontinua el daño se presenta con posterioridad al evento que lo provocó, es decir como un acumulado asintomático de daños, tal como ocurre con la formación de un enfisema pulmonar¹⁰.

Descripción de situaciones por abuso de drogas

De cualquier manera, toda decisión destinada a minimizar los efectos –sea de riesgo o de daño– por el uso de drogas debe fundarse sobre una política de *reducción de daños*. A partir de esta alternativa, por una parte, se sincera y deriva el debate de las drogas hacia la prevención y tratamiento; y, por otra –y una vez enmarcados en el sistema de salud pública–, se distinguen los diversos niveles de daño que posiblemente causarían tanto los usos como los abusos de las drogas:

“Es esencial, por ejemplo, que cualquier política sobre drogas distinga entre usos, que producen poco o ningún daño al consumidor, abusos, que causan daño principalmente al consumidor, y situaciones en las que se produce un daño social palpable. Por lo tanto, los gobernantes deben comprender que el objeto de su política es ac-

gestión su cuerpo fue capaz de reducir las consecuencias del veneno, debido a la textura de su cuerpo y la mezcla de otras sustancias como el vino y las harinas, lo cual mitigó sus efectos.

10 “Uno de los problemas con relación a la evaluación del daño es que éste puede ser difícil de medir directamente. Puede haber una relación compleja entre el comportamiento original y el daño manifiesto, que puede aparecer mucho más tarde (por ejemplo: varios años después), que puede ocultarse deliberadamente (por ejemplo: como resultado del estigma asociado con las enfermedades de transmisión sexual), o que puede ser muy evidente pero darse en poblaciones ocultas (por ejemplo: entre las prostitutas o entre los grupos que no tienen un acceso ortodoxo a los cuidados de salud)” (STRANG, 2004: 13).

tuar ante las situaciones en las que se produce un daño evidente al consumidor y a la sociedad y despreocuparse del uso de drogas *per se* y del consumo esporádico” (Nadelmann, 2004: 37).

Ecuador ha partido —en términos constitucionales— de algunos criterios en materia de reducción de daños para clasificar entre usuarios o consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. Aunque esta clasificación tal vez sea un poco ligera, mediante la diferenciación de usos y usuarios se distinguen a: i) usuarios cuyo consumo no registra daños, ii) usuarios cuyo consumo provoca daños a su propia salud; y, iii) usuarios cuyo consumo es replicado (*vis a vis*) socialmente —a manera de *interaccionismo simbólico*¹¹. La descrita clasificación amparada en el artículo 364 de la Constitución de la República protege a cualquier persona que se encuentra en situación de adicción. No se distingue, por tanto, entre niveles de adicción como consecuencia del uso de drogas en específico, entendiéndose que droga es toda sustancia o preparado que produzca efectos estimulantes, deprimentes, narcóticos o alucinógenos.

En consecuencia, la acción de inhalar cocaína o beber café *puede* llegar a niveles de adicción lo que, no obstante, no suprime el derecho —autonomía de la voluntad o libre desarrollo de la personalidad— que tenemos las personas para decidir qué hacer con nuestro cuerpo y salud. En otras palabras, bajo la adscripción hacia una política de reducción de daños se admite constitucionalmente que el uso o consumo de drogas puede producir daños, sin negar por ello el derecho *personalísimo* que tiene cada ser humano a ser usuario o consumidor.

Los prejuicios y estereotipos a los usuarios

Sin embargo, la introyección de prejuicios en el uso de drogas asocia semánticamente al “adicto” con el fumador de marihuana, inhalador de cocaína, administrador de éxtasis o aplicador de heroína, descartando de plano al bebedor de alcohol o fumador de tabaco. Se rotula o etiqueta socialmente a quienes consumen ciertas drogas. Los tecnicismos conjugan con calificaciones, adjetivos, sobrenombres o apodos que inscriben como desviado al “adicto”, “drogadicto”, “drogodependiente”, “narcodependiente”, “to-

11 El interaccionismo simbólico es una corriente de la sociología que interpreta las conductas o actuaciones sociales a partir de la comunicación. Desde este punto de vista, la acción social está pre-determinada por los sentidos que se interpretan a partir de otra sociedad o cultura. Así, dentro del estudio de la Criminología y Sociología Criminal podrán generarse explicaciones del fenómeno delictivo nacional como consecuencia de las noticias, series o películas proyectadas por los medios de comunicación. Cabe advertir que en ello podrían confluír también prejuicios raciales o generalmente discriminatorios, como aquellos que imputan la acción de una persona a partir de su relación con otra, forjándose así aquello que en el imaginario colectivo se interpreta bajo el refrán “dime con quién andas y te diré quién eres”.

xicómano”, “inhalador”, “marihuano”, “cocainómano”, “heroínómano”, “grifo”, “chafó”, “triquero”, “fumón”, entre otros¹². No sólo la percepción del daño es traslapada a la imagen del usuario, sino además que éste es asociado con el delito y la criminalidad; por ello, las personas usuarias o consumidoras de drogas son estereotipadas como *peligrosas*¹³, emitiéndose lamentablemente juicios de valor (Metaal, 2008:18), lo cual ha promovido sentimientos de discriminación:

“Se dice que quienes usaren sustancias estupefacientes o psicotrópicas podrán ser sometidos, mas deberán ser sometidos. Porque si les dejamos como podrán, nadie querrá estar sometido, pues de todas maneras es un régimen especial” (Diputado Gustavo Medina López, lectura del proyecto para la legislación de la Ley 108, Acta. No. 25 del 2 de enero de 1990, p. 45)

El encierro como tratamiento monopólico para el drogodependiente

A pesar que en Ecuador no es formalmente un delito usar o consumir drogas, los problemas de adicción han habilitado polémicas formas de tratamiento o rehabilitación, algunas de ellas mediante centros de encierro para drogodependientes. Así, mientras el país cuenta con 66 centros legales de privación de la libertad —46 Centros de Rehabilitación Social (CRS’s), 15 Centros de Adolescentes Infractores (CAI’s) y 5 Centros de Detención Provisional (CDP’s) administrados por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos—, existen 148 centros de rehabilitación para el tratamiento de “actitudes” o patologías en las adicciones, los cuales no cuentan con un fortalecido control por parte del Ministerio de Salud Pública del Ecuador¹⁴.

¹² Algunos expertos caen en las trampas de ver a los usuarios de drogas como “bichos raros”, como cuando se exagera en las descripciones de sus patologías: “La personalidad del drogodependiente puede ser descrita desde diversos marcos referenciales; desde lo semiológico sobresalen lo impulsivo, lo compulsivo, la tendencia a la actuación y la *culpabilidad masoquista*. En la nosología, e inclusive en la nosografía, sobresalen cuadros que van desde las neurosis hasta la psicosis, pasando por las estructuras *perversas y psico-psicopáticas*” (cursivas mías). Véase Amato (2007: 212).

¹³ En 1840 H. A. Frégier, médico legista de la policía francesa, representó el comportamiento de ciertos grupos sociales, analizando los patrones conductuales de los denominados vagos y mendigos, así como de las prostitutas y ebrios. Según Frégier, los tugurios de París estaban infestados de personas que vivían del vicio. A través de los vicios estas personas devenían en enemigos de la sociedad, pues “automáticamente” se vinculaban en actividades violentas. Es así como se estructuró históricamente el discurso policial de las “clases peligrosas”, incorporando incluso en el franco-belga Código Penal ecuatoriano a la vagancia y mendicidad como delitos en sus artículos 383-385.

¹⁴ Los “centros de tratamiento” del Ecuador en su mayoría son privados; sin embargo, existen algunos que tienen convenios con instituciones públicas. Sus cierres o clausuras no necesariamente obedecen a decisiones de control por parte de la cartera de salud pública, sino muchas veces a objeciones de carácter municipal o judicial.

En estas instituciones de tratamiento se aloja a una diversidad de usuarios de drogas, mediante centros cuya razón y objeto social es indeterminada y abstracta, pues según el tipo de tratamiento o terapia se promueve la “intervención clínica”, “evaluación psiquiátrica”, “intervención individual, grupal, filosófica y espiritual”, “terapia cognitivo-conductual, ocupacional y psicodrama”, “rehabilitación”, “rehabilitación con pesca, planificación y tejidos”, entre otros. Se deshabitúan cuestiones de difícil problematización para las “ciencias” y el derecho, tales como el homosexualismo – con incluso la reclusión de adolescentes–, pues al parecer cualquier patología podría estar sujeta a este tipo de servicios y ofertas.

Gráfico No. 2
Diferencia cuantitativa entre “cárceles” y “centros de tratamiento”

CENTROS DE TRATAMIENTO Y PRIVACION DE LA LIBERTAD



Fuente: Ministerio de Salud Pública

Elaboración: propia

Año: 2011/2012

Algunas de las comunidades terapéuticas o centros de tratamiento para la rehabilitación de adicciones presentan serias observaciones sobre violaciones a los Derechos Humanos en cuestiones como maltratos (torturas), “capturas” o privaciones ilegales de la libertad, hacinamiento, precariedad de sus instalaciones, incapacidad y falta de equipo técnico, o incumplimiento y ausencia de requisitos legales para su funcionamiento. Por tales motivos, no se ha logrado descartar que algunos de estos centros sean también instituciones de encierro, en igual o peores condiciones que los centros legales de privación de la libertad como consecuencia del proceso o condena de un delito.

Si en la mayoría de los casos la técnica para la recuperación de personas con serios problemas de adicción fuere la neutralización de la voluntad a través del encierro y la tortura, no cabría entonces ninguna duda que se estaría –de forma latente o encubierta– criminalizando el uso o consumo de drogas¹⁵, pese a la estricta prohibición del artículo 364 de nuestro texto constitucional que señala: “*En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales*”. El encierro para personas con problemas de adicción, y aún más bajo regímenes y espacios que no cuentan generalmente con el control del Estado, es una forma de *cosificación* de la especie humana (HONNET, 2007: 93-94) en nombre de la “guerra contra las drogas”:

“La guerra contra las drogas preparó el terreno para una guerra contra las personas consideradas más inútiles y potencialmente peligrosas de la población, los que Spitzer en 1977 llama basura social, pero que en realidad son considerados más peligrosos que la basura” (Christie, 1993: 75)

Al parecer no existe una alternativa pública –respuesta contundente– frente a los problemas de rehabilitación o tratamiento de adicciones por drogas, al menos con cobertura general y gratuita. Muchas personas con problemas de adicción son devueltas de los hospitales públicos por no tener una unidad que oferte este tipo de rehabilitación, con lo cual proliferan los negocios privados para este tipo de servicios. A ello se suma la insensibilidad del entorno de la persona con problemas de adicción, sobre todo cuando sus mismos familiares son los encargados de idear o coadyuvar la captura para su asilo en algunos de los centros o comunidades terapéuticas privadas, en donde la posibilidad de no ser torturado es incierta dependiendo de la capacidad económica del cliente/paciente.

Las ‘ cortes de drogas ’ como forma de criminalizar su uso o consumo

No obstante, no sólo por la vía de un encierro terapéutico inadecuado se podrían vulnerar los Derechos Humanos de las personas usuarias o consumidoras de drogas, sino también por la vía del mismo proceso penal. En este sentido, como resultado de las diversas recomendaciones –no imposiciones– que los entes u organismos internacionales en materia de drogas pueden generar –como la CICAD–, se encuentra la de los denominados tribunales o cortes de drogas.

¹⁵ Foucault no se equivocó en denunciar las diversas manifestaciones del control, una de ellas a través de los centros que “tratan” y “curan” las patologías –siempre sociales–. Según este autor, el único mecanismo para deshabituarse cualquier patología es el enfrentamiento con los vigilantes, en otras palabras la tortura (FOUCAULT, 2008: 27).

En lo que respecta a Ecuador, desde el 2011 se ha comenzado a cabildar el denominado “Proyecto Piloto para la Implementación de Tribunales de Drogas en la Ciudad de Cuenca”, iniciativa impulsada por la American Bar Association (ABA) Rule of Law Initiative y Justicia Penal, cuya propuesta es exactamente la adopción del modelo de “Corte de Drogas” implementado en Estados Unidos y otros países como México y Chile, los cuales se diferencian en algunos casos de los modelos aplicados en Inglaterra —especialmente en Escocia— y Australia¹⁶. La iniciativa de ABA y Justicia Penal en Ecuador parte de la siguiente metodología:

1. Que cualquier persona procesada por delitos de baja cuantía o significancia social se declare “voluntariamente” como drogodependiente;
2. Que esta declaración sea conocida por las partes o sujetos procesales dentro de una audiencia para la *suspensión condicional del procedimiento* ante un juez de garantías penales;
3. Que una vez aceptada la declaración, y con la venia del juez, se proceda a suspender la continuidad del proceso penal bajo la condición de someter al procesado a tratamiento terapéutico para su completa y total rehabilitación; y,
4. Que de no estar satisfecho el juez con rehabilitación del antes procesado y ahora drogodependiente, se reactivaría el proceso penal en contra del imputado/consumidor de drogas.

No cabe la menor duda que esta propuesta, de ser realidad, violaría seriamente los derechos de las personas usuarias o consumidoras de drogas, atentando de esta forma al artículo 364 de la Constitución de la República, pues se criminalizaría no sólo a las personas que procesalmente gozan del principio de presunción de inocencia, sino también a quienes por su libre decisión y voluntad son consumidoras de drogas. No obstante, hay un efecto mucho más grave que produciría en Ecuador la institucionalización de las Cortes de Drogas: el falseamiento político-criminal de las cifras que relacionen el uso de drogas con la comisión de delitos. Muchas personas preferirían “autodeclararse” como drogodependientes antes de ser sometidas al tormentoso proceso penal, elevando y maquillando las cifras de la cada vez menos probable relación entre consumo de drogas ilícitas y delito.

¹⁶ Para un mejor análisis sobre las Cortes de Drogas, véase el interesante estudio realizado Diana Guzmán en colaboración de DeJuSticia para International Drug Policy Consortium IDPC (2012).

No existe en Ecuador una relación entre uso de drogas ilícitas y la comisión de delitos

En Ecuador no existe una relación determinante entre el uso de drogas ilícitas con la (in)seguridad ciudadana. Aquello es corroborado en el caso de las y los adolescentes infractores que se encuentran bajo medidas socioeducativas (internos), en donde el 43,3% de ellos sostuvo que el día que cometieron la infracción *no usaron ni consumieron ninguna droga ilícita*, cifra seguida sólo de un 23,5% donde se admitió exclusivamente el consumo de alcohol¹⁷. De tal manera que no aparece como estimulante para la comisión de delitos el uso o consumo de drogas ilícitas, pues sólo el consumo de alcohol despierta ligeras sospechas, las cuales se agudizan en los casos de accidentes de tránsito y de violencia de género o violencia intrafamiliar:

“...el consumo, el tráfico y la criminalidad se han convertido en elementos claves para descifrar la vida cotidiana. Este breve repaso permite afirmar que ambos fenómenos se han agravado. Sin embargo, no se sabe aún si existe una relación de causalidad entre drogas y criminalidad.” (DAMMERT, 2009: 119)

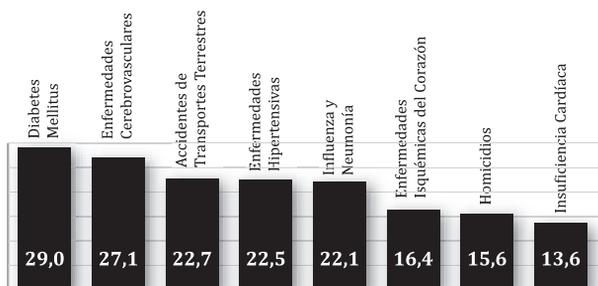
El consumo de drogas no es la principal causa de muerte en Ecuador

Finalmente, cabe destacar que los daños a consecuencia del uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (drogas ilícitas), como por ejemplo las muertes por sobredosis, no constan dentro de las principales causas de mortalidad de nuestra población. Los factores de riesgo como el sedentarismo, tabaquismo y obesidad a consecuencia también de los hábitos alimenticios como el consumo de azúcares o grasas saturadas son, por el contrario, las principales causas de mortalidad en Ecuador, entre ellas con enfermedades como diabetes o hipertensión arterial, que reportan una mortalidad de 29 por cada cien mil habitantes en el caso de la primera.

¹⁷ Las referidas cifras son seguidas de un 21,1% por uso de marihuana, 6,3 % por uso de cocaína, 4,5% por uso de pasta base; y, 4% por uso de inhalantes. Véase CONSEP (2011: 112, Gráfico 10).

Gráfico No. 3 Causas de mortalidad en Ecuador

PRINCIPALES CAUSAS DE MORTALIDAD



Fuente: INEC

Elaboración propia

Año: 2009

La desproporción en la percepción del daño ha mantenido un sistema legal vaciado de contenido empírico. Aquello también forma parte de nuestras prácticas sociales más comunes, que han alimentado la sobrerrepresentación (exageración) en el uso de drogas ilícitas y los concomitantes estereotipos en contra de sus usuarios.

III. La (des)proporción de las agencias antidrogas

La Ley 108 tiene más artículos penales que sociales

La distribución temática de las instituciones en los artículos de la Ley 108 develan su filosofía prohibicionista, es decir de “guerra contra las drogas”¹⁸. Se habilita desde la norma un visible poder punitivo en lugar de políticas de reducción de daños que tiendan a la prevención y tratamiento en materia de salud pública (MORALES, 2009: 305-306), toda vez que existen:

¹⁸ En febrero de 1982 el entonces presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, estructuró un nuevo discurso para el control de las drogas. Aquel consistió en el endurecimiento de la política “antidrogas” a través de un tratamiento eminentemente bélico. Esta estrategia de la que el mundo aún ha salido fue denominada bajo el nombre de “guerra contra las drogas”.

- a) Siete artículos para definir su ámbito y objetivos;
- b) Nueve artículos que crean su institucionalidad orgánica;
- c) Diez artículos que dibujan abstractamente la prevención;
- d) Nueve artículos que promulgan una rehabilitación coercitiva;
- e) Veinte artículos para el control administrativo;
- f) *Cuarenta y cinco* artículos para la tipificación de delitos, sanciones y procedimientos penales; y,
- g) *Veintitrés* artículos que regulan procedimientos penales de excepción (curativas más).

Se debilitan las agencias de prevención

Desde la norma (Ley 108), el ente rector para el control y regulación de las políticas sobre drogas es el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), cuya Secretaría Ejecutiva cuenta en la actualidad con un presupuesto de 13'840.949,24 de dólares de los Estados Unidos de América—cerca de catorce millones de dólares—, para cumplir básicamente con metas como¹⁹: i) la generación y aplicación de políticas para la prevención, ii) el control y autorización de licencias para la comercialización; y, iii) la administración de bienes incautados²⁰.

La misión del CONSEP, no obstante, es poco a poco relegada en el plano operativo del control mediante la superposición de otras agencias. Muestra de ello es la cantidad de convenios y acuerdos multilaterales que Ecuador ha suscrito con otras naciones, en donde se resalta y refuerza el carácter bélico para el control y prevención contra el uso o consumo de drogas ilícitas. Algunos de estos convenios se muestran a continuación²¹:

19 Presupuesto General del Estado de la República del Ecuador, ejercicio 2011. Fuente: Ministerio de Finanzas.

20 Sobre la administración de bienes incautados abundan las propuestas intituladas como *extinción de dominio*. Las leyes de extinción de dominio proponen la pérdida de la propiedad mediante imputaciones de enriquecimiento como consecuencia de actividades ilícitas, aunque no se requiera resolver previamente la participación del procesado ni la comprobación de dichas actividades. Por su parte, la Unidad de Análisis Financiero—ex Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)—adscrita a la Procuraduría General del Estado, es la encargada de indagar y acusar los patrimonios de “dudosa procedencia”. Esta corporación recibe directrices de parte de agencias internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Comité Interamericano Contra el Abuso de las Drogas (CICAD) y el Comité Interamericano Contra el Terrorismo (CICTE).

21 La presente información ha sido proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. No obstante, el Estado ecuatoriano tiene más convenios suscritos y ratificados, algunos de los cuales no han sido registrados en Cancillería.

Tabla No. 1
Convenios y Acuerdos Multilaterales para
la “guerra contra las drogas” en Ecuador

En la década de los 70’s
<ul style="list-style-type: none">- Convenio Administrativo de Cooperación entre la República del Ecuador y la República de Colombia para prevenir, controlar y reprimir el tráfico y uso ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.
En la década de los 80’s
<ul style="list-style-type: none">- Acta Final de la IV Reunión de la Comisión Mixta Ecuatoriano-Colombiana de Cooperación y Enlace para la Prevención del Uso Indebido y Control del Tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.- Convenio Administrativo de Cooperación entre la República del Ecuador y la República de Chile para la prevención del uso indebido, combate a la producción y al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.- Convenio sobre comunicación de antecedentes penales y de información sobre condenas judiciales por tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
En la década de los 90’s
<ul style="list-style-type: none">- Acuerdo de Cooperación entre la República del Ecuador y el Gobierno de la Federación de Rusia para el combate al tráfico ilícito y al uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.- Memorando de entendimiento sobre cooperación judicial entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República del Colombia.- Acuerdo de Cooperación para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y delitos conexos entre la República del Ecuador y la República del Paraguay.- Convenio entre la República del Ecuador y la República de Guatemala sobre Cooperación para combatir el narcotráfico y la farmacodependencia.- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de los Estados Unidos de América para la prevención y control de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de estupefacientes.- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Oriental del Uruguay para la prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y precursores y productos químicos esenciales.

- Memorando de entendimiento entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre medidas de cooperación para aumentar la concientización de la opinión pública y su apoyo a las gestiones para combatir la producción, la distribución y el consumo de estupefacientes ilícitos.
- Declaración de San Antonio.
- Memorando de entendimiento entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América para prevenir el desvío de sustancias químicas.
- Acuerdo entre la República del Ecuador y el Reino de España sobre Cooperación en materia de prevención del consumo y control de tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores químicos.
- Acuerdo entre la República del Ecuador y los Estados Unidos Mexicanos para combatir el narcotráfico y la farmacodependencia.
- Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Gobierno de la República del Ecuador para la reducción de la demanda, prevención del uso indebido y combate a la producción y al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Convenio suscrito entre el Gobierno de la República de Bolivia y el Gobierno de la República del Ecuador para prevenir el desvío de sustancias químicas específicas.
- Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Ecuador concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos²².
- Convenio sobre asistencia judicial en materia penal entre la República del Ecuador y la República del El Salvador.
- Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Argentina sobre prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Perú sobre cooperación en materia de producción, desarrollo alternativo, prevención del consumo, rehabilitación, control del tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas y delitos conexos.
- Convenio Administrativo de Cooperación entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile para la prevención del uso indebido, combate a la producción y al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

²² Cabe destacar que durante el gobierno del presidente Rafael Correa no fue renovado el permiso de funcionamiento en beneficio de los Estados Unidos para las operaciones antidrogas en la denominada Base de Manta.

En la década del 2000 en adelante

- Acuerdo Operativo para el numeral 5 del artículo IX del “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Ecuador concerniente al acceso y uso de los Estados Unidos de América de las instalaciones en la Base de la Fuerza Aérea Ecuatoriana en Manta para actividades aéreas antinarcóticos”.
- Convenio entre el Gobierno de Rumania y el Gobierno de la República del Ecuador concerniente a la cooperación en el campo de la prevención y/o combate de la producción, tráfico y el consumo ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.
- Convenio operativo para el puesto avanzado de operaciones en la base ecuatoriana de Manta.
- Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para la prevención del uso indebido y represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores y productos químicos esenciales.
- Convenio de Cooperación entre la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela en materia de prevención del consumo indebido, la represión del tráfico ilícito de drogas y el desarrollo alternativo preventivo.

Un fuerte componente de los convenios y/o acuerdos multilaterales en materia de drogas suscritos por Ecuador se encuentra en la década de los 90's, precisamente con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 108. Estos convenios refuerzan sin lugar a duda la visión prohibicionista de nuestra normativa antidrogas, poniendo en su mayoría de manifiesto el verbo “combate” o “lucha”, sometiendo a la “prevención” bajo el mismo carácter bélico:

“Un funcionario del CONSEP declaró que las políticas de drogas de Ecuador continuaban enfatizando excesivamente la aplicación de la ley porque a ello se destinaba la mayoría de la asistencia estadounidense, mientras que los recursos para la reforma judicial y penal, así como para prevención y tratamiento, resultaban escasos. Para una fuerza policial nacional que adolece crónicamente de escasez de recursos materiales y económicos, la asistencia para programas de drogas ofrecida por los Estados Unidos se convirtió en un recurso importante.” (EDWARDS y YOUNGERS, 2010: 5)

Las agencias militares y policiales combaten las drogas

No obstante, a pesar que Ecuador no ha sido considerado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos como un país cultivador de coca —debido a que Colombia, Perú y Bolivia poseen cultivos mayores a los nuestros—, ha sufrido por otra parte la denominación de “país de tránsito y conexiones”²³, así como también de mercado de precursores químicos. Aquello lo ha hecho merecedor de ingentes recursos económicos tanto para las agencias militares como para las policiales²⁴, pues más del 27% del Presupuesto General del Estado del 2009, que fue de 1.507'269.497,69 de dólares de los Estados Unidos de América —más de mil millones y medio de dólares—, fue asignado a la defensa del Estado, y dentro de ella al componente antidrogas (Acosta, 2010: 94-95). Por otra parte, al interior de nuestra policía han existido también componentes presupuestarios antidrogas no sólo en la unidad especializada de su combate, sino en otras unidades como en la disuelta Unidad de Investigaciones Especiales (UIES)²⁵, que recibió desde el 2003 más dos millones de dólares por parte de los Estados Unidos (Celi, 2010: 266).

Aunque el combate al narcotráfico se realice también con la participación de las Fuerzas Armadas —sobre todo en la frontera Norte del país²⁶—, la investigación penal para la judicialización de los delitos de drogas es competencia de la Dirección Nacional Antinarcóticos (DNA). Esta unidad especializada de la Policía Nacional, cuyos miembros tienen formación de policías en línea, cuenta también con un entrenamiento y equipo específico para la lucha contra las drogas en colaboración algunas veces de la

23 La calificación del Ecuador como “país de tránsito” se debe en gran medida a la presencia de militares en la Región Amazónica, sobre todo a consecuencia de la extracción petrolera potenciada desde los 70's, así como los constantes conflictos territoriales y militares con Perú (Rivera, 2005: 290-291). La Región Amazónica es un enclave estratégico de la “guerra contra las drogas” en Ecuador, lugar de disputa no sólo en el escenario de competencias, sino también de asignaciones presupuestarias. A ello hay que agregar la regionalización del conflicto interno colombiano, cuyos perdigones se expanden sobre todo en las provincias del Norte de la Amazonía ecuatoriana. Por su parte, según el Ministerio de Coordinación de Seguridad, la cantidad de kilogramos de droga —sin hacer especificaciones sobre sus diversos tipos— incautada han dado como resultado los hallazgos en el 2008 de 30.345 Kg., en el 2009 de 68.053 Kg. y en el 2010 de 181.901 Kg. (Plan Nacional de Seguridad Integral, 2011: 64)

24 Más del 75% del presupuesto —1.3 mil millones de dólares— del Plan Colombia en el 2000 fue repartido a las agencias militares y policiales.

25 Una de las unidades especiales de la Policía Nacional del Ecuador fue el Grupo de Apoyo Operacional (GAO), el cual ha sido acusado de múltiples violaciones a los Derechos Humanos en casos como torturas y ejecuciones extrajudiciales. Véase Amnistía Internacional (2011: 181).

26 Existen en América Latina grupos especiales militares antidrogas como las Fuerzas de Tarea Diablos Verdes, Diablos Negros, Diablos Azules y Diablos Rojos del Ejército, Armada y Fuerza Aérea de Bolivia; la Primera Brigada contra el Narcotráfico del Ejército, así como la Brigada Fluvial de la Armada de Colombia; y, los Grupos Aeromóviles y los Grupos Anfíbios de las Fuerzas Especiales en México.

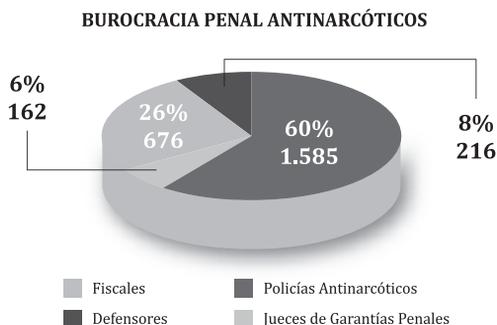
Drug Enforcement Administration (DEA). Similares unidades o divisiones policiales cuentan países como Perú, con la Dirección Nacional Antidrogas (DINANDRO); Colombia, con la Dirección Antinarcóticos (DIRANE); y, Bolivia, con la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN).

Ecuador tiene más policías antidrogas que jueces, fiscales y defensores

Sin embargo, llama especialmente la atención que la participación numérica de policías antinarcóticos en el proceso penal es mayor que la de jueces, fiscales y defensores²⁷. El 60% de la burocracia dentro de un proceso penal de drogas en Ecuador está compuesto de policías antinarcóticos, sin contar con los más de 5.382 policías judiciales que también se suman para la investigación de los demás delitos como homicidios, violaciones o robos. Ecuador tiene más policías antinarcóticos que jueces (6%), defensores (8%) y fiscales (26%) en un proceso penal de esa naturaleza. Cabe destacar, asimismo, que la relación de fuerzas en un proceso por delitos de drogas se desborda aún más, puesto que no todos los jueces de garantías penales (162), ni defensores públicos (216) y fiscales (676) están dedicados y especializados en materia de narcotráfico, toda vez que deben cubrir otras materias como delitos contra la propiedad, contra la vida, contra la libertad sexual, entre otros.

²⁷ Para llegar a este análisis no se tomó en cuenta a los servidores judiciales *habilitantes* en términos de administración de recursos humanos (Talento Humano). Por el contrario, un servidor público *agrega valor* cuando tiene capacidad operativa de decidir en la gestión pública, como en la investigación y redacción de un parte policial o en la resolución de una sentencia por parte de los jueces. Un servidor público *habilita* cuando simplemente gestiona y no decide, tal como los secretarios, amanuenses o peritos –ningún informe pericial debe hacer conclusiones positivas o negativas acerca de cualquier imputación, de lo contrario estaría decidiendo–. De esta forma, tanto jueces como fiscales y defensores –servidores judiciales– son agregadores de valor, al igual que todos los policías de la Dirección Nacional Antinarcóticos –que coadyuvan con la agencia judicial–, debido a que tienen formación de policías de línea. Finalmente, cabe destacar que hoy en día la nueva concepción de Talento Humano no distingue entre *agregadores de valor* y *habilitantes*.

Gráfico No. 4
Superioridad numérica de policías antinarcoóticos
frente a los demás operadores de justicia



Fuente: Consejo de la Judicatura, Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública y Dirección Nacional Antinarcoóticos²⁸

Elaboración: propia

Año: 2011²⁹

El parte policial antidrogas es casi una sentencia

No cabe duda que Ecuador cuenta con un gran sistema penal (policial) en la lucha contra el narcotráfico, mayor que el necesario para procesar y condenar a la criminalidad violenta en delitos como homicidios, donde sólo el 1% de sus denuncias han obtenido sentencia condenatoria³⁰. Por el contrario, existe una mayor proximidad de obtener una condena en las denuncias por casos de drogas –guiadas desde los partes policiales–, debido a los impedimentos de tipo procesal y a las reducciones a las garantías del debido proceso que ha generado la Ley 108, sobre todo en situaciones como la imposibilidad de obtener fianza o la doble acusación por consulta cuando un agente fiscal se abstiene y la causa se eleva al fiscal distrital.

²⁸ Mi fraterno agradecimiento a (+) Mónica Galarza (Consejo de la Judicatura), Jorge San Lucas (Fiscalía General del Estado), Fernando Cabrera (Defensoría Pública) y Edi Bones (Dirección Nacional Antinarcoóticos) por haberme proporcionado gentilmente las presentes cifras.

²⁹ El 7 de mayo de 2011 el gobierno convocó a una Consulta Popular para decidir, entre otras cuestiones, la reforma a la administración de justicia. Tras los comicios se conformó un Consejo de la Judicatura de Transición (CJT) para un período de dieciocho meses. Las presentes cifras corresponden incluso a momentos ex post de la conformación del CJT. No obstante, la cifra estable de jueces, fiscales y defensores sólo podrá colegirse a fines de 2012 e inicios del 2013.

³⁰ Alston (2010: 9).

Los resultados de esta desproporción ha traído como consecuencia otra: la de los detenidos. Con un poder punitivo dirigido a perseguir y detener cualquiera de las descripciones tipificadas como delitos de drogas, no es menor que el componente mayoritario de personas privadas de la libertad (PPL) sea, precisamente, aquella que es procesada o ha sido condenada por delitos como tráfico o posesión de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La posibilidad de ser condenado en una investigación por delitos de drogas es alta, debido a que en los procesos judiciales el parte o atestado policial predetermina a una sentencia judicial. Los partes policiales antinarcóticos se constituyen en el único elemento de prueba para el juicio, sin considerar las evidencias fácticas que son destruidas, por lo que cualquier tribunal de garantías penales en Ecuador terminaría eventualmente allanándose a él. Sin embargo, en la mayoría de casos, los partes policiales de aprehensión para traficantes usan *significantes vacíos* como “actitud sospechosa”³¹, “llamada telefónica anónima” o “información reservada”, evidenciando simplemente graves violaciones al debido proceso penal mediante la práctica de “criterios” o “herramientas” intrusivas a la libertad y contrarias a la ética de un Estado de Derecho (ZAFFARONI, 2009: 48-49)³²; además:

“Resulta especialmente relevante el caso de la República de Ecuador, donde los fiscales no sólo toman declaración al imputado en sede policial, sino que los fiscales antinarcóticos tienen sus despachos en dependencias de la Policía Antinarcóticos y es esa misma dependencia policial quien elabora los informes” (ZAFFARONI *et. al.* 2007: 31).

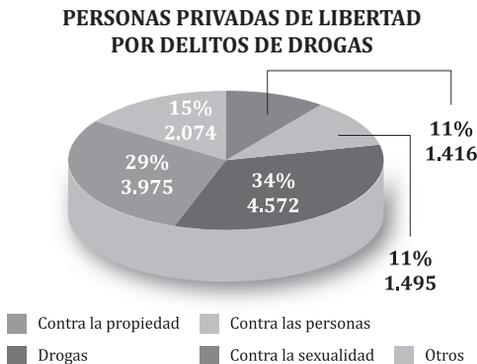
31 Según Ernesto Laclau, un *significante vacío* es un significante al que no le corresponde ningún significado, el cual es llenado mediante estructuras hegemónicas por parte de quien lo emplea (LACLAU, 2005: 93-97).

32 Sobre la revisión metodológica de partes policiales en materia de drogas a nivel nacional véase la consultoría realizada por Luis Pábara para el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (2011: 9). Por otra parte, la falta de correspondencia con la ética del debido proceso en un Estado de Derecho mediante el empleo de técnicas como la “entrega vigilada”, “agencia encubierta”, “delación premial” o “interceptación de llamadas telefónicas” –también conocida como interceptación electrónica, pues a parte de llamadas telefónicas incluye la revisión de mensajes de textos o correos electrónicos–, supone además de la pérdida de transparencia procesal penal, la habilitación de mecanismos que pueden generar la instigación para delinquir, la desigualdad de armas y la legitimación de la comisión de delitos para el “esclarecimiento de la verdad”. Sobre el análisis de la interceptación de llamadas telefónicas o espionaje acústico véase la crítica de Claus Roxin (2004: 179-190)

La mayoría de presos en Ecuador están detenidos por delitos de drogas

La mayoría de las personas que han sido procesadas por delitos de drogas no han podido costearse un abogado privado para su defensa, lo cual demuestra su procedencia socioeconómica y vulnerabilidad frente al poder punitivo. Ha sido la Defensoría Pública del Ecuador, órgano autónomo de la Función Judicial de asistencia técnica para la defensa de personas que no cuentan con recursos económicos o se encuentran en situación de indefensión, la que ha proveído los recursos humanos necesarios para el ejercicio del derecho a la defensa de las personas detenidas por delitos de drogas. Además, de todas las personas privadas de la libertad (PPL) atendidas por esta institución, la mayoría de ellas (34%) son reas de este tipo de procesos.

Gráfico No. 5
Personas Privadas de la Libertad por delitos de drogas



Fuente: Defensoría Pública

Elaboración: propia

Año: 2010-2011³³

La “guerra contra las drogas” destaca una notoria desproporción de sus actores, cuyo énfasis más visible se encuentra en las agencias de seguridad y no en las judiciales. A ello se suman sus fatales consecuencias: el encierro frecuente de personas de escasos recursos económicos con un gran componente de otras nacionalidades. En consecuencia, la desproporción de las agencias antidrogas devela también la “securitización”

³³ Las cifras de delitos contra la propiedad y de drogas son variables. En algunos períodos del año es mayor la de los delitos contra la propiedad. El presente gráfico, por tanto, devela las cifras de personas privadas de la libertad sin asistencia defensorial privada a fines del 2010 e inicios del 2011.

e inclinación del sistema penal (proceso/cárceles), potenciándolo fuertemente por el lado del poder punitivo antinarcótico.

IV. La (des)proporción en la determinación de las penas

La Ley 108 se encubre en el tradicional principio de legalidad

La proporcionalidad en materia penal es la contracara jurídica de su principio más importante: legalidad. El principio de legalidad ha sido históricamente el núcleo sobre el cual se construyó el Derecho penal liberal —actual—, evitando de esta forma la arbitrariedad del Estado para sancionar a las personas. Tanto el delito como la pena se fundamentan constitucionalmente en su previa tipificación (*nullum crimen nulla poena sine lege*), es decir, que ninguna acción o sanción penal es válida mientras no esté previamente tipificada en una norma aprobada mediante un proceso legislativo amparado en términos constitucionales.

Desde este punto de vista, todos los delitos y todas las penas tipificadas en la Ley 108 gozan de presunción de constitucionalidad, toda vez que fueron el resultado de debates legislativos y una promulgación en 1990. Por esta razón, relativizar la legalidad a través de un juicio de proporcionalidad es a su vez irrumpir en el esquema normativo fundante del Derecho penal, manifestado a través de la ortodoxa cultura jurídica de las agencias encargadas de interpretar y aplicar la ley penal mediante un estricto apego de lo que se entiende en su momento por Derecho: la ley³⁴.

El cálculo de las penas es arbitrario

Aunque no exista ninguna función civilizatoria que haga presumir la superación del hamurábico principio del “ojo por ojo, diente por diente”, la pena es toda medida dispuesta por autoridad judicial que, amparada por la ley, limita o restringe el ejercicio de derechos de las personas responsables por la comisión de un delito, es decir, que devuelve un mal a través de otro. La pena más significativa de nuestro ordenamiento jurídico es la privación de la libertad, cuyo parámetro de “medición” es esencialmente el tiempo. A pesar que el cálculo de las penas es político y no jurídico, la duración del encierro *debería* correlacionarse con la mayor o menor gravedad del delito en su misión de “proteger” como *ultima ratio* un bien jurídico lesionado, que en el caso de las drogas se vincula —polémicamente— a la salud pública.

³⁴ Sin embargo, este panorama de apego a la legalidad de la Ley 108 comenzó a flexibilizarse a partir del “Indulto para las “mulas” del narcotráfico”, concedido por la Asamblea Constituyente el 4 de julio de 2008.

No se justifica la lesión penal al bien jurídico “salud pública”

No obstante, existe todo un debate alrededor de este último punto que justifica la urgente supresión de las normas antidrogas de carácter penal, puesto que ninguna acción que se tipifica en este tipo de leyes lesiona o daña de forma tangible y directa al bien jurídico (salud pública) concreto de una persona. Además, todos los delitos establecidos en la Ley 108 –al igual que la mayoría de los delitos de drogas a nivel mundial– no tienen víctima.

Si el fin es proteger la salud pública de los habitantes a través de la supresión de la autonomía de la voluntad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, a decidir si se es usuario o consumidor de drogas, ¿por qué no se penaliza también el uso o consumo de alcohol o tabaco, o aún más, el uso o consumo de chicharrón, hamburguesas y papas fritas, puesto que la ingestión de grasas y carbohidratos está provocando de forma alarmante enfermedades como diabetes o infartos cardiacos? Aunque el ejemplo no deje de ser bárbaro, en el fondo es la misma situación por la que se “justifica” la penalización de las drogas:

“Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se afirma. Equivale a esto: ‘Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado’” (Gaviria, 2002: 16)³⁵.

La Ley 108 rebaza las convenciones internacionales

Mientras el legislador predetermina la pena, la función de determinación –de aplicación– comprende exclusivamente a nuestros jueces de garantías penales. La desproporción de las penas, por consiguiente, no sólo es i) un ejercicio de comparación técnico-legislativo entre delitos y penas, sino además ii) de criterios y decisiones judiciales en cuanto al tiempo de la condena, lo que se conoce también como *proporcionalidad concreta*.

