ISSN 0120-8179

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

Leihgabe Prof. Ambos

54

EDITORIAL

Una nueva política sobre drogas.
Fernando Velásquez V.

POLÍTICA CRIMINAL

Eficacia simbólica y narcotráfico.
Mauricio García Villegas

Política criminal, en materia de drogas en la República de Argentina.
Eugenio Raúl Zaffaroni

Alternativas a la actual legislación sobre drogas.
José Luis Díez Ripollés.

Drogas y derecho penal.
Francisco Muñoz Conde y Bella Aunión Acosta

La problemática de las drogas en Suiza.
José Hurtado Pozo

Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania.
Walter Perron

La política de estupefacientes en los Países Bajos.
John A. E. Vervaele

Conclusiones del Seminario Internacional sobre la actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas.

CO/XIV
F/Z
2345

OCTUBRE • NOVIEMBRE • DICIEMBRE
1991

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
MARIO SALAZAR MARÍN
CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

Auxiliares

Mario Alberto Arenas Alzate
Sandra Cristina Mora Soto
Luz María Mejía Salazar
Clara Luz Pérez Pérez

Pedidos y sucripciones: Editorial Temis
Apartado Aéreo 12008
Santa Fe de Bogotá

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

AÑO X • Octubre • Noviembre • Diciembre • 1991 N° 54

Licencia 00577 de 1985

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1992

A. A. 53006 Medellín

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17-98,
Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S. A.
Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Santa Fe de Bogotá, Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

PÁG.

Una nueva política sobre drogas. Fernando Velásquez V. 413

POLÍTICA CRIMINAL

Eficacia simbólica y narcotráfico. Mauricio García Villegas 419
Política criminal, en materia de drogas en la República de Argentina. Eugenio Raúl Zaffaroni 453
Alternativas a la actual legislación sobre drogas. José Luis Díez Ripollés 467
Drogas y derecho penal. Francisco Muñoz Conde y Bella Aunión Acosta 505
La problemática de las drogas en Suiza. José Hurtado Pozo 515
Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania. Walter Perron 537
La política de estupefacientes en los Países Bajos. John A. E. Vervaele .. 547
Conclusiones del Seminario Internacional sobre la actual política criminal en materia de tráfico y consumo de drogas 559

EDITORIAL

¡Una nueva política sobre drogas!

La "guerra contra las drogas" liderada por los Estados Unidos y sus aliados ha fracasado de manera estruendosa; ya para nadie es un secreto que la represión como herramienta básica de lucha contra el flagelo es ineficaz. Muestra de ello es el crecimiento inusitado del número de consumidores; el aumento del volumen de los alijos incautados; la aparición de nuevos empresarios dedicados a tan lucrativo negocio expandiendo cultivos y laboratorios de procesamiento, o incrementando la compraventa de precursores; el deterioro de los valores sociales; los gravísimos atentados contra la salubridad pública y el ecosistema, gracias a absurdas campañas de erradicación de cultivos; en fin, el resquebrajamiento de las bases mismas del Estado capitalista en países como los del Cono Sur, con sus secuelas de corrupción generalizada, terrorismo, miseria y acumulación de capitales en pocas manos.

Pese a lo anterior, las políticas represivas se mantienen y cada día se hacen nuevos esfuerzos por fortalecerlas sin importar los costos que las mismas demanden, lo cual lleva al observador desprevenido a pensar una de dos cosas: o que los propulsores de tal "guerra" son los peores estrategas de la historia y poseen una ingenuidad asombrosa; o, sencillamente, que detrás de tan agresivas propuestas se esconden intereses diferentes de los declarados públicamente, y que ello sirve como pretexto para el logro de otros cometidos.

Sobre el tema mucho se ha escrito, casi siempre con el ánimo de distorsionar la realidad. El despliegue publicitario que ha precedido las tentativas de controlar el fenómeno, acorde con las pautas indicadas, es de proporciones tales, que genera en la mente del ciudadano común la idea de que los habitantes de los países de la periferia solo son traficantes desalmados a quienes debe eliminarse a toda costa, mientras que las naciones centrales están habitadas por bondadosas personas, víctimas de tan inescrupuloso mercado. Inclusive, con fre-

cuencia se asocia el fenómeno de la droga con toda ideología que pugne por una propuesta política diferente de la que las naciones ricas han diseñado para las ubicadas en estas latitudes. De este modo y según la dominante moral puritana, el espectro geopolítico del mundo actual nos muestra un planeta dividido en buenos y malos, escisión más allá de la cual no es posible hacer ninguna consideración.

No obstante lo anterior, está plenamente demostrado que los empresarios dedicados a tan nefasto negocio son de todas las nacionalidades, empezando por los norteamericanos, quienes se quedan con el mayor cúmulo de utilidades; así mismo, hay consumidores tanto en los países centrales como en los de la periferia, e inclusive en los primeros se producen diversas drogas con las cuales se inundan nuestros mercados (¡piénsese en los sicofármacos!); que no es cierta la equiparación entre disidente político y traficante, pues de ser así las agencias de inteligencia norteamericanas no habrían intervenido en el escándalo de los "contras" nicaragüenses; de igual manera, a la par que se extiende el fenómeno la industria de los precursores, que como se sabe no provienen de naciones industrialmente atrasadas, crece sin cesar. Así mismo, ahora resulta evidente que la susodicha "guerra contra las drogas" es una estrategia más de las naciones poderosas para intervenir de manera descarada en nuestros asuntos, fortalecer la discriminación y el colonialismo, extender el control social por ellas ejercido hasta ámbitos nunca imaginados; y, por supuesto, crear nuevos lazos de dependencia, opresión y sometimiento.

Así las cosas, no cabe duda de que la política vigente en esta materia es la requerida por los grandes grupos financieros y potentados, esto es, quienes se lucran con mayor intensidad del negocio y controlan las riendas del poder. Por eso, parece lógico concluir que mientras la economía mundial continúe manejada como hasta ahora, no será posible pensar en otras orientaciones encaminadas a intentar otras formas de erradicar el flagelo que hoy azota a la humanidad. Se trata de una *guerra equivocada* y *fracasada* desde el punto de vista de quienes creemos que la única lucha que debería librar la comunidad de naciones es la encaminada a erradicar la pobreza y las condiciones de atraso imperantes en el planeta; pero *correcta* y *triunfante* conforme a la perspectiva de quienes tienen otras pretensiones.

Debe entonces pensarse en asumir posturas diferentes que, seguramente, cuando las condiciones imperantes varíen de manera sustancial convirtiendo en realidad lo que hoy es utopía, terminarán por imponerse. Por eso, una nueva política debe girar desde la represión hasta la prevención; en vez de castigar al consumidor debe presentársele asistencia como enfermo que es; el tráfico no puede seguirse enfrentando con bombas y fusiles, con crímenes ecológicos o de lesa humanidad, sino *convirtiendo en mal negocio lo que hoy es industria boyante.*

De ahí que la legalización progresiva, eliminando esa absurda distinción entre drogas lícitas e ilícitas pero igualmente nocivas, sea el camino por seguir. Debe cesar la usura en los mercados internacionales con los productos agrícolas de los países productores: el día que la coca o la amapola dejen de ser los únicos bienes

agrícolas latinoamericanos que en los últimos lustros han mostrado incremento de los precios, y ocurra ello con las frutas, el café o las flores, etc., se habrá librado una importante batalla contra la droga. Combatiendo la miseria, el atraso y la falta de asistencia social, se ataca el talón de Aquiles de la droga. Del derecho represivo como máxima herramienta de control debe pasarse a un derecho penal mínimo; antes que penas o medidas de seguridad debería pensarse en sanciones administrativas que hagan realidad una política de prevención; la droga no se combate acudiendo al autoritarismo y la deshumanización, sino respetando a cabalidad los derechos fundamentales de la persona humana, empezando por las garantías penales.

De ahí que deba rechazarse el engendro legislativo contenido en la Convención de Viena de 1988, pues arrasa con toda la tradición jurídica del mundo civilizado.

Por ello sumamos nuestras voces a las de quienes, como los colaboradores de este número monográfico dedicado al tema, postulan lineamientos alternativos en esta materia, diferentes de los imperantes. Es la hora de emprender nuevos caminos y de intentar otras soluciones.

Nuestro país, en particular, debería liderar tales estrategias que se sumen en el concierto mundial a las propuestas que ahora se debaten. Es la hora de pensar con criterio independentista, más allá de las imposiciones de las potencias y de organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, quienes trazan directrices que una clase dirigente genuflexa ejecuta desde instancias gubernamentales en nuestras naciones. Ojalá, en un futuro no muy remoto, podamos diseñar nuestras propias directrices en materia económica y política y, por supuesto, en el ámbito de las drogas.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director

POLÍTICA CRIMINAL

Eficacia simbólica y narcotráfico*

*Mauricio García Villegas***

1. Introducción

En un país afectado por elevados índices de violencia, las decisiones de política criminal constituyen una parte fundamental de la política general. Esto es lo que sucede en Colombia: la lucha contra el narcotráfico, la subversión y la delincuencia común, hacen parte importante —y durante algunos períodos, la más importante— de las preocupaciones de la opinión pública y, por consiguiente, son un elemento clave dentro de la actividad gubernamental. Pero hay algo más: la recurrencia y la gravedad de la violencia han hecho inoperante el instrumento clásico del Estado liberal para la lucha contra el crimen, esto es, el Código Penal; en estas circunstancias, el régimen de excepción ha sido la nota característica de la actividad estatal durante los últimos cuarenta años, y es así como el derecho penal, pieza esencial de la actividad gubernamental, ha sido, en buena parte, elaborado y puesto en obra por medio de los mecanismos propios del estado de sitio.

Ahora bien, las normas expedidas durante el período de la "guerra contra el narcotráfico"[1] han adolecido, en términos generales, de falta de eficacia instrumental; las razones que explican esta "falla del

* Este artículo fue publicado inicialmente en *Cuadernos ocasionales*, núm. 23, Bogotá, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes, 1991.

** Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y profesor de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes.

[1] El día 25 de agosto el presidente Virgilio Barco anunció a los colombianos por medio de la televisión la iniciación de la "guerra contra el narcotráfico". Sin embargo, en este texto se entenderá por tal el período de confrontación localizado entre principios de 1984 y finales de 1989. Sobre la utilización política y antitécnica del término "guerra" en este caso, Iván Orozco Abad sostiene: "La guerra del narcotráfico no es verdadera guerra porque no procede a través del principio de la *violencia* sino del terror, y porque no pretende establecer una dominación político-espacial definitiva sino solo servirse de una *dominación temporal del pensamiento* —mediante el miedo— como recurso de negociación". Cfr. "La guerra del presidente", en *Análisis Político*, núm. 8, sept. - dic., de 1989, pág. 77.

derecho" suelen encontrarse en el hecho de que las soluciones jurídicas son adoptadas por el gobierno sin el conocimiento necesario para comprender que tales medidas no son las adecuadas: la torpeza de los funcionarios que crean la norma, o la dificultad insuperable del problema que se intenta solucionar o, en fin, la incapacidad técnica de la administración de justicia, pueden ser algunas de las causas que explican esta adopción ingenua de decisiones condenadas a ser ineficaces. En todo caso, según esta opinión, la falla está en el desconocimiento de los problemas y de las soluciones posibles.

Sin embargo, basta con apreciar la recurrencia del fracaso jurídico de los decretos respectivos, para poner un primer signo de interrogación en la idea de que la falta de conocimiento de la realidad es una buena razón para explicar el fracaso. Una interrogación semejante solo se puede resolver sobrepasando los límites de la racionalidad propiamente jurídica y aventurándose en el campo fronterizo que une la norma con el poder político; en este nuevo terreno, el fracaso instrumental podrá ser explicado como un elemento circunstancial, mediatizado por objetivos políticos de mayor alcance; según esta perspectiva más amplia, la explicación tomará otro rumbo: las normas son creadas con el propósito de utilizar su promulgación para la creación de una cierta representación colectiva, a través de la cual el gobierno obtiene los mejores beneficios posibles en una situación determinada. De acuerdo con esto, las normas no fracasan por el hecho de resultar ineficaces; más bien su ineficacia resulta siendo un éxito.

Explicar el fenómeno de la ineficacia de las normas con base en la incapacidad de los gobernantes, es explicar solo una mínima parte del problema: las fallas instrumentales del derecho penal se encuentran, en numerosas ocasiones —y el derecho sobre narcotráfico está colmado de ellas— mediatizadas por propósitos políticos, a través de los cuales los objetivos explícitos de la normas se sustituyen por otros objetivos no declarados en los textos, y cuya realización no depende del éxito instrumental de las normas. La mayoría de los decretos de excepción expedidos en los últimos años respondió a propósitos políticos relacionados con la necesidad de crear una cierta representación en los ciudadanos, y no a propósitos instrumentales relacionados con la imposición constrictiva de un comportamiento.

Para comprender mejor este tipo de disfunciones normativas hay que abocar el tema de la relación entre formas rituales y contenidos en el derecho; el siguiente ejemplo puede dar una idea del problema en cuestión: anteriormente, cuando las leyes se establecían para ser aplicadas en pequeñas comunidades, la promulgación se hacía por medio del bando. Este consistía en una lectura a viva voz del texto jurídico en la plaza pública, acompañada por el contundente redoble de un tambor o de la trompeta. Este ritual tenía la función de informar a los habitantes del poblado sobre la vigencia de una nueva regla; pero además, y esto era lo más importante, cumplía un papel simbólico fundamental al representar, con la voz y el ruido del tambor, o de la trompeta, la existencia de un poder eficaz.

Esta relación entre el contenido jurídico y sus formas, entre la ley y el bando, sigue siendo una de las mayores dificultades para comprender el sentido de lo jurídico. El problema radica en que la fuerza reguladora del derecho puede provenir, de manera independiente, de la norma o de sus formalidades, sin que necesariamente estos dos elementos jurídicos sean complementarios. En otros términos, la incidencia social del derecho puede radicar en la capacidad impositiva de los contenidos jurídicos o en la capacidad vinculadora de las formas rituales de su puesta en obra. Según esto, y de acuerdo con el poder del derecho para actuar en el ámbito social, se pueden diferenciar dos puntos de vista:

a) Las normas jurídicas se pueden presentar *como instrumentos prácticos dirigidos hacia la acción*[2]. En este caso la existencia de una norma no se explica simplemente por su validez formal, sino por su capacidad de producir un cierto comportamiento en los individuos receptores de la misma. Dentro de esta orientación podemos encontrar autores como J. AUSTIN y H. KELSEN, según los cuales la existencia de una sanción es necesaria y suficiente para explicar toda la capacidad reguladora del derecho; y aquellos que, además, señalan la importancia de la idea de obligación transmitida por las reglas jurídicas como instrumento esencial de regulación social[3]. Este es el poder de regulación, propiamente jurídico, otorgado clásicamente al derecho por filósofos y sociólogos. Desde este punto de vista, la eficacia de las normas es de tipo *instrumental*.

b) Las normas jurídicas también se pueden presentar como *símbolos dirigidos hacia la representación*. En este caso la fuerza del derecho radica en su misma condición de derecho; esto es, en su carácter de discurso, propio de las instituciones políticas, con capacidad para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso. Según este punto de vista, el derecho aparece como un mecanismo de comunicación[4] entre las instituciones jurídico-políticas y la sociedad, como una palabra proveniente de la autoridad que crea cierta percepción de verdad y de obligatoriedad en aquellos que asisten al ritual de la publicación. En este caso, según palabras de D. LOSCHAK, "La fuerza actuante del derecho no reside solamente en una violencia física extrínseca: ella se organiza también en el poder propio del discurso, el derecho es una palabra que se impone como legítima, como verdadera, mucho más allá del círculo restringido de aquellos a los cuales,

[2] Este punto de vista ha sido señalado por HAGERSTRÖM (*Inquiries into the nature of law and morals*, Uppsala, 1953) y por otros miembros del realismo jurídico escandinavo. Véase por ejemplo, a OLIVER CRONA, *Law as fact*, 2ª ed., Londres, 1971; y a LUNDESTEDT, *Legal Thinking revised my views of law*, Uppsala, 1956.

[3] A este respecto sostiene H. L. HART: "Es probable que la vida de cualquier sociedad, que se guía por reglas jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su matenimiento, y ven por ello su conducta y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde un punto de vista externo como signos de un probable castigo" (*El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, pág. 113).

[4] Ver el estudio de CHARLES-ALBERT MORAND, "Essai de théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre", en *Le droit en action*, Georgi, Saint-Saphorin (Suiza), 1982, págs. 312-314.

cada una de estas normas, tomada aisladamente, tiene vocación para aplicarse"[5]. Desde este punto de vista la eficacia de las normas es de tipo *simbólico*.

Ahora bien, las normas sobre tráfico y consumo de drogas son un buen ejemplo del carácter simbólico y excepcional del derecho penal colombiano. A continuación se presenta un análisis en el cual se intenta mostrar cómo el contenido mismo de los decretos de excepción expedidos durante el período que se comenta no puede ser cabalmente comprendido dentro de la lógica clásica de la dogmática penal, según la cual, las normas son instrumentos de obligatoria e inmediata aplicación por parte de las autoridades y, en consecuencia, de obligatorio cumplimiento por parte de los ciudadanos. Desde esta perspectiva instrumental, la actividad del Estado parece dominada por fallas e incoherencias, cuya recurrencia e ingenuidad no son propias del ámbito político que les da origen. Como se verá más adelante, una explicación más adecuada de esta recurrencia en la expedición de decretos y en la ineficacia de los mismos, se encuentra en el concepto de eficacia simbólica.

La demostración de esta hipótesis se encuentra dividida en tres partes: en la primera se hace un análisis de la eficacia instrumental de los decretos expedidos por el gobierno durante el período de la "guerra contra el narcotráfico"; en la segunda se hace un examen formal de los decretos, de acuerdo con su motivación y su contenido; finalmente, en la tercera se exponen algunas ideas que, retomando lo más significativo del análisis formal e instrumental de los decretos, intentan dar una explicación general sobre los tipos de eficacia que predominan en los decretos, y en especial, sobre la manera como funciona la eficacia simbólica dentro de la mecánica estatal.

2. Eficacia instrumental

A continuación se presenta un breve estudio sobre la eficacia instrumental del derecho penal en Colombia, y en especial sobre las normas expedidas con el objeto de controlar el consumo y el tráfico de drogas prohibidas. La eficacia instrumental es la eficacia jurídica; ella se ocupa de la correspondencia entre los objetivos consagrados en los textos normativos y los resultados obtenidos con la aplicación de tales normas[6].

A) *El fenómeno de la impunidad en Colombia*

En Colombia es evidente un amplio consenso sobre la existencia de una profunda crisis de la administración de justicia, cuya más grave manifestación se encuentra

[5] Daniele Loschak, "Droit normalité et normalisation", en *Le droit en procés*, Paris, PUF, 1983, pág. 54.

[6] Una explicación detallada de este tipo de eficacia puede verse en el artículo del autor "Eficacia simbólica y eficacia instrumental del derecho", en *Revista El otro derecho*, núm. 7, Bogotá, Edit. Temis, 1991.

en la impunidad, esto es, en la incapacidad de la jurisdicción penal para investigar y sancionar con prontitud y acierto las denuncias que se le presentan[7].

En una investigación sobre policía judicial y eficacia de la justicia en Colombia, realizada por el secretario general del Departamento Administrativo de Seguridad, Gabriel Gutiérrez Tovar[8], se hace referencia a los diferentes tipos de impunidad de acuerdo con su origen: 1) *de hecho*, por la ausencia de denuncia de los delitos, por temor, indiferencia, dificultad, etc.; 2) *investigativa*, por deficiencias en la investigación; 3) *por congestión*, por exceso de procesos en los juzgados; 4) *legal*, por situaciones procesales que implican absolución, sobreseimiento, archivo, prescripción o cesación de procedimiento, como consecuencia de actuaciones ceñidas a la ley; y 5) *delictuosa*, por maniobras, sobornos o presiones delictuosas sobre testigos, peritos, jurados, jueces, etc.

En relación con la impunidad de hecho, el Departamento Nacional de Estadística sostiene que en Colombia solo se denuncia el 20.9% de los delitos que se cometen[9]. Por su parte, Gabriel Gutiérrez sostiene que si bien ha existido un descenso en el número de delitos denunciados en Colombia en los últimos años, este "corresponde a un incremento de la actitud de no acudir a las autoridades judiciales"[10].

Si tenemos en cuenta las cifras generales que resultan de la combinación de todas las causas de impunidad, el panorama es bastante desalentador: "en los últimos años —dice el estudio de Gutiérrez Tovar— solo el 12% de los casos penales sometidos a consideración de las autoridades y el diez por ciento de los casos civiles, concluyeron en sentencia"[11].

Una idea general sobre la impunidad en Colombia no puede dejar de hacer referencia a los tipos delictivos que resultan afectados por este fenómeno. En 25 años analizados por la Policía Nacional —según datos proporcionados por Gu-

[7] Jaime Giraldo Ángel —a la sazón ministro de Justicia— señalaba en el seminario sobre la impunidad, organizado por la Consejería Presidencial para Derechos Humanos, y celebrado entre el 19 y el 21 de septiembre de 1989, que el porcentaje de autos de archivo y prescripción —sintomáticos de la ineficacia de la justicia— es el siguiente: en el año 1976, 61%; en 1977, 63%; en 1979, 77% y en 1980, 72% (cfr. "Judicialización, instrumento para combatir la impunidad", en *Lucha contra la impunidad*, Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos, Bogotá, 1989, pág. 104). En el mismo seminario, Carlos E. Lozano Tovar —director nacional de Instrucción Criminal— señalaba que "de las 1.635 órdenes de trabajo impartidas por la Unidad de Indagación Preliminar de Bogotá a la SIJIN de Cundinamarca para la individualización de autores o partícipes en la comisión de delitos, no se reportó ningún resultado positivo. Lo mismo ocurrió con 5.764 órdenes de trabajo impartidas a la SIJIN de Bogotá" (*op. cit.*, pág. 248).

[8] Gabriel Gutiérrez Tovar, "Justicia, policía judicial y técnicas contra la impunidad", en *Revista Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)*, núm. 7, Bogotá, julio de 1990.

[9] Citado por el grupo de investigadores de la Universidad Nacional de Colombia —conocido como el "Grupo de los Violentólogos"—, en *Colombia: Violencia y Democracia*, Bogotá, Universidad Nacional, 1987, pág. 212. Según el Departamento Nacional de Estadística, en 1989 el 43.3% de los delitos denunciados fueron contra el patrimonio; el 38.8% contra la vida y la integridad personal; el 6.1% contra la seguridad pública, y el 10.8% contra otros delitos (*Evolución de la criminalidad y administración de justicia*, Bogotá, Congreso Nacional, noviembre de 1989, pág. 8).

[10] *Op. cit.*, pág. 9.

[11] *Documentos de trabajo para la planeación sectorial de la justicia*, Bogotá, dic. de 1987, pág. 42, citado por Gutiérrez Tovar, *op. cit.*, pág. 15.

TIÉRREZ TOVAR[12], entre 1958 y 1982 la prelación de las principales modalidades delictivas fue la siguiente:

1. Contra el patrimonio económico	1.916.174	53.9%
2. Contra la vida y la integridad personal	1.251.031	31.5%
3. Contra la seguridad pública	165.318	4.6%
4. Contra la familia	78.687	2.2%
5. Contra libertad y pudor sexual	75.732	2.1%

Como se ve claramente, más de la mitad de la criminalidad aparente se concentra en los delitos contra el patrimonio económico[13]. La circunstancia de que estos delitos estén íntimamente vinculados con las condiciones de pobreza y marginalidad de una buena parte de la población colombiana, hace que los procesos relacionados con estas conductas y la actividad represora de la policía se conviertan también en instrumentos de control social y político de la población, y no simplemente en medios para la aplicación de la ley[14].

Sin embargo, dentro de la evolución de la criminalidad en Colombia, puede apreciarse una pequeña disminución de los delitos contra el patrimonio y las lesiones personales, pero al mismo tiempo un considerable aumento de los homicidios —sobre todo de carácter político— del terrorismo, de los grandes delitos económicos y del secuestro[15]. El fenómeno del narcotráfico se encuentra en estrecha relación con esta volución.

B) *La ineficacia de las normas sobre estupefacientes*

Los delitos sobre tráfico y consumo de drogas se encuentran clasificados dentro de los delitos "contra la seguridad pública", ubicados en el tercer renglón de recurrencia. De acuerdo con datos de la Policía Nacional, en 1988 se cometieron 11.881 delitos contra la seguridad pública discriminados de la siguiente manera[16]:

[12] GUTIÉRREZ TOVAR, *op. cit.*, pág. 10.

[13] FERNANDO ROJAS sostiene que en el año de 1971 había 503.914 procesos pendientes en los juzgados penales colombianos por concepto de delitos contra la propiedad, y de estos el 92.7% envolvían sumas inferiores a 10.000 pesos (unos 500 dólares de esta época). (*Criminalidad y Constituyente*, Bogotá, Cinep, 1977, pág. 106, nota 60).

[14] Sobre esto dice FERNANDO ROJAS: "La sanción de las «conductas antisociales» pone de manifiesto (...) que la función principal del sistema policivo-judicial no es la prevención y el castigo de los actores delictivos sino la vigilancia de una clase..." (*op. cit.*, pág. 47).

[15] GUTIÉRREZ TOVAR, *op. cit.*, pág. 9. Según estadísticas del DANE (1986), traídas por FRANCISCO ELÍAS THOUMI, "durante el período 1970-1977, los homicidios como porcentaje de muerte entre la población en general se elevaron de 2.3% en 1970 a 3.7% en 1977". Según la misma fuente, los delitos de cuello blanco también aumentaron considerablemente, así como los delitos contra la administración de justicia (peculado, extorsión, soborno, contratos ilegales, abuso de autoridad, etc.), que pasaron de 2.956 en 1981, a 4.129 en 1984. "Algunas implicaciones del crecimiento de la economía subterránea en Colombia", en *Economía y política del narcotráfico*, C.E.I. Uniandes, Bogotá, 1990, págs. 90 y 91.

[16] *Criminalidad en 1988*, núm. 31, Bogotá, Policía Nacional de Colombia, pág. 66; según estos datos, mientras que en 1958 solo se cometieron 110 delitos relacionados con estupefacientes, en 1963 esta cifra ascendió a 1.310, en 1968 a 3.574, en 1978 a 5.283 y en 1988 a 10.081, lo que representa un 5% de 212.144, como total de infracciones reportadas para este año.

Delitos	Total	%
Normas sobre estupefacientes	10.081	84.85
Terrorismo	677	5.70
Fabricación y tráfico de armas	476	4.01
Incendio	357	3.00
Tenencia y fabricación de objetos peligrosos	85	0.72
Otros	205	1.72

a) *Actividad jurisdiccional*. Como puede observarse, los delitos sobre estupefacientes son, entre los delitos consagrados en este título, los que se cometen con más frecuencia. Ahora bien, el número de personas privadas de su libertad por tráfico y consumo de estupefacientes era, para el año de 1985, de 24.654, de las cuales 15.227 tenían calidad de sindicados, mientras que 1.410 (6%) habían obtenido sentencia condenatoria de primera instancia, y 7.977 (32%) estaban con sentencia condenatoria de segunda instancia. En 1987, por estos delitos, había en prisiones 28.121 reclusos, de los cuales 17.721 (el 63%) eran meros sindicados, en tanto que 1.989 (el 6.7%) tenían sentencia de primera instancia y 8.511 (30.3%) de segunda[17].

Ahora bien, según información proporcionada por el Departamento Nacional de Estadística[18], el tratamiento jurisdiccional de estos delitos arroja los siguientes resultados:

INICIACIÓN DE SUMARIOS Y SENTENCIAS

Año	Iniciación de sumarios	Sentencias	Porcentaje
1984	12.934	1.285	10
1985	2.601	1.284	49
1986	5.446	1.402	25.7
1987	7.612	2.368	31

Es importante señalar que, a diferencia de lo que sucede con otros delitos, en el caso de condenas por estupefacientes la mayor parte de las sentencias son

[17] GABRIEL RICARDO NEMOGA SOTO, *El Estado y la administración de justicia*, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1988, págs. 162 y ss.

[18] Estos datos fueron obtenidos directamente en las oficinas del DANE (Departamento Nacional de Estadística).

condenatorias[19]. En 1986, por ejemplo, no se presentó ninguna sentencia absolutoria; siete procesos terminaron por extinción de la acción penal, y solo dos por prescripción. Esto puede explicarse por el hecho de que, en la mayoría de los casos, se trata de procesos por dosis personal que se decomisa al supuesto infractor. En estos casos la droga es incautada al supuesto sujeto del delito y por este motivo, por lo general, la carga de la prueba se invierte: el capturado debe demostrar su inocencia, lo cual es casi siempre imposible de acuerdo con nuestra legislación[20].

b) *Acciones de las Fuerzas Armadas*. La policía nacional y el ejército presentan en sus informes anuales un amplio listado de resultados relacionados con la incautación de drogas y de elementos para su procesamiento, como también en cuanto a la destrucción de laboratorios y el decomiso de armas. Sin embargo, las cifras de estos informes no coinciden entre sí; y estas difieren igualmente de las presentadas por el gobierno. Entre estas tres fuentes, la gubernamental, por poseer datos más globales, es la que más interesa; estas son sus cifras para los años 1985, 1986, 1987 y 1988:

CLASE DE ACTIVIDAD	1984	1985	1986	1987	1988
Capturados	5.250	1.955	3.666	4.724	5.596
Decomisos					
Armas	1.517	337	339	358	758
Radios	254	120	46	61	206
Vehículos	520	228	185	187	348
Embarcaciones	20	24	5	40	29
Aeronaves	64	33	21	20	57
Munición	25.588	9.689	6.615	12.572	44.321
Cajas detonantes	-	-	-	-	1.820
Granadas	-	9	6	6	41
Tacos de dinamita	950	248	35	-	-
TNT (kgr.)	25	-	-	-	-

[19] En el Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín, por ejemplo, se constató lo siguiente: de 28 sentencias dictadas por estupefacientes en el año de 1989, 20 fueron condenatorias y confirmadas por el Tribunal Superior, cuatro estaban pendientes en consulta ante el Tribunal, tres fueron modificadas por el Tribunal, y solo una revocada.

[20] Véase art. 51 de la ley 30 de 1986. Al respecto comenta FERNANDO VELÁSQUEZ: "Tal conducta debe descriminalizarse porque es evidente la falta de lesividad para el bien jurídico tutelado" (cfr. "La legislación colombiana en materia de estupefacientes", en *Drogas, problemática actual en España y América*, ed. cit., pág. 24).

Droga incautada					
Cocaína (kgr.)	19.580	4.239	3.039	8.326	18.701
Base de coca (kgr.)	9.450	3.673	4.070	6.712	3.897
Basuco (kgr.)	785	600	480	270	537
Marihuana (ton.)	4.300	1.021	486	1.287	922
Hachís (kgr.)	-	-	-	-	1.842
Hoja de coca (kgr.)	-	-	2	2	-
Matas de coca (millones)	14.6	10.6	6.9	4.5	1.4
Matas de marihuana (mills.)	2.3	0.9	1.2	2.9	0.3
Matas de amapola	17.200	-	150.000	-	1.970.000
Laboratorios e insumos					
Laboratorios	137	696	572	1.359	831
Plantas eléctricas	52	26	25	22	55
Prensas	41	266	145	906	333
Balanzas	60	389	133	177	261
Eter (galones)	160.250	69.000	20.900	44.700	271.388
Acetona (galones)	25.100	65.000	57.500	36.000	287.295
Amoníaco (galones)	9.590	6.000	14.400	8.300	21.324
Acido sulfúrico (gls.)	-	15.000	13.500	10.100	127.508
Acido clorhídrico (gls.)	-	-	-	-	6.772
Urea (kgr.)	5.600	6.300	41.700	1.800	313.467
Carbonato liviano (kgr.)	23.800	70.400	127.000	103.300	323.182
Permanganato de potasio (kgr.)	-	4.800	19.000	14.100	678.416
Soda cáustica	-	-	147.000	64.800	303.657
Fumigación					
Hectáreas de marihuana	3.171	2.375	12.000	10.368	4.391
Lotes	827	255	-	3.370	1.984
Glifosfato utilizado (gls.)	7.228	4.190	-	22.196	10.337
Pistas de aterrizaje	-	-	-	25	76

Algunos de estos resultados, para el año 1989, son los siguientes[21]:

Droga incautada

Cocaína	año 1989
Marihuana	30.633 kgr.
	707.617 "

Destrucción de cultivos

Coca	641
Marihuana	132

Armas-vehículos-otros

Armas	986
Radios	376
Vehículos	494
Embarcaciones	38

Laboratorios-insumos

Laboratorios destruidos	452
Plantas eléctricas	105
Pistas inutilizadas	97
etc.	

En cuanto a la confiscación de bienes a los narcotraficantes, es importante señalar que hasta septiembre de 1990 se habían iniciado 1.082 investigaciones. Cada una equivale a una resolución dictada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, la cual puede comprender varios bienes. Hasta finales de 1990, 986 de estas investigaciones se encontraban en la etapa preliminar; hubo 43 devoluciones confirmadas y 53 en trámite de devolución. "Las confiscaciones —admitía un alto funcionario del Ministerio de Justicia— rebasaron todas las previsiones, tomaron por sorpresa al Estado y hoy son el origen de una verdadera situación de caos"[22]. Las cifras sobre devoluciones reflejan —según investigación del periódico *El Tiempo*— "un fuerte revés jurídico en la guerra económica desatada por el gobierno contra los carteles de la droga"[23].

[21] *La lucha contra el narcotráfico*, Presidencia de la República, Bogotá, 1990, pág. 39.

[22] Tomado de investigación del periódico *El Tiempo*, Bogotá, 19 de agosto, 1990. Las normas básicas que regulan esta materia son: la ley 30 de 1986 y los decretos extraordinarios 1856/89, 2390/89 y 1271/90; el problema consiste en que el Consejo Nacional de Estupefacientes solo tiene la facultad de asignar provisionalmente el bien inmueble confiscado; luego es necesario esperar el decomiso definitivo, que tendrá lugar, siempre y cuando en el proceso que se sigue ante un juez especial, se presente una sentencia condenatoria por narcotráfico.

[23] Artículo de JORGE GONZÁLEZ, periódico *El Tiempo*, julio 3 de 1990.

c) *La jurisdicción especial de orden público*. Con base en las facultades extraordinarias derivadas del estado de sitio, el gobierno nacional expidió los decretos 180, 181 y 182 de 1988 con el propósito de hacer frente a la grave situación de orden público. El conjunto de estos decretos extraordinarios, junto con algunos otros que han sido expedidos posteriormente, componen un cuerpo normativo unitario conocido como "Estatuto Antiterrorista", cuyo contenido se refiere, de manera prioritaria, a los siguientes aspectos: a) agravación de penas[24]; b) modificación de conductas delictivas[25]; c) alteración de normas del proceso[26], y d) modificación de competencias[27].

De acuerdo con una investigación realizada por la Oficina de Investigaciones Sociojurídicas y de Prevención del Delito, adscrita al Ministerio de Justicia, la legislación extraordinaria en general, y en especial aquella relacionada con el orden público, se caracteriza por la "utilización instrumental del derecho y por el predominio de un enfoque marcadamente represivo como parte central de la política criminal", proveniente de una "visión restrictiva del orden público (...) cuyo equilibrio se pretende alcanzar y conservar exclusivamente a través de medidas de carácter excepcional"[28]. La opinión crítica de la Oficina de Investigaciones del Ministerio de Justicia se encuentra corroborada por los deficientes resultados instrumentales demostrados por un análisis de la actividad de los juzgados de orden público, desde su creación hasta enero de 1990, realizada por la misma oficina del Ministerio.

Según este estudio, de los 2.648 procesos en conocimiento de los juzgados de orden público, 530 han sido objeto de sentencia. Sin embargo, de acuerdo con estadísticas de la Dirección General de Prisiones, por violación al "Estatuto Antiterrorista" solo se encontraban recluidas un total de 311 personas; de estas, 23 estaban cumpliendo condena y 288 estaban en calidad de sindicados aún no senten-

[24] Como ejemplo de esto, se puede citar el aumento de aproximadamente 7 años que tuvieron las penas relacionadas con los delitos contra la libertad individual; de aproximadamente 5 años para los delitos contra la vida y la integridad personal, y de 4 años para los delitos contra el patrimonio económico. Los decretos 1857 y 1858 de 1989, también de carácter extraordinario, establecen aumentos adicionales: el decreto 1857, por ejemplo, impone aumentos hasta por 4 años para delitos contra el régimen constitucional.

[25] El decreto 180 de 1989 consagró nuevos tipos penales, entre los cuales se encuentran los siguientes: auxilio a actividades terroristas; omisión de informar sobre actividades terroristas; exigencia de solicitud de cuotas para actividades terroristas; instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas; instigación al terrorismo; instrucción y entrenamiento; utilización ilícita de equipos transmisores o receptores; utilización ilegal de uniformes o insignias; suplantación de autoridad, etc.

[26] Las normas de procedimiento establecidas en el Estatuto Antiterrorista están encaminadas a agilizar la investigación y el juzgamiento. El más importante de los mecanismos utilizados es el de la reducción de los términos: 7 días para las diligencias preliminares realizadas por la policía judicial; 30 días para el perfeccionamiento de la investigación por parte del juez especial; diez días para dictar sentencia.

[27] A los jueces de orden público se les asignó competencia sobre los delitos relacionados con la seguridad y la tranquilidad pública, incluyendo los de terrorismo; contra la libertad individual y el patrimonio económico; contra funcionarios públicos, etc.

[28] Ministerio de Justicia. Oficina de Investigaciones Sociojurídicas y de Prevención del Delito, *Competencia especializada en materia de orden público*, Bogotá, abril de 1990, pág. 29.

ciados, lo cual demuestra una muy baja cantidad de personas condenadas y recluidas por razón de tales decretos. Estos resultados son todavía más preocupantes si se tiene en cuenta que, según el mismo estudio, el 69% de los procesos que llegan a la segunda instancia están relacionados con conductas previstas en el art. 13 del decreto 180, que establece pena por "fabricación y tráfico de armas", y solo el 15% de los procesos se deben a delitos de terrorismo, atentado contra el régimen constitucional y homicidio con fines terroristas[29]. Por estas razones, la Oficina de Investigaciones del Ministerio concluye de esta manera: "Las medidas excepcionales expedidas por el gobierno nacional con base en las facultades extraordinarias previstas en el artículo 121 de la Constitución Nacional (...) no han alcanzado dos de los objetivos perseguidos. Uno, el restablecimiento del orden público y su conservación, y dos, la disminución de la ocurrencia de comportamientos delictivos, considerados altamente lesivos para el sistema institucional y político colombiano"[30].

3. Análisis formal de los decretos de estado de sitio expedidos durante el período de la "guerra contra el narcotráfico"

Durante el período comprendido entre principios de 1984 —poco antes del asesinato del ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla— y finales de 1989 —poco después del asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán— se expidió un total de 139 decretos de estado de sitio[31]. La gran mayoría de estas normas tiene un contenido procedimental u organizativo; modifican la competencia; intentan fortalecer la jurisdicción a través de diversos medios: creación de nuevos órganos o cargos, dotación, establecimiento de gratificaciones por confesión, organización del servicio militar, integración de la Corte Suprema de Justicia, etc.; otros modifican el procedimiento, amplían, crean, modifican o suspenden términos, crean o derogan garantías procesales, etc. Muchos de ellos establecen variaciones insignificantes o innecesarias. Algunos constituyen prácticamente repetición de decretos anteriores.

Los decretos que no son de carácter organizativo o procedimental, es decir los sustantivos, se refieren principalmente a los siguientes aspectos: salvoconductos para porte de armas, regulación del transporte —especialmente de motos— y licencias para pistas de aviación. Muchos de ellos establecen modificaciones inútiles, otros simplemente no sirven para el propósito perseguido[32].

[29] *Op. cit.*, pág. 46.
[30] *Op. cit.*, pág. 47.
[31] El período exacto de análisis es el siguiente: se inicia en marzo de 1984, cuando se declara el estado de sitio en cuatro departamentos (Meta, Caquetá, Huila y Cauca), y termina en diciembre de 1989.
[32] El gobierno del presidente Gaviria, por conducto de su ministro de Justicia Jaime Giraldo Ángel, se refería en numerosas ocasiones a la incoherencia y falta de eficacia de los decretos antes mencionados; para solucionar estos problemas el gobierno ha expedido una nueva serie de decretos extraordinarios relacionados con las jurisdicciones especial —para delitos de narcotráfico— y de orden público —para delitos de terrorismo y subversión (decrs. 180 y 181 de 1986)—, todo ello en un nuevo conjunto normativo denominado "Estatuto para la Defensa de la Justicia". Lo más significativo de estas nuevas normas de estado de sitio tiene que ver con el carácter secreto de los procesos y con la protección a los jueces.

Es importante detenerse en el análisis del texto, no solo para estudiar el tipo de vinculación existente entre la parte motiva y la parte resolutiva de cada decreto, sino también para relacionar su expedición con los hechos políticamente relevantes que le antecedieron, y con las circunstancias y efectos predecibles de su aplicación. En el estudio de estas relaciones se encontrarán los primeros elementos de juicio para comprender cómo otras razones para la expedición de normas, distintas de las contenidas en la eficacia instrumental, están ya en embrión desde su misma creación.

De manera esquemática, el análisis formal de los 139 decretos ha sido dividido de acuerdo con las siguientes variables: 1) el acontecimiento que determinó la expedición del decreto; 2) la motivación; 3) el tema que regula, y 4) el sujeto que afecta.

A) *El acontecimiento*

En esta variable se incluyen aquellos hechos políticos que fueron relevantes para la expedición de decretos. Durante el período señalado sucedieron numerosos hechos que determinaron la expedición de decretos; en su gran mayoría fueron hechos violentos, que suscitaron variadas reacciones por parte del gobierno, entre las cuales la más importante consistió en la expedición de decretos extraordinarios, con el fin de eliminar las perturbaciones al orden público.

Ante todo es necesario advertir que la variable del acontecimiento es el producto de una representación y no de un análisis objetivo: en efecto, los acontecimientos que suscitaron la expedición de decretos fueron aquellos que el gobierno consideró como perturbadores del orden público; esta consideración tiene un carácter político y está ligada a la representación dominante en la opinión pública, y en especial en los medios de comunicación[33], sobre el sentido y alcance del hecho perturbador. De esta manera, el presidente, al expedir normas, está respondiendo a las demandas provenientes de la sociedad. Según esto, el criterio que sirve al gobierno para clasificar un hecho como perturbador o no, como merecedor de una reacción jurídica o no, depende del juego político entablado entre las representaciones de la realidad dominante en el gobierno y las representaciones del mismo tipo, dominantes en la opinión pública, o más concretamente, en los medios de comunicación.

En el discurso oficial se encuentra la manifestación más clara de la representación gubernamental interviniente en el juego político anotado. Por lo tanto, un análisis del contenido del discurso político oficial, a propósito de los hechos violentos, proporciona una primera pista para el reconocimiento de las motivaciones políticas que determinan la expedición de decretos. En muchas oportunidades esta tarea de reconocimiento se facilita por el hecho de que el mismo discurso político hace directa alusión a la expedición de decretos como solución para el restablecimiento del orden público.

Ahora bien, la constante más significativa del discurso político durante el período en comento, tiene que ver con la intención, casi permanente, de estigmatizar al

[33] El término "opinión pública" se entiende aquí como descripción de la opinión dominante en los medios de comunicación.

narcotráfico como el factor principal de perturbación del orden público. Si bien los actos de la subversión también han ocasionado la expedición de normas extraordinarias, es el narcotráfico el señalado por el propio gobierno como el causante principal de los hechos perturbadores y del aumento considerable de la violencia en el país durante el lapso dicho. "La violencia que experimenta el país —dice un documento de la Presidencia de la República— proviene de fuentes distintas en su origen (...). Entre ellas el narcotráfico es la principal causa de desestabilización política, social y económica"[34]. En cuanto a los asesinatos políticos que han ocasionado gran impacto nacional, el documento gubernamental no tiene dudas respecto a los autores de tales crímenes: "En 1984 —dice el texto— fue asesinado el ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla, caracterizado iniciador de la batalla contra el tráfico de estupefacientes (...) hace pocos días, 4 años después, murió nuestro procurador general de la nación Carlos Mauro Hoyos, también vilmente asesinado por las balas asesinas [sic] del narcotráfico (...) después del cruento asalto a nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando se sacrificó a los más ilustres jueces y apóstoles del orden jurídico, inmolaron al magistrado sobreviviente doctor Hernando Baquero Borda y al comandante de la Policía Nacional, coronel Jaime Ramírez Gómez. En circunstancias análogas pierde la vida el líder político de la Unión Patriótica, Jaime Pardo Leal. Esto para citar unos pocos de los numerosos casos de cuotas de sangre entregada por nuestra gente en la implacable lucha contra el narcotráfico"[35]. A esta lista, elaborada por el gobierno, se agregan en 1986 los asesinatos de Guillermo Cano, director del periódico *El Espectador*; Antonio Roldán gobernador de Antioquia; Vladimir Franklin Quintero, jefe de la policía de Antioquia, y Luis Carlos Galán, candidato a la Presidencia de la República[36]. A continuación se presenta un cuadro que describe la relación entre acontecimientos y expedición de decretos:

Acontecimientos	Decretos
1. Atentados y muertes	45
2. Toma del Palacio de Justicia (nov. 1986)	12
3. Actos subversivos	3
4. Política general	34
5. Derogación o expedición normas	12
6. Paro cívico	8
8. Ineficacia del Estado	2
9. Presión de la opinión pública	5
10. Comienza a regir una nueva institución	2
11. Guerra sucia	12
37. Actos subversivos y hallazgo de laboratorios	4

[34] Presidencia de la República, *La lucha contra el narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, mayo de 1989, pág. 28.
[35] Ibídem, pág. 27.
[36] Ibídem, págs. 33 y ss.

Sobresale en este cuadro el gran número de decretos expedidos como consecuencia de la racha de atentados y muertes. Esto es aún más significativo si se tiene en cuenta el hecho de que no todos los atentados ni todas las muertes violentas acaecidas durante este período, motivaron la producción de decretos. En realidad estos decretos fueron determinados por cuatro asesinatos de reconocidas personalidades nacionales:

a) El 30 de abril de 1984 fue asesinado el ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla; como consecuencia de ello, el gobierno decretó el estado de sitio en todo el territorio nacional; puso en aplicación el tratado de extradición con los Estados Unidos; otorgó competencia a la justicia penal militar para conocer de los delitos consagrados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Diez días después del asesinato del ministro, se habían realizado 408 allanamientos y se había capturado a 152 personas[37].

b) El 17 de diciembre de 1986 fue asesinado el director del periódico *El Espectador*, Guillermo Cano; ese mismo día el gobierno expidió dos decretos, y durante el mes siguiente se expidieron ocho decretos.

c) El 25 de enero de 1988 fue asesinado el procurador general de la nación, Carlos Mauro Hoyos; el gobierno reaccionó con la expedición del más importante de los instrumentos represivos contra el narcotráfico, conocido como "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (decr. 180 de 1988); durante el mes siguiente el gobierno expidió ocho decretos.

d) El 18 de agosto de 1989 fue asesinado el candidato a la Presidencia de la República, Luis Carlos Galán; como consecuencia de ello, el gobierno pone en funcionamiento la extradición por vía administrativa, aumenta las penas de varios delitos y tipifica la conducta penal del testaferro, todo ello por medio de la expedición de 14 decretos.

También sobresale el rubro "política general", con 34 decretos; aquí están contabilizadas todas aquellas normas que desarrollan, complementan o aclaran otras normas expedidas anteriormente y que, en su mayoría, hacen parte de la manifestación jurídica de la "guerra" emprendida por el gobierno contra el narcotráfico a partir de mayo de 1984. Aparecen también 12 decretos expedidos como consecuencia de la toma del Palacio de Justicia por un grupo guerrillero en noviembre de 1986, y 12 decretos determinados por matanzas cometidas por grupos paramilitares en diferentes zonas del país. Finalmente, 12 decretos fueron expedidos con el objeto de solucionar problemas de vigencia a través de la derogación y creación de nuevas normas.

En términos generales, el discurso político utilizado por el gobierno para justificar la expedición de decretos, se caracteriza por el énfasis puesto en la existencia del narcotráfico, entendido como el enemigo social que origina estos acontecimientos, y como "el principal promotor de la delincuencia y de la violencia en el país"[38].

[37] Revista *Semana*, núm. 106, Bogotá, 1984.
[38] *Informe de la Presidencia de la República al Congreso Nacional*, t. V, Bogotá, Imprenta Nacional, 1990, págs. 18-19.

B) *Motivación*

Si los acontecimientos son justificativos de la expedición de decretos, que se hace manifiesta en el discurso político, la motivación es también una justificación para dicha expedición, pero esta vez, por el hecho de hacer parte del decreto, es de tipo jurídico. Todos los decretos poseen una motivación; esta puede ser implícita —por ejemplo cuando se trata de normas que desarrollan decretos anteriores— o puede ser explícita. En todo caso, la motivación se refiere a la argumentación de tipo jurídico aducida por el gobierno para justificar la regulación. Las motivaciones y su recurrencia en los decretos se presentan en el siguiente cuadro:

Motivación	Decretos
1. Narcotráfico	19
2. Subversión	9
3. Amenaza de jueces	5
4. Vigencia de normas	19
5. Necesidad de mejorar las instituciones	23
6. Hechos violentos	25
7. Orden público	25
8. Sicariato	1
9. Paramilitares, grupos de autodefensa	7
12. Narcotráfico-subversión	4
51. Narcotráfico-necesidad de mejorar las instituciones	1
12. Narcotráfico-hechos violentos	1

En términos generales el cuadro muestra una tendencia discursiva, que consiste en motivar los decretos —provenientes en su mayoría de atentados y hechos violentos, ocasionados, según el discurso político gubernamental, por el narcotráfico— a través de enunciados que combinan la idea de la crisis institucional y de la necesidad de fortalecer la justicia, con la idea de la lucha contra el narcotráfico y la violencia en general. Tres tipos de motivación aparecen como prioritarios: 50 decretos son motivados por circunstancias de orden público y de violencia, sin determinar la necesidad de atacar un tipo de criminalidad específica; 52 decretos son expedidos por razones organizativas: vigencia de normas y mejoría de las instituciones; y, finalmente, 26 decretos tienen motivación fundada en un tipo de criminalidad específica: narcotráfico y paramilitares.

De acuerdo con esto, y desde un punto de vista cuantitativo, se puede apreciar la utilización de un tipo de motivación, en la cual se amplía el sentido de los acontecimientos que dieron lugar a los decretos: el narcotráfico, principal causante —según el gobierno— de la mayoría de los hechos violentos, aparece en la motivación —salvo en algunos meses de agudización de la "guerra"[39]— con una cuota de responsabilidad directa, diluida en otras causas de la violencia; en numerosas ocasiones los decretos

[39] Estos meses se presentan a principios de 1988 y finales de 1989, sobre todo en agosto.

expedidos como consecuencia de atentados, asesinatos o matanzas cometidos, según el propio gobierno, por los grupos armados del narcotráfico, aparecen motivados en el texto mismo de la norma por eufemismos tales como "la violencia que afecta al país"; "la existencia de grupos terroristas"; "el deterioro del orden público", etc. En este sentido, se puede hablar de una falta de correspondencia entre la manera recurrente como el gobierno, por medio del discurso político, imputa al narcotráfico la autoría de los principales hechos violentos, y la manera difusa como la existencia del mismo narcotráfico aparece justificando la parte resolutiva de los decretos.

C) *Regulación*

Esta variable se refiere al contenido mismo de la parte resolutiva de los decretos. Como en el caso de la motivación, se trata de una manifestación jurídica objetiva, textual. La importancia numérica de las diferentes regulaciones se presenta en el siguiente cuadro:

Regulación	Decretos
0. Genérica	3
1. Armas	8
2. Drogas	1
3. Transporte aéreo o terrestre	9
4. Decomiso	7
5. Creación o modificación de penas	8
6. Procedimientos	36
7. Reformas a decretos	23
8. Creación de instituciones	23
9. Reuniones públicas	2
10. Declaración de estado de sitio	2
11. Bebidas	3
12. Motos	3
13. Sindicatos y cese de actividades	3
14. Gratificación, recompensas e impuestos	5
15. Vigilancia privada y autodefensa	1
16. Medios de comunicación	2

En este cuadro sobresalen los 36 decretos que establecen procedimientos. Si además se agregan a este número los 23 decretos que establecen reformas a otros decretos y los 23 que crean instituciones, se reúne un gran total de 82 decretos de tipo organizativo. Las demás normas son de carácter sustantivo; entre ellas se destaca la regulación sobre armas (8 decrs.), sobre transporte (9 decrs.), y sobre decomiso (7 decrs.).

La gran mayoría de los decretos muestra una regulación de tipo procedimental. El gobierno justifica este tipo de regulación en los siguientes términos: "El narcotrá-

fico ha persistido en nuestra sociedad, más como el resultado de problemáticas institucionales y del debilitamiento de los instrumentos fundamentales para el ejercicio de la autoridad y de la justicia, que por su propia capacidad de expanderse y fortalecerse''[40]; según esto, la estrategia jurídica de la ''guerra contra el narcotráfico'' emprendida por los gobiernos de Betancur y de Barco, consistió, principalmente, en la adopción de fórmulas procedimentales encaminadas —según los objetivos explícitos— hacia la prestación de una justicia más eficiente.

D) *Sujetos probablemente afectados*

La regulación no proporciona una idea exacta de la manera como se aplicará la norma. La puesta en obra permite no solo variar el sentido de lo regulado, sino también crear nuevos sentidos y hasta contradecir el sentido inicial. Un primer paso hacia el estudio de esta posible disociación entre el texto y la aplicación, consiste en determinar cuáles serán los sujetos afectados por la norma, de acuerdo con un análisis que no se limita a las posibilidades jurídicas derivadas del texto mismo, sino más bien a sus posibilidades sociopolíticas. De acuerdo con esta intención, la gran mayoría de los decretos —75 de ellos— están dirigidos hacia un sujeto genérico, y 28 específicamente contra el narcotráfico. La importancia numérica de los sujetos afectados se presenta en el siguiente cuadro:

1. Narcotráfico	28
2. Subversión	7
3. Paramilitarismo	6
4. Sindicalismo	7
5. Terrorismo	1
6. Genérico	75
7. Empleados oficiales y militares	9
8. Sicariato	3
12. Narcotráfico-subversión	2
51. Narcoterrorismo	1

En este cuadro se tiene en cuenta el tipo de sujetos afectados por el decreto. El criterio que determina la afectación no es estrictamente jurídico; no se trata de establecer aquellos sujetos o grupos a los cuales podría ser aplicada la norma, considerada en su aspecto formal; se ha establecido la afectación con base en consideraciones sociojurídicas; es decir, de acuerdo con los acontecimientos y con la política gubernamental.

Es significativa la cifra de 75 decretos con sujeto genérico; el mayor número de estos proviene de regulaciones sobre procedimientos, mejoría de las instituciones y vigencia de normas.

[40] *Informe de la Presidencia...*, ed. cit., pág. 42.

Un resumen de los cuadros anteriores es el siguiente:

Acontecimientos

Atentados	45
Política general	34
Palacio de Justicia	12

Motivaciones

Hechos violentos	25
Orden público	25
Mejora de las instituciones	23
Vigencia de normas	19
Narcotráfico	19
Guerra sucia	12

Regulación

Procedimiento	36
Reformas a decretos	23
Transporte	9
Cambio de penas	8
Armas	8

Sujeto

Genérico	74
Narcotráfico	29
Empleados del Estado	9

E) *Relaciones entre los cuadros*

Para tener una idea de la manera como evolucionan el discurso jurídico y el discurso político, en cada una de las cuatro variables analizadas en los cuadros anteriores, se puede hacer un seguimiento de la evolución de cada contenido a través de las variables, de acuerdo con el orden cronológico establecido. Así, por ejemplo, se puede investigar la manera como los decretos que resultan de los principales acontecimientos son motivados, regulados y posiblemente aplicados. Algo similar se puede hacer con los más importantes contenidos de la motivación, a través de la regulación y de la aplicación y finalmente con la regulación pasando por la aplicación. Esto se explica en los siguientes cuadros:

Acontecimientos/motivación/regulación/objetivo

a) Atentados

Luego de atentados contra personalidades nacionales, supuestamente perpetrados por el narcotráfico según versión gubernamental, se expidieron 45 decretos, los cuales fueron motivados de la siguiente manera:

Motivación		Regulación		Sujeto afectado	
Orden público	14	Procedimiento	13	Genérico	25
Narcotráfico	12	Creación tipos	5	Narcotráfico	15
Hechos violentos	12	Armas	5	Otros	5
Subversión	2	Transporte	6		
Amenaza contra jueces	2	Creación instituciones	4		
Mejora de las instituciones	2	Decomiso	2		
Paramilitarismo	1	Bebidas	2		
		Otros	8		

b) Motivación

Motivación	*Regulación*	*Sujeto*
Narcotráfico (19)	Transporte ..... 3 Decomiso ..... 4 Procedimiento 8	Narcotráfico .....16 Genérico 3
Vigencia de normas (19)	Reformas a Decretos ..... 14 Procedimientos ..... 3 Otros 2	Genérico ..... 11 Narcotráfico ..... 4 Sindicalismo ..... 2 Empleados 2
Mejoría de instituciones (23)	Procedimiento ..... 10 Creación inst. ..... 6 Reformas decr. ..... 3 Otros 4	Genérico .....17 Empleados ..... 2 Subversión ..... 2 Otros 2
Hechos violentos (23)	Genérico ..... 5 Reforma decr. ..... 5 Creación inst. ..... 5 Procedimiento ..... 3 Transporte ..... 2 Otros 3	Genérico ..... 18 Empleados ..... 2 Narcotráfico ..... 2 Otros 1
Orden público (25)	Procedimiento ..... 7 Genérico ..... 3 Creación inst. ..... 3 Bebidas ..... 2 Otros 10	Genérico ..... 15 Narcotráfico ..... 4 Sindicalismo ..... 2 Empleados ..... 2 Otros 2

c) Regulación

Regulación	Sujetos
Procedimientos (36)	Genérico ..... 18 Narcotráfico ..... 12 Empleados ..... 4 Otros 2
Creación de instituciones (23)	Genérico ..... 17 Paramilitares ..... 3 Narcotráfico ..... 2 Otros 1

Reforma a decretos (33)	Genérico ..... 13 Narcotráfico ..... 13 Paramilitarismo ..... 2 Sindicalismo ..... 2 Otros 3
Transporte (9)	Narcotráfico ..... 5 Otros 4

F) *Recapitulación*

a) Entre los acontecimientos y la motivación se produce una difusión del sentido: mientras que en el discurso político gubernamental aparece claramente la responsabilidad del narcotráfico, en el discurso jurídico, dicha responsabilidad se hace más difusa; otros actores, y sobre todo causas indeterminadas, conforman un conjunto más amplio de causas de la violencia, encaminado a la justificación de la expedición de los decretos.

b) Entre la motivación y la regulación, el discurso general que justifica la expedición de decretos se concreta en los procedimientos y las medidas organizativas de la administración de justicia. Sin embargo, esta delimitación o concreción del discurso solo puede establecerse desde un punto de vista formal, en la medida en que se buscan soluciones específicas de tipo procedimental a los problemas planteados; desde un punto de vista sociojurídico, en cambio, se presenta una ampliación del ámbito de aplicación, y por lo tanto del sentido de los textos, en la medida en que la mayoría de los decretos tienen una posible aplicación de tipo genérico.

c) Entre los acontecimientos y el sujeto afectado se pasa de un discurso político, en el cual los sujetos responsables de los atentados y demás hechos violentos están claramente identificados, a un discurso jurídico en el cual la conducta regulada se aplica en su gran mayoría a sujetos no identificados. Hay pues una ampliación del sentido en relación con el discurso político: la figura del enemigo social se amplía considerablemente.

4. Eficacia simbólica del derecho penal sobre estupefacientes

En los apartados precedentes se han analizado normas sobre narcotráfico desde dos enfoques diferentes: el primero de ellos se relaciona con el período de puesta en obra; allí se tienen en cuenta los criterios para establecer el grado de eficacia instrumental de las normas; en segundo lugar se hizo un análisis estadístico de los contenidos de los decretos extraordinarios, con el objeto de mostrar una disociación entre los contenidos discursivos, a propósito de los hechos relevantes políticamente durante el período que se ha venido comentando, y los contenidos discursivos de las regulaciones producidas por tales hechos.

A continuación se examina la totalidad del proceso de creación y aplicación del derecho sobre narcotráfico, con el objeto de mostrar la validez de la hipótesis inicial, según la cual existe una disociación entre la práctica de creación de normas y la aplicación de las mismas, determinada por razones de estrategia, dentro de un espacio de confrontación entre diferentes fuerzas.

A) *Promulgación sin eficacia*

1. *Noción general.* De los decretos que se expidieron durante el período 1984-1989, algunos se acercan al tipo de eficacia simbólica denominado "*actos performativos*"[41], esto es, normas que fueron creadas con el objeto de ser promulgadas, no con el objeto de ser aplicadas. Dicho de otra manera, fueron promulgadas con la intención de obtener los beneficios retóricos de la promulgación, y sin tener en cuenta los efectos jurídicos de su aplicación. De acuerdo con esto, dichas normas se agotan en su enunciado mismo, no van más allá del acto por medio del cual se ponen en conocimiento del público. Estas normas suelen expedirse luego de un acontecimiento violento —el asesinato de una personalidad nacional, por ejemplo— que causa alarma entre la población. En estos momentos de conmoción social, todas las expectativas se vuelcan hacia las instituciones, de tal manera que la comunicación entre gobernantes y gobernados se hace más directa que de costumbre, debido a la existencia de mensajes concretos[42]: la sociedad, por intermedio de la prensa hablada, escrita y los demás medios de comunicación[43], demanda soluciones concretas por parte del gobierno; este responde con la toma de decisiones, y las decisiones adquieren la forma del derecho. En estas circunstancias, la eficacia simbólica del derecho aparece como consecuencia directa de que *la obligación política de responder a las demandas sociales por medio de la expedición de normas constituya un apremio más poderoso que la obligación jurídica de crear mecanismos de represión o de control social pertinentes.* Desde luego, esto no impide que el gobierno obtenga los dos propósitos —respuesta política y control social— por medio de la expedición de una misma norma; en realidad, la existencia de esta posibilidad —es decir, de que el derecho sea realmente instrumento de control social—, y más aún el hecho de que esta posibilidad sea, en ocasiones, una realidad, es lo que crea el grado de confianza ciudadana en las instituciones, necesario para que el gobierno convierta al derecho en algo distinto de lo que la ciudadanía cree que es, es decir, lo convierta en una respuesta política y no en una norma.

No es fácil encontrar un decreto que se acomode perfectamente al tipo ideal "performativo"; por lo general este modelo de eficacia simbólica suele aparecer combinado con otros modelos: la posibilidad de crear una representación en el público casi siempre está ligada a la realización de un mínimo de eficiencia instrumental; de lo contrario, la sola "puesta en escena" del decreto no alcanza a inculcar

[41] Del francés *porformatif* que podría ser traducido como "*realizativo*".

[42] Sobre el proceso de comunicación en derecho, véase a DOMENICO CARZO, *I Segni del Potere*, Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1981, pags. 75-83.

[43] No se tiene en cuenta aquí la posibilidad de que exista o no manipulación por parte de los medios.

la idea perseguida con su promulgación. En la mayoría de los casos un elemento secundario de la norma logra aplicación, apoyando así la credibilidad de un elemento simbólico y esencial.

Aquellos casos en los cuales se presentan variaciones mínimas de penas, de competencias o de procedimientos, pueden presentarse como ejemplos: dentro del caudal de decretos expedidos es muy común encontrar textos repetidos, o con modificaciones mínimas, relacionadas con aumento de penas o con el cambio de competencias. Por ejemplo, los decretos 1056 de 1984, 3664 de 1986 y 180 de 1988 en su art. 11, sobre tráfico y porte de armas de uso personal, son esencialmente iguales; además los decretos sobre porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas: 3664 de 1986, 1667 y 2045 de 1987, y 180 de 1988 en su art. 13. En estos casos, el recurso a las modificaciones técnicas aparece como un objetivo explícito, mediatizado por el propósito político, no declarado, de imponer una representación según la cual, a través del derecho, entendido como instrumento técnico, el gobierno está dando un primer paso hacia la solución de los problemas.

En estos casos la estrategia es la siguiente: se expide una norma que regula una amplia gama de conductas, posteriormente se expiden una serie de decretos que regulan algunas de las conductas ya reguladas en el primer decreto, de tal manera que entre ambos se presenta una relación entre lo general y lo particular o entre lo general y lo reglamentario; una relación en la cual los decretos posteriores afirman o enfatizan algo que ya estaba previsto en la primera norma. El Código Penal de 1980 (decreto 110) —por ejemplo— reprimía "la fabricación y el tráfico de armas de fuego"; el decreto 1056 hace lo mismo, pero con palabras diferentes: en lugar de penalizar la "fabricación y el tráfico", se castiga el "fabricar, almacenar, distribuir, vender, transportar, suministrar, reparar, portar", lo cual, en una interpretación razonable, estaba ya contenido en el decreto inicial. Posteriormente el decreto 3664 de 1986 incluye nuevas conductas punibles también contenidas en las regulaciones anteriores, como por ejemplo la venta o el porte de armas. Lo mismo sucede con el "Estatuto para la Defensa de la Democracia" (decreto 180 de 1988) y con los decretos posteriores: en el art. 7° del decreto 180, por ejemplo, se establece una serie de enunciados encaminados a combatir actos perpetrados por grupos terroristas; posteriormente, el decreto 1194 de 1989 vuelve sobre lo mismo en su artículo segundo, esta vez refiriéndose a "bandas", "grupos de justicia privada", "escuadrones de la muerte", etc., los cuales estaban ya claramente incluidos dentro de la denominación inicial "grupos terroristas".

Otros decretos, que también pueden ubicarse dentro de este modelo, son aquellos que contemplan cuestiones sin mayor trascendencia real, pero que poseen un importante contenido simbólico: como ejemplo se puede citar el decreto 1864 de 1989, que declaró duelo nacional de tres días por el asesinato del candidato Luis Carlos Galán; o el 813 de 1989, que creó, por obra de la presión de algunos movimientos políticos de izquierda, como consecuencia de las matanzas de 1988[44], una comisión asesora para las acciones en contra de los grupos paramilitares.

[44] Se refiere a los sucesos de las fincas "Honduras" y "La negra", (marzo de 1988) en las que murieron 17 campesinos de Segovia (noviembre 11 de 1988), donde murieron por lo menos cuarenta personas; y al asesinato de José Antequera (marzo 3 de 1989) dirigente de la Unión Patriótica.

En el momento más agudo de la "guerra contra el narcotráfico" se expidieron numerosos decretos, cuyo propósito fundamental era el de responder a las demandas sociales de que se "hiciera algo", de que se tomaran "cartas en el asunto". Sin embargo, hubo un decreto especialmente significativo, por su ubicación espacial y temporal, que responde perfectamente al modelo de eficacia simbólica "performativa", según el cual el objetivo no declarado de la norma se reduce a su promulgación. Se trata de la norma expedida el 31 de septiembre de 1989, por medio de la cual se impuso el "toque de queda en Medellín". A continuación se expone en detalle el proceso de puesta en obra de este decreto.

2. *El decreto de "toque de queda" en Medellín*. 2.1 *Los acontecimientos*. El 31 de septiembre de 1989, el alcalde de la ciudad de Medellín expide el decreto 580, por medio del cual se impone el toque de queda en la ciudad entre las 10 p. m. y las 6 a. m.; el gobierno municipal, en los considerandos del decreto sostenía que "la situación de orden público por la que atraviesa la ciudad de Medellín, amerita la toma de decisiones que contrarresten *ciertos hechos perturbadores de la tranquilidad ciudadana*"[45]. Se inicia entonces un despliegue de fuerza en la ciudad, nunca antes visto[46].

Esto no impidió que las bombas siguieran estallando diariamente; solo cambió la oportunidad: mientras que antes las explosiones tenían lugar en las noches, durante el toque de queda los atentados se llevaban a cabo durante el día.

Impuesto el toque de queda, el mayor impacto en materia de orden público[47] se presenta en la disminución de la violencia común. Según información del Departamento de Estadística Criminal del municipio en Medellín, entre enero y octubre de 1989 se cometieron en la ciudad un promedio de 10 homicidios diarios, de los cuales el 67% fueron ocasionados por el consumo de alcohol durante las noches[48]; en el mismo período se produjeron 37 mil hechos relacionados con hurtos, atracos y robo de automóviles. Esta agitada actividad criminal[49] disminuyó drásticamente durante la vigencia del toque de queda. En la primera noche de aplicación de esta medida solo se presentó un herido de bala en la policlínica de la ciudad, cuando

[45] El subrayado es agregado.

[46] Se establecen 18 retenes de policía, la mitad de ellos móviles. Salen a las calles cuatro mil uniformados y se obtienen refuerzos de personal provenientes de Bogotá y Urabá. Véase diario *El Mundo*, jueves, 31 de agosto de 1989.

[47] Aquí se tiene en cuenta la incidencia del toque de queda en la actividad industrial y comercial de la ciudad.

[48] Informe del *Departamento de Estadística Criminal* del Municipio de Medellín, en *El Mundo*, nov. 24 de 1989.

[49] Según un estudio de la revista *Coyuntura Social*, del Instituto SER de Investigaciones, Colombia pasó a ser el país más violento del mundo en el año 1989, con una tasa de homicidios de 68.8 por cada cien mil habitantes. Según este mismo estudio, Medellín es la ciudad más afectada; en 1988, casi la tercera parte de los homicidios totales del país se cometieron en esta ciudad. Citado en el comentario editorial de *El Mundo*, dic. 12 de 1989.

lo normal es que allí se atienda un promedio de 60 personas, según información del personal médico[50].

Cuatro días después de iniciado el toque de queda, el alcalde dió declaraciones a la prensa sobre los resultados obtenidos: según el mandatario municipal, la violencia disminuyó en un 65% (de acuerdo con la disminución de los servicios hospitalarios de urgencias); durante estos primeros días fueron desactivadas 14 bombas y detenidas 4.500 personas[51].

La norma del toque de queda permaneció vigente durante 13 días (14 noches). En este lapso de tiempo explotaron en la ciudad algo más de 40 bombas y fueron incendiados 23 automóviles oficiales. La violencia común disminuyó drásticamente y la industria, y sobre todo el comercio, se vieron afectados económicamente[52].

Luego de una semana de vigencia, el gobierno municipal tenía la intención de levantar el toque de queda para el lunes 11 de septiembre. Sin embargo, otro asesinato de gran resonancia frustró las intenciones del alcalde: el día 11 por la mañana fue acribillado, al salir de su residencia, el exalcalde Pablo Peláez, quien había dirigido una campaña de reflexión ciudadana el 4 de agosto de 1989. Ante el nuevo hecho, ocurrido a las siete de la mañana, el alcalde decidió continuar con las medidas adoptadas.

Sin embargo, dos días más tarde la administración municipal toma la decisión de levantar el toque de queda "en vista de la situación de tranquilidad que ha vivido la ciudad durante las últimas horas (...) Los resultados han sido muy buenos —explica el alcalde—, yo creo que la gente los está reconociendo; se bajó notablemente el índice de muertes violentas y las familias están tranquilas[53] y contentas con el toque de queda".

2.2 *La batalla sicológica*. En Medellín predominan dos enfoques diferentes a propósito de la violencia que vive la ciudad. El primero de ellos consiste en un diagnóstico de tipo moral-individual, y supone que la pérdida de los valores de antaño y el alejamiento de la religión explican la crisis actual; en este orden de ideas, solo un cambio en la conciencia de los ciudadanos, un cambio ético y cultural, puede salvar a la sociedad del caos moral en el que se encuentra[54].

[50] *El Mundo*, jueves 1° de septiembre de 1989.

[51] *El Mundo*, lunes 4 de septiembre de 1989.

[52] Entre los objetivos de los atentados dinamiteros se encuentran: una fábrica de pinturas, un club privado, dos restaurantes, el aeropuerto, quince sucursales bancarias, estanquillos, un hotel y una estación de gasolina. Fuera de esto, fueron indirectamente afectados cinematecas, bares, centros nocturnos, espectáculos, turismo, etc.

[53] El funcionario se refería a un fenómeno ampliamente comentado durante esos días: la satisfacción de esposas e hijos al ver a los padres de familia llegar todos los días temprano a sus hogares.

[54] De acuerdo con esta perspectiva, el día 2 de septiembre el episcopado colombiano convoca a los habitantes de Medellín a una jornada de oración por la vida, la dignidad y la fraternidad, para el 15 de octubre. "Es hora de volver a Dios —dicen los obispos—. Estamos urgidos de una sincera y profunda conversión, de un cambio personal y comunitario. Si no descubrimos el rostro del padre no podemos vivir como hermanos". *El Mundo*, septiembre 2 de 1989.

Un segundo enfoque, este de tipo político-institucional, considera que la solución al problema de la violencia solo puede provenir de las medidas represivas que la administración municipal, y especialmente el ejército y la policía, emprendan contra los grupos criminales que actúan en la ciudad.

Cada uno de estos puntos de vista predomina en ciertos espacios institucionales y en ciertos momentos. En términos generales, se puede afirmar que el gobierno —tanto municipal como nacional— utiliza ambos enfoques, mezclándolos estratégicamente de acuerdo con las circunstancias, para crear el tipo de representación que más convenga a sus acciones. Durante la vigencia del toque de queda —y en general durante los últimos años— el discurso del alcalde y de las demás instancias gubernamentales fue poco explícito en relación con la existencia del narcotráfico como causa directa de la violencia. Otros ingredientes de tipo social, político y moral, intervienen en la explicación que dichas autoridades proporcionan de la crisis.

De esta manera se logra hacer un poco más difusa la responsabilidad de atacar a los jefes del narcotráfico, en circunstancias en las que el alcalde carece de los instrumentos adecuados para emprender acciones de este tipo. La alusión a una crisis más profunda, a un problema que va más allá de las bombas y de los asesinatos políticos, a una crisis que viene de lejos y que tiene que ver con el egoísmo y la falta de solidaridad de todos, aparece constantemente en los discursos gubernamentales y tiene su explicación en la incapacidad del alcalde para afrontar directamente el problema del narcotráfico y en la necesidad de crear en los ciudadanos la representación de que la situación actual se explica por una especie de fatalismo —como en cualquier catástrofe natural[55]— del cual es víctima la ciudad, sin que sea posible establecer qué sucede realmente, y mucho menos emprender un juicio de responsabilidades.

En este orden de ideas, las decisiones del alcalde afectan actividades que nada tienen que ver con las verdaderas causas del problema. Así, por ejemplo, el decreto 604, por medio del cual se restringió la circulación de motos en la ciudad entre las 6 p. m. y las 5 a. m.; el decreto 597, que exigió el desalojo de los vendedores ambulantes de algunas calles del centro de Medellín; y el decreto 590, por medio del cual se obligó a los conductores de vehículos a mantener encendidas las luces internas del automóvil durante la noche[56]. "Estas medidas —dice el alcalde— continúan vigentes para prevenir la racha de violencia que azota a la ciudad"[57]. Estos

[55] Durante el mes de septiembre de 1987 se produce la tragedia de Villa Tina, uno de los barrios más miserables y más abandonados de la ciudad, en donde murieron unas mil personas, víctimas de un derrumbre de tierra. El periódico *El Colombiano*, en su editorial, en ese entonces escribía: "Medellín es una ciudad marcada por el signo de la tragedia. (...) Cuando no se recibe el castigo de la delincuencia en cualquiera de sus expresiones inhumanas, son las fuerzas incontenibles de la naturaleza las que azotan, en especial a los pobladores de las zonas más indefensas de la sociedad". (Edición de septiembre 29 de 1987).

[56] Otro de los decretos expedidos en este período fue el 589, que impuso un nuevo horario de 11 p. m. a 6 a. m. para el toque de queda.

[57] *El Mundo*, martes 5 de septiembre de 1989.

decretos, que no guardan relación con las causas del problema, tienen una función política fundamental, que consiste en crear una cierta representación en los ciudadanos que beneficia la posición institucional.

Durante los trece días de vigencia del toque de queda en Medellín, la presión sobre el alcalde aumenta día a día. La idea de que no existe una relación clara entre el problema de la violencia y la decisión de imponer el toque de queda, se va imponiendo en la conciencia de los ciudadanos de Medellín. Es así como el alcalde, en declaraciones dadas el 4 de septiembre, reconoce claramente el carácter simbólico de la norma: "*La medida fue tomada —dice el mandatario— no solo para evitar las bombas y los actos terroristas, sino para que toda la comunidad se dé cuenta de que estamos en una situación de emergencia y de que todos hacemos parte de esa situación y de la solución. Es un llamamiento a la comunidad para que se involucre en la solución que estamos buscando*"[58].