Para determinar el hecho que se imputa es importante revisar previamente el verbo rector del delito. En ello, la Ley 108 se compone de un excesivo uso de verbos rectores para criminalizar la cadena de producción del tráfico de drogas, ampliando incluso los términos establecidos en el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Convención de 1988), puesto que en nuestra legislación es visible ubicar acciones como:

³⁵ Para la reflexión jurídica y social sobre la penalización de las drogas Vs. el libre desarrollo de la personalidad es importante la revisión de la sentencia de constitucionalidad C-221 del 5 de mayo de 1994 de la Corte Constitucional de Colombia.

“sembrar”, “cultivar”, “cosechar”, “explotar”, “extraer”, “recolectar”, “purificar”, “cristalizar”, “recristalizar”, “sintetizar”, “elaborar”, “producir”, “fabricar”, “preparar”, “envasar”, “ofrecer”, “intermediar”, “comprar”, “vender”, “entregar”, “distribuir”, “comercializar”, “importar”, “exportar”, “traficar”, “transaccionar”, “transportar”, “poseer”, “tener”, “mantener”, “hallar”, “prestar”, “administrar”, “destinar”, “rece-tar”, “despachar”, “falsificar” o “alterar”³⁶.

Aunque las Convenciones de 1961 y 1971 hayan delineado los parámetros generales para una política y legislación de retaliación a ciertas drogas, cada país es decidor soberano del quantum proporcional de la pena. No obstante, existe una notoria huida en la interpretación de lo que cada país puede hacer con la magnitud del castigo, al menos cuando el artículo 3.4.a de la Convención de 1988 señala expresamente que:

“Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen *sanciones proporcionadas* a la gravedad de esos delitos, tales como las penas de prisión u otras formas de privación de la libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso” (cursivas mías).

Ecuador ha agravado más sus legislaciones antidrogas

Las penas en las diversas legislaciones de drogas en la historia del Ecuador han ido *in crescendo*. Cada avance legislativo ha significado un retroceso en cuanto a la determinación del quantum del castigo. Así, si el ideal de la prevención general positiva era disuadir o desanimar cada vez más las conductas descritas a lo largo de nuestra legislación de drogas, los resultados han demostrado que su fundamento utilitario ha fracasado. Aquello no sólo devela la falsa postura de disuasión de las penas, sino también la cada vez más estropeada realidad normativa que se imprime sobre la vida de miles de personas que han adecuado su conducta a tipos que posiblemente nunca debieron reprimirse. A continuación, se presenta una breve comparación de las penas sobre idénticos tipos penales (tráfico) de drogas en diferentes épocas normativas³⁷:

³⁶ El abuso en la inclusión de verbos rectores viola el principio de *taxatividad* de la norma penal, con lo cual se amplía el espectro de punición como una red que atrapa todo. Sobre la necesidad de restringir técnico-legislativamente las normas penales a través del principio de taxatividad véase Ferrajoli (2009: 502-536).

³⁷ Agradezco a Diana Guzmán, compañera representante del CEDD de Colombia, por facilitarme la presente información.

Tabla No. 2
Aumento histórico y comparado de la pena para
el Tráfico Ilícito de Estupefacientes

Ley sobre Importación, Venta y Uso del Opio y sus derivados y de los preparados de la Morfina y de la Cocaína publicada el 16 de Octubre de 1924	
Delito	Pena
Art. 10.- La persona que fuere sorprendida ejerciendo el comercio ilegal de los artículos a que se refiere esta Ley.	Multa de quinientos a dos mil sucres y <i>prisión de uno a tres meses</i> , y los artículos, además, serán decomisados.
Ley sobre el Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes publicada el 21 de Enero de 1958	
Delito	Pena
Art. 34.- La persona que fuere sorprendida ejerciendo el tráfico ilegal de los productos a que se refiere esta Ley.	Será reprimido por las autoridades sanitarias con multa de un mil a cincuenta mil sucres y <i>prisión de cuatro a ocho años</i> . Si la persona es médico, odontólogo o farmacéutico, será privado del ejercicio profesional por tres años.
Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes publicada el 23 Noviembre de 1970	
Delito	Pena
Art. 30.C.- Quienes traficaren ilícitamente con estupefacientes o con drogas psicotrópicas mencionadas en los anexos de la presente Ley. Se entenderá por tráfico ilícito toda transacción comercial, tenencia o entrega, a cualquier título, de los mencionados estupefacientes o drogas, hechas en contravención a los preceptos contenidos en este Ley.	<i>Reclusión de ocho a doce años</i> y multa de diez mil a cincuenta mil sucres.
Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, reforma publicada el 13 de Septiembre de 1974	
Delito	Pena
Art. 15.- (Agrega el art. 30): los que traficaren ilícitamente con marihuana.	Los comprendidos entre los 18 y 20 años de edad, con <i>prisión de seis meses a un año</i> . Los comprendidos entre 20 y 22 años de edad, con <i>prisión de un año a dos años</i> . Los que tuvieren más de 22 años de edad, con <i>prisión de dos a cinco años</i> .

Codificación de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas publicada el 27 de Enero de 1987	
Delito	Penas
<p>Art. 33.C.- Traficaren ilícitamente con estupefacientes o sustancias psicotrópicas mencionadas en la Lista No. 1 de la Parte II del Anexo de la presente Ley.</p> <p>Se entenderá por tráfico ilícito toda transacción comercial, tenencia o entrega, a cualquier título, de los medicamentos estupefacientes o drogas hechas en contravención a los preceptos contenidos en esta Ley.</p>	<p>Serán reprimidos con <i>reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años</i> y multa de cincuenta a cien mil sucres.</p>
Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108) publicada el 27 de Diciembre de 2004	
Delito	Penas
<p>Art. 60.- Quienes compren, vendan o entreguen a cualquier título, distribuyan, comercialicen, importen, exporten, o, en general, efectúen tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópica y otras sujetas a fiscalización.</p> <p>Se entenderá por tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, psicotrópica y otras sujetas a fiscalización toda transacción mercantil o toda entrega, a cualquier título, de dichas sustancias, realizada en contravención a los preceptos de esta Ley.</p>	<p>Serán reprimidos con <i>reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años</i> y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.</p>

La Ley 108 adoptó el esquema penológico de la Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, promulgada por el gobierno de León Febres Cordero Rivadeneyra y publicada el 27 de Enero de 1987, es decir con las bandas entre 12 y 16 años de reclusión. No obstante, la Ley 108 absorbió además el aumento de las penas a 25 años que acumularon los delitos de homicidio agravado y violación a partir del 2001, rompiendo con el esquema tradicional y republicano del máximo de la pena de hasta 16 años, pues históricamente:

“...la idea que la pena máxima sea de 16 años está reforzada por las áreas que comportan los delitos más amenazantes, como el homicidio calificado, y no necesariamente los delitos contra la seguridad del Estado” (RAUB, 1986: 245)³⁸.

La pena por tráfico es mayor que la pena por homicidio

En Ecuador se adoptó una considerable cuantía de la pena, sin medir ni tomar en cuenta las escalas del castigo de los demás delitos de nuestro ordenamiento jurídico penal —es decir, en comparación con las penas de los demás tipos penales—, como técnica al menos para medir la proporcionalidad abstracta (Mathiesen, 2003: 217). Sus penas son mayores que las dirigidas para sancionar los delitos que causan una grave lesión violenta contra las personas. Así, si una persona es acusada de tráfico de drogas puede recibir una pena mayor que la de un homicida.

En esta línea, gran parte de los delitos tipificados en la Ley 108 presentan un idéntico estándar entre el piso y el techo de la pena, con penas que van entre doce y dieciséis y con una acumulación de hasta veinticinco años de reclusión mayor especial³⁹. Para este análisis, comparamos a continuación algunos de los delitos establecidos en la Ley 108 frente a algunos de los delitos que comportan mayor violencia o alarma y que se encuentran establecidos en nuestro vigente Código Penal, tales como terrorismo, tráfico ilegal de órganos, homicidio, violación, secuestro express, trata de personas y plagio o secuestro en general.

³⁸ Quizá uno de los mejores estudios sobre la historia del desarrollo del Derecho penal liberal en Ecuador lo realizó Nikolaus Raub para el Max-Planck Institutes en Friburgo (Alemania), bajo la dirección (Doktorvater) nada menos que del desaparecido maestro Hans-Heinrich Jescheck. Traducción del autor.

³⁹ Para efectos de acogerse o no a beneficios procesales como la fianza y delimitar también la “gravedad” del delito, Ecuador divide al encierro en penas de prisión y reclusión, siendo éstas últimas las más graves. Los delitos de drogas tienen en su mayoría penas de reclusión, con restricción además de garantías procesales.

Tabla No. 3
Cuadro comparativo entre algunas de las penas
de la Ley 108 y el Código Penal

DELITO Ley 108	PENA (todas se acumulan hasta 25 años)	DELITO Código Penal	PENA
(Art. 57) Cultivo ilícito	12 a 16 años	(Art. 169) Terrorismo	4 a 8 años
(Art. 58) Fabricación ilícita	12 a 16 años	(Art. 190 agregado) Tráfico ilegal de órganos	3 a 5 años
(Art. 60) Tráfico ilícito	12 a 16 años	(Art. 449) Homicidio	8 a 12 años
(Art. 61) Transporte ilícito	12 a 16 años	(Art. 513) Violación	12 a 16 años
(Art. 62) Tenencia y posesión ilícitas	12 a 16 años	(Art. 552.1) Secuestro express	3 a 6 años
(Art. 66) Destinación de bienes para depósito o consumo	12 a 16 años	(Art. 190 agregado) Trata de personas	6 a 9 años
(Art. 73) Enriquecimiento ilícito por drogas	12 a 16 años	(Art. 189.1) Plagio –secuestro con liberación de la víctima–	6 meses a 2 años

Existen teorías que justifican la punición de las drogas

La doctrina penal no ha llegado a un consenso para encontrar una justificación dogmática convincente respecto de la antijuridicidad material en este tipo de delitos. Los delitos como tenencia o tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no violan el principio de lesividad, es decir no existe un daño cuantificable o mensurable en contra de un bien jurídico de una víctima en concreto. Se ha tratado, por el contrario, de encontrar “cierta explicación” en la teoría de los delitos de peligro abstracto, con lo cual se diluye cualquier cuestionamiento posterior, pretendiendo desde la retórica jurídico-penal “legitimar” lo que es ilegítimo *prima facie*, es decir, imputar a una acción del presente a hipotéticos o probables resultados del futuro (Paladines, 2009: 22-32)⁴⁰:

⁴⁰ En alguna medida el desarrollo del Derecho penal tuvo una lamentable influencia del III Reich. Así, categorías de la dogmática penal que hoy usamos fueron diseñadas por penalistas nazis como Frank y Mezger. Una muestra de ello fue la legislación del 4 de octubre de 1939 en Alemania, por la cual se adelanta la punibilidad a los jóvenes menores de 18 años, justificándose su punición en el desarrollo psíquico y moral de éstos (GRISPIGNI, 2009: 77).

“Se introduce así una *acertada* restricción respecto a sus homónimos precedentes [peligro abstracto-concreto o peligro hipotético], dado que a pesar que esta técnica de tipificación comporta un adelanto de la intervención del Derecho Penal, la *acción ha de mostrarse en todo caso peligrosa ex ante*” (cursivas mías)⁴¹.

Por su parte, desde el Derecho constitucional es visible el daño provocado por la desproporción de la pena sobre las personas detenidas, procesadas y condenadas. Si el legislador no encontró el debido peso entre el derecho que quiso proteger y el derecho que tuvo que restringir, es obligación de los jueces poner en su lugar el quantum del castigo (Prieto, 2003: 261-298). Los jueces están en posición de garante frente a la Constitución y los Derechos Humanos, entre ellos del principio de proporcionalidad evidentemente violado en la Ley 108.

Existe un denotado activismo judicial con miedo frente a la Ley 108

La proporcionalidad jurídica además de ser un principio nos conduce a algunos métodos y técnicas para restablecer los derechos fundamentales. Existen métodos como la primaria y positivista subsunción –apego estricto a la ley– hasta la ponderación –cotejo de la ley con el fin constitucionalmente protegido–, la misma que puede desarrollarse a través de técnicas que van desde la *fórmula del peso* hasta el *test de proporcionalidad*. Sin embargo, uno de las técnicas más recurridas es esta última, cuya aplicación debe observar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad per se del bien jurídico (salud pública) que se va a ponderar frente a otro (libre desarrollo de la personalidad).

Al respecto, la justicia ecuatoriana tiene fallos contradictorios⁴². Se pueden encontrar judicaturas que establecen penas más altas a personas que han sido detenidas por portar menos de un gramo, hasta tribunales que cuasi-derogan la Ley 108. Sobre estos últimos puede revisarse el caso de Sandra Valencia (Causa 46-2011), a quien agentes antinarcóticos la retuvieron en una de las calles de la ciudad de Quito por estar en “actitud sospechosa”, hallándole 74,5 gramos de cocaína. El Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha resolvió en sentencia del 14 de mayo de 2011 que:

“la procesada es culpable de la comisión de delito tipificado y sancionado por el artículo sesenta y dos (62) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas; es decir, por tenencia y posesión ilícita de cocaína, en calidad de autora; por lo que se

41 (Romeo, 2007: 169).

42 La búsqueda de la mayoría de los fallos no hubiera sido posible sin la ayuda de los doctores Pablo Corrales, Alicia Contero y Lolita Montoya, servidores de la Defensoría Pública de Pichincha, a quienes agradezco por su contribución desinteresada en el presente estudio.

le impone la pena atenuada de DOS AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL, tomando en consideración su condición económica y social de la sentenciada y la cantidad de sustancia ilícita”.

No cabe duda que el Tribunal ubicó la desproporción de la pena en la Ley 108; sin embargo, su argumentación fue constitucionalmente incompleta. Debió incorporar el *test de proporcionalidad* para evitar lo sucedido en el caso de Fátima Sánchez o Delia Cabezas (Causa 157-2010), a quien le hallaron 384 gramos de marihuana y 156 de cocaína, por lo que el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha, en sentencia del 9 de febrero de 2011, declaró a la acusada:

“AUTORA responsable del delito de tenencia y posesión ilegal de estupefacientes, tipificado en el Art. 64 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el Art. 42 del Código Penal, pero como en el presente caso se aplican los principios constitucionales de *proporcionalidad* y *lesividad* establecidos en la Constitución de la República y en los Convenios y Tratados de Derechos Humanos y del bloque de constitucionalidad, se inobserva la pena de reclusión prevista en dicha norma por ser excesiva en relación con el daño causado y en su lugar –en base a normas Constitucionales, legales y de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos– se impone la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN CORRECCIONAL” (Cursivas mías)

La reducción de la pena por debajo de los límites legales no duró mucho. La Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha resolvió aumentar y establecer la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria, pues es común en Ecuador agravar la pena en materia de drogas a pesar que el artículo 77.14 de la Constitución señale expresamente que: *“Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre”*.

La agravación de la situación jurídica del procesado recurrente en materia de drogas fue de alguna manera habilitada por la Corte Constitucional del Ecuador⁴³, violando de forma expresa el principio de *no reformatio in pejus*. La agencia fiscal y los órganos jurisdiccionales toman esta interpretación para empeorar la situación jurídica del proceso, incluso después de haber obtenido éste una sentencia condenatoria. De esta forma, la Tercera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Quito, en sentencia del 26 de octubre de 2011, determinó que:

⁴³ La Corte Constitucional de Transición del Ecuador ha interpretado el presente artículo, señalando que cuando recurre la o el fiscal se podrá agravar la situación jurídica del procesado, violando así el principio de *no reformatio in pejus*. Véase por ejemplo el fallo 2010-09-SEP-CC, entre otros.

“El margen de los 8 a 12 años, es el margen que pondera el juez y sobre el cual decide, debiendo su decisión motivarla, expresando con claridad meridiana la ratio decidendi del caso. En lo pertinente, el Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha, ha resuelto imponer la pena de 5 años sin motivar la *desidendi*, por qué no entonces la pertinencia de la imposición de 8, 9, 10, 11 o 12 años...la Sala reforma la sentencia en cuanto a la pena, imponiéndole al sujeto activo o condenada, la pena de 8 años de reclusión mayor ordinaria”.

La mayoría de las víctimas judiciales en los delitos de drogas son las mujeres

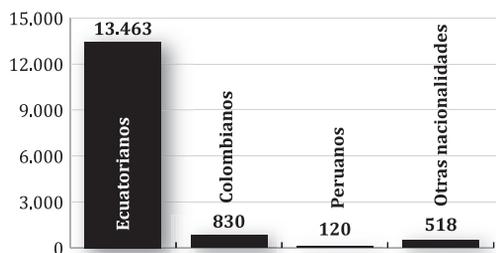
La pena alta en los delitos de drogas, según la DNA, ha impedido que el narcotráfico se expanda por todo el país⁴⁴. La Ley 108, sin embargo, no establece ninguna diferencia de roles en la cadena de actores del narcotráfico. El empleo de mujeres para el microtráfico y el transporte como “mulas” han elevado los niveles de detención respecto de los hombres, pues entre el 65 y 79% de la población carcelaria de mujeres en Ecuador está encerrada por delitos de drogas (EDWARDS, 2010: 57)⁴⁵. En cualquiera de los casos, las personas detenidas por drogas son también presas de su nacionalidad mediante la conjugación de posibles prejuicios o estereotipos como el hecho de ser ciudadanas de Colombia, México, África o Europa del Este.

44 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Monitoreo de Cultivos de Coca en Ecuador” (2008: 14).

45 Para el estudio sobre algunos relatos de vida de mujeres “mulas” de las drogas detenidas en el Ecuador, véase Torres (2008). No obstante, es importante destacar el dramático relato de vida de Analía Silva –prisionizada por delitos de drogas en Ecuador– elaborado por TNI, WOLA con la colaboración del Open Society Institute (2010) bajo el título de “Drugs and Prisons in Ecuador”: http://www.wola.org/drugs_and_prisons_in_ecuador

Gráfico No. 6 Procedencia Nacional de las Personas Privadas de la Libertad

NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD



Fuente: Dirección Técnica de Rehabilitación Social del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

Elaboración: propia

Año: 2011

Uno de estos casos es el de Klusina Tatjana (Causa 242-2009), procedente de Letonia, quien fue arrestada a través de uno de los controles de rutina que realiza la policía antinarcoóticos en el Aeropuerto “Mariscal Sucre” de la ciudad de Quito, encontrándole 1.492 gramos de cocaína. Bajo la argumentación del Segundo Tribunal de Garantías Penales del Pichincha, en sentencia del 18 de agosto de 2010, se redujo la pena de 12 a 8 años de reclusión mayor ordinaria, basado en la siguiente conclusión:

“mientras no haya un verdadero sistema de rehabilitación social efectivo de los sentenciados ni de las autoridades especializadas que se encarguen de ello, lo cual impide alcanzar los fines de la pena, en el caso de la prevención especial positiva, no puede imponer penas más allá del límite mínimo que prevé la Ley, por lo que se condena a Klusina Tatjana, ciudadana de Letonia, cuyo estado y condición constan en esta sentencia, a la *pena de doce años* de reclusión mayor ordinaria” (cursivas mías).

La represión antidrogas no distingue las formas de autoría y participación

La relación cárcel y drogas ha llevado a constantes reflexiones jurídicas, sobre todo en el plano de las sanciones al Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta relación se encuentra el reproche al abuso –uso indiscriminado– de

la prisión preventiva en procesos de drogas, tales como en los casos *Suárez Rosero* (sentencia del 12 de noviembre de 1997), *Tibi* (sentencia del 7 de septiembre de 2004), *Acosta Calderón* (sentencia del 24 de junio de 2005) o *Chaparro Lapo* (sentencia del 21 de noviembre 2007). Además, la desproporción de las penas deviene también del marco general de imputación ubicado en nuestro anacrónico Código Penal de 1938. Cualquier pena se impone bajo un mismo patrón de autoría que no distingue la culpabilidad del líder de un cartel con la de una “mula”, debiendo el instrumento soportar la pena del autor principal, toda vez que en el artículo 42 se define como autor a:

“los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”.

A través de nuestra legislación es imposible determinar una proporción de penas en función del rol cumplido en los hechos cometidos por cada sujeto. No se prevé que en los delitos de drogas exista “el hombre de atrás”, es decir el autor mediato que determina a través de cadenas de subordinación la ejecución del delito por parte de un sujeto que actúa como “instrumento” (ROXIN, 2011: 3-18). La Ley 108 extiende la vieja forma de autoría a todas las personas involucradas en los delitos de drogas, con lo cual no se identifica i) a quien ejecuta el crimen por sí solo; ii) a quienes actúan conjuntamente en la división criminal del trabajo; y, iii) a quienes se sirven de otras personas como instrumento.

Si no se crean umbrales los consumidores van a la cárcel

La determinación de las funciones en la organización de este tipo de delitos debe partir de la no criminalización del usuario, para así evitar *confundir* a éstos con traficantes menores o mayores. En gran medida esta confusión se debe también a la ausencia del tipo penal —a lo largo de nuestra legislación antidrogas— de microtráfico o tráfico a pequeña escala o en cantidades menores. Por ello, los vigentes delitos como tráfico

ilícito (Art. 60 Ley 108), transporte ilícito (Art. 61 Ley 108) y tenencia y posesión ilícita (Art. 62 Ley 108) comulgan bajo un similar lenguaje punitivo, es decir, se han convertido en los tipos penales ideales del poder punitivo antidrogas para reprimir a cualquier sujeto relacionado con una sustancia ilícita, sin importar los diversos niveles y circunstancias de su relación con ella⁴⁶. Estos delitos contienen idénticos supuestos de hecho y sanciones por los cuales se reprime las actividades de tenencia, posesión, comercio o transporte, pues al final cualquiera de ellos sirve para criminalizar exactamente lo mismo.

Al no existir una diferencia taxativa entre los delitos de drogas se hace cada vez mayor el riesgo de criminalizar su uso o consumo. Por ende, es necesario delimitar una frontera que permita presumir, legalmente, entre las personas que portan dosis para su uso o para la venta –irónicamente aún ilegal–. A partir del 2000 esta tarea se realiza en Ecuador mediante un peritaje a cargo de la Fiscalía General del Estado –y ya no más por funcionarios a cargo de la Procuraduría General del Estado o el CONSEP–, según el artículo 63 de la Ley 108. No obstante, la evaluación psicosomática que califica la venta del consumo es eminentemente subjetiva. No existe un parámetro procesal ni jurisprudencial que discrimine al consumidor ocasional, habitual o problemático con el pequeño o microtraficante, e incluso con el traficante a gran escala. Tal es el caso de Walter Efraín Romero Alvarado (Causa 0034-2011), a quien el Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe, en sentencia del 17 de octubre de 2011, lo condenó a 12 años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta salarios mínimos vitales por poseer un gramo (peso neto) de pasta base de cocaína.

Frente a estos visibles desbordes del poder punitivo contra personas que por la cantidad de porte o tenencia serían probablemente usuarias o consumidoras, algunos países han creado umbrales que permitan determinar las dosis para la posesión o tenencia para el uso o consumo de ciertas drogas. Se pueden comparar experiencias de otras naciones (Jelsma, 2009: 5), en donde se regulan los umbrales para la posesión por ejemplo de la marihuana, tal como ocurre en México (5 gr.), Paraguay (10 gr.), Finlandia (15 gr.), e incluso algunos estados de los Estados Unidos (28,45 gr.). Así también, en países como Portugal se calcula la dosis por días (10 días), con el reconocimiento además de posibles policonsumos.

⁴⁶ En esta misma línea, Rodrigo Tenorio ha manifestado que: “Las drogas del traficante son distintas a las drogas de la policía que las incauta y a las del Estado que crea políticas para destruirlas. Son diferentes las drogas de un papá que siente que su mundo representacional y afectivo se va al suelo cuando se entera que su hijo la ha usado aunque sea tan solo por una sola vez. Y muy distintas las drogas de alguien que las usa de vez en cuando o la del amigo que las usa como parte de un ritual destinado a conjurar los males de la vida cotidiana” (TENORIO, 2010: 98). Además, sobre los distintos usos de la marihuana, véase revista Vanguardia –quincena del 25 de abril al 1 de mayo– (2011: 16-26).

El cálculo del gramaje en México ha traído muchísimos problemas. Miles de consumidores han sido confundidos por microtraficantes (*narcomenudistas*) debido a que su porte o tenencia es mayor a la cantidad descrita en la reforma a su Ley General de Salud, Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales, ocurrida el 20 de agosto de 2009. Es necesario entonces señalar un procedimiento que sirva para determinar el tipo de droga y la cantidad del narcótico (INECIPE, 2010: 25); pero aún más, el abrir jurisprudencialmente la posibilidad de exonerar de cargos a usuarios que porten o tengan cantidades de droga por encima del parámetro legal⁴⁷. A su vez, para evitar los abusos policiales, se pueden mejorar las herramientas de información y seguimiento de actividades de microtráfico en cantidades menores al parámetro para su uso o consumo.

Sin embargo, la cuantificación del gramaje para la determinación de los umbrales en cada país es un verdadero constructo. De ahí la urgencia de intensificar cada vez más el debate sobre la necesidad de su incorporación en los peritajes, jurisprudencia y en la ley, sea ésta penal o de salud pública, pues a pesar que no exista un estándar internacional es imperiosa su inclusión en una norma o en criterios técnicos que eviten subjetividades.

Así, la desproporcionalidad de las penas es la fase que cierra el círculo de dolor de la “guerra contra las drogas”. En Ecuador no sólo se prisioniza a posibles usuarios y microtraficantes por más tiempo que a los homicidas, sino que se deja en la impunidad a quienes utilizan a personas socioeconómicamente vulnerables. A pesar de ello, una pequeña parte del aparato judicial del Ecuador está comenzando a criticar en alguna medida los impactos de las penas por delitos de drogas, como un claro mensaje del comienzo ineludible de la reforma.

V. Reflexiones finales

Hemos dado pasos importantes para una reforma de drogas

Ecuador ha dado cuatro señales importantes para la reforma a la Ley 108. La primera señal surge con el denominado indulto de las “mulas” del narcotráfico ocurrida el 4 de julio de 2008 por decisión de la entonces Asamblea Constituyente, como un verdadero síntoma de sensibilidad frente a las víctimas judiciales de la “guerra contra las drogas”.

⁴⁷ El Tribunal Supremo español ha emitido numerosos fallos insistiendo en la *escasa entidad o absoluta nimiedad* de la cantidad, evitando imponer las penas que típicamente le corresponden a una persona poseedora de drogas ilícitas. De esta forma, bajo el principio de insignificancia, la jurisprudencia española ha creado umbrales como en los casos de 0,06 grs. para el uso de heroína (STS 28 octubre 1996) ó 0,10 grs. para el uso de cocaína (STS 22 septiembre 2000).

La segunda señal se refleja desde el artículo 364 de la vigente Constitución de la República, que descriminaliza taxativamente el uso o consumo de drogas, atizando con claridad un enfoque de reducción de daños para su abordaje desde la salud pública. La tercera señal es el denotado activismo judicial, que a pesar de aún ser mínimo, no es menos importante en la interpretación de la legislación antidrogas a la luz de los derechos fundamentales. Finalmente, la cuarta señal es el proyecto de COIP que, hasta que otra generación comprenda que la única salida civilizatoria es la descriminalización total de las drogas⁴⁸, reforma y supera los tres grandes problemas en cuanto a la desproporcionalidad de la Ley 108⁴⁹:

1. La proporcionalidad para la construcción de criterios de autoría y participación, basada en el establecimiento de roles, diferenciando de esta forma el reproche penal de los tráficos a gran escala con los de menor rango. Con ello, se busca básicamente que la pena del autor de la organización narcotraficante no le sea impuesta a los instrumentos del delito o traficantes menores, distinguiendo incluso entre estos últimos grados de relación penal con la sustancia⁵⁰;
2. La proporcionalidad de las penas, estructurada bajo la determinación de una breve escala de castigo que evite desbordar el tiempo del encierro, distinguiéndose

⁴⁸ Existe una diferencia entre “despenalizar” y “descriminalizar”. Por despenalización se entiende la atenuación, minimización o reducción del poder punitivo; mientras que por descriminalización la extirpación o exclusión del ordenamiento jurídico penal de uno o varios tipos penales en específico.

⁴⁹ Para la construcción de nuevos escenarios en la “guerra contra las drogas”, véase la *Declaración de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia*, impulsada el 11 de febrero de 2009 por connotadas personalidades (17) de América Latina, como los ex presidentes César Gaviria, Ernesto Zedillo, Fernando Henrique Cardoso, además de figuras como Antanas Mokus, Diego García Sayán, Mario Vargas Llosa, Paulo Coelho, entre otros. Sus tres recomendaciones principales son: 1) tratar el uso de la droga como una cuestión de salud pública; 2) reducir el consumo a través de medidas de información y prevención; y 3), enfocar los esfuerzos de la aplicación de la ley en el combate al crimen organizado.

⁵⁰ *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP)* “Art. 401.- Producción y tráfico de sustancias estupefacentes y sicotrópicas a gran escala.- Quien produzca, patrocine, financie, administre, organice o dirija actividades o bandas de personas dedicadas a la producción o distribución y organizada de sustancias estupefacentes y sicotrópicas de cantidades superiores a las establecidas para la dosis máxima de consumo personal multiplicadas por mil, será sancionada con pena privativa de libertad acorde a las siguientes reglas: 1.- Producción y tráfico a gran escala internacional, con pena privativa de libertad de diecinueve a veinticinco años, si se realiza entre uno o varios países con el Ecuador o viceversa; o, 2.- Producción y tráfico a gran escala nacional, con pena privativa de libertad de quince a diecinueve años, si se realiza dentro del país con fines de cobertura nacional, regional, interprovincial o provincial Art. 402.- Producción y tráfico de sustancias estupefacentes y sicotrópicas en menor escala.- Quien directa o indirectamente, produzca, almacene, transporte o comercialice sustancias estupefacentes y sicotrópicas en cantidades superiores a la establecida como dosis máxima de consumo personal, pero que no excedan de la cantidad establecida como infracción de producción y tráfico de sustancias estupefacentes y sicotrópicas a gran escala será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si la infracción se comete en centros educativos, asistenciales, policiales o de privación de la libertad, o en un perímetro menor de trescientos metros de ellos, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.

- así de los delitos que comportan típicamente violencia como el homicidio o la violación. Así, ninguna acción tipificada dentro de la producción y tráfico de drogas –que aún se considere ilícita– podrá en proporción merecer penas como la de los delitos de mayor gravedad dentro del ordenamiento jurídico penal⁵¹; y,
3. La proporcionalidad para la determinación de los umbrales, legitimándose de esta forma los urgentes y necesarios criterios para el establecimiento de dosis legales para el uso o consumo, con el fin de evitar criminalizar “técnicamente” al consumidor o usuario de drogas a través de subjetivos y disímiles peritajes o sentencias⁵². Esto influye además en el actuar de las agencias de investigación del delito, pues se exige que la eficacia en su trabajo no viole el debido proceso ni el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵³.

51 *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP)* “Art. 403.- Participación en producción y tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas.- Quien sin participar como dirigente o administrador de tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, elabore, transporte o distribuya precursores químicos para la producción de sustancias estupefacientes y sicotrópicas prohibidas, o produzca, transporte o distribuya sustancias estupefacientes y sicotrópicas en cantidades superiores a las establecidas para la dosis máxima de consumo personal, de acuerdo a las siguientes conductas: 1.- Si su participación se produce dentro de la producción y tráfico a gran escala, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años; o, 2.- Si su participación se produce dentro de la producción y tráfico a menor escala, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

52 Sin embargo, aún existen confusiones y escepticismo sobre la firme convicción de partir de un corte técnico político para la determinación legislativa de los umbrales, toda vez que: i) a pesar que es necesaria su inclusión en la ley, no se puede partir de un estándar internacional porque sencillamente éste no existe; y, ii) porque no se puede sacrificar la prohibición a la criminalización del uso o consumo en aras de las sospechas policiales, puesto que, aún si hubiesen microtraficantes que porten cantidades menores al potencial parámetro legal, es factible la labor de inteligencia para determinar que no son usuarios o consumidores: “La propuesta de dosis determina hasta qué dosis es el consumo. Pero hay que adecuar técnicamente la definición de estas dosis, no queremos que a pretexto del consumo se comercialice a baja escala”, Mauro Andino, Presidente de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional (Vistazo, 2011: 27).

53 *Proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP)*

“Art. 400.- Dosis máxima de consumo personal.- No será punible la tenencia o posesión de cualquier droga cuando su destino sea para el exclusivo consumo personal y su cantidad no exceda de una la siguiente dosis:

1. Marihuana o hachís hasta 10 gramos.
2. Opio hasta 4 gramos.
3. Diacetilmorfina o Heroína hasta 100 mg.
4. Cocaína hasta 5 gramos.
5. Lisérgida (LSD) hasta 0.020 mg.
6. Metilendioxianfetamina (MDA) / dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletialmina (MDMA) / Metanfetamina hasta 80 mg. polvo, granulado o cristal (tabletas o cápsulas), o en unidad con peso no mayor a 400 mg.

La dosis o cantidad de consumo de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas y reactivos o principios químicos sujetas a fiscalización no descritas en este artículo deberán ser determinadas por Ley, de conformidad con la normativa nacional de la materia y los instrumentos internacionales al respecto.

Si la persona estuviere en tenencia y/o posesión de las cantidades descritas anteriormente de manera reiterada, se deberá acreditar suficientemente que las mismas no estaban destinadas a la comercialización”.

La salida por ahora es la reforma en el COIP a la Ley 108

De ninguna manera estas señales liberalizan el uso o consumo de las drogas, pues se trata de intentos pragmáticos sujetos siempre a la coyuntura política. A pesar de ser importantes pasos en pro de una mayor racionalización en el mítico debate de las drogas, la evidencia de la desproporción está develada⁵⁴. Los daños que producen las drogas ilegales son menores, sobre todo frente al oculto debate que demuestra que el alcohol y el tabaco sí son un problema mayor. Por su parte, el volumen de nuestra policía antinarcóticos sin duda es enorme, al menos numéricamente en relación a los demás operadores de justicia que coadyuvan dentro de un proceso penal antidrogas. Por último, las penas en los delitos de drogas son groseramente desbordantes, puesto que existe una involución jurídico-normativa que ha distorsionado lamentablemente a la justicia, encerrando con penas altas a pequeños traficantes y posibles consumidores.

Por todas estas razones es un imperativo la reforma normativa a la Ley 108, pues hace mucho tiempo que la Ley y la Justicia en Ecuador tomaron caminos distintos. No cabe duda entonces que en el presente análisis la proporcionalidad es la gran perdedora, la misma que nos convoca a restituirla para transformar una realidad que sencillamente no resiste más.

VI. Bibliografía.

- ABRAMOVAY, P. V. (2011). *Seminário Internacional A Geopolítica das Drogas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão.
- ACOSTA, A. (coord.) (2010). *Análisis de coyuntura. Una lectura de los principales componentes económicos, políticos y sociales del Ecuador durante el año 2009*. Quito: ILDIS-FLACSO.
- AMATO, M.I. (2007). *Delincuencia, prostitución y drogas*. Buenos Aires: Ediciones La Roca.
- CELI, P. (2010). "Ecuador, tensiones bilaterales y reformas institucionales en seguridad y defensa". En Mathieu, H. y Niño, C. (ed.), *Anuario 2010 de la seguridad regional en América Latina y el Caribe*. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung y Programa de Cooperación en Seguridad Regional.

⁵⁴ Como bien dice Pedro Abramovay: "Los debates en esta materia, sin ideas preconcebidas generalmente fundadas desde convicciones morales o religiosas, deben ser motivo aún más para la muestra de un nuevo discurso atizado desde la producción de datos empíricos" (Abramovay, 2011: 71-72) Traducción del autor.

- CHRISTIE, N. (1993). *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- DAMMERT, L. (2009) “Drogas e inseguridad en América Latina: una relación compleja”. En revista Nueva Sociedad, *Drogas en América Latina. Después de la guerra perdida, ¿qué?*, edición 222 de Julio-Agosto. Buenos Aires: Friedrich Ebert Stiftung.
- EDWARDS, S. (2010). “La legislación de drogas de Ecuador y su impacto sobre la población penal del país”. En *Sistemas Sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. WOLA y TNI.
- EDWARDS, S. y YOUNGERS C. (2010). *Informe sobre Ecuador. Reforma sobre Legislación de drogas en Ecuador: Generando Impulso para un Enfoque Más Efectivo, Balanceado y Realista*. WOLA y TNI.
- FERRAJOLI, L. (2009). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, M. (2008). *El poder psiquiátrico*. México: FCE.
- GAVIRIA, C. (2002). *Sentencias, herejías constitucionales*. Bogotá: FCE.
- GRISPIGNI, F. y MEZGER E. (2009). *La reforma penal Nacional-Socialista*. Buenos Aires: Ediar.
- GUZMÁN, D. E. (2012). *Las Cortes de Drogas: los alcances y retos de una alternativa a la prisión*. Londres: International Drug Policy Consortium (IDPC).
- HONNET, A. (2007). *Reficación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Kratz editores.
- JELSMA, M. (2009). *Innovaciones legislativas en políticas de drogas: iniciativa latinoamericana sobre drogas y democracia*. Ámsterdam: TNI.
- LACLAU, E. (2005). *La Razón Populista*. Argentina: FCE.
- MATHIESEN, T. (2003). *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar.
- METAAL, P. (2008). “La dimensión ética de las drogas: la moralidad frente a un enfoque basado en los derechos”. En *10 años del programa de Drogas y Democracia del TNI: 1998-2008*: TNI.
- MORALES, J. P. (2009). “Un nuevo esquema legal para las drogas”. En Morales J. P. y PALADINES, J. V. (ed). *Entre el control social y los Derechos Humanos: los retos de la política y la legislación de drogas*. Volumen 9, serie neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- NADELMANN, E. A. (2004). “Legalización, prohibición y reducción de daños”. En Nadelmann, E. et. al. (ed). *La Cultura de las drogas en la sociedad del riesgo*. Barcelona: Publicaciones Grupo Igia.
- PALADINES, J. V. (2009). “La sociedad del riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas”. En Morales, J. P. y Paladines, J. V. (ed). *Entre el control social y los Derechos Humanos: los retos de la política y la legislación de drogas*. Volumen 9, Serie neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- PÁSARA, L. (2011). “La producción judicial: cifras y calidad”. En Pásara, L. (ed). *El funcionamiento de la justicia del Estado*, volumen 19, serie neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Naciones Unidas y Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- PUNTES, M. (2005). *Detrás de la droga: Raíces espirituales, culturales, sociales, familiares, psicológicas y orgánicas de la problemática de la drogadicción*. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- RAUS, N. (1986). *Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Ecuador*. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft.
- RIVADENEIRA, M. (2007). “El problema de las drogas en Ecuador”. En *Enlace*, Quito, Revista de la Escuela de Estado Mayor de la Policía Nacional del Ecuador, No. 7.
- RIVERA, F. (2005). “Ecuador: los bemoles de la guerra contra las drogas”. En Youngers C. y Rosin, E. (ed). *Drogas y Democracia en América Latina. El impacto de la política de los Estados Unidos*. Buenos Aires: WOLA y Editorial Biblós.
- ROMEO Casabona, C. M. (2007). *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*. México: ediciones Coyoacán y *Ius Penale* del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales.
- ROXIN, C. (2011). “Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización”. En *Revista La Ley*. No. 3. Buenos Aires.
- ROXIN, C. (2004). “La decisión de la Gran Sala del Tribunal Supremo relativa al espionaje acústico”. En *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Argentina: Rubinzal-Culzoni editores.
- STRANG, J. (2004). “Uso de drogas y reducción de daños: respuestas a un desafío”. En Ethan Nadelmann *et. al.* (editores), *La Cultura de las drogas en la sociedad del riesgo*. Barcelona: Publicaciones Grupo Igja.
- TENORIO, R. (2010). “Drogas y palabras nuevas”. En Rodrigo Tenorio (editor), *Ecuador, Academia y Drogas*. Quito: CONSEP y editorial El Conejo.
- TORRES, A. (2008). *Drogas, cárcel y género en el Ecuador: la experiencia de mujeres “mulas”*. Quito: FLACSO - sede Ecuador.
- ZAFFARONI, E. R. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. et. al. (2007). “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina: situación regional”. En Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza (coordinadores), *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina*. México: ILANUD, ASDI, Raoul Wallenberg Institute y Editorial Porrúa.

Bibliografía documental

- Acta No. 25 del 2 de enero de 1990, Congreso Nacional de la República del Ecuador.
- Acta No. 92 del 31 de julio de 1990, Congreso Nacional de la República del Ecuador.
- Alston, P. (2010). Relator de las Naciones Unidas para Ejecuciones Extrajudiciales. *Informe 2010*. Washington: ONU.
- Causa 242-2009, Segundo Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.
- Causa 157-2010, Noveno Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.
- Causa 46-2011, Sexto Tribunal de Garantías Penales de Pichincha.
- Causa 0034-2011, Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe.
- Declaración de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia (2009). *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*. Open Society Institute, Instituto Fernando Henrique Cardoso, Viva Rio y Centro Edelstein de Pesquisas Sociais.
- Instituto Nacional de Ciencias Penales. (2010). *Farmacodependencia, narcomenudeo y narcotráfico*. México: INECIPE.
- Vanguardia, (2011). “El vuelo hacia la legalización”. Revista de circulación nacional, edición No. 288 del 25 de abril al 1 de mayo. Quito: Editorial Gran Tauro Cía. Ltda.
- Vistazo, (2011). “Yo consumo, tú traficas, él produce”. Revista de circulación nacional, edición No. 1063 de diciembre. Guayaquil: Editores Nacionales S.A.

Bibliografía estadística

- CONSEP (2011). *Informe sobre los CAI's-Ecuador: Adolescentes Infractores: territorialidad y libertad*.
- ____ (2009). *Tercera Encuesta Nacional Sobre el Consumo de Drogas en Estudiantes de Enseñanza Media del 2008*.
- INEC (2009). *Principales Causas de Mortalidad*.
- Ministerio de Coordinación de Seguridad (2011). *Plan Nacional de Seguridad Integral*.
- Ministerio de Finanzas (2011). *Presupuesto General del Estado*.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008). *Monitoreo de Cultivos de Coca en el Ecuador*.

Bibliografía normativa

Código Penal del Ecuador (actualizado a 2011)

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del Ecuador (actualizada a 2011)

Bibliografía virtual (video)

TNI y WOLA en colaboración con Open Society Institute, (2010). “Drugs and Prisons in Ecuador”, Kristel Muciño (directora), 06:53 minutos:
http://www.wola.org/drugs_and_prisons_in_ecuador

Delitos contra la salud y el principio de proporcionalidad en México

Por Catalina Pérez Correa¹

I. Introducción II. Contexto A. Marco legal B. Presos por delitos contra la salud y las instancias de procuración de justicia C. ¿Qué delitos contra la salud se persiguen? D. Mujeres y delitos contra la salud III. Proporcionalidad relativa IV. Proporcionalidad absoluta V. Proceso penal y penas de prisión. VI. Conclusiones VII. Bibliografía VIII. Anexo

I. Introducción

Ramona es una mujer de 67 años que sufre de ligero sobrepeso. Su cara está arrugada y sus ojos tristes pero sonríe cuando me mira. Cuando lo hace se asoman unos dientes amarillos y gastados. Su uniforme beige y naranja le queda ajustado en la cintura pero de todas formas tiene que doblar las largas mangas de la sudadera blanca que lleva debajo del uniforme. Llegó a la cárcel sin saber leer ni escribir, pero aquí terminó la primaria, me cuenta satisfecha.

“-Yo era bien extravagante. Me pintaba mucho. Me pintaba los ojos así –con sus dedos índice y medio recorre sus párpados y pronunciadas ojeras hasta llegar a la sien–.

Usaba yo pelucas. Me decían la *Rarotonga* por cómo me pintaba. Me ponía *chortcitos* y *brasiercitos*. Cuando empecé, cobraba \$10 a \$15 pesos. Entonces estaba chiquilla y los muchachos se formaban afuera de mi puerta. Desde los 13 años me dedicaba a eso, pero ya ahora estoy vieja. Ahora hago limpias y curo.

La primera vez que me detuvieron fue hace 2 años y medio. Era adicta a la marihuana, desde chiquilla la usaba para trabajar. Me llevó \$1000 [*de marihuana*] un muchacho. Uy, eso me duraba mucho.

¹ Asistentes de la presente investigación: Karen Silva Mora y Carlos de la Rosa Xochitiotz. Quisiera agradecer el apoyo del Lic. Miguel Romo Medina, así como del Lic. Ricardo Benavides Hernández para la realización de las entrevistas aquí incluidas. Agradezco también los comentarios y observaciones de Alejandro Madrazo (CIDE), Alejandro Anaya (CIDE), Diana Guzman (DeJusticia), Coletta Youngers (WOLA), Rodrigo Meneses (CIDE) Rafael Garduño (CIDE), Rodrigo Velázquez (CIDE), Flavio Lazos (CIDE) y Adriana Luna (CIDE).

Ese mismo muchacho, le decían *El Gordo*, me llevó a unos encapuchados que me detuvieron. Entraron a mi casa. Eran como las 7 de la mañana. Eran 4 camionetas con muchos hombres. Me taparon la cabeza con un trapo prieto. Yo *namás* escuchaba como rompían las cosas de la casa.”

“-No, no dijeron nada, nada más me taparon la cara. Uno de ellos me decía ‘se la va a cargar la chingada’ y le dije, ‘¿yo porque? A mí no me va a pasar nada al que se lo va a cargar es al que me trajo la droga’. Esa vez salí preliberada. Pero volví al vicio. Seguí con la mariguana. Me volvieron a agarrar hace 9 meses.”

“-Estábamos cenando mi hija y nieta. Luego llego Tomás -me explica que es el esposo de su hija-. Yo me eché en la sala a ver una novela, esa que se llama *Teresa*. Cuando oigo, ya estaban unos señores adentro y me decían que les entregara yo la droga. ‘Entrégame la droga’ me dijo. Pues yo no tenía droga.

‘No tengo droga’ les dije. ‘Búsquenla que no van a encontrar’.

‘Aunque no encuentre droga te voy a chingar’, me dijo uno. Me sentaron en un sillón de la sala y veía *namás* como esculcaban. Estaban tapados de la cara.

Se llevaron mis joyas. Había yo sacado un préstamo antes y apenas había terminado de sacarlas del empeño. Hasta mi perico se llevaron y mis muñecos de troles. El otro perico no se lo pudieron llevar porque muerde pero la otra que era mansa sí se llevaron. Ahora sí que cargaron hasta con el perico.

En la agencia me enseñaron una bolsa con hierba y piedra.

‘Usted le vendió a este señor’ me dijeron de un señor que estaba ahí sentando. El señor les dijo que no me conocía, que lo habían agarrado ahí por la Comercial. Los judiciales dijeron que fueron testigos de la transacción. Dijeron que vieron como hacía la transacción pero yo estaba acostada viendo la novela.

El licenciado me dijo que me habían dado 4 años y 6 meses. Como primo-delincente salía fácil pero como yo ya había caído me echaron 4 años.”

En este texto se evalúa la justificación de la política en materia de drogas desde dos sentidos de proporcionalidad. Asimismo, se presentan estadísticas judiciales y en materia de procuración de justicia para determinar el tipo de casos seguidos en materia de drogas. Como se muestra, la mayoría de casos que se investigan y sancionan son por delitos de posesión en pequeñas cantidades de mariguana o cocaína; consumidores equiparados a narcomendistas como lo es Ramona.

Durante el período de septiembre de 2010 a julio de 2011 (un periodo de 11 meses) se detuvieron a **28,764** personas² por delitos contra la salud en México.³ De acuerdo con la Procuraduría, a nivel federal, durante el 2010 se despacharon⁴ **138,895**

2 Ver. Procuraduría General de la República (2011). Este plazo es el que reporta la Procuraduría.

3 El capítulo I del Título séptimo del Código Penal Federal (artículos 193 a 199), regula la **producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos**. La ley define a los narcóticos como “los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud,

averiguaciones previas en las agencias del ministerio público federales del país. De estas, 57,584⁵ (41.4%) fueron por delitos contra la salud. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2010), en 2010 hubo en México 20,989 sentencias condenatorias por delitos contra la salud.

Las normas que penalizan los delitos contra la salud buscan, como su nombre lo indica, proteger la salud, tanto de potenciales usuarios (individual) como de terceros que pudieran ser afectados por el consumo (salud pública). Esto lo hacen a través del derecho penal. Así, representan, como otras intervenciones penales, una interferencia a la libertad y autonomía de las personas. Salvo algunas excepciones, como las normas que prevén tratamientos médicos para los consumidores⁶, las normas que penalizan los delitos contra la salud además establecen la imposición de penas de prisión para quien viole las disposiciones en materia de drogas ilícitas.⁷ Establecen —en todos los

los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.” A su vez, los artículos 237 y 245 de la LGS, respectivamente, establecen una lista cerrada de cuáles son las sustancias que se consideran estupefacientes o psicotrópicos.

4 El término despachado, un término sin significado claro en términos legales, es utilizado por la institución para designar “el total de averiguaciones previas determinadas (por acumulación, reserva, incompetencia, no ejercicio de la acción penal y consignación).”

5 Incluye los delitos contra la salud clasificados en las modalidades de producción, transporte, tráfico, comercio, suministro, posesión, consumo y otros de acuerdo con la legislación vigente en cada uno de los años reportados. Ver Procuraduría General de la República (2011).

6 Para consumidores y farmacodependientes, portadores de ciertas cantidades, la Ley General de Salud establece que no habrá de iniciarse un procedimiento judicial sino que se deberá informar al consumidor la ubicación de centros para el tratamiento, notificando a su vez a los centros para que estos citen al consumidor a efecto de orientarle y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia. Al tercer reporte del Ministerio Público, el tratamiento será obligatorio. Ley General de Salud, art. 193 Bis.- Cuando el centro o institución reciba reporte del no ejercicio de la acción penal, en términos del artículo 478 de esta Ley, las autoridades de salud deberán citar al farmacodependiente o consumidor, a efecto de proporcionarle orientación y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia o en aquellos preventivos de la misma.

7 En este texto, por **droga o narcótico**, me refiero a las sustancias comprendidas en la Ley General de Salud, artículos 234 (estupefacientes) y 245 (sustancias psicotrópicas).

El artículo 193 del Código Penal Federal señala que: “los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias previstos en los artículos 237, 245, fracciones I, II, y III y 248 de la Ley General de Salud, que constituyen un problema grave para la salud pública.”

El artículo 237 de la Ley general de salud establece que: “Queda prohibido en el territorio nacional, todo acto de los mencionados en el Artículo 235 de esta Ley, respecto de las siguientes sustancias y vegetales: opio preparado, para fumar, diacetilmorfina o heroína, sus sales o preparados, cannabis sativa, índica y americana o marihuana, papaver somniferum o adormidera, papaver bacteatum y erythroxilon novogratense o coca, en cualquiera de sus formas, derivados o preparaciones.”

La Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999 (3.32) define droga como: “Sustancia psicoactiva, psicotrópica o droga, a la sustancia que altera algunas funciones mentales y a veces físicas, que al ser consumida reiteradamente tiene la posibilidad de dar origen a una adicción. Estos productos incluyen las sustancias, estupefacientes y psicotrópicos clasificados en la Ley General de Salud, aquellos de uso médico, los de uso industrial, los derivados de elementos de origen natural, los de diseño, así como el tabaco y las bebidas alcohólicas.”

casos- una obligación de las autoridades de perseguir de oficio a quienes violen dichas normas y de imponer las correspondientes sanciones privativas de libertad.⁸ Todo ello ha representado importantes costos institucionales (como los costos de oportunidad que significa la utilización de los recursos federales para sancionar estos delitos), costos sociales (como la violencia que implica la imposición de las normas penales en materia de delitos contra la salud para ciertos sectores como para las mujeres, los indígenas o los jóvenes provenientes de sectores marginados-), costos personales y familiares para quienes son sancionados y, costos económicos⁹ para la sociedad en general. ¿Son justificables estos costos? ¿Es válido constitucional y socialmente el uso del derecho penal como forma de prevenir los daños que las drogas producen? ¿Es razonable la política actual a la luz de los costos incurridos? Estas preguntas son relevantes para entender la admisibilidad de la política, en términos morales y constitucionales, así como para determinar si ésta puede mantenerse tal como se plantea actualmente.

Una forma de determinar la razonabilidad de la política es evaluando la proporcionalidad de las sanciones impuestas para los delitos contra la salud. El principio permite evaluar, desde ciertos estándares, si una medida es justificada, razonable o excesiva. En este texto, por tanto, se evalúa la justificación de la política en materia de drogas desde dos sentidos de proporcionalidad: *relativa* y *absoluta*. Por proporcionalidad *relativa* me refiero al principio que establece que las sanciones impuestas para un delito deben ser proporcionales (o no ser desproporcionadas) a las sentencias impuestas para otros delitos de gravedad similar. En este sentido, quienes cometen ofensas igualmente graves, deben ser castigados de manera similar. A la vez, quienes cometen ofensas menos graves deben ser sancionados menos severamente que quienes cometen ofensas más graves. Por proporcionalidad *absoluta* me refiero al principio que establece que toda sanción impuesta debe ser proporcional a la ofensa cometida. Es decir, debe contener alguna evaluación del bien que se busca proteger. Desde una perspectiva utilitarista, como la que aquí se usa, esto significa que la sanción establecida para un delito no debe ser más costosa o dañina que el daño que busca prevenir.

En este texto se muestran estadísticas oficiales, principalmente federales, obtenidas de fuentes oficiales y por medio de peticiones de acceso a la información.¹⁰

⁸ Esta obligación está además dispuesta en la legislación internacional sobre la materia a la que México se ha comprometido como la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (enmendada por el protocolo de 1972), el Convenio Sobre sustancias psicotrópicas de 1971, la Convención de Naciones Unidas sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

⁹ Estos abarcan desde los costos en que incurre el Estado para investigar, detener, procesar y sancionar a infractores.

¹⁰ En este texto no se incluye información sobre la aplicación de leyes en materia de narcóticos a nivel estatal. Por tanto, queda excluido de este análisis los efectos que está teniendo en el país la implementación de la Ley de Narcomenudeo.

Dado problemas de uniformidad, las estadísticas, en algunos casos, provienen de fuentes y años distintos. Esto implica que lo aquí mostrado es una perspectiva parcial de la materia. En algunas instancias, estos datos son acompañados por recuentos personales obtenidos durante entrevistas¹¹ a presos por delitos contra la salud. Como se muestra en este texto, al evaluar los resultados de la aplicación de las normas que penalizan los delitos contra la salud según los criterios de proporcionalidad relativa y absoluta, se hace patente la desproporción de la política prohibicionista actual (que propone la criminalización y las sanciones de prisión como principal forma de control de sustancias).

El texto se divide en 3 partes. En la primera parte se describe el contexto mexicano puntualizando, primero, el marco legal y segundo, mostrando las estadísticas generales del fenómeno –número de detenidos, sentenciados y principales delitos de los y las acusadas. En la segunda parte, se estudia la proporcionalidad relativa, mostrando la desproporción en las sanciones establecidas para los delitos contra a la salud, frente a aquellas establecidas para otros delitos. En la tercera parte, se estudia la proporcionalidad absoluta de las sanciones establecidas para dichos delitos, evaluando los costos que acompañan la imposición de sanciones en la materia frente al daño que se busca prevenir.

II. Contexto

A. Marco legal

En México, la producción, tenencia, tráfico, y otros actos o conductas relacionadas con narcóticos están reguladas en el Código Penal Federal (artículos. 193 - 199) bajo el capítulo de Delitos Contra la Salud. Además, el mismo ordenamiento (artículo 195) remite a la Ley General de Salud para determinar los casos en que las autoridades locales tienen competencia para investigar, perseguir y sancionar los delitos contra la

¹¹ Los recuentos incluidos en este texto, son producto de un pequeño número de entrevistas realizadas a internos e internas sentenciadas por delitos contra la salud. Las entrevistas aquí incluidas en ningún modo pretenden ser representativas de las personas acusadas por estos delitos sino aportar información que permite elucidar los contextos en que se da la aplicación de la política en la materia. Las personas entrevistadas no fueron elegidas al azar, fueron seleccionadas por las autoridades penitenciarias en función a tres criterios: que estuvieran sentenciados (no en proceso); que no estuvieran sentenciados por delitos concurrentes (es decir, que sólo estuvieran sentenciados por delitos contra la salud y no por otros delitos adicionales) y; que accedieran participar en las entrevistas. Los lugares y nombres son omitidos para resguardar la identidad y seguridad de los y las entrevistadas.

salud.¹² En términos de competencias jurisdiccionales, la Ley de Narcomenudeo¹³ (en adelante LNM) representó cambios importantes. A grandes rasgos, se estableció que el gobierno federal se hará cargo del fenómeno de narcotráfico¹⁴ y los estados del narcomenudeo y el consumo. Según las disposiciones de la LNM, es facultad de las autoridades estatales perseguir delitos relacionados con suministro, comercio, posesión y, posesión con fines de venta, siempre y cuando las cantidades involucradas no rebasen ciertos límites (fijados en función de la tabla que establece las dosis personales) o cuando no estén en alguno de los supuestos del artículo 474 de la Ley General de Salud¹⁵ en cuyo caso la persecución, procesamiento y sanción será responsabilidad de

12 De acuerdo con el art. 194 del Código Penal Federal, el comercio se define como la venta, compra, adquisición o enajenación algún narcótico y el suministro como la transmisión material de forma directa o indirecta por cualquier concepto de la tenencia de narcóticos. Artículo 195.- (...) La posesión de narcóticos podrá ser investigada, perseguida y, en su caso sancionada por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

Cuando el inculpado posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla prevista en el artículo 479 de la Ley General de Salud, en cantidad igual o superior a la que resulte de multiplicar por mil las ahí referidas, se presume que la posesión tiene como objeto cometer alguna de las conductas previstas en el artículo 194 de este código. Artículo 474.- Las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán de los delitos o ejecutarán las sanciones y medidas de seguridad a que se refiere este capítulo, cuando los narcóticos objeto de los mismos estén previstos en la tabla (ver anexo), siempre y cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla y no existan elementos suficientes para presumir delincuencia organizada. Las autoridades federales conocerán de los delitos en cualquiera de los casos siguientes: 1) En los casos de delincuencia organizada. 1.- La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo. 2.- El narcótico no esté contemplado en la tabla. 3.-Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación: a) Prevenga en el conocimiento del asunto, o b) Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación.

13 La Ley de Narcomenudeo es un conjunto de reformas, adiciones y derogaciones de diversas disposiciones de la Ley General de Salud (LGS), el Código Penal Federal (CPF) y el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) que involucran el comercio, la posesión y/o el suministro de ciertas cantidades de las drogas ilícitas de mayor consumo en México. Diario Oficial de la Federación, Primera Sección: Secretaría de Salud, México, 20 de agosto de 2009.

14 La legislación mexicana no hace uso del término narcotráfico (tráfico en cantidades superiores a 1000 veces los montos establecidas en el artículo 479 de la Ley General de Salud) pero en este texto se utiliza para distinguirlo del narcomenudeo (tráfico o posesión cuando las cantidades son menores a 1000 veces lo establecidas en el artículo 479 de la misma ley).

15 Art. 474 LGS.- Las autoridades federales conocerán de los delitos en cualquiera de los casos siguientes:

I. En los casos de delincuencia organizada. II. La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo. III. El narcótico no esté contemplado en la tabla. IV. Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación: a) Prevenga en el conocimiento del asunto, o b) Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación.

las instancias federales. Además, se establecieron dosis máximas de consumo a partir de las cuales se distingue a consumidores¹⁶, narcomenudistas y narcotraficantes.¹⁷

Aun cuando, de acuerdo con las reformas, las entidades federativas contaban con un año de plazo a partir de su entrada en vigor para realizar las modificaciones normativas, y tres años para implementar dichos cambios, sólo algunas entidades han realizado las modificaciones correspondientes y es aún poco claro qué tanto éstas se han implementado en las entidades federativas que sí han modificado su legislación.

Hasta 1994, la legislación sancionaba a los usuarios o comerciantes de sustancias ilícitas dependiendo del tipo de droga que se tratara (ver tabla 1). El Código Penal Federal y el Código Sanitario vigentes hasta 1978 también hacían esta distinción, diferenciando usuarios de adictos. Las reformas de 1989, asimismo, distinguían a la marihuana de otras sustancias. En ese caso, por ejemplo, el transporte de marihuana (con monto máximo de 100 grs) era sancionado con penas de 1 a 8 años de prisión, mientras que otras sustancias eran sancionadas con penas de 10 a 25 años de prisión.¹⁸ Las reformas de 1994, eliminaron los supuestos por marihuana dejando sólo atenuantes para casos de *extrema necesidad y escasa instrucción* (y solo en el caso de siembra, cultivo y cosecha).¹⁹ Esto, por sí mismo implica una vulneración al principio de proporcionalidad (en sentido absoluto) ya que dejó de tomarse en cuenta el daño concreto que puede causar una y otra sustancia.

La legislación, vigente desde la LNM, contempla distintas penas dependiendo de las cantidades de droga ilícita de que se trata. En el caso de consumidores y farmacodependientes, portadores de cantidades menores a las establecidas en la Ley General de Salud ahora establece que no se iniciará un procedimiento judicial sino que se informará al consumidor la ubicación de centros para el tratamiento, notificando también a los centros para que estos citen al consumidor a efecto de orientarle y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia. Al tercer reporte del Ministerio Público el tratamiento será obligatorio.²⁰ Es decir, la gravedad de la conducta se establece en función de las cantidades de drogas de que se trate, sin distinguir por tipo de las sustancias ni por tipos de usuarios de drogas.²¹ Hoy se

16 Los consumidores que sean detenidos, ahora serán remitidos a la Secretaría de Salud para tomar un tratamiento. Artículo 192 Quáter; Artículo 192 Quintus. Un error común es interpretar esta disposición como una despenalización del consumo cuando en realidad este sigue siendo penado pero no se imponen sanciones de cárcel sino hasta la tercera ocasión y cuando el consumidor omite tomar el tratamiento.

17 Un problema de la LNM es que fijó cantidades muy bajas, arriba de las cuáles, la persona entra en los supuestos de narcomenudeo.

18 Artículo 197 Código Penal Federal de 1989

19 Artículo 198, Código Penal Federal de 1994

20 Véase Ley General de Salud, art. 193 Bis.

21 Aunque la ley prevé cantidades diferentes para cada sustancia, no distingue por el daño que cada sustancia produce.

establecen penas alternas a las privativas de libertad para consumidores,²² para grupos indígenas que utilicen ciertas drogas en ceremonias²³ y, para quien posea medicamentos que contengan narcóticos prohibidos, siempre que sean necesarios para tratamiento propio.²⁴ En el caso de los consumidores, sin embargo, las cantidades establecidas para consumo son tan bajas que, de facto, implican la criminalización de usuarios, a quienes ahora se les presume como narcomenudistas. Así por ejemplo, para cocaína, el monto máximo establecido en la Ley General de Salud (art. 479) para presumir consumo es 0.5 grs. En el mercado, sin embargo, la cocaína suele venderse por gramo o “grapa”. Un consumidor de cocaína promedio, por tanto, es tratado por el sistema como comerciante.

La LNM, hoy vigente, no distingue entre tipo de drogas (en función de sus potenciales daños) o usuarios (recreativos o problemáticos²⁵), la legislación mexicana hoy vigente distingue por participación en el mercado, buscando modificar, a través del uso del derecho penal y específicamente a través de las sanciones de prisión, la oferta y demanda de sustancias ilícitas. Por ejemplo, establece las penas más altas para traficantes que portan 1000 veces las cantidades permitidas por la Ley General de Salud.

22 De acuerdo con el artículo 193 Bis de la Ley General de Salud, los consumidores serán remitidos a tratamiento: “Cuando un centro o institución reciba reporte del no ejercicio de la acción penal, en términos del artículo 478 de esta Ley, las autoridades de salud deberán citar al farmacodependiente o consumidor, a efecto de proporcionarle orientación y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia o en aquellos preventivos de la misma. Al tercer reporte del Ministerio Público el tratamiento del farmacodependiente será obligatorio.” Ver también art. 479, Ley General de Salud.

23 No se procederá en contra de quien posea: medicamentos necesarios para tratamiento propio o de personas en custodia, peyote u hongos alucinógenos cuando por la cantidad y circunstancias del caso pueda presumirse que serán utilizados en las ceremonias, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, así reconocidos por sus autoridades propias (artículo 195 bis, fracción II)

24 *Ibid.*

25 Los usuarios problemáticos son aquellos para quienes el uso de drogas “ya no es controlado, ni es para fines recreativos y para quienes las drogas se ha convertido la parte más importante de su vida” (KEEFER *et al.*, 2008, 10.).

26 Para simplificar la tabla, se omitieron ciertos delitos (tales como suministro, introducción y extracción del país). De igual modo, se omiten las reformas de los años 1964 y 1974. La redacción de las normas no es textual.

Tabla 1. Evolución de penas de los principales delitos en materia de narcóticos²⁶

Delito	1931	1968	1978	1989	1994	2009
Comercio, Producción y Tráfico	6 meses a 7 años	3 a 12 años	7 a 15 años	10 a 25 años	10 a 25 años	10 a 25 años Comercio y suministro 4 a 8 años en # menor a 1000 x el monto de la tabla*
Transporte		3 a 12 años	No siendo miembro de asociación delictuosa, tratándose de cannabis o marihuana y > 100 g; 2 a 8 años Fuera de ese caso: 7 a 15 años	Se mantiene el primer supuesto 2-8 años Fuera de ese caso: 10-25 años	10 a 25 años	10 a 25 años
Siembra, Cultivo y Coschea (coschea fue incorporada hasta 1968)	6 meses a 7 años	Cannabis: 2 a 9 años Otras: 3 a 12 años	Cannabis, con escasa instrucción y extrema necesidad 2 a 8 años Fuera de esas circunstancias: 7 a 15 años	Cannabis o marihuana, con evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica 2 a 8 años Fuera de esas circunstancias: 10 a 25 años	Excesa instrucción y extrema necesidad económica: 1 a 6 años Si no y con la finalidad de producir, transportar, comerciar, suministrar, introducir o extraer: Hasta 2/3 de 10 a 25 años Sin finalidad: 2 a 8 años	Se mantienen los supuestos
Posesión	6 meses a 7 años	Cannabis: 2 a 9 años Otro: 3 a 12 años No es delito la posesión, de un toxicómano en cantidad necesaria para su propio consumo.	Consumo personal: necesaria para su propio e inmediato consumo: se somete al tratamiento Si excede lo necesario para consumo propio, pero no lo requerido para satisfacer sus necesidades de tres días: 2 meses a 2 años No siendo adicto, por una sola vez, en cantidad para propio e inmediato consumo: 6 meses-3 años Simple posesión de cannabis 2 a 8 años Fuera de esas circunstancias: 7-15 años	Se mantienen los supuestos, pero se agrega: Fuera de esas circunstancias: 7-25 años 1989	Con finalidad de producir, transportar, comerciar, suministrar, introducir o extraer del país: 5 a 15 años Sin esas finalidades: hasta 1/2 de 5 a 15 años No se procederá en contra de quien posea por una sola vez y en cantidad para consumo personal.	Con finalidad de producir, transportar, comerciar, suministrar, introducir o extraer del país: 5 a 15 años Sin dicha finalidad: 4 años a 7 1/2 años No se procederá en vs de quien posea medicamento necesarios; peyote u hongos (para ceremonias de pueblos indígenas). Ley General de Salud: Cantidad inferior a 1000 X el monto de la tabla*, con la finalidad de comerciar o suministrar: 3 a 6 años Si no: 10 meses a 3 años No se ejerce en vs de dependiente o consumidor en igual o < cantidad a la prevista en la tabla*
	1931	1968	1978		1994	2009

Fuente: Elaboración a partir de los textos vigentes del Código Penal Federal (y ley general de Salud, en 2009) en el año respectivo.

*se refiere a la tabla del artículo 479 de la Ley General de Salud.

Además de redistribuir los ámbitos de competencia entre federación y estados, la LNM incorporó algunas nociones y principios de reducción de riesgos y daños a la regulación de la “farmacodependencia” en el capítulo IV del Título 11 de la Ley General de Salud sobre “Programas contra las adicciones”.²⁷ Sin embargo, el lugar de la prevención dentro de la legislación es marginal, siendo las sanciones la principal medida de control de sustancias y prevención de adicciones.

Quizás la principal contribución del modelo de reducción de daños (en inglés *harm reduction*²⁸) es precisamente la distinción entre tipos de usuarios y tipos de drogas. Como señala Harold Kalant (1999), esta distinción permite destinar la mayor parte de recursos a controlar los usos más problemáticos y hacia los usuarios que requieren de intervención. El modelo señala la importancia de distinguir los efectos sociales, económicos y de salud que producen las distintas sustancias para poder disminuir daños de forma efectiva. A la vez, señala lo importante que es tomar en cuenta que los usuarios de distintos narcóticos reaccionan diferente a presiones externas. Keefer, Loayza & Soares (2008), por ejemplo, muestran que la demanda de heroína es inflexible a los precios del mercado mientras que la demanda de la cocaína es más flexible (KEEFER *et al*, 2008: 19). El tabaco, también resulta sumamente flexible a los precios del mercado, pero sólo con los usuarios más jóvenes, mientras que para el grupo de mayor edad, las variaciones en el precio del tabaco tienen poco efecto en el consumo (MADRAZO, 2006). La legislación mexicana incorpora la distinción entre “farmacodependientes” y “consumidores”, definiendo las categorías a partir de la presencia de “algún” síntoma de dependencia –esto es, la presencia de un solo síntoma de dependencia basta, legalmente, para clasificar a una persona como farmacodependiente-.²⁹ Esto contrasta con las definiciones médicas que suelen exigir la concurrencia de varios síntomas de dependencia.³⁰

La legislación mexicana actual propone al derecho penal como principal política para controlar la producción y comercio de drogas (y así proteger el derecho a la salud).

27 En dicho capítulo el artículo 192 bis define como prevención el “conjunto de acciones dirigidas a evitar o reducir el consumo de narcóticos, a disminuir situaciones de riesgo y limitar los daños asociados al consumo de dichas sustancias.”

28 Dicho modelo aconseja que políticas públicas deben ir dirigidas a reducir las consecuencias negativas (en términos de costos sociales económicos y de salud) que resultan del uso de drogas (legales e ilegales) y no a reducir la oferta y demanda de drogas. Para ejemplos de políticas públicas orientadas en este sentido ver <http://www.harmreduction.org>

29 La Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999, para la prevención, tratamiento y control de las adicciones. (Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 2000) define la adicción o dependencia, como el “conjunto de fenómenos del comportamiento, cognoscitivos y fisiológicos, que se desarrollan luego del consumo repetido de una sustancia psicoactiva.”

Y como adicto o farmacodependiente, a “la persona con dependencia a una o más sustancias Psicoactivas”.

30 Véase BATTIN M., *et al* (2008)

En la mayoría de los casos el recurso principal son las penas de prisión³¹, sin medir la eficacia o los efectos que dicha respuesta pueda tener. Lo relevante aquí es señalar que, dada la complejidad del fenómeno del consumo de drogas y la diversidad de sustancias, es difícil sostener que una política pública que no distingue con precisión entre usos y sustancias –como la actual prohibición penal– resulte idónea para proteger la salud.

B. Presos por delitos contra la salud y las instancias de procuración de justicia

En septiembre de 2011, había 230,258 presos en los 418 reclusorios de México.³² De estos, 219,520 (95.3%) eran hombres y 10,738 (4.7%) mujeres; 183,884 correspondían al fuero común o local y 46,374 al fuero federal.³³ Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Narcomenudeo, los delitos contra la salud hoy son competencia concurrente. Es decir, la competencia se distribuye entre federación y estados dependiendo de las cantidades de sustancias ilícitas o medicamentos controlados involucrados en el caso concreto,³⁴ pero también otras circunstancias en que se comete la conducta.³⁵ Esto significa que los delitos contra la salud pueden ser investigados, procesados y sancionados tanto por las entidades federativas como por la federación.³⁶

³¹ Esto salvo por algunas excepciones, como las normas que prevén tratamientos médicos forzosos para los consumidores. Ver art. 479 LGS.

³² Del total de los reclusorios, 11 son Centros Federales de Readaptación Social (CEFESOS), administrados por el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social (OADPRS) de competencia federal y 407 son Centro de Readaptación Social (CERESOS) a cargo de las entidades federativas. De éstos últimos, 10 se encuentran en el DF, 306 son de competencia estatal y 91 son de competencia municipal. Ver Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional (Septiembre 2011)

³³ *Ídem*.

Los delitos del fuero federal son aquellos que, por su relevancia, competen a la federación. Corresponde a la justicia federal (ministerio público, policía y jueces federales), su investigación y procesamiento. Dicho delitos comprenden; los delitos contra la seguridad de la nación, tales como espionaje, rebelión, terrorismo; delitos contra la humanidad como el genocidio; delitos cometidos por servidores públicos como abuso de autoridad o enriquecimiento ilícito; la privación ilegal de libertad; delitos ambientales; delitos electorales; etc. (ver Código Penal Federal). Los delitos contra la salud también son delitos federales salvo por la excepciones establecidas en el art. 194, 195 y, cuando se colmen los supuestos de los art. 474, 477, 478 y 479 de la Ley General de Salud. (Ver también el anexo 1 para la tabla del art. 479)

³⁴ Ver art. 479. Ley General de Salud (Ver también el anexo para la tabla del art. 479)

³⁵ Ver art. 474, Ley General de Salud

³⁶ Ley General de Salud: Artículo 474.- Las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán de los delitos o ejecutarán las sanciones y medidas de seguridad a que se refiere este capítulo, cuando los narcóticos objeto de los mismos estén previstos en la tabla, siempre y cuando la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla y no existan elementos suficientes para presumir delincuencia organizada. Las autoridades federales conocerán de los

En términos del sistema penitenciario, esto implica que los presos por estos delitos son detenidos en reclusorios municipales, estatales y federales. Dado que la gran mayoría de los reclusorios municipales y estatales no tienen sistemas de información uniformes ni transparentes, no sabemos cuántos presos hay, a nivel nacional, por delitos contra la salud. No obstante, la Procuraduría General de la República, reporta que durante 2010 se detuvo a 72,460 personas por delitos contra la salud (Ver tabla 2).

Tabla 2.
Personas detenidas por delitos contra la salud³⁷

Año	Combate al narcomenudeo	Combate al narcotráfico	Total delitos contra la salud	Total de detenciones federales ³⁸
2007	24,741	29,381	54,122	Sin información
2008	44,591	28,630	73,221	Sin información
2009	42,733	42,142	84,875	97,266
2010	40,763	31,697	72,460	97,101
Total de detenidos	152,828	131,850	284,678	194,367

Fuente: Elaboración a partir de los informes de labores de la Procuraduría General de la República (2011) (Las categorías son las usadas por la procuraduría), así como con información proporcionada por el Instituto Federal de acceso a la información.

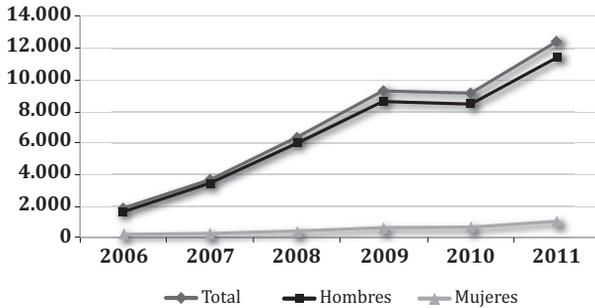
Por su parte, la Secretaría de la Defensa Nacional afirma haber detenido en 2011 a 12,465 personas. Como muestra la gráfico 1, esta cifra ha ido aumentando constantemente desde 2007.

delitos en cualquiera de los casos siguientes: I. En los casos de delincuencia organizada. II. La cantidad del narcótico sea igual o mayor a la referida en el primer párrafo de este artículo. III. El narcótico no esté contemplado en la tabla. IV. Independientemente de la cantidad del narcótico el Ministerio Público de la Federación: a) Prevenga en el conocimiento del asunto, o b) Solicite al Ministerio Público del fuero común la remisión de la investigación.

37 La PGR no especifica si la cifra de detenciones que reporta se refieren solo a las detenciones propias o incluyen también detenciones realizadas por la SEDENA y por la SEMAR. Las categorías aquí usadas son de las usadas por la PGR.

38 Respuesta a solicitud de información pública, brindada por la Coordinación de Planeación, Desarrollo e Innovación institucional, de la Procuraduría General de la República, con número de folio 0001700233911.

Gráfica 1. Personas detenidas por la Secretaría de la Defensa Nacional en la campaña contra el narcotráfico y aplicación de la Ley federal de armas de fuego y explosivos³⁹



Fuente: Elaboración a partir de información pública otorgada por la Secretaría de la Defensa Nacional, vía INFOMEX.

C. ¿Qué delitos contra la salud se persiguen?

Los delitos contra la salud que se persiguen a nivel federal, son principalmente delitos de posesión y consumo⁴⁰ (Ver tabla 3). Además, de acuerdo con el Instituto Nacional Estadística y Geografía (INEGI) se trató de delitos sin concurso de otras modalidades,

³⁹ “Las detenciones realizadas por el personal militar fueron en flagrante delito, en el marco de la campaña permanente contra el narcotráfico y la aplicación de la Ley Federal de Armas de fuego y explosivos...siendo las autoridades ministeriales, las que determinan si se trata de Delitos contra la Salud o Actividades de la Delincuencia Organizada.” Respuesta a solicitud de información pública, brindada por la Secretaría de la Defensa Nacional, con número de folio 0000700011312. Las cifras de esta tabla presentan detenidos tanto por delitos contra la salud como por delitos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Sin embargo, como se muestra en este texto, la mayoría de estos detenidos corresponden a delitos contra la salud.

⁴⁰ Cabe destacar, que a partir de las reformas de narcomenudeo el consumo no es sancionado con penas de prisión. La Ley General de Salud señala el procedimiento para tramitar los casos de consumo. De acuerdo con el artículo 193 Bis.- Cuando el centro o institución reciba reporte del no ejercicio de la acción penal, en términos del artículo 478 de esta Ley, las autoridades de salud deberán citar al farmacodependiente o consumidor, a efecto de proporcionarle orientación y conminarlo a tomar parte en los programas contra la farmacodependencia o en aquellos preventivos de la misma. Al tercer reporte del Ministerio Público el tratamiento del farmacodependiente será obligatorio. “Artículo 478.- El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia. El Ministerio

es decir, las personas no son acusadas de otros delitos además del delito contra la salud (INEGI, 2010). En el quinto informe de labores de la Procuraduría General de la República, se reportó que en 2007 se detuvieron⁴¹ a 27,341 personas; en 2008 44,591; en 2009 42,733 y 40,763 en 2010 por delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo (PGR, 2011: 57-60). Llama la atención el hecho de que en 2010, después de la aprobación de la LNM, las autoridades federales seguían persiguiendo el narcomenudeo, aunque esta competencia era ya, en principio, de los estados.⁴²

Tabla 3. Incidencia⁴³ delictiva en materia de delitos contra la salud.⁴⁴

Año	Producción	Transporte	Tráfico	Comercio	Suministro	Posesión*	Consumo	Otros	Total
2004	364	1015	117	2955	425	19795	3404	4044	28715
2005	257	836	104	4280	474	29131	6284	3821	38903
2006	84	589	79	6746	182	49255	27629	1131	58066
2007	91	535	144	7221	142	71511	44170	1847	81491
2008	116	453	63	5660	140	47535	26475	19255	73222
2009	411	533	154	4713	145	43148	24095	14092	63404
2010	683	737	148	3255	141	38180	14577	10978	55122
2011	871	552	62	2444	87	31665	9926	7066	42747
Total	2006	4698	809	34830	1649	330220	156560	62234	

Fuente: Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2012).

Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la entidad federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que ésta promueva la correspondiente orientación médica o de prevención (...).”

41 Como se mencionó antes, un problema con los datos de la PGR es que no indica si estas detenciones las realizó la misma dependencia u otras.

42 La LNM establece que las entidades federativas y no la federación, están encargadas de perseguir los delitos contra la salud cuando las cantidades sean mayores a las establecidas en la tabla del art. 479 de la Ley General de Salud pero menores a multiplicar esas cantidades por mil.

43 De acuerdo con el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, los datos sobre incidencia delictiva a nivel estatal “corresponden a las averiguaciones previas o carpetas de investigación iniciadas por delitos en contra de uno o varios ofendidos, en las que pudieran estar involucradas una o más víctimas u ofendidos o tutelar más de un bien jurídico.” Véase <http://secretariadoejecutivo.gob.mx/es/secretariadoejecutivo/Incidencia_Delictiva> consultado el 5 de octubre de 2012.

44 * Las cifras de posesión incluyen los casos de consumo. Es de notar que la procuraduría (PGR) contabiliza los casos de consumo y que los contabilizaba como delito, antes de la Ley de Narcomenudeo, aun cuando esta sólo era considerada una infracción administrativa en términos del artículo 237 y 421 de la Ley General de salud.

Como muestra la tabla 3, para 2010, los delitos de posesión y consumo representaron el 71% de las averiguaciones previas iniciadas por delitos contra la salud por el Ministerio Público. Ese año, el consumo representó más del 26% de las averiguaciones iniciadas por delitos contra la salud. En 2011 los delitos de posesión y consumo representaron 74% del total de averiguaciones previas iniciadas por delitos contra la salud. En 2012, y aunque los datos aun son parciales, aparece la misma tendencia. Del total de averiguaciones previas iniciadas por delitos contra la salud (24,016), entre enero y agosto de 2012, 17,269 (71%) fueron por posesión o consumo.⁴⁵

El Sistema Institucional de Información Estadística (SIIE), reporta además que de las 55,122 investigaciones iniciadas por delitos contra la salud ese año (ver tabla 4), 41719 (más del 75%) fueron con detenido, lo que podría sugerir un alto número de detenidos en flagrancia. Sin embargo, podemos ver que de las averiguaciones iniciadas ese año, solo el 38% resultó en la una consignación. Es decir, solo en 38% de los casos se inició el proceso ante un juez. Esto sugiere además una investigación del delito poco efectiva y un importante uso de recursos para perseguir delitos de posesión simple, que no llegan ante la instancia judicial.