El decreto que impuso el toque de queda en Medellín, luego del asesinato del precandidato Luis Carlos Galán, fue expedido y aplicado con el objeto de lograr propósitos diferentes de los declarados en el texto jurídico. Este es un caso bien claro de eficacia simbólica: el corto período durante el cual estuvo en vigencia, el limitado ámbito espacial de aplicación de la norma y las circunstancias políticas dominadas por una extrema tensión social, hacen de este decreto, un ejemplo ideal para ilustrar el mecanismo jurídico-político que subyace en el concepto de eficacia simbólica.

B) *Aplicación sin eficacia*

Pero no todas las normas dictadas en este período tuvieron objetivos que se realizaron con el solo hecho de su publicación. También se encuentran normas que responden al tipo denominado "aplicación sin eficacia"; esto es, normas que son aplicadas, pero cuya ejecución se hace por medios que desvían sus objetivos explícitos hacia la consecución de otros fines no declarados. De acuerdo con el modelo teórico establecido, la desviación se puede realizar por medio de diferentes mecanismos, entre los cuales los más importantes son dos: "esencial-accidental y regla-excepción".

1. *La relación esencial-accidental.* El estudio de la relación validez-eficacia de la ley 30 de 1986 y de los decretos de estado de sitio sobre consumo y tráfico de drogas expedidos en los últimos diez años, muestra claramente el carácter coyuntural y político, tanto de su creación como de su aplicación. En este orden de ideas,

[58] *El Mundo*, 5 de septiembre. La similitud de esta afirmación del alcalde, con la justificación de otras normas también simbólicas, es evidente. En el caso de la Asamblea Nacional Constituyente, el presidente César Gaviria sostiene lo siguiente: "La carta de derechos y deberes que propone el gobierno en el título segundo del proyecto es una respuesta a ese mal endémico de nuestra nación. También representa un cambio total en la concepción del Estado (...) Una vez más habrá quienes reaccionen con ironía frente a este tema, alegando que la Constitución no puede prometer vivienda, salud, educación, comida, trabajo y seguridad para todos, y tendrán razón, pero es que ese no es el propósito de la consagración constitucional de esos derechos, la finalidad es que, al ser incluidos en la carta, ello se vuelva un propósito nacional". (Tomado del periódico *El Tiempo*, febrero 5 de 1991).

la estrategia utilizada consiste en enfatizar la represión de las conductas relacionadas con el consumo de drogas —de hecho algo secundario en Colombia—, desatendiendo así la aplicación de las normas sobre tráfico, de tal manera que los resultados obtenidos en lo primero se presenten como resultados de la aplicación global e indeferenciada del derecho penal en esta materia[59].

La "guerra contra el narcotráfico" ha tenido momentos agudos y momentos llanos; los primeros han sido motivados principalmente por atentados y por acciones terroristas emprendidas por los narcotraficantes; en estas circunstancias, el Estado no ha dudado en utilizar todo su aparato represivo en contra de los carteles de la droga; sin embargo, en los momentos de menor tensión bélica entre el Estado y los carteles de la droga, la "lucha contra el narcotráfico y el narcoterrorismo" se convierte en una acción en la cual lo principal está en la represión del consumidor y del pequeño traficante, y lo secundario en la lucha contra las actividades de los grandes carteles. La aplicación del derecho penal sobre tráfico y consumo de drogas está orientado por las exigencias coyunturales de la "guerra" y no por una aplicación obligatoria, inmediata e imparcial de sus normas.

2. *La relación regla-excepción*. Otro de los mecanismos utilizados por el derecho penal para desvirtuar los objetivos explícitos de la norma en beneficio de otros objetivos, es el que consiste en llevar a cabo una aplicación en la cual la excepción a la regla sea más importante que la regla misma. Esto sucede, por ejemplo, con buena parte de las normas que se refieren a armas de uso personal[60]. Durante el período estudiado, la mayoría de estas normas establecían restricciones para la expedición de salvoconductos de porte; sin embargo, en todos estos casos se establece una excepción por medio de la cual se faculta a una autoridad, por lo general de carácter militar, para que expida, de acuerdo con su criterio y responsabilidad, los mencionados salvoconductos. Así, por ejemplo, en marzo de 1984, tras la declaratoria del estado de sitio en algunos departamentos del país, el gobierno suspendió la vigencia de los salvoconductos para portar armas (decr. 667 de 1984); pero facultó a los comandantes de brigada para expedir permisos especiales para el porte. En mayo de 1984, mediante decreto 1056 se prohíbe el porte de armas de uso personal. En esta ocasión los salvoconductos continuaron vigentes, pero se facultó a los comandantes de brigada para suspenderlos; lo mismo sucedió con

[59] A propósito de la aplicación de las normas penales sobre narcotráfico, LOUK HULSMAN diferencia dos tipos de problemas: problemas de drogas primarios, o sea "aquellos relacionados con las drogas que se producen con independencia de la política de las drogas que se siga en el sector colectivo" y problemas secundarios: "aquellos que están relacionados específicamente con una determinada política de drogas y que no ocurrirían de esta manera si se adoptara una política de drogas diferente". Cfr. "La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 35, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 56. Ver, igualmente, ALESSANDRO BARATTA, "Introducción a la criminología de la droga", en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 41, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 335 y ss.

[60] Por ejemplo los decretos 667 y 1056 de 1984, y 1667 y 2045 de 1987.

el decreto 3664 de 1986. En 1987, la fórmula se invierte nuevamente: se prohíbe el porte y se suspenden los salvoconductos, pero se faculta a los comandos de brigada para otorgar permisos especiales.

3. *Aplicación y combinación estratégica de prácticas*. La manera como el derecho penal sobre drogas ilícitas combina las instancias de promulgación y aplicación, puede servir para ilustrar mejor el mecanismo de aplicación sin eficacia. De acuerdo con lo dicho por M. VAN DE KERCHOVE y F. OST[61], en contra de un modelo general de aplicación necesaria e indiferenciada de normas, en el derecho penal se impone hoy en día un modelo instrumentalista, en el cual la aplicación individualizada y coyuntural permite una "gestión diferenciada de los ilegalismos"[62]. Según este modelo, la aplicación de la sanción penal no es buena en sí misma, tal como se desprendía de la idea de sanción como justa retribución de las infracciones, es más bien un instrumento de realización de un bien: la prevención del delito. Este modelo instrumentalista concibe la sanción en términos de eficacia, es decir de costo-beneficio, y por lo tanto la práctica de la aplicación queda subordinada a la utilidad. Así, al modelo general e indiferenciado de aplicación de las leyes penales —dicen OST y VAN DE KERCHOVE— se substituye por un modelo individualizado y selectivo..."[63].

Las normas penales pueden convertirse en un instrumento susceptible de ser utilizado de dos maneras diferentes: como un conjunto de normas que serán aplicadas o no contra el enemigo social, de acuerdo con las circunstancias tácticas; o como un conjunto de reglas de juego que se aplicarán teniendo en cuenta, no solo la represión, sino también la negociación, el compromiso, e incluso el perdón, según las directrices señaladas por una estrategia de costos y beneficios políticos. La aplicación entonces —completamente disociada de la promulgación— se lleva a cabo dependiendo de las necesidades de legitimación de las instancias gubernamentales y policivas[64].

[61] M. VAN KERCHOVE y F. OST, *op. cit.*, págs. 325-333.

[62] M. FOUCAULT, sostiene que "La prisión y la policía forman un *dispositivo* conjunto; ellas mismas aseguran dentro de todo el campo de los ilegalismos, la diferenciación, el aislamiento y la utilización de la delincuencia" (*Surveiller et Punir*, Paris, Gallimard, 1975, pág. 278.

[63] *Op. cit.*, pág. 330.

[64] De acuerdo OST y VAN DE KERCHOVE, el derecho penal establece sus propios mecanismos de neutralización, tales como la libertad condicional, la cesación de procedimiento, la suspensión de la pena, etc. (*op. cit.*, pág. 333). Un estudio de JAIME CASTRO sobre criminalidad en Colombia muestra cómo el principal factor de terminación de procesos penales se debe a la figura de la cesación de procedimiento: en 1972, por ejemplo, en la primera instancia de los jueces superiores de circuito, de un total de 77.824 procesos, 61.824 terminaron por cesación de procedimiento, es decir el 79% (*La justicia en Colombia*, Bogotá, 1975, pág. 54). Por su parte el director nacional de instrucción criminal, EDUARDO LOZANO TOVAR, sostuvo en septiembre de 1988 que en Colombia, durante el año 1984 solo el 2.88% de los procesos penales obtuvieron sentencia, y que en 1985 esta cifra se redujo al 2.24% ("La impunidad y las formas de combatirla", en *Lucha contra la impunidad*, Bogotá, Edit. Guadalupe, 1989, pág. 245.

Esta idea del derecho penal como conjunto de reglas que se aplican de acuerdo con las circunstancias estratégicas de la partida o del juego que se esté llevando a cabo, y no como un conjunto de normas de obligatorio e inmediato cumplimiento, ilustra bien la manera como se ha concebido y aplicado la política juridicocriminal del gobierno en contra del narcotráfico. Entre la situación ideal de una norma aplicada plenamente en el sentido previsto por su creador y la situación de una norma que no es aplicada en absoluto, se presentan una serie de posibilidades que dependen de las instancias encargadas de su ejecución: en ciertos lugares y no en otros; en ciertos momentos y no en otros, en ciertas materias y no en otras, en relación con ciertas personas y no con otras, con ciertos énfasis, con ciertas negligencias, etc. La intención de favorecer una u otra clase de aplicación dentro de esta serie, no siempre se debe a razones de tipo técnico o administrativo, lo cual determinaría un fracaso; en numerosas ocasiones esta intención está determinada por razones políticas; o, lo que es aún más común, la técnica y la logística siguen teniendo cabida en las razones que conducen a la toma de decisiones sobre la aplicación, pero su incidencia en la decisión final se encuentra mediatizada por razones políticas que se convierten, a la postre, en las determinantes últimas de la decisión.

En el caso de las normas sobre narcotráfico, es clara la aplicación circunstancial y estratégica: las decisiones jurídicas que se tomaron en medio de la "guerra contra el narcotráfico", fueron aplicadas como decisiones de guerra que se amoldaron a un marco jurídico[65]. En consecuencia, la movilidad de fuerzas, la intempestividad de las acciones, el cambio de intensidades, el carácter discriminado de operaciones, e incluso la negociación, hacen de los decretos extraordinarios un conjunto de instrumentos que se aplican o no se aplican, de una manera o de otra, y de acuerdo con las circunstancias propias del juego bélico que se vive en el momento o en el lugar de la aplicación. Según esto, los postulados del Estado liberal quedan fuera de foco: no es la ley penal la que determina los parámetros dentro de los cuales se debe mover la política penal; es la política penal la que comanda la aplicación y el alcance de la ley penal.

En el análisis de los decretos promulgados durante la "guerra contra el narcotráfico" la creación y la aplicación de normas aparecen como dos órdenes diferentes, que determinan dos tipos de prácticas, cuya vinculación es más fortuita que jerárquica, o incluso cronológica. La práctica de la creación hace parte de una dinámica de tipo político: el órgano creador responde, con la expedición de decretos, a las demandas provenientes de la sociedad en relación con la necesidad de hacer algo para enfrentar el enemigo social del narcotráfico. Esto no significa que los objetivos instrumentales relacionados con la represión, el control, y en general la persecución de objetivos explícitos de los decretos, queden excluidos por la existencia de los propósitos políticos; esto significa que, en la creación, lo instrumental queda mediatizado por lo simbólico.

Por otra parte, la práctica de la aplicación se orienta hacia el logro de los objetivos propios de la guerra: la represión y el control aparecen como los objetivos determinantes. Ahora bien, esto no significa que los objetivos instrumentales inscritos en los decretos queden excluidos dentro de la actividad de las instancias aplicadoras; lo que sucede es que, como en el caso de la práctica creadora, ellos quedan mediatizados, por los propósitos propios de la guerra.

En síntesis, creación y aplicación funcionan como dos prácticas, cada una con sus objetivos determinantes —el simbólico o político, por un lado, y el represivo o bélico por el otro— los cuales proporcionan una autonomía relativa a cada práctica sin que quede excluida la posibilidad de que, según lo exijan las circunstancias, la relación entre ambos funcione tal y como se encuentra prevista por el derecho.

La eficacia simbólica no se reduce a aquellos casos en los cuales la norma pierde por completo su eficacia instrumental, o esta se desvirtúa con la realización de otros objetivos no declarados. Lo simbólico aparece como una estrategia más general, a partir de la cual se utiliza la puesta en obra de las normas para el logro de diferentes objetivos, uno de los cuales puede ser el propiamente jurídico. En estas circunstancias, la idea de una aplicación obligatoria e inmediata, producto de la voluntad del legislador, y por ende del querer popular, se fortalece como mito y se desvanece como práctica; *el hecho de que la necesidad estratégica del momento determine la posibilidad de que el mito se convierta en realidad o de que continúe como mito, supedita el orden de lo jurídico al orden de lo político, y destruye el principio de la dogmática constitucional que establece el sometimiento a la ley de todas las actuaciones gubernamentales.*

5. Recapitulación final

a) Del análisis anterior se desprende la idea siguiente: en ciertas circunstancias, los decretos extraordinarios dictados por el gobierno durante el período supradicho, y en especial aquellos que tienen que ver con narcotráfico y narcoterrorismo, han sido utilizados por el Estado con propósitos diferentes de los estrictamente instrumentales que se deducen de la lectura espontánea de los textos jurídicos. Estos propósitos diferentes tienen que ver con la respuesta que el gobierno se ve obligado a entregar a la opinión pública en relación con la demanda de que se "haga algo", se "tomen cartas en el asunto", "se actúe en defensa de la sociedad". Estos propósitos, diferentes de los instrumentales, tienen una naturaleza simbólica y sirven para crear una cierta representación en la opinión pública. De esta manera, en contra de la idea según la cual los decretos expedidos fracasaron porque no respondieron a

[65] Un ejemplo significativo de esta connotación bélica se encuentra en la decisión tomada en la ciudad de Medellín a mediados de 1987, de construir Centros de Atención Inmediata (CAI) distribuidos por toda la ciudad atendidos por policía bien dotada de armamento y dispuesta a responder a cualquier agresión. Un año después de la construcción de estos centros, y luego de múltiples atentados que ocasionaron la muerte de numerosos agentes de policía, la administración decidió suprimir buena parte de ellos y convertirlos en centros de atención turística. En este caso se puso de manifiesto que, en Medellín, durante el período analizado, la policía debía evitar la permanencia y el contacto con la ciudadanía, propios de las circunstancias de paz, y en su lugar debía actuar con plena movilidad e indeterminación, tal como lo exige una situación de guerra.

sus objetivos instrumentales, aparece una mejor explicación, según la cual, el caudal de decretos producidos por el gobierno durante este período cumplió una función —política— que produjo los frutos que se intentaron con su promulgación.

Ahora bien, la gran mayoría de los decretos extraordinarios expedidos durante la "guerra contra el narcotráfico" introdujeron reformas y cambios en la jurisdicción: nuevos procedimientos, aumento de penas, variación de competencias, creación de nuevos tipos penales, etc. La gran mayoría, también, fueron el resultado de una enorme presión proveniente de la sociedad, y en especial de los medios de comunicación, con el objeto de propiciar la toma de medidas excepcionales ante la grave situación de orden público. En estas circunstancias, el gobierno considera que la mejor manera de responder a la presión de los medios —presentada por ellos mismos como una opinión de toda la población— es a través de la adopción de medidas de tipo jurídico procedimental. Los cambios procedimentales y de organización jurisdiccional se adecúan bien a los propósitos gubernamentales: en primer lugar, no implican mayor costo; no sucedería lo mismo si el gobierno decidiera, por ejemplo, rehabilitar un barrio en el cual se forman los sicarios que luego trabajan para el narcotráfico, o entregar créditos a los campesinos para la sustitución de cultivos; en segundo lugar, producen un gran impacto en la opinión: dan la imagen de un aumento en la fortaleza del Estado y en su rigor y capacidad para punir a los culpables; y en tercer lugar, no originan controversia: ante la opinión aparecen como decisiones de tipo técnico, no político, producto de especialistas en la materia.

Estas razones, entre otras, hacen que este tipo de decretos de tipo organizativo y procedimental, cumpla, mejor que ningún otro, con las exigencias del funcionamiento jurídico del derecho penal, esto es, con *el establecimiento disociado de, por un lado, la práctica del decir, en la cual se mezclan el discurso simbólico o político y el discurso legal o jurídico, y por otro lado, la práctica muda, en la cual se mezclan el discurso protector o militar y el discurso técnico o burocrático. La realidad del derecho, su verdadera fuerza social, se logra con una aplicación discriminada y selectiva —no obligatoria e inmediata— orientada en beneficio de uno u otro de estos ámbitos discursivos, y de acuerdo con una estrategia política de costos y beneficios.*

b) En concordancia con la tendencia general, según la cual las instancias encargadas de aplicar las normas penales —en vista de la mayor facilidad en la punición y de las necesidades de control social— concentran sus acciones en la represión de delitos vinculados con factores de marginalidad socioeconómica; en el derecho penal sobre estupefacientes se insiste en la represión del pequeño consumidor callejero, mientras que los delitos más graves y más difíciles de punir, son dejados de lado.

Sin embargo, parece aventurado concluir —a partir de esta aplicación diferenciada y selectiva— que existe un propósito estatal deliberado y coherente, según el cual la aplicación de las normas sobre consumo y tráfico de drogas se lleva a cabo con el único fin de hacer más provechosa una estrategia estatal puesta en

marcha dentro de la perspectiva de la lucha de clases. Según esta visión[66], toda explicación relacionada con la política del Estado frente a las drogas prohibidas debería estar precedida de un análisis estructural que evidencie el verdadero alcance coyuntural del asunto, por medio de la inclusión de la idea de guerra de tipo táctico —contra las drogas— dentro de la idea de otra guerra más general de tipo estratégico —contra una clase—. En estas condiciones, el ámbito nacional se queda corto y las explicaciones últimas deben ser encontradas en los designios planetarios de la estrategia del imperialismo capitalista.

Dicha coherencia y premeditación en los propósitos del Estado colombiano simplemente no existe; pero es necesario aclarar que esta dispersión en los objetivos no hace más benévola o más llevadera la dominación; simplemente, la hace diferente: ella funciona dentro de un campo de acción en el que tienen lugar varias fuerzas y en donde la posición relativa de cada una de ellas, en cada circunstancia, motiva un conjunto de decisiones que pueden ser explicadas dentro de una estrategia de "juego por el poder". La estrategia que consiste en combinar discursos y prácticas de acuerdo con una lógica de costos y beneficios políticos, amplía el conjunto de recursos que posee el Estado para el ejercicio de su función de dominación, pero, al mismo tiempo, genera espacios discursivos y prácticas que pueden beneficiar a la sociedad civil; que el resultado final de estas dos posibilidades se incline más hacia la primera o hacia la segunda de ellas, depende de la capacidad de las fuerzas en juego —institucionales, políticas y civiles— para sacar partido de la situación, por medio de una apropiación del sentido de los discursos.

La idea de una perversidad natural e inquebrantable de los propósitos estatales simplifica el fenómeno de la dominación, y por lo tanto hace menos comprensible su funcionamiento y sus posibilidades de acción; una explicación estratégica, en cambio, permite comprender mejor su mecánica: el poder estatal no aparece entonces como algo plenamente definido, cuyos comportamientos excluyentes y represivos en relación con la clase o las clases dominadas, son siempre predecibles. Al contrario, la perspectiva estratégica permite comprender cómo la posibilidad de emprender acciones en beneficio de la sociedad civil y de las reglas de juego democráticas puede ser, en una situación específica, la mejor maniobra para alcanzar los propósitos políticos deseados. La clave del asunto está en comprender que el énfasis en la dominación estatal no depende de que el Estado sea definido como una institución que *está* concebida para la represión y la exclusión, sino como una institución que *puede estar* dispuesta a reprimir y a excluir, cuando su estrategia de dominación así lo indique. Este énfasis en el *poder ser*, no hace más benévola la represión y la exclusión, ni desconoce el carácter de "aparato de dominación de clase" que posee todo Estado, su utilidad radica en que es un instrumento metodológico y conceptual, útil para comprender mejor las múltiples facetas de la mecánica propia de la dominación.

[66] Ver, por ejemplo, HERNANDO LEÓN LONDOÑO, "La problemática de la droga en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 47, Bogotá, Edit. Temis, 1990, pág. 35.

En la lucha contra las drogas prohibidas, la actividad del Estado se encuentra determinada por una serie de objetivos simbólicos que tienen que ver con la defensa de un tipo de representación —dominante en los Estados Unidos— sobre la relación entre el cuerpo y las drogas. Pero en esta lucha también entra en juego otro tipo de objetivos, de tipo instrumental, que se relacionan con la necesidad de utilizar la coyuntura propia de la confrontación para el logro de un control social más efectivo, o de una mayor legitimidad gubernamental. De acuerdo con esto, hay que evitar dos visiones reduccionistas de la realidad: en primer lugar, aquella que considera el fenómeno de la prohibición de drogas estupefacientes como una simple invención de la cultura, desprovista de toda eficacia instrumental, y en segundo lugar, aquella que considera este mismo fenómeno, como el resultado de una manipulación deliberada de la realidad con fines meramente políticos. Lo cierto es que lo simbólico y lo instrumental son dos elementos propios de la actividad política y también de la jurídica. En el derecho, el estudio de la puesta en obra de una norma pone de presente la orientación hacia lo simbólico o hacia lo instrumental, que ha sido escogida por los aplicadores de la norma, de acuerdo con una visión de costos y beneficios, en un campo de acción en el que intervienen varias fuerzas.

Política criminal, en materia de drogas en la República de Argentina

*Eugenio Raúl Zaffaroni**

1. Datos criminológicos

A) *Consumo de tóxicos*

Adelantamos desde el comienzo una cuestión que nos resulta altamente problemática, que es la propia definición de "estupefaciente" y "psicotrópico". Aunque más adelante volveremos sobre el problema que ello plantea en el derecho argentino vigente (ley 23.737, del 10 de octubre de 1989), en atención al mismo aclaramos que preferimos referirnos simplemente a "tóxicos" legales e ilegales o, mejor, sometidos a regulación penal y no sometidos a regulación penal.

En el país se carece de estadísticas serias en muchísimas materias. No existen datos confiables a este respecto. Las estimaciones que se realizan por lo general son tendenciosas. Los datos más confiables son los kilogramos de cocaína secuestrados por la policía (en especial la Policía Federal Argentina), pero eso, dadas las características del país, no es indicador cierto de consumo, aunque puede ser un indicio.

Según puede inferirse de los pocos datos obtenidos por autoridades sanitarias y lo que la observación general indica, existen distintos consumos de tóxicos. En principio, el alcohol es de consumo extendido en todo el territorio nacional. El país es gran productor de vino, con una fuerte industria vitivinícola en gran parte de la zona andina, desde Río Negro hasta Salta. Esta producción abastece a todo el país, aunque por imitación

* Catedrático de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

también está aumentando el consumo de cerveza, especialmente en los centros urbanos. En general, el consumo de alcohol es de bebidas fermentadas, aunque se consumen también bebidas destiladas. Las autoridades sanitarias han alertado muchas veces sobre el consumo abusivo de alcohol, pero es poco lo que se ha hecho por controlarlo.

Es interesante consignar que durante muchos años la jurisprudencia de todo el país —federal y provincial— siguió el criterio conforme al cual la embriaguez completa por ingesta voluntaria de alcohol era irrelevante a los efectos de la imputabilidad. Al ebrio total, que no recordaba nada —o solo muy parcialmente— de lo que había sucedido, se lo penaba como plenamente imputable. Las consideraciones al respecto eran de carácter supuestamente social, extendiéndose ampliamente sobre los efectos "disolventes" del "vicio" en la sociedad. Todos los argumentos "degenerativos" eran moneda corriente en la jurisprudencia. Se llegó a denegar una eximente de servicio militar obligatorio por incapacidad del padre en razón de que el padecimiento que lo afectaba era "alcoholismo crónico", lo cual era un "vicio" y no una enfermedad.

Con algunas variantes la situación se mantuvo hasta 1963, en que tuvo lugar un giro en la jurisprudencia plenaria de la Cámara de la Capital, a partir del cual se hace la aplicación de la teoría de las "acciones *liberae in causa*".

Otro consumo de tóxicos sumamente extendido es el de psicofármacos, que provoca un alto número de muertos y accidentes con serio riesgo de vida. Hay, en general, dos formas de uso: el que hacen jóvenes en forma ilícita y perseguida por el sistema penal, y el que hacen personas adultas y preferentemente mayores de cuarenta o cincuenta años, en gran parte mujeres, en forma más o menos lícita: con recetas médicas. Parece que los médicos recetan psicofármacos con gran generosidad, particularmente sedantes y también algún estimulante y antidepresivo. El uso de sedantes como panacea para todos los problemas sociales, personales y de salud se halla grandemente extendido. Los casos de intoxicación aguda o crónica abundan y constituyen un verdadero problema de salud. No obstante, la atención pública no se fija en este fenómeno ni se lo visualiza como problema.

Entre la población más pauperizada (especialmente de las llamadas "villas" o asentamientos de viviendas precarias), masculina y muy joven (niños y adolescentes), se ha difundido el uso de inhalables. Los inhalables no habían cundido en la Argentina hasta la década de los años ochenta. Llamó la atención sobre ellos la publicitación inopinada de un caso de muerte, con conferencia de prensa policial autorizada judicialmente, receptado en revistas sensacionalistas y en diarios de gran circulación. Posteriormente se llegó a explicar en algunas revistas la forma de practicarlo con el pretexto de alertar a los padres, y en este momento es uno de los tóxicos más difundidos en los sectores carenciados jóvenes masculinos. Los efectos irreversibles sobre el sistema nervioso y las cuerdas vocales son evidentes en muchos casos. Tampoco hay una alarma social a este respecto, porque no se lo proyecta socialmente como problema. En las zonas marginales de Buenos Aires, ante la total inoperancia de las autoridades frente al fenómeno, la policía tomó algunas

medidas primitivas en ocasiones, primitivismo que no le es imputable, porque al menos es la única que intenta llevar a cabo algo para contenerlo: una de aquellas consiste en pegotearles el cabello a los niños y adolescentes que usan el inhalable con el mismo elemento (que generalmente es pegamento). Como consecuencia, deben cortarse el cabello en forma estigmatizante. Obviamente se trata de una práctica ilícita, pero es la única que se ha intentado.

En cuanto a las intoxicaciones que suelen preocupar al sistema penal, es decir, las referidas a tóxicos como el LSD, la heroína, la morfina, la cocaína y la marihuana, la situación es también muy diversa en cada caso.

El LSD parece pasado de moda. La heroína es desconocida en la Argentina. Prácticamente no hay consumo de heroína, ni tampoco venta. La morfina también parece ser un tóxico pasado de moda. En general, la policía se concentra en cocaína y marihuana.

Ninguno de estos dos tóxicos constituye hasta el presente un serio problema de salud en el país, al menos si comparamos el número de víctimas fatales o irreversibles de los tóxicos que mencionamos anteriormente. Es muy bajo el número de muertes por sobredosis de cocaína, aunque tampoco disponemos de estadísticas. No obstante, dado que cada uno de esos casos es ampliamente publicitado, cabe pensar que se trata de un número reducido.

La cocaína se ha convertido en considerable fuente de ingresos, o sea en franca tentación para un amplio sector de personas, particularmente en la actual recesión prolongada y ante la destrucción del aparato productivo que ha sufrido el país. Debe tenerse en cuenta que estas situaciones no solo afectan a las actividades lícitas sino también a las ilícitas, es decir, a los delitos contra la propiedad, que resultan menos rentables. De cualquier manera, tenemos la sospecha de que el consumo de cocaína en el país está aumentando, aunque sin que su uso o abuso pueda dar lugar a una verdadera continuidad adictiva en la gran mayoría de los casos. La hipótesis no la podemos confirmar, pero lo cierto es que la escasa capacidad de consumo de nuestra población, cada día más empobrecida, aleja de las grandes mayorías del país la posibilidad del uso continuado de un producto tan extremadamente caro, que parecería reservado a algunos sectores privilegiados, a la distribución que ocasionalmente puedan hacer personas de esos sectores en reuniones más o menos colectivas, o bien, a un consumo esporádico. Cabe anotar que la cocaína que circula en el país es de baja calidad (bajo grado de pureza) por las señaladas razones y que, fundamentalmente, la Argentina es país de paso del tóxico con destino a otras latitudes.

En cuanto a los problemas de la cocaína, sintetizando, podemos decir que la Argentina no es país productor de coca, no se han encontrado laboratorios para procesar coca o pasta básica en gran escala, no tiene una gran capacidad de consumo que pueda generar un mercado codiciado por los grandes traficantes (el interés puede existir, pero siempre es relativamente pequeño en relación con otros mercados); cabe pensar que una parte del producto circulante es pago en especie del tránsito y el producto que usualmente circula es de bajo nivel de pureza. Tampoco

es un país en el que se produzca ningún "lavado" importante de dinero. Estas operaciones tienen lugar en Uruguay, donde tienen asiento todas las sucursales de bancos extranjeros y a través del cual se produce la gran fuga de capitales argentinos. La concentración de riqueza argentina en Punta del Este es realmente impresionante.

Mucho más extendido, por supuesto, es el consumo de marihuana, que se cultiva incluso domésticamente. Su empleo en forma esporádica es muy amplio, aunque tampoco poseemos información. Lo que podemos observar en los ámbitos universitarios nos proporciona una idea del mismo. No se conocen situaciones de muerte por este tóxico, y el argumento más usado en cuanto al mismo es que, por lo general, constituye el peldaño con el que se inicia una escala hacia las "drogas fuertes". No creemos que su uso constituya un verdadero problema social ni de salud en el país. Por su forma de uso tampoco genera una complicación con la irrupción del SIDA. En los casos que conocemos su uso es social, eventual, no cotidiano, al menos en la práctica más corriente de su empleo.

B) *La práctica de la persecución penal del consumo y tráfico de drogas*

Este tema requiere una explicación histórica de las últimas dos décadas, incluso vinculada a los diferentes marcos políticos del país.

El problema de la persecución penal no era muy manifiesto ni grave hasta la irrupción de la violencia política en la Argentina en la década de 1970, particularmente después de 1974, en que organizaciones violentas retornaron a sus prácticas anteriores, y la represión violenta también cobró evidentes características de ilegalidad. La violencia desatada en los dos últimos años del gobierno constitucional que cayó en el golpe de Estado de marzo de 1976, reforzó una rara ideología, en la que se mezclaban elementos de la ulterior "seguridad nacional" con resabios de utopías de corporativismo de extrema derecha pasada de moda (fascistas y nazistas), siendo su máximo exponente el entonces ministro de Bienestar Social, López Rega. En este contexto fue confundiéndose todo: como suele suceder en estas ideologías confusas, libertad sexual, libre expresión corporal, indumentarias no convencionales, subversión, guerrilla y uso de "droga" constituían el mismo fenómeno o bien, eran todos expresión de un general síntoma de "disolución social", de "crisis moral" o de agresión al "ser nacional" (entendido en sentido nazista). No es de extrañar que en este marco se sancionasen leyes que se presentaron como íntimamente vinculadas: la ley 20.771, de "drogas", y la ley 20.840 de represión de actividades subversivas. Ambas fueron sancionadas por el Congreso en octubre de 1974, es decir, en pleno ejercicio de autoridad del nefasto personaje a que nos referimos.

Inmediatamente comenzó una persecución policial, aunque no muy intensa, centrada en la marihuana. Hasta entonces se había discutido en la doctrina y en la jurisprudencia si la tenencia era delito cuando se trataba de tóxico para consumo propio, pues la ley se limitaba a sancionar la tenencia, sin especificación alguna. La ley 20.771 de 1974, en su art. 6, introdujo una disposición redactada en los siguientes términos: "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de

... el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal". Poca duda cabe acerca de que esta disposición fue introducida por indicación de la Policía Federal. Ha circulado la versión de que en su redacción intervino un conocido penalista fallecido, pero no la hemos podido confirmar.

De cualquier manera, bueno es señalar que las autoridades policiales tenían en esos momentos problemas mucho más serios de los que ocuparse y que, por ende, no pusieron mayor entusiasmo en la persecución de usuarios de marihuana. La cocaína no era un problema importante en el país, y tampoco se había hecho toda la propaganda que a su respecto se desató más tarde.

El art. 10 de la ley 20.771 agregó un párrafo al art. 77 del Código Penal, que definía como estupefacientes a las substancias "que se *incluyan* en las listas que la autoridad sanitaria nacional debe elaborar a este fin y actualizar periódicamente". Los jueces federales de la capital de la república entendieron que como las listas aún no habían sido elaboradas ni publicadas, las conductas de tenencia resultaban atípicas. No hubo problemas, porque prácticamente no se conocían casos de tráfico en escala media o grande, por lo cual la citada ley prácticamente no tuvo efectividad durante el gobierno constitucional, al menos en la ciudad de Buenos Aires.

Con el advenimiento de la dictadura en marzo de 1976, las cosas comenzaron a cambiar. El régimen militar enfatizó una supuesta moralidad occidental y cristiana, y como parte fundamental de la misma comenzó a entender la lucha contra la droga, que era una suerte de debilitamiento del ser nacional (entendido en sentido nazista siempre) por parte del monstruo apátrida subversivo internacional dirigido desde quién sabe dónde. De esta manera, cada joven usuario de marihuana pasaba a convertirse en una suerte de traidor a la patria en la guerra que esta libraba contra la subversión, que no era un problema nacional, sino una manifestación más de la gran guerra que se libraba en todo el planeta entre el occidente cristiano y el oriente marxista. Tengamos en cuenta que el consumo no había variado sustancialmente y que la persecución era básicamente contra consumidores y pequeños vendedores de marihuana.

En estas condiciones, la disposición del art. 6 de la ley 20.771 cobró verdadera vigencia. El procurador general de la nación dictaminó que las listas elaboradas con anterioridad a la vigencia del art. 10 de la ley tenían efecto ultraactivo para la definición introducida en el art. 77 del Código Penal y, pese a la flagrante violación al principio de legalidad, la Corte Suprema nombrada por la dictadura acompañó el dictamen de su fiscal. Los jueces, también nombrados —y unos pocos confirmados— por la dictadura, acompañaron en un primer momento este criterio. En un famoso fallo, la Corte Suprema razonó que la tenencia para consumo debía ser penada, pues de no haber consumidores se acabaría con el tráfico. De este modo, se decidió la permanencia en prisión preventiva de un grupo de usuarios, alguno de los cuales murió en la cárcel en el curso de un motín carcelario en marzo de 1978 en la unidad 2 del Servicio Penitenciario Federal.

Las disposiciones en materia excarcelatoria eran muy severas, por lo cual el número de usuarios de marihuana presos fue en crecimiento. Esto coincidió con

una reforma a la ley de menores, que por la ley *de facto* 21.338 (de reforma masiva y represiva del Código Penal) sancionó la plena responsabilidad penal de los menores a los diez y seis años. En definitiva, el número de adolescentes que fue a dar a la prisión por fumar marihuana, incluso esporádicamente, fue considerable, dado que en la segunda oportunidad en que se les sorprendía no podían ser excarcelados.

En 1978 se profirió la primera sentencia que, sin declarar la incostitucionalidad del art. 6 de la ley 21.771, consideró que no era aplicable cuando la tenencia no importaba un peligro para la salud de terceros, en razón de que la cantidad y forma de consumo de la misma no afectaba otro bien jurídico que la propia salud del tenedor. La citada sentencia de primera instancia respondía los argumentos de la Corte Suprema y fue inmediatamente revocada por la Sala 3ª de la Cámara de la Capital, con el argumento de que la tenencia de marihuana (en el caso se trataba de algunos restos del tóxico hallados en el bolsillo del reo) afectaba la seguridad nacional.

La necesidad de que cualquier delito afecte bienes jurídicos está consagrada en la Argentina por el art. 19 constitucional, que dispone que las acciones privadas de los hombres que no afecten el orden ni la moral pública ni perjudiquen a terceros, "están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

Pocos meses después, otra sentencia de primera instancia, de otro juzgado de la capital, declaró la inconstitucionalidad del citado art. 6. Igualmente, fue revocada por la Cámara de la Capital.

La prensa publicó artículos adversos a los jueces de primera instancia que sentenciaron en ese sentido. Poco después otra sentencia, igualmente revocada por la Cámara, consideró que la marihuana no es estupefaciente.

Uno de los problemas que planteaba esa legislación era la inclusión de las hojas de coca en la lista de estupefacientes. El "coqueo" o masticación de hojas de coca es una costumbre ancestral del altiplano peruboliviano, que penetra en nuestras provincias norteñas lindantes con Bolivia (Salta y Jujuy). Una sentencia de la Capital Federal absolvió a un matrimonio de ancianos bolivianos con largos años de vida en el país, con base en que la inclusión de hojas de coca no violaba la legalidad, porque no son "estupefaciente", sino simple materia prima para el clorhidrato.

La concentración de cocaína en las hojas es solo del 1%; la masticación provoca que una ínfima parte de esa baja concentración llegue a la sangre, pues es filtrada en el proceso digestivo (lo que no pasa con el clorhidrato, que se inhala o se inyecta). En 1978 el Instituto de Patología Regional de Salta investigó los efectos del coqueo, mediante el control de un grupo de cien agentes de la policía provincial, cincuenta de los cuales eran "coqueros" con más de diez años de práctica, y los otros cincuenta no lo eran. El resultado fue que no se observaron diferencias clínicas, salvo un pequeño índice de menor colesterol entre los "coqueros". El director del Instituto fue amenazado con la cesantía por el marino que ocupaba el Ministerio de Bienestar, aunque su trabajo fue premiado por la Academia de Medicina de Córdoba.

La sentencia absolutoria se basaba en esta investigación y en el argumento jurídico de que una ley penal en blanco no podía ser una delegación de funciones

legislativas: el poder ejecutivo podía precisar qué estupefacientes entraban en su lista, pero no podía incluir lo que no lo era.

La Sala 6ª de la Cámara de la Capital revocó la sentencia de 1980 argumentando que el poder ejecutivo podía incluir el café en sus listas, si lo consideraba conveniente. El voto mayoritario citaba a San Agustín fuera de contexto, y la decisión de la Cámara fue comentada elogiosamente por un profesor de Córdoba.

En el fondo, se sostenía que no era posible determinar qué cantidad de hojas de coca eran destinadas al consumo y cuáles podían ser empleadas para fabricar cocaína. Con ello se pretendía poner a la población al servicio de la policía, aparte de que esa imposibilidad es obviamente falsa. La prohibición del coqueo aumentó el precio de las hojas de coca, promovió el contrabando de las mismas y provocó el procesamiento de varios policías implicados en este comercio. Afortunadamente, el buen criterio del juez federal de Salta, que decidió no aplicar la ley en la provincia, evitó males mayores.