Tabla 4. Averiguaciones Previas del Fuero Federal por delitos contra la salud.

Año	Iniciadas	Consignaciones ⁴⁶			Reserva 1/
		Con detenido	Con detenido	Sin detenido	
2006	58066	41748	11404	4165	8204
2007	81491	61253	10867	3678	7431
2008	73222	54684	10941	3555	5484
2009	63404	47406	11091	4677	6231
2010	55122	41719	13786	7340	4739
Enero-junio 2011	22659	17409	6081	3004	1817

Fuente: Elaborada con nformación del Sistema Institucional de Información Estadística proporcionada por el IFAI (folio 1700136211).

1/ Se refiere al total de AP's iniciadas por delitos contra la salud, que por la imposibilidad de acreditar el cuerpo del delito, o no comprobar la probable responsabilidad son archivadas, hasta que existan mayores elementos para continuar con la investigación.

⁴⁵ Véase http://www.secretariadodejexecutivosnsp.gob.mx/es/SecretariadoEjecutivo/Incidencia_Delictiva_Nacional_fuero_federal_ Consultado el 15 de octubre de 2012

⁴⁶ Las averiguaciones previas consignadas corresponden al trabajo realizado en el año, por lo que no necesariamente derivan de los inicios en el mismo año.

Como se señaló anteriormente, la mayoría de los delitos contra la salud son simples, sin concurso. Esto es, se trata de delitos en los que la persona no estaba acusada de otros delitos además del delito contra la salud (INEGI, 2010). Del total de las sentencias (condenatorias o absolutorias) dictadas por delitos contra la salud en 2010, 18,343 (80.7%), fueron por delitos sin concurso. En síntesis, las personas más comúnmente apresadas por el sistema federal son consumidores y/o narcomenudistas de bajo perfil. No se trata de delincuentes que cometen actos violentos u otras conductas delictivas sino actos simples de posesión o consumo. Esto también constituye un problema en términos de proporcionalidad pues implica el uso del aparato coercitivo del Estado para lidiar con conductas poco problemáticas en términos de salud individual o pública.

Estudios sobre la procuración de justicia en México, nos obligan a considerar las deficiencias generales del sistema penal, como parte del contexto que permite explicar la persecución de delitos de bajo impacto. Se calcula que en México sólo el 1.7% de los delitos que se cometen son sancionados (Zepeda, 2008). Es decir, existe en el país una impunidad estimada de un 98.3%. La baja eficacia de las policías y los ministerios públicos, la falta de entrenamiento para realizar investigaciones sustantivas, la escasez de recursos y la corrupción dentro de las instituciones, hace que el sistema esté volcado en lograr “casos fáciles”; es decir, casos menores o en flagrancia.⁴⁷ Ante la presión social y de mandos superiores, los policías buscan lograr detenciones rápidas (y numerosas). Esto se puede ver al analizar los delitos por los cuales se encuentran acusados quienes están en prisión: principalmente delitos sin violencia y sin concurrencia (es decir no se cometieron otros delitos adicionales).

Algunos estudios muestran, además, que el alto número de procesados por delitos de posesión y consumo de marihuana y cocaína se refleja a nivel penitenciario; es decir, al final del proceso penal. La tercera encuesta a población en reclusión del CIDE (Azaola, et. al., 2009), realizada en reclusorios del Distrito Federal y del Estado de México, por ejemplo, señala que del total de internos por delitos contra la salud en 2009 -antes de que entrara en vigor la LNM que hace de competencia local los delitos contra la salud- “el 32% de los internos fue detenido por vender marihuana mientras que el 53% está preso por vender cocaína.” Asimismo, la encuesta reporta que la mayor parte de los detenidos son traficantes menores y/o consumidores. Entre los que comercializaron con drogas, “la mitad fueron detenidos por mercancía con un valor de 1,250 pesos o menos, y la cuarta parte por 200 pesos o menos.” El documento del Transnational Institute (TNI) & Washington Office on Latin America

⁴⁷ Estos aspectos de la justicia penal mexicana han sido ampliamente documentados. Como ejemplos ver: ZEPEDA Lecuona, G. (2004); AZAOLA *et al.* (2009b) y PEREZ CORREA. (2008)

(WOLA), Sistemas Sobrecargados, Leyes de Drogas y Cárceles en América Latina (2010), asimismo señala el bajo perfil de los internos por delitos contra la salud. Según el documento, “la posesión de marihuana es lo que genera el mayor número de sentencias. Luego siguen: posesión de cocaína con fines de venta y comercio, y posesión de marihuana con fines de venta o comercio.” (Transnational Institute et al, 2010: 68).

D. Mujeres y delitos contra la salud

“- Acá agarran a muchas por ese delito. Todas son pacíficas. Todas cuentan lo mismo, que las agarran así *namás*. Es una injusticia. Deberían de agarrar a quien la debe pero agarran a pura gente humilde, a los que les dan para vender.”

Ramona

Al evaluar las características de quienes están en prisión por delitos contra la salud, llama la atención el papel que juegan éste tipo de delitos en la población carcelaria femenina. Como se ha advertido anteriormente, los delitos contra la salud son la más frecuente causa por la que son procesadas y sentenciadas las mujeres en el sistema federal.⁴⁸ Como muestra la gráfica 4, en 2008 el 64.8% de las mujeres condenadas a nivel federal, lo fueron por delitos contra la salud; mientras que en 2009, el porcentaje fue de casi 60%.

La proporción de mujeres *procesadas* por estos delitos, es similar. En 2008, 60.5% de las mujeres procesadas⁴⁹ en el fuero federal lo fueron por delitos contra la salud (otros delitos representaron el 39.5% de los procesos) (INEGI, 2010). En 2009, el número corresponde al 55.4% (otros delitos representaron en 44.6% de las investigaciones).

⁴⁸ Ver Transnational Institute (2010).

⁴⁹ El dato se refiere a mujeres procesadas sujetas a formal prisión.

Gráfica 2.

MUJERES CONDENADAS POR DELITOS EN MATERIA DE NARCÓTICOS EN EL FUERO FEDERAL



Fuente: Gráfica elaborada con datos de Estadísticas Judiciales en materia penal, INEGI

El perfil de estas mujeres es bajo. Las mujeres normalmente representan la cadena más baja de las redes de narcotráfico y se trata, en la mayoría de los casos, de *mulas* que son detenidas, procesadas y sentenciadas por delitos de contrabando en pequeñas cuantías.⁵⁰ Generalmente se trata de madres solteras, sin antecedentes penales, que al ser detenidas dejan a sus hijos al amparo de sus familiares.⁵¹

El que éste sea el perfil de las presas federales no es un fenómeno reciente.⁵² Sin embargo, este número ha crecido notablemente en los últimos años. De acuerdo con

50 Para más información acerca de las mujeres en reclusión por delitos contra la salud, ver Briseño (2006) Azaola. & Yacamán (1996). Ver también Transnational Institute (2010).

51 De acuerdo con la Encuesta a Población en reclusión del CIDE (Azaola et al, 2009a), del total de los varones entrevistados, 69% dijo tener hijos/hijas; entre las mujeres este porcentaje fue de 86%. En el estudio citado de Marcela Briseño, más del 95% de las presas dijeron ser madres. Al ser preguntados acerca de quién cuida a sus hijos/hijas; 78.9% de los hombres encuestados en el estudio del CIDE señaló a la madre de sus hijos/hijas como la encargada de cuidarlos. En el caso de las mujeres, 21% señaló al padre como responsable, 31% señaló a su madre o padre como principal responsable de sus hijas/hijos. Finalmente, el 16% de las mujeres señalaron a “otro familiar” y sólo 2.9% de los hombres señalaron a “otro familiar” como responsable del cuidado de sus hijos/hijas. El estudio del CIDE concluye que “los hijos de las mujeres internas quedan expuestos a un nivel mayor de desestructuración familiar que los hijos de los varones presos. Es decir, mientras que los hijos de éstos últimos quedan, en la gran mayoría de los casos (casi un 80%) al cuidado de la madre, los de las mujeres internas quedan a expensas de distintos arreglos familiares que usualmente suponen la pérdida tanto de la madre como del padre e incluso de los hermanos y del hogar que habitaban.” Azaola et al (2009a)

52 En un estudio realizado por Marcela Briseño en 2002 en reclusorios de Chiapas, Morelos y Jalisco, se encontró que 2 de cada 3 internas estaban presas por delitos contra la salud. Allí también, los resultados muestran que “la dinámica de este delito está focalizada en el tráfico y transporte de la droga.” Según el estudio, 91.7% eran primodelinquentes y “se trata de mujeres pobres que ven en el transporte de pequeñas cantidades de drogas la oportunidad de obtener un ingreso”. (Briseño, 2006)

un reportaje del periódico Excélsior, uno de los diarios de mayor circulación en el país, “en 2011, aun considerando sólo las cifras preliminares, se incrementó la captura de mujeres en al menos 121 por ciento respecto de las detenciones en los anteriores años del sexenio.”⁵³ Esto se puede ver en las detenciones realizadas entre 2006 y 2011 por la Secretaría de la Defensa Nacional (Ver Gráfica 3).

Gráfica 3⁵⁴

Fuente. Elaborada a partir de información pública otorgada por la Secretaría de la Defensa Nacional, vía INFOMEX (folio 0000700011312).

III. Proporcionalidad relativa.

El sentido relativo de proporcionalidad establece que ofensas comparativamente graves deben ser castigadas con severidad similar. A la vez, ofensas de diferente seriedad, no pueden ser castigadas con la misma dureza. (DUFF, 2001: 131) Es decir, dentro de un sistema penal debe existir cierta paridad en la forma en que tratamos (o sancionamos)

⁵³ De acuerdo con el mismo diario, en este sexenio ha habido un total de 9 mil 300 mujeres aprehendidas por delitos relacionados con tráfico de drogas y delincuencia organizada. Ver http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=800731 y http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=777016&seccion=seccion-nacional&cat=1

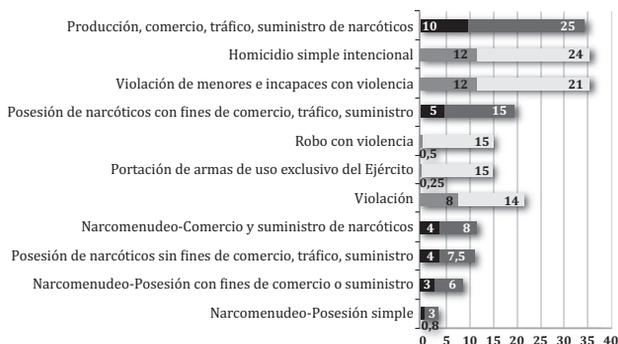
⁵⁴ Las cifras aquí presentadas corresponden a las detenciones realizadas por el personal militar, “en flagrante delito, en el marco de la campaña permanente contra el narcotráfico y la aplicación de la Ley Federal de Armas de fuego y explosivos...siendo las autoridades ministeriales, las que determinan si se trata de Delitos contra la Salud o Actividades de la Delincuencia Organizada.” Por tanto, las cifras son tanto de detenciones por delitos contra la salud como de portación de armas. Sin embargo, como se muestra en este texto, la mayoría de estas detenciones son por delitos contra la salud.

a unas y otras conductas consideradas lesivas o dañinas. No sería proporcional, en sentido relativo, dar 10 años de prisión a quien se pase un alto y 1 mes de prisión a quien cometa un robo con violencia.

Si comparamos la forma en que son sancionados los delitos contra la salud con otros delitos en el sistema legal mexicano, salta a la vista esta forma de desproporción. Como muestra la gráfica 4⁵⁵, el máximo de pena (en años de prisión) establecida en ley para los delitos de comercio, producción, suministro, tráfico y transporte de estupefacientes, es mayor que para cualquier otro delito de los ahí mostrados, incluido el homicidio simple intencional⁵⁶ –un delito que protege la vida– y la violación de menores con violencia. La pena máxima establecida para violación entre adultos, un tipo penal que busca proteger la libertad e integridad sexual de las personas pero que además ha sido ligado con la violencia de género y la condición de marginación de muchas mujeres, es once años menor que la pena máxima establecida para los delitos de comercio, producción, suministro, tráfico y transporte de narcóticos. El robo con violencia, un delito que pone en riesgo la vida de las personas y que busca proteger la propiedad, es penado con un máximo de 15 años, 10 años menos que el comercio, producción y tráfico de narcóticos.

Gráfica 4.

PENA MÁXIMA Y MÍNIMA



Fuente: Código Penal Federal

⁵⁵ La gráfica únicamente muestra los delitos y penas del código penal federal y no muestra las penas establecidas en los códigos estatales, entre los cuales puede haber enormes variaciones. Tampoco se muestran todos los delitos del código penal federal. No se muestra, por ejemplo el homicidio calificado cuya pena va de 30 a 60 años de prisión.

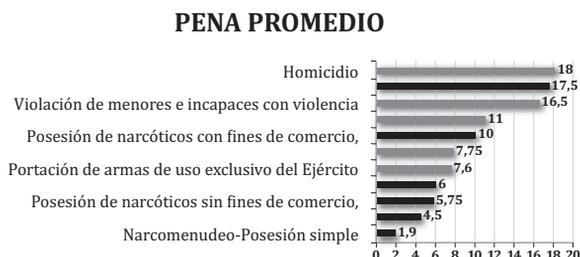
⁵⁶ Este no es el caso para el homicidio calificado, es decir aquel que se comete con premeditación, alevosía, traición o ventaja. Para este caso, el Código Penal federal establece una pena de 30 a 60 años de prisión. Ver CPF arts. 315 a 320.

El análisis de las sanciones establecidas para diferentes delitos nos permite ver, no sólo a qué bienes (o derechos) nuestra sociedad le atribuye más valor –ya sea la vida, la salud, la libertad sexual- sino también una fuerte desproporción en la forma en que se ha planteado la criminalización de delitos contra la salud. En este caso, se hace patente que no existe paridad entre la forma de tratar unos y otros delitos. Aun cuando no se muestran aquí los delitos y penas establecidas en los códigos estatales (en donde podemos encontrar enormes variaciones) ni se muestran todos los delitos del código penal federal, como el homicidio calificado cuya pena máxima es de 60 años de prisión, la comparación ayuda a ver la desproporción relativa que existe en nuestro ordenamiento penal. Es decir, podemos ver un peso desigual atribuido a los delitos contra la salud, frente a otros delitos que buscan proteger la vida o la integridad sexual.

Al analizar las penalidades promedio atribuibles a cada conducta, construidas a partir de las penas máximas y mínimas establecidas en ley (ver Gráfica 5), podemos ver también la desproporción entre la posesión de narcóticos y la portación de armas exclusivas del ejército. La portación de armas prohibidas -un delito que sanciona la portación de armas que por su capacidad letal han sido reservadas para tareas de defensa de la nación- lleva aparejada un promedio de 7.6 años de prisión, mientras que la posesión de narcóticos con fines de comercio conlleva una pena promedio de 10 años. A la vez, la portación de armas exclusivas del ejército tiene una pena promedio 10 años menor que la establecida para el comercio, producción, suministro, tráfico y transporte de estupefacientes. Sin embargo, una comparación entre las muertes ocasionadas por armas de fuego en nuestro país y las muertes ocasionadas por consumo de sustancias ilícitas, seguramente mostraría que las armas son más lesivas para la salud que los narcóticos. El texto de Arturo Cervantes (2011), por ejemplo, muestra que el disparo de armas de fuego -que no se refiere a las muertes producidas por armas exclusivamente del ejército sino a muertes ocasionadas por armas de fuego en general- fue la cuarta causa de muerte entre jóvenes en 2009 (el homicidio fue la primera), mientras que la sobredosis (y otras causas de muerte directamente relacionadas con el consumo de drogas) no aparece en el listado de las principales causas de muertes de jóvenes. Si bien es cierto que los delitos contra la salud protegen la salud y no la vida, resulta injustificado penar con más severidad una conducta que daña la vida a una que en algunos casos puede poner en riesgo la salud. Lo que este comparativo nos muestra, en todo caso, es el valor que supuestamente le atribuimos, como sociedad, a la salud y a la vida.

Grafica 5

Penalidades promedio por delitos en materia federal, México, 2011



Fuente: Construida con las penas máximas y mínimas, establecidas en Código Penal Federal.

La proporcionalidad relativa, sin embargo, no es un parámetro completo para evaluar la relación entre delito y sanción. No permite, por ejemplo, evaluar si un castigo es proporcional al daño producido. Tampoco ayuda a establecer racionalmente los límites superiores o inferiores de la escala de sanciones. Viendo los casos de proporcionalidad relativa aquí mostrados, algunos podrían simplemente concluir que lo necesario para la legislación mexicana es aumentar las penas para los delitos de homicidio, violación, portación de armas de fuego y robo. Así podríamos establecer que, frente a las actuales penas por delitos contra la salud, una pena adecuada para el robo sería la cadena perpetua. Sin embargo, esto resultaría violatorio del principio penal de *ultima ratio* que establece que el derecho penal debe ser el último recurso del Estado, utilizado siempre con la menor intensidad posible.

Para tener una noción más completa de proporcionalidad es indispensable mirar, además, la forma en que las sanciones se relacionan con la ofensa específica de que se trata, con el bien que buscan proteger y el daño que buscan prevenir, es decir; una noción de proporcionalidad *absoluta o cardinal* (DUFE, 2001: 133).

IV. Proporcionalidad absoluta.

“-Ayer que nos hicieron revisión en la celda sentí otra vez la adrenalina.”

“-¿Cuál?”

“-Igual que cuándo me apañaron, que llegaron un chingo de camionetas. Se siente bien chido que tantos te anden buscando. La primera vez, llegaron los de inteligencia

preguntando donde podían comprar y pues ahí donde vivo todos sabían que yo vendía. Yo les había vendido a unos agentes encubiertos 2 minutos antes de que entraran. Sólo yo y otra señora vendía. Llegaron como 3 camionetas con 15 hombres, todos encapuchados. Entraron y me preguntaron que dónde estaba la droga. Yo les dije que no sabía de que hablaban y luego a los que les vendí me la pusieron así -hace un gesto de golpearse la boca con la mano abierta- y me dijeron que no me hiciera pendeja. Ya después de eso no dije nada. Empezaron a buscar y encontraron las 150 *cebollas [envoltura de papel con "piedra" o "crack"]*

“Me llevaron a la estatal. Ahí me dieron una terapia [golpearon]. Me dieron patadas y chicharazos [*toques eléctricos*]. Ellos saben donde pegarte para que no queden moretones. Llegué a la PGR como a las 2 de la mañana.

“Había un licenciado que me decía que firmara pero a mí ya me habían dicho que no firmara nada que estuviera en blanco o que me perjudicara. Me daban una hoja con unas líneas así escritas –toma mi hoja y tapa con su antebrazo la parte superior para mostrar que la parte inferior de la hoja quedaba en blanco- pero yo me rehusé a firmar, les dije que me reservaba para el juzgado.

“La segunda vez yo no estaba trabajando. Era un sábado. Iba a ir a los quince de una prima pero me hablo M para que fuera a ver uno que se estaba poniendo loco. Me pidió que fuera a revisar el jale [mercancía]. Cuando llegué vi un coche estacionado afuera, un coche gris, pero me metí y empecé a contar las cebollas y le hable a M para decirle que se había fumado \$500 el R. M me dijo que me esperara ahí y me molesté mucho porque había trabajado toda la semana y este era mi día de descanso. Pero me esperé. A los 30 minutos tocan la puerta y abro y era un muchachito que me dijo ‘véndeme una piedra’ yo le dije que no, pero se metió hasta atrás a la casa.

“Luego veo como se arranca el coche de enfrente y aparecen unas camionetas y que empiezan a bajar los encapuchados.

“Me eche a correr pero se me atoro el tenis en una rendija de la barda y me agarró el pie uno y me jaló.” –Laura se para y me actúa el incidente enseñándome la parte del tenis que se le atoro-.

“Me metieron al baño. Me quitaron la sudadera y me taparon los ojos. Luego ahí pusieron al R, yo sabía que era él porque me preguntaba ‘eres tú Laura’. Le dije que se callara y que no dijera mi nombre.

“Sacaron unas tablas de un mueble que había y nos pegaron con los cajones. Se oían 4 voces distintas. Me preguntaban que dónde estaba la droga. Querían que les dijera quien era mi patrón.

“Me pegaron por todas partes. Nos dijeron que abriéramos la boca y me pusieron una pistola. Luego uno decía ‘quítense que van a salpicar.’

“Estuvimos ahí en la casa como 4 horas. Estaban esperando a que llegaran más.

Yo nada más oía el foco que se prendía y apagaba cada vez que entraba uno pero no podía ver porque estaba vendada.

Nos decían ‘ahorita van a ver hijos de su puta madre’ y nos volvían a preguntar dónde estaba la droga.

“Luego nos llevaron a la estatal. Ahí ya no nos pegaron.”

(Laura)

La proporcionalidad *absoluta* se refiere a la relación entre la sanción establecida y la ofensa o delito. En este sentido de proporcionalidad se establece que: 1) toda medida punitiva debe contener alguna evaluación del bien que se busca proteger y, 2) debe existir una ponderación entre el daño(s) que se busca evitar y los daños o costos que resultan de imponer la sanción.

Sobre lo primero; es necesario hacer patente, qué se busca proteger con la medida punitiva. Cada delito tipificado busca proteger un bien individual o colectivo. El homicidio, por ejemplo, protege la vida; la violación protege la integridad sexual; el robo protege a la propiedad y el robo con violencia, además de la propiedad, protege la integridad física de las personas. En el caso de los delitos contra la salud, el bien protegido es la salud ya sea de los potenciales consumidores (individual) o de terceros (pública).

Sobre lo segundo, la proporcionalidad absoluta establece que la medida instaurada para proteger el bien tutelado (la sanción) no puede ser más lesiva que el daño⁵⁷ que se busca evitar. Es decir, la solución al problema, no debe constituir un daño mayor al que se busca prevenir. En este sentido, la proporcionalidad absoluta supone una ponderación entre el daño(s) que se busca evitar y los que resultan de imponer la sanción. El relato de Laura, incluido en este apartado, muestra este tipo de desproporción. La conducta que ella realiza, venta de drogas –específicamente “piedra” o “crack”, una droga sumamente nociva para la salud– es contrarrestada con un numeroso despliegado de policías para lograr su captura, arresto y procesamiento. Si bien la venta de “crack” justifica la intervención contundente del Estado, para proteger la salud de potenciales menores consumidores, no justifica los actos violentos que acompañaron el arresto ni el despliegado de cuerpos policiales. En todo caso, permanece la pregunta sobre si la salud de los consumidores que Laura pone en riesgo, puede ser protegida de otra forma y, respecto a si arrestarla y encarcelarla, de alguna protege la salud pública o individual.

⁵⁷ Como señala, BATTIN, *et al* (2008: 131-138), el concepto de daño en materia de drogas es un concepto complejo ya que está determinado no sólo por las sustancias, sino también por las dosis, frecuencia de uso, pureza, método para ingerir, estatus legal de la droga, y hasta por los factores sociales y genéticos de quien consume. Toda droga puede tener un consumo benéfico (aunque sea subjetivo) en cierta cantidad y forma de consumo. Por lo tanto, definir un daño absoluto por sustancia resulta imposible.

La proporcionalidad absoluta, nos lleva a la pregunta sobre qué es el daño y cómo se determina. Para conocer el daño que el consumo de sustancias ilícitas (y lícitas) produce a la salud, es primero necesario distinguir entre tipos de drogas y tipos de usuarios. Cada sustancia genera riesgos, daños y, en algún sentido, beneficios⁵⁸ diferentes, dependiendo, entre otras cosas, de las cantidades y frecuencia con que se use. Keefer, Loayza & Soares (2008: 19), por ejemplo, muestran que, entre las drogas ilícitas, la heroína causa los costos sociales y privados⁵⁹ más altos, mientras que la marihuana causa los menores costos. Otros estudios demuestran que el alcohol y el tabaco causan graves daños a la salud y tienen niveles de adicción superiores a los que producen algunas de las drogas ilícitas.⁶⁰ Mientras que la heroína es altamente adictiva, la marihuana reporta ser menos adictiva que el tabaco y el alcohol.⁶¹ Así, las políticas públicas en materia de salud, deberían enfocar la mayor parte de sus recursos hacia el control de las sustancias que más daños y adicciones producen.⁶² Con todo, es importante entender que el daño no está determinado por las sustancias per se, sino por las modalidades de consumo: las dosis, frecuencia de uso, pureza, método para ingerir, estatus legal de la droga⁶³, y hasta por los factores sociales y genéticos de quien consume.⁶⁴

En segundo lugar, es relevante tomar en cuenta el daño que se busca evitar; es decir, el daño que resultaría, en el supuesto de adoptar una medida alterna, por los posibles incrementos en el consumo (abusivo).⁶⁵ Varios autores han señalado esto

58 Para los consumidores por ejemplo, el beneficio puede ser el placer que genera consumir una determinada sustancia. Esto se denomina beneficio subjetivo.

59 La heroína, según el estudio causa adicciones difíciles de superar, haciendo a las personas sumamente dependientes y muchas veces incapaces de seguir con su vida cotidiana.

60 El Programa de Acción Específico 2007-2012: Prevención y Tratamiento de las Adicciones de la Secretaría de Salud señala que al principio del sexenio, la drogas que más uso problemático generaban era el alcohol, seguido por el tabaco. De acuerdo con el mismo, el tabaco causa anualmente en México 60 mil muertes y genera un costo estimado en materia de salud de 23 mil millones de pesos (escenario conservador) y 43 mil millones de pesos (escenario alto). Asimismo, el alcohol es la principal causa de muerte en jóvenes de 15 a 29 años por accidentes de vehículo de motor (incluyendo accidentes de tránsito y atropellados).

El documento “La epidemia mundial de tabaquismo” del Institute for Global Tobacco Control and Department of Epidemiology (2009), también señala que “para el 2020, se proyecta que el tabaco causará 12% del total de muertes a nivel mundial (más que VIH, TB, mortalidad materna, accidentes de tráfico, suicidios y homicidios, todos combinados). Ver Samet, J. M (2009). Consultado el 18 de febrero de 2012.

61 McVay D, A. (ed) (2007)

62 Esta es una de las principales recomendaciones del modelo de reducción de daños. <http://www.harm-reduction.org>

63 Una sustancia ilegal será más peligrosa debido a que, por su condición de ilegalidad, tiene una pureza y calidad incierta. (Mitchel, 1990: 14),

64 Ver BATTIN M., *et al* (2008)

65 Ver KLEIMAN (2011)

como una de las razones para permanecer en el esquema de prohibición actual. Este incremento, sin embargo, y el daño que resultaría, es incierto para la mayoría de las sustancias. Para otras, como la cannabis, existen indicios para suponer que la despenalización no afectaría de manera relevante los índices de consumo.⁶⁶ En varios países como Estados Unidos, existe bastante tolerancia hacia el consumo de esta sustancia. Por ello, se cree que la legalización no haría un cambio sustantivo en el nivel de consumo. Para otras sustancias, en cambio, como la heroína, el incremento en el consumo es incierto. En todo caso, es relevante notar, como se mencionó antes, que no todos los consumidores se comportan igual: no todos son problemáticos⁶⁷ y la gran mayoría de usuarios hoy en día son usuarios recreativos de cannabis (Kleiman, 2011).

En términos de proporcionalidad absoluta, hay que preguntar si el daño que se buscan evitar –el posible aumento de consumidores problemáticos– justifica la política actual –que implica la criminalización y sanción de muchas personas, ya sean productores, comerciantes, poseedores o consumidores–. Sobre todo, es importante tomar en cuenta el costo que se contrapone al potencial aumento de consumo: el costo social y económico de criminalizar y penar con cárcel cada conducta de las hoy penadas en materia de salud.

Para determinar el costo que resulta del uso del derecho penal y la imposición de sanciones de prisión, se deben tomar en cuenta dos tipos de costos: los intencionales (directos) y no intencionales (indirectos). Los costos intencionales son aquellos que se relacionan directamente con la aplicación de la política.⁶⁸ Ejemplos de estos son los daños producidos para quien es procesado o sentenciado y, la restricción a la libertad y la autonomía de las personas que representa la amenaza de ser sancionado.⁶⁹ Los costos no intencionales o accidentales son aquellos que no son directamente asumidos como parte de la política pero que van aparejados con la misma.⁷⁰ Ejemplos de estos son: los fenómenos de violencia y corrupción generados por la política prohibicionista, los perjuicios a la salud que puede generar la política⁷¹, las vidas perdidas en combate al narcotráfico, el desprestigio de las instituciones de seguridad pública, la

⁶⁶ *Ídem*

⁶⁷ Los usuarios problemáticos son aquellos para quienes el uso de drogas “ya no es controlado, ni es para fines recreativos y para quienes las drogas se ha convertido la parte más importante de su vida” (KEEFER *et al.*, 2008: 10.).

⁶⁸ Tomo esta distinción de MITCHEL *et al.* (1990), aunque ahí se habla de costos intencionales y no intencionales.

⁶⁹ La simple amenaza de una pena constituye una restricción a la libertad así como a la autonomía de las personas.

⁷⁰ Para un mayor análisis de costos no intencionales ver MITCHELL, (1990:135-141).

⁷¹ Por ejemplo al empujar a los consumidores –tanto problemáticos como no problemáticos- a la clandestinidad, se en lugar de buscar ayuda –en el caso de problemáticos- o ser susceptibles de atención preventiva –en caso de lo no problemáticos.

estigmatización de usuarios⁷², entre otros. Es importante señalar que los costos no intencionales (así como los costos económicos involucrados en la política) dependen en parte de qué tantos recursos se dispongan para imponerla (es decir, de la intensidad con que se aplica la política) y no sólo del hecho de que la conducta esté prohibida.

Como se mencionó, un análisis sobre proporcionalidad absoluta, implica una ponderación entre el daño(s) que se busca(n) evitar y los costos que resultan de imponer la sanción. El listado que se ha presentado, aunque incompleto, permite ver lo compleja que es la determinación de penalizar. Permite además ver, que no es suficiente que exista una relación de proporcionalidad entre los diversos delitos contemplados, sino también que existen penas que no están justificadas frente al daño que se busca evitar y los costos que generan. Este, parece, es el caso de los delitos contra la salud.

Dada la extensión de este texto, en lo que resta de este apartado me limito a apuntar algunas consideraciones acerca de los costos intencionales que resultan del procesamiento e imposición de penas de prisión para quienes son acusados de delitos contra la salud.

V. Proceso penal y penas de prisión.

Para los procesados o sentenciados (de cualquier delito) el proceso implica importantes costos (daños en sentido individual) como la pérdida de la libertad (en el caso de quienes obtienen libertad bajo fianza, esto es cierto por lo menos mientras se resuelve la situación jurídica del imputado), la pérdida de prestigio social y la generación de estigma que conlleva el etiquetamiento penal.⁷³ Para quienes son encarcelados en prisión preventiva o sentenciados, el encarcelamiento significa además la pérdida de un ingreso económico (presente y futuro)⁷⁴, productividad perdida (si es que se encontraba económicamente activo)⁷⁵ y el riesgo de enfermedad o muerte durante el encarcelamiento. Finalmente el proceso penal implica importantes honorarios de abogados que las familias de los acusados deben solventar.

⁷² Sobre este tema ver Battin et al, (2008: 93-94)

⁷³ Sobre el proceso de estigmatización que involucra el proceso penal y las penas ver en general, Whitman, J. (2005) Ver también PÉREZ CORREA, C., *Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho*, por publicarse.

⁷⁴ Contrario a la creencia general, la mayoría de los procesados y sentenciados están empleados al momento de ser detenidos. De acuerdo con el INEGI, por ejemplo, el 88.55% de los sentenciados y procesados en 2010 declararon estar económicamente activos al momento de ser arrestados. De estos, el 38.7% dijeron estar empleados como trabajadores agropecuarios (es decir eran trabajadores del campo) al momento de ser arrestados, 25% reportaron trabajar como artesanos u obreros y, 12.8% como comerciantes y/o dependientes. Ver INEGI (2010)

⁷⁵ Para más sobre ello ver ZEPEDA (2010). Sobre los costos para familiares, ver PÉREZ CORREA, “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”, en prensa.

En 2011, las cárceles de México presentaron, a nivel nacional, una sobrepoblación de 22.69%, aunque en algunos estados los niveles eran superiores (Distrito Federal, 80.07%, 75.77% en el Estado de México, 74.87% en Jalisco y 64.41% en Nayarit).⁷⁶

Las precarias condiciones de nuestro país, han sido documentadas extensamente.⁷⁷ En muchos de los reclusorios del país no se provee a los reclusos de recursos básicos como agua potable, zapatos, cobijas, sábanas, jabón, papel de baño, medicamentos o comida en suficientes cantidades. Como menciona uno de los entrevistados:

“-Aquí no hay nada: papel de baño, jabón, ropa interior, calcetines, cepillo de dientes, cobijas. Nada. No hay agua para beber.

Nos dan comida, desayuno y cena... bueno, disque cena. Tres días nos dan frijoles con tortilla para el desayuno. Los otros días chilaquiles y chorizo con papa. Una vez a la semana nos dan carne. En la noche siempre lo mismo: frijoles, te de canela, 5 tortillas y un bolillo. Yo soy diabético. No debo comer nada de eso.”

Frecuentemente los familiares del detenido son quienes asumen el deber de proveer por sus familiares en prisiones, lo que además implica la necesidad de hacer visitas al reclusorio (que conlleva el dinero gastado en pasajes y el tiempo de traslado y visita al reclusorio -los visitantes son sometidos a largas filas para ingresar al penal-).⁷⁸ Para quienes tienen hijos con un detenido, implica la pérdida de un ingreso y del apoyo en el cuidado de los hijos.

El hacinamiento, la falta de servicios médicos, los deficientes servicios sanitarios, la falta de higiene, la falta de agua bebible y potable, la falta de escusados y camas, la alta prevalencia de relaciones sexuales sin protección que tienen lugar dentro de muchos de los reclusorios del país -incluidos los incidentes de abuso sexual- y, el consumo de drogas (en particular las inyectables); son factores que lejos de proteger la salud, la vulneran.⁷⁹ En los reclusorios del país, además existe una prevalencia,

⁷⁶ Secretaría de Seguridad Pública (Septiembre 2011). De acuerdo con la ONU, más de 120% de ocupación carcelaria es considerado un trato cruel. En México más del 60% de los reclusos subsisten por encima de ese rango.

⁷⁷ Ver por ejemplo Observatorio Latinoamericano de Prisiones. (2007); BRISEÑO (2006); AZAOLA y YACAMÁN (1996). AZAOLA y BERGMAN (2007) LIBRARDO e ITURRALDE (2011) PELÁEZ FERRUSCA (2000) PEREZ CORREA, (2011). Sobre el sistema federal ver la recomendación no. 90/2011 de la CNDH sobre el caso de internos del complejo penitenciario Islas Marías. Dicho complejo actualmente alberga cerca del 70% de la población sentenciada del país.

⁷⁸ Ver Pérez Correa, (2011)

⁷⁹ Para más información sobre la vulneración de este derecho en las prisiones ver PEREZ CORREA, (2011) Ver también recomendación no. 90/2011 de la CNDH sobre el caso de internos del complejo penitenciario Islas Marías.

más alta que en la población general, de ciertas enfermedades como el VIH/SIDA, tuberculosis, hepatitis C, sarna, etc.⁸⁰ Además de ser peligroso para la población carcelaria, esto constituye un riesgo de salud para la población en general debido al gran número de personas que diariamente visitan los reclusorios (población puente).⁸¹ En otras palabras, el uso de las penas de prisión en nuestro país representa un riesgo, y potencial daño, a la salud de quien es encarcelado.

Aunado a las mencionadas condiciones sanitarias, en los reclusorios se viven niveles de violencia que ponen en riesgo la vida de los internos. En 2008, por ejemplo, el riesgo de un recluso de morir era de hasta 5 veces superior al de las personas en libertad.⁸² En 2009 la tasa de homicidios en reclusorios, fue 2.4 veces superior a la observada en las personas en libertad.⁸³ La principal explicación de la violencia que ocurre dentro de los penales locales, es el control de los mercados ilegales dentro de los mismos, incluido el mercado de drogas ilícitas.

Aunque no pueda entenderse directamente como un daño, los costos económicos de procesar y mantener a una persona en prisión también es relevante al considerar la proporcionalidad absoluta. Si bien no representa un daño individual, dichos costos constituyen un daño colectivo en tanto que se trata de recursos públicos que podrían ser adjudicados de otra forma (ya sea en la persecución de otros delitos o destinados a otros sectores sociales). Así, los costos económicos de procesar, sentenciar y mantener en prisión a una persona, representa muchas veces la omisión de otros objetivos penales y/o sociales.

De acuerdo con Guillermo Zepeda (2010: 55), en la investigación de delitos se gasta, por cada caso, un promedio de 4,181 pesos mexicanos (\$380 USD).⁸⁴ Si el inculcado está detenido, el costo es mayor, pues la agencia del Ministerio Público adscrita al juzgado debe concluir la integración del expediente en las 48 horas del término constitucional y probar al juez que la detención fue justificada. “Así, el costo promedio de la investigación para un caso consignado y procesado, con prisión preventiva, es de 6,120 pesos.” (ZEPEDA, 2010: 55). Cada proceso penal llevado a cabo en los estados

80 Ver Organización Mundial de la Salud y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas (2007) IZAZOLA LICEA, *et. al.* (1998)

81 Ver PEREZ CORREA, C. (2011)

82 Índice de Desempeño del Sistema Penal (2010)

83 La violencia carcelaria se concentra en regiones: 19 estados no reportaron víctimas fatales en penales. En Tamaulipas la tasa de homicidios fue 138.7 por cada 100 mil reclusos, 15.4 veces la tasa que enfrentaron las personas en libertad en ese estado. En Sinaloa se registró la tasa de muertes en el ámbito penitenciario más alta del país: 183.7 homicidios por cada 100 mil reclusos, 3.9 veces la tasa que enfrentaba la sociedad en ese estado. Ver. Índice de Desempeño del Sistema Penal (2010).

84 Zepeda realiza este cálculo a nivel estatal. El general, las investigaciones y los procesos penales a nivel federal cuesta más que uno local, por lo que estas estimaciones resultarían aun más altas.

cuesta 12 mil pesos.⁸⁵ A esto hay que agregar, además, los costos de mantener a las personas presas que, en promedio, cuesta al erario público \$167 pesos (mexicanos) por persona al día, aunque el precio varía entre entidades federativas y dependiendo de si se trata de una cárcel estatal o federal.⁸⁶ Según estos cálculos, el costo de investigar, procesar y encarcelar a alguien como Ramona (la mujer de 67 años cuya historia se relata al principio de este texto) por la totalidad de su sentencia (4 años 6 meses) es de \$297, 417.5. Esto sin contar los costos de traslado de las agencias del ministerio público al reclusorio y del reclusorio a los juzgados.

En resumen, la ponderación de los costos generados por la política de prohibición absoluta frente a los daños que la misma busca prevenir, permite entrever una desproporción, en términos absolutos. La criminalización de los delitos contra la salud y el uso de penas privativas de libertad produce importantes costos a los acusados y sus familiares, costos que parecen superar los daños que la política prohibicionista busca prevenir. En las actuales condiciones carcelarias, las penas privativas de la libertad resultan lesivas para la salud de los consumidores, incluso más que el consumo de sustancias hoy consideradas ilícitas. Si bien es cierto que estas condiciones aplican para cualquier delito sancionado, hay que tener en mente, como se mostró en la sección II de este texto, que la mayoría de las detenciones y de sentencias en materia de delitos contra la salud, se resuelven por delitos simples (sin concurso) de posesión o consumo, de marihuana o cocaína. Es decir, son delitos menores en materia de drogas, delitos en el que el daño causado es, en el mejor de los casos, incierto.

VI. Conclusiones

Una evaluación de la proporcionalidad relativa y absoluta de los delitos contra la salud, revela un desfase entre los bienes penalmente protegidos y su protección, entre la punibilidad de las conductas y su justificación. Aunque la actual política de drogas está fundamentada en una supuesta protección a la salud, la escasa información sobre

⁸⁵ Ver: Zepeda Lecuona, G. (2011). La cifra es para procesos penales del fuero común. Los procesos penales en el fuero federal son más costosos.

⁸⁶ El estado que menos gasta en sus internos es Guerrero, que destina \$59.3 pesos mexicanos por interno al día. El estado que más gasta es Campeche que gasta \$643 pesos por preso. El siguiente estado que más gasta en sus internos es San Luis Potosí que destina un promedio de \$266 pesos por día. Eliminamos los dos estados de los extremos (Guerrero y Campeche) para calcular un promedio más representativo. Fuente: Cálculos con base en Secretaría de Seguridad Pública, Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, México, marzo de 2010, disponible en www.ssp.gob.mx (fecha de consulta: mayo de 2010) en Indicadores Sociales y de Opinión Pública 2010 del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública.

consumo en México, apunta a que los niveles de consumo no han sido reducidos por la adopción de sanciones más severas ni con la existencia de una política más agresiva. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Adicciones (ENA, 2008) entre 2002 y 2008, el consumo de drogas ilegales “alguna vez en la vida”⁸⁷ (mariguana, cocaína y sus derivados, heroína, metanfetaminas, alucinógenos, inhalables y otras drogas) aumentó de 4.6 a 5.2% entre la población de 12 a 65 años. La encuesta señala que el consumo de drogas ilegales es mayor en hombres que en mujeres (4.6 hombres por cada mujer que dice consumir). No obstante, los datos indican que para las mujeres el consumo de drogas ilegales se duplicó en el periodo estudiado, (también para la categoría de “alguna vez en la vida”) aumentando de 1% en 2002 a 1.9% en 2008. Es decir, no existe evidencia de que la prohibición proteja la salud de potenciales usuarios o terceros afectados.⁸⁸

La política, por otra parte, ha implicado que un importante número de personas, especialmente jóvenes, sean criminalizados y encarcelados. Ello, ha significado que sectores completos de la sociedad vean vulnerados su derecho a la salud y a la vida. Además, ha implicado importantes gastos del Estado, gastos que no pueden ser destinados para la persecución de otros delitos o para mejorar programas sociales o educativos. Los datos sobre persecución de delitos contra la salud muestran que los delitos que principalmente se persiguen son delitos de posesión y casos de consumo, casos en los que no hay otras conductas delictivas (o violentas) involucradas. Esto significa que los recursos del estado son usados para perseguir y castigar conductas no violentas en lugar de los delitos como homicidio, secuestro o violación, que preocupan y afectan a la sociedad.

Decir que los delitos contra la salud no son tratados de manera proporcional no supone que el Estado no debiera intervenir para proteger la salud de usuarios y terceros. Significa que debiera hacerlo distinguiendo usuarios, sustancias, uso, y haciendo una ponderación cuidadosa de los resultados que genera.

⁸⁷ Es importante advertir sobre varios problemas de metodología que presenta la Encuesta Nacional de Adicción (ENA). Por ejemplo, en términos de su formulación, es de notar que la encuesta solo pregunta sobre consumo “alguna vez en la vida” y “alguna vez en el último año”. Con ello, la Encuesta pretende definir el aumento en consumo de drogas. La encuesta, por tanto no distingue entre consumo ocasional (recreativo) y adicciones (que representan los usuarios problemáticos que justifican la política de prohibición). Además, la comparación de la ENA 2002 y 2008 es problemática porque la encuesta de 2002 sólo se aplicó en población urbana mientras que la encuesta de 2008 se aplicó en poblaciones urbanas y rurales. Los resultados, sin embargo, no se presentaron desagregados. No obstante y a falta de otra información, en este texto se hace uso de la misma.

⁸⁸ La Encuesta Nacional de Adicciones se repitió en 2011, sin embargo, los datos no se han hecho públicos por lo que no tenemos información actualizada para medir cuál ha sido el resultado, en términos de consumo y adicciones, de los últimos 4 años.

VII. Bibliografía

- ALEX, R., (2002), *The Argument form Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- ALVEZ MARIN, A., (2010), A preliminary Appraisal of the use of Proportionality Analysis in Chile, VII World Congress of the International Association of Constitutional law, available at <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/156.pdf>
- AZAOLA GARRIDO, E y BERGMAN, M., (2007). “Cárceles en México: Cuadros de una crisis”, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. México.
- AZAOLA GARRIDO, E. y BERGMAN, M., (2009a) *Delincuencia, marginalidad, y desempeño institucional, Tercera encuesta a población en reclusión*. México, CIDE.
- AZAOLA GARRIDO, E. & RUIZ TORRES, M.A. (2009b) “Investigadores de Papel. El papel de la policía de investigación en la investigación de los delitos en la Ciudad de México”, *Revista Delito y Sociedad*, Argentina, p. 47 – 65.
- AZAOLA, E. y YACAMÁN, C. J., (1996) *Las mujeres olvidadas : un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la republica mexicana*, México, El Colegio de México.
- BATTIN M. P., LUNA, E., LIMPA, A.G, GAHLINGER, P.m., ROLLINS D.E. ROBERTS, J. and BOOHER T.L. (2008) *Drugs and Justice, Seeking a Consistent, Coherent, Comprehensive View*, New York, Oxford University Press.
- BERNAL PULIDO, C., (2007) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales : el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BRISEÑO, M., (2006) *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*, México, Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES).
- CERVANTES, A., (2011) *Epidemiology of Homicide and Costs of Violence in México*, Forum On Global Violence Prevention Institute Of Medicine Washington D.C: APRIL 28-29.
- DUFF, R.A., (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press.
- Encuesta Nacional de Adicciones (ENA, 2008)
- Gobierno Federal, (2007), *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012*, México, Gobierno Federal.
- Índice de Desempeño del Sistema Penal (2010). México: México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, (2010), *Estadísticas judiciales en materia penal de los Estados Unidos Mexicanos*, México, INEGI

- IZAZOLA LICEA, S.E., Labastida Díaz, A., Villanueva Castilleja, R. (1998), “La situación actual del VIH/SIDA en prisiones en México: Identificación de prácticas útiles” en Izazola Licea, J.A. e Izazola Licea, S.E. (eds.) *Estudios de caso de prácticas adecuadas sobre VIH/SIDA en prisiones de América Latina*, México, Fundación Mexicana para la Salud, Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria.
- KALANT, H., (1999), “Differentiating Drugs by Harm Potential: The Rational versus the Feasible”, *Substance Use & Misuse*, Vol. 34, No. 1, p. 25-30.
- KEEFER, P., LOAYZA, N. and SOARES, R.R., (2008), *The Development Impact of the Illegality of Drug Trade*. Policy Research Working Paper Series 4543, The World Bank.
- KLEIMAN M., (2011), “Surgical Strikes in the war on drugs: smarter policies for both sides of the border” *Foreign Affairs*, vol 90, no 5, 2011, p. 94-95
- LIBRARDO, J. e ITURRALDE, M., (2011), *Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y America Latina*. Colombia, Universidad de los Andes.
- MADRAZO LAJOUS, A., (2006), *Fuera del radar: poderes infra-constitucionales del poder ejecutivo: el caso de la regulación a la industria tabacalera en México*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pub_sela2006.html
- MCVAY D. A., (ed) (2007), *Drug War Facts*, Common Sense for Drug Policy.
- MITCHELL C.N., (1990), *The Drug Solution: Regulating Drugs According to Principles of Efficiency, Justice and Democracy*, Canada, Carleton University Press
- Observatorio Latinoamericano de Prisiones., (2007) *A la sombra de la sociedad, situación penitenciaria en América latina*, Venezuela, Observatorio Latinoamericano de Prisiones.
- Organización Mundial de la Salud y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas, (2007), *VIH/SIDA: Prevención, Atención, Tratamiento y Apoyo en el Medio Carcelario Marco de acción para una respuesta nacional eficaz*, Nueva York, OMS-ONUSIDA.
- PELÁEZ FERRUSCA, M., (2000), *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*, 1ª. Ed., México, Cámara de Diputados, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección nuestros derechos.
- PÉREZ CORREA, C., “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”, en Vazquez, R. y Cruz Parceros, J.A. (ed), *Genero y Derecho Penal*, Suprema Corte de Justicia, en prensa.
- PÉREZ CORREA, C., (2008), Front desk justice, *Mexican Law Review*, Septiembre, No. 1.
- PÉREZ CORREA, C., (2011), “De la Constitución a la prisión: derechos fundamentales y sistema penitenciario”, en *La reforma constitucional de derechos humanos:*

- un nuevo paradigma*, Carbonell, M. y Salazar, P., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- PÉREZ CORREA, C., *Marcando al delincuente: estigmatización, castigo y cumplimiento del derecho*, por publicarse.
- Procuraduría General de la República, (2011), *Quinto Informe de Labores*. México, PGR.
- SAMET, J. M., (2009), *La epidemia mundial de tabaquismo*, Institute for Global Tobacco Control and Department of Epidemiology.
- Disponible en www.insp.www. Consultado el 18 de febrero de 2012.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, (2011). *Incidencia Delictiva del Fuero Federal*, México, SESNSP
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Presupuesto de egresos de la Federación*. Disponible en: <http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/>
- Secretaría de Salud, (2008), *Programa de acción específico 2007-2012. Prevención y Tratamiento de adicciones*. México, Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud.
- Secretaría de Seguridad Pública. *Estadísticas del Sistema Penitenciario Nacional*, Septiembre 2011.
- Instituto Federal de Acceso a la Información, Sistema Institucional de Información Estadística.
- Transnational Institute & Washington Office on Latin America, (2010), *Sistemas Sobrecargados, Leyes de Drogas y Cárceles en América Latina*, Buenos Aires, TNI, WOLA.
- WHITMAN, J., (2005), *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*. New York, Oxford University Press.
- ZEPEDA LECUONA, G., (2004), *Crimen sin castigo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- ZEPEDA LECUONA, G., (2008), *Índice de incidencia delictiva y violencia*, México, CIDAC.
- ZEPEDA LECUONA, G., (2010), *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. México, Open Society Justice Initiative.
- ZEPEDA LECUONA, G., (2011), “Una aproximación hacia la evidencia empírica derivada de la aplicación del principio acusatorio del sistema de juicios orales en México”, *Letras jurídicas: revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*. Núm. 12. Disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/sitio/index.php/inicio?download=143>

Legislación

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal Federal

Ley General de Salud

Norma Oficial Mexicana NOM-028-SSA2-1999 para la prevención, tratamiento y control de las adicciones.

Internet

http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=800731

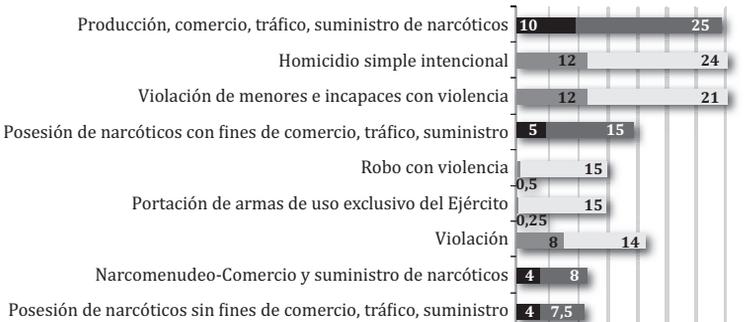
http://www.excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_notas=777016&seccion=seccion-nacional&cat=1

<http://www.harmreduction.org>

VIII. Anexo

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato

PENA MÁXIMA Y MÍNIMA



El principio de proporcionalidad en los procesos por tráfico ilícito de drogas en el Perú

Jérôme Mangelinckx¹

I. Introducción II. El principio de proporcionalidad de las penas 2.1.- Circunstancias genéricas para la determinación judicial de la pena 2.2.- Aspectos que comprende el Principio de Proporcionalidad de las Penas III. Legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas 3.1.- Evolución de la legislación en materia de drogas 3.2.- Proporcionalidad en sentido abstracto y criminalización primaria 3.3.- Proporcionalidad en sentido estricto y criminalización secundaria IV. Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal V. Aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas: un caso ilustrativo 5.1.- El Caso de Carmen Rosa Romero Carreño: la justicia en los procesos por tráfico ilícito de drogas 5.1.1.- Hechos 5.1.2.- Aspectos relevantes de la investigación policial 5.1.3.- Proceso judicial 5.1.4.- Fundamentos y razonamiento de la sentencia y la Ejecutoria Suprema 5.2.- Aplicación de las reglas sobre el Principio de Proporcionalidad de las Penas para el caso de Carmen Rosa Romero Carreño VI. Costos de la criminalización de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas VII. Impacto de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas a nivel penitenciario 7.1.- El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en algunas cifras 7.2.- 2011: año de todos los records VIII. Conclusiones y recomendaciones IX. Bibliografía

I. Introducción

Hoy en día en el contexto peruano de la lucha contra las drogas cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿A más penas, mayor seguridad? En el Perú, las políticas de mano dura aparecen como la panacea frente al delito, acompañadas muchas veces de una (re)tipificación y (re)definición de los delitos. Así, es pertinente hablar de un expansionismo del derecho penal peruano (en general y en materia de drogas) que surge de forma esporádica, errática y poco coordinada sin, por lo tanto, tomar en cuenta criterios de idoneidad, proporcionalidad y exclusividad. A modo de ejemplo, la política

¹ Este trabajo de investigación no hubiera sido posible sin el apoyo de las siguientes personas: Ricardo Soberón, Luis Naldos, Vanessa Seminario, Juan Manuel Torres, Zoila Ponce de León, así como las abogadas del Consultorio Jurídico del CIDDDH.

criminal del Estado previó para el año 2011 la dación de 29 dispositivos que modifican 125 artículos del Código Penal, 13 en materia procesal, y 4 en materia de ejecución penal². Estos cambios legislativos tienen un impacto profundo en el incremento de las penas, la creación de nuevas figuras o agravantes, así como la limitación de beneficios penitenciarios (17 delitos tienen prohibidos beneficios penitenciarios, entre los cuales las figuras agravantes del tipo base del Tráfico Ilícito de Drogas)³.

Pero, ¿es conveniente hablar de una sobre penalización del delito en nombre de la seguridad? Y, ¿cuál ha sido el impacto del expansionismo del derecho penal tanto a nivel prejudicial como judicial y penitenciario? Esta inflación responde generalmente a medidas excepcionales que se implementan después de un incidente o desastre⁴ y generan resultados diversos en los tres niveles de aplicación de la ley. En vista de lo anterior, el presente trabajo de investigación pretende analizar los aspectos que comprende el principio de proporcionalidad desde diversos ángulos. La primera parte del presente trabajo analizará el principio de proporcionalidad de las penas tanto en sentido estricto como abstracto. Como lo veremos más en detalle, la determinación de la pena en abstracto está a cargo del legislador quien determina el mínimo y el máximo de la pena para un delito de acuerdo a la *dañosidad* de un hecho. La determinación de la pena en concreto, está a cargo del juzgador quien define el *quantum* de una pena para un caso particular.

En la segunda parte, se llevará a cabo un análisis de la legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas a fin de identificar las incongruencias de ésta en términos de proporcionalidad en sentido abstracto y criminalización primaria así como de proporcionalidad en sentido estricto y criminalización secundaria. Este parte del estudio es importante para definir el impacto de la criminalización de los delitos de drogas en cada uno de los eslabones de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas respecto de su grado de participación en el delito. Esto nos permitirá, en la tercera parte, analizar en detalle los criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal peruano de 1991.

En la cuarta parte, se analizará, a partir de un caso concreto, el significado y alcance del principio de proporcionalidad en la aplicación de las leyes que regulan la penalidad

2 Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 154, *El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad ciudadana y la Política Criminal. Problemas, retos y perspectivas*, Lima, 2011.

3 Id.

4 Por ejemplo, tras lo ocurrido en el Establecimiento Penal de Challapalca en febrero del 2012 cuando fugaron 17 internos con la ayuda del personal penitenciario y la dación de un decreto de urgencia para mejorar el sistema penitenciario (El Peruano, Decreto de Urgencia N° 007?2012 “Declaran en Emergencia el Sistema Penitenciario y Dictan Medidas Excepcionales y Urgentes en Materia Económica y Financiera”, 22 de febrero de 2012).

de las formas agravadas de Tráfico Ilícito de Drogas (Artículo 297 del Código Penal), con la finalidad de determinar en qué medida la aplicación de la pena privativa de libertad por los jueces de un tribunal de Lima, corresponde efectivamente al grado de participación y las circunstancias personales del agente, para efectos de la graduación de la pena dentro del marco del respeto al principio de proporcionalidad consagrado en la Constitución y las leyes.

En cuanto a la base empírica del estudio del caso, éste se basa en la experiencia reciente del Consultorio Jurídico del Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos (CIDDDH), la cual acredita que este tipo de casos representa el 13% del total de casos atendidos (31) en el último año (2011-2012). El Consultorio Jurídico del CIDDDH brinda apoyo legal a mujeres procesadas o sentenciadas por Tráfico Ilícito de Drogas en sus diversas modalidades en los Establecimientos Penitenciarios Mujeres De Chorrillos y Anexo De Mujeres Chorrillos – ambos ubicados en la capital. El caso seleccionado corresponde a una interna del E.P. Mujeres de Chorrillos condenada por sentencia firme por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en una de las formas agravadas previstas en el Artículo 297 del Código Penal, con una pena privativa de libertad alta y un mínimo grado de participación.

La quinta parte pretende analizar la proporcionalidad desde un punto de vista utilitario, es decir en la relación costo-beneficio de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas que justificaría su implementación. Dicho análisis se enfocará en los costos económicos de la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas en lo que a control de la oferta se refiere.

En la sexta parte, se analizará en base a datos estadísticos la realidad del sistema penitenciario peruano a fin de determinar el impacto de la aplicación de políticas de mano dura sobre la disuasión del delito y la reincidencia.

Finalmente, se brindará algunas conclusiones y recomendaciones a fin de reorientar mejor los recursos disponibles en un contexto de Seguridad Ciudadana, Derechos Humanos y respeto del Estado de Derecho.

II. El principio de proporcionalidad de las penas

La proporcionalidad, como un principio rector de la actuación del *Ius puniendi* del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora en base al establecimiento de un equilibrio entre el Poder Estatal que pretende imponer sus sanciones frente a la comisión de delitos, la sociedad, como corresponsable y afectada por el delito; y, por último, el propio imputado, quien es objeto de la represión estatal en base a la

asunción de las consecuencias por sus actos. Así lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal⁵ que consagra el *principio de proporcionalidad de las penas*, por el cual se prohíbe que la pena sobrepase la responsabilidad derivada del hecho cometido⁶. Ese equilibrio se sustenta en que el Estado está facultado a imponer sólo una sanción proporcionalmente equilibrada a la infracción de la norma penal, en relación directa con la afectación del bien jurídico protegido por el Derecho penal.

El Derecho Penal tiene un ámbito delimitado de actuación por cuanto su aplicación tiene mayor incidencia o puede causar mayor aflicción en las personas y en la sociedad, en razón de la naturaleza de sus sanciones y el proceso que se desarrolla para hacer cumplir dicha sanción. Por ello, se delimita previamente cuáles son las conductas prohibidas –principio de legalidad– y las sanciones aplicables a un caso concreto, con la finalidad de preservar este equilibrio y, además, brindar seguridad jurídica a quienes se encuentren sometidos a una persecución penal así como al conjunto de la sociedad. Precisamente, esa delimitación o determinación de las penas aplicables se orienta fundamentalmente por el principio de proporcionalidad que opera desde la determinación legal de la pena, pasando por la determinación judicial o individualización de la pena, hasta la determinación administrativa o penitenciaria de la pena⁷.

La determinación de la pena en abstracto está a cargo del legislador. Es éste quien fija el mínimo y el máximo de la pena para un delito determinado, con base en criterios de afectación social o *dañosidad social del hecho* que se traducen en criterios de proporcionalidad al momento de definir la conducta prohibida y la sanción aplicable. En ese sentido, la pena se basa en parámetros establecidos en las normas penales que imponen al juez un marco delimitado para trabajar el posible *quantum* a imponer cuando se determina una responsabilidad penal imputable a la conducta de un sujeto determinado. Por otro lado, la determinación de la pena en concreto se construye sobre la base de la pena establecida por el legislador, pero teniendo en cuenta una serie de criterios normativos y valorativos que servirán de orientación en el establecimiento de la pena al caso concreto, labor que corresponde al juzgador. Esta fase es también denominada como de individualización de la pena, pues de lo que se trata es de delimitar el *quantum* de una pena a un caso particular. Por ello, es en esta etapa en la que se hace más notable la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad para delimitar la pena en concreto.

5 “Artículo VIII.- Proporcionalidad de las sanciones.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.”

6 MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 7° ed., B de F, Buenos Aires, 2004, p. 136. Manifiesta el autor que no sólo es preciso que pueda “culparse” al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido. Criterio que sirve de base a la graduación de las penalidades en nuestro derecho.

7 STC 010-2002-AI/TC, Fundamento 196 y ss.

La proporcionalidad como eje rector de la determinación de la pena en abstracto y en concreto se evidencia como un criterio limitador de la pretensión punitiva del Estado frente a la concurrencia del delito. Entonces, en primer término, el legislador gradúa la proporcionalidad de la pena aplicable al hecho delictivo en base a una prognosis de merecimiento de pena teniendo en cuenta el daño causado al bien jurídico protegido por el derecho penal. En segundo término, la determinación judicial o individualización de la pena resulta ser la fase de mayor transcendencia, pues lo que se decide aquí es sobre la limitación de un bien tanpreciado como es la libertad –en los casos de pena privativa de libertad–. Por tanto, esta última fase queda encomendada al juzgador quien debe tomar en cuenta criterios normativos y valorativos que son concomitantes al hecho delictivo y que se encuentran debidamente regulados en las normas positivas, lo que implica un marco de discrecionalidad delimitado, no por consideraciones subjetivas del juzgador, sino por parámetros objetivos, que permitirán una idónea graduación de la pena a aplicar.

2.1 Circunstancias genéricas para la determinación judicial de la pena

Antes de entrar en un análisis exhaustivo de los aspectos y criterios que comprende el Principio de Proporcionalidad de las Penas, hemos considerado necesario hacer referencia a cada una de las circunstancias genéricas reguladas en el Artículo 46 del Código Penal⁸, ya que forman parte de los criterios que debe tener en cuenta el juzgador para delimitar una pena adecuada al grado de vulneración del bien jurídico y del impacto social que ocasiona el delito, a partir de lo cual se sientan las bases para imponer una pena proporcional al hecho cometido. Sin embargo, observamos que para los delitos de drogas, la determinación de la pena por el juzgador dentro de las circunstancias fijadas por la ley resulta particularmente difícil.

La primera circunstancia está referida a la *naturaleza de la acción* entendida como la verificación del tipo de delito cometido en relación al bien jurídico lesionado y el impacto psíquico y social que produce el hecho. En este caso, la vulneración de una norma penal y, en consecuencia, la afectación de un bien jurídico, delimitarán la pena

8 Artículo 46o.- *Individualización de la pena.*- Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente: 1.- La naturaleza de la acción; 2.- Los medios empleados; 3.- La importancia de los deberes infringidos; 4.- La extensión del daño o peligro causados; 5.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; 6.- Los móviles y fines; 7.- La unidad o pluralidad de los agentes; 8.- La edad, educación, situación económica y medio social; 9.- La reparación espontánea que hubiere hecho del daño; 10.- La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y, 11.- Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente. 12.- La habitualidad del agente al delito. 13.- la reincidencia. El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.

a aplicar, de manera que puede ser una agravante o atenuante según sea el caso. En los casos de Tráfico Ilícito de Drogas, tal como lo sentenció el Tribunal Constitucional, *“en los procesos penales por tráfico ilícito de drogas y lavado de activos el Estado es considerado como agraviado”*. De lo contrario, estos delitos quedarían impunes⁹.

Los medios empleados entendido como agravante, puede estar contenida en un tipo penal específico o en las circunstancias genéricas, que se manifiesta principalmente en la peligrosidad del agente en base a los mecanismos o formas usualmente empleadas para cometer el delito. Así, por ejemplo, la participación en el envío de grandes cantidades de droga, es mucho más relevante a nivel de involucramiento en la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas que la participación en el cultivo de la materia prima.

La importancia de los deberes infringidos se basa en la verificación de la posición social del agente al momento de cometer el delito. Puede ser entendida como agravante genérica o específica. Se trata de la importancia de los deberes que tiene una persona frente a determinadas situaciones, lo que implica que su no observancia llevará a agravar la situación del sujeto frente a su responsabilidad por la lesión producida al bien jurídico. No obstante, también puede ser entendida como atenuante en caso no se verifique algún deber especial del agente delictivo en relación al bien jurídico vulnerado. Es el caso, por ejemplo, del maestro, del médico o del farmacéutico que interviene en alguna parte de la cadena ilícita.

La extensión del daño o peligro causado comprende tanto los daños causados al momento de cometer el hecho, el cual le será imputable al infractor, como también puede agravar de forma genérica los daños que se presentan posteriores al delito sin que fundamente su responsabilidad penal. En esa línea, el Tribunal Constitucional indicó en una sentencia del 2006, que *“el tráfico ilícito de drogas es un delito que atenta contra la salud pública, y el proceso de fabricación produce daño al medio ambiente. Asimismo, el dinero obtenido en esta actividad ilícita es introducido en el mercado a través del lavado de dinero, lo que genera graves distorsiones en la economía nacional”*¹⁰. En otras palabras, el Tribunal Constitucional considera que el delito de Tráfico Ilícito de Drogas es un delito pluriofensivo. Este punto debe ser seriamente cuestionado en la medida en que no sabemos si nos referimos a los impactos del Tráfico Ilícito de Drogas sobre la salud, el medio ambiente o la pobreza rural o los efectos de las prácticas antidrogas que priorizan la política criminal.

Las *circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión*, estas, sin duda, son aquellas que definen el modo de preparación del delito y las circunstancias en que éste se ejecuta.

Los móviles y fines pueden ser comprendidos como atenuantes o agravantes, según el caso, pues de ello dependerá la formulación del reproche. En ese sentido,

9 STC, 15-09-2010, EXP. N.º 03170-2010-PHC/TC, Fundamento 4.

10 STC, 28-07-2006, EXP. N.º 7624-2005-PHC/TC, Fundamento 11.

es importante diferenciar entre una mujer desempleada o un usuario que sufre de una adicción utilizado para el transporte internacional de droga respecto del administrador de una organización compleja. Estos móviles o fines tienen que tener una corroboración objetiva para que puedan ser criterios ponderables para la atenuación o agravación de la pena. Citando una Ejecutoria Suprema del 2003: “*Que el procesado fue intervenido en flagrante delito al haberse encontrado en posición directa del vehículo que transportaba drogas, sin que pueda justificar de modo razonable y coherente tal cargamento, resultando responsable del hecho que se le imputa; que la causa justificante que aduce en el sentido que lo contrataron para transportar contrabando al no tener trabajo y encontrarse en precaria situación económica, resulta irrelevante, si tenemos en consideración que... los Registros Públicos informaron que el citado procesado registra a su nombre una propiedad vehicular...*”¹¹.

La unidad y pluralidad de los agentes, esta agravante se tiene en cuenta en correlación a la posición que ocupa la víctima al momento de cometer el hecho. Mientras más sean los que se involucran en la lesión de un bien jurídico, más alta será la pena. El Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú se caracteriza por una serie de organizaciones cuyas actividades se encuentran muy fragmentadas y en las que se especializan grupos llamados “firmas” encargados de proveer la droga para su exportación a mercados manejados por organizaciones transnacionales bastante más complejas.

La edad, educación, situación económica y medio social, está referida específicamente a la posibilidad del imputado para actuar de acuerdo a las normas o para interiorizar el mandato penal. Así mismo, se encuentra en paralelo con lo establecido en el Artículo 45 del Código Penal, el cual toma en cuenta para la determinación de la pena las carencias sociales, cultura y costumbre del autor de un delito. Constituye, por regla general, una atenuante, ya que no se tomará en cuenta como agravante de la pena en caso que el sujeto infractor se encuentre en una situación económica elevada o medio social por encima del estándar. No olvidemos que, en general, los últimos eslabones de la cadena de Tráfico Ilícito de Drogas se encuentran en situaciones de gran vulnerabilidad.

En lo que se refiere a *la reparación espontánea del daño*, ésta constituye siempre una atenuante, porque se entiende como un acto, previo a la sentencia, que lleva a la menor reprochabilidad por el delito, ya que el autor pretende resarcir el daño ocasionado, siempre que sea por obra propio del autor y de forma voluntaria. Esto tiene relación directa con los intereses de la víctima en todo conflicto social. Una vez más,

¹¹ Ejecutoria Suprema, EXP, N° 2438-2003-Piura, en: CASTILLO ALVA, J. L., *JURISPRUDENCIA PENAL 2, SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA*, GRIJLEY, 2006, p. 435.

resulta difícil el proceso de identificación de la víctima¹² en los procesos de Tráfico Ilícito de Drogas por las razones arriba mencionadas.

La confesión sincera antes de haber sido descubierto significa una atenuante, de manera que se manifiesta como un acto de arrepentimiento después de la comisión del delito. No obstante, que esta confesión debe ser dada de forma espontánea y libre sin que concurra ninguna presión estatal. Esta circunstancia tiene efectos tanto a nivel de la determinación judicial de la pena como a nivel procesal. Incluso se puede disminuir la pena por debajo del mínimo legal: “procede a disminuir el monto de la pena por debajo del mínimo legal teniendo en cuenta la finalidad resocializadora de la pena, así como la confesión sincera de los inculpados...”¹³.

Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente, puede ser entendida como atenuante o agravante, puesto que significa la averiguación de la personalidad del agente, pero al límite con el derecho penal de autor. En la misma línea, una sentencia establece que “para los efectos de la graduación de la pena debe tomarse en consideración las condiciones personales del agente, quien evidencia notorias carencias sociales lo cual relativiza sus posibilidades reales de internalizar los valores y mandatos normativos con igual aptitud que una persona que haya podido acceder a patrones básicos de cultura, de lo que resulta procedente, rebajar la pena por debajo del mínimo legal...”¹⁴.

La reincidencia y habitualidad son circunstancias que agravan la punición del delito. El agente reincide en un hecho cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede los cinco años. Cuando ello concurre, el juzgador puede extender la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito. Siguiendo al Tribunal Constitucional: “La reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de la comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona...”¹⁵. La habitualidad, como figura normativa, se manifiesta cuando el agente comete por los menos tres hechos punibles, de forma dolosa, que se hayan perpetrados

12 El Estado, el conjunto de la sociedad, el usuario, la comunidad internacional, etc.

13 Cita contenida en la Sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del Cono Norte de Lima de 10-08-1999, EXP. N° 250-99, en: Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia*, Lima, 2000, p. 316.

14 Cita contenida en la Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Callao de 10-12-1999, EXP. N° 422-99, en: ROJAS VARGAS, F., *JURISPRUDENCIA PENAL PATRIMONIAL, GRIFLEY*, LIMA, 2000, p. 276.

15 STC 09-08-2006, EXP. N° 003-2005-PI-TC, Fundamentos 44 y 45

en un lapso que no excede los cinco años; en cuyo caso, el juzgador podrá extender la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido en el tipo penal específico. Por tanto, estas circunstancias pueden agravar la pena incluso por encima del máximo legal establecido para el delito en cuestión.

Cada uno de estos criterios establecidos en el Código Penal sirve de marco para determinar la pena en concreto. Empero, su aplicación no se efectiviza de manera mecánica, porque al ser la determinación de la pena un proceso valorativo, posterior a la atribución de responsabilidad penal, tiene necesariamente que extender cada uno de los criterios a un nivel interpretativo adecuado, según concurren en el caso y sustentado en una debida motivación sobre la graduación de la pena.

En síntesis, la determinación de la pena, tomando en cuenta la extensión de cada uno de los criterios previstos en el Código Penal, significa un proceso en el que deben ser calificados y ponderados distintos tipos de información acerca del hecho y del autor, a fin de lograr la respuesta más equilibrada posible frente al hecho del autor –proporcionalidad– y acorde con sistemas jurídicos que no admiten el castigo retributivo como respuesta adecuada al delito¹⁶.

2.2 Aspectos que comprende el Principio de Proporcionalidad de las Penas

Cuando el Estado reprime una conducta usando como mecanismo al derecho penal, lo que hace es ponderar intereses y bienes jurídicos mediante la afectación o restricción de los derechos del imputado. Por tanto, el respeto por la proporcionalidad de la pena se relaciona directamente con el respeto por los derechos fundamentales de las personas. En última instancia, al imponer una sanción penal se están afectando derechos fundamentales del infractor (por ejemplo, la libertad). En tal sentido, una eventual desproporción de la sanción penal constituiría un sacrificio innecesario de los derechos fundamentales del infractor, lo cual exige entonces que la determinación de la pena dentro del marco del principio de proporcionalidad abarque distintos aspectos que deben ser compulsados al momento de imponer una sanción¹⁷. Sin embargo, de acuerdo a la experiencia de litigio del Consultorio Jurídico del CIDDH, este procedimiento se encuentra muy descuidado cuando no ausente.

16 ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 23-24.

17 “Para determinar la pena conforme al artículo cuarenta y seis del Código penal se tiene presente la naturaleza dolosa y consumada, la pluriofensividad de bienes jurídicos por el delito, condiciones personales del agente, circunstancias en que ocurrió el hecho punible, ya que todos estos indicadores constituyen los presupuestos del injusto y la culpabilidad para establecer la pena dentro del principio de proporcionalidad...”, Sala Penal R.N.Nº 648-2000, Amazonas.

La determinación de los límites del poder del Estado para restringir derechos fundamentales ha sido desarrollada en el ámbito del derecho constitucional a través del denominado *test de proporcionalidad*. Bajo este concepto se analizan los presupuestos que permiten la restricción de los derechos fundamentales en un caso concreto, de acuerdo a tres criterios que permitirán tomar la medida más adecuada para resolver un conflicto en el cual esta restricción resulta necesaria. En ese sentido, no cabe duda que la imposición de una pena como consecuencia de un delito tiene una muy importante incidencia sobre los derechos fundamentales de las personas. De ahí que el *test de proporcionalidad* resulte perfectamente aplicable al momento de determinar el quantum la pena en concreto sin perjuicio de lo establecido en las leyes penales. Este denominado test de proporcionalidad abarca tres principios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- 1) En cuanto al *principio de idoneidad* hay que constatar qué pena será la adecuada para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo¹⁸; de manera que, sólo será idónea una pena graduada en base a la lesión causada al bien jurídico protegido y con base en los fines preventivos que se pretenda alcanzar con su imposición.
- 2) El *principio de necesidad* se sustenta en que al imponer una pena esta sea la última alternativa a la solución del conflicto; esto es, de existir otros medios que en igual forma alcanzan el fin buscado por el establecimiento de una pena¹⁹, ésta debe quedar relegada. En otros términos, la pena es necesaria allí donde los otros medios han fracasado. Se pretende con ello establecer en la graduación de la pena un *quantum* que no sea excesivamente gravoso para el infractor, pero que sea eficaz para los fines planteados con su imposición, ya que de existir otra alternativa que lleve al mismo objetivo incluso la imposición de la pena sería inútil. A modo de ejemplo, podríamos identificar los casos de personas que sufren de adicciones a sustancias ilícitas y se dedican a la microcomercialización de drogas. En ese sentido, la pena privativa de libertad no cumple con el objetivo de resocialización del penado en la sociedad por la disponibilidad de drogas y la falta de programas de rehabilitación de personas con adicciones en los penales²⁰.

18 AGUADO CORREA, T., *Principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano, en: Principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Coord. Carbonell, M. y Grández Castro, P., Palestra, Lima, 2010, p. 272.

19 *Ibid.*, p. 275

20 DEVIDA, Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas, *Ayuda Memoria*, 2011. Documento distribuido el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller “Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad”

- 3) Por último, por *proporcionalidad en sentido estricto* se entiende a nivel constitucional como la exigencia, tanto en abstracto como en concreto, de delimitar la imposición de la pena; teniendo en cuenta la gravedad del injusto graduándolo con la gravedad de la pena que se va a imponer²¹. La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene un papel fundamental a partir del margen de libertad que el legislador brinda al juzgador para definir la cantidad de pena a aplicar, pero que le exige tener en cuenta criterios objetivos, reglas, circunstancias personales o aquellas circunstancias que rodearon la comisión del hecho y, aunado a ello, las necesidades preventivas generales o especiales.

Finalmente, y a modo de primera observación, la experiencia del Consultorio Jurídico del CIDDH en la defensa de aproximadamente 31 casos parece indicar que en la mayoría de los procesos penales por Tráfico Ilícito de Drogas no se cumple con varios de los criterios anteriormente expuestos, dejándonos con vulneraciones del debido proceso y, por consiguiente, una situación carcelaria absolutamente distorsionada como lo veremos en capítulos posteriores.

III. Legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas

La problemática del tráfico de drogas en el Perú es sumamente compleja. La respuesta a esta problemática no puede hallarse tomando acciones de mano dura ni siguiendo el paradigma actual. En ese sentido, los gobiernos de los últimos 30 años han elaborado e implementado políticas de reducción de la oferta y demanda de drogas basadas en una fiscalización cada vez más severa del fenómeno de las drogas en el Perú. Dicha fiscalización se ha enfocado en gran medida en herramientas como la interdicción²² y la erradicación para solucionar el problema del Tráfico Ilícito de Drogas. Sin embargo, no se ha logrado contener el tráfico de drogas en el país. Es más, éste sigue evolucionando a través de nuevas dinámicas y manifestaciones en el campo de la producción, transformación y transporte a pesar de medidas drásticas como la sobrepenalización de los delitos de drogas.

A continuación pasaremos a analizar la evolución de la legislación penal en materia de drogas, la cual ha sido objeto de numerosos cambios a lo largo de los años.

21 AGUADO CORREA, T., *Principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano*, en: *Principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Coord. Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro, Palestra, Lima, 2010, p. 277

22 Las estrategias de interdicción apuntan hacia acciones de bajo impacto como la detención de los eslabones más débiles de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas, es decir los microcomercializadores, burrieris, etc.

Dichos cambios han sido vistos por los legisladores como la respuesta idónea para contener el fenómeno del Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú y se caracterizan sobre todo por la tipificación de ciertas conductas: la promoción o el favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, la comercialización y el cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva, el tráfico ilícito de insumos químicos o la micro comercialización o la micro producción de drogas ilegales. Las consecuencias que trae consigo la administración de la justicia son múltiples y resultan en distintas incongruencias en términos de criminalización primaria y secundaria como, por ejemplo, la negación de beneficios penitenciarios en el caso de la figura agravante, la aplicación de la detención preventiva de hasta quince días para los delitos relacionados con drogas, así como el excesivo número de detenciones policiales arbitrarias de potenciales consumidores²³.

3.1 Evolución de la legislación en materia de drogas

La primera ley orgánica y estructurada en materia de drogas, conocida como “Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas” (Decreto ley N° 22095), se promulgó en el año 1978 durante el gobierno de Morales Bermúdez a fin de contener el fenómeno creciente del Tráfico Ilícito de Drogas. En efecto, se considera que la producción, el consumo y la comercialización ilícita de drogas se sancionarán con penas de privación de libertad no menores de 2 años ni mayores de 15 años. En 1981, durante el gobierno de Fernando Belaúnde, se promulgó el Decreto legislativo N° 122, el cual otorga facultades legislativas al Poder Ejecutivo y refleja el inicio de una mala costumbre en la que el Congreso no legisla. Decreto legislativo N° 122 modifica el Decreto ley de 1978 a fin de mejorarlo en términos de derecho penal y procesal penal. Cabe resaltar que dicho Decreto legislativo previó en su Artículo 56 una disposición referente a la posesión no punible de drogas, estipulando que “no es reprimible el que, sin contar con autorización médica, posea droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo”.

Durante el gobierno de Alberto Fujimori, se promulgaron varios Decretos Leyes. En 1991, se promulgó el Nuevo Código Penal a través del Decreto Legislativo N° 635, el cual introdujo algunas modificaciones a los artículos 296 a 303 (Delitos contra la Salud Pública. En ese sentido, se tipificaron ciertas conductas como, por ejemplo, la promoción o el favorecimiento del Tráfico Ilícito de Drogas, sancionados con penas privativas de libertad no menores de ocho años ni mayores de quince años, o la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración ilegal

²³ De agosto de 2011 a mayo de 2012, el CIDDH, a través de su línea de atención (Línea Verde) ha atendido 29 casos de detenciones arbitrarias e ilegales de usuarios de marihuana en Lima, logrando así sacar a 47 personas de la detención preventiva.

de drogas, sancionada con penas privativas de libertad no menores de cinco años ni mayor de diez años. Así mismo se incluyó la figura de la cadena perpetua como pena máxima cuando “el agente actúa como cabecilla o dirigente de una organización destinada al tráfico ilícito de drogas de nivel nacional o internacional”, “el agente se vale del narcotráfico para financiar actividades de grupos terroristas” o “el que mediante amenaza o violencia y con fines ilícitos obligue a otro a la siembra de coca o amapola o a su procesamiento”.

En 1994, se promulgó la Ley N° 26320 a fin de definir las cantidades en la figura de microcomercialización, considerándose pequeña cantidad de droga hasta cien gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, doscientos gramos de marihuana y veinte gramos de derivados de marihuana. Así mismo, dicha ley estipula que, tratándose de la primera condena a pena privativa de libertad, “los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional”. Sin embargo, dicha cláusula no se aplica para los delitos contemplados en los artículos 296-A, 296-B, 296-C y 297 del Código Penal. Ese mismo año, se promulgó la Ley N° 26332 que incorpora en el Código Penal la penalización de la comercialización y cultivo de plantaciones de adormidera cuyo cultivo es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. En esa misma línea, se promulgó dos años después la Ley N° 27024²⁴ que excluye a los agentes que hayan incurrido en delitos de tráfico ilícito de drogas no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena.