El ministerio público no estuvo en esa ocasión exento de toques racistas, pues afirmó que el uso de coca en el altiplano, si bien no podrá decirse que hubiese provocado efectos degenerativos, no era menos cierto que tampoco había producido grandes hombres. En un segundo caso, idéntico al anterior, el mismo juez le recordó que Chuquisaca fue el centro cultural del Virreinato y que la justicia argentina dependía de la Real Audiencia de Charcas, sin contar con la importante civilización prehispánica.

En 1980 se volvió a elevar la edad de responsabilidad penal de los menores, con lo cual una parte del problema se solucionó. El extremo rigorismo, que llevaba al procesamiento, condena y estigmatización a miles de jóvenes se intentó paliar con cuestiones de prueba: defectos formales del secuestro, del peritaje, etc. Paralelamente, ese rigorismo hizo que cayesen bajo el poder penal jóvenes parientes de jueces, ministros, militares, etc. Comenzó a abrirse una brecha jurisprudencial en las dos salas menos cavernícolas de la cámara de la dictadura, sobre la base de la insignificancia para el bien jurídico.

En lo doctrinario hubo autores que plantearon que la "tenencia" no es una acción, en lo que tampoco les faltaba razón. El "suministro" fue entendido por algún sector jurisprudencial como el acto de fumar en grupo (pasarse el cigarro se consideró "suministro"). Otro sector rechazó este criterio.

En estas condiciones se llega al gobierno constitucional de 1983. La ley 20.771 se mantuvo inalterada, pero la jurisprudencia comenzó a flexibilizarse. En cierto momento se logró una jurisprudencia plenaria en la Cámara de la Capital en el sentido de las sentencias antes minoritarias. Finalmente, en 1986, la Corte Suprema, por ajustada mayoría (tres votos contra dos), declaró la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771.

De inmediato comenzó un embate llevado a cabo por gestión policial e internacional, con la intención de sancionar una nueva ley. En el ámbito del poder ejecutivo se gestó un proyecto que fue compatibilizado con otro de la oposición, pero fue

desbaratado en el Congreso por el "lobbying" de intereses que terminaron creando una comisión especial en la Cámara de Diputados. El proyecto del ejecutivo, compatibilizado en el Senado, desincriminaba la tenencia para consumo y centraba la atención en el tráfico, teniendo en cuenta el uso de tránsito de cocaína que se hace del país y del riesgo de utilizarlo como base de elaboración del producto final. El proyecto que finalmente resultó en el Congreso era represivo de las conductas nimias, en la línea de la ley 20.771. Se logró postergar su sanción y dejar las cosas en el estado en que se hallaban.

Una insistente campaña, supuestamente preventiva, comenzó a publicitar inauditamente el consumo de tóxicos y a acicatear la consiguiente curiosidad de los adolescentes. Esta campaña llevó en un momento dado el problema "droga" al segundo lugar de preocupación pública, según las encuestas. Los espacios de televisión dedicados al tema fueron muy considerables. En general, toda noticia policial era adornada con la intervención de la "droga". No hubo delito que prácticamente, según la proyección pública, no fuera cometido bajo el efecto de tóxicos. En general, esta tónica se conserva.

El estereotipo que se proyectaba era el del delincuente con síndrome de abstinencia. Obviamente, el estereotipo del heroinómano es una completa invención, en un país en que no se conoce la heroína. La cuestión suele confundirse, porque algunos profesionales médicos y psicólogos no se percatan de que los jóvenes que cometen delitos contra la propiedad adquieren tóxicos como podrán adquirir otras cosas, pero que esto nada tiene que ver con el estereotipo que se difunde. En la realidad no hay casi delitos en los que efectivamente intervengan tóxicos ilegales, salvo los referidos a esos tóxicos. La policía, por un lado, se encuentra en la necesidad de reconocer este hecho, pero no parece tener mucha voluntad de desbaratar el estereotipo proyectado. Un servicio de noticias, particularmente escandaloso y de pésimo gusto, fue el principal motor de esta proyección estereotipada.

En estas circunstancias tuvo lugar la última campaña electoral presidencial. Como es dable imaginar, todos los personajes largamente comprometidos en la labor menos seria se incorporaron cabalgando sobre el discurso de los medios masivos, y una buena parte de la campaña se basó en la lucha contra la "droga" mediante la promoción del deporte y la represión penal.

Instalado el nuevo gobierno, de inmediato se creó una Secretaría de Estado dedicada a "drogas"; en el Congreso no fue difícil que los legisladores de la oposición —que desde el oficialismo no habían logrado imponer la ley impulsada policial e internacionalmente— se pusiesen de acuerdo con los portadores del discurso de medios masivos del nuevo oficialismo y, en rápido trámite, sancionaron la ley vigente N° 23.737, del 1° de octubre de 1989.

Dado que la Constitución Nacional no establece cuántos miembros debe tener la Corte Suprema de Justicia de la nación, el poder ejecutivo impulsó una ley que aumentaba de cinco a nueve el número de ministros de la Corte. Al mismo tiempo, dos de los magistrados de la corporación renunciaron. De este modo se pudo renovar prácticamente toda la Corte Suprema, en la que aún continúan tres

de sus antiguos miembros, y seis de reciente designación. Como también es lógico suponer, esta Corte retrocedió a la jurisprudencia anterior a 1986, es decir, al criterio de la Corte Suprema de la dictadura militar, sin ningún argumento innovador.

En cuanto a la práctica misma respecto del consumo y del pequeño tráfico, en lo que a la policía se refiere, es conveniente señalar que la "droga" es el más serio pretexto que se tiene para ejercer un poder de control social configurador o positivo (en términos foucaultianos). Merced a ese pretexto la policía puede realizar, "razzias", frecuentemente amparadas y legalizadas desde el poder judicial. Uno de los jueces que más apoyaba esos comportamientos se encuentra preso por tentativa de extorsión y otros cargos, en un escándalo que no tiene casi precedentes en la historia judicial argentina.

La "droga" es el pretexto para la intromisión de la policía en locales nocturnos, en la vida privada de las personas y, además, permite que agentes de policía foráneos intervengan en sus procedimientos, haciéndolo constar incluso en las actas judiciales. El poder policial se halla potencializado, pues la policía argentina está facultada por ley para privar de libertad a cualquier persona por el término de 24 horas, aduciendo simple "averiguación de antecedentes". Han sido inútiles todas las medidas judiciales tendientes a declarar la inconstitucionalidad de esta facultad, al igual que la de juzgar contravenciones. Durante muchísimos años el pretexto policial se escudó en el juego y la moral pública. Finalmente, el juego perdió sentido, fue derogada la ley de comienzos del siglo que autorizaba los allanamientos por juego ilegal, las pautas de libre expresión corporal y sexual no pudieron contenerse por más tiempo. La sociedad argentina, afortunadamente, adquirió un espacio que ya no puede volver a controlar el paternalismo que llegó a límites de increíble absurdo en la dictadura genocida y, por ende, la "droga" surge en estos últimos años como el principal pretexto para la intervención policial disciplinadora.

La cocaína y la marihuana no tienen ninguna incidencia en la criminalidad argentina, salvo en los delitos vinculados a los tóxicos: tráfico, suministro, falsificación de recetas, etc.

La mayor parte de la población penal consume tóxicos, por lo general psicofármacos, pero no llegan a la prisión por delitos vinculados al tráfico, sino por delitos comunes contra la propiedad. A veces, el uso lo adquieren como hábito en la prisión. El personal penitenciario atribuye la introducción de tóxicos a la "palomita" (pequeños paquetes arrojados con cordeles desde el exterior), en tanto que algunos presos acusan la existencia de personal implicado en la introducción. Es difícil establecer la verdad, pero lo cierto es que el consumo interno es elevado.

Uno de los problemas más delicados que se han planteado en los últimos años es el de la población penal afectada por SIDA. La mayor parte de los afectados contrajeron el virus por el uso de agujas contaminadas. Solo una pequeña parte son homosexuales. La acción en materia de SIDA en la Argentina, ha sido eficaz casi exclusivamente entre los homosexuales, pues en ella se comprometieron sus propias organizaciones y realizaron una intensa campaña de esclarecimiento. Entre los heterosexuales y los usuarios de tóxicos inyectables, lamentablemente no se ha obtenido el mismo resultado.

En alguna medida se logró mejorar la situación de los portadores no sintomáticos, a los que se destinó un local especial en las afueras de la ciudad. Se llegó a esa situación luego de la denuncia de un escandaloso tratamiento a que se los sometía (malos tratos, torturas, vejaciones y discriminación para las visitas) en la cárcel general. Cabe consignar que la investigación de SIDA se sigue realizando solo en los casos que se detectan como "grupo de riesgo", sin que quede en claro cuál es el número de infectados que hay realmente en prisión.

C) *Actitud social ante el fenómeno de las drogas*

La sociedad argentina es sumamente compleja y ha atravesado momentos muy dispares en su rápida dinámica de los últimos años. Bajo la dictadura, la "droga" era una parte de la propaganda oficial vinculada a la ideología de la "seguridad nacional". La confusión de la población a este respecto fue total.

Terminada la dictadura, la "droga" (siempre manejada como un contexto confuso y propagandístico) fue incorporada a la vigente política de "seguridad ciudadana". Esta incorporación tiene un triple efecto:

a) Suscita un alto grado de curiosidad en los adolescentes. La "droga" se presenta como algo milagroso, que produce placer (vinculado a lo sexual) y que está prohibido: la prohibición de la "droga" se identifica con la prohibición del placer. No hay ninguna publicidad que señale que los tóxicos disminuyen esta capacidad. Por momentos se tiene la impresión de que los propios autores de los mensajes creen en esta asociación.

b) Genera un alto grado de paranoia en los padres. La "droga" resulta algo misterioso, desconocido y fatal, asociado a muerte, delito y estigmatización. El desconocimiento acerca de la realidad abre un espacio de miedo por el que se desplaza la paranoia. A los mensajes de "seguridad nacional" ("¿Sabe dónde está ahora su hijo? ¿Conoce los peligros que le acechan?") sigue el de seguridad ciudadana: una revista, por ejemplo, publica un artículo titulado "cómo saber si su hijo es drogadicto" plagado de inexactitudes y consejos absurdos que llegan hasta análisis de orina clandestinos.

c) Centra la atención en la cocaína y la marihuana y hace que no se perciban como "droga" los otros tóxicos, especialmente los psicofármacos y los inhalables. Los problemas de salubridad pasan por un sendero que nada tiene que ver con la propaganda publicitaria de la "droga".

De cualquier manera, la actitud de la opinión pública varía casi continuamente, puesto que la "droga" ocupa un lugar de privilegio en las encuestas, en ocasiones en que la atención no se desplaza a problemas más reales y cotidianos, como la corrupción, los conflictos salariales, la inflación, escándalos políticos, etc. La "droga", como todo lo vinculado al sistema penal, se manifiesta para desplazar la atención pública de ciertos problemas, pero esa manipulación tiene límites y cuando estos se sobrepasan, la "droga" pierde "rating".

2. Descripción de la legislación vigente

A) *La ley penal material*

La vigente ley 23.737 de 1989, en buena medida, es una ley que responde a un modelo continental. Su articulado, por su general carencia de técnica legislativa, deja ver la influencia de modelos importados ajenos a nuestra tradición y de textos farragosos elaborados en ámbitos policiales. *Todo* el Código Penal argentino consta de 306 artículos; la ley 23.737 consta de 47 artículos, o sea, un volumen legislativo equivalente a casi la sexta parte del Código Penal.

Dada esta extensión, su análisis resulta imposible en el marco de una ponencia descriptiva. Hemos preferido adjuntar copia del *Boletín Oficial* del 11 de octubre de 1989, sin perjuicio de comentar aquí sus disposiciones más llamativas.

La carencia de técnica llega al extremo de que la ley contenga 47 artículos sin división de títulos o rubros, de modo que estos debemos inferirlos de su desorden.

Los arts. 1° a 4° agregan o modifican tipos del Código Penal referidos al expendio. El art. 5° revela la falta técnica, común a casi toda la legislación continental y propia de un modelo de tradición no europea continental; la riqueza abusiva y exuberante de verbos. Este artículo contiene por lo menos 24 verbos. No le van en zaga los arts. 6°, 7° y 8°.

El art. 9° plantea un serio problema, pues parece imponer al juez que tome partido por escuelas médicas, y aún por criterios éticos sumamente opinables. Las "dosis mayores de las necesarias" no están ni pueden ser seriamente determinadas en muchos casos, particularmente respecto de ciertos pacientes terminales.

El art. 10, como es obvio, o bien es una forma de participación ya abarcada en la fórmula general del Código, o no es nada. Las calificantes del art. 11 no pasan de ser criterios morales, y su redacción —propia de edicto policial—, hace que casi no haya conducta que no resulte calificada, a veces sin ningún sentido, sin contar con que no se sabe si los calificantes se limitan a los arts. 5° a 10, o abarcan los que se incorporan al Código. Basta pensar que la conducta se califica cuando se comete en "institución social" (que sepamos no hay institución que no sea "social"). En cuanto a "centro asistencial", no vemos que la conducta del médico (art. 9°) tenga un mayor contenido injusto porque la cometa en uno de esos "centros" (que bien puede ser privado) o en su consultorio.

La parte más farragosa y fantástica de esta ley es la referida al *tenedor para consumo*. Si nuestro entendimiento del lenguaje legal no es errado, creemos que la fantasía legislativa dispone lo siguiente:

art. 14: a) Pena de 1 a 6 años al que tuviere. b) Pena de 1 mes a 2 años para uso personal.

art. 17: El tenedor dependiente puede ser sometido a una medida curativa. Si tiene éxito se le exime de pena. Si no se cura se le impone la pena.

art. 18: Lo mismo puede hacerse suspendiendo el proceso.

art. 21: Si el tenedor para uso no fuese dependiente, se la darán clases. Si el condenado soportase las clases, no se impone la pena.

El art. 19 es clave en el sistema de la ley y muestra una clara intencionalidad: tiende a dar ocupación a todo un grupo de profesionales. Estas instituciones deben ser privadas, pues las públicas no existen o no tienen capacidad. Las privadas deben pagarse. No se dice quién lo hará. Los servicios penitenciarios ni remotamente pueden cumplir la previsión del último párrafo del art. 19.

La medida general del art. 16 ya estaba en la ley 20.771. Es una "doble vía" que no existe en el Código Penal. Si depende de "drogas" se le impone la medida; si es alcohólico, no; si se vuelve psicótico tampoco. Cabe consignar que casi nunca se ha aplicado.

El art. 25 extiende el encubrimiento en forma que altera gravemente las reglas del principio de culpabilidad. Es interesante la consecuencia patrimonial: no se produce en caso de delitos contra la administración cualquiera sea su gravedad.

El art. 35 es una verdadera originalidad y no conocemos antecedente análogo. Obsérvese que la madre puede ser dependiente grave, pero si no está procesada por delitos de estupefacientes no incurre en delito. Inversamente, sería delincuente una transportadora que nunca probó ningún tóxico. La cuestión no parece alterarse, incluso en caso de absolución. La extensión al "padre, tutor o guardador" parece implicar un deber solidario, aunque por la forma de redacción pareciera ser que estos debieran cumplir los requisitos de sujeto calificado del primer párrafo (cabe pensar que se excluye que "dieran a luz").

El art. 37, hasta donde nos alcanza nuestro entendimiento, abarca un delito de lesiones calificadas por envenenamiento, pero parece que el legislador cree que "lo que abunda no daña", principio que en materia penal no es verdadero. El art. 26, referido seguramente a caballos de carrera, completa el panorama de total heterogeneidad de esta ley tan *sui generis*.

El art. 45 establece un sistema de preservación de las multas frente a la inflación, que es propio de esta ley y que no rige para el resto de las multas penales. Quizá la única disposición acertada de esta ley sea terminar definitivamente con la posibilidad de criminalización del "coqueo", que fue introducida como exigencia de los legisladores de las provincias del norte (art. 15).

El concepto de "estupefaciente" que introduce el art. 40 de la ley en el art. 77 del Código Penal, a nuestro juicio es inconstitucional, porque importa una delegación de funciones legislativas. En definitiva, el art. 77 dice ahora que *"estupefacientes" son los estupefacientes y los no estupefacientes que el poder ejecutivo quiera incluir en sus listas*. Según este artículo, el poder ejecutivo podría incluir el tabaco o el chocolate, el café, el té o el mate. No hay allí una ley penal en blanco, sino una delegación legislativa expresamente prohibida por la Constitución y por cualquier Estado de derecho.

B) *La legislación procesal penal*

No menos curiosas son algunas disposiciones procesales de la legislación vigente. El art. 31 permite que cualquier policía nacional actúe en jurisdicción de otra, lo que no sucede con los restantes delitos, por graves que sean. El juez puede

actuar en extraña jurisdicción territorial e impartir órdenes a la policía local, lo que no puede hacer ni siquiera en caso de homicidios en masa, genocidio, traición a la patria ni espionaje. El art. 33 es obvio o incomprensible; nos inclinamos por lo primero.

El art. 34 de la ley establece la competencia federal para todos los delitos de este desordenado "Código Penal" accesorio. No hace más que reiterar la disposición de la ley 20.771. Es claramente inconstitucional, pues la competencia federal es excepcional y no se puede extender a voluntad del gobierno federal en detrimento de las competencias provinciales. En la ley de referencia hay delitos de competencia federal, delitos de clara competencia provincial y otros cuya competencia depende de las particularidades del caso.

3. Estado actual de la discusión político-criminal

No existen en este momento proyectos en curso ni se están elaborando. A lo largo del recorrido de los últimos años las opiniones doctrinarias que se enunciaron fueron básicamente las siguientes:

a) *Opiniones críticas* fundadas en los principios del derecho penal de garantías, básicamente en el art. 19 constitucional, en la racionalidad de la pena y en la utilidad de la punición.

b) Se expresaron *opiniones legitimantes* de las soluciones represivas, algunas de las cuales no resisten análisis serios:

1) Se dijo (Corte Suprema de la dictadura y Comisión Penal de la Cámara de Diputados) que si no hubiese consumidores no habría traficantes. Se respondió que si no hay clientes en los prostíbulos no habría prostitución, ni proxenetismo.

2) Se dijo que el consumidor adquiere ilícitamente. Se recordó que la ley no pena al que usa, sino al que vende o compra para la venta, pues eso es "comercio". No "comercia" el consumidor que se provee de alimentos en el mercado. Se recordó también que son muchos los casos de participación necesaria de la víctima (estupro, instigación y ayuda al suicidio, etc.).

3) Se dijo que todo usuario es un traficante en potencia. Se respondió que eso es un tipo de autor normativo presunto (*juris et de jure*), lo que resulta inadmisible en el derecho penal no autoritario, ni totalitario.

4) Se dijo que la impunidad del usuario dificulta la punición del traficante. Se respondió que eso solo es posible en el nivel más inferior del tráfico y que es inadmisible que en la duda se decida condenar a todos.

5) Se dijo que el consumo afecta la "seguridad nacional". No resiste el análisis.

6) Se dijo que afecta a la descendencia y que convierte al sujeto consumidor en una carga pública. Se respondió que todo grave descuido de la salud puede provocar lo mismo y a nadie se le ocurre penarlo.

7) Se dijo que la automutilación para eludir el servicio militar es punible. Se respondió que el bien jurídico es la defensa nacional y no la integridad física del autor.

8) Se dijo que si todos nos "drogásemos" se produciría una catástrofe social. Se respondió que lo mismo sucedería con el suicidio, la autosatisfacción sexual, la sobrealimentación, etc.

9) Se dijo que el consumidor difunde el SIDA. Se respondió que nadie difunde el SIDA fumando marihuana.

10) Se dijo que el consumidor comete delitos para proveerse de "droga". La experiencia no lo confirma en la Argentina. En los casos en que tiene lugar, podrían adquirir cualquier otra cosa, pues no delinquen impulsados por la abstinencia.

En general, existen en la Argentina posiciones bastante realistas y otras que aprovechan la coyuntura de la "droga" para canalizar un derecho penal autoritario que abarca todos los elementos antiliberales que han recorrido el camino de la demolición del derecho penal de garantías desde el siglo pasado. En el fondo, no hay un debate sobre la "droga", sino el debate de siempre: derecho penal liberal o de garantías y derecho penal autoritario o totalitario.

En síntesis, creemos que la intervención penal, en la forma en que está planeada en la Argentina, es "frontalista", o sea, que trata de impresionar con una ley fantasiosa, en la que se mezclan modelos foráneos, exigencias policiales, imaginación algo afiebrada, prejuicios de toda índole, ocurrencias de asesores de turno, exuberancia de verbos típicos, profundo y grave desconocimiento del Código Penal y del derecho penal, confusión conceptual, lenguaje oscuro y farragoso, etc. Su efectividad en cuanto a la preservación de la salud de los habitantes es nula y también paradojal. El reglamentarismo extremo fomenta gravemente la corrupción.

En definitiva, el consumo de tóxicos en la Argentina es un grave problema de salud y la intervención del sistema penal lo agrava añadiéndole un grave problema para la libertad de todos los habitantes de la nación. En rigor, no sabemos cuál de ambos problemas es más grave.

ILANUD
San José (Costa Rica)
Marzo de 1991.

Alternativas a la actual legislación sobre drogas

*José Luis Díez Ripollés**

En los últimos años se generalizó la impresión de que la política sobre drogas hasta ahora desarrollada estaba resultando un fracaso y que exigía correcciones importantes[1]. Ello ha dado nuevo impulso a dos tendencias contrapuestas que han estado presentes desde el inicio, a principios de este siglo, de la política represiva del tráfico y consumo de drogas: la primera de ellas insiste en la necesidad de exacerbar la persecución, singularmente penal, de esas conductas, atribuyendo los resultados negativos obtenidos hasta ahora a no haber agotado plenamente el modelo elegido. La segunda cuestiona la política represiva desde muy diversos puntos de vista, entre los que se destacan recientes razonamientos sobre su nula eficacia, sus contraprudecentes efectos colaterales, y su distorsionada consideración de la protección de la salud y la libertad de los ciudadanos adultos.

El presente trabajo, tras analizar algunos de los últimos esfuerzos realizados en ambas direcciones, pretende defender una alternativa concreta susceptible de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico siempre que haya voluntad política para ello.

1. Una opción favorable al incremento de la represión: la Convención de las Naciones Unidas de 1988

La Convención, que tiene su origen en las resoluciones 39/41, 39/42 y 39/43 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta-

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

[1] No creo necesario insistir sobre el particular. Véase una amplia consideración de opiniones nacionales e internacionales al respecto, en DÍEZ RIPOLLES, "La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987, págs. 347 y ss.; del mismo *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, págs. 11-58, 126-132.

das el 14 de diciembre de 1984[2], muestra ya sus diferencias respecto a los anteriores convenios internacionales de 1961 y 1971 desde su mismo Preámbulo:

Mientras que los anteriores instrumentos internacionales justificaban básicamente su existencia en la necesidad de salvaguardar la salud de la humanidad[3], la última Convención modifica significativamente el énfasis: sin abandonar las referencias a la salud, complementada con el término más genérico de *bienestar* y con una especial preocupación por los efectos de tráfico y del consumo sobre la infancia, el acento se coloca en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico ilícito. Se reconoce que la capacidad económica y organizativa desarrollada por los narcotraficantes es tal que está socavando las economías lícitas de muy diversos países, corrompiendo las estructuras administrativas, comerciales, financieras y de todo tipo de naciones enteras, y afectando ya de modo directo a la estabilidad, seguridad y soberanía de los Estados.

Tales daños adicionales, sobrevenidos a consecuencia de la prohibición, en ningún caso motivan a las Naciones Unidas a cuestionarse la corrección del modelo seguido desde los convenios de 1961 y 1971 centrado en el control de la oferta, y cuya garantía básica es la punición del tráfico ilícito. Por el contrario, nos encontramos por primera vez ante una Convención sobre drogas que se ocupa casi exclusivamente de la represión y persecución penales, con el propósito confesado de perfeccionar los instrumentos represivos existentes e introducir otros nuevos para cubrir ámbitos hasta ahora descuidados[4]. Analicemos cuáles sean los "avances" en esa línea[5].

A) *Objeto material de estos delitos*

Lo son ante todo los *estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. La Convención ha desoído finalmente las pretensiones de documentos preparatorios de ampliar en su art. 1° el concepto de *cannabis* de la Convención de 1961, por la vía de incluir sus semillas y hojas no unidas a las sumidades, o de abarcar en general sustancias meramente análogas a las fiscalizadas sin esperar a la inclusión en su correspondiente lista. En contrapartida se ha negado a realizar cualquier tipo de distinción entre las diversas sustancias según su mayor o menor nocividad[6].

[2] Sobre todas las actuaciones que desencadenaron estas resoluciones, así como sobre el proceso de elaboración de la Convención, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *ibidem*.

[3] Véanse los preámbulos de la Convención única de 1961 en sus apartados 1 y 3, y del Convenio de 1971 en sus apartados 1 y 2, en *Legislación sobre drogas*, 2ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1990, págs. 223-224, 289-290.

[4] Véase el Preámbulo de la Convención en *Legislación sobre drogas*, ed. cit., págs. 1354-1355.

[5] Nos vamos a ocupar exclusivamente de sus previsiones de naturaleza penal, dejando al margen las administrativas.

Un análisis de la incompatibiliad de determinados preceptos de la Convención con nuestra Constitución se encuentra en un documento elaborado para una reunión de trabajo del grupo signatario del Manifiesto de Málaga por CARBONELL MATEU - DÍEZ RIPOLLÉS - MAQUEDA ABREU. Inédito.

[6] Véanse al respecto los documentos previos, así como las propuestas del plan amplio y multidisciplinar de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas aprobado en la Conferencia de Viena de 1987, en DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., pág.349; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 15-17.

Pero la Convención realiza una primera ampliación del objeto material cuando incluye en el concepto los *precursores químicos* precisos para elaborar ciertos estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a cuyo fin se elaboran dos listas de sustancias que merecen esa consideración y se prevé un procedimiento de ampliación o restricción de su número[7]. A ellos se añaden en segundo lugar los *equipos y materiales* destinados a fines de cultivo, fabricación, o tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas[8]. La desmesurada extensión del objeto material que tales preceptos suponen constituye un adelantamiento inadmisible de la punición, que rompe cualquier freno político-criminal respecto de ulteriores avances en esa línea. Por otro lado, el concepto de precursor puede dar lugar fácilmente a una ampliación sin fin de las listas a ellos alusivas, y los de equipos y materiales, al no constituir un catálogo cerrado, permiten abarcar cualquier cosa a partir exclusivamente de la siempre problemática referencia subjetiva.

Como objeto material hay que considerar igualmente, dados los delitos de receptación incluidos, a los *bienes* obtenidos o derivados directa o indirectamente de las actividades de tráfico, por lo que se entiende activos de cualquier tipo, así como los instrumentos legales que acrediten derechos sobre dichos activos[9].

B) *Conductas delictivas básicas incluidas*

En primer lugar está el grupo constituido por las conductas de *tráfico* de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. También aquí se producen ampliaciones importantes: se castiga el cultivo de adormidera, arbusto de coca y planta de *cannabis* con finalidades productoras, aunque no sean necesariamente de tráfico; se mantiene la referencia a actividades no mercantiles, ampliándola con la mención a "oferta" y a "entrega en cualesquiera condiciones". Algunas restricciones son solo aparentes, como la limitación inequívoca del concepto de "posesión" y "adquisición"[10] a conductas de tráfico y no de consumo personal, que se ve en la práctica anulada por la inclusión entre las conductas de tráfico de la "oferta" o "entrega en cualesquiera condiciones" y, sobre todo, por la punición, más adelante, de las conductas encaminadas al consumo personal[11].

En efecto, novedad importante de la reforma es haber considerado conductas punibles el cultivo, la adquisición y la posesión para el *consumo* personal, cerrando el paso a partir de ese momento a interpretaciones de los convenios anteriores, que estimaban que el consumo y los actos con él relacionados no estaban penados[12]. Tal opción político-criminal se pretende asegurar con una definición del concepto

[7] Véanse arts. 1°, 3°. 1.a). iv., 12 y anexo de la Convención de 1988, en *Legislación...*, ed. cit.

[8] Véanse arts. 3° y 13 de la Convención de 1988, *ibidem*.

[9] Véanse arts. 1°, 3°. b) y c) 1. y 5° de la Convención de 1988, *ibidem*.

[10] Concepto este último más amplio que el anterior de "compra".

[11] Véase art. 3°. 1.a) de la Convención de 1988, *ibidem*.

[12] Véase art. 3.2 de la Convención de 1988, *ibidem*. Sobre las interpretaciones en España de las anteriores convenciones internacionales en relación con el consumo, véase a DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 383-384.

de "tráfico ilícito", abarcadora inequívocamente de las actividades dirigidas al consumo[13]. La no punición directa del propio consumo es irrelevante, al incluirse la fase ineludiblemente previa de la posesión para consumo[14].

Tal actitud político-criminal resulta inadmisible: implica una flagrante violación de la libertad personal en un contexto pervertido de protección de la salud, de un modo difícilmente compatible con importantes preceptos de nuestra Constitución[15]; supone perseguir un objetivo imposible, con los consiguientes efectos negativos sobre la conciencia de validez de las normas jurídicas; va a causar, con diferencia, más daños que ventajas, en oposición al principio de *ultima ratio* que debe inspirar la legislación penal; y contradice el precepto de la propia Convención, que taxativamente establece que las medidas tendientes a eliminar o reducir la demanda ilícita, deberán tener como mira destacada la de reducir el sufrimiento humano[16].

C) *Comportamientos específicos de ejecución imperfecta, y de autoría y participación*

Deben considerarse en primer lugar la *fabricación, transporte o distribución de materiales, equipos o precursores químicos*, con conocimiento de que se pretende utilizarlos con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas[17]. A mi juicio, se trata de una tipificación específica de actos preparatorios de una participación en el delito de tráfico de drogas. La misma calificación técnica merece otro supuesto, conectado al anterior pero tipificado de modo independiente, y consistente en la *posesión de equipos, materiales o precursores químicos*, con conocimiento de su utilización actual o futura con fines de cultivo, producción o fabricación ilícitos[18].

Asimismo se castiga de modo específico la *instigación o inducción públicas, asociación y confabulación* para cometer, no solo las conductas básicas, sino cualesquiera de las conductas hasta ahora expuestas o que se van a exponer con posterioridad[19]. En

[13] Véase el art. 1° de la Convención de 1988, *ibidem*.

[14] La referencia en la Convención a que la punición de estas conductas debe hacerse respetando los principios constitucionales y conceptos básicos de cada ordenamiento jurídico es una salvedad de muy relativo valor en un contexto internacional, en el que los países que lideran la cruzada contra la droga utilizan toda su capacidad de influencia para modificar políticas criminales nacionales que no se ajusten a sus designios, de lo que es buena prueba el caso de España. Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 361-362, 370, 389, 400; del mismo *Los delitos...*, ed. cit., págs. 32-34, 52, 55.

[15] En especial los principios de libre desarrollo de la personalidad y dignidad personal considerados como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10 de la CE.

[16] Véase art. 14.4 de la Convención de 1988, *ibidem*.

[17] Véase art. 3°.1.a). iv. de la Convención de 1988, *ibidem*. El texto definitivo se diferencia de los últimos borradores en que, por un lado, se ampliaron las conductas, incluyendo los precursores, y por otro, se restringieron al exigir la referencia subjetiva, inicialmente no prevista. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 350, 354, 394-395; del mismo *Los delitos...*, ed. cit., págs. 18-19.

[18] Art. 3°.1.c) ii de la Convención de 1988, *ibidem*.

[19] Art. 3°.1.c) iii, iv de la Convención de 1988, *ibidem*.

mi opinión ello podría llegar a ser considerado técnicamente como una tipificación específica de comportamientos preparatorios incluibles en los conceptos de conspiración o provocación.

Igualmente se tipifica expresamente la *tentativa* de comisión de todas las conductas de referencia del supuesto anterior[20].

Probablemente la pretensión de asegurar la punición de supuestos problemáticos de autoría mediata, inducción o cooperación necesaria, ha llevado a tipificar de modo independiente los comportamientos de autoría y participación consistentes en la *organización, gestión o financiación* de las conductas básicas, así como del primer tipo específico de conductas preparatorias señalado en este apartado[21].

Supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de *participación, asistencia, incitación, facilitación y asesoramiento* en la realización, tanto de las conductas hasta ahora expuestas, como de las que se expondrán a continuación[22].

Se castigan asimismo un buen número de supuestos de *encubrimiento*, referidos sea a las conductas básicas, sea a las del primer tipo específico de conductas preparatorias, sea a las del primer tipo específico de comportamiento de autoría y participación, sea a actos de participación en alguna de estas figuras. En concreto se trata de *a) conversión o transferencia de bienes con el fin de ocultar o encubrir su origen, o de ayudar a eludir consecuencias jurídicas a los delincuentes por sus acciones, b) ocultación o encubrimiento de tales bienes, c) adquisición, posesión o utilización de los bienes conociendo su origen en el momento de recibirlos*[23]. Afortunadamente, y a diferencia de los trabajos previos, se ha dejado de utilizar el concepto de "blanqueo", reduciéndolo a conceptos más cercanos a los propios del encubrimiento y se ha introducido la referencia subjetiva al conocimiento de los bienes por el encubridor[24].

Estamos en todo momento ante supuestos de receptación, sustitutiva o no, a excepción del segundo inciso de la primera variante, que es un caso de favorecimiento real. Dada la redacción de todas las modalidades se abarca en todo momento tanto el aprovechamiento para sí como el aprovechamiento para tercero, aunque en la tercera variante parece pensarse fundamentalmente en lo primero. Se incluye también el encubrimiento de partícipes. La primera variante admitiría una interpretación como conducta preparatoria de un acto de receptación o favorecimiento real.

El análisis de todas las conductas señaladas en este apartado nos muestra, en primer lugar, que se ha producido un desmesurado avance en el ámbito de la criminalización de comportamientos relacionados de alguna manera con el tráfico y consumo de drogas: se aspira a una punición absoluta, claramente incompatible con los actuales principios jurídico penales de intervención mínima y de seguridad

[20] Art. 3°.1.c) iv de la Convención de 1988, *ibidem*.

[21] Art. 3°.1.a). v. de la Convención de 1988, *ibidem*.

[22] Art. 3°.1.c) iv de la Convención de 1988, *ibidem*.

[23] Véanse arts. 3°.1.b) i,ii, y 3°.1.c) i de la Convención de 1988, *ibidem*.

[24] Sobre estos extremos véase a DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 350, 354, 395; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., pág. 18.

jurídica[25]. Baste para ello con destacar que de la combinación de los preceptos anteriores resultan punibles conductas consistentes en actos preparatorios del tráfico[26] realizados estos últimos en grados de autoría o participación, incluido el encubrimiento; o que se castigan no solo la autoría sino también la participación, incluido el encubrimiento de actos preparatorios; o que es delito el encubrimiento de actos de participación en conductas ejecutivas o preparatorias.

La pretensión de romper las construcciones conceptuales acabadas de expresar alegando que en los delitos de drogas no se dan estas categorías de ejecución imperfecta o de participación[27], o que la tipificación independiente de los diferentes estadios del *iter criminis* o de las formas de participación las hacen improcedentes, es una forma como otra cualquiera de tranquilizar su conciencia el jurista olvidando la auténtica naturaleza conceptual de los comportamientos aludidos por encima de subterfugios, en el sentido peyorativo del término "formales"[28].

D) *Conductas agravadas*

Se deberán elevar las penas si se usa *violencia o armas*; se utiliza a *menores* o son estos las víctimas; se realizan las conductas en *centros penitenciarios, educativos, asistenciales* o en sus inmediaciones, o en *lugares con actividades educativas, deportivas o sociales* concurridas por estudiantes; se cometen por *funcionarios públicos* en actividades relacionadas con su cargo; el delincuente está integrado en la *delincuencia organizada*, sea para realizar estas actividades delictivas, sea para realizar otras actividades delictivas internacionales; el delincuente realiza *actividades delictivas adicionales facilitadas* por la ejecución de estos delitos; se da la *reiteración nacional o internacional*[29].

Cuando menos llaman la atención dos agravaciones: la consistente en la mera pertenencia a una delincuencia organizada sin relación con estos delitos ni suponer una mayor facilidad en la comisión de estos, que parece que viola el principio de culpabilidad, y la posibilidad de transformar la reincidencia internacional en una reiteración internacional, lo que parece una medida excesiva.

E) *Penalidad*

En cuanto a las penas, y a diferencia del mayor rigor de los trabajos previos, la Convención se conforma con insistir en que las sanciones estén en consonancia

[25] Este último encuentra además claro amparo en los arts. 25.1 y 9.3 de nuestra Constitución.

[26] No se olvide que, aun el concepto estricto de tráfico de la Convención, es decir, el del art. 3°.1.a) i, ii, iii, abarca la mera oferta o entrega en cualesquiera condiciones. Vid. *supra*.

[27] Asumir la afirmación del texto acabada de citar resulta difícilmente compatible con el uso por la propia Convención de estas categorías conceptuales, como vimos hace un momento.

[28] Se podría aludir igualmente a los llamativos defectos técnico-jurídicos que se aprecian, por más que otros muchos fueron eliminados a lo largo de la elaboración de la Convención y que no se puede pretender que un tratado internacional refleje una estructura conceptual que, aunque muy extendida, no es patrimonio de todos los países. Así, se hace una definición especialmente incorrecta de los supuetos de conspiración y provocación, se tipifican expresamente de modo innecesario determinados supuestos de autoría y participación, se mezclan hipótesis de favorecimiento real y receptación... Vid. *supra*.

[29] Véase art. 3°.5 de la Convención de 1988, *ibidem*.

con la gravedad de estos delitos, lo que debe implicar la imposición de penas privativas de libertad y pecuniarias, además de la del *comiso*[30].

Esta última pena pasa a desempeñar un papel fundamental como instrumento de menoscabo del poderío económico del narcotráfico, y viene reforzada por la posibilidad de imponer la medida procesal previa de *embargo*, tanto en su aspecto de inmovilización de los bienes como en el de su aprehensión y depósito en poder de la autoridad. Se admite incorrectamente, que ambas, medida y pena, puedan dictarse por autoridad judicial no penal o por autoridad administrativa, si bien ello se deja en función de las exigencias del derecho interno[31].

En cuanto al objeto del embargo y comiso, lo son en primer lugar los estupefacientes, sustancias psicotrópicas, equipos, materiales e instrumentos, siempre que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal. Sorprende que no se aluda expresamente a los precursores químicos, que no parece puedan incluirse en el uso que hace la Convención del término "materiales". Asimismo se echa en falta una claúsula de proporcionalidad en relación con los instrumentos del delito que limite la posibilidad de embargo o comiso cuando su valor no guarde proporción con la gravedad del delito cometido[32].

Por otra parte, serán también objeto del embargo o comiso los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de todas las conductas delictivas mencionadas, salvo las dirigidas al consumo personal, mereciendo tal tratamiento asimismo los que resulten de la transformación o conversión de aquellos, o los obtenidos de fuentes lícitas que se hayan mezclado con aquellos hasta el valor estimado de ellos. Podrán igualmente embargarse o decomisarse los ingresos o beneficios obtenidos de todos ellos.

Más discutible es la inclusión entre los bienes susceptibles del embargo y comiso de aquellos cuyo valor equivalga a los obtenidos o derivados de tales conductas, sin mayores exigencias, pues permite afectar bienes de origen lícito sin contacto con los de origen ilícito, violando el principio de culpabilidad. También causa preocupación desde la perspectiva de la seguridad jurídica[33] la excesiva vaguedad en la delimitación de los bienes vinculados de algún modo a los obtenidos directamente del delito, así como la amplitud del retroceso de unos bienes a otros.

En todo caso deben salvaguardarse los derechos de terceros de buena fe[34].

[30] Véase, art. 3°.4.a) y b). Sobre las propuestas más duras de los trabajos previos, véase DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 351-352, 355, 396-398; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 20-22.

[31] Se han eliminado disposiciones inadmisibles contenidas en documentos previos, como la posibilidad de que el embargo pueda dictarse antes de formularse la acusación, o que el comiso pueda afectar a bienes de personas no condenadas ni procesadas, si sabían el origen de los bienes; bien es verdad que esto último se ha resuelto ampliando el concepto de receptación de forma que tales personas han pasado también a ser criminalizadas y por consiguiente susceptibles de comiso.

[32] Véase al respecto el art. 48 de nuestro Código Penal.

[33] Véase lo dicho en nota 25.

[34] Véase sobre todo esto los arts. 1° y 5° de la Convención de 1988, *ibidem*.

A pesar de su ausencia en la mayoría de los documentos previos[35], finalmente se han previsto *medidas complementarias* o *sustitutivas de las penas*, aun cuando en un contexto muy restrictivo. Así, aunque se acepta en los casos de infracciones leves, o si el delincuente es toxicómano, la suspensión del fallo o la remisión condicional vinculadas a medidas de reinserción y tratamiento, o en los casos de conductas orientadas al consumo personal la aplicación de tales medidas, tanto como complemento de la pena como en el marco de la suspensión del fallo o de la remisión condicional[36], se recuerda que en ningún momento la adopción de tales medidas debe hacer peligrar el fundamental efecto preventivo disuasorio a conseguir con la punición de estas conductas y se aconseja un uso muy limitado de la remisión condicional y de la libertad condicional[37].

F) *Medidas procesales*

Resulta correcta, pero inquietante en el contexto fuertemente represivo de la Convención, la explícita alusión a que los diversos *elementos subjetivos* incluidos en los tipos pueden inferirse a partir de las circunstancias objetivas del caso concurrentes[38].

Inadmisible de todo punto es la recomendación de invertir la *carga de la prueba* respecto al origen ilícito de los bienes sujetos a decomiso[39].

Se fomentan de modo cuestionable las figuras del *delator* y del *arrepentido*, al admitirse la suspensión de toda actividad policial o judicial contra testigos o peritos que consientan trasladarse a otro país para colaborar en una investigación o actuación judicial por los actos delictivos realizados con anterioridad en el país donde testifican o peritan hasta que hayan tenido oportunidad de abandonar tal país[40].

Asimismo se acuerda de establecer plazos de *prescripción* prolongados para estos delitos[41].

G) *Medidas de cooperación internacional en la persecución de estos delitos*

Se introduce el mecanismo de la *entrega vigilada*, consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de contener sustancias prohibidas salgan, atraviesen o entren en el territorio de uno o más países con el conocimiento de sus autoridades y la finalidad de identificar a las personas involucradas en la operación delictiva. La concepción absolutizadora de la represión se muestra de nuevo al incluir entre las sustancias susceptibles de este mecanismo a unas hasta ahora no aludidas en

[35] Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 351, 355, 397; del mismo, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 20-21.

[36] Véase art. 3°.4.c) y d) de la Convención de 1988, *ibidem*. En la letra b) del mismo artículo se admite de modo general la posibilidad de imponer medidas de seguridad como complemento de la pena.

[37] Arts. 3°.6 y 7 de la Convención de 1988, *ibidem*.

[38] Art. 3°.3 de la Convención de 1988, *ibidem*.

[39] Véase art. 5°.7 de la Convención de 1988, *ibidem*. Su aceptación en nuestro país supondría un inequívoco ataque al principio de presunción de inocencia contenido en el art. 24.2 de nuestra Constitución.

[40] Véase art. 7°.18 de la Convención de 1988, *ibidem*.

[41] Véase art. 3°.8 de la Convención de 1988, *ibidem*.

el texto internacional, a saber, las que sean sustitutivas de las incluidas en la Convención[42].

Las disposiciones sobre *tráfico marítimo* abren el paso a todo tipo de abusos sobre la soberanía de otros países por parte de los más poderosos militar y económicamente. Así, se admite la posibilidad de abordar o inspeccionar naves con matrícula o pabellón ajeno sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito, o de adoptar medidas adecuadas respecto a ellas, personas o carga a bordo, si se descubren pruebas de su implicación en el tráfico, en las siguientes condiciones: si el Estado requirente obtiene autorización del requerido, en cualquier lugar donde se esté haciendo uso de la libertad de navegación según el derecho internacional, es decir, en alta mar o incluso en aguas territoriales del pabellón de la nave sospechosa o del de cualquier país; si se respetan los derechos de los Estados ribereños; si tales actuaciones las realizan buques o aeronaves militares o debidamente identificadas como al servicio del control de drogas de un Estado. Además, la parte interviniente podrá declararse competente para enjuiciar los delitos incluidos en la Convención, salvo los de consumo personal cometidos en la nave, si la autorización obtenida incluye el embargo de la nave y la parte requerida no se opone[43].

Al margen del supuesto acabado de aludir hay otras reglas tendentes a ampliar la *competencia* o facilitar la *extradición*, o, en su defecto, asegurar el enjuiciamiento y el cumplimiento de la condena por parte del delincuente: entre ellas destacan que una Parte podrá declararse competente respecto a conductas de participación, conspiración o tentativa realizadas fuera del territorio de soberanía pero con el fin de perpetrar en él uno de los delitos incluidos en la Convención, salvo los dirigidos al consumo personal, y que cabe la posibilidad de cumplir la condena impuesta por país extranjero en el país de su nacionalidad en el caso de que no se pueda entregar legalmente a su nacional[44].

2. Otra opción favorable al incremento de la represión: la reforma del Código Penal español por la ley orgánica 1ª de 1988 de 24 de marzo

Puede parecer sorprendente que nos dispongamos a analizar a continuación un texto legal que precedió en el tiempo a la Convención de 1988 acabada de estudiar. Sin embargo, es una realidad aceptada por las propias instancias oficiales que la reforma española de 1988 se formuló y se acompasó a tenor de los sucesivos borradores de la Convención de 1988, de la que aspiró a ser un hijo aventajado, cuando menos en el tiempo[45]. Este hecho, así como el que ya haya realizado en otro lugar

[42] Véase art. 11 de la Convención de 1988, *ibidem*. Se adopta el criterio de decidir caso por caso, a diferencia de textos previos más generosos, véase DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 353, 354-355, 398-399.

[43] Véanse arts. 17 y 4.1.b), ii de la Convención de 1988, *ibidem*.

[44] Véase al respecto arts. 4° y 6° de la Convención de 1988, *ibidem*.

[45] Véase al respecto los datos suministrados en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 32-34, 52, 55.

un estudio detenido de la reforma española[46], aconseja limitar ahora el ámbito de nuestras consideraciones a observar el grado en que el legislador español atendió a las nuevas exigencias represivas de los órganos de Naciones Unidas[47].

Ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/88 muestra un alto grado de sintonía con las propuestas internacionales: se considera básicamente la criminalidad de las drogas desde la perspectiva de su trascendente entidad económica y su capacidad para dar lugar a fenómenos de delincuencia organizada y se atribuye a la reforma la finalidad primordial de aumentar la eficacia preventivo-general de los preceptos penales en esta materia por las vías de aumentar las penas y ampliar los tipos agravados. Al decir del legislador, es la necesidad de atajar esos beneficios económicos lo que motiva la considerable elevación de las multas, la introducción de reglas específicas para su determinación, la considerable ampliación de la figura de comiso en estas conductas, y la incorporación al Código de un delito de receptación específico orientado a perseguir el blanqueo de dinero.

Solo la introducción de un supuesto particular y muy limitado de remisión condicional para drogodependientes, con fines preventivo-especiales, se aparta de tal orientación, por más que se enfatiza que ello no debe afectar a los efectos preventivo-generales pretendidos ni prestarse a abusos[48].

Si atendemos ahora a los contenidos concretos de la ley, se aprecia respecto al *objeto material* cómo nuestro legislador persiste, con una actitud moderada dentro de lo que es la opción represiva, en mantener la distinción entre drogas susceptibles de causar grave daño y las que no, en contraposición con las propuestas de Naciones Unidas, las cuales tampoco sigue por lo que respecta a la inclusión de los precursores químicos, equipos y materiales destinados a ser utilizados en el tráfico de drogas[49]. Si que incluye, sin que quepa hacer objeciones, a los bienes o ganancias obtenidos con la comisión de estos delitos.

Esta actitud se abandona sin embargo a la hora de describir las conductas de *tráfico* en donde se crea un tipo extraordinariamente abierto, en especial debido a la expresión "de cualquier modo", que atenta frontalmente contra los principios

[46] Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 51-125, con amplias referencias bibliográficas. De entre los ulteriores análisis de la reforma destaca el detenido estudio llevado a cabo por diversos autores, coordinados por REY HUIDOBRO, en *Comentarios a la legislación penal*, t. XII, Madrid, Edit. Edersa, 1990.

[47] En ese análisis nos va a resultar muy ilustrativo un documento que, en aras a la discreción propia de todo trabajo científico, nos vamos a limitar a calificar como "sorprendente". Me refiero al informe de la *Fiscalía Especial* para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas relativo a la necesidad de adecuar la actual legislación penal a las prescripciones de la Convención de 1988, reproducido en la Memoria de la Fiscalía general del Estado de 1990. Véase *Memoria* elevada al Gobierno de S. M., presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Leopoldo Torres Boursault, Madrid, 1990, págs. 219 y ss.

[48] Un análisis más detallado de los fines de la reforma, más allá de lo que dice la Exposición de Motivos de la ley, en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 51-58.

[49] Véase, con todo, *infra*.

La Fiscalía Especial, en el informe ya citado, aboga por una reforma que incluya entre los objetos materiales de estos delitos a los precursores y los equipos y materiales. (*Op. cit.*, págs. 221-222, 223-224).

de legalidad y seguridad jurídicas dando lugar a una tremenda ampliación de las conductas susceptibles de incluirse en la prohibición: puede decirse que se ha querido abarcar cualquier contribución, por mínima que sea, al *consumo* y, lo que es más importante, sin diferenciar entre actividades mercantiles o no. En realidad tal formulación puede fácilmente llevar a interpretaciones, quizás queridas por el legislador, que incluyan por esta vía la fabricación, distribución o venta de precursores, materiales o equipos destinados al tráfico de drogas *stricto sensu*, con lo que la contención del objeto material aludida en el párrafo anterior sería solo aparente[50]. Estamos por consiguiente ante una fiel acomodación a las demandas internacionales, en claro contraste con la regulación española anterior[51].

El legislador no da sin embargo el paso ulterior demandado por Naciones Unidas, esto es, la punición de las conductas orientadas al *consumo* personal, que siguen siendo impunes. Con todo en los círculos políticos se comienza a preparar a la opinión pública, habiéndose tomado en estos momentos la decisión política firme de introducir sanciones administrativas para el consumo de drogas en determinadas condiciones[52].

En cuanto a la pretensión de Naciones Unidas de adelantar las barreras de protección penal para abarcar de forma inusitada los más diversos supuestos de *ejecución imperfecta* en relación con cualesquiera comportamientos de *autoría* y *participación*, el legislador español no ha procedido con la tosquedad que lo ha hecho la Convención, pero ello no debe llevar a engaño: la redacción del tipo básico, en conexión con su naturaleza de peligro abstracto, permite castigar sin mayores problemas interpretativos comportamientos muy alejados de la lesión al bien jurídico protegido, con más razón si se piensa que la reforma en este punto supone una carga de profundidad contra el dificultoso asentamiento, a partir de la redacción anterior a 1988, de una línea jurisprudencial que pretendía ir distinguiendo diferentes grados de ejecución y participación en este delito[53].

[50] Así lo estima la Fiscalía Especial, por más que eso no le parece suficientemente asegurado, de ahí que propugne una modificación legal que contemple expresamente la punición de las conductas de fabricación, transporte y distribución de los precursores, equipos y materiales, sin olvidar proponer la tipificación, pese a no tener carácter obligatorio en la Convención, de la posesión de todos esos objetos con fines de tráfico (*op. cit.*, págs. 221-222, 223-224).

[51] Véase más ampliamente sobre esto DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 58-66.

[52] Véanse, entre otras muchas declaraciones públicas, las del ministro de Sanidad y Consumo y del delegado del gobierno en el Plan Nacional de Drogas recogidas en el diario *El País*, con fechas 10 de abril de 1990 y 3 de septiembre de 1989, respectivamente, así como la información del mismo diario de 12 de septiembre de 1990. Finalmente, el Anteproyecto de ley sobre seguridad ciudadana, tal como se remitió para informe al Consejo General del Poder Judicial, incluye sanciones administrativas para el consumo. Véase, entre las últimas informaciones periodísticas al respecto, las del diario *El País*, de 15 de abril de 1991.

[53] Véase más ampliamente al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 62-66.

La Fiscalía Especial considera, con todo, insuficiente la situación actual, y propone reconsiderar la conveniencia de crear unas figuras autónomas de apología, de asociación para cometer algunos de estos delitos, o de organización de estas actividades delictivas, aun reconociendo que todas ellas se pueden considerar incluidas en los tipos actuales, y que la primera y tercera de ellas no son de obligatoria inclusión en el derecho interno según la Convención. (*Op. cit.*, págs. 220-221, 224-225).

En relación con las hipótesis de encubrimiento, hay que decir que la redacción del supuesto de receptación específica del art. 546 bis f) es, desde un enfoque técnico y garantista, notablemente superior a lo que han terminado proponiendo los órganos de Naciones Unidas. Ante todo el legislador español se adelanta a este organismo en la no utilización directa del concepto de "blanqueo", remitiéndolo al concepto dogmático correcto de receptación, y en el establecimiento de la exigencia subjetiva de conocimiento en el autor. Por otro lado, consigue encontrar una fórmula que elimina el exagerado casuismo de la propuesta internacional, introduce alguna mejora técnica que sería deseable para toda receptación, como es el incluir en el tipo el aprovechamiento para tercero, y expresa adecuadamente la pretensión de penar la receptación sustitutiva; asimismo no contempla ninguna hipótesis de favorecimiento real que, además, estaría fuera de lugar en este precepto.

Pero ello no puede hacer olvidar que, aun cuando pudiera estar justificado un precepto específico de receptación para estas conductas, su necesaria vinculación al tipo del art. 344 da como resultado una ampliación desmesurada del art. 546 bis f), en línea con las propuestas de Naciones Unidas: la obligada conversión en conductas de autoría de lo que conceptualmente no son más que actos preparatorios y de participación en el art. 344 implica que se va a tener que aceptar la receptación en relación con comportamientos que pueden llegar a ser hasta solo de participación en actos preparatorios. De hecho, la amplia redacción típica del art. 344 hace incluso innecesario todo el art. 546 bis f), ya que los comportamientos que abarca caben perfectamente en la omnicomprensiva redacción del art. 344. Dado esto último, aún resulta más sorprendente el hecho de que las penas del 546 bis f) en ocasiones sean más graves, y en otras más leves, que las del art. 344, dependiendo de la nocividad de la droga y/o los tipos agravados[54].

La reforma ha cumplido sobradamente las demandas internacionales de creación de *agravaciones*. No solo se han mantenido todas las existentes anteriormente, por lo general ampliando su ámbito de punición, sino que se han creado otras nuevas. Además se han establecido dos niveles de agravación acumulativos, con diferencias muy significativas de penalidad.

El número de agravaciones supera ampliamente a las propuestas por la Convención. En cuanto al contenido de las que sustancialmente coinciden, su amplitud en la ley española es mayor o menor, según los casos, a la que tienen en la propuesta internacional[55]. En cualquier caso nuestro Código contiene dos agravaciones palmariamente atentatorias de la seguridad jurídica, cuales son la de que la cantidad de drogas implicada sea de notoria importancia, y la que alude a la extrema gravedad de la conducta para justificar una agravación de segundo grado[56].

Nuestro legislador presta una especial atención a la propuesta internacional de elevar las *penas* en estos delitos, lo que hace de una manera extraordinaria. Baste decir que a pesar de encontrarnos ante un delito de peligro abstracto para el bien jurídico y que el tipo propicia un adelantamiento de las barreras de protección penal tan exagerado, difícilmente se impondrán penas inferiores a la de prisión menor, y aun se puede llegar a imponer penas de prisión superiores a las del homicidio[57]. Lo primero se agrava porque el arresto sustitutorio, dados los mínimos tan altos de la pena multa, resultará habitual en los casos menores.

En efecto, la pena de multa alcanza igualmente una entidad exagerada, pues, establecido el mínimo en 500.000 pesetas, pudiéndose llegar con los tipos agravados a los 225 millones, no debe olvidarse que el art. 344 bis d) permite en la cuantificación de la multa atender no solo a los beneficios económicos que ha obtenido o hubiera podido obtener, sino igualmente a los que no obtendría en ningún caso pero se iban a producir en los sucesivos escalones del tráfico hasta que la droga llegara al consumidor[58].

También atiende aplicadamente nuestro legislador a lo que demandan las instancias internacionales respecto a la pena de comiso y a la medida previa de embargo. Su redacción técnica pasa por alto, no obstante, importantes defectos de la propuesta internacional, en cuanto a una correcta identificación de las personas competentes para decretar el embargo e imponer el comiso, eludiendo la inclusión de bienes de origen lícito, meramente equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico, y no admitiendo la inversión de la carga de la prueba[59]. Pero ello no impide que

[54] Véase más ampliamente DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 90-99, 101-102.

Nuestra Fiscalía Especial, por el contrario, rechaza que deba integrarse el concepto de blanqueo en el de receptación, estimándolo más amplio en línea con la propuesta de la Convención, y considerando que aun no ha sido introducido, como demanda la Convención y la Fiscalía apoya, en nuestra legislación. Concluye abogando por la introducción de un "delito genérico de blanqueo y/o receptación" no limitado a los delitos de drogas. (*Op. cit.*, págs. 222-223).

[55] La Fiscalía Especial, tras reconocer la amplitud de nuestras figuras agravadas, considera, sin aludir a una previa supresión de nuestras agravaciones no contempladas en la Convención, que deben añadirse, por estar incluidas en la Convención y no en nuestro derecho interno. las de recurso a la violencia o empleo de armas, victimización o utilización de menores, comisión en centros asistenciales, participación en actividades delictivas internacionales organizadas aun sin relación con drogas o en actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito. (*Op. cit.*, págs. 226-227).

[56] Véase un análisis de los tipos agravados en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 66-90.

[57] No se olvide igualmente la incongruencia que supone que, dada la ausencia de una cláusula limitadora en el art. 546 bis f), se puede llegar a imponer penas por conductas de receptación superiores a las de las conductas de autoría del art. 344.

[58] La Fiscalía Especial propone que se reforme la ley admitiendo elevaciones aún mayores de la pena de multa, como alternativa a las dificultades constitucionales que provoca la posible introducción de la carga de la prueba respecto a los bienes objeto de comiso —véase nota siguiente—. (*Op. cit.*, pág. 234).

[59] La Fiscalía Especial propone incluir en el comiso los bienes de origen lícito equivalentes en su valor a los procedentes del tráfico.

Además lamenta la consideración en nuestra legislación del comiso como una pena, aunque sea accesoria, sometida por tanto a los principios de legalidad, personalidad e irretroactividad y pudiendo acordarse solo en un proceso judicial: tal consideración como pena impide soluciones "modernas", como la posibilidad de que el comiso recaiga sobre bienes de un tercero cuando este ha facilitado el hecho con una actuación imprudente. En todo caso, propugna que la Fiscalía Especial tenga facultades para acordar el comiso provisional, entendido como medida cautelar durante la investigación preliminar de actos de blanqueo, con independencia de su confirmación por la autoridad judicial en una fase ulterior.

Por otra parte, tras analizar los inconvenientes constitucionales a la propuesta de inversión de la carga de la prueba hecha por la Convención, ofrece dos soluciones para eludir materialmente tal obstáculo: una de ellas consistiría en una nueva elevación de las penas de multa, unida a un agotamiento de las posibilidades ofrecidas por el art. 344 bis d). La segunda residiría en la imposición, junto con las penas correspondientes, de "una medida de seguridad de carácter económico que abarcara todo el

la referencia a las sucesivas transformaciones de los bienes sea extremadamente vaga, sin aparente límite en el retroceso de unos bienes a otros, y que esté ausente para todos los objetos susceptibles de decomiso la referencia a la proporcionalidad entre el valor de lo decomisado y la naturaleza y gravedad de la infracción. Esto último incidirá de modo especialmente signficativo sobre los bienes y efectos instrumentales, algo que parece haberse buscado conscientemente, dadas las menciones expresas que se hacen a ciertos instrumentos[60].

Todo ello muestra que el legislador ha abandonado nítidamente el principio de proporcionalidad de las penas en estos delitos. Por otra parte, de los efectos combinados de la pena de multa y de comiso se deduce que con relativa frecuencia se va a llegar a una situación práctica de confiscación general de bienes[61].

En cuanto a *sustitutivos de la pena*, nuestro legislador ha introducido con retraso una regulación específica que ya venía demandada por los convenios internacionales anteriores y que había sido incumplida[62]. Pero, coherente con las ideas que inspiran la última Convención, la regulación específica de la remisión condicional que se introduce contiene tantas cautelas, que ha dado lugar a una regulación equívoca respecto a su carácter más beneficioso frente a los preceptos genéricos de remisión condicional[63].

No se han producido modificaciones procesales en la línea establecida por la Convención, pero existen ya propuestas oficiales, objeto de estudio, relativas a la concesión de beneficios penales a los delincuentes *delatores*[64].

El cumplimiento de las *medidas de cooperación internacional* previstas en la Convención se verá facilitado por la creación de una fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas que tiene, como una de sus funciones específicas, la de "promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional

patrimonio del condenado adquirido por este durante un determinado número de años anteriores a la comisión del hecho punible objeto de la condena"; al condenado se le daría "oportunidad de demostrar el origen lícito de los bienes de los que se le ha privado legítimamente por sentencia": al decir de la Fiscalía especial, siendo tal medida postdelictual y tener como presupuesto una sentencia condenatoria, siempre que no se estime contraria al principio de proporcionalidad que, por lo demás, no constituye un derecho fundamental, no se violaría la presunción de inocencia por la presunción *iuris tantum* de que el incremento patrimonial procede del delito. (*Op. cit.*, págs. 227-230, 232-235).

60 Por otra parte, el término "efectos" se utiliza de un modo técnicamente incorrecto y confuso, lo que se acentúa al comparar su uso, en el comiso y el embargo.

61 Véase ampliamente sobre todo lo anterior DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 99-112. La impresión expuesta en el texto se refuerza tras leer las propuestas hechas por la Fiscalía Especial y recogidas un poco más arriba.

62 Véanse arts. 36.1.b) y 22.1.b) de la Convención de 1961 y de la de 1971, respectivamente, en *Legislación sobre drogas...*, ed. cit.

63 Véase un análisis detenido al respecto en DÍEZ REPOLLÉS, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 112-125.

64 Véase información no desmentida en el diario *El País*, de 22 de mayo de 1990. La Fiscalía Especial propone introducir una regulación similar a la actualmente existente para los delitos relacionados con bandas armadas en el art. 57 bis b) que permite una considerable atenuación, e incluso remisión total de la pena. (*Op. cit.*, págs. 235-237).

previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas"[65].

3. Rasgos básicos de la alternativa de despenalización controlada: el manifiesto de Málaga

Un destacado grupo de juristas españoles, en una reunión celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el 2 de diciembre de 1989, fueron capaces de elaborar un Manifiesto en el que no solo sintetizaban la mayor parte de los argumentos utilizados para mostrar las nefastas consecuencias de una política sobre drogas fundada en la represión, sino que, saliendo al paso de la habitual crítica a estas posturas, iniciaban la concreción de lo que podía ser una alternativa basada en una despenalización controlada, simultánea a enérgicas acciones en el ámbito de la prevención de la demanda y de la asistencia a los consumidores.

El documento expresa acertadamente los contenidos esenciales de la que se ha dado en llamar "alternativa despenalizadora" y, dada su moderada extensión, considero procedente transcribirlo en su totalidad, sin necesidad de ulteriores comentarios, no sin antes mostrar mi total acuerdo con su contenido[66].

"Los abajo firmantes, juristas preocupados profesionalmente por la problemática de la drogadicción, desean llamar la atención de la sociedad española en general, y de los poderes públicos en particular, sobre el fracaso que ha obtenido la acentuación de la política represiva producida en los últimos años.

"1. Ante todo, no se han logrado las metas supuestamente perseguidas: erradicar o disminuir sensiblemente el tráfico y consumo de drogas. Pese a la frecuencia de los decomisos, se acepta de modo generalizado que el porcentaje de drogas interceptada es mínimo respecto al cada vez mayor que se pone a disposición de los consumidores. Tal aumento de la oferta está en consonancia con el continuado incremento de la demanda por parte de los consumidores.

"2. Simultáneamente, la droga se ha convertido en un producto muy caro, dados los elevados márgenes comerciales que retribuyen los riesgos de traficar con un producto tan perseguido. Esto ha originado, en primer lugar, la aparición de poderosas organizaciones de traficantes con un poder económico sin parangón en toda la historia de la criminalidad y que en sus niveles medios y superiores eluden fácilmente la persecución penal. En segundo lugar, causa o agrava la marginación social de una buena parte de los consumidores que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir la droga, lo que les obliga a realizar actividades asociales o a caer en la delincuencia.

65 Véase art. 3° de la ley 5ª de 1988, de 24 de marzo. Sobre las medidas de cooperación internacional propuestas véase, desde la perspectiva española, asimismo DÍEZ RIPOLLÉS, "La política...", ed. cit., págs. 398-399.

66 El Manifiesto ha sido publicado en muy diversas revistas nacionales y extranjeras, y entre sus signatarios o adheridos posteriores se encuentran 22 catedráticos de derecho penal, 14 profesores titulares de derecho penal, y 14 magistrados y jueces.

"3. Consecuencia de lo anterior es que los recursos del sistema judicial penal se ven desbordados por la criminalidad vinculada al tráfico de drogas. Del mismo modo, el aumento de la población reclusa a que esa criminalidad está dando lugar, empeora notablemente las condiciones de habitabilidad de las prisiones, dificulta aún más la aplicación de la Ley General Penitenciaria y refuerza las mafias carcelarias conectadas al suministro de drogas a los internos.

"4. Las negativas repercusiones sobre la población en general son evidentes: ella es la que sufre directamente el inusitado aumento de la delincuencia dirigida a procurarse dinero para adquirir droga. Ella es asimismo la que padece medidas indiscriminadas de control de esa delincuencia poco respetuosas con los principios de un Estado de derecho, como las redadas masivas o los reconocimientos anales y vaginales.

"5. El Estado de derecho está siendo conmovido igualmente desde otros puntos de vista: ante todo, la acentuación de la vía represiva ya ha mostrado que no se detiene ante los principios garantistas del Derecho Penal, habiéndose creado figuras delictivas que violan los principios de seguridad jurídica o de proporcionalidad de las penas. Por otra parte, el poderío económico de los traficantes de medio y alto nivel les permite corromper instituciones esenciales de las democracias, desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras.

"6. En otro sentido, la protección de la salud a la que se aspira con semejantes preceptos resulta notablemente distorsionada. En primer lugar porque, a diferencia de lo que suele ser habitual en nuestra sociedad entre ciudadanos adultos, no se respeta el principio de que la salud solo puede ser protegida con el consentimiento de la persona afectada. En segundo lugar, porque es precisamente la prohibición la que, al imposibilitar el control estatal sobre la producción y venta, convierte la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el consumidor en cada caso, lo que es origen de daños tan importantes a la salud como las muertes por sobredosis, SIDA, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias. A su vez, la regulación represiva, al suponer una mayor marginación del consumidor, lejos de obtener la tutela de la libertad de autodeterminación del ciudadano, produce un efecto pernicioso para la misma.

"7. Los efectos de la prohibición a nivel internacional son igualmente negativos. La cuestionable distinción entre drogas legales e ilegales ha pasado a convertirse en una nueva forma de opresión cultural y económica de los países poderosos: se obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental mientras se fomenta el consumo de las drogas propias de esta última. Por otra parte, la necesaria expansión de los principios de Derecho internacional se realiza en clave represiva y en detrimento de la soberanía de los Estados más débiles.

"8. La actual política, básicamente represiva, tiene nefastos efectos sobre los imprescindibles esfuerzos dirigidos a la prevención, entendida como la promoción de actitudes vitales basadas en la autonomía y responsabilidad personales. Por una parte fomenta la integración del consumo de drogas entre las pautas propias de la

conducta rebelde, con la consiguiente atracción sobre la juventud. Por otra, permite eludir las responsabilidades de la propia sociedad sobre el citado fenómeno, dejándolo todo en manos de los órganos represivos.

"9. Por otro lado, la actual política represiva se limita a la adopción de una intervención asistencial centrada en un porcentaje mínimo de consumidores —los más deteriorados—, impide la asunción de objetivos que tiendan a mejorar sus condiciones personales, familiares y sociales, y privilegia la confusión entre asistencia y control con efectos claramente perniciosos.

"Ante esta situación, creemos que es hora de frenar la tendencia hacia el aumento de la represión, cuyos ejemplos últimos son la reforma española de 1988 y la Convención de las Naciones Unidas del mismo año, manifestándonos asimismo rotundamente en contra de cualquier intento de penalización del consumo. Se ha de reflexionar seriamente sobre el posible desarrollo de otras alternativas que alteren el actual énfasis puesto en las medidas represivas penales.

"La nueva política debería trasladar el centro de atención al campo de la prevención de la demanda y la asistencia a los consumidores. Solo una intervención preventiva basada en mensajes positivos, realizada por los cauces y agentes normales de la intervención educativa y una política asistencial centrada en el objetivo de reducir los riesgos derivados del consumo puede tener una razonable esperanza de éxito.

"No debería ser delito el tráfico de drogas entre adultos; antes bien, estos deberían tener la posibilidad de acceder legalmente a la posesión de las mismas.

"Es preciso un análisis normalizado de las conductas relacionadas con el tráfico de drogas que lleve a su tratamiento en consonancia con los principios que rigen en derecho penal respecto a comportamientos similares.

"Nadie duda que debería existir un estricto control administrativo de su producción y venta, con especial atención a la calidad de la sustancia, y que las infracciones más graves de tal control pudieran constituir delito, a semejanza de lo que sucede con los productos alimenticios, o con medicamentos u otras sustancias que pueden ser nocivas para la salud.

"También debería merecer consideración por parte del derecho penal el suministro de drogas a menores de edad o personas carentes de modo evidente de capacidad de decisión autónoma, del mismo modo que sucede en relación con otros ámbitos vitales.

"Las dificultades de aplicación de los preceptos penales en los dos sectores citados terminarían siendo semejantes a las actualmente existentes en los ámbitos que se toman como modelo, donde tales dificultades se consideran socialmente aceptables. La probable persistencia del tráfico ilícito en esas esferas no debe hacer olvidar que el mercado ilegal, con sus secuelas ya conocidas, habría sufrido una sustancial restricción.

"Adoptadas las vías penales anteriores, parece lógico pensar que se produciría una notable disminución del poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes: el volumen de tráfico ilícito se reduciría de modo decisivo, y el margen de beneficios

de este tráfico, o del lícito si se readaptaran a él, sería mucho menor. En cualquier caso, sus persistentes comportamientos ilícitos debieran tratarse en el marco de los delitos contra el orden socioeconómico.

"La dimensión internacional es básica para la efectividad de estas propuestas. Las esferas oficiales españolas deben, sin embargo, dejar de utilizar este hecho como una coartada: en el plano nacional rechazan entrar en el debate político-criminal alegando que este debe situarse en un nivel supranacional, y simultáneamente, cuando acuden a los foros internacionales correspondientes, los representantes oficiales españoles adoptan actitudes claramente promotoras de la represión o, cuando menos, tendentes a rehuir el debate y absolutamente receptivas a las nuevas propuestas endurecedoras de la punición.

"Por todo lo anterior, los abajo firmantes instan a los poderes públicos a que fomenten abiertamente un debate en la sociedad española en los términos antedichos, abandonando actitudes de descalificación hacia la denominada alternativa despenalizadora, y haciendo llegar estas inquietudes a las instancias oficiales internacionales. Del mismo modo los signatarios de este documento se comprometen a aunar esfuerzos de cara a concretar progresivamente la alternativa esbozada".

4. Un desarrollo de la alternativa de despenalización controlada: la propuesta suiza de Joset-Albrecht

A partir de algunos trabajos anteriores, formulados por ellos y otros juristas suizos, Joset y Albrecht publican en 1986 una propuesta de reforma de la ley de drogas y del Código Penal suizo que supone una concreción importante de la alternativa despenalizadora[67]. Los autores parten de que resulta imprescindible la reforma legal si se quieren obtener resultados significativos, tanto por el propio contenido de la legislación vigente como por la extendida negativa de la jurisprudencia a asumir algunas interpretaciones liberales, sin duda posibles con el actual texto legal, pero que los jueces estiman inadecuadas a partir de la actual regulación.

Formulada la propuesta antes de que se aprobara la Convención de 1988, estiman posible compatibilizar su alternativa con los textos de las convenciones de 1961 y 1971, pero en todo caso no excluyen la denuncia de los tratados por Suiza si ello es preciso.

Consideran que su propuesta ha hecho concesiones, en especial en relación con el tratamiento del *cannabis*, al posibilismo en función de la situación política y legal de su país. Y la consideran una propuesta limitada en cuanto solo se ocupa

[67] Véase Joset-Albrecht, "Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäubungsmittelsgesetzes", en *ZSR*, 1986, págs. 243 y ss. (al disponerse exclusivamente de una separata reimpresa y carente de numeración del trabajo, las páginas que se citan corresponden a una renumeración del 1 en adelante por mí realizada).

Su propuesta, por lo que respecta a la despenalización del consumo, está siendo objeto de consideración en el parlamento suizo.

de los aspectos penales, sin abordar una modificación del conjunto de la ley de drogas suiza[68].

La primera modificación propuesta es la despenalización del *consumo*, lo que obliga a despenalizar también los comportamientos tendentes a él, ya que de lo contrario se estarían castigando los actos preparatorios de una conducta impune. Razones para la no punición del consumo son: la puesta en peligro de la propia salud se considera impunible en el derecho suizo, aun cuando la sociedad deba atender parcialmente a los daños producidos; la punición del consumidor carece de efectos intimidantes y resocializadores; la cifra negra sería elevadísima; los limitados recursos policiales deben concentrarse en los traficantes no dependientes que actúan con fines de lucro[69].

Asimismo se despenaliza la *entrega* de droga *para* un *consumo inmediato en común*, con lo que se quiere atender a la frecuente realidad criminológica del consumo compartido; se ha eludido referirse a ella por medio del concepto de "entrega de una cantidad insignificante", por ser términos menos precisables[70].

Por lo que se refiere a las conductas de *tráfico* incluidas en el tipo básico del art. 19 de la ley, se parte de que, si el injusto merecedor de pena en el tráfico de drogas es el peligro creado para la salud de terceros, no debe olvidarse que casi todas las conductas de tráfico han de calificarse técnicamente como meros actos preparatorios, los cuales solo se castigan en derecho penal excepcionalmente. De ahí que se deban restringir las conductas típicas a aquellas que denotan claramente comportamientos de difusión. Eso supone dejar fuera del tipo los supuestos de adquisición y posesión de drogas, pues cuando tiendan a la difusión irán siempre seguidas de otras conductas de tráfico ya tipificadas[71]. También se despenaliza la promoción del consumo y la divulgación de lugares para la adquisición o consumo, en coherencia con la despenalización de este[72]. Se mantiene la punición específica de determinadas infracciones de las formalidades legales o reglamentarias en relación con las drogas que no están sometidas a un régimen de prohibición absoluta[73].

Por lo que se refiere a los *tipos agravados*, se pretende ante todo asegurarse de que no van a quedar incluidos en ellos los que trafican primordialmente para satisfacer sus necesidades de autoconsumo, como sin embargo sucede en la actualidad. Con ese fin todas las hipótesis agravadas quedan reducidas a una sola, consistente en traficar con móviles codiciosos, que se expresarían, más allá del ánimo de lucro,

[68] Véase Joset-Albrecht, *op. cit.*, págs. 1-3, 14-15.

Las citas que siguen del trabajo de estos autores aluden a las páginas donde fundamentan su postura. El texto concreto de la Propuesta, que deberá consultarse en todo momento, se encuentra en Joset-Albrecht, *op. cit.*, págs. 6-9.

[69] Joset-Albrecht, *op. cit.*, págs. 5, 11.

[70] Joset-Albrecht, *op. cit.*, págs. 11-12.

[71] Los autores consideran indicio decisivo de la finalidad de difusión la cantidad de droga que se esté manipulando.

[72] Joset-Albrecht, *op. cit.*, págs. 4, 9-10.

[73] Véanse al respecto los arts. 20 y 21 de la ley de drogas suiza, en Heine, "Landesbericht Schweiz", en *Betäubungsmittelstrafrecht in Westeuropa*, Hrg. Meyer, Freiburg i B., 1987, pág. 624.

en un ánimo desenfrenado y exagerado de enriquecimiento, y siempre que el autor no resulte impulsado a ello primordialmente por sus necesidades de autoconsumo.