En el año 2002, durante el gobierno de Alejandro Toledo, se promulgó la Ley N° 27817 que regula la penalidad de las formas agravadas de la microcomercialización de drogas con penas privativas de libertad no menores de seis años y no mayores de doce años. Así mismo, se revisó la definición de pequeña cantidad de droga: hasta cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de opio o un gramo de sus derivados; ochenta gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados. En junio del 2003, se promulgó la Ley N° 28002 que modifica el Código Penal en sus artículos 296 (promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas - pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años), 297 (formas agravadas - pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años), 298 (microcomercialización o microproducción - pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años) y 299 (posesión no punible de droga para el propio e inmediato consumo) estableciendo penas mínimas y máximas y eliminando la cadena perpetua para la siembra compulsiva

²⁴ Ley que modifica el artículo 22 del Código Penal.

o cuando el agente actúa como cabecilla de una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas o para financiar actividades terroristas.

En el 2007, durante el segundo mandato de Alan García, se promulgó la Ley N° 29037 que incorpora el artículo 296-B al Código Penal relativo al tráfico ilícito de insumos químicos y productos reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Además se le encarga al Ministerio del Interior, a través de las Unidades Antidrogas Especializadas de la Policía Nacional del Perú, la fiscalización de un total de 27 insumos químicos y productos. Ese mismo año, se promulgó el Decreto Legislativo N° 982 que modifica los artículos 296 a 299 del Código Penal fijando penas más altas, sobre todo en el caso del favorecimiento del delito. Y, en un intento de hacer frente a la demanda creciente de drogas sintéticas, se incluyó el éxtasis en el Código Penal – tanto en la figura de tráfico ilícito de drogas como en microcomercialización o microproducción (dos gramos), e incluso en posesión no punible (hasta doscientos cincuenta miligramos). Por último, cabe mencionar que en cuanto a sustancias fiscalizadas se refiere, éstas se han definido bajo criterios poco homogéneos sin base empírica o científica (en el caso de la marihuana y la amapola, por ejemplo).

Cuadro 1: Evolución de la legislación en materia de drogas (1978-2007)

Aumento/disminución de Penas TID										
Legislación	Decreto Ley N° 22095 21/02/78	Decreto Legislativo N°122 12/06/81	Decreto Legislativo N° 635 03/04/91	Ley N° 26332 23/06/94	Ley N° 27817 18/07/02 ²⁵	Ley N° 28002 17/06/03 ²⁶	Ley N° 29037 01/06/07	Decreto Legislativo N° 982 22/07/07 ²⁷	Sistematización y corte actualizado de la vigencia de Leyes sobre TID en el Perú	Variación (entre primera y última columna)
Aumento/disminución de Penas TID										
Penas Mínimas	2 años/ penitenciaria no menor de 10 años (en colegios)	2 años	1 año /2años (Agy)	---	1 año / 2 años (posesión y/o fabricación para tráfico)/ 6 (Agy)	3 años/6 años (Agy)	---	3 años/6 años (agr)	3 años/6 años (agr) figura agravada aumenta en 4	Aumenta en 1 el mínimo/ figura agravada aumenta en 4
Penas Mínimas	15 años/ <i>Idem</i>	10 años	4 años/ 8años (Agy)	---	4 años / 8 años (posesión y/o fabricación para tráfico)/12a ños (Agy)	7 años/10 años (Agy)	---	7 años/10 años 8 años (agr)	7/10 años (agrav)	Disminuye en 3 el máximo/ Agy permanece en 10

25 Establece cantidades para micro comercialización: 50 gr de PBC, 25 gr de clorhidrato de cocaína, 5 gr de opio o derivados, 80 gr de marihuana.

26 Establece 25 gr de clorhidrato de cocaína, 5 gr de opio, 100 gr de marihuana.

27 Establece cantidades mayores a 20 gr de PBC, 10 gr de clorhidrato de cocaína, 5 gr de opio, 100 gr de marihuana y 15 gr de éxtasis (*para diferenciar micro comercialización de tráfico agravado*)

Tipo Básico										
Penal Mínima	Internamiento penitenciario no menor de 15 años (organizaciones locales, funcionario público que apoya en fuga, financiera)	10 años	8 años/6 años (posesión para tráfico)/8 años (provisión m. primas e insumos)/5 añosconspiración TID	---	---	8 años/6 años (posesión para tráfico)/ 5 años (comercio materias primas)	5 años (materias primas)/	8 años	8 años	Hay una adecuada reducción del mínimo en 2
Penal Mínima	<i>Idem</i>	15 años	15 años/12 años (posesión para tráfico)/15 años (provisión m. primas e insumos)/10 años conspiración TID	---	---	15 años/12 años (posesión para tráfico)/ 10 años (comercio materias primas)	10 años (materias primas)/	15 años	15 años	Sin embargo, permanece un tope muy alto usualmente utilizado por jueces
Agravantes (función, profesión, lugar) y Circunstancias Específicas										
Penal Mínima	Penitenciaria no menor de 10 años /4 años de prisión para profesionales de salud que suministran indebidamente	Penitenciaria no menor de 15 años	Penal Privativa no menor de 25 años	---	---	15 años	8 años (asociación para tráfico insumos)	15 años	15 años	Permanece igual y es usualmente usado por jueces con criterios muy subjetivos
Penal Mínima	<i>Idem</i> /15 años de prisión, para profesionales de salud que suministran indebidamente	internamiento	No menor de 25 años /35 años (jefe o financiamiento terrorismo)	---	---	25 años	<i>Idem</i>	25 años	25 años	Se redujo el internamiento a 25 años.
Organización, Banda, colaborador- Cabelilla - Financiamiento de Terrorismo										
Penal Mínima	Penal no menor de 15 años penitenciaria	Internamiento no menor de 15 años (Agt)/figura base: 10 años de penitenciaria	Cadena perpetua ²⁸	---	---	25 años	---	25 años	25 años	Por la gravedad, alísimo mínimo, se mantiene igual

²⁸ Ley 26223 de 1993 (financiamiento de terrorismo) y Ley 26619 de 1996 (3 o más personas, organización dedicada a TID)

Penal Máxima	<i>Idem</i>	Internamiento no menor de 15 años (Agr)/ figura base: 15 años de penitenciaría	Cadena perpetua	---	---	35 años	---	35 años	35 años	Se eliminó la cadena perpetua
Insumos Químicos Fiscalizados										
Penal Mínima	---	---	5 años	---	---	5 años	---	5 años	5 años	Aunque debiera ser el eje de la intersección permanece igual
Penal Máxima	---	---	10 años	---	---	10 años	---	10 años	10 años	<i>Idem</i>
Siembra										
Penal Mínima	2 años (cocales no registrados)	5 años (pequeña cantidad) / 10 años (mayor cantidad)	2 años (pequeña cantidad) / 8 años (agravado por cantidad o por ser adormidera)	2 años (pequeña cantidad) / 8 años (mayor cantidad)	---	2 años (pequeña cantidad) / 8 años (mayor cantidad)	---	2 años (pequeña cantidad) / 8 años (mayor cantidad)	2 años (pequeña cantidad) / 8 años (mayor cantidad)	Permanece igual para pequeña cantidad / Disminuye en 2 años para mayor cantidad
Penal Máxima	5 años (<i>Idem</i>)	10 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)	6 años (pequeña cantidad) / 15 años (agravado por cantidad o por ser adormidera)	8 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)	---	6 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)	---	6 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)	6 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)	Menos 4 años por pequeña cantidad / Y se aumenta el máximo por mayor cantidad hasta 5 años

Siembra Compulsiva										
Pena Mínima	---	---	No menor de 25 años/(se repite como agravante) entre 1991 y 2003 cadena perpetua	---	---	25 años	---	25 años	25 años	Permanece igual
Pena Máxima	---	---	No mayor de 35 años/(se repite como agravante) entre 1991 y 2003, cadena perpetua	---	---	35 años	---	35 años	30 años	Se reduce de cadena perpetua a 30 años, pero permanece tope muy altos
Transferencia de Semillas										
Pena Mínima	---	8 años	---	---	---	5 años	---	5 años	5 años	Menos 3 años
Pena Máxima	---	10 años	---	---	---	10 años	---	10 años	10 años	Menos 5 años
Coacción/Instigación al Consumo										
Pena Mínima	2 años/Penitenciaria no menor de 10 años (a menores)	5 años (coacción)/2 años (instigación)								
Pena Máxima	15 años/(<i>Idem</i>)	8 años (coacción)/5 años (instigación)								
Apología del Delito de TID										
Pena Mínima									1 año	Se mantiene y puede ser una figura peligrosa para los objetores de las políticas de drogas
Pena Máxima									4 años	<i>Idem</i>

Receptación ²⁹ /Lavado de Activos ³⁰						
Penal Mínima	8 años pena privativa de libertad		Cadena perpetua	8 años/10 años (por decreto legislativo 986). Cuando es TID no menor de 25 años	No guarda correspondencia con la gravedad de la actividad en el ciclo del narcotráfico	
Penal Máxima	18 años de pena privativa de libertad		Cadena perpetua	15 años/20 años (por decreto legislativo 896). Cuando es TID no menor de 25 años.	<i>Idem</i>	
Encubrimiento Personal/Real (para TID)						
				7 años	Se mantiene	
				10 años	<i>Se mantiene</i>	

²⁹ Decreto Legislativo 736 de 1991, Ley 25399 de 1992, Decreto Ley 25428 de 1992, Ley 27765 del 2002
³⁰ Ley 27765 del 2002 establece penas de 8/15 años en cualquiera de las modalidades de lavado y en su forma agravada 10/20 años de pena privativa.

Como lo podemos observar en el cuadro anterior, el sistema de penas en el Perú ha ido evolucionando desde el Código Penal de 1924 estableciendo penas como la prisión, la penitenciaría y el internamiento y con posterioridad a éste, encontramos el Código Penal de 1991 estableciendo penas privativas de libertad con límites específicos. En él se establecen rangos mínimos y máximos que orientan la determinación de la pena por el juzgador; sin embargo, esta evolución derivó rápidamente en un desorden jurisdiccional, por lo menos en lo que a casos de Tráfico Ilícito de Drogas se refiere donde es difícil identificar precedentes³¹. Este problema se acentúa aún más si consideramos aquellos casos donde se diferencia una u otra figura de Tráfico Ilícito de Drogas por el tipo y/o la cantidad de droga incautada, la extensión de materia prima cultivada, etc. Así mismo, en el caso de Tráfico Ilícito de Drogas hemos podido observar un desorden jurisdiccional que obedece a los avatares del Congreso así como a la dación de decretos de emergencia otorgando facultades legislativas al Ejecutivo. La falta de precisión y proporcionalidad en la definición de los tipos penales, así como en la repetición de figuras se refleja en el sistema de penas que se agrava con la convergencia, por ejemplo, de delitos como el Tráfico Ilícito de Drogas y el terrorismo³².

En resumen, podemos afirmar que las penas en lo que a Tráfico Ilícito de Drogas se refiere han ido evolucionando de forma errática a lo largo de los años respondiendo a medidas de emergencia orientadas a luchar contra el Tráfico Ilícito de Drogas. Si bien podemos observar una disminución en el *quantum* de las penas. Lo anterior mencionado tiene una implicancia directa en dos niveles que nos permitirán analizar el principio de proporcionalidad tanto en sentido abstracto como estricto: la criminalización primaria y la criminalización secundaria. En efecto, en la práctica hemos podido observar varias incongruencias a nivel legislativo así como en la aplicación de las penas por los juzgadores. De la misma manera, hemos podido observar incongruencias en la aplicación de la ley a nivel judicial y prejudicial. A continuación, hemos considerado conveniente llevar a cabo un ejercicio que ilustre de forma concreta la evolución errática de legislación en materia de drogas, la cual se constituye en modelo de emergencia de carácter expansivo y prevé penas severas y, en algunos casos, sin acceso a beneficios penitenciarios.

3.2 Proporcionalidad en sentido abstracto y criminalización primaria

En términos de criminalización primaria por delitos de drogas en el Perú, los cambios poco armoniosos en la legislación durante el periodo 1978-2007, han dado lugar a

³¹ En el año 2003, se reintroduce el internamiento bajo el nombre de cadena perpetua (para casos de lavado de activos) y, en el 2007, para otras figuras.

³² El llamado "*narco terrorismo*"

numerosos desajustes que se tradujeron en casos de abusos, detenciones arbitrarias y vulneraciones de derechos a nivel prejudicial y judicial. Hemos identificado incongruencias tanto a nivel constitucional como penal. Éstas son: 1) el uso excesivo de la detención policial y la detención preventiva; 2) incongruencias en la interpretación y aplicación de los artículos 296 a 298 del Código Penal que definen el tipo base de Tráfico Ilícito de Drogas, los agravantes y la microcomercialización y microproducción respectivamente; y 3) la negación de beneficios penitenciarios en el caso de la figura agravante (Artículo 297 del Código Penal). En lo referente al excesivo número de detenciones policiales de potenciales consumidores, si bien en teoría el Artículo 299 del Código Penal estipula que no es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo en cantidades establecidas en la misma ley, en la práctica, se sigue interviniendo y deteniendo a consumidores alegando la detención preventiva de hasta quince días prevista en el artículo 2.24.f de la Constitución Política del Perú para casos de Tráfico Ilícito de Drogas— el plazo para otros delitos es de 24 horas.

El uso excesivo de la detención preventiva es consecuencia de un uso indebido de criterios discrecionales en su aplicación. Hoy en día, alrededor del 60% de la población penitenciaria sigue en espera de juicio³³. Si bien son varios los criterios que se usan para justificar la detención preventiva, la experiencia del Consultorio Jurídico del CIDDH indica que el dictado de mandatos de detención se basa en gran medida en el arraigo domiciliario y laboral. Sin embargo, en el caso del arraigo domiciliario, muchos internos procesados no actualizaron su documento nacional de identidad y, por ende, no cuentan con una dirección que acredite el arraigo por lo que se supone que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga). En el caso del arraigo laboral, cabe señalar que muchos viven de la economía informal³⁴ y, por tanto, carecen de un contrato de trabajo. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta los siguientes criterios que justifiquen la motivación de la detención judicial preventiva como medida excepcional, subsidiaria y proporcional: tiene que ser *suficiente y razonada*³⁵ y debe ser motivada respecto a cada uno de los requisitos concurrentes, como son el de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal³⁶.

Por otro lado, existe incongruencia en el Artículo 297 que establece las agravantes para el artículo 296. A modo de ejemplo, el Artículo 296-A³⁷ establece en su cuarto

33 INPE, Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, *Estadística Población Penal*, Diciembre del 2011.

34 Según el *Marco macroeconómico multianual 2012/2014 (25 de Mayo del 2011)*, elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, “los niveles de informalidad laboral se encuentran entre el 40% y 60%. Estos niveles se agudizan para las mujeres, los jóvenes, las zonas rurales, menores niveles de educación y pequeñas firmas.”

35 STCEXP. N.º 1084-2005-PHC, Fundamento 17.

36 Resolución Administrativa 111-20023- CE-PJ del 25 de septiembre de 2003.

37 Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva.

párrafo una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 35. Mientras que la agravante establece una pena: no menor de 15 ni mayor de 25. Es decir, la agravante establece una pena menor a la del tipo base de Tráfico Ilícito de Drogas. En otras palabras, aquel que obliga a otro a la siembra de coca mediante amenaza o violencia será reprimido con una pena mayor que la del traficante de drogas más importante del país. Finalmente, el Artículo 298 del Código Penal (microcomercialización y microproducción) prevé penas específicas no menores de seis años ni mayores de diez años para las circunstancias previstas en los incisos 2 a 6 del Artículo 297 del Código Penal (Agravantes). Sin embargo, en la práctica, observamos que los juzgadores aplican las penas previstas en el Artículo 297 –no menores de quince ni mayores de veinticinco años–, por más que se trate de casos de casos de microcomercialización o microproducción.

Por último, numerosos son los casos de personas detenidas de conformidad a la figura agravante del delito de Tráfico Ilícito de Drogas (Artículo 297); esta falta de distinción entre las modalidades resulta más sencilla tanto para la autoridad policial que levanta el acta de los hechos, así como para el fiscal que conduce la investigación y realiza la acusación. Además de cumplir penas privativas de libertad altas –de 15 a 25 años–, estas personas no pueden acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional como es el caso de las personas sentenciadas de conformidad a los artículos 296 y 298 del Código Penal³⁸. O sea que estas personas no tienen acceso real a las medidas de resocialización previstas por el Artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (inciso 22).

Estas incongruencias son una muestra de la falta de coordinación institucional para la persecución de los delitos contra la salud pública en sus diferentes modalidades de tráfico de sustancias estupefacentes. Así mismo, identificamos una pobre definición y sistematización de la legislación peruana en materia de drogas, la cual ha desembocado en severas incongruencias que tienen un alto costo a nivel económico y social. En nuestro análisis de la proporcionalidad abstracta y de la criminalización primaria en las prácticas antidrogas en el Perú, hemos considerado convenientel llevar a cabo un análisis comparativo de las penas privativas de libertad para los delitos con mayor ocurrencia a nivel nacional en función del daño causado y de la trascendencia del bien jurídico lesionado.

³⁸ Tal como lo estipula el artículo 4 de la Ley N° 26320 publicada el 2 de junio de 1994 en el Diario Oficial El Peruano.

Cuadro 2: Análisis comparativo entre penas privativas de libertad para los delitos de mayor ocurrencia³⁹

Delito	Penas mínimas/ Penas máximas	Número de internos
Robo Agravado	12	15,411
	20	
Tráfico Ilícito de Drogas	8/Agv.15	13,058
	15/Agv.25	
Violación Sexual	6	5.249
	8	
Homicidio Simple	6	1,399
	20	
Tenencia Ilegal de Armas	6	1,259
	15	
Microcomercialización o Microproducción	3/Agv.6	1,146
	7/Agv.10	
	20/Agv.30	
Secuestro	30/Agv.35	753
	30	
Terrorismo	35	618
	10/Agv.30	
Extorsión	15/Agv.35	468

En el cuadro arriba detallado, si bien no nos ha sido posible determinar el promedio en años de las penas aplicadas por cada delito, observamos un desbalance claro entre el delito de Tráfico Ilícito de Drogas y robo agravado respecto de otros delitos como la violación sexual, el homicidio simple, el secuestro y la extorsión. Sin embargo, como ya lo mencionamos anteriormente, la determinación del *quantum* de la pena en concreto se lleva a cabo mediante el denominado *test de proporcionalidad*. En esa línea, hemos podido observar que, para numerosos casos de Tráfico Ilícito de Drogas, el Juez no gradúa la pena con base en principios jurídicamente vinculantes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—lo cual explica, en parte, el número más alto de internos por Tráfico Ilícito de Drogas en los penales peruanos.

Sin embargo, la graduación de la pena no abarca sólo las bases normativas, técnicas y valorativas, sino también aquellos principios que se derivan de la necesidad de razonabilidad al momento de la graduación y que tiene como principal ordenador al *principio de proporcionalidad*⁴⁰ que pasaremos a detallar en la siguiente parte. Aunque

39 INPE, Informe Estadístico, diciembre del 2011— Elaboración propia.

40 JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal, parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 1191-1192.

es imposible descartar absolutamente los prejuicios o aspectos subjetivos del juzgador, éstos no deben prevalecer, antes bien de lo que se trata es de fijar algunos elementos objetivos que permitan verificar la motivación llevada a cabo para graduar la pena concreta. En ese orden de ideas, el juez al administrar justicia debe emitir una sentencia que se oriente bajo el *principio de proporcionalidad* basado en la prohibición de exceso; esto es, que sólo una pena es proporcional allí donde su adopción es ponderable en igual grado al daño causado y a la trascendencia del bien jurídico lesionado –lo cual no es moneda corriente en los casos de Tráfico Ilícito de Drogas.

3.3 Proporcionalidad en sentido estricto y criminalización secundaria

Esta parte pretende llevar a cabo un análisis del impacto de los aparatos de control y la aplicación de la ley en el proceso de criminalización del Tráfico Ilícito de Drogas en las etapas prejudicial y judicial. Para este fin, el siguiente ejercicio analiza la criminalización secundaria, es decir la respuesta punitiva en concreto ejercida por las agencias penales peruanas sobre una persona desde su detención. Este ejercicio ilustra mejor el carácter desproporcional de las prácticas antidrogas en el Perú y su impacto sobre cada uno de los eslabones de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas. Para efectos del siguiente ejercicio, se ordenaron las distintas figuras que caracterizan el Tráfico Ilícito de Drogas según el papel que desempeñan en la cadena, desde el cultivo de hoja de coca pasando por la producción de pasta base y clorhidrato de cocaína hasta su comercialización. Así mismo, hemos considerado adecuado incluir el *quantum* de las penas a fin de medir el endurecimiento del control antidrogas a lo largo del proceso de criminalización secundaria.

Cuadro 3: Análisis comparativo entre criminalización primaria y secundaria en materia de Tráfico Ilícito de Drogas

Figura y características	Penas mínimas y máximas	Número de internos
Promotor de cultivos Persona que promueve todo el ciclo del TID – adelanta dinero para la compra de semillas, abono, etc. Migrante urbano que vive en la selva y participa y negocia con “firmas” locales Negociante y/o comerciante	2/Agv.8 6/Agv.15	• Se le sanciona con mayor severidad de acuerdo a la legislación penal por TID
Promotor violento Figura cada vez menos utilizada Obliga a la siembra de cultivos ilícitos Relación con organizaciones criminales	25 30	• Se le sanciona con mayor severidad de acuerdo a la legislación penal por TID
Productor (hoja de coca) Pequeño campesino con poca extensión de tierra Varios cultivos, entre los cuales la hoja de coca – su caja chica	No punible	• La producción de hoja de coca no es punible • El productor es objeto de sanciones administrativas como: la erradicación forzosa, la falta de alternativas sostenibles, las trabas para su empadronamiento, el monopolio de la hoja de coca (ENACO), así como la estigmatización mediática
Pocero Persona de la zona que presta el servicio de conversión de la hoja de coca macerada en kerosene en pasta base Atiende una zona determinada en la cual lo abastecen varios productores Se incorporó progresivamente a las actividades campesinas	8/Agv.15 15/Agv.25	• Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento)

⁴¹ En caso se cultiva cannabis sativa y amapola en una cantidad que no exceda las 100 plantas, la pena será no menor de 2 ni mayor de 6 años. En caso el número de plantas excede las 100 plantas la pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años (Art. 296-A C.P. vigente)

<p>Traquetero Pequeño transportador que traslada los “quesos” de pasta base hacia los laboratorios clandestinos dentro de la zona de producción Transporte motorizado – moto, mototaxi, etc.</p>	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la cantidad es mayor a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC); en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID
	15/Agv.25	
<p>Traficante de Insumos Químicos Miembro de una organización regional mediana Activo en ciudades y zonas de producción Mueve grandes cantidades Maneja redes corrupción</p>	5	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296-B C.P. vigente – Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y productos) • No hay diferenciación entre los grados de responsabilidad • Falta de coherencia en términos de política de Estado ya que no existe un registro de Insumos Químicos Fiscalizados • Falta de acciones coordinadas entre PRODUCE, SUNAT y PNP
	10	
<p>Transportista Hoy en día adquiere múltiples modalidades – usualmente del tipo “hormiga”, es decir el transporte de pequeñas cantidades de la selva a la costa y frontera Comunidades urbanas de las zonas de producción Involucramiento de numerosos jóvenes de zona andinas – fuerte movimiento migratorio En algunos casos, es sujeto a engaños o amenazas Transporte motorizado</p>	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la cantidad es mayor a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC); en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID
	15/Agv.25	
<p>Mochilero Ver modalidad “Transportista” Transporte a pie de la selva a la costa y frontera</p>	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años en el caso de tres o más involucrados o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID
	15/Agv.25	

<p>Químico Persona con conocimiento de todo el proceso desde la extracción hasta la cristalización de la droga Desempeña un papel fundamental en el proceso industrial del TID</p>	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento)
	15/Agv.25	
<p>Burrier Transportista usualmente aéreo Peligro para la salud relacionado al modo de transportar En algunos casos, es sujeto a engaños o amenazado</p>	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la cantidad es mayor a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC)
	15/Agv.25	
<p>Administrador Tiene amplio conocimiento del patrimonio, flujo y movimiento económico procedente del TID Cumple generalmente funciones de testaferro Con facilidad, logra aplazar o anular el proceso penal Cuenta con una defensa adecuada Involucramiento en casos de corrupción</p>	25	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto al agravante (Art. 297 C.P. vigente) • Falta de claridad a nivel legislativo ya que se puede confundir con cabecilla; sin embargo, puede recibir en ciertos casos la totalidad de la pena
	35	
<p>Cabecilla Altos mandos de organizaciones a nivel local, regional o internacional Con facilidad, logra aplazar o anular el proceso penal Cuenta con una defensa adecuada Involucramiento en casos de corrupción a nivel prejudicial y judicial</p>	25	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto al agravante (Art. 297 C.P. vigente – segundo párrafo)
	35	
<p>Lavado de activos Lavado de activos a través de casas de cambio, hostales, restaurantes y casinos Involucramiento en casos de corrupción a nivel prejudicial y judicial</p>	8	<ul style="list-style-type: none"> • Delito casi autónomo – la existencia de un delito previo no es un criterio aplicable • Finalidad de ocultamiento del origen del dinero • Falta de coherencia en la aplicación de Ley de Extinción de Dominio
	15	

<p>Traficante Con facilidad, logra aplazar o anular el proceso penal Cuenta con una defensa adecuada Involucramiento en casos de corrupción a nivel prejudicial y judicial Tráfico en zonas urbanas Involucramiento de familiares en casos de ocultamiento de la droga en residencias</p>	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento) • Sujeto al agravante (Art. 297 C.P. vigente – inciso 7) en caso de cantidades mayores a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC); en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID • Falta de claridad en términos de aplicación de la ley – problemas de interpretación de la ley
	15/Agv.25	
<p>Poseedor para comercialización Posesión para fines de tráfico</p>	6	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente – Favorecimiento tercer párrafo)
	12	
<p>Microcomercializador Figura mayormente imperante entre los delitos de TID Delito con mayor ocurrencia en Lima y principales ciudades del país Distintas modalidades de venta (huecos, delivery) Muchos usuarios incurrir en la venta al por menor de drogas a fin de sustentar su hábito de consumo</p>	3/Agv.6 7/Agv.10	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto al artículo 298 del C.P. vigente • Pena no menor de 6 ni mayor de 10 años, en caso de profesional sanitario; ingreso de droga en penales, centros educativos, deportivos o de salud; venta a menores de edad; en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID • Falta de claridad en términos de interpretación del agravante (Art. 298) y el Art. 297
<p>Usuario Estigmatización y exclusión</p>	No punible	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto al Art. 299 del C.P. vigente (Posesión no punible) • Objeto de corrupción y persecución a nivel prejudicial

En términos de criminalización secundaria, observamos que ésta recae con más peso sobre los eslabones más débiles de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas, como lo demuestra el perfil de los detenidos por Tráfico Ilícito de Drogas, en su mayoría transportistas, burriers, microcomercializadores y campesinos. Además de ser sancionados con penas altas y, en muchos casos, sin acceso a una defensa adecuada por razones económicas, son objeto de corrupción y abusos, sobre todo a nivel prejudicial y judicial⁴². A modo de ejemplo, el traficante recibe una pena igual a la del mochilero, transportista o burrier a pesar de las diferencias en cuanto a involucramiento en la cadena se refiere. No olvidemos que, en términos penales, la responsabilidad penal de los traficantes –los cuales tienen control y/o dominio sobre toda la cadena– es mucho mayor que la de los eslabones más débiles de la cadena– los cuales corren más riesgos por su exposición a las autoridades. Este ejercicio nos permite afirmar con certeza que la aplicación de las sanciones penales es sumamente desproporcional y resulta en una serie de vulneración de derechos fundamentales a nivel prejudicial y judicial.

En ese sentido, a nivel prejudicial, observamos una falta de coordinación para acciones de prevención del delito y administración efectiva del delito. Para el año 2008, las detenciones de usuarios de drogas alcanzaban el 60.54% del total de intervenciones policiales por Tráfico Ilícito de Drogas. Si bien tiende a disminuir a lo largo de los años⁴³, podemos observar que las detenciones por consumo y posesión no punible de drogas ocurren con frecuencia y son producto de la falta de criterios claros que

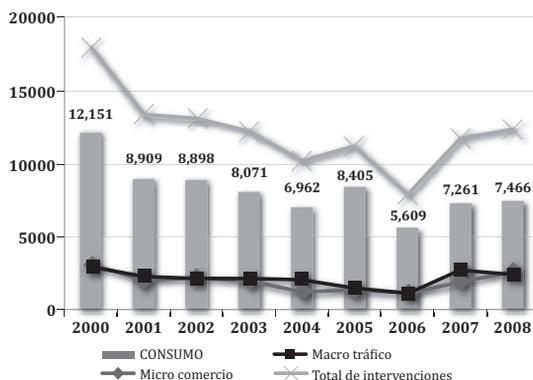
definan los parámetros de las intervenciones policiales. En efecto, aunque el código penal peruano no criminaliza la posesión de pequeñas cantidades de droga para el uso personal (Art. 299º), los efectivos policiales frecuentemente detienen a los usuarios de droga en virtud de la Constitución (art 2.24.f.), la cual señala que en casos de tráfico ilícito de drogas, la detención preventiva a nivel prejudicial es de hasta 15 días (24 horas para otros delitos), como ya lo mencionamos anteriormente. Con base a lo anterior, los efectivos policiales amenazan a los usuarios de drogas como medio para lograr dos objetivos: 1) incurrir en actos de corrupción y/o 2) investigar a los usuarios para que delaten a los comercializadores. Además, las acciones de los efectivos policiales usualmente conllevan amenazas a la integridad física y psicológica de los usuarios involucrados⁴⁴.

42 Así lo hemos observado a través de los casos atendidos por el Consultorio Jurídico del CIDDH.

43 TransnationalInstitute y Washington Office onLatinAmerica, (2010), *Sistemas Sobrecargados, Leyes de Drogas y Cárceles en América Latina*, Buenos Aires, TNI, WOLA.

44 CIDDH, *Línea Verde*, Hoja Informativa, 2012. Disponible en <http://www.ciddh.com/archivos/th6447937467.pdf>

Gráfico 1: Detenciones policiales relacionadas a tráfico ilícito de drogas⁴⁵



Finalmente, si bien el número de detenciones por macro tráfico parece ser alto, cabe resaltar que esta cifra se ve afectada por el número de personas detenidas por ser mochileros, transportistas o burriers –y no traficantes–, por tener vínculos conyugales o familiares con los autores directos del delito o, simplemente, por encontrarse en el lugar equivocado, en el momento equivocado⁴⁶.

IV. Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal

Para efectos de nuestro estudio, hemos creído conveniente basar nuestro análisis del principio de proporcionalidad con los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal a fin de subrayar un problema de carácter estructural propio de las leyes antidrogas. El análisis que sigue nos permitirá entender mejor cómo, en algunos casos de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas cometidos por tres o más personas, se vulnera el principio de proporcionalidad.

⁴⁵ Transnational Institute y Washington Office on Latin America, (2010), *Sistemas Sobrecargados, Leyes de Drogas y Cárceles en América Latina*, Buenos Aires, TNI, WOLA.

⁴⁶ A lo largo del año 2011, el Consultorio Jurídico ha logrado la absolución de 4 mujeres procesadas por Tráfico Ilícito de Drogas (13%) de un aproximado de 31 casos atendidos.

El Artículo 297 del Código Penal regula las formas agravadas del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Esta modalidad delictiva corresponde a una visión político criminal orientada a la máxima protección de un bien jurídico difuso como es la salud pública y otros, puesto que cuando hablamos de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas hablamos de un delito de peligro abstracto. En tal sentido, para la configuración del delito no es necesaria la existencia efectiva de la lesión. Por ello, se entiende que: *“Si bien es cierto que genéricamente este delito agrede a la salud pública, como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos muchas veces irreversibles...”*⁴⁷. Aparentemente, esta es la razón lógica por la cual el legislador haya optado por una sanción extremadamente elevada del delito, de acuerdo a ciertas formas de comisión del hecho. Aunque, en la doctrina se señala que es un delito pluriofensivo; esto es, que puede lesionar un número indeterminado de bienes jurídicos, inclusive puede lesionar potencialmente el orden económico cuando este delito se correlaciona con el lavado de activos.

Conforme a lo anterior, la punición del Tráfico Ilícito de Drogas se ubica dentro de los delitos de peligro abstracto, por lo que la lesión del bien jurídico no es trascendental, sino que basta con la mera actividad desplegada por los agentes delictivos para hacer punible sus acciones, en concordancia con el desvalor de la acción perpetrada por el agente. Sin embargo, ello no ha permitido restringir la dosificación de la pena a aplicarse para este tipo de delito en vista a la trascendencia colectiva del bien jurídico protegido y se otorga al juzgador un amplio espacio discrecional para graduar la pena a aplicar a un caso particular. De allí es que la opción político criminal de tener un tipo agravado, se sustenta en la gravedad de los hechos y de las circunstancias consustanciales a la comisión del delito base.

Por dicha razón, en este apartado veremos cuáles son los parámetros bajo los cuales se puede determinar la pena cuando concurren estas formas agravadas del tipo básico regulado en el Artículo 296, el cual contiene cuatro conductas delictivas: promoción, posesión, comercialización ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cuando se forma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas. Cabe precisar que el objeto de este análisis no es precisar la inclusión de la conducta delictiva al tipo penal básico o agravado; sino orientar el análisis a la comprensión de la determinación de la pena como un proceso consecuente de la atribución de responsabilidad penal, pero haciendo referencia específica a las formas agravadas del Tráfico Ilícito de Drogas.

⁴⁷ Ejecutoria Suprema de 03-08-2000, EXP. N° 2113-98, Lima, FRISANCHO APARICIO, M., *Jurisprudencia penal, Ejecutoria Suprema y Superiores*, Lima, Juristas Editores, 2002, p. 53.

En consecuencia, más allá de la verificación de las cuatro modalidades básicas del Tráfico Ilícito de Drogas, sus formas agravadas están tipificadas en base a la calidad del agente, el modo y lugar de la comisión del hecho delictivo, la calidad de la víctima, por la finalidad de la acción y por el criterio cuantitativo del objeto material. Así, el Artículo 297, inciso 6 taxativamente menciona que la pena será privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2, 4 y 8 cuando *“El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.”*

En concreto, el agravante del inciso 6 relacionado a la comisión del hecho a través de una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas se justifica en la existencia de un aparato organizado que puede desarrollar sus actividades delictivas complejas relacionadas al comercio local y/o internacional de drogas, a través de la distribución de funciones y roles, lo que lleva a facilitar la comisión del ilícito, aunque de por sí el delito ya existe por la sólo existencia de una organización delictiva, sin importar a qué se dedique. Para efectos de la imputación en el tipo agravado será suficiente acreditar la existencia de la organización. Pero, para efectos de la individualización de la pena se tiene que tener en cuenta todo tipo de circunstancias generales atenuantes o agravantes y cualidades personales del sujeto.

Con relación a la configuración de este agravante, se verifica cuando el hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrantes de una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo señalado en el Acuerdo Plenario N°3-2005-CJ-116 que regula los alcances de la tipificación de la conducta en mención, establecida en el inciso 6 del Artículo 297. De acuerdo con el citado Acuerdo Plenario, la agravante sólo aparecerá cuando concurren tres o más personas y éstas tengan conocimiento cierto del hecho delictivo a realizar y del número de intervinientes⁴⁸.

Además, debe existir una decisión conjunta que vincule funcionalmente los distintos aportes al delito para que pueda ser subsumida la conducta a la agravante⁴⁹. El

48 *“Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297° del Código Penal”*. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 3-2005 CJ-116, Fundamento 7 b).

49 *“La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención*

Acuerdo Plenario se refiere a que la simple ejecución del delito, sin que exista un concierto de voluntades entre por lo menos tres participantes y el conocimiento acerca de este acuerdo criminal, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante⁵⁰. Lo anterior es fundamental en cuanto a la identificación de la participación de cada eslabón en la cadena de Tráfico Ilícito de Drogas, como es el caso de los burriers y otros actores en situaciones de vulnerabilidad. Así, también lo establece una jurisprudencia: *“Al encontrarse ante toda una organización criminal de alcance internacional, donde existe un concierto de voluntades, tanto para captar a los correos humanos (burriers), coordinaciones para sus viajes y estadía, como para el acopio, traslado y comercio internacional de la droga, el delito perpetrado se encuentra previsto en el inciso sexto del artículo 297° del Código penal...”*⁵¹.

La observación en este caso se manifiesta en base a la idea –establecida en el propio Acuerdo– de que la agravante sólo puede aparecer en caso de acuerdos de voluntades y aportes funcionales al hecho. Efectivamente, se refiere a que sólo puede encuadrar en este tipo aquellos que actúen en calidad de autores, coautores o cómplices primarios, por lo que debe distinguirse la situación de aquellos que actúan en calidad de cómplices secundarios o subordinados. Creemos que este factor resulta fundamental en el caso peruano donde la ejecución de varias de las partes de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas (cultivo, producción, transporte, exportación y venta) implica necesariamente la presencia de tres o más personas, pero con distintos grados de participación y responsabilidad.

En efecto, en los hechos, en una organización de más de tres personas dedicadas al Tráfico Ilícito de Drogas pueden concurrir diversas formas de participación. Pero en cuanto a la individualización de la pena para aquellos que actúen en calidad de autores, o coautores del hecho, el juzgador –luego de haber valorado las diversas circunstancias que puedan concurrir– impondrá una pena a éstos que servirá de referencia para imponer la pena a los cómplices secundarios. Esto es, que la pena del autor será el marco para que el juzgador rebaje prudencialmente la pena al partícipe en sentido estricto –cómplice secundario–, pues, en principio, estos últimos no tienen la calidad que exige el tipo penal por lo que necesariamente la pena debería ser menor respecto de los autores.

Debe ser vinculante para el juzgador el verificar otras circunstancias genéricas reguladas en el Artículo 46 que pueden llevar, en este primer punto, a atenuar la pena

de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297° del Código Penal”. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 3-2005 CJ-116, Fundamento 7 d).

⁵⁰ Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 3-2005 CJ-116, Fundamento 7 a).

⁵¹ Ejecutoria Suprema de 15-10-98, EXP. N° 787-98-Callao.

para el autor. Por ejemplo, se tiene que verificar la edad, educación y medio social del agente (inciso 8 del Artículo 46 del Código Penal) o las condiciones personales o circunstancias que lleven al conocimiento del agente (inciso 11 del artículo 46 del Código Penal), pues estas circunstancias pueden resultar relevantes como factores que influyen para determinar con veracidad su participación en el delito. Del mismo modo, pueden ser importantes, por ejemplo, las carencias sociales, su cultura y costumbres (incisos 1 y 2 del artículo 45 del Código Penal)⁵². De acuerdo a las circunstancias que puedan aparecer en un caso concreto y en función a fines preventivos especiales, estos aspectos podrían incluso justificar una disminución de la pena por debajo del mínimo legal.

No cabe duda que esta agravante del delito de Tráfico Ilícito de Drogas contenida en el inciso 6 del Artículo 297 constituye una circunstancia de naturaleza específica que, por sus efectos, extiende la punibilidad de la conducta realizada por el agente. Sin embargo, ésta no podrá ser valorada aisladamente, pues si bien la conducta de un sujeto sólo puede encuadrarse en el tipo penal cuando concurran las acciones antes descritas y cuya pena se gradúa entre quince y veinticinco años, ello constituye sólo la fase de la imputación de la conducta al sujeto infractor. La segunda fase –técnica y valorativa– está referida a los efectos de determinar la pena en concreto, teniendo en cuenta el margen establecido en la ley, para quien realiza esta forma agravada del tipo base (Art. 296° C.P.); de manera que el juzgador tiene que, necesariamente, recurrir a todos los criterios antes descritos referidos a la concurrencia, también de circunstancias genéricas o atenuantes, fines preventivos generales o especiales y cualidades personales del autor para graduar debidamente la pena proporcional al hecho cometido.

Esto supone que el agravante sólo sirve para efectos de imputación de conductas, mientras que para graduar el quantum de pena, a partir del incremento establecido por el legislador, se debe recurrir a lo establecido en los artículos 45 y 46 del Código Penal, a los fines preventivos de la pena y al concepto superior de responsabilidad penal, que permitirá imponer una pena adecuada proporcionalmente a la gravedad del hecho delictivo. En efecto, la siguiente sentencia desarrolla esta idea y señala que: *“Para los efectos de la pena o individualización de la misma, el Juez debe tener en cuenta en principio la pena tipo, esto es, la que considera la norma penal en la parte que subsume la conducta dentro de sus parámetros mínimo y máximo, pudiendo imponerla por debajo del mínimo legal sólo cuando concurran atenuantes generales o específicas jurídicamente válidas; así mismo, debe compulsar obligatoriamente los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45 y 46 del Código Penal; teniendo en cuenta, además, el principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, descrita en el artículo VIII del*

⁵² Esto es particularmente relevante en algunos casos de transporte terrestre donde participan jóvenes de comunidades urbanas y rurales con deseos de ganar dinero y dispuestos a elegir una alternativa riesgosa.