Se rechaza, por tanto, la vigente agravación basada en la creación de un peligro para la salud de muchas personas a partir de la cantidad de droga implicada, pues su aplicación demuestra que se atiende simplemente a la cantidad de droga, sin concretar el potencial de peligro. También se rechaza la agravación por la pertenencia a bandas organizadas para realizar estos delitos, pues estamos ante delitos grupales que no expresan un mayor merecimiento de pena por realizarse mediante la colaboración de varias personas. Tampoco se acepta la agravación de profesionalidad, por su incidencia sobre el traficante consumidor, además de por exigir en la ley suiza requisitos adicionales poco claros, más correctamente resueltos con la agravante propuesta[74].

En todo caso se deja intacta la agravación, situada en otro lugar sistemático, del funcionario público con competencia en drogas que realice cualesquiera de los delitos de la ley de drogas[75].

Se propone introducir en el Código Penal una *atenuante* facultativa, al margen de las posibles situaciones de inimputabilidad y semiimputabilidad, para los drogodependientes que realicen una conducta delictiva[76].

En cuanto a las conductas de *tráfico de "cannabis"*, se considera que debería irse en principio a una total despenalización, dado que los productos obtenidos de tal sustancia tienen un riesgo relativamente insignificante para la salud, incluso si se relaciona con el de las drogas legales. Ello sería sin embargo poco realista en la actualidad, más si se piensa que su exclusión de la ley de drogas exigiría una ley específica para tales productos que se ocupara de su régimen de monopolio y control, similar a la existente para bebidas alcohólicas. De ahí que se proponga una solución transitoria consistente, por un lado, en la despenalización en todo caso del tráfico en pequeñas cantidades y, por otro, en la sustitución de la prohibición absoluta por un sistema intervenido semejante al de algunos estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En cumplimiento de lo primero se propone la despenalización del tráfico de *cannabis*, siempre que no exceda de los treinta gramos, sin diferenciar al respecto, y en aras de la seguridad jurídica, entre sus diversos derivados[77]. En realidad tal tráfico está, en la práctica, con frecuencia tolerado.

En cumplimiento de lo segundo se propone un régimen de tráfico intervenido del *cannabis*, similar al de la cocaína y la morfina, derogando la prohibición absoluta de él, establecida en estos momentos en el art. 8°.1.d) de la ley de drogas. Ello supondrá, al margen de lo dicho en párrafo anterior, que el tráfico solo será delictivo si se realiza sin autorización o violando las exigencias de control.

[74] JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 10-11.
[75] Véase art. 23 de la ley en HEINE, *op. cit.*, pág. 624.
[76] JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 2, 13.
[77] Las cantidades solo podrán sumarse si cabe apreciar continuidad delictiva.

En todo caso contendrá las siguientes peculiaridades: no estará sometido al régimen de intervención el cultivo de reducidas superficies para el propio consumo; podrá expenderse a los consumidores en establecimientos con licencia como estancos, centros de recreo o "coffee-shops", y no necesariamente en servicios farmacéuticos o por personas científicamente cualificadas; en ningún caso se suministrará a menores de 16 años; y estará prohibida la publicidad. Con ello se pretende eliminar el mercado negro, y se asegura un control apreciable de la sustancia por las entidades sanitarias, debiéndose prestar especial atención a que no se superen en la expendición los treinta gramos y a la pureza de la sustancia.

Se estima que un régimen como el esbozado protege mucho mejor la salud pública que la actual prohibición absoluta[78].

En cuanto a las *penas*, los autores de la propuesta rechazan la cuantía tan elevada de las actualmente vigentes que, además de desproporcionadas —con mayor razón si se tiene en cuenta el carácter de delitos de peligro abstracto de estas conductas—, no se justifican por su eficacia preventiva, general o especial, originando más daños que ventajas. Frente a la posible imposición actual de veinte años de prisión, la pena máxima no deberá superar los tres años en el tipo básico y los cinco en el agravado, en consonancia con el máximo que puede alcanzarse en los restantes delitos contra la salud pública incluidos en el Código Penal. La multa será pena alternativa a la de prisión, excepto en el tipo agravado, en el que podrá imponerse hasta el límite de un millón de francos suizos, conjuntamente con la privación de libertad[79].

Se amplía la posibilidad de *interrumpir el proceso penal* en relación con consumidores sometidos a tratamiento médico, a todos los drogodependientes procesados por tráfico de drogas, si bien deberán probar su disposición al tratamiento, al menos durante tres meses en un centro cerrado, no bastando con la tutela médica. Razones vinculadas al principio de legalidad aconsejan no ampliar el beneficio a toda la delincuencia relacionada con la droga[80].

La propuesta acabada de analizar constituye, desde la perspectiva española, una alternativa moderada: la impunidad del consumo y de los actos a él orientados sigue manteniéndose, por el momento, en nuestra legislación. Tras la reforma de 1988 ya no es indiscutible que lo siga siendo la entrega de droga para compartir su consumo, aunque puede defenderse tal interpretación.

En todo caso, resulta interesante el considerable efecto expansivo que los autores atribuyen a la despenalización del consumo, y que no se produce en España: no solo dejan fuera de la ley penal el supuesto de entrega para uso compartido de la droga, acabado de aludir, sino que se consideran obligados a despenalizar las conductas de promoción del consumo y de divulgación de lugares donde adquirir o consumir. Es más, la sorprendente exclusión del concepto de "tráfico" de la

[78] JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 5-6, 12-14.
[79] JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 4, 11, 13.
[80] JOSET-ALBRECHT, *op. cit.*, págs. 2, 12.

"adquisición" y "posesión" de droga obedece a la idea de que, despenalizado el consumo, hay que probar suficientemente la finalidad de traficar, lo que solo se puede lograr si se realizan conductas adicionales en esa línea.

El segundo rasgo por destacar es la sustracción del tráfico de *cannabis* a la prohibición absoluta, que lleva a que resten como conductas delictivas exclusivamente las violaciones del régimen de legalización controlada establecido; el contenido de tal régimen específico solo queda apuntado de forma rudimentaria, sin estar claro si se apoya en un régimen de monopolio o de comercio controlado. En cualquier caso se opta porque la expendición de estos productos se pueda realizar al margen de las estructuras sanitarias y farmacéuticas, por limitaciones en la cantidad susceptible de despacharse, por su inaccesibilidad a menores de 16 años y por la prohibición de propaganda. Un elemento hasta cierto punto sorprendente es la impunidad del tráfico a pequeña escala, incluso si se violan los preceptos propios del régimen de legalización controlada.

En cuanto a las conductas de tráfico punibles, merece destacarse el acertado rechazo a la proliferación de circunstancias agravantes. No obstante, no parece demasiado justificada la supresión de toda agravación vinculada a la delincuencia organizada, y parece poco precisa, además de moralizadora, la agravante vinculada a quienes pretenden enriquecerse por medio de este tráfico.

Sí es de alabar la pretensión de mantener al que trafica para asegurar sus necesidades de consumo lo menos afectado posible por la intervención penal. Ello ha llevado a los autores, en una modificación de su propuesta original, a abogar incluso por la despenalización del *pequeño tráfico con cualesquiera drogas* siempre que se haga para asegurar las necesidades de autoconsumo[81].

No se intenta formular una regulación específica de las conductas de receptación de estos delitos.

Es correcta la vinculación de la cuantía de la pena de prisión a la de los demás delitos contra la salud pública.

La limitación de los sustitutivos penales a los drogodependientes procesados por delitos de drogas y la exigencia de tratamiento en régimen cerrado restringen en demasía unas posibilidades, amplias por otra parte, en cuanto no hay limitaciones en función de la duración de la pena.

5. Otro desarrollo de la alternativa de despenalización controlada: la propuesta de ley del Partido Radical italiano

Los diputados radicales italianos presentaron el 15 de diciembre de 1988 en la Cámara de Diputados italiana una elaborada propuesta de ley[82] que, con la finalidad expresa de expulsar a las organizaciones criminales del tráfico de drogas, pretendía una regulación legal de todas las sustancias psicoactivas[83].

La propuesta parte del fracaso de la actual política prohibicionista que, además de no conseguir su propósito, ha dado lugar a efectos indeseables muy graves, como el aumento de consumidores de heroína y cocaína, el crecimiento de las muertes por abuso de drogas, el defectuoso control de la extensión del SIDA, el aumento de la violencia y la ilegalidad para financiarse el consumo, y el desarrollo de un imperio del crimen organizado capaz de corromper individuos y Estados. Sus autores consideran que debe irse a una legalización progresiva de la fabricación y distribución de estas sustancias en un marco internacional. El documento por ellos presentado se limita a proponer un nuevo modelo de represión del mercado ilegal de sustancias psicoactivas, sin ocuparse de los aspectos asistenciales o de los problemas estructurales de naturaleza social o sanitaria, para evitar contaminaciones éticas en el tratamiento de los diversos temas; con todo, se comprometen a atender esos otros aspectos en otra propuesta de ley[84].

La propuesta, que opta por la elaboración de una ley especial que abarque tanto los aspectos administrativos como los penales, procede en primer lugar a identificar el *objeto material* de ella. Al respeto, se sustituyen los términos "estupefacientes" y "psicótropos" por el de "sustancias psicoativas", que se estima más riguroso científicamente y que les va a permitir una coherente enumeración de las sustancias abarcadas. En efecto, se establece que todos los preparados que contengan esas sustancias deberán agruparse por las autoridades administrativas correspondientes en nueve listas enumeradas en orden decreciente de riesgo y peligrosidad de la sustancia, de la forma siguiente:

Lista I, sustancias de tipo anfetamínico; lista II, derivados triptamínicos, lisérgicos y feniletilamínicos con efectos alucinógenos o de distorsión sensorial; lista III, opiáceos y todos sus derivados, así como aquellas otras sustancias que produzcan dependencia física o psíquica igual o superior; lista IV, la hoja de coca y todos sus derivados; lista V, el tetrahidrocannabinol y sus análogos; lista VI, anxiolíticos o sedantes productores de dependencia física o psíquica; lista VII, bebidas con graduación alcohólica superior a 20°; lista VIII, tabaco y sus derivados; lista IX, *cannabis* y sus derivados, excepto los indicados en lista V[85].

---

[81] La modificación, en un texto mecanografiado y fechada el 7.8.90, se acompaña por los autores a la separata de su artículo. Ya en la publicación, en 1986, de su propuesta, tenían serias dudas sobre la conveniencia de penar al pequeño traficante, véase a Joset-Albrecht, *op. cit.*, págs, 4-5.

[82] Véase *Proposta di legge d'iniziativa dei deputati Teodori Stanzani...*, Camera dei Deputati. N. 3461. Atti parlamentari. X Legislatura. Disegni di legge e relazioni. Documenti, págs. 1-22.

La propuesta pretende ser una alternativa a la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 22 de diciembre de 1975, hecha antes de que experimentara la profunda reforma de 26 de junio de 1990, reforma con una orientación radicalmente contraria a la defendida en la propuesta de ley que pasamos a estudiar. Véase la ley, antes de la citada reforma, en Conso, *Manuale per le udienze penali*, Milano, Giuffrè Editore, 1985, y la ley de reforma en *Gazzetta Ufficiale de 26 de junio de 1990, Suplemento Ordinario*.

[83] Véase art. 1° de la propuesta.

[84] Véanse todos estos argumentos en la exposición de motivos de la propuesta, en *op. cit.*, págs. 1-3.

[85] Véase propuesta, *op. cit.*, págs. 2, 7-9.

En cuanto a la *regulación administrativa* del tráfico de todas estas sustancias, se proponen tres regímenes diversos:

1. Sustancias anteriores, excepto opiáceos, hoja de coca, bebidas alcohólicas, tabaco y *cannabis*[86]: un comité interministerial determinará anualmente la cantidad de esas sustancias que puede ser fabricada y vendida; se concederán autorizaciones anuales para su fabricación, con determinados requisitos, y sin que la autorización alcance a su venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas y sustancias necesarias para la fabricación, así como sobre todo el proceso de elaboración; los laboratorios farmacéuticos que empleen tales sustancias precisarán de autorización para obtenerlas, autorización que no abarcará la venta de los preparados obtenidos; se precisará igualmente autorización específica para el comercio al por mayor con esas sustancias.

Su distribución solo podrá realizarse en farmacias, con receta y previa identificación personal, debiéndose anotar en la receta los datos identificativos que permitan evitar duplicaciones y abusos; los médicos podrán recetar hasta tres dosis diarias de tales sustancias, informando al requirente sobre su carácter, efectos y riesgos, y debiendo anotar identidad y dosis, así como teniendo derecho a obtener del requirente una declaración exoneradora de responsabilidad.

2. Opiáceos, hoja de coca y derivados: todas sus fases de tráfico quedan sometidas a régimen de monopolio, quedando prohibido el tráfico de sucedáneos de tales sustancias; su fabricación queda reservada al servicio farmacéutico militar según un programa aprobado anualmente por un comité interministerial, que también determinará la cantidad que se puede poner en venta; se mantendrá un estricto control sobre las materias primas, sustancias necesarias para la fabricación, así como sobre todo el proceso de elaboración; rigen los mismos preceptos que para las sustancias anteriores respecto a autorizaciones a laboratorios farmacéuticos que precisen tales sustancias, así como respecto al comercio al por mayor, a su distribución en farmacias y a su prescripción por los médicos.

El comité interministerial fijará anualmente los precios mínimos de estas sustancias, de modo que la dosis diaria de opiáceos cueste al menos diez veces y la dosis diaria de coca al menos veinte veces lo que cuesta un decilitro de aguardiente, aplicándose en todo caso el IVA; los consumidores habituales y dependientes de estas sustancias, previa comprobación de su condición por un médico autorizado, podrán disponer de una cartilla de aprovisionamiento, válida al menos durante noventa días y renovable, con la que podrán acudir diariamente a la farmacia para obtener la dosis diaria indicada.

3. Bebidas alcohólicas, tabaco y *cannabis*: sometidas al mismo régimen de autorizaciones anuales para la fabricación que las sustancias del grupo 1, aunque

[86] Se prefiere aludir directamente a las sustancias, en lugar de a las listas en que se encuentran, para hacer más ilustrativa la exposición, pero en todo caso el lector debe acudir a ellas para precisar los conceptos, y aún mejor al texto de la propuesta legal, pues también nosotros hemos simplificado la enumeración de los contenidos de cada lista.

sin límites en cuanto a la cantidad susceptible de fabricarse o ponerse en venta; también sometidas al mismo régimen de control en cuanto a materias primas, sustancias necesarias para la fabricación y todo el proceso de elaboración, y en cuanto al comercio al por mayor; un comité interministerial fijará anualmente los precios máximos del *cannabis* y sus derivados, de modo que no pueda ser superior al del tabaco elaborado en la tabla A del decreto 2 de agosto de 1988, aplicándose en todo caso el IVA[87].

Se prohíbe la publicidad de todas las sustancias psicoactivas, debiendo incorporar todos sus preparados, de modo inequívoco y evidente, indicaciones sobre los efectos que producen y los riesgos consiguientes.

Los datos de identificación obtenidos al expender sustancias psicoactivas con receta o con cartillas de aprovisionamiento serán confidenciales, no pudiendo suministrarse a particulares ni a la administración pública. Los datos estrictamente referidos a la distribución de sustancias, sin referencia a la identidad de las personas, podrán ser recopilados con fines estadísticos por el Ministerio de Sanidad[88].

En cuanto a la *regulación penal*, se sigue muy de cerca la vigente en los momentos en los que se formula la propuesta[89], en primer lugar, por lo que respecta a los *tipos básicos*. Así, se pena la realización de cualquier actividad de tráfico sin autorización o superando esta, con referencia a todas las sustancias psicoactivas con la excepción de anxiolíticos o sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco o *cannabis*, lo que supone una novedad respecto a la exclusión de los sedantes y el *cannabis*.

Naturalmente, se elude toda punición del *consumo*.

Se crea un *tipo privilegiado* que sustituye, tanto a los formulados en función de las sustancias implicadas, como al que castigaba el tráfico con cantidades módicas, refiriéndose ahora a si determinadas conductas de tráfico ilícito se realizan con una cantidad, de las sustancias acabadas de aludir, inferior a tres dosis diarias.

Se mantiene la totalidad de las *agravaciones* entonces existentes añadiéndose una, aún más intensa, si las sustancias se han mezclado o disuelto de forma dañosa o peligrosa.

Se mantienen igualmente la serie de *tipos específicos* alusivos a conductas de inducción y favorecimiento, así como —a salvo de su castigo por delito más grave— la infracción de la prohibición de publicidad de todas las sustancias psicoactivas.

No obstante se elimina el tipo específico relativo a la asociación para delinquir.

[87] Se ha intentado realizar una exposición sistemática de la regulación, un tanto compleja, que se encuentra contenida en los arts. 5° a 18 de la propuesta de ley. Véase propuesta de ley, *op. cit.*, págs. 2-3, 9-18.

[88] Véanse arts. 14 a 16 y 18 de la propuesta en *op. cit.*, págs. 3, 16, 18.

[89] Se utiliza como punto de referencia la regulación penal existente al formular la propuesta, por ser la situación legal a la que esta pretendía ofrecer una alternativa. No debe olvidarse, con todo, que entre las profundas modificaciones experimentadas en la reforma de 26 de junio de 1990 destacan especialmente las de contenido penal, con un enfoque claramente expansivo de la vía represiva, mereciendo resaltarse, entre otros muchos aspectos, la punición en último término del consumo. Véanse arts. 70 y ss. de la ley de estupefacientes y sustancias psicotrópicas tras reforma de 1990, en *op. cit.*

Se crea un nuevo delito que castiga la provocación de crisis de abstinencia a efectos diagnósticos para obtener la cartilla de aprovisionamiento.

En cuanto a las *penas*, se mantiene para los tipos básicos un límite mínimo de cuatro años de prisión, así como la posibilidad de llegar hasta los 18 años, y las de multa se reducen, pudiendo llegar hasta 100 millones de liras. El tipo privilegiado supone pena de prisión hasta 3 años y multas hasta de 20 millones de liras. Los efectos de las agravaciones sobre los tipos básicos pueden dar lugar, como hasta entonces, a penas extremadamente elevadas, lo que se acentúa notablemente con la nueva agravación.

En las *penas accesorias* no hay variaciones significativas.

Frente a la anterior referencia al derecho a un tratamiento de detenidos y presos drogodependientes, se reconoce el derecho de *preventivos y penados* al régimen de cartilla de aprovisionamiento o de dispensación por médico[90].

La propuesta radical italiana tiene muchos méritos: se puede considerar, ante todo, como el primer intento de desarrollo integral de la alternativa de legalización controlada. Las discrepancias que podamos mostrar con ella deben entenderse como una mera disparidad de opiniones dentro de una profunda coincidencia en sus ideas inspiradoras.

En cuanto al objeto material es digno de alabanza la introducción del término "sustancia psicoactiva" y, sobre todo, la apertura del concepto a todas las sustancias que realmente merecen tal calificativo, con independencia de su aceptación social, así como la ilustrativa graduación de todas ellas en función del riesgo de su abuso para la salud.

Descendiendo a su regulación administrativa, es de apoyar igualmente la minuciosa introducción de un régimen, cuando menos, de comercio controlado para las sustancias psicoactivas, así como su atenuación, e incluso la exclusión de él en el momento de la expedición de la sustancia, respecto al *cannabis*, que se equipara al alcohol y al tabaco. También acierta en lo relativo a la prohibición de propaganda y a la exigencia de publicidad negativa, o en relación con la confidencialidad de los datos de identificación personal obtenidos en determinados momentos.

Sin embargo discrepo, en primer lugar, de la decisión de crear una norma específica para el tratamiento legal de las sustancias psicoactivas sin haber agotado antes las posibilidades que pudiera ofrecer la regulación genérica sobre medicamentos. Si fuera posible insertar en ella estas sustancias se obtendrían probablemente resultados de control similares a los propuestos en la ley específica, con la ventaja de reintegrarlas al lugar de donde nunca han debido salir, privándoles de esa peculiaridad que facilita su demonización por la sociedad, además de que se posibilita una correcta definición de lo que debe entenderse por medicamento. Quizás ello

[90] Véanse arts. 14, 18, 19 a 25 de la propuesta de la ley, *op. cit.*, págs. 3, 16, 18-21, así como arts. 71 y ss. de la ley italiana de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en su formulación anterior a 1990, *op. cit.*

exigiera renunciar a tratar conjuntamente con ellas el alcohol y el tabaco, pero valdría la pena.

Tampoco comparto la introducción de un régimen de monopolio respecto a opiáceos, hoja de coca, y derivados: es dudoso que la severidad y falta de flexibilidad de tal régimen, unido a las limitaciones en la expedición de esas sustancias, supongan un golpe decisivo al tráfico ilícito; por lo demás, no parece que haya razones vinculadas a la mayor peligrosidad de estas sustancias, a juzgar por la propia jerarquización de estas por los autores de la propuesta, para excluirlas del régimen de comercio controlado aplicable a la mayoría.

Noto igualmente una excesiva medicalización del problema, tanto por la exigencia de receta y la consecuente intervención del médico, como por la necesidad de cartillas de aprovisionamiento. Se ha de asumir que un adulto debidamente informado ha de poder obtener sustancias susceptibles de causar un bienestar corporal o mental sin necesidad de que medie el consentimiento de un médico. Por otra parte, la cartilla de aprovisionamiento supone una inequívoca estigmatización de su beneficiario y no es seguro que tenga mucho éxito; los efectos de control médico pretendidos no serán superiores a los obtenidos a través de las ofertas de tratamiento voluntario, a no ser que la cartilla suponga la obtención gratis de droga, algo que no aclara la propuesta.

En sentido contrario, me parece un poco precipitado el establecer desde un principio una absoluta libertad de expendición al por menor del *cannabis*, en situación semejante al tabaco o a las bebidas alcohólicas. Aunque sin duda debe caminarse en esa dirección, es aconsejable un acercamiento mutuo, es decir, también el tabaco y las bebidas alcohólicas deben estar sometidos a un régimen de expendición más controlado del que tienen ahora en la práctica, al menos en España.

La regulación penal propuesta debe interpretarse teniendo en cuenta el régimen de comercio controlado o monopolio introducidos, de modo que, aun manteniéndose una dicción legal similar a la actual, las conductas básicas abarcadas serán bastante menos. Sorprende, sin embargo, que se haya mantenido la ausencia de referencias a la *gravedad* de la infracción al régimen administrativo en cuestión, exigencia típica vinculada al principio de intervención mínima en derecho penal, y coherente con la nueva orientación político-criminal.

En lugar de ello, los autores de la propuesta han avanzado en la restricción de los tipos penales por otra vía, a saber, la de excluir, de entre las sustancias objeto material de las conductas delictivas, aquellas consideradas menos peligrosas, como anxiolíticos, sedantes, bebidas alcohólicas, tabaco y *cannabis*[91]. Esta decisión resulta acertada.

Por otra parte, se sigue echando en falta, al igual que en la regulación administrativa, una más estrecha vinculación, en este caso en cuanto a descripción de con-

[91] Los anxiolíticos, el alcohol y el tabaco tampoco estaban incluidos en la regulación entonces vigente. Ibídem.

ductas y cualidad y cantidad de las penas, a los delitos referentes a medicamentos o incluso a sustancias alimenticias[92].

Asimismo se ha desaprovechado la propuesta para perfeccionar técnicamente la regulación italiana; de modo especial la pluralidad innecesaria de tipos básicos, la descripción demasiado prolija y redundante de las conductas en ellos incluidas, y la variada y confusa formulación de supuestos específicos de inducción y favorecimiento, no siempre claramente delimitables entre sí.

Tampoco se ha querido depurar la técnica empleada en el establecimiento de las circunstancias de agravación, apreciándose en especial que se repiten innecesariamente las agravaciones referidas a menores o a hipótesis de prevalimiento, con formulaciones parcialmente coincidentes. El número de agravantes, por lo demás, parece excesivo, de modo particular respecto a los tipos básicos, y algunas de ellas, como la cantidad ingente de droga, son muy problemáticas[93].

Uno de los aspectos más sorprendentes es la elevada penalidad prevista, que ya se da en los tipos básicos, y que llega a cotas desmesuradas en algunas hipótesis agravadas. En este punto la propuesta vuelve a vincularse en demasía a la regulación italiana entonces vigente, rebajando únicamente las penas de multa, con alguna excepción. Ello es, a mi juicio, incoherente con la aproximación que se debe dar entre las penas de estos delitos y los restantes contra la salud pública[94].

La propuesta se mantiene reacia a la introducción de los nuevos instrumentos punitivos en este ámbito, como la receptación, en especial de las ganancias, y la ampliación, también a estas, de la pena de comiso.

La ausencia de sustitutivos penales no parece justificarse en el anuncio de una nueva propuesta de ley para atender, entre otras cosas, los aspectos asistenciales, pues los temas estrictamente penales debieran tratarse aquí.

6. Otro desarrollo de la alternativa de despenalización controlada: una propuesta española

Los firmantes del Manifiesto de Málaga aprobaron recientemente un extenso documento donde exponen detenidamente su alternativa a la actual situación exasperadora de la represión, en línea con los rasgos básicos contenidos en el citado Manifiesto. Como el texto viene fundamentado en todas sus propuestas, y dada mi absoluta coincidencia con él, me voy a limitar a transcribirlo, no sin antes destacar brevemente algunas ideas.

Ante todo, ya no se puede seguir diciendo que las propuestas de legalización controlada no son más que buenas intenciones, incapaces de concretarse en algo aplicable a la actual realidad social. Aquí hay un texto cuyo contenido merece consideración, y que ha recogido numerosos apoyos profesionalmente cualificados[95].

[92] Véanse arts. 439 a 448 y 452 del Código Penal italiano en Conso, *op. cit.*

[93] Véase respecto a la agravante similar española de "notoria importancia", Díez Ripollés, *Los delitos...*, ed. cit., págs. 82-84.

[94] Sin ninguna duda la reforma de la ley italiana que ha tenido lugar en 1990 se aleja aún más que el texto legal previo a la reforma de todas las demandas aquí mencionadas. Véanse en especial arts. 70 y ss. *op. cit.*

En segundo lugar, el texto de que hablo decide normalizar el trato con las drogas, de lo que es buena muestra su decisión de integrar su régimen, con las mínimas salvedades necesarias, en general propio de los medicamentos.

En tercer lugar, descarta el régimen de monopolio defendido por algunas propuestas despenalizadoras, optando por el de comercio controlado.

En cuarto lugar, opta por inculcar en el ciudadano adulto pautas para el uso responsable de sustancias susceptibles de causar bienestar corporal o mental, más allá de sus posibles indicaciones estrictamente terapéuticas. Ello permite partir de un modelo no medicalizado de consumo de tales sustancias.

En quinto lugar, la regulación penal propuesta, no solo pretende acomodar al modelo anterior la reacción punitiva, sino que además pretende corregir los defectos —fundamentalmente vinculados a la falta de respeto a determinados principios constitucionales y penales, y a una defectuosa técnica jurídica—, de los actuales tipos penales.

Los abajo firmantes, redactores o posteriormente adheridos al Manifiesto por una nueva política sobre la droga aprobado en Málaga el 2 de diciembre de 1989, de acuerdo con el compromiso allí establecido y siguiendo las pautas marcadas en el citado Manifiesto y en la reunión de trabajo mantenida en Barcelona el 12 de mayo de 1990, aprueban la siguiente:

PROPUESTA ALTERNATIVA A LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL SOBRE DROGAS

Propuesta de reforma de la legislación administrativa

Fundamentación

La reciente promulgación de la ley 25 de 1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE de 22 de diciembre) ha facilitado extraordinariamente la pretensión de aplicar a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas el sistema de control administrativo propio de los medicamentos, en especial por tres razones:

a) La consideración inequívoca de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como medicamentos en la propia ley, como se deduce explícitamente de los arts. 1.1, 31.2, 41 y 91.2.b), y lo que es más importante, conceptualmente del art. 8.1, entre otros preceptos. b) El afán del legislador por elaborar una norma exhaustiva, abarcadora de todo el proceso, desde la fabricación hasta la dispensación, e incluso su uso, respecto a estas sustancias y productos. c) La generalizada necesidad de adaptación a esta norma de prácticamente toda la legislación específica sobre estupe-

[95] La Propuesta Alternativa la han suscrito como signatarios originales 24 catedráticos de derecho penal, 14 profesores titulares de derecho penal, y 30 magistrados, jueces y fiscales.

facientes y sustancias psicotrópicas, dada su vigencia también para ellos (art. 41), lo que, unido a lo anterior, elimina considerablemente el riesgo de crear lagunas jurídicas a través de una solicitud de derogación de la legislación específica actualmente vigente.

Todo ello permite hacer una propuesta de reforma de la legislación administrativa bastante simple, que prácticamente queda agotada en sus rasgos esenciales con 20 modificaciones textuales en una norma que posee 119 artículos, siete disposiciones adicionales y siete transitorias, todos ellos bastante prolijos.

Todas las modificaciones propuestas a la ley se explican en función de 9 ideas:

1. Supresión de toda referencia a la persistencia de una legislación específica sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas (modificaciones 1, 7, 11, 13, 15 y 20).

2. Ampliación del ámbito de actuación de los medicamentos, más allá de la indicación terapeútica o análogas, a la extraterapeútica consistente en la obtención de un determinado bienestar corporal o mental, por lo demás ya recogida esencialmente en el propio concepto de medicamento de la ley (modificaciones 3, 4, 5).

3. Eliminación de alguna referencia, demasiado estricta incluso para medicamentos en general, a los riesgos que pueden asumirse (modificación 6).

4. Desarrollo de un sistema controlado de dispensión sin receta, distinguiendo entre el *cannabis* y sus derivados, y los restantes estupefacientes y psicótropos) modificaciones 2, 8, 12 y 16).

5. Exclusión de la publicidad de estas sustancias y productos (modificación 9).

6. Confidencialidad de los datos personales legalmente obtenidos de los usuarios de estas sustancias y productos (modificaciones 10 y 19).

7. Especial atención al desarrollo de programas y actuaciones específicos de cara a la formación de profesionales e información, educación, prevención y deshabituación de los usuarios y público en general (modificaciones 14 y 18).

8. Establecimiento de un sistema de precios moderadamente desincentivadores y exentos en todo caso de ayuda o financiación públicas (modificaciones 17 y 18).

9. Garantizar a los drogodependientes el consumo de la sustancia bajo especial atención médica y propiciar su deshabituación a medio plazo (modificación 8).

Por otra parte se estima conveniente promover una equiparación entre el régimen vigente para algunas drogas ampliamente utilizadas y oficialmente aceptadas y el de estupefacientes y psicótropos por lo que se refiere al consumo. La equiparación se extiende, en un primer momento, a la dispensación del *cannabis* para más adelante ampliarse a todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico de esta sustancia y sus derivados.

Todo ello se acompaña de la eliminación del régimen específico actualmente vigente para estupefacientes y psicótropos.

Texto

1. Derogación del actual régimen específico para estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido, entre otras disposiciones de menor entidad, en la ley 17/67 de 8 de abril para estupefacientes, y R. D. 2829 de 1977 de 6 de octubre y O. M. de 14 de enero de 1981 para las sustancias psicotrópicas.

2. Aplicación a los estupefacientes y psicótropos del régimen general establecido para los medicamentos legalmente reconocidos en la ley 25 de 1990 de 20 de diciembre, y en la legislación anterior no derogada por esta.

3. Adición, supresión o reforma de determinados preceptos de la ley acabada de aludir en los siguientes términos:

1) El art. 1.1 *in fine* queda redactado como sigue: "...así como la ordenación de su uso racional. La regulación también se extiende a las sustancias, excipientes y materiales utilizados para su fabricación, preparación o envasado".

2) El art. 3.5 se iniciará del modo siguiente: "La custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano corresponderá, a salvo de lo previsto en el art. 42.1 párrafo segundo de esta ley:...".

3) Se añade un nuevo art. 8 bis en los siguientes términos: *Art. 8 bis. Equiparación.*—En esta ley toda referencia a efectos terapéuticos se entenderá que abarca también los extraterapéuticos ligados a la obtención de un determinado bienestar corporal o mental".

4) Redacción del último inciso de los pp. 1 y 2 del art. 12, sobre garantías de seguridad, no toxicidad y tolerancia, del modo siguiente: "...que permitan garantizar su seguridad en condiciones normales de uso y que estarán en relación, en su caso, con la duración prevista del tratamiento", y "en condiciones normales de uso y en función, en su caso, de la duración del tratamiento", respectivamente.

5) Redacción de la última parte del art. 19.4 del modo siguiente: "...con el fin de promover su más correcto uso y, en su caso, la observacia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación".

6) Redacción del art. 26 apartado i) del modo siguiente: "i) Cuando por cualquier otra causa suponga un riesgo inaceptable para la salud o seguridad de las personas o animales".

7) El art. 31.2 queda redactado así: "El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá requisitos especiales para la prescripción y dispensación de los medicamentos que por su naturaleza lo requieran o para tratamientos peculiares".

8) Se añade un art. 31.4 bis en los siguientes términos: "En todo caso, los medicamentos estupefacientes o psicótropos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico podrán ser dispensados sin receta en dosis única, previa identificación personal y siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida.

"Asimismo, a través de la pertinente reglamentación sanitaria, se asegurará a toda persona previamente diagnosticada como dependiente de las sustancias anteriores, y que así lo desee, la posibilidad de realizar el consumo de la sustancia bajo suministro y atención médicas, sin que ello deba condicionarse a la aceptación de un tratamiento de deshabituación".

9) Se añade al art. 31.5 un nuevo apartado en los términos siguientes: "g) No se traten de medicamentos estupefacientes o psicótropos. Las unidades de venta

al público de estos medicamentos en su utilización con fines de bienestar extraterapéutico deberán llevar en lugar visible y destacado información fácilmente comprensible y reglamentariamente regulada sobre los riesgos que implica el abuso del citado estupefaciente o sicótropo".

10) Se añade al art. 32 un segundo párrafo en los siguientes términos: "Asimismo la información pesonal obtenida al amparo del art. 31.4 bis será confidencial, pudiendo el Ministerio de Sanidad y Consumo recabar tales datos exclusivamente con fines estadísticos".

11) Supresión de la Sección tercera del Capítulo cuarto (art. 41), en cuanto califica a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas como "medicamentos especiales", y los sujeta a una legislación especial.

12) Al art. 42.1 se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos: "No obstante, la planta de *cannabis* y sus mezclas y preparados, en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico, podrán ser dispensados fuera de las oficinas y servicios de farmacia en lugares de venta especialmente autorizados para ello, siempre que los adquirentes sean mayores de edad y no padezcan una disminución psíquica aparente o conocida".

13) El art. 80.e) queda suprimido.

14) Se añade un apartado 5 bis al art. 84 en los siguientes términos: "se prestará especial atención al desarrollo de actuaciones y programas específicos referidos a los medicamentos estupefacientes y psicótropos utilizados socialmente con fines de bienestar extraterapéutico".

15) El art. 91.2.b) queda redactado *in fine* del modo siguiente: "...y velar por el cumplimiento de la legislación sobre cualquier medicamento que requiera un control especial".

16) Se añade un último inciso al art. 93.2 en los siguientes términos: "de la ley general de Sanidad, a salvo de lo expresado en el segundo párrafo del art. 42.1 de esta ley".

17) El último inciso del art. 94.2 queda redactado del modo siguiente: "Se considerarán, en todo caso, excluidos por este concepto los medicamentos estupefacientes o psicótropos en su utilización social con fines de bienestar extraterapéutico a salvo lo expresado en el art. 31.4 bis p.2, los productos de utilización cosmética...".

18) Se añade al art. 100.3 un segundo párrafo en los términos siguientes: "En los medicamentos estupefacientes y psicótropos utilizados socialmente para obtener un bienestar extraterapéutico podrá establecerse un precio de venta al público superior, hasta un 50%, al resultante de los agregados anteriores. El citado incremento será destinado íntegramente a atender las actuaciones y programas específicos de educación sanitaria, prevención y deshabituación relativos a esos medicamentos y avalados por las Administraciones públicas".

19) Al art. 108.2.b). 18° se le añade un último inciso en los siguientes términos: "...de las recetas y órdenes médicas, o de los usuarios en los casos así establecidos".

20) Se suprime la Disposición adicional Primera 1. en su apartado a).

4. El régimen de dispensación de *cannabis* y sus derivados aludido en el art. reformado 42.1 párrafo segundo de la ley 25/1990, así como el de consumo de todo tipo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas con finalidad extraterapéutica se establecerá de modo análogo al actualmente vigente para el tabaco y/o alcohol.

Se tenderá a equiparar progresivamente al régimen propio de estas últimas sustancias todo el proceso de cultivo, elaboración y tráfico del *cannabis* y sus derivados.

Propuesta de reforma del Código Penal

Art. 344

Queda redactado como sigue:

"El que ejecute actos de tráfico de estupefacientes o sustancias psicotrópicas susceptibles de causar graves daños a la salud sin estar debidamente autorizado o infringiendo de modo grave las formalidades legales, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del duplo al quíntuplo de la ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, sin que pueda bajar de 500.000 ptas.

"El que, sin realizar las conductas anteriores, ejecute cualesquiera actos de promoción del consumo de tales productos o sustancias con fines mercantiles de creación o ampliación de mercado será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 200.000 a 500.000 ptas.

"Sin perjuicio en su caso de lo previsto en los arts. 8 y 9 de este Código, el que realizare cualesquiera de las actividades descritas en los párrafos anteriores con la finalidad exclusiva o primordial de subvenir a las necesidades derivadas de su drogodepenencia será castigado con la pena de arresto mayor".

Fundamentación

Este precepto constituye, junto con el próximo, el núcleo de la propuesta, y supone acomodar el injusto penal a un sistema de legalización controlada como el expuesto en las páginas anteriores.

En su conjunto supone otorgar un trato más duro a las infracciones de tal sistema cuando se trate de medicamentos estupefacientes y psicótropos que del resto de medicamentos. Aunque la propuesta podría entrar en vigor sin modificarse los artículos actualmente vigentes referentes a estos últimos, sería de desear que al menos los arts. 343, 343 bis y 344 ter también se adaptaran a la reciente ley del Medicamento.

El objeto material se limita a las drogas denominadas duras, aceptando la división que viene haciendo la jurisprudencia. Se elimina la referencia a "drogas tóxicas" por innecesaria. Se relativiza la referencia a la nocividad de estas sustancias.

Las conductas típicas abarcadas en el primer párrafo son exclusivamente las de tráfico. Se ha eliminado, por considerarse innecesaria, la referencia a comportamientos de cultivo, elaboración o posesión: Todos ellos, en la medida en que estén integrados en las diferentes fases de la actividad mercantil, resultan incluídos en el concepto de tráfico.

La referencia a la autorización y a las formalidades legales es expresión directa de la aceptación del sistema de legalización controlada. La restricción a infracciones

graves, así como la no alusión a la infracción de formalidades reglamentarias, responde al principio de intervención mínima.

Se rebaja la pena de prisión en consonancia con el nuevo carácter de estos delitos.

La referencia al quíntuplo así como al límite mínimo en la pena de multa resulta coherente con el proceder sancionador administrativo de la ley 25/90. La referencia a las ganancias se hace compatible con el principio de seguridad jurídica y proporcionalidad, a diferencia de lo que ocurre en el actual art. 344 bis d).

El segundo párrafo atiende a supuestos de donación, invitación al consumo..., siempre con fines mercantiles, y en el caso de que no resulten incluidos en el párrafo anterior.

El tercer párrafo se hace eco de las demandas de la doctrina sobre un trato privilegiado al que trafica con fines de asegurarse su autoconsumo. Se elude además la imposición de arresto sustitutorio al no preverse pena de multa.

Art. 344 bis a)

Queda redactado como sigue:

"Sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivar por las conductas expresadas en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión menor el que facilite estupefacientes o sustancias psicotrópicas a menores de 18 años, o a disminuidos psíquicos permanentes o transitorios abusando de la situación de estos".

Fundamentación

Atiende al segundo núcleo de las conductas a considerar. Se parte de una situación de posible concurso de delitos con el precepto anterior.

Se opta por una mayoría de edad elevada (la civil y no la penal). En los casos de disminuidos se exige un abuso efectivo.

Se renuncia a la pena de multa dada la posibilidad de aplicar, si concurren sus elementos, el tipo anterior donde ya se prevé, además de no exigirse en este tipo una finalidad mercantil que pudiera reforzar tal opción.

Art. 344 bis b)

Queda redactado como sigue:

"Se impondrá en su grado máximo la pena de cualquiera de los delitos anteriores o, en su caso, la de aquel más gravemente penado:

"1. Si el culpable pertenece a una organización, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad exclusiva o parcial la realización de cualesquiera de las actividades delictivas expresadas en los preceptos anteriores.

"2. Si se omiten o alteran las exigencias prescritas reglamentariamente de composición, calidad o información de los citados productos o sustancias, o se realizan cualesquiera otras conductas de las descritas en los artículos anteriores con conocimiento de las citadas omisiones o alteraciones, incrementándose el posible daño a la salud de los consumidores.

"La concurrencia de ambas circunstancias de agravación, o el desempeño de funciones de responsabilidad al menos de nivel intermedio dentro de una organización de las aludidas en el número 1 de este artículo, determinará la imposición de la pena superior en grado.

"En relación con cualquiera de las conductas incluidas en los tres artículos anteriores la autoridad judicial podrá decretar además, en su caso, alguna de las medidas siguientes:

"a) Disolución de la organización y/o clausura definitiva del establecimiento, instalación o servicio empleado para la comisión del delito.

"b) Suspensión de las actividades de la organización y/o clausura del establecimiento, instalación o servicio por tiempo de seis meses a cinco años".

Fundamentación

Dada la posible relación concursal entre el 344 y el 344 bis a) se quiere limitar la agravación a solo uno de ellos si se dan ambos.

La agravación primera reproduce el actual 344 bis a) 6° con algunas mejoras técnicas. La consideración de las conductas de las organizaciones de narcotraficantes como criminalidad a tratar inespecíficamente entre los delitos socioeconómicos no debe impedir introducir una agravación aquí, dada la mayor facilidad de ejecución que implica.

La segunda agravante se basa en el actual 344 bis a) 5° pero, creemos, considerablemente mejorado: Se habla de "omitir o alterar", a semejanza del 346, eludiendo las confusas, incompletas e incongruentes expresiones de "adulterar, manipular y mezclar"; se alude no solo a "composición" y "calidad", sino también a defectos de "información", todo ello en relación a las exigencias del sistema de legalización controlada; para evitar problemas de imputación subjetiva de responsabilidad se alude, por un lado, a los que omiten o alteran, y por otro, a los que utilizan tales productos o sustancias conociendo tal omisión o alteración. Se mantiene la exigencia de creación de un peligro mayor para la salud, en el sentido de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño.

Se admite una agravación de segundo grado aunque con considerables exigencias. En ella se abstrae más que en la actualidad, y se matiza, la referencia a las personas responsables de las organizaciones.

Se amplía la posibilidad de imponer medidas de seguridad, en coherencia con la legislación administrativa y con la nueva naturaleza de estos delitos.

Se eliminan las restantes agravaciones actualmente vigentes.

Arts. 344 bis c) a 344 bis f)

Quedan derogados.

Fundamentación

En coherencia con todo lo anterior.

Art. 48

Se intercala inmediatamente antes del primer punto y seguido:

"Así como de las ganancias con ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Todos ellos serán decomisados...".

Se inicia el segundo párrafo así:

"Cuando los referidos efectos, instrumentos o ganancias no sean...".

Fundamentación

Se aspira simultáneamente a eliminar el régimen excepcional del art. 344 bis e), con sus considerables defectos atentatorios a los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, y a mejorar la regulación genérica del comiso por la vía de integrar la aportación positiva del 344 bis e) relativa a la inclusión de las ganancias, en el art. 48.

Art. 546 bis f)

Queda redactado como sigue:

"El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los arts. 344 a 344 bis c) de este Código se aprovechare para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas.

"Se impondrá la pena en su grado máximo a los habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.

"En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto.

"En los casos previstos en el párrafo anterior, así como cuando, a juicio del Tribunal, los hechos contemplados en este artículo fueren de especial gravedad, se impondrá, además de la pena correspondiente, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre del establecimiento por tiempo de seis meses a seis años o con carácter definitivo".

Fundamentación

Se establece alguna mejora técnica como la eliminación de los superfluos términos de "recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo".

Se pretende asegurar el principio de proporcionalidad de las penas, tanto introduciendo el tercer párrafo con validez para los dos párrafos anteriores, como rebajando la pena de multa del tipo básico y la entidad del aumento de la pena en el tipo agravado.

Lo anterior permite igualmente eludir las incongruencias de pena que se producen actualmente entre el 546 bis f) y los arts. 344 y ss. Ello no obstante restan algunos problemas menores de adecuación con las penas del delito genérico de receptación, solubles únicamente a través de una reforma global del Capítulo VII del Título XIII del Código.

En coherencia con lo propuesto respecto a los arts. 344 y ss. se elimina la remisión al art. 344 bis e).

Art. 93 bis

Se le da una nueva redacción en los siguientes términos:

"Aun cuando no concurrieren las condiciones del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá aplicar el beneficio de la remisión condicional a los condenados a penas de privación de libertad cuya duración no exceda de cinco años siempre que se den las circunstancias siguientes:

"1°) Que el condenado hubiera delinquido por razón de su dependencia alcohólica, de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación.

"2°) Que en el momento de la condena el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación.

"3°) Que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso".

Fundamentación

Se equipara, a los efectos de la concesión del beneficio, la dependencia alcohólica a la de estupefacientes y psicótropos, lo que parece lógico dada la acientífica división entre drogas legales e ilegales. Además, se extiende a otros casos en los que, sin existir una situación de drogodependencia, la actividad delictiva se produce en condiciones vitales de similar entidad.

Se amplía la posibilidad de aplicar la remisión condicional a condenas de hasta cinco años.

Se elimina la actual exclusión de los reincidentes, que constituyen actualmente el porcentaje más alto de los drogodependientes ingresados en prisión, configurándose así este instituto jurídico como una verdadera alternativa a la privación de libertad.

El mantenimiento del beneficio se condiciona a los requisitos generales propios de la institución.

Art. 33

Se le añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

"Cuando la prisión preventiva se haya sustituido por el sometimiento a un tratamiento de deshabituación que conlleve internamiento, el tiempo de duración de este también se abonará para el cumplimiento de la pena finalmente impuesta".

El actual párrafo segundo se convierte en el párrafo tercero.

Fundamentación

Se atiende a una insistente demanda de doctrina y jurisprudencia.

El abono del período de internamiento para deshabituación como tiempo de cumplimiento de la pena es coherente con lo establecido en el actual art. 9.1, cuando el internamiento se impone como medida en la sentencia que aprecia una eximente incompleta. Se dejan fuera de abono los casos de tratamiento ambulatorio por entender que no conlleva privación de libertad, siendo una medida más similar a la establecida por el art. 530 de la LECrim. para la libertad provisional al imponer la comparecencia periódica en el juzgado, que no conlleva a abono alguno posterior.

Art. 8.1

Se añade un segundo párrafo en los siguientes términos:

"Asimismo el que como consecuencia de su dependencia del consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se halle en un estado carencial profundo que anule por completo su capacidad volitiva, siempre que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir".

Los párrafos segundo y tercero pasan a ser los párrafos tercero y cuarto.

Fundamentación

Recoge la más reciente doctrina jurisprudencial.

Aun cuando se aplique muy rara vez como eximente completa, sirve de fundamento a los supuestos más frecuentes de eximente incompleta.

Propuesta de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal

Art. 505

Se añade un párrafo tercero en los siguientes términos:

"También podrá acordar la sustitución de la prisión preventiva por el sometimiento a un tratamiento de deshabituación, cuando se trate de delitos motivados por la dependencia de estupefacientes o sustancias psicotrópicas".

Los actuales párrafos tercero y cuarto pasan a ser los párrafos cuarto y quinto.

Fundamentación

Razones sistemáticas obligan a extender la modificación realizada en el art. 33 del Código Penal a la LECrim., por ser el texto en el que se regula la adopción de medidas cautelares durante el proceso, ubicando la nueva norma procesal inmediatamente después de la que faculta al juez para acordar la prisión atenuada por razón de enfermedad.

OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA

1. Denuncia de la Convención única de estupefacientes de 1961, del Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971 y de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, así como de sus modificaciones y restantes acuerdos internacionales ratificados por España, en lo que sea preciso para llevar a cabo los cambios de legislación interna aquí propuestos.

2. Derogación del art. 1.3.1° de la ley 7/82 de 13 de julio, de Contrabando.

Fundamentación

En coherencia con todo lo recogido en el conjunto de la alternativa propuesta.

No se propone la derogación de los artículos pertinentes de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, por estimar que la citada ley debe ser derogada en su totalidad, lo que puede decirse que ya ha sucedido en la práctica dada su frecuente inaplicación por jueces y tribunales.

Sevilla, 9 de febrero de 1991.

Solo queda desear que las instancias oficiales españolas presten la debida atención a este documento.

Drogas y derecho penal

*Francisco Muñoz Conde**
y *Bella Aunión Acosta***

I. Si la historia del derecho penal es la historia de un fracaso, nada mejor para demostrarlo que el fracaso de la política penal seguida a escala internacional desde la famosa Convención de la ONU de 1961, en relación con el tráfico de drogas. Ninguna de las soluciones técnico-legislativas penales adoptadas hasta la fecha ha servido para combatir adecuadamente el fenómeno. Más bien ha sucedido lo contrario. El tráfico de drogas, que era ya un grave problema en la sociedad norteamericana de los años 60, se ha ido extendiendo por todo el mundo, hasta alcanzar cotas apenas imaginables hace 15 ó 20 años.

Naturalmente, el tráfico ha aumentado porque igualmente ha aumentado el consumo. Sería prolijo enumerar ahora las causas de ese aumento del consumo de drogas, que no solo tienen que ver con una mayor liberalización de las costumbres de las clases económicamente fuertes, sino también probablemente con un sentimiento de frustración creciente en los sectores más jóvenes o más desfavorecidos económicamente respecto a las metas e ideales que aspiran a conseguir en esta sociedad. En todo caso, es obvio que el consumo de drogas (legales o ilegales) es una forma "agradable" de evadirse de los problemas que plantea la vida cotidiana o de los fracasos continuos ante ellos cuando no se pueden solucionar, y es seguro también que la sociedad posmoderna y posindustrial ha deparado al hombre nuevos problemas y pocos medios para solucionarlos. No es extraño, pues, que, ante una realidad difícil y frustradora, la gente busque el placer fuera de ella, aunque sea de un modo efímero y artificial.

* FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla (España).

** BELLA AUNIÓN ACOSTA, Médico-Psiquiatra del Hospital Universitario. Sevilla.

Pero ¿qué hacen los que tienen la responsabilidad de construir una sociedad mejor, más justa y solidaria para cambiar esta situación o frenar esa tendencia evolutiva hacia el aniquilamiento individual? ¿Qué otra respuesta, sino la penal, se ha utilizado hasta la fecha? Y por otra parte, ¿ha tenido esta respuesta penal alguna eficacia directa en la disminución del tráfico e indirecta en la del consumo de drogas?

En una sociedad moderna, orientada hacia las consecuencias, no cabe otra fundamentación del derecho penal que la preventiva, sea esta preventiva general, preventiva especial o ambas a la vez. Parece lógico, pues, que sea también esta la legitimación que tenga la legislación penal relativa al tráfico de drogas y a los problemas relacionados con él. Sin caer en los excesos triunfalistas del funcionalismo sociológico, ni en la fe a ultranza en el derecho penal como panacea en la solución de los conflictos sociales, parece, sin embargo, obvio que el derecho penal debe tener siquiera un mínimo de eficacia en la solución de los conflictos que regula, aunque solo sea porque consiga una parte, incluso pequeña, de las metas que persigue. La constatación de lo contrario sería funesta para el derecho penal mismo y para la sociedad que confía en él para la solución de una parte de sus problemas; sería pura y simplemente la constatación de un fracaso; pero también de la necesidad de buscar nuevas soluciones o soluciones distintas de las jurídicopenales propiamente dichas para la solución del problema. No hay, pues, que asustarse ante la ineficacia de las normas juridicopenales para resolver satisfactoriamente este o cualquier otro problema; de lo que hay que asustarse es de la magnitud del problema mismo y de la incapacidad mostrada hasta ahora por la sociedad para solucionarlo.

Quizás una de las causas, si no la más importante, de ese fracaso sea el constante recurso que se ha hecho en los últimos años del derecho penal para intentar frenar una escalada que cada vez es más imparable. Si analizamos, pues, con calma las causas del fracaso del derecho penal en esta materia, puede ser que consigamos, siquiera provisionalmente, algún dato que nos permita construir las bases de una nueva estrategia o de una estrategia distinta para abordar el problema.

Veamos, pues, cuál ha sido la evolución del derecho penal en España en esta materia en los últimos 20 años, y analicemos después cuáles son las perspectivas que se ofrecen a partir de este momento para atajar con efectividad el problema o por lo menos reducirlo a los límites más soportables.

II. En primer lugar, hay que señalar que el derecho, cualquier rama del derecho, como el penal, no es un fenómeno "deíctico" que puede ser mostrado o aprehendido por los sentidos, sino un fenómeno "comunicacional", producto siempre de un acuerdo entre sujetos, y que, por tanto, puede variar en su extensión y límites según dispongan los propios sujetos que lo crean. Como tal, puede y debe ser objeto de discusión, sobre todo cuando el consenso empieza a resquebrajarse y existen dudas fundadas sobre la eficacia de una determinada regulación.

Esto es precisamente lo que ocurre con la represión penal del tráfico de drogas tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

La línea represiva, a escala internacional, comienza a partir de la Convención de la ONU de 1961, que recomendaba a los Estados incrementar las penas y la

represión penal del tráfico de drogas, añadiendo unos anexos o listas con los productos cuyo tráfico debía ser reprimido penalmente.

En España no se produjo, sin embargo, la reforma del Código Penal en esta materia hasta el 15 de noviembre de 1971, castigándose hasta entonces solo en los mismos casos de tráfico ilegal de cualquier otra sustancia química o farmacéutica.

Esta reforma de 1971 se caracterizaba por su gran confusión, producto de la cual era una gran ambigüedad que dejaba un enorme arbitrio a los tribunales, tanto en la determinación del comportamiento típico como de la pena aplicable, que podía ir desde unos meses hasta veinte años.

A pesar de este salto cualitativo en la represión penal, a mediados de los 70 el tráfico y el consumo de drogas, hasta entonces casi desconocidas en España, como la cocaína o la heroína, comenzaron a crecer de manera alarmante, junto con el de hachís, ya tradicional entre nosotros.

Este aumento de la represión penal disparó inmediatamente el número de condenas y, consecuentemente, de la población reclusa; sobre todo por las draconianas penas que los tribunales, en uso del arbitrio que les concedía el Código Penal, solían imponer. Penas de 6 años y más por tráfico de unos kilos de hachís, droga que ocupaba entonces el primer lugar del *ranking*, eran bastante frecuentes en la época.

Ante esta situación de excesiva dureza e ineficacia, se imponía una revisión de la legislación penal que, si no una modificación del criterio represivo, sí, por lo menos, hiciera algunas matizaciones en el burdo sistema instaurado con la reforma de 1971.

Ya por entonces había un movimiento bastante extendido en favor de la despenalización de las llamadas "drogas blandas" y, en todo caso, un escepticismo respecto a que el problema del consumo de drogas fuera a ser paliado o atenuado de algún modo con el aumento de la represión penal del tráfico o, incluso, del consumo mismo.

Por todo ello, la reforma del Código Penal de 26 de junio de 1983, modificó el art. 344, manteniendo, en principio, el régimen represivo penal de los tóxicos, drogas y estupefacientes, pero diferenciando, a efectos de pena, entre drogas gravemente nocivas a la salud, cuyo tráfico se castigaba obviamente con penas más graves, y drogas no tan nocivas, cuyo tráfico era castigado (en ningún caso despenalizado) con penas sensiblemente menores. Se introducían además otros factores de determinación de la pena, como la cantidad de droga, el que el tráfico se llevase a cabo con menores, o en establecimientos penitenciarios, por organizaciones, etc.

A pesar de la necesidad y, me atrevería a decir, modestia de esta reforma, pronto fue objeto de las más severas críticas, hasta el punto de poner al gobierno que la propugnó sobre las cuerdas. Con ella, se decía con evidente mala fe, se había despenalizado la droga en España, y este fue también el lema que se extendió en la comunidad internacional: que en España se había legalizado la droga, por lo menos el hachís, y se había puesto a precio de saldo otro tipo de drogas. Nadie quería entender que aquí no se había despenalizado nada, ni siquiera las drogas menos nocivas, sino simplemente diferenciado, al efecto de hacer más eficaz la

represión penal de las drogas gravemente nocivas, entre estas y las que no lo eran tanto (principalmente el hachís), entre otras cosas para evitar el incremento de la población reclusa y las enormes condenas que el pequeño tráfico de una droga, por lo demás tan poco nociva y tan extendida, como el hachís, originaba.

Téngase en cuenta que en España antes de la reforma de 1983 había mucha gente, sobre todo jóvenes centroeuropeos, pudriéndose en las cárceles con condenas de 6 o más años, por traficar con una mercancía, el hachís, que podían adquirir libremente en Marruecos o en forma más o menos abierta en Holanda. Y mientras que las embajadas y organismos policiales y judiciales de países centroeuropeos presionaban al gobierno español para que mantuviera o aumentara la dureza penal y, todo hay que decirlo, tuviéramos en nuestras cárceles a los pequeños traficantes y consumidores de esos países, la prensa y los medios de comunicación en general, criticaban el estado deplorable de nuestras cárceles, denunciaban malos tratos a los reclusos extranjeros, etc. Mientras que muchos españoles creían que este país seguía siendo el "último bastión moral de Occidente", en realidad, para muchos europeos nos habíamos transformado en "El expreso de medianoche".

La reforma de 1983 tuvo la virtud de poner, por lo pronto, a estos pequeños traficantes en manos de las autoridades de sus países, ya que las penas por cumplir, aunque fueran breves, iban lógicamente acompañadas de la orden de expulsión.

Esto no podía gustar mucho a nuestros vecinos europeos, que rápidamente presionaron para que se volviera a la situación originaria que para ellos era tan cómoda y poco costosa.

Pero tampoco gustó mucho a un sector de la clase política española, que pronto relacionó esta elemental reforma con el aumento del tráfico y el consumo de drogas que por aquellas fechas venía constatándose. Tampoco le fue difícil relacionar esta reforma con el aumento de la inseguridad ciudadana que igualmente se constató en aquella época, aunque ello fuera más producto de la crisis económica o, coyunturalmente, de la excarcelación momentánea de reclusos como consecuencia del cambio del régimen punitivo de los delitos contra la propiedad más frecuentes (hurto, robo con fuerza en las cosas) y del acortamiento en la duración de la prisión provisional.

El tema de la droga se había puesto de moda y se había ya disparado. Todo tenía su origen o estaba motivado por el consumo de drogas. España se había convertido en el "paraíso terrenal" del drogadicto. Aquí venía todo el mundo a hacer lo que no podían hacer en sus países, aparte de, naturalmente, tomar el sol y beber vino tinto a destajo.

Naturalmente, nada de esto era verdad, y, en todo caso, nada tenía que ver con la reforma del Código Penal en esta materia. Pero con ello se tocó al gobierno que la propugnó en su punto más débil: su hipersensibilidad a todo lo que tuviera repercusión en la opinión pública, y con ello en los futuros resultados electorales. La droga no era ciertamente un tema rentable electoralmente y había que adoptar medidas urgentes que mostraran a la opinión pública la decidida voluntad del gobierno de acabar con el problema.

Y así llegamos a la reforma de 22 de marzo de 1988. Con ella las presiones externas e internas han convertido a nuestro país, al menos en el orden legal, de "paraíso" en "infierno" del narcotraficante y, por ende, del consumidor. Como por arte de magia las penas han aumentado más allá de lo que podía considerarse como proporcionadas en términos relativos. Las formas de comportamiento prohibido se amplían con la infortunada cláusula "o de cualquier otro modo" a conductas realmente muy lejanas de lo que puede considerarse como verdadero tráfico. Invitar a un amigo a consumir o "esnifar" una raya de cocaína, o regalársela o indicarle dónde adquirirla, puede acarrear una pena de 2 a 8 años de cárcel y un millón a 100 millones de pesetas de multa. La madre o la novia que "pasa" al recluso heroinómano una papelina de heroína escondida en el forro de un pantalón puede ser castigada a 8 años de cárcel y 50 millones de pesetas de multa, accesorias aparte. Las diferencias entre complicidad y autoría, entre tentativa y consumación quedan borradas, pues todo acto de favorecimiento del tráfico equivale al tráfico mismo y debe ser castigado como tal. Tampoco cabe el encubrimiento, ya que también es favorecimiento del tráfico y, por tanto, autoría del tráfico; así la madre que oculta la droga que el hijo le entrega cuando la policía viene a hacer un registro, es también narcotraficante; pero si lo que oculta es la pistola con la que acaba de cometer un asesinato hay encubrimiento que, además, en este caso, sería impune.

En casos de "extrema gravedad" las penas pueden llegar a 23 años de cárcel y varios centenares de pesetas de multa. También hay comisos, confiscación de las ganancias obtenidas ilícitamente "cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar".

III. En verdad, la única conclusión que se puede sacar de esta breve pero ilustrativa evolución del derecho penal en nuestro país en materia de narcotráfico y en los últimos años, es que los efectos conseguidos dejan mucho que desear. Y es preocupante que, a pesar de esta ineficacia demostrada de las normas penales, por lo menos en su actual configuración, para atajar el problema se quiera perseverar en la misma línea, incluso aumentando el nivel represivo y extendiéndolo al castigo de los propios consumidores.

Una evolución parecida se observa en los países de nuestra área de cultura y sobre todo en el que "oficialmente" se lleva a cabo una política de "Drugswar", de auténtica "cruzada contra las drogas", de la que el presidente Reagan fue su adalid, y del que el actual presidente Bush parece ser su continuador. Me refiero, claro está, a los Estados Unidos de Norteamérica. Aunque también allí empiezan a sonar voces contra la actual política represiva, exigiendo medidas alternativas más eficaces que las actualmente vigentes.

Pero ¿cuáles son los efectos realmente conseguidos por la actual política penal represiva que, casi unánimemente, se lleva a cabo en todos los países del mundo?

—Ante todo, no se han conseguido las metas propuestas: erradicar o reducir sensiblemente el tráfico y el consumo de drogas. Más bien ha sucedido lo contrario: nunca como ahora se ha consumido tantas drogas ilegales y, en consecuencia, nunca como ahora ha sido el tráfico de las mismas tan masivo.

La ilegalidad ha tenido además un efecto colateral impresionante, a mayor grado de represión, mayor es el precio de la droga y mayores son los márgenes comerciales y las ganancias que genera. La ilegalidad ha convertido el tráfico de drogas en el mayor de los negocios existentes, mayor que el tráfico de armas o el contrabando, el más rentable de los negocios, sean legales o ilegales. Esto ha originado la aparición de los grandes traficantes que, con un poderío económico sin igual, corrompen las instituciones más sólidas del Estado y evaden fácilmente la persecución penal.

—La droga se ha convertido además en un producto caro. El que quiera conseguirla tiene que pagar grandes precios por ella, aparte de los riesgos de persecución penal y de daño para su salud y para su patrimonio. Los que no tienen medios suficientes para adquirirlas tienen que recurrir a actividades ilícitas, e incluso delictivas. Los atracos, tirones y casi toda la delincuencia que más repercute en la seguridad ciudadana tienen en gran parte su origen en la drogodependencia de sus autores, que no tienen otra forma de conseguir la droga.

Esto ha hecho crecer enormemente este tipo de delincuencia que desborda la actividad de los juzgados penales y de la policía, que en buena parte dedican sus actividades al esclarecimiento, enjuiciamiento y condena de todo tipo de criminalidad vinculada al narcotráfico. Obviamente ello repercute también en el aumento de la población reclusa, que junto con el problema del hacinamiento y de las malas condiciones materiales, tiene ahora el de las drogodependencias y el del narcotráfico dentro de las propias instituciones penitenciarias.

—Tampoco la salud pública, eje en torno al cual debe girar toda la regulación legal de esta materia, se ha visto mejorada con la actual política represiva. Es precisamente la prohibición la que, al evitar el control por parte del Estado y organismos públicos de la producción y venta, convierte a la droga en un producto de escasa calidad o de una calidad imposible de conocer por el potencial consumidor. El heroinómano no sabe si lo que le venden es heroína "brown" de especial calidad, o polvo de ladrillo machacado, o yeso en lugar de heroína. Las muertes por "sobredosis" tienen aquí una de sus causas; igual que el SIDA, la hepatitis B y otros tipos de enfermedades.

Por otra parte, se olvida que la salud solo puede ser protegida eficazmente contando con la voluntad del ciudadano adulto y responsable. La mejor prevención de la drogodependencia es la que se dirige a la voluntad del ciudadano, informándolo y dejándolo luego en libertad para que decida con autonomía y conocimiento de causa. No negándole desde un principio la libertad de escoger, o incluso criminalizando el uso de esa libertad.

Carece además de sentido que, en cambio, se le deje en libertad e incluso se le fomente el uso de otras drogas tan nocivas o más que algunas ilegales: el alcohol, el tabaco o algunos psicofármacos de venta autorizada incluso sin receta. La contradicción que ello supone, sin ninguna aclaración o política informativa por parte del Estado, no puede por menos que repercutir negativamente en la educación del propio ciudadano, al que le debe costar trabajo comprender por qué puede

beber todo el alcohol que quiera y fumar todos los cigarrillos que le apetezca, y no hacer lo mismo, por lo menos legalmente, cuando se trata de unos pitillos de marihuana o de unas rayas de cocaína.

Existe, pues, una contradicción en el actual régimen legal de las drogas, que no puede explicarse únicamente en términos de salud pública, ni individual. Un 10% de la población laboral española es alcohólica. De 200.000 alcohólicos se habla en la comunidad autónoma andaluza. Existe una relación evidente entre tabaco y cáncer de pulmón; igualmente evidente es la incidencia del mismo en todo tipo de enfermedades cardiovasculares, infartos, insuficiencias respiratorias. También la heroína mata, y bastante menos otras drogas como la cocaína o el hachís. Pero, a diferencia de las legales, estas no están controladas; su ilegalidad deja al consumidor en la más absoluta incertidumbre sobre lo que está comprando o consumiendo.

Esta contradictoria política que distingue el tratamiento de las drogas en legales e ilegales, siendo todas sin excepción nocivas en mayor o menor grado, no se aplica, pues, en función de la protección de la salud pública, sino de otros criterios, culturales, geopolíticos o económicos. La culminación de la misma, y al mismo tiempo la más absurda contradicción, sería la penalización del consumo de las drogas ilegales, que ya algunos preconizan y se está llevando a cabo en algunos países.

La situación no puede ser más paradójica. Al ciudadano a quien se le permite beber alcohol hasta caer en redondo; al que se le invita en toda reunión social, fiesta o celebración a fumar y libar toda suerte de bebidas alcohólicas; al que se le deja en libertad para suicidarse, autolesionarse o automutilarse, al que se le deja arruinarse en el bingo o consumir y comprar por encima de sus posibilidades, no se le deja, en cambio, adquirir o consumir las drogas que se declaran ilegales; curiosa protección a la salud esta que solo se dispensa, incluso obligatoriamente, respecto a unas sustancias y no respecto a otras tan nocivas o más que las ilegales.

Naturalmente que el consumo de drogas, legales e ilegales, es un grave problema en nuestra sociedad. Pero ¿es realmente un problema que pueda ser resuelto por el derecho penal?

Respecto a alguna de las drogas de las llamadas ahora "legales" ya se intentó una vez. Y el resultado fue un absoluto fracaso. Fue en Estados Unidos, en los años 20, con la famosa "Ley Seca". Nunca como entonces se consumió tanto y tan mal alcohol, y nunca como entonces florecieron tan grandes y pingües negocios ilegales. Nombres como el de Al Capone se hicieron famosos y pasaron a la historia de la criminalidad. Y nunca hubo en Estados Unidos tanta corrupción política y policial, a pesar de Elliot Ness y de sus Intocables.

La historia parece repetirse. Esta vez sobre todo en relación con la cocaína. El Cartel de Medellín, los narcotraficantes colombianos, se han hecho famosos en el mundo entero. Le han declarado la guerra incluso a su propio Estado. Pero el 80% de la cocaína que se consume en el mundo se consume en Estados Unidos, que es quien tiene los dólares que luego, convenientemente reciclados, vuelven a los circuitos financieros legales. El solo tráfico de cocaína da tanto dinero, que podría por sí solo solucionar la deuda externa de muchos países latinoamericanos, precisamente los productores y distribuidores de la cocaína.

Implicando al general Noriega en el narcotráfico de cocaína se justifica la intervención de Estados Unidos en Panamá. Y en Cuba el "héroe del pueblo", el general Ochoa, es fusilado al probarse su relación con los narcotraficantes de Medellín.

La cocaína pervierte las relaciones entre Estados Unidos y los países latinoamericanos. Unos hacen dejación de su soberanía y permiten la extradición de sus propios ciudadanos; otros permiten la intervención de tropas norteamericanas o de agentes de la DEA en sus propios territorios, o que se fumiguen sus plantaciones de coca con productos tóxicos que deterioran el medio ambiente o dañan irreversiblemente el suelo del que viven miles de familias.

También a España ha llegado el poder corruptor del narcotráfico, sobre todo en relación igualmente con la cocaína. Reciente ha sido la llamada "Operación Mago", en la que la policía antidroga, dirigida por un intrépido y joven juez de la Audiencia Nacional, ha conseguido atrapar a los más famosos narcotraficantes gallegos que, por cierto, han contratado ya a los más famosos penalistas para su defensa. Más reciente aún es el desmantelamiento de toda una "mafia policial" en Algeciras, que además constituía buena parte de la Brigada Antidroga de aquel importante puerto aduanero. Antiguas son ya algunas historias de corrupción judicial, como la motivada por el "Caso Bardellino", que terminó con la absolución de los magistrados implicados. Diariamente se habla de la aprehensión de cientos de kilos de cocaína, lo que hace pensar que hay otros muchos cientos que no se descubren. El kilo de cocaína, convenientemente preparada y lista para consumir, debe estar ya por los cincuenta millones de pesetas. Hay mucho dinero en juego, y es mucha la capacidad de corrupción que tiene ese dinero.

"Madre, yo ante el oro me humillo" decía Quevedo; "ante la cocaína", habrá que decir ahora, que es más que el oro, el oro blanco. Una droga de *élite*, de gente que triunfa, de "beatiful people", que la consume a todas horas en los lugares más refinados.

¿Y ante todo esto, de qué sirve la represión penal?

¿No es ya hora de ir pensando en una política alternativa a la puramente represiva? ¿No es ya hora de acabar con el enorme negocio clandestino, que no paga impuestos, que es economía sumergida, que enriquecen a unos pocos? ¿No va siendo hora de *arruinar* a los narcotraficantes que se enriquecen a costa de la salud de los ciudadanos quitándoles el negocio, y poniendo la producción y venta de drogas en manos o bajo control del Estado o de instituciones públicas sanitarias? ¿No es hora, pues, de que se intenten medidas más eficaces, menos costosas, más inteligentes e imaginativas que las propiamente penales?

Para ello habría que empezar borrando la distinción entre drogas legales e ilegales. Todas las drogas, productos tóxicos, estupefacientes, etc., deben ser legalizadas, es decir, sometidas al estricto control del Estado en todo el circuito de su producción, elaboración, distribución o venta. En función de su incidencia en la salud, y solo en función de este criterio, deben ser estrictamente reglamentadas todas las actividades relacionadas con ellas. El modelo económico viable puede ser el ya ensayado durante siglos respecto al alcohol o el tabaco. Este régimen, libre con control estatal o en forma de monopolio del Estado, puede seguirse, por ejemplo, en relación con el hachís y demás productos derivados de la *cannabis indica*.

También puede seguirse el modelo farmacéutico, con o sin exigencia de receta. Este modelo ya ha sido ensayado con los psicofármacos, cuya fabricación, venta y consumo están permitidos, dentro de los cauces reglamentarios, por más que su abuso constituya hoy una de las fuentes de fraudes de las más graves drogodependencias.

Un régimen similar puede seguirse con la heroína; en realidad, se está siguiendo ya con el tratamiento sustitutivo de la heroinomanía, que es la *metadona*. El suministro controlado y gratuito de esta sustancia en ambulatorios, farmacias o lugares habilitados para ello, es ya una realidad que a nadie escandaliza, y que está atrayendo al control médico a muchos heroinómanos.

Han tenido que ser el SIDA, la hepatitis B y el miedo al contagio con jeringuillas, las que permitan esta suerte de legalización, que puede servir de modelo para otras sustancias.

Porque en todo este problema debe existir ante todo, no lo olvidemos, una preocupación por la salud de los consumidores, drogodependientes o no. No se puede dejar a miles de personas abandonadas a su suerte, sin ninguna ayuda o tipo de asistencia médica y social, para superar su problema. La actual política represiva, a pesar de sus intentos de ofrecer alternativas terapéuticas a los drogodependientes, sigue partiendo de una actitud prohibicionista y, por tanto, proclive a confundir el plano represivo con el asistencial. Las posibilidades que en este sentido ofrecen los arts. 9°, 1° y 92 bis del Código Penal (sistema vicarial, condena condicional), a pesar de los buenos propósitos que los animan carecen de eficacia, pues solo se pueden aplicar tarde y a una parte de los drogodependientes ya criminalizados previamente con la condena penal.

La nueva política despenalizadora debe comenzar por centrar su atención en el campo de la prevención de la demanda y de la asistencia a los consumidores. La propaganda negativa de todas las sustancias nocivas y la educación farmacológica y sanitaria de la población deben ser el objetivo prioritario de la intervención del Estado.

Naturalmente, debe seguir interviniendo el derecho penal; pero únicamente para reprimir el tráfico ilegal, que probablemente seguirá existiendo, aunque bastante aminorado, en la medida en que no sea tan pingüe negocio. También deberá castigarse severamente el suministro de drogas a menores de edad y deficientes mentales, y en general a toda persona carente de capacidad de decisión autónoma.

Muchas de estas medidas se pueden adaptar, paradójicamente sin necesidad de cambiar una sola coma en la legislación penal vigente. Basta solo con que la Administración tome la iniciativa y tenga fuerza suficiente para ir imponiendo programas asistenciales, garantizando el suministro de las drogas existentes, en las condiciones sanitarias requeridas, a toda persona adulta y responsable que así lo desee.

Mejor que sea la Administración, que no unos desaprensivos que están haciendo el más grande de los negocios a costa de la pasividad de la Administración y de la sociedad. Hay que ser imaginativos y tomar la delantera. Hay que acabar con el narcotráfico ilegal, antes de que este acabe con nosotros.

El narcotráfico ilegal de drogas es un cáncer que le ha salido a la economía capitalista, consecuencia de un afán desmedido de lucro y de capital. La actual

política penal represiva no hace más que favorecerlo. Hay que aislarlo y luchar contra él con sus mismas armas: quitándole el mercado. Pero esto no puede suceder más que quitándole los clientes, ofreciéndoles, en condiciones sanitarias y económicas aceptables, el producto que estos desean.

La tarea es difícil, pero no imposible. En todo caso, parece necesario y urgente reavivar el debate sobre medidas alternativas a la actual situación penalizadora, el *debate sobre la despenalización de la droga*.

RESUMEN

El fracaso de la actual política penal represiva en materia de tráfico de drogas demuestra la necesidad de buscar políticas alternativas que, igual que sucede con las llamadas "drogas legales", atribuya al Estado el control de la elaboración y venta de las drogas. Con ello se evitaría el problema sanitario que plantean ahora las drogas ilegales, muertes por sobredosis, hepatitis B, SIDA, y se conseguiría una mejor asistencia médica del drogadicto.

Colateralmente, disminuirían la corrupción política y administrativa que genera el narcotráfico y la inseguridad ciudadana.

The use of criminal Law to repress drug use and drug trafficking has been an international failure. The legal situation of extreme harshness and inefficiency calls for a legal reform that would reduce the marginalisation of drug users, who often must resort to crime to maintain their habit, and the pressure of corruption by the drug lords. Similarly, public health goals have been threa bened by repressive tactics, which make the prevention of AIDS in the drug user population difficult to archieve.

Claves: Drogas, Derecho penal, Legalización, Antiprohibicionismo.
Key words: Drug, Criminal Law, Legalization, Anti-Prohibitionism.

BIBLIOGRAFÍA

Sobre la problemática específica de la despenalización o legalización de las drogas, véase: *Drogen und Strafrecht*, número monográfico de la revista *Neue Kriminalpolitik*, vol. 2, mayo 1989; ESCOHOTADO, *Historia de las drogas*, Madrid, 1990; DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989; HOTSTRA LAW REVIEW, *A Symposium on Drug Decriminalization*, volume 18, núm. 3, Spring, 1990; NADELMANN, "U.S. Drug Policy: A bad Export", en *Foreign Policy*, 70, 1988.

— "The case for legalization", en *The Public Interest*, 92, 1988.