Título Preliminar de nuestro Código penal; en ese sentido, en el caso de autos la pena impuesta al procesado no se condice con la realidad, toda vez que conforme se aprecia al atestado policial, el procesado si bien fue detenido in fraganti en posesión de relativa cantidad de droga –doscientos cuatro gramos– colaboró con la investigación judicial al describir los hechos, móviles y participación de cada uno de sus co-procesados; además no se ha tomado en cuenta que no tiene antecedentes por hechos similares, su edad al momento de los hechos era de veintitrés años, su grado de instrucción, primer años de educación secundaria, todo ello nos lleva a imponer una sanción por debajo del mínimo legal ...⁵³”. Esta sentencia corresponde a un caso de Tráfico Ilícito de Drogas en el que se rebajó la pena a uno de los procesados debido a que no se evaluó la concurrencia de otras circunstancias genéricas, lo que ocasionó que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema atenúe la graduación de la pena, pero de forma independiente a los otros procesados en el delito.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que para la determinación y graduación de la pena en concreto no se debe tener en cuenta la circunstancia agravante, puesto que ésta es parte de la exigencia objetiva del tipo –imputación del hecho–. La fase técnica valorativa de la individualización de la pena tiene como eje rector al *principio de proporcionalidad* que se traduce en la verificación de otros tipos de circunstancias concomitantes al hecho y de los fines que se persigue con la imposición de una pena, que pueden llevar a que ésta se imponga, incluso, por debajo del mínimo legal aunque la conducta imputada esté bajo la forma agravada del tipo, cualquiera que sea, como el que ocurre en el tipo agravado del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Efectivamente, la propia Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido: *“Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de la represión penal, sino que además debe tenerse en cuenta los fines que se persigue con la misma, por lo que, atendiendo a las condiciones personales del acusado, así como la forma, modo y circunstancias de la comisión del evento delictivo; previstas en el artículo 46 del Código penal, y en observancia a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del código acotado, debe rebajarse prudencialmente la pena impuesta, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 300° del Código de Procedimientos Penales...⁵⁴”*.

⁵³ Sala Penal Transitoria, R.N. N° 557-2003-Tacna, en: CASTILLO ALVA, J. L., *Jurisprudencia penal 3, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijjely, 2006.p. 353.

⁵⁴ Ejecutoria Suprema, Sala Penal Permanente, EXP. N° 080-2004-Lima, NORMAS LEGALES, Jurisprudencia penal, Tomo II, 2005, p. 14

V. Aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas: un caso ilustrativo

El Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos (CIDDDH), a través de su Consultorio Jurídico y numerosas entrevistas con internas del E.P. Anexo De Mujeres Chorrillos, ha observado un gran número de casos de mujeres detenidas por Tráfico Ilícito de Drogas y sentenciadas de conformidad al Artículo 297 del Código Penal. Además de cumplir penas privativas de libertad altas, estas mujeres no pueden acogerse a los beneficios penitenciarios. Sin embargo, su grado de participación en el hecho delictivo no justifica la aplicación de una pena privativa de libertad tan severa y sin acceso a medidas resocializadoras.

Esta parte del trabajo de investigación analiza desde un punto de vista no sólo jurídico sino también sociológico la aplicación de la ley que regula la penalidad de las formas agravadas de Tráfico Ilícito de Drogas cuando el hecho es cometido por tres o más personas (Artículo 297 del Código Penal inciso 6). El análisis se enfocará en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, un caso ilustrativo de numerosas mujeres que tienen vínculos conyugales o familiares con los autores directos del delito y se encuentran en el lugar de los hechos al momento de la intervención policial, y resultan encausadas penalmente, a pesar de no tener una vinculación suficiente y relevante con tales actividades delictivas – casos para los cuales la ley prevé una pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

5.1 El Caso de Carmen Rosa Romero Carreño: la justicia en los procesos por tráfico ilícito de drogas

5.1.1 Hechos

Carmen Rosa Romero Carreño y su conviviente S.F.C.M. vivían en el Asentamiento Humano “Héroes del Cenepa” del distrito de Ventanilla (Callao). Ella se dedicaba durante el día a realizar trabajos domésticos en diversos lugares, mientras que su conviviente atendía una pequeña tienda que funcionaba en su vivienda y se quedaba en compañía de su hijo menor y dos hijos de una primera relación. Carmen Rosa Romero tenía conocimiento de que S.F.C.M. era consumidor de drogas y, por versión de sus vecinos, sospechaba que durante su ausencia éste se dedicaba a la venta de droga al menudeo, situación que se veía obligada a soportar debido no sólo a la relación de convivencia entre ambos, sino además por temor a las amenazas y la agresión física de la que había sido objeto en varias oportunidades por parte de su conviviente.

Para el desarrollo del comercio ilícito de drogas, el conviviente de Carmen Rosa Romero Carreño contaba con la colaboración de J.A.G.P., quien también era consumidor

habitual de droga, y que hacía las funciones de “pasero” (persona encargada de entregar la droga a los clientes) a cambio de una retribución económica o pequeñas cantidades de droga. De acuerdo con la información que aparece en el expediente judicial, el 15 de junio de 2007 efectivos de la División de Operaciones Especiales (DOPE) de Ventanilla (Callao) intervinieron el inmueble que ocupaban Carmen Rosa Romero Carreño y su conviviente en el Asentamiento Humano “Héroes del Cenepa”. Esta intervención no fue circunstancial sino producto de un operativo policial previamente planeado a raíz de haber detectado por “acciones de inteligencia” que en dicho lugar se microcomercializaba droga.

Durante el operativo policial, se detuvo a Carmen Rosa Romero Carreño y a J.A.G.P., mientras que su conviviente S.F.C.M. huyó del lugar. El registro domiciliario consigna el hallazgo de una bolsa plástica con ciento cincuenta envoltorios de papel de periódico que contenían droga⁵⁵, que fue encontrada dentro de una olla en la cocina. Del mismo modo, se registró un inmueble contiguo –de propiedad de la hermana de Carmen Rosa Romero Carreño pero que se encontraba bajo su cuidado–, donde se halló igualmente en la cocina una bolsa con cincuenta envoltorios de droga y, enterrados en el dormitorio, ciento noventa envoltorios y dos bolsas pequeñas que contenían drogas. Es importante señalar que estas diligencias se realizaron sin la presencia de un Fiscal, lo cual puede terminar afectando la legalidad de las pruebas. El 10 de julio de 2007, casi un mes después, personal policial de la Comisaría de Ventanilla –también por “acciones de inteligencia” e “información confidencial”– intervino nuevamente el inmueble de propiedad de Carmen Rosa Romero Carreño y capturó a su conviviente S.F.C.M., quien fue detenido en posesión de una bolsa con 6.9 gramos de droga. Durante el registro domiciliario se hallaron en el dormitorio noventa y seis envoltorios de papel que contenían droga.

5.1.2 Aspectos relevantes de la investigación policial

De acuerdo con la versión de Carmen Rosa Romero Carreño⁵⁶, la intervención policial se produjo de manera violenta y sin ninguna explicación por parte de los efectivos de la DOPE de Ventanilla acerca de los motivos que justificaban el operativo. Esta violencia se habría traducido, principalmente, en el maltrato físico al hijo mayor de Carmen Rosa Romero Carreño a pesar de que éste sufre de problemas mentales. Otro de los aspectos señalados por Carmen Rosa Romero Carreño se relaciona con el hecho de no haber presenciado el registro practicado en los inmuebles que ocupaba, lo que le impidió tener certeza sobre la veracidad de los hallazgos consignados por la Policía;

⁵⁵ Pasta Básica de Cocaína y Clorhidrato de Cocaína.

⁵⁶Entrevista realizada el 24 de febrero de 2012 en el Establecimiento Penal de Mujeres de Chorrillos.

y que, finalmente, habría sido el motivo por el que se negó a firmar el acta de la intervención.

No obstante, el cuestionamiento a la intervención policial no parte de la versión de Carmen Rosa Romero Carreño sobre los hechos, sino de la circunstancia concreta y probada de la ausencia de un Fiscal que prestara garantía de legalidad sobre la forma en que se produjo la intervención policial, principalmente, en lo relacionado al respeto de los derechos fundamentales de los intervenidos y los resultados de los registros practicados en el domicilio de Carmen Rosa Romero Carreño y el registro personal a ésta y a J.A.G.P., quien no habría sido detenido en el interior del inmueble, sino de manera circunstancial. La ausencia de un Fiscal resulta claramente contradictoria con el hecho de que se tratara –según la propia versión policial– de un operativo planificado producto de “acciones de inteligencia”. Bajo este supuesto, resultaba plenamente exigible al personal policial a cargo de la intervención, haber tenido la posibilidad de dar cuenta al Ministerio Público del operativo y solicitar la presencia de un Fiscal para garantizar la legalidad de la actuación policial, los derechos de los intervenidos y dar fe de los hallazgos y resultados obtenidos a consecuencia del operativo. Esta omisión, más aún tratándose de delitos graves como el tráfico ilícito de drogas, constituye un cuestionamiento de entrada al origen mismo de la imputación, puesto que –como suele suceder en casos de esta naturaleza– la principal fuente de prueba que se aporta al proceso está constituida por las actuaciones a nivel prejudicial y los hallazgos efectuados por la Policía. Si tales actuaciones no cuentan con la mínima garantía de la presencia del Ministerio Público, es posible cuestionar la legalidad de la prueba, en cuanto a que ésta haya sido obtenida mediante la vulneración de los derechos fundamentales de las personas intervenidas.

Carmen Rosa Romero Carreño señala igualmente que producida la intervención policial, fue detenida y conducida conjuntamente con sus hijos –dos menores de edad y uno con problemas de salud mental– a la dependencia policial, donde habrían permanecido separados de su madre durante varias horas e incluso pernoctado, hasta que fueron recogidos por la hermana de Carmen Rosa Romero Carreño. Esta circunstancia –la permanencia de sus hijos en la dependencia policial– habría constituido de plano un elemento de presión psicológica –utilizado además deliberadamente por el personal policial– para la aceptación de los cargos formulados en su contra y de la versión policial acerca de la forma y circunstancias en que se produjo el operativo realizado en su domicilio. Carmen Rosa Romero Carreño también afirma haber sido presionada para firmar los documentos policiales sobre la base de una inminente imputación del delito de Tráfico Ilícito de Drogas y su posterior encarcelamiento. No obstante, reconoce haber leído su manifestación policial, que el Fiscal se encontraba presente y que estuvo de acuerdo con lo que se consignó en el acta de esta diligencia.

5.1.3 Proceso judicial

Carmen Rosa Romero Carreño fue procesada junto con su conviviente S.F.C.M. y J.A.G.P., por el delito contra la salud pública –Tráfico Ilícito de Drogas agravado, previsto en el Artículo 296segundo párrafo⁵⁷ concordante con el agravante del Artículo 297 inciso 6 del Código Penal, que corresponde a la figura del Tráfico Ilícito de Drogas a través de una organización criminal⁵⁸. La instrucción fue tramitada por el Primer Juzgado Mixto de Ventanilla– Callao y el juicio oral se llevó a cabo ante la Primera Sala Penal de la Corte Superior del Callao y culminó con la sentencia expedida el 28 de agosto de 2009, que condenó a Carmen Rosa Romero Carreño y a sus co-procesados como autores del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado y le impuso una condena de trece años de pena privativa de libertad, mientras que a S.F.C.M. y J.A.G.P. les impuso quince años de pena privativa de libertad, 180 días-multa e inhabilitación por el término de dos años, así como una reparación civil solidaria de Dos Mil Nuevos Soles a favor del Estado. Los procesados interpusieron Recurso de Nulidad y el expediente fue elevado a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que con fecha 29 de abril de 2010 y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo, declaró No Haber Nulidad en la sentencia condenatoria, con lo que ésta quedó firme y ejecutoriada.

5.1.4 Fundamentos y razonamiento de la sentencia y la Ejecutoria Suprema

Los fundamentos de la sentencia del 28 de agosto de 2009 expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior del Callao pueden resumirse de la siguiente manera:

- La materialidad del delito se encuentra probada con las actas de incautación y las pericias químicas practicadas que acreditan que la droga incautada en ambos inmuebles sobrepasa los límites legales de la microcomercialización (en el caso de pasta básica de cocaína, 50 gramos).

⁵⁷Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas

(...)El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa.(...)"

⁵⁸Artículo 297.- La pena será privativa de libertad no menor de quince años; de ciento ochenta a trescientos sesentaicinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8, cuando (...) 6. El hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o de insumos químicos o productos para la elaboración ilícita de drogas." Artículo vigente al momento de los hechos, modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 29037, publicada el 12 de junio de 2007.

- S.F.C.M. ha aceptado los cargos y su responsabilidad –se acogió a la conclusión anticipada–, ha reconocido la posesión de la droga, que es consumidor habitual de droga y que se dedica a la microcomercialización de drogas.
- Carmen Rosa Romero Carreño sabía que su conviviente S.F.C.M. se dedicaba a la venta de drogas al menudeo y no lo denunció por encontrarse bajo amenaza y haber sido inclusive golpeada por el mencionado acusado.
- Se trata de un delito continuado, un actuar delictivo prolongado que constituía el modus vivendi de los acusados y que éstos vivían de la venta ilícita de droga.

Por su parte, la Ejecutoria Suprema del 29 de abril de 2010 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que declaró No Haber Nulidad en la sentencia condenatoria, fundamenta su decisión de confirmar la condena y la pena impuesta en los siguientes argumentos:

- Carmen Rosa Romero Carreño admitió a nivel policial y en su declaración instructiva que aceptó que su co-procesado S.F.C.M. venda droga en su domicilio y que realice estas transacciones ilícitas a través de su tienda.
- Las actas de registro domiciliario y las pericias químicas acreditan el hallazgo de la droga y si bien es cierto el acta no se levantó en presencia de la acusada, en el caso del segundo inmueble, ésta ha admitido a nivel judicial que tenía acceso al inmueble y lo frecuentaba.
- Si bien el registro domiciliario no contó con la presencia del representante del Ministerio Público, ello no lo deslegitima porque por la naturaleza de la intervención policial se requería una actuación inmediata.
- La responsabilidad de S.F.C.M. se encuentra acredita con el acta de visualización del video que muestra a una persona de sexo masculino que atendió en la ventana del inmueble a otras cuatro personas de sexo masculino, que una de ellas le entregó dinero y que a su vez éste le entregó envoltorios de papel tipo “ketes”; y, que en esta diligencia Carmen Rosa Romero Carreño reconoció a dicha persona como su conviviente.
- Los acusados estuvieron en posesión de drogas destinadas a su tráfico ilícito, que existió un trabajo concertado para la materialización de los hechos y donde cada uno de ellos tenía un rol específico.
- El delito reviste gravedad al haberse perpetrado con la participación de tres personas y que a cada uno de ellos le correspondió una función determinada, por lo que se les aplicó la pena que proporcionalmente les corresponde.

5.2 Aplicación de las reglas sobre el Principio de Proporcionalidad de las Penas para el caso de Carmen Rosa Romero Carreño

Expuestos en las partes anteriores los criterios generales que orientan la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y la determinación judicial de la pena, de manera general y también específicamente relacionados al delito de Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad agravada, corresponde analizar si tales límites y criterios han sido efectivamente respetados en el caso concreto. En primer lugar, en cuanto al denominado *test de proporcionalidad* para el análisis de los presupuestos que permiten la restricción de los derechos fundamentales en un caso concreto, a partir de los *principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, es necesario tener en cuenta que en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, el legislador ha optado por una sanción extremadamente elevada del delito, de acuerdo a ciertas formas de comisión del hecho y en atención al carácter pluriofensivo del delito que puede, en teoría, lesionar un número indeterminado de bienes jurídicos.

Las circunstancias agravantes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas previstas en el Artículo 297 del Código Penal tienen una pena conminada no menor de quince ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad. De acuerdo con el *principio de idoneidad*, estas penas deberían ser adecuadas para alcanzar los objetivos previstos, por un lado, relacionados con la prevención general –inhibir determinadas conductas consideradas delictivas mediante la coacción psicológica de la pena–; y, por el otro, fines de prevención especial –dirigida al autor del delito con una finalidad resocializadora y para evitar la comisión de nuevos delitos.

Sobre el primer aspecto, puede afirmarse que no existe evidencia empírica que respalde la idoneidad de las penas altas con fines de prevención general en el caso de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y microcomercialización. De acuerdo con las cifras oficiales, las detenciones por Tráfico Ilícito de Drogas, microcomercialización de droga y consumo de drogas aumentaron entre los años 2004 y 2008⁵⁹; por lo que puede afirmarse que la existencia de penas severas para estos delitos no ha tenido el efecto desmotivador pretendido por el legislador. Con relación a la prevención especial, en el caso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas del Artículo 297 Código Penal, resulta contrario a estos fines la imposición de una pena no menor de quince años, cuya ejecución no permite el acceso a ninguno de los beneficios penitenciarios. En el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, la condena impuesta de trece años de pena privativa de libertad deberá ser cumplida en su totalidad, sin que resulte relevante que se haya logrado o no el fin resocializador de la pena, por cuanto –de acuerdo con las normas de ejecución penal actualmente vigentes– en ningún caso podrá obtener la redención

59 Ver Gráfico 1

de la pena por el trabajo o el estudio, la semilibertad ni la liberación condicional. Esto significa que para el caso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, la llamada prevención especial se encuentra vacía de contenido y la pena, por tanto, se aplica independientemente de que se obtengan o no los objetivos que supuestamente persigue. Esto es grave ya que no cumple con uno de los fines primordiales de la pena y atenta contra diversos instrumentos internacionales.

Respecto del *principio de necesidad* resulta claro que para el caso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas previsto en el Artículo 297 del Código Penal, el legislador ha establecido la imposición de una pena como única alternativa a la solución del conflicto y no proporciona al juzgador ningún otro medio que le permita alcanzar los mismos fines. Conforme a este principio, la graduación de la pena debería tener un quantum que no sea excesivamente gravoso para el infractor, pero que sea eficaz para los fines planteados con su imposición. Como hemos dicho, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, la imposición de una pena privativa de libertad de trece años sin posibilidad de beneficios penitenciarios y sin acceso real a las medidas de resocialización, resulta sumamente gravosa e innecesaria, en la medida que no resulta eficaz desde el punto de vista de la prevención general ni la prevención especial⁶⁰.

El análisis de la *proporcionalidad en sentido estricto*, entendida como el equilibrio entre la gravedad del injusto con la gravedad de la pena a imponerse, importa también verificar que el juzgador haya tomado en cuenta criterios objetivos, reglas, circunstancias personales o aquellas circunstancias que rodearon la comisión del hecho, así como las necesidades preventivas generales o especiales. En el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, la imposición de una pena en calidad de autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado previsto en el artículo 297 inciso 7 del Código Penal, implica una vulneración a este principio, en la medida que –como precisaremos más adelante– el tribunal de juzgamiento no realizó un análisis riguroso sobre su efectiva participación en la comisión del delito ni sus condiciones personales ni familiares que resultan determinantes.

En segundo lugar, en nuestra opinión, los problemas de proporcionalidad de la pena en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño parten desde la aplicación de las reglas de participación del delito por el juzgador y la falta de rigor del tribunal para analizar la naturaleza de su aportación al hecho delictivo. La calificación de su conducta como autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado sobre la base de que “sabía que su conviviente vendía droga” y que “permitió que su conviviente venda droga en su domicilio” tiene consecuencias radicalmente distintas a aquellas que se hubieran producido si la imputación se hubiera realizado a título de partícipe o cómplice secundario. Justamente, el elemento diferenciador en la autoría y la participación es el

60 Así lo demuestra la experiencia del Consultorio Jurídico del CIDDH.

relacionado a la punibilidad, que incide sobre la determinación concreta de la pena para las distintas formas de intervención en el hecho delictivo. En tal sentido, la arbitrariedad del tribunal para atribuir a Carmen Rosa Romero Carreño la calidad de coautor del delito a pesar de su escasa contribución a la comisión del delito, tiene un efecto concreto sobre la configuración propia del *principio de proporcionalidad*, dado que la pena para el coautor es mayor que para el partícipe –cómplice– en sentido estricto.

Al atribuir a Carmen Rosa Romero Carreño la calidad de coautor independiente, la pena que le corresponde –de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 23, 24 y 25⁶¹ del Código Penal– se equipara a la del autor directo del delito, aún cuando su participación se limite a un fragmento necesario para la configuración del hecho. Lo mismo hubiera sucedido en caso de atribuirle la condición de cómplice primario, definido como aquel “*que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor*”, a quienes se debe imponer la pena que corresponde al autor del delito. Sin embargo, si su conducta hubiera sido comprendida dentro de los alcances de los partícipes o cómplices secundarios, entendidos como los “*que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia*” para la comisión del hecho, le hubiera correspondido a Carmen Rosa Romero Carreño una disminución prudencial de la pena, conforme a la regla del Artículo 25 del Código Penal.

En tercer lugar, además del marco abstracto que brinda la teoría de la participación para delimitar el grado de aportación de los intervinientes y su calificación como autor o partícipe, el juzgador tiene que remitirse necesariamente a las circunstancias que forman parte del comportamiento de cada individuo, considerado aisladamente. Sobre este aspecto, encontramos que, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, ni el tribunal de juzgamiento ni la Corte Suprema realizaron un análisis de estas circunstancias personales para efectos de la graduación de la pena a imponerle, conforme a la regla del Artículo 26 del Código Penal, según el cual, “*las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los autores y partícipes del mismo hecho punible*”. De acuerdo con esta norma, estas circunstancias y cualidades personales de Carmen Rosa Romero Carreño debían haber sido tomadas en cuenta de forma aislada del resto de sus co-procesados al momento

61 “Artículo 23.- Autoría y Coautoría El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.”

“Artículo 24.- Instigación El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho no punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.”

“Artículo 25.- Complicidad primaria y secundaria El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”

de la individualización de la pena. Sin embargo, las sentencias condenatorias de primer y segundo grado adolecen claramente de motivación sobre estos aspectos.

En cuarto lugar, con relación a las circunstancias genéricas para la determinación de la pena, la sentencia que condena a Carmen Rosa Romero Carreño como autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado y la Ejecutoria Suprema que la confirma, tampoco contienen un análisis en el sentido de lo dispuesto en el Artículo 46 del Código Penal. Esto resulta preocupante, en la medida que la determinación de la pena sin tomar en cuenta estos criterios impide una correcta ponderación y una respuesta equilibrada para imponer una pena proporcional al hecho cometido. Un somero análisis de estas circunstancias genéricas, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, permite observar lo siguiente:

1. En cuanto a la *naturaleza de la acción*, la sentencia hace referencia a que se trata de un delito continuado, un actuar delictivo prolongado que constituía el *modus vivendi* de los acusados y que éstos vivían de la venta ilícita de droga. Sin embargo, la prueba citada en la sentencia como sustento de la responsabilidad de Carmen Rosa Romero Carreño en el delito, no contiene ninguna referencia a que ésta haya participado de manera activa en la venta de la droga o haya realizado actos comisivos destinados a la realización del tipo penal.
2. En cuanto a *los medios empleados*, entendido como agravante relacionado a la peligrosidad del agente en función de las formas usadas para cometer el ilícito, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño no concurre ningún elemento que pueda ser comprendido dentro de estos alcances.
3. En cuanto a la *importancia de los deberes infringidos*, se verifica igualmente en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño no concurre ningún deber especial del agente en relación al bien jurídico vulnerado, por lo que esto puede ser entendido como una circunstancia atenuante.
4. En cuanto a la *extensión del daño o peligro causado*, debe tenerse en cuenta que el delito de Tráfico Ilícito de Drogas corresponde a la protección de un bien jurídico difuso como es la salud pública y otros, puesto que se trata de un delito de peligro abstracto que no requiere la existencia efectiva de la lesión. En tal sentido, la cuantificación o delimitación del daño o peligro efectivamente causado –y atribuible al agente– resulta muy difícil de establecer dentro de márgenes de certeza.
5. Con relación a *las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión y los móviles y fines* para la comisión del delito, éstos pueden ser comprendidos como atenuantes o agravantes, según el caso; sin embargo, en el caso concreto de los actos atribuidos a Carmen Rosa Romero Carreño no advertimos la concurrencia de

circunstancias especiales de comisión del delito que resulten relevantes para efectos de la determinación de la pena.

6. En cuanto a *la unidad y pluralidad de los agentes*, esta agravante no puede ser tomada en cuenta para el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, por cuanto la circunstancia de la existencia de una pluralidad de agentes para la comisión del delito constituye justamente la forma agravada prevista en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal, por lo que este elemento no podría ser tomado en cuenta por segunda vez para justificar la imposición de una pena mayor.
7. Los aspectos relacionados a *la edad, educación, situación económica y medio social* quizás sean los más relevantes en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, respecto de que debía tomarse en cuenta que poseía tres hijos, dos menores de edad y uno mayor con problemas de salud mental, que su detención y la de su conviviente habían dejado además a sus hijos en situación de desamparo, que se trataba de una persona de escasos recursos económicos y que habitaba en una vivienda rústica ubicada en uno de los cinturones de pobreza de la capital. Nada de esto aparece, por lo menos mencionado, en la sentencia judicial.
8. Las circunstancias atenuantes referidas a *la reparación espontánea del daño y la confesión sincera*, relacionadas al reconocimiento voluntario de la comisión del delito y la voluntad de reparación del daño, no concurren en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño quien de manera uniforme se declaró inocente de los cargos formulados en su contra.
9. En cuanto a *las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente*, una averiguación acerca de la personalidad de Carmen Rosa Romero Carreño hubiera resultado de gran utilidad para establecer con un mayor grado de certeza cuáles fueron sus posibilidades reales de conocer y reaccionar frente a las actividades ilícitas de su conviviente.
10. En cuanto a *la reincidencia y habitualidad*, tales circunstancias agravantes no concurren en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, quien carecía de antecedentes por la comisión de un delito.

En quinto lugar, finalmente, corresponde efectuar un análisis sobre la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes que puedan incidir en la determinación de la pena dentro de los límites de proporcionalidad. Como se ha dicho, existen tipos penales cuya forma agravada se configura a partir de la concurrencia de dos o más personas en el hecho delictivo y, en consecuencia, se agrava la pena por el peligro que representa la ejecución en grupo del hecho. Esto está previsto en el Artículo 46 inciso 7 del Código Penal, el mismo que precisa que para graduar la pena se tiene que tener en cuenta la unidad o pluralidad de agentes; por lo tanto, cuando exista una pluralidad de agentes, la pena será mayor. En el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, en el

hecho delictivo concurren otras dos personas, pero de acuerdo a la naturaleza de su aportación, ella debió ser calificada como cómplice secundario, por lo que la pena a imponerle habría sido significativamente distinta a la de sus co-procesados, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal, que establece la reducción de la pena prudencialmente para en el caso de los cómplices secundarios y elimina la agravante por pluralidad de agentes.

En último término, un aspecto señalado en la sentencia acerca de que Carmen Rosa Romero Carreño *“sabía que su conviviente S.F.C.M. se dedicaba a la venta de drogas al menudeo y no lo denunció por encontrarse bajo amenaza y haber sido inclusive golpeada por el mencionado acusado”*, conduce a un cuestionamiento acerca de la omisión del tribunal en ahondar su juicio respecto a la veracidad de las declaraciones de la acusada, puesto que de verificarse tales circunstancias podríamos estar frente a una causa de justificación: el *estado de necesidad exculpante* previsto en el Artículo 20 del Código Penal, que exime de responsabilidad penal al que *“ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”*. Una mayor indagación en este sentido –a través, por ejemplo, de una pericia psicológica– hubiera permitido verificar si, efectivamente, Carmen Rosa Romero Carreño se encontraba viviendo bajo una situación de violencia familiar que le impedía reaccionar u oponerse a las actividades que realizaba su conviviente relacionadas al Tráfico Ilícito de Drogas.

VI. Costos de la criminalización de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas

Ahora bien, esta parte del estudio pretende analizar, desde un punto de vista utilitario, la relación costo-beneficio que justificase la implementación de las políticas actuales de lucha contra el Tráfico Ilícito en cuanto a control de la oferta se refiere. Para efectos de esta parte, se analizaron diversos documentos oficiales de índole económica.

Según el “Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú” (2010) elaborado por DEVIDA los gastos económicos en lo que a drogas para el año 2010 se refiere se reparten de la siguiente forma:

- 1) Costos laborales y de productividad (255 millones de dólares – 57.4%)
- 2) Gastos gubernamentales (105 millones de dólares – 23.8%)
- 3) Costos de atención sanitaria (50 millones de dólares – 11.3%)
- 4) Daños a la propiedad (33 millones de dólares – 7.5%)⁶²

Como podemos observarlo, los costos laborales y de productividad son los más elevados en comparación con otros costos asociados al consumo de drogas, sean legales o ilegales. Sin embargo, a efectos del siguiente análisis de los costos de la judicialización de los delitos en materia de Tráfico Ilícito de Drogas, nos enfocaremos más en los gastos gubernamentales y, de manera específica, en el control de la oferta. Según el estudio arriba mencionado, los gastos gubernamentales de control de la oferta y demanda para el año 2010 se reparten de la siguiente forma:

- 1) Reducción de la oferta (91 millones de dólares – 86%)
- 2) Tratamiento (8 millones de dólares – 7.6%)
- 3) Prevención (4 millones de dólares – 3.5%)
- 4) Planeamiento – Investigación (3 millones de dólares – 2.9%)⁶³

Desde 1996, se elaboraron en el Perú tres estrategias quinquenales de lucha contra las drogas impulsadas en gran parte por presiones externas más que por voluntad propia. Las bases de la última estrategia nacional (2007-2011) eran: 1) detener y prevenir la expansión y consolidación del narcotráfico a nivel social, político, económico y ambiental; 2) asumir el problema como responsabilidad de todos los peruanos a través de la participación ciudadana y de la sociedad civil; y 3) cohesionar y dar consistencia a la intervención haciendo hincapié en la prevención del consumo, de la producción y del tráfico ilícito así como en el decomiso de drogas, el control de insumos químicos y del lavado de activos, la erradicación y, finalmente, el desarrollo alternativo. Así mismo, los tres objetivos estratégicos que planteó eran: 1) la prevención del consumo; 2) la interdicción; y 3) el desarrollo alternativo.

En términos económicos, observamos, entre el año 2002 y 2010, un crecimiento generalizado de los gastos del Estado en un 690.7% por estrategia de intervención entre los años 2002 y 2010⁶⁴. Las estrategias de interdicción siguen superando los presupuestos asignados a otras estrategias como la prevención, el control de salud o el desarrollo alternativo. A pesar de un crecimiento generalizado en términos de control de salud, desarrollo alternativo y prevención, se puede observar que el planeamiento institucional – incluyendo la investigación – no constituye una prioridad en el marco de la lucha contra las drogas. A modo de ejemplo, para el año 2010, se le asignó a las estrategias de interdicción el 70% de los gastos gubernamentales directos asignados a la lucha contra las drogas. Los fondos restantes se reparten de la siguiente manera: 16% en desarrollo alternativo, 8% en control de salud, 3% en prevención y

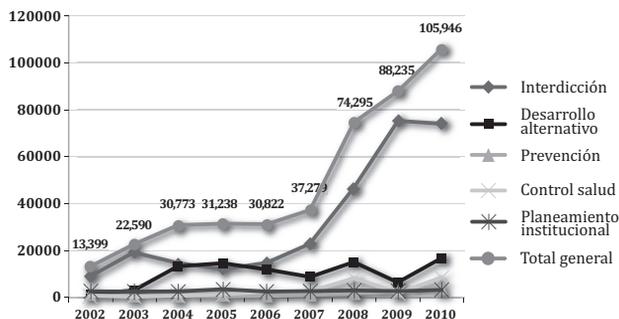
62 DEVIDA y OPD, Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú, Lima, 2010.

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*

3% en planeamiento institucional. Cabe mencionar que los gastos gubernamentales asignados a estrategias de reducción de la oferta necesitan ser reorientados hacia una mayor sostenibilidad y eficiencia como lo veremos más adelante. En lo que se refiere a los gastos gubernamentales asignados a estrategias de reducción de la demanda, éstos siguen relativamente bajos e insuficientes.

Gráfico 2: Gastos gubernamentales directos por estrategia de intervención (2002-2010) (miles de dólares)⁶⁵



En cuanto a la composición del gasto gubernamental en términos de control de la oferta y demanda de drogas en el país, observamos que las estrategias de control de la oferta –es decir la erradicación, el control de insumos químicos fiscalizados, la lucha contra el lavado de activos, etc. –representan un costo mayor en comparación con las estrategias de control de la demanda– es decir prevención y tratamiento. A continuación, pasaremos a detallar los costos asociados a las estrategias de reducción de la oferta tanto a nivel prejudicial como judicial y penitenciario. Dicho análisis entre los presupuestos nos permitirá apreciar el grado de proporcionalidad e idoneidad de las medidas adoptadas para luchar contra el Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú. O si, por el contrario, es necesario un reajuste de los recursos disponibles.

Como lo mencionamos en el párrafo anterior, este ejercicio no contempló los gastos gubernamentales en la reducción de la demanda, ya que el presente documento pretende analizar la relación costo-beneficio de las políticas criminales de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas. Viste una importancia fundamental ya que nos permite apreciar la orientación de los gastos destinados al control de la oferta de drogas en el país. A efectos de obtener datos concretos, se analizó toda una serie de documentos oficiales que nos permiten examinar en detalle la composición del gasto gubernamental por entidad. Sin embargo, no ha sido tarea fácil en términos de accesibilidad de la

⁶⁵ *Ibid.*

información financiera desagregada por entidad por lo que recurrimos, en algunos casos, a cálculos realizados en base al número total efectivos policiales, militares o penitenciarios, así como al salario promedio en función de las escalas remunerativas por entidad. Por otro lado, se buscó llegar a una aproximación anual de dicho gasto. Pero, como ya lo mencionamos, la información disponible es escasa por lo que se analizaron datos comprendidos entre los años 2008 y 2012.

Cuadro 4: Gastos asociados a la fiscalización del Tráfico Ilícito de Drogas

Institución	Labor	Recursos humanos	Recursos financieros (Soles)	Otras fuentes de financiamiento (Soles)	%
DIRANDRO	Dirección Especializada Y Sistémica de la PNP encargada de la persecución de actividades de TID	2800 efectivos	86,723,517 ⁶⁶ (6,000,000 US FUNDING ⁶⁷ , 3,462,128 soles PIR 2011 ⁶⁸)		7.42%
CORAH	Programa de Ministerio del interior a cargo de la erradicación de cultivos de coca en el Alto Huallaga	Aproximadamente 820 erradicadores, 310 efectivos policiales DEPOES-DIVOEAD (4 de la Unidad Canina) ⁶⁹	30,156,450 ⁷⁰		2.58%
DIRAVPOL	Órgano de Apoyo Especializado de la PNP encargado de las operaciones aeropoliciales	640 efectivos	19,667,250 ⁷¹ (8,391,360 GOP combustible)		1.68%
FP HUALLAGA	Territorial de la PNP, jurisdicción en territorio del Alto Huallaga, que comprende Huánuco-San Martín. Responsable de la lucha contra TID y terrorismo	1430 efectivos aproximadamente, 60 oficiales y 1370 suboficiales	3,404,050 ⁷²		0.29%

66 DEVIDA, *Consulta de Ejecución del Gasto*, 9 de octubre del 2010.

67 Anónimo, *Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP*, 2011.

68 DEVIDA, Dirección de control de oferta, *Informe de transferencia de gestión de DEVIDA*, Período comprendido 29 de Julio 2006 – 30 de Junio 2011.

69 Ministerio del Interior, Proyecto especial CORAH, *Informe mensual*, Septiembre 2011.

70 Anónimo, *Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP*, 2011.

71 Anónimo, *Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP*, 2011.

72 Aproximación hecha en base al Organigrama Actual del Frente Policial Huallaga y la Escala Remunerativa del la PNP. Disponible en <http://www.pnp.gob.pe/dirtepollhuallagaorganigrama.html> (Última actualización en 2012)

MININT- ER-VRAE	Dependencia Territorial de la PNP con jurisdicción en las provincias de Ayacucho, Cuzco, Junín, Apurímac. Responsable de la lucha contra TID y terrorismo		42,978,393 ⁷³		3.68%
DEFENSA- VRAE	Dependencia del Comando Conjunto adscrita al VRAE	3000 efectivos y 19 guarniciones	290,000,000 ⁷⁴	Tres batallones de ingeniería, cada uno con un costo de 35 millones de soles ⁷⁵	33.81%
SUNAT	Entidad del Estado a cargo del cobro de impuestos, incluye el manejo de aduanas, comercio exterior, y lucha contra el contrabando (incluyendo TID)		Aproximadamente 383,855,002 ⁷⁶	3,540,105 US FUNDIN G ⁷⁷	33.16%
DICAPI	Dependencia de la marina de Guerra del Perú, ejerce control sobre actividades de puertos y flujo marítimo	10 capitanías marítimas en el Norte, 4 en el Sur; 4 capitanías fluviales; y 1 lacustre ⁷⁸	Aproximadamente 31,000,000 ⁷⁹		2.66%

73 MEF-SIAF, *Informe de la Secretaría Ejecutiva del Grupo de Trabajo Multisectorial VRAE*, 2010.

74 Inforegión, *Banco de la Nación financia la lucha antisubversiva en el VRAE y cobra intereses a FFAA*, 12 de noviembre del 2009. Disponible en <http://www.inforegion.pe/portada/41580/banco-de-la-nacion-financia-la-lucha-antisubversiva-en-el-vrae-y-cobra-intereses-a-ffaa/>

75 La República, *FFAA reactivan 3 batallones de ingeniería en el VRAE*, 19 de septiembre del 2011. Disponible en <http://www.larepublica.pe/19-09-2011/ffaa-reactivan-3-batallones-de-ingenieria-en-el-vrae>

76 MEF, *Ley N° 29812 del presupuesto del sector publico para el año fiscal 2012, Distribución del gasto del presupuesto del sector público, por pliegos del gobierno nacional a nivel de productos, proyectos y actividades (en nuevos soles)*, 9 de diciembre del 2011. Disponible en http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publico/publ/presu_2012/Anexos/Anexo5.pdf

77 Anónimo, *Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP*, 2011.

78 DICAPI, *Capitanías Guardacostas Fluviales*. Disponible en http://www.dicapi.mil.pe/capitania_fluvial.htm (Sin fecha)

79 El Comercio, *Se recortó presupuesto a la Dicapi*, 27 de Mayo del 2010. Disponible en <http://elcomercio.pe/impresal/notas/se-recorto-presupuesto-dicapi/20100527/485867>

APN	Control del flujo comercial, zonas aduaneras y administración de puertos		1,881,429 ⁸⁰		0.16%
UIF	Entidad de la SBS, a cargo de realizar investigaciones financieras para prevención y persecución de delitos de lavado de activos	40 funcionarios	5,788,810 ⁸¹	1,966,725 US FUNDING ⁸²	0.66%
PPETID	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de TID, lavado de activos y pérdida de dominio	41 abogados, 2 contadores y 43 asistentes ⁸³	8,914,777 ⁸⁴		0.76%
OFECOD	Dependencia de la PNP a cargo de la administración de bienes incautados por TID	40 personas aproximadamente 38 suboficiales y 2 oficiales	209,280 ⁸⁵		0.02%
OSINERG-MIN	Órgano regulador, encargado del manejo de combustibles (Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos)	134 empleados ⁸⁶		61,000,000 para compra de software destinado al control de compra y venta de IQ para elaboración de drogas en el país. Cofinanciado por el Ministerio de la Producción y la SUNAT ⁸⁷	5.22%

80 DEVIDA, Dirección de control de oferta, *Informe de transferencia de gestión de DEVIDA*, Período Comprendido 29 de Julio 2006 – 30 de Junio 2011.

81 GAFISUD, *Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, 2005.

82 Anónimo, *Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP*, 2011.

83 Presupuesto por resultados 2012 de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de TID, Presentación de la Dra. Sonia Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada.

84 *Ibid.*

85 Cálculo en base al salario promedio de los efectivos policiales de la Ley de remuneraciones aplicable al personal de las FFAA y PNP.

86 OSINERGMIN, *Gerencia de fiscalización de hidrocarburos líquidos*. Disponible en <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFH/SUPERVISORES%20GFHL.pdf> (Última actualización en 2010)

87 IDL-Reporteros, *¿Para qué comprar lo que ya se tiene?*, 30 de junio del 2012, Disponible en <http://idl-reporteros.pe/2011/09/29/para-que-comprar-lo-que-ya-se-tiene/>

Ministerio Público	Organismo Autónomo encargado de defender la legalidad y los DDHH	53 fiscales antidrogas	2,420,800 ⁸⁸		0.21%
Poder Judicial	Poder del estado encargado de la administración de Justicia	Fiscalías Provinciales Especializadas en Tráfico Ilícito de Drogas	1,666,871 ⁸⁹		0.14%
INPE	Instituto Nacional Penitenciario encargado de dirigir y administrar el sistema carcelario	1539 efectivos penitenciarios (952 para seguridad, 340 para administración y 246 para tratamiento) ⁹⁰	88,198,100 ⁹¹		7.55%
TOTAL		9322	996,864,729	171,506,830	1,168,371,559 (100%)

Tras un análisis exhaustivo del cuadro anterior, notamos que el total invertido en la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas es de 1,168,371,559 Nuevos Soles (100%) en términos de implementación de políticas de control de drogas en los tres niveles de aplicación de la ley (prejudicial, judicial y penitenciario) entre los años 2008 y 2012. Así mismo, notamos que 92.1% de los recursos financieros se destinan al nivel prejudicial, mientras le corresponde 0.35% al nivel judicial y 7.55% al nivel penitenciario. Observamos que mientras las políticas públicas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas hacen hincapié en el control de la oferta a nivel prejudicial, tanto el nivel judicial como el nivel penitenciario se encuentran en un estado de abandono que no les permite enfrentarse a la sobrecarga procesal que genera el nivel

88 DEVIDA, Dirección de control de oferta, *Informe de transferencia de gestión de DEVIDA*, Período Comprendido 29 de Julio 2006 – 30 de Junio 2011.

89 MEF, *Formulación del presupuesto del sector público para el año fiscal 2012, Distribución del gasto del presupuesto del sector público por pliegos del gobierno nacional a nivel de productos, proyectos y actividades* (en nuevos soles), 27 de agosto del 2011. Disponible en http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publico/publ/proye_2012/Anexos/Anexo5.pdf

90 Cálculo realizado en base al número total efectivos penitenciarios (6153) considerando que el 25% de la población penitenciaria se encuentra reclusa por casos de TID

91 Cálculo realizado en base al PIA 2012 del INPE dividido entre 4, considerando que el 25% de la población penitenciaria se encuentra reclusa por casos de TID.

prejudicial. Esta situación es un primer indicador de la desproporcionalidad en términos utilitarios, la cual se traduce por numerosos casos de abusos, detenciones arbitrarias y vulneraciones de derechos tanto a nivel prejudicial como a nivel judicial y penitenciario. Sin embargo, no hemos contemplado para los fines de este ejercicio, los costos humanos y sociales que generan las prácticas antidrogas en el Perú.

Ahora bien, es pertinente analizar la relación costo-beneficio de las estrategias de control de la oferta en el país a fin de apreciar su impacto positivo o negativo. En lo que a control de la oferta se refiere, a pesar de las iniciativas para buscar una respuesta integral, las proyecciones de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida Sin Drogas (DEVIDA) en cuanto a producción de hoja de coca y de clorhidrato de cocaína entre 2012 y 2016 son bastante pesimistas. En efecto, la producción de hoja de coca pasará de 67,000 a 78,000 hectáreas y la producción de clorhidrato de cocaína pasará de 358 a 412 toneladas métricas entre los años mencionados. La producción de hoja de coca se disparó en el Perú a finales de los años 80 por dos factores: la llegada de los carteles colombianos –en particular los de Medellín– y el efecto globo. El efecto globo es fruto de operativos policiales como por ejemplo la operación Verde Mar (1979) en el valle del Huallaga para la cual se movilizaron mil policías con el respaldo de las fuerzas armadas. La producción de hoja de coca pasó de 21,582 ha en el año 1979 a 121,300 ha en 1990 –un aumento sustancial de 462% desde inicios de la década de los ochenta.

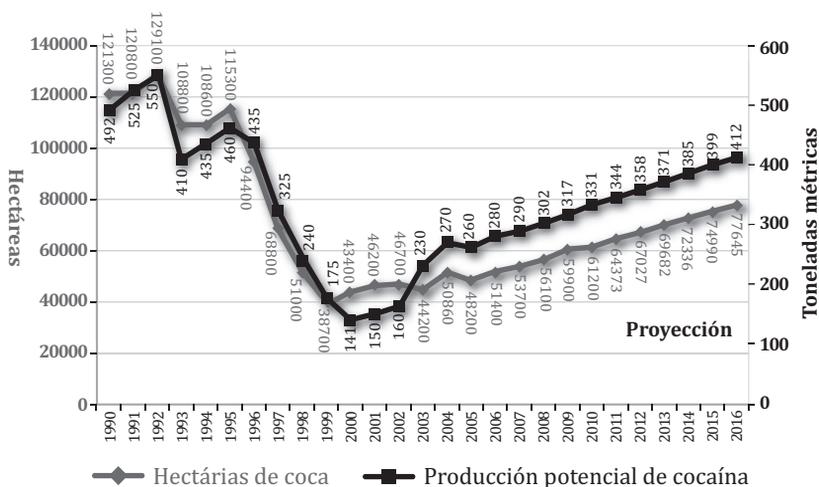
En 1992, dos años después de inicios del fujimorato, la producción de hoja de coca alcanza la cifra record de 129,100 ha. Sin embargo, frente a este fracaso de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas implementadas hasta entonces y basadas en la erradicación manual de cocales, se buscó una respuesta contundente a la problemática del narcotráfico en el Perú. Así, se llevaron a cabo operaciones de interdicción aérea entre Colombia y Perú que tuvieron un impacto profundo en la producción de hoja de coca y de clorhidrato de cocaína en el Perú⁹². En efecto, se logró reducir el número de hectáreas de coca de 121,300 ha en el año 1990 a 38,700 ha en 1999. Sin embargo, el declive de la producción de hoja de coca y de clorhidrato de cocaína no se debe solamente a la interdicción aérea sino que jugaron otros factores también como la captura de Abimael Guzmán en 1992, y la muerte de Pablo Escobar en 1993 y las ofensivas contra los carteles colombianos⁹³.

⁹² Para el año 1995, se incautaron y se destruyeron 101 aviones. En DEVIDA, Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas, *2012 – 2016: Nuevos Retos en la lucha contra las drogas*. Presentación hecha el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller “Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad”

⁹³ *Ibid.*

A pesar de una reducción significativa de la producción de hoja de coca y elaboración de clorhidrato de cocaína durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000), el año 1999 marca un paso decisivo ya que los indicadores volvieron a incrementarse paulatinamente durante los gobiernos de Alejandro Toledo y de Alan García. Este fenómeno se debe, entre otros, a los riesgos asociados a la interdicción aérea para los traficantes. Sin embargo, en el año 2001, el ejército peruano, según fuentes de la CIA, derribó un avión que transportaba a misioneros confundiendo con un avión involucrado en el Tráfico Ilícito de Drogas. Así mismo, poco a poco los carteles mexicanos han ido reemplazando a los carteles colombianos intensificando su control sobre la producción, la comercialización y la exportación de clorhidrato de cocaína desde el país— sin, por lo tanto, hablar de una mexicanización del narcotráfico en el Perú⁹⁴. Así mismo, Sendero Luminoso sigue controlando cerca de la mitad de la producción de hoja de coca (45%) a fin de financiar sus actividades.

Gráfico 3: Evolución del área de cultivo de la coca (hectáreas) y de la producción de clorhidrato de cocaína (toneladas métricas) (1990-2010) y su proyección (2012-2016)⁹⁵



94 CIDDH, *Contenidos, Retos y Propuestas para una Política Pública sobre Drogas y Narcotráfico en el Perú*, Boletín N° 3, Mayo 2011.

95 DEVIDA, Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas, *2012 – 2016: Nuevos Retos en la lucha contra las drogas*. Presentación hecha el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller “Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad”.

En la década del 2000 se observó un cambio sustancial en las políticas de control de la oferta y demanda de drogas en el Perú cuando Alejandro Toledo asume la presidencia. En efecto, los esfuerzos por contener el fenómeno del Tráfico Ilícito de Drogas se sumaron a la llamada Guerra contra la drogas liderada por las Naciones Unidas y Estados Unidos. Las políticas de lucha contra el narcotráfico se enfocaron esencialmente en la erradicación manual y en las detenciones de micro comercializadores y consumidores. Sin embargo, estas políticas cada vez más severas han desembocado en un crecimiento del flujo de demanda carcelaria en el país y han tenido un impacto negativo sobre los eslabones más débiles de la cadena del tráfico ilícito de drogas, es decir los campesinos, los productores de coca, los burriers, los microcomercializadores y, finalmente, los consumidores. Muchos de ellos, por falta de oportunidades, caen en las redes de organizaciones que se dedican al tráfico ilícito de drogas, entre otras actividades ilegales. Por último, se puede decir que a fin de luchar de forma eficiente contra el tráfico ilícito de drogas en el Perú, y dado su crecimiento cuantitativo, se promulgó toda una serie de leyes apuntando hacia una fiscalización de las distintas del Tráfico Ilícito de Drogas. Pero, como ya lo mencionas antes, se hicieron de forma errática y muy poco armoniosa, resultando en un fuerte aumento de la demanda carcelaria para casos de Tráfico Ilícito de Drogas.

Desde ya, podemos afirmar que, en retrospectiva, las políticas de control de la oferta no han surtido efecto alguno y pueden ser vistas como contraproducentes, en el caso de los países andinos y particularmente del Perú. En efecto, de seguir las mismas políticas, la producción de hoja de coca pasará de 67,000 a 78,000 hectáreas y la producción de clorhidrato de cocaína pasará de 358 a 412 toneladas métricas entre los años 2012 y 2016. Así mismo, basándose en el crecimiento promedio anual de la población carcelaria procesada o sentenciada por Tráfico Ilícito de Drogas, se estima que el número de internos pasará de 13,058 a 22,339 entre los años 2011 y 2016, tomando en cuenta incremento porcentual promedio (11.34%) entre los años 2002 y 2008. En vista de lo anterior, es necesario y urgente una reorientación de los presupuestos asignados a la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas en el país a fin de lograr un mejor balance entre el nivel prejudicial, judicial y penitenciario y subsanar la sobrecarga procesal y los problemas de carácter estructural en estos dos últimos niveles.

VII. Impacto de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas a nivel penitenciario

Observamos que mientras las políticas públicas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas hacen hincapié en el control de la oferta a nivel prejudicial, tanto el nivel

judicial como el nivel penitenciario se encuentran en un estado que hace imposible enfrentarse a la sobrecarga procesal generada por el nivel prejudicial. En esa línea, la siguiente parte pretende analizar el impacto de la judicialización y sobre penalización de los delitos a nivel penitenciario, sobre todo en materia de Tráfico Ilícito de Drogas. Este ejercicio nos permitirá llevar a cabo un análisis de la relación costo-beneficio de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas y su impacto en las cárceles peruanas. En primer lugar, es oportuno hacer un examen del panorama actual del sistema penitenciario peruano a fin de entender mejor su funcionamiento e identificar mejor sus lagunas.

7.1 El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en algunas cifras

El sistema penitenciario se rige mediante el Artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1) el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados (inciso 21); y 2) el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22). Así mismo, se rige mediante Artículo 2 del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, el cual estipula que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuera pertinente. Ahora bien, veremos cómo la falta de recursos asignados al nivel penitenciario, como lo vimos anteriormente, desembocan en vulneraciones sistemáticas de los principios y derechos arriba mencionados.

El país cuenta actualmente con 67 establecimientos penitenciarios – la mayoría se encuentra en las Oficinas Regionales Lima (17) y Norte (11). Sólo 26 están a cargo exclusivamente del INPE, mientras 31 están a cargo de la PNP. El resto se encuentra bajo un régimen mixto (PNP-INPE)⁹⁶. Del total de establecimientos penitenciarios, 13 se encuentran en un estado bueno, mientras 29 se encuentran en un estado regular y 24 en un estado de abandono⁹⁷. Por otro lado, si bien el presupuesto asignado al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) ha ido aumentando entre los años 2003 y 2012, sigue siendo relativamente bajo y no le permite mejorar las condiciones carcelarias, subsanar problemas de carácter estructural o incluso incursionar en alternativas a la detención. El presupuesto aprobado para el año 2012 para el INPE es de 352,792,400 Nuevos Soles.

96 PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

97 Se contabilizó un total de 66 de los 67 establecimientos penitenciarios ya que el E.P. de Yurimaguas se encuentra deshabilitado. En: PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

Tomando en cuenta el número de internos procesados o sentenciados por Tráfico Ilícito de Drogas (26.95%), podemos afirmar que el presupuesto total asignado al INPE en lo que a TID se refiere se eleva a 95,077,552 Nuevos Soles para el año 2012. El costo al año por interno es, por ende, 6694 Nuevos Soles –es decir, 18 Nuevos Soles por interno por día. Este presupuesto por interno por día ha ido aumentando paulatinamente en los últimos años; sin embargo, sigue muy bajo manteniéndose estable desde el año 2010 (18 Nuevos Soles).

Cuadro 5: Evolución del presupuesto del INPE y costo diario por interno (2007-2011)⁹⁸

Año	Presupuesto INPE	Nº de internos	Costo por interno diario (Soles)
2007	182,175,702	39,684	12.6
2008	242,669,875	43,286	15
2009	256,599,000	44,406	16
2010	307,702,000	45,464	18
2011	349,195,923	52,700	18

En términos de recursos humanos, para el año 2012, el total de trabajadores del INPE ascendía a 6,153, de los cuales, 62% correspondía a Seguridad, 21% al personal administrativo y 16% al personal de tratamiento⁹⁹. El personal penitenciario trabaja bajo el régimen 24 x 48 –es decir 24 horas de trabajo y 48 horas de descanso. La rotación del personal penitenciario se hace en tres turnos, o sea que siempre están de servicio 1,270 personas. Por falta de personal, muchos incurren en actos delictivos como la corrupción o abusos físicos o psicológicos. Esto significa que: i) Por cada alcaide hay 14 internos; ii) Por cada sicólogo hay 374 internos; iii) Por cada trabajador social hay 428 internos; iv) Por cada educador hay 122 internos; y, v) Por cada médico hay 855 internos¹⁰⁰. Como se puede ver, estas cifras no son suficientes para asegurar el buen funcionamiento de los establecimientos penitenciarios y cumplir con el objetivo de resocialización de los penados.

⁹⁸ MEF-INPE. Elaboración propia

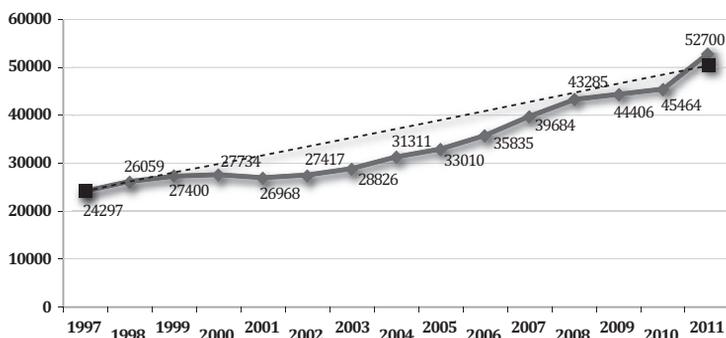
⁹⁹ PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

¹⁰⁰ *Ibid.*

7.2 2011: año de todos los records

Notamos un fuerte incremento de la población carcelaria en los últimos 15 años, pasando de 24,297 internos en el año 1997 a 52,700 internos en el año 2011 –es decir, 188 internos por cada 100,000 habitantes¹⁰¹. En otras palabras, la demanda carcelaria aumentó en 28,403 internos. Es más, el número de ingresos aumentó de forma exponencial entre enero y diciembre 2011 (4,620 internos). Tan sólo entre julio 2011 y enero 2012, la población carcelaria aumentó en 6,532 internos¹⁰². Y, para colmo, la capacidad de albergue de las cárceles peruanas es de 28,257 internos, es decir que la tasa de sobrepoblación alcanzó el 87% en diciembre del 2011.

Gráfico 4: Crecimiento de la población penitenciaria (1997-2011)¹⁰³



El aumento de la población penitenciaria en los últimos años se debe también a un desbalance entre el número de ingresos y egresos de internos en los establecimientos penitenciarios. En efecto, como lo indica el siguiente cuadro, el número de ingresos superó el número de egresos entre los años 2007 y 2011. Este fenómeno se debe en parte a la implementación de políticas de mano dura en general¹⁰⁴, al endurecimiento de las políticas de reducción de la oferta así como a la falta de acceso a beneficios penitenciarios, entre otros los agravantes para los delitos de drogas.

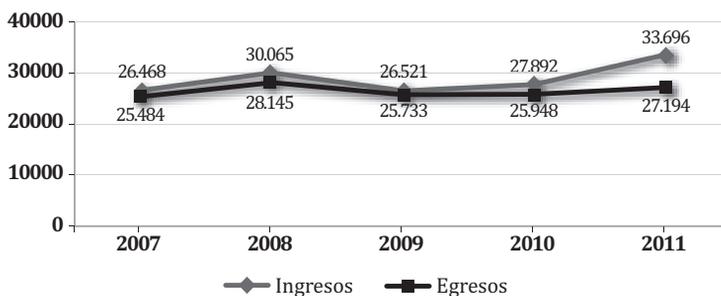
101 INPE, Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, *Estadística Población Penal*, Diciembre del 2011.

102 PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

103 INPE, Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, *Estadística Población Penal*, Diciembre del 2011.

104 Sobre todo durante el segundo mandato de Alan García.

Gráfico 5: Evolución de ingresos y egresos de la población penitenciaria (2007-2011)¹⁰⁵



En lo referente a datos estadísticos relacionados a la población carcelaria desagregada por sexo: hoy en día, 49,499 varones (93.93%) se encuentran internados en los establecimientos penitenciarios del país, mientras hay 3,201 mujeres (6.07%)¹⁰⁶. La mayor concentración de la población penal se encuentra en el grupo comprendido entre 30 y 49 años (51%), mientras el 37% tiene entre 18 y 29 años y es económicamente productiva¹⁰⁷. En cuanto a la población desagregada por situación jurídica, alrededor de un 60% se encuentra procesado – es decir, en espera de su juicio – mientras el 40% se encuentra sentenciado. Estas cifras se deben a un problema de sobrecarga administrativa a nivel judicial y penitenciario¹⁰⁸.

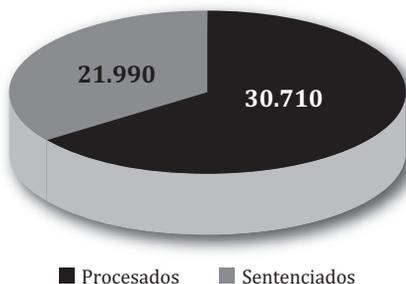
¹⁰⁵ PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

¹⁰⁶ El número de mujeres internas con hijos alcanza el 6 % de la población penal femenina (3,201). En la actualidad, hay 194 niños en los penales del país, los cuales permanecen hasta los tres años. En: PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

¹⁰⁷ INPE, Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, *Estadística Población Penal*, Diciembre del 2011.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, entre agosto y diciembre del 2011, se efectuaron 8,866 traslados de internos, de los cuales el 87.1 % por mandato judicial; lo cual impide el buen desarrollo de los procesos penales y podría ser fácilmente reemplazados por un sistema de videoconferencias menos costoso. En: PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

Gráfico 6: Población penitenciaria por situación jurídica¹⁰⁹



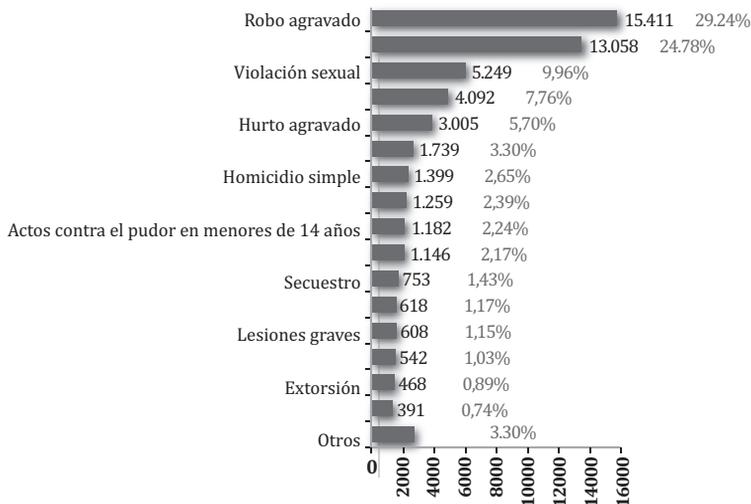
Del total de sentenciados, alrededor de la mitad de internos (55%) fueron sentenciados a penas que oscilan entre los 10 años y la cadena perpetua, un 34% a penas de entre 5 y 10 años, y un 11% a penas de menos de cinco años¹¹⁰. Por último, el 70% de población carcelaria son primarios mientras el 30% registra dos o más ingresos¹¹¹. Como lo podemos observar en el siguiente gráfico, un gran número de personas internadas lo son por delitos contra el patrimonio (34.94%), delitos contra la salud pública (26.95%) y delitos contra la libertad (19.96%). Estos tres delitos representan el 81.85% del total de la población carcelaria. En lo que se refiere a delitos contra la seguridad pública, el 24.78% de internos se encuentra procesado o sentenciado por Tráfico Ilícito de Drogas mientras el 2.17% lo es por microcomercialización o microproducción.

¹⁰⁹ INPE, Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, *Estadística Población Penal*, Diciembre del 2011 – Elaboración propia.

¹¹⁰ PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

¹¹¹ *Ibid.*

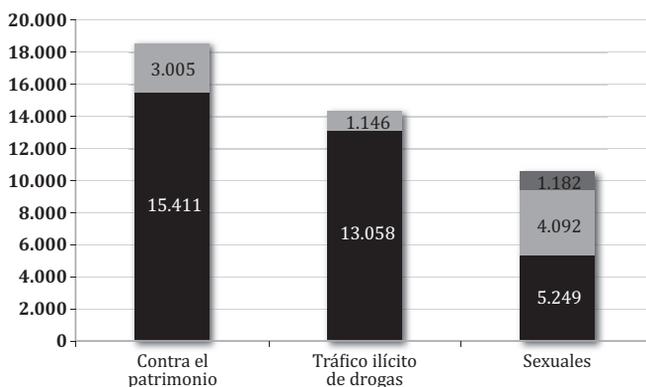
Gráfico 7: Población penitenciaria por delitos¹¹²



En lo referente al siguiente gráfico, es pertinente poner énfasis en el hecho que el término genérico “Tráfico Ilícito de Drogas” (TID) incluye a distintos actores con grados de participación diversos como, por ejemplo, los poceros, los mochileros, los burriers, los químicos, traqueteros, los transportistas y poseedores para comercialización –lo cual implica distintos eslabones de la cadena de Tráfico Ilícito de Drogas con grados de participación muy diversos. No olvidemos que éstos representan en su mayoría los últimos eslabones de la cadena del tráfico ilícito, los cuales permanecen en la cárcel entre 8 y 25 años.

¹¹² *Ibid.*

Gráfico 8: Población penitenciaria por delitos con mayor ocurrencia¹¹³



Si bien podemos hablar de desproporcionalidad en la determinación y la individualización de las penas, sobre todo en los casos de los agravantes, cabe mencionar que esta situación contribuye al problema de sobrepoblación en las cárceles ya que no existen parámetros para distinguir entre los diversos casos de TID. Por otro lado, aproximadamente el 70% de las mujeres sentenciadas por tráfico ilícito de droga son burriers, las cuales permanecen un promedio de 8 años en la cárcel y un 25% son micro-comercializadores quienes permanecen un promedio de 4 a 5 años¹¹⁴.

En lo que a la población carcelaria de nacionalidad extranjera se refiere, hay un total de 1,455 internos extranjeros (1,217 varones y 238 mujeres) procedentes de 78 países¹¹⁵. Cabe señalar que 649 extranjeros están en semilibertad. Sin embargo, podrán regresar a sus países una vez pagada la reparación civil y la multa que les fijan los jueces. El trámite para su expulsión es engorroso y largo; mientras esto ocurre ellos no pueden trabajar formalmente porque no cuentan con documentos y el apoyo de las embajadas de sus países es escaso o nulo; por lo que el riesgo de reincidencia es alto.

Si bien la mayoría de los burriers detenidos son de nacionalidad peruana, alrededor del 90% de los internos extranjeros en el país ha sido sentenciado por Tráfico Ilícito de Drogas bajo la modalidad de burrier. Entre ellos, la mayor incidencia se muestra en aquellos provenientes de España y Holanda¹¹⁶.

¹¹³ INPE, *Informe Estadístico*, diciembre del 2011 – Elaboración propia. En: PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

¹¹⁴ DEVIDA y OPD, *Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú*, Lima, 2010.

¹¹⁵ INPE, *Informe Estadístico*, diciembre del 2011. En: PÉREZ GUADALUPE, J. L., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

¹¹⁶ PNP, *Estado Mayor General PNP, Dirección de Estadística, Validación de los Cuadros Estadísticos de*

Cuadro 6: Número de Burriers en el Perú¹¹⁷

Burriers	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Peruanos	108 (37%)	193 (24%)	453 (63%)	114 (31%)	99 (21%)	134 (31%)
Extranjeros	182 (63%)	261 (76%)	268 (37%)	255 (69%)	364 (79%)	300 (69%)
TOTAL	290 (100%)	454 (100%)	721 (100%)	369 (100%)	463 (100%)	434 (100%)

Si bien observamos un aumento paulatino del presupuesto diario por interno, éste no basta para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario y del tratamiento de los internos procesados y sentenciados. El sistema administrativo y condiciones carcelarias son precarias y necesitan ser subsanadas mediante un proceso de reforma del sistema penitenciario y de reasignación estratégica del presupuesto asignado al INPE; más no a través de medidas extraordinarias, como es el caso de los decretos de urgencia, o a través de la privatización de cárceles, la cual convierte el sistema penitenciario en un negocio que busca necesariamente el incremento de la demanda carcelaria. Podemos afirmar hoy en día que las cárceles peruanas son una escuela de la delincuencia, la cual no cumple con su deber de prevenir la reincidencia y reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad.

VIII. Conclusiones y recomendaciones

Luego de haber pasado revista al principio de proporcionalidad, sus modalidades y aplicaciones, así como a la situación legislativa específicamente relacionada a los delitos de drogas, hemos visto sus costos en términos de políticas antidrogas y su impacto el sistema penitenciario peruano, habiendo encontrado algunos aspectos comunes a manera de aseveraciones, conclusiones. A nivel legislativo, observamos una serie de incongruencias que son una muestra de la falta de coordinación y sistematización en la legislación peruana, la cual ha desembocado inflación del derecho penal y (re)tipificación de los delitos en los últimos años. En ese sentido, la gravedad de las penas previstas para los casos de Tráfico Ilícito de Drogas agravado y la falta de un mayor rigor por parte de la autoridad judicial en la aplicación de los criterios objetivos y normativos para la determinación de la pena, constituyen una vulneración clara del principio de proporcionalidad.

las Unidades PNP. Disponible en http://www.pnp.gob.pe/estadistica_policial/estadisticas.asp (Última actualización en 2012).

117 *Ibid.*

Las penas impuestas en los casos de Tráfico Ilícito de Drogas agravado del Artículo 297 del Código Penal, presentan serios cuestionamientos en lo referente al *test de proporcionalidad* ya que aparentemente no se adecúan con los objetivos que pretenden alcanzar de conformidad al Artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que “el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. La imposición de dichas penas no resulta eficaz desde una perspectiva de prevención y resulta desproporcionada con relación a la participación del agente en el delito y la afectación del bien jurídico.

La inadecuada atribución de la calidad de autor a quien le corresponde en realidad la de partícipe o cómplice secundario se traduce por una inadecuada aplicación de las reglas sobre autoría y participación en el delito y tiene consecuencias directas sobre la proporcionalidad de la pena en la medida que implica la imposición de una pena mayor y limita las posibilidades de atenuación de la pena y, por lo tanto, una determinación proporcional de la pena. Así mismo, la omisión de las circunstancias que forman parte del comportamiento y las condiciones personales de cada individuo, considerado aisladamente impide una correcta aplicación del principio de proporcionalidad. Finalmente, la determinación de la pena dentro de los límites de proporcionalidad se puede ver afectada en caso el juzgador no efectúa un análisis sobre la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes.

Lo anterior expuesto es el resultado, por un lado, de un desbalance entre los recursos financieros destinados al nivel prejudicial y los destinados a nivel judicial y penitenciario, el cual se traduce por abusos, detenciones arbitrarias y vulneraciones de derechos. Esta primera observación nos permite afirmar que no existen justificaciones a nivel costo/beneficio para adoptar políticas de mano dura ya que éstas se consideran contraproducentes.

Por otro lado, la mala orientación de los presupuestos destinados a la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas se debe también a una serie de factores geopolíticos que se enmarcan dentro de la llamada “Guerra contra las Drogas” así como del populismo punitivo o control simbólico de la inseguridad que prevale en los discursos de muchos medios de comunicación así como en los discursos políticos. Existe entonces un desbalance entre los discursos políticos, la práctica jurídica y el poder operativo. Este desbalance nos impide tener claridad acerca del escenario ideológico, político, jurídico y práctico – cuatro niveles en los cuales observamos una vulneración clara y sistemática del principio de proporcionalidad en sentido estricto, abstracto y utilitario.

Lo que no funciona es tiempo de dejarlo. En otras palabras, es tiempo ya de un cambio de paradigma que apunte hacia una mejora de las condiciones de exclusión social, de acceso a la justicia y de mejores sentencias. Ya no ver la seguridad como una

lucha contra la amenaza que justifique las políticas de mano dura como un mecanismo de control simbólico de la inseguridad.

Este cambio de paradigma debe apuntar hacia un fuerte reajuste presupuestario y un uso racional y eficiente de los presupuestos asignados a la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas. En ese sentido, es necesario un tiempo de transición que vaya más allá de las metas a corto plazo de las altas esferas políticas que no han comprendido el problema ni lo han resuelto.

IX. Bibliografía

- Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia*, Lima, 2000
- AGUADO CORREA, T., *Principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano, en: Principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Coord. Carbonell, M. y Grández Castro, P., Palestra, Lima, 2010
- ANÓNIMO, *Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP*, 2011
- CASTILLO ALVA, j. I., *Jurisprudencia penal 2, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijjely, 2006
- CASTILLO ALVA, j. I., *Jurisprudencia penal 3, Jurisprudencia penal 2, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijjely, 2006
- CIDDDH, *Contenidos, Retos y Propuestas para una Política Pública sobre Drogas y Narcotráfico en el Perú*, Boletín N° 3, Mayo 2011
- CIDDDH, Línea Verde, Hoja Informativa, 2012. Disponible en <http://www.cidddh.com/archivos/th6447937467.pdf>
- Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 154, *El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad ciudadana y la Política Criminal. Problemas, retos y perspectivas*, Lima, 2011
- DEVIDA, Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas, *Ayuda Memoria*, 2011. Documento distribuido el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller “Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad”
- DEVIDA. Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas, *2012 – 2016: Nuevos Retos en la lucha contra las drogas*. Presentación hecha el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller “Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad”

- DEVIDA, *Consulta de Ejecución del Gasto*, 9 de octubre del 2010
- DEVIDA, Dirección de control de oferta, *Informe de transferencia de gestión de DEVIDA*, Período comprendido 29 de Julio 2006 – 30 de Junio 2011
- DEVIDA, OPD, *Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú*, Lima, 2010
- DICAPI, *Capitanías Guardacostas Fluviales*. Disponible en http://www.dicapi.mil.pe/capitania_fluvial.htm, (Sin fecha)
- El Comercio, *Se recortó presupuesto a la Dicapi*, 27 de Mayo del 2010. Disponible en <http://elcomercio.pe/impresal/notas/se-recorto-presupuesto-dicapi/20100527/485867>
- FRISANCHO APARICIO, m., *Jurisprudencia penal, Ejecutoria Suprema y Superiores*, Lima, Juristas Editores, 2002
- GAFISUD, *Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo*, 2005
- IDL-Reporteros, *¿Para qué comprar lo que ya se tiene?*, 30 de junio del 2012, Disponible en <http://idl-reporteros.pe/2011/09/29/para-que-comprar-lo-que-ya-se-tiene/>
- Inforegión, *Banco de la Nación financia la lucha antisubversiva en el VRAE y cobra intereses a FFAA*, 12 de noviembre del 2009. Disponible en <http://www.info-region.pe/portada/41580/banco-de-la-nacion-financia-la-lucha-antisubversiva-en-el-vrae-y-cobra-intereses-a-ffaa/>.
- INPE, Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, *Estadística Población Penal*, Diciembre del 2011
- JESCHECK, H., *Tratado de Derecho penal*, parte general, Bosch, Barcelona, 1981
- La República, *FFAA reactivan 3 batallones de ingeniería en el VRAE*, 19 de septiembre del 2011. Disponible en <http://www.larepublica.pe/19-09-2011/ffaa-reactivan-3-batallones-de-ingenieria-en-el-vrae>
- Medina calvo, s., *Presupuesto por resultados 2012 de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de TID*, Presentación de la Dra. Sonia medina calvo, Procuradora Pública Especializada, (Sin fecha)
- MEF-SIAF, *Informe de la Secretaría Ejecutiva del Grupo de Trabajo Multisectorial VRAE*, 2010
- Ministerio de Economía y Finanzas, *Formulación del presupuesto del sector público para el año fiscal 2012, Distribución del gasto del presupuesto del sector público por pliegos del gobierno nacional a nivel de productos, proyectos y actividades (en nuevos soles)*, 27 de agosto del 2011. Disponible en http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/proye_2012/Anexos/Anexo5.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas, *Ley N° 29812 del presupuesto del sector público para el año fiscal 2012, Distribución del gasto del presupuesto del sector público, por pliegos del gobierno nacional a nivel de productos, proyectos y actividades (en*

- nuevos soles*), 9 de diciembre del 2011. Disponible en http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/presu_2012/Anexos/Anexo5.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas, *Marco macroeconómico multianual 2012/2014*, 25 de Mayo del 2011
- Ministerio del Interior, Proyecto especial CORAH, Informe mensual Septiembre 2011
- MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 7° ed., B de F, Buenos Aires, 2004
- OSINERGMIN, *Gerencia de fiscalización de hidrocarburos líquidos*. Disponible en <http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFH/SUPERVISORES%20GFH L.pdf> (Última actualización en 2010)
- PÉREZ GUADALUPE, j. I., *La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012
- PNP, Estado Mayor General PNP, Dirección de Estadística, *Validación de los Cuadros Estadísticos de las Unidades PNP*. Disponible en http://www.pnp.gob.pe/estadistica_policial/estadisticas.asp (Última actualización en 2012)
- PNP, Frente Policial Huallaga, *Organigrama Actual del Frente Policial Huallaga*. Disponible en <http://www.pnp.gob.pe/dirtepoll/huallaga/organigrama.html> (Última actualización en 2012)
- ROJAS VARGAS, f., *Jurisprudencia penal patrimonial*, Grijley, Lima, 2000
- Transnational Institute y Washington Office on Latin America, (2010), *Sistemas Sobrecargados, Leyes de Drogas y Cárceles en América Latina*, Buenos Aires, TNI, WOLA
- ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996

Nota biográfica de autoras y autores

Rose Marie Achá

Abogada, Especialista en Derechos Humanos y Derechos de la Niñez y Adolescencia. Ha colaborado en entidades civiles y estatales, además de participar como miembro de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Cochabamba. Es activista voluntaria de la asociación “Acción Andina” y miembro por Bolivia del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Luciana Boiteux

Abogada, Máster y Doctora en Derecho penal. Es Profesora de Derecho penal de la Universidad Federal de Río de Janeiro, donde también se desempeña como Coordinadora del Grupo de Investigaciones sobre Política de Drogas y Derechos Humanos. Es miembro por Brasil del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Alejandro Corda

Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) desde el año 1998. También es docente e investigador de la UBA. Trabaja en el Poder Judicial de la Nación Argentina desde 1993, siendo desde 2001 Secretario de Juzgado en el Fuero Penal Federal. Es integrante de “Intercambios AC” (ONG con trayectoria en políticas de drogas) y miembro por Argentina del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Diana Esther Guzmán

Abogada, Especialista en Derecho constitucional y Magister en Derecho de Colombia. Actualmente se desempeña como Profesora de las universidades del Rosario y Nacional de Colombia. Es además Investigadora Principal del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia), y miembro por Colombia del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Jérôme Mangelinckx

Licenciado en Traducción Multidisciplinaria (Bruselas) con un posgrado en Estudios Filosóficos (Praga). Es especialista en comunicación intercultural. Ha sido docente en diversas universidades de Lima y ha trabajado para instituciones y ONG’s internacionales. Es Coordinador del Área de Políticas Legales y Seguridad Ciudadana del Centro de Investigación “Drogas y Derechos Humanos” (CIDDH) y miembro por Perú del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Pien Metaal

Máster en Artes en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad de Ámsterdam. Ha escrito varios artículos y contribuido en investigaciones y publicaciones sobre política de drogas en América Latina, especialmente en temas como la coca y la cocaína en los países andinos. Es miembro del Transnational Institute (TNI) y del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Kristel Muciño

Directora de Comunicaciones del Washington Office on Latinamerica (WOLA), quien además supervisa su presencia en línea, los proyectos multimedia y las cuentas en las redes sociales. Dirigió el primer proyecto de WOLA en una serie de entrevistas que documentan el costo humano de las políticas de drogas. Es miembro del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Joao Pedro Pádua

Abogado, doctorando en Estudios del Lenguaje y Máster en Derecho constitucional y Teoría del Estado por la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro. Profesor de Derecho procesal penal de la Universidad Federal Fluminense. Es Director de la ONG “Psicotropicus” y miembro por Brasil del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Jorge Vicente Paladines

Abogado, Máster en Derecho constitucional, Máster en Ciencias Políticas, posgrado en Ciencias Penales y Dogmática Penal Alemana (Georg August Universität Göttingen) y Doctor en Ciencias Penales por la Universidad San Carlos de Guatemala. Profesor de Criminología Crítica y Política Criminal de las universidades Andina “Simón Bolívar” y San Carlos de Guatemala. Es Asesor de la Defensoría Pública del Ecuador y miembro por Ecuador del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Catalina Pérez Correa

Maestra y Doctora en Derecho por la Universidad de Stanford. Ha sido Profesora de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) e investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Estudia temas de justicia procedimental, derecho penal y política de drogas. Es Profesora e Investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y miembro por México del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Ricardo Soberón

Abogado, Máster en Política Internacional por la Universidad de Bradford (Inglaterra). Autor de libros y diversos artículos sobre seguridad, política de drogas y fronteras. Entre el 2011 y 2012 ejerció funciones como Presidente Ejecutivo DEVIDA, órgano rector de la política de drogas en Perú. Es Fundador y Director del CIDDH, así como miembro por Perú del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Rodrigo Uprimny Yepes

Abogado, Doctor en Economía Política por la Universidad de Amiens Picardie, con un DSU (magíster) en Sociología Jurídica por la Universidad de Paris II y un DEA (magíster) en Socioeconomía del desarrollo por la Universidad de Paris I (IEDES). Profesor de la Universidad Nacional de Bogotá y Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia). Es miembro por Colombia del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

Coletta A. Youngers

Analista sobre democracia, derechos humanos y políticas de drogas en la región andina, Asesora Principal del WOLA y representante del Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC). Ha publicado varios artículos y obras sobre el impacto de los Estados Unidos en las políticas de drogas. Participa en un proyecto sobre reformas de políticas de drogas en América Latina y es miembro del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD).

"El estándar constitucional del principio de proporcionalidad se halla en una verdadera crisis cuando se aplica en los procesos judiciales de drogas. Por ello, si hemos representado a la justicia bajo el ideal de una balanza, la mejor forma de demostrar que esta metáfora es irreal es a partir de este estudio, donde no sólo se evidencia su diagnóstico sino también la anhelada búsqueda de un equilibrio perdido"

Dr. Ernesto Pazmiño Granizo

"El gobierno del Presidente Rafael Correa ha empezado a abordar las causas y consecuencias de la Ley 108. Se creó la Defensoría Pública para brindar una defensa legal a quienes no pueden costear un abogado. En 2008 se implementó una política nacional de indulto mediante la cual las personas condenadas por delitos relacionados al tráfico de drogas podían ser liberadas. El indulto proponía ser únicamente una solución provisional y, dado que la ley 108 ha avanzado lentamente, dicha tendencia se ha revertido"

Coletta Youngers

"El Equilibrio Perdido es una apuesta regional para demostrar que el principio de proporcionalidad sale por la ventana cuando entran por la puerta las instituciones penales anti-drogas. Detrás de nuestras aparentes diferencias normativas hay idénticas estructuras materiales e ideológicas del castigo que ponen de manifiesto el carácter irracional de la penalidad que dice combatir las drogas."

Jorge Vicente Paladines

ISBN 978-9942-07-522-2



9 789942 075222