— "*Drug Prohibition in the United States. Cost. Consequences and Alternatives*", *en Science*, vol. 245, 1989.

— "Latinoamérica: economía política del comercio de la cocaína", en *Texto y Contexto*, septiembre-diciembre, 1986, Bogotá, Universidad de los Andes.

— "Víctimas involuntarias. Consecuencias de las políticas de prohibición de drogas", en *Debate Agrario*, 7, julio-diciembre, 1989, Lima (Perú); DEL OLMO, *La cara oculta de la droga*, Bogotá, Edit. Temis, 1988; TREBACH, *The Great Drug War*, N. York, 1987; VARIOS, *Violence in America*; VARIOS, *Drogas, problemática actual en España y América*, Bogotá, 1989; VARIOS, en *American Behavioral Scientist*, vol. 32, núm. 3, January/February, 1989.

La problemática de las drogas en Suiza

*José Hurtado Pozo**

1. LA LEGISLACIÓN

A) *Evolución legislativa*

La primera ley federal[1], del 2 de octubre de 1924, fue dictada para cumplir las obligaciones internacionales estatuídas en la Convención del opio (La Haya, 1912). La base constitucional de esta ley son los arts. 69, 69bis y 64bis de la Constitución. El primero, por ejemplo, autoriza a la Confederación a dictar leyes destinadas a combatir la propagación de enfermedades peligrosas para las personas y los animales. Así, se consideran las drogas como fuentes de peligro para la salud pública[2]. Dicha Convención solo preveía, en su art. 20, la incriminación de la "posesión ilegal" de estupefacientes. Las diversas disposiciones penales de la ley fueron redactadas por el legislador suizo siguiendo el modelo francés. En su art. 11, por ejemplo, reprimía a quien, sin autorización, hubiese fabricado, preparado, importado o exportado, comprado, poseído, conservado, vendido, cedido gratuitamente u ofrecido vender o ceder las sustancias mencionadas en la ley.

Para poder ratificar la Convención de 1936 era necesario revisar la primera ley sobre drogas. Si bien en la redacción de la nueva ley el legislador tuvo en cuenta lo establecido en dicha Convención, al redactar las disposiciones penales siguió ampliamente la ley de 1924. De esta manera buscó reforzar las disposiciones de índole administrativa. La Convención de 1936 preveía, precisamente, una serie de disposi-

* Catedrático de la Universidad de Fribourg (Suiza).

[1] En las legislaciones cantonales, salvo en las de Genève y Vaud, no existían leyes especiales sobre drogas.

[2] RICARDO LUCCHINI, *Drogues et société*, Fribourg, 1985, págs. 16 y ss.

ciones sobre la organización de la lucha contra el tráfico ilícito, los comportamientos que deberían ser incriminados y la cooperación penal internacional. Las disposiciones penales de la ley de 1951 debieron ser modificadas en 1968[3] para cumplir con las obligaciones impuestas por la Convención única sobre estupefacientes de 1961 y, en 1975[4], para hacer frente a los urgentes problemas creados por las nuevas formas del abuso de drogas. Esta última reforma refleja las ideas contradictorias que la motivaron y propugnaron: aumentar los medios terapéuticos destinados a la prevención, aumentar la severidad de la represión del tráfico como muestra de una clara reprobación social y atenuar la represión en caso de los consumidores. Al momento de entrar en vigor, los criterios científicos y médico-sociales en que se basó el legislador ya habían sido en gran parte superados[5].

B) *La ley federal de 1975*

1. *El control administrativo*. El dominio de aplicación de la ley está determinado por la enumeración y clasificación de las substancias sometidas a control. La lista detallada es establecida por el *Service Fédéral* de la *Higiène Publique*, el que —por delegación del *Conseil Fédéral*— puede someter a control substancias que, aun cuando no generan dependencia por sí mismas, pueden ser transformadas en uno de los productos mencionados en el artículo primero. Este *Service* también puede suprimir, total o parcialmente, dicho control respecto a ciertos estupefacientes (art. 3, inc. 2). La determinación de los límites de este control es fundamental para la aplicación de las disposiciones penales, pues a estas solo conciernen las substancias sometidas a dicho control[6]. Estos límites fueron ampliados de manera significativa en 1975: los alucinógenos (LSD-25, mescalina, etc.) y los estimulantes del sistema nervioso central, que tienen efectos anfetamínicos, han sido asimilados a los estupefacientes ya considerados en la anterior ley. Esto implica necesariamente una extensión notable de la represión, pues la incorporación o sustracción de una substancia a dicho control trae consigo, respectivamente, la inserción o la eliminación de un comportamiento punible.

El control administrativo de los estupefacientes aparece así como el primero y más importante medio para limitar la utilización de dichas substancias solo a fines médicos y científicos[7]. Este control se basa en el sistema de la autorización previa: toda persona, empresa o institución que quiera realizar cualquier actividad relacionada con estupefacientes debe recabar un permiso previo. Teniendo en cuenta la situación especial de las personas que ejercen profesiones médicas, la ley reconoce

[3] Se trató de reformas de poca importancia: *Message du Conseil Fédéral*, FF, 1968, I, pág. 765. Cf. DUSSAIX, "La loi pénale et les nouvelles formes de l'abus de stupéfiants", in *RPS*, 1971, pág. 265.

[4] *Message du Conseil Fédéral*, FF, 1973, I, pág. 1305. Esta reforma fue motivada, en parte, por la Convención sobre las substancias sicotrópicas.

[5] CH. N. ROBERT, "Les nouvelles dispositions de la loi fédérale sur les stupéfiants", in *RPS 93*, 1977, pág. 42.

[6] Las fuentes de información referente a los estupefacientes es la Ordenanza del Servicio Federal de la Higiene Pública y, en cuanto a las substancias prohibidas, el anexo del *Boletín*, de ese servicio (pág. 149).

[7] MAX DELACHAUX, *Drogues et législation*, Thèse, Lausanne, 1977, pág. 74.

a los médicos, dentistas, veterinarios, farmacéuticos, dentro de los marcos del ejercicio de su arte, amplias facultades para procurarse, conservar, utilizar y ceder estupefacientes (art. 9). En este campo, la evolución legislativa está marcada por una tendencia restrictiva.

El objeto de estas medidas es tanto el de limitar el acceso al mercado oficial de estupefacientes únicamente a las personas o entidades autorizadas, como el de vigilar y controlar todas y cada una de las etapas de las operaciones relativas a los estupefacientes (producción, fabricación, importación, comercialización, donación, etc.). Una consecuencia lógica de este sistema es la prohibición de todo estupefaciente que no sea terapéuticamente útil o cuya nocividad sea mayor que su utilidad.

2. *La represión del tráfico ilícito*. En el art. 19, inc. 1, se prevén dos grupos de infracciones: el primero está constituido por una serie de comportamientos que pueden ser agrupados bajo el rubro de tráfico ilícito [*lato sensu*], y el segundo tanto por la provocación pública al consumo como por la revelación pública de las posibilidades de procurarse o de consumir estupefacientes. El responsable puede actuar sea intencional o culposamente. La persecución es de oficio.

En los incisos 1 a 7, de acuerdo con el modelo de la Convención de 1936 y de la Convención única de 1961, se definen las infracciones de tráfico ilícito de manera enumerativa, pero sin emplear necesariamente la misma terminología. La exigencia de que el agente debe actuar "sin derecho", confirma a la "autorización previa" como base del control del mercado de estupefacientes.

Las actividades incriminadas no constituyen comportamientos autónomos, sino más bien eslabones de una misma operación. Es raro, en consecuencia, que la comisión de uno de los comportamientos no implique la realización de algún otro; por ejemplo, la venta ilegal de estupefacientes supone, evidentemente, que la substancia haya sido adquirida, importada o conservada sin derecho durante un lapso determinado. Siendo previstas las infracciones como delitos de peligro, la cantidad o el tipo de estupefaciente objeto del tráfico no es un elemento constitutivo del tipo legal. Este elemento es decisivo solo para la apreciación de la gravedad de la infracción.

Además del cultivo, la producción y el comercio, se reprimen los actos preparatorios destinados a cometer uno de los comportamientos enumerados en los cinco primeros incisos del art. 19 (art. 19, inc. 6: "*celui qui prend des mesures à ces fins*"). Esta norma es conforme a los convenios internacionales y busca facilitar la pronta y oportuna intervención de las autoridades represoras. Según esta disposición, ya es punible quien propone a otro seriamente una transacción sobre estupefacientes, instala un sistema de doble fondo en un coche para exportar estupefacientes o se asocia a otros para traficar... De otra parte, de acuerdo con el inciso 7 de la misma disposición, constituye delito el hecho de financiar una operación de tráfico ilícito o de servir de intermediario de tal financiamiento (agente financiero, corredor de bolsa, etc.).

La idea es sancionar cada una de las etapas en que puede consistir el tráfico ilícito (considerado globalmente). Y como se supone que estos comportamientos

ponen en peligro la salud pública (bien jurídico protegido mediante la ley), deben ser tratados de la misma manera.

Las penas previstas para los casos simples es la de prisión (máximo de tres años) o la de multa (máximo de 40.000 francos suizos). Este sistema de penas alternativas da al juez un amplio poder para individualizar la represión según la índole del caso concreto. En los casos graves (art. 19, inc. 1, n. 9 e inc. 2), la pena es la reclusión (de 1 a 20 años) o la de prisión (de 1 a 3 años). A esta pena el juez puede siempre acumular una multa de hasta un máximo de un millón de francos. La agravante no está cabalmente definida en la ley. Esta se limita a señalar, a modo de ejemplo, tres casos: una cantidad de estupefaciente capaz de poner en peligro la salud de numerosas personas, el cometer la infracción como afiliado a una banda formada para traficar ilícitamente estupefacientes y el obrar *par métier*, realizando una ganancia importante.

3. *Represión del consumo de estupefacientes.* Este aspecto constituye, sin duda, el más discutido respecto a la conveniencia de la intervención penal[8]. Antes de la revisión de 1975 el consumo de drogas no era reprimido en cuanto tal. Sin embargo, el consumidor era sancionado de manera indirecta: por el hecho de haber —antes del consumo— adquirido o conservado en su poder estupefacientes[9]. En consecuencia, era tratado como un traficante. Con el fin de despenalizar el consumo de drogas, el legislador incorporó, en 1975, el art. 19a. En su primer inciso se prevé como falta (contravención) el consumo de estupefacientes[10] o la realización de una de las infracciones previstas en el art. 19 para asegurar el propio consumo[11]. La segunda hipótesis supone que el agente no haya aún consumido y no establece límites en cuanto a la cantidad de droga. Esta circunstancia es prevista. En el art. 19b se prevé, tratándose de cantidades mínimas de droga, la no represión del agente que se limita a preparar para sí mismo el consumo de estupefacientes o a permitir a terceros que consuman en grupo la droga que él les ha dado gratuitamente. De esta manera se descarta la aplicación del art. 19; pero el consumo puede ser aún reprimido. Si el agente comete una de las infracciones previstas en el art. 19 con el fin de obtener los medios que le permitan consumir drogas, no se beneficiará de la aplicación del art. 19a, inc. 1. En este caso el agente favorece o asegura el consumo de drogas de la parte de terceros y será, por tanto, sancionado como traficante (art. 19).

La despenalización del consumo mediante el abandono de la represión indirecta y su calificación como falta, ha sido completada con la previsión de intervenciones médico-sociales en relación con el consumidor. En los casos de poca gravedad [*cas*

[8] MAX DELACHAUX, *op. cit.*, nota 7, págs. 172 a 177.

[9] Affaire Michel.

[10] En oposición al proyecto del Conseil Fédéral, la mayoría de la Comisión del Conseil des États estaba en favor de la descriminalización del consumo. Al final primó el criterio del gobierno enmendado por el Conseil National: *Bull.* stén. CdE 1973, págs. 700 y ss.; *Bull.* stén. Cons. Nat. 1974, págs. 1419 y ss.; *Message du Conseil Fédéral*, FF 1973, I 2, págs. 1321 y ss.

[11] Esta hipótesis, que no figuraba en el proyecto del Conseil Fédéral, fue introducida durante los debates parlamentarios: *Bull.* stén. Cons. Nat. 1974, pág. 1453.

Bénin] se permite a la autoridad competente suspender el procedimiento penal y renunciar a toda pena (art. 19a, inc. 2). Así mismo se prevé, de un lado, la posibilidad de renunciar al proceso penal cuando el consumidor se haya sometido o acepte someterse a medidas de protección controladas médicamente (art. 19, inc. 3); y, de otro lado, la de ordenar el internamiento en un establecimiento sanitario de los drogodependientes (art. 19, inc. 4). Estas medidas reflejan, en relación con los delincuentes que abusen de las drogas, la orientación señalada por el Protocolo de 1972 y la Convención sobre las substancias psicotrópicas de 1971.

De acuerdo con las disposiciones generales del Código Penal, el juez tiene además la posibilidad, según las circunstancias del caso particular, de someter el agente a una medida de seguridad (por ejemplo, si el agente es toxicómano).

Es reprimible a título de falta quien, intencionalmente, persuada o trate de persuadir una persona a consumir drogas sin derecho. Esta disposición se explica en la medida que se reprime el consumo como una infracción *sui generis*. Se trata, de un lado, de un caso de instigación a cometer esta contravención reprimible de acuerdo con las normas generales del Código Penal y, de otro lado, de una derogación del art. 24, inc. 2, que solo prevé la represión de la tentativa de instigación en caso de crímenes.

En los arts. 22 a 24 se prevén infracciones de menor gravedad que el tráfico ilícito. Los dos primeros incisos del art. 20 tienen en cuenta el tráfico internacional. El primero sanciona el hecho de formular una solicitud con base en datos falsos con la finalidad de obtener o de procurar a un tercero una autorización de importación, de tránsito o de exportación. De acuerdo con el segundo inciso, se reprime a quien varíe, en el interior del país o en el extranjero, la destinación de los estupefacientes para los cuales el agente posee un permiso de exportación suizo. Por último, el inc. 3 del art. 20 estatuye la represión de los médicos, veterinarios o dentistas que aplican o, en cuanto a los dos primeros, recetan estupefacientes fuera de los casos en que la ciencia lo prescribe. Así mismo, se castiga al farmacéutico que, sin receta de un médico o de un veterinario, expende estupefacientes al público (obligación prevista en el art. 13).

Las obligaciones referentes al control, previstas en los arts. 16 y 17, son reforzadas penalmente mediante el art. 21. En el inciso primero de esta disposición se prevé la represión de quien no exija los boletines de entrega o no practique los controles prescritos, así como a quien inscribe indicaciones falsas o descuida de consignar aquellas que son exigidas por los arts. 16 y 17. En el inciso segundo, se sanciona a quien utilice boletines de entrega y registros que contengan datos falsos o incompletos.

Para evitar lagunas en la represión, el legislador ha insertado en el art. 22 una disposición subsidiaria. Según esta regla, será reprimido con la pena de detención o de multa hasta por un monto de 10.000 francos (contravención) quien viole, intencionalmente, las disposiciones de la ley o sus normas de ejecución, en la medida que su comportamiento no constituya una de las infracciones previstas en los arts. 19 a 21. Es el caso, por ejemplo, de la importación, exportación, fabricación, producción, etc., sin autorización, de las substancias y preparados que tienen un efecto

parecido al producido por las substancias y preparados mencionados en el artículo primero de la ley (art. 7°).

Para facilitar las investigaciones policiales se prevé en el art. 23, inc. 2, la impunidad del funcionario que acepte una oferta de estupefacientes o tome posesión de estos sin revelar su condición de policía. No se trataría de un caso de "agente provocador" (comportamiento que sería siempre sancionado), pero los límites fijados para ambos casos no son tan claros como para evitar una aplicación abusiva[12]. En la práctica este tipo de operaciones, de gran riesgo para el Estado de derecho, no es de gran utilidad para llegar hasta los escalones superiores del crimen organizado.

2. La situación en Suiza

A) *Generalidades*

1. *Introducción.* A inicios del presente siglo, la toxicomanía no representaba una amenaza seria. Suiza era, por el contrario, un gran productor de estupefacientes, exportados en un 95%. Así, las medidas concernientes a la vigilancia de la producción y el comercio de estupefacientes, al control aduanero y a la represión penal, impuestas por la Convención de La Haya de 1912, fueron estatuidas (mediante la ley de 1924) más por razón de solidaridad internacional que por necesidad interna.

Como ya lo hemos señalado, la revisión de 1951 (fecha en la que se establece el texto aún fundamentalmente en vigor) y las modificaciones de 1968 y 1975 han sido realizadas también para poder suscribir las nuevas convenciones internacionales. Sin embargo, la situación de la toxicomanía era bien diferente. El abuso de estupefacientes, hasta los años 60, constituía un fenómeno poco frecuente y practicado por determinados grupos de personas, sobre todo por las socialmente desfavorecidas. Su adicción era, casi exclusivamente, a una droga determinada. Hasta los años 70 las estadísticas referentes a los toxicómanos conocidos por las autoridades y adictos al opio o a sus sucedáneos eran personas adultas cuya adicción se originaba, generalmente, en perturbaciones psíquicas, en el tratamiento de alguna otra enfermedad grave o en su actividad profesional. De un total de 128 toxicómanos conocidos, en 1970, ninguno era menor de 20 años y la mayoría (70) tenía más de 50 años. 27 de ellos pertenecían a una profesión médica o paramédica[13]. Por el contrario, la progresión del consumo abusivo de medicamentos, somníferos, hipnóticos, analgésicos, anfetaminas, etc., fue importante. Junto a este fenómeno se desarrolló igualmente un abuso excesivo de bebidas alcohólicas. En 1969 se llegó a constatar que 100.000 personas necesitaban un tratamiento médico por esta razón[14]. A partir de la década del 60 se desarrolla en Suiza, como en los demás países industrializados, una nueva forma de abuso de estupefacientes caracterizada por la edad de los consumidores (sobre todo adolescentes y jóvenes) y por el consumo simultáneo de diversos estupefacientes o fármacos (politoxicomanía). Si la marihuana es la droga más consumida, el consumo de la heroína constituye el caso sociomédico más grave. El alcoholismo se extiende entre los jóvenes y adolescentes toxicómanos; entre los adultos, la situación se agrava críticamente.

Este fenómeno, común a los países industrializados, no constituye en sí mismo un fenómeno social extraño. El consumo de estupefacientes y el estado de dependencia que con relativa frecuencia se produce, son un fenómeno sociocultural inherente a todo orden social. De acuerdo con la naturaleza de este contexto, tal fenómeno adquiere características particulares. En los países industrializados se constata el consumo de drogas adictivas fuertes, producidas o transformadas artificialmente, que ocasiona graves problemas individuales y sociales.

Estas dificultades son provocadas, sobre todo, por la dependencia física y/o síquica que produce el consumo de estupefacientes. Dependencia que se origina por la combinación de diversos factores: individuales (características personales congénitas, experiencias durante la infancia, etc.), sociales (familia, situación económica, marco normativo, etc.) y los vinculados con la droga (índole de sus efectos, accesibilidad, precio, etc.). Sin embargo, en la mayor parte de los casos de consumidores de substancias sicoactivas se trata de un consumo controlado practicado con fines terapéuticos o placenteros. En estos casos los problemas médicos o síquicos son menos graves, a excepción de accidentes debidos a un consumo inadaptado a ciertas situaciones[15].

2. *Consumo de estupefacientes.* Para mejor apreciar los datos referentes al consumo de drogas ilegales resulta conveniente tener en cuenta, al menos parcialmente, la situación respecto a las drogas legales. El consumo anual de alcohol en Suiza es calculado en 10.5 litros de alcohol puro por habitante. En 1979 Suiza figuraba en el décimo lugar entre los países europeos donde más se consume alcohol[16]. En cuanto a la edad de los consumidores, es de señalar que el 10% de personas de 15 a 74 años bebe aproximativamente la mitad del alcohol consumido. El 11% son abstemios y más del 25% consume a diario bebidas alcohólicas. En los años setenta se comprobó una disminución del consumo de alcohol entre los hombres suizos alemanes, mientras que entre los suizos franceses la tendencia fue al aumento[17].

El número de cigarrillos consumidos anualmente en Suiza es de 2.400 por habitante (1979). Si entre las personas de 15 a 74 años de edad, el 46% son hombres y el 31% mujeres, en el grupo de jóvenes de 15 a 24 años, las fumadoras son mayoría. El 42% de fumadores y el 33% de fumadoras consumen más de 20 cigarrillos diarios. Esto constituye más de la mitad del consumo total.

[12] Ch. N. Robert, *RPS 93*, 1977, págs. 59 y ss., y la bibliografía citada.

[13] Jeunesse, *Drogue, Société en Suisse*, 1970-1972, Genève, 1972, págs. 197 y ss.

[14] H. Solms, "Alcoolisme et pharmaco-dépendance", Journées médico-sociales romandes, Genève, 1969.

[15] Commission Fédéral des Stupéfiants. Sous-commission "Drogue", *Rapport juin 1989: Aspects de la situation et de la politique en matière de drogue en Suisse*, Berne, 1989, pág. 13.

[16] ISPA, "Alcoolisme et autre toxicomanies. Données statitisque", Lausanne, 1981.

[17] Los datos estadísticos relativos al consumo del alcohol y del tabaco han sido tomados de R. Müller, *Zur Epidemologie des Konsumms legaler und illegaler Drogen in der Schwiz*, 1982 y *Évolutions des habitudes de boire et style de vie en Suisse*, 1975-1979.

El consumo de medicamentos[18] sin prescripción médica o en dosis excesivas concierne sobre todo a los somníferos (hipnóticos), los analgésicos, los sedantes (tranquilizantes) y los estimulantes. Estadísticas precisas y recientes sobre este fenómeno no existen; pero se calcula que el 10% de mujeres y el 5% de hombres (de 15 a 74 años) consumen diariamente un somnífero, un sedante, un analgésico o un estimulante. Las mujeres y los ancianos consumen más medicamentos que los jóvenes y los hombres. El empleo de medicamentos acompaña, frecuentemente, el consumo de alcohol o de estupefacientes.

Respecto al consumo de drogas ilegales no existen aún trabajos completos sobre el consumo global en Suiza. Solo con base en investigaciones parciales se pueden formular estimaciones sobre la situación general. Las encuestas realizadas entre grupos representativos de jóvenes suizos (de 16 a 20 años) muestran que cerca del 30% ha consumido una o varias veces drogas ilegales. En general, se estima que el 11% de personas de 15 a 74 años han probado algún derivado del *cannabis*. Este producto es el más utilizado entre los jóvenes. Sin embargo, de estos consumidores ocasionales solo un pequeño número pasa a ser consumidor habitual, y un número aún más reducido se dedica a consumir drogas duras [*drogues dures*]. En orden decreciente de la cantidad consumida, se deben mencionar el hachís, la heroína, los alucinógenos, la cocaína. A partir de los años 80, se observa una progresión del consumo del hachís e, igualmente, del empleo de la cola, disolventes y cocaína[19]. Según una encuesta realizada por el Oficio Federal de la Salud Pública entre los cantones, resulta que en 1979 existían 5.700 casos graves de drogodependencia, en su mayoría heroinómanos. Si se considera que son pocos los casos de drogadictos curados, es evidente que el número de drogadictos crece constantemente. Este hecho es confirmado por el aumento de la cantidad de drogas en el mercado negro.

Datos globales sobre la situación en Suiza existen solo en relación al año 1967[20]. Según estos datos, entre los jóvenes de 15 a 16 años cerca del 12% están dispuestos a consumir productos obtenidos del *cannabis* y el 5%, opiáceos y cocaína. El consumo parece más elevado en la zona alemánica que en las zonas francesa o italiana. Tal vez esto se deba a la diferencia en las políticas cantonales. En los cantones francófonos y en el Ticino, se sigue una política más represiva que en los cantones de habla germánica.

Un índice claro de la gravedad del problema está dado por el aumento de las muertes debido a una sobredosis en el consumo ilegal de estupefacientes. Estos decesos se producen sobre todo en los cantones con gran densidad urbana[21]. De las 205 muertes acontecidas en el año 1987, 176 lo fueron en diez cantones, en

[18] COMMISSION FÉDÉRALE DES STUPÉFIANTS. SOUS-COMMISSION "DROGUE", *Rapport sur la drogue, mars 1983*, Berne, 1983, págs. 19 y ss. La amplitud del consumo indebido de medicamentos no es fácil de detectar; por ejemplo, a pesar de la existencia de una prescripción médica no se puede descartar un abuso en el consumo.

[19] R. MÜLLER, *Therapeutische Umschau 39*, 1982, págs. 602 y ss.

[20] *Rapport 1989*, pág. 20, nota 15.

[21] Ver anexo n. 5.

el siguiente orden: Zürich, Genève, Vaud, Bern, Bâle-Ville, St. Gall, Argovie, Tessin, Lucerne, Soleure. Estos datos confirman la intuición de que los casos graves de drogadicción tienden a aumentar, mientras que los casos de consumo menos problemáticos disminuyen. El consumo de drogas duras, en particular de la heroína, constituye el problema más agudo en el ámbito medicosocial. Esta situación dramática no debe hacer olvidar que el consumo de drogas legales provoca efectos iguales o más graves; por ejemplo, si en 1983 se calculaban 6.000 muertes anuales debido al consumo de drogas ilícitas, 1.200 eran provocadas por consumo de alcohol y 4.800 debidas al tabaco[22].

3. *Consumo de estupefacientes y delincuencia.* Existe casi unanimidad en señalar la estrecha relación entre el consumo de drogas y la comisión de delitos; así, por ejemplo, en el caso del consumo de bebidas alcohólicas con relación a los delitos contra la vida, la salud, el patrimonio, la libertad sexual y a las infracciones culposas. El consumo de estupefacientes como causa criminógena tiene implicaciones mucho más complejas y, tal vez, menos conocidas. Se estila distinguir tres formas principales de delincuencia relacionada con las drogas: el tráfico ilícito, la de aprovisionamiento, y aquella debida a los efectos de una droga[23].

Sobre el tráfico ilícito no se cuenta con estadísticas suficientes para comprender su magnitud. Actualmente, se caracteriza por constituir una actividad cada vez más organizada por bandas de delincuentes profesionales e internacionales, así como por el recurso cada vez mayor a la violencia por parte de estos delincuentes. El caso del traficante-consumidor es bastante frecuente.

En Suiza y con respecto al año 1973, las incautaciones anuales de hachís se elevaban a 477 kg., las de marihuana a 70 kg., las de opio a 4.4 kg., las de heroína a 650 gr. y las de alucinógenos a 10.800 dosis[24]. Según la misma fuente, en dicho año se registraron, de un total de 4.836, 95 denuncias sobre tráfico ilícito y 1.882 de tráfico y consumo.

La delincuencia de aprovisionamiento está constituída por los actos delictivos cometidos para agenciarse las drogas necesarias al consumo: por ejemplo, robos con efracción en las farmacias o consultorios médicos, falsificación de recetas médicas, infracciones contra el patrimonio para obtener los medios financieros indispensables.

La delincuencia debida a los efectos del consumo de drogas está formada, sobre todo, por los delitos violentos: contra la vida, la integridad corporal y la salud, la libertad sexual, etc. Un caso especial es el de los delitos culposos, o aquellos que atentan contra la circulación vehicular. No está demás señalar que el consumo de drogas lleva con frecuencia a la prostitución y otros comportamientos asociales.

4. *Costo económico del tráfico ilícito de estupefacientes.* Se distingue, generalmente, entre costos económicos y aquellos que no pueden ser valorados financieramente. Este último es el caso, por ejemplo, del costo en vidas humanas que acarrea el consumo de drogas.

[22] *Rapport 1983*, pág. 4, nota 18.

[23] MAX DELACHAUX, *op. cit.*, pág. 43, nota 7.

[24] Estadísticas del Ministerio Público federal del 27 de febrero de 1974, DI/HG.

El costo económico global del consumo de alcohol es estimado[25] en 1.500 millones de francos suizos por año, y el del consumo de tabaco en 600 a 800 millones de francos. De estas sumas, 700 millones, en caso del alcohol, y 150 millones, en caso del tabaco, representan el costo social.

En cuanto al consumo de drogas ilegales, las estimaciones también carecen del rigor científico necesario. Esto es, en particular, cierto en relación con el consumo global en el ámbito suizo. Algunos cálculos se han hecho en relación con el consumo de algunas drogas, en especial de la heroína. Para tener datos más exactos sería necesario conocer el costo de los tratamientos, de las investigaciones policiales y judiciales, los gastos efectuados por los centros de detención y por los servicios de asistencia social, los costos de la delincuencia vinculada a la droga, la disminución del producto neto nacional, etc.

La subcomisión federal "Droga", en su informe de 1983, afirmaba que podía hacerse la siguiente estimación burda del costo de adquisición directa de la heroína: si el consumo individual medio es de 0.5 gr., el precio en la calle es de 400 francos y el número de heroinómanos de 6.000, el costo anual de adquisición sería de 400 millones por lo menos. Recientemente, la revista *Cash*, especializada en materia económica, calcula[26], refiriéndose a datos de la policía y del ministerio público del Cantón de Zürich, que el consumo anual suizo de heroína es de 5.5 "Gassen-Tonnen"[27] y el de cocaína de 4.5 "Gassen-Tonnen". Un "Gassen-Gramm" de heroína cuesta 500 francos y solo contiene 10% de heroína pura. Si se calcula, en Zürich, el número de heroinómanos en 5.000, la ración diaria en 0.5 "Gassen-Gramm" y su precio en 250 francos, el costo diario de adquisición es de 1.25 millones de francos y de 456 millones por año (912 "Gassen-Gramm"). Para calcular el costo en el orden nacional, conforme a estimaciones generalmente admitidas, se debe multiplicar por seis: 5.5 "Gassen-Tonnen" de heroína valoradas en 2 mil 700 millones de francos y 4.5 "Gassen-Tonnen" de cocaína valoradas en mil 300 millones de francos. Si se considera que el tráfico ilícito supone, por lo menos, cuatro etapas intermedias y, así mismo, el "Wertschöpfung" de la droga, el beneficio neto obtenido es de 2.700%: para obtener 5.5 "Gassen-Tonnen" de heroína solo son necesarios 350 kg. de heroína pura o 785 kg. de heroína importada (70% de concentración). Considerando que el kilo cuesta 120.000 francos, el costo de producción sería de 95 millones de francos. El precio de venta asciende a siete veces el costo de producción. Estos datos permiten afirmar que, de ser considerada como una empresa común, la o las mafias que monopolizan el tráfico ilícito de drogas constituyen un enorme poder económico, cuyos beneficios anuales (3.500 millones de francos, considerando el tráfico de heroína y cocaína) la colocarían en el 29 lugar de la lista de empresas suizas, inmediatamente después de Bührle (en 1989 los beneficios de Nestlé se cifraban en 2.500 millones, los de Ciba-Geigy en 1.557 millones).

[25] R. LEU, P. LUTZ, *Aspects économiques de la consommation de l'alcool en Suisse*, Zürich, 1977; R. LEU, Rauchen und Gesundheit: eine volkswietschaftliche Analyse, Zürich, 1982.

[26] Cfr. rev. *Cash*, n. 1, Zürich, 4 de enero de 1991, págs. 1 y 4.

[27] Esta expresión se refiere a la droga tal como se comercializa en la calle.

Como última referencia, señalemos el costo de la readaptación de un drogadicto. Se trata, bien entendido, de una simple estimación, pues no se cuenta con los datos concretos indispensables. El costo diario en una comunidad terapéutica o en una clínica varía entre 100 y 150 francos. Por un tratamiento de un año, el monto asciende por lo menos a 50.000 francos. Si el número de plazas disponibles, en 1983, se calculaba en 300, la suma dedicada a la readaptación de drogados era de 15 millones de francos por año.

El aspecto económico no constituye sin embargo el problema más grave. Junto a este adquieren singular importancia los aspectos médico, social y psicológico.

B) *Situación actual de la lucha contra el tráfico de drogas*

1. *Autoridades encargadas.* El gobierno federal asume la función de coordinación e información en materia de drogas. El Oficio Federal de la Salud Pública asiste a los cantones en la aplicación de la ley, fomenta y ayuda a la creación de las instituciones necesarias. Coopera en la formación y especialización del personal destinado a luchar contra el abuso de las drogas. Así mismo, fomenta la investigación científica. Anualmente se prevé un presupuesto de más de 100.000 francos para financiar estos estudios.

De acuerdo con el sistema federal, son los cantones los que se encargan de llevar a cabo la prevención y la represión del abuso de estupefacientes. Hasta hace unos años, su actividad se orientaba principalmente hacia el tratamiento de alcohólicos y de personas adictas al uso de medicamentos. El aumento vertiginoso del tráfico y consumo de drogas, acompañado de graves problemas sociales, ha obligado a los cantones a crear una serie de instituciones para enfrentar esta grave situación. Es, sin embargo, del ámbito privado de donde provinieron las primeras iniciativas. Las autoridades siguieron este movimiento.

2. *Prevención.* En un comienzo se creyó que la ola de toxicomanía sería detenida mediante una campaña de información pública sobre las causas de la drogadicción. Pero, como era de esperar, esta campaña no tuvo una influencia significativa entre los consumidores. Esto ha conducido a los responsables a cambiar la índole y la orientación de la información al público. Se han desarrollado programas de educación sanitaria e introducido en las escuelas "maestros-mediadores" para ayudar y aconsejar los alumnos en situación conflictiva o con problemas de consumo de drogas. Un programa de prevención global no existe, hasta ahora, en diversos cantones. Estas deficiencias son notorias respecto a la educación de los padres, a la prevención en las empresas y en la evaluación de los programas de prevención[28].

El tratamiento de los establecimientos especializados ha evolucionado, igualmente, de acuerdo con los cambios producidos en el consumo de drogas. La politoxicomanía ha determinado el abandono de los tratamientos tradicionales de drogadictos monodependientes. Después de innumerables experiencias, se ha establecido un tratamiento centrado en los aspectos psicosociales y psicoterapéuticos, acompañado de una reintegración progresiva programada para una duración bastante larga. Se-

[28] Cfr. CH. N. ROBERT, *RPS 93*, 1977, págs. 60 y ss., nota 12.

gún los datos oficiales, se calcula en 320 las plazas disponibles para este tratamiento de larga duración. Dichas plazas se hallan repartidas en diversas comunidades terapéuticas y clínicas.

Deficiencias notables se evidencian en la asistencia a los toxicómanos internados en centros penitenciarios. Ellos constituyen el tercio de la población carcelaria. Esta situación es negativa tanto para el buen funcionamiento de tales establecimientos como para el tratamiento de los delincuentes toxicómanos[29].

También dejan mucho que desear los programas de asistencia posterior a un tratamiento o a la liberación de los detenidos. Existe una deficiencia grave, especialmente en albergues y plazas de trabajo para los liberados. Esto impide ayudar de manera eficaz al drogadicto para que abandone la droga y consiga su autonomía social.

El tratamiento ambulatorio está a cargo de centros de consultación especializados. Además de encargarse del tratamiento, el personal de estos centros absuelve consultas y practica despistajes precoces en personas que se hallen en riesgo de convertirse en consumidores. Junto a estos centros, es de considerar los diversos centros médico-sociales (cantonales o comunales), centros de consultación para jóvenes, etc. Estas instituciones se encuentran desigualmente repartidas en territorio suizo. El tratamiento ambulatorio de la dependencia a una droga es raramente eficaz; constituye sin embargo un elemento fundamental para la preparación del tratamiento en un establecimiento especializado. Los centros que practican el tratamiento ambulatorio constituyen el lugar de encuentro con el toxicómano, donde se evalúa la gravedad de su dependencia y su disponibilidad a someterse a un internamiento para ser tratado. Por último, son útiles para desarrollar una política de motivación hacia la realización del tratamiento apropiado.

El financiamiento de los programas contra la toxicomanía ha mejorado notablemente desde que el diezmo [*dime*] al alcohol ha sido totalmente entregado a los cantones. En el año 1986-87, los cantones han recibido de la Régie Fédérale des Alcools 27.7 millones de francos para combatir las causas del consumo de substancias productoras de dependencia. El 30% de esta suma, alrededor de ocho millones, debe destinarse a la lucha antidroga[30].

Un efecto de prevención general se busca obtener mediante la represión del tráfico ilícito; al menos, haciendo más difícil el acceso a la droga. Para la policía y los funcionarios aduaneros esto significa la realización de operaciones tendientes a perturbar y desestabilizar el mercado. Es en este sentido en el que se trata de explicar la necesidad de reprimir también el consumo de drogas.

3. *Represión*. La acción represiva en las últimas décadas se ha caracterizado, sobre todo, por la persecución de los pequeños traficantes-consumidores y consumidores, en detrimento de la lucha contra el tráfico organizado. Esta situación se ha

[29] ADRIAN MUFF, "Wohin mit drogensüchtigen Straftätern?", in *RPS 100*, 1983, págs. 177 y ss. Consúltese también el artículo que con el mismo título y en la misma revista (págs. 159 y ss.) publica RUEDI OSTERWALDER.

[30] *Rapport 1989*, pág. 27, nota 15.

manifestado durante los últimos años, en una serie de escándalos relativos al lavado de dinero de origen ilícito. Entre los factores señalados, cabe destacar las insuficiencias de la organización y del personal del ministerio público de la Confederación, así como la inexistencia de una verdadera policía federal. La situación no es mejor en el plano cantonal. Los órganos de represión cantonales, debido a los limitados recursos de los cantones, no se encuentran suficientemente preparados, personal y materialmente, para luchar eficazmente contra esta delincuencia internacional.

En 1969 y en toda Suiza se registraron 500 denuncias por violaciones de la ley sobre las drogas. En 1975, 1980 y 1988, 5.000, 8.000 y 18.000 respectivamente. En la década del 70, el 90% de las denuncias se refería a infracciones relacionadas con los productos del *cannabis*; en la actualidad constituyen alrededor de la mitad. El tráfico y el consumo de la heroína son los que más han aumentado (por ejemplo, en 1988: 6.428 casos). Lo mismo sucede, desde hace poco, con los delitos concernientes a la cocaína. Por el contrario, el "crack" no ha hecho aún su aparición de la misma manera[31].

La incautación de drogas ha seguido, naturalmente, la misma progresión. Si en 1980 se incautaron 18 kilos de heroína, en 1988 ya fueron 42.9 kilos, y en 1989 50.4 kilos. La incautación de cocaína, en el mismo período, pasaba de 14 a 226.1 kilos, y en 1989 a 306.1 kilos[32].

En el campo judicial (2.324 sentencias en materia de drogas en 1986), el mayor número de condenas concierne a los consumidores. El número de casos relativos al hachís es siete veces mayor que el referente a la heroína. Los condenados son, sobre todo, adolescentes y jóvenes.

Los casos de procesos judiciales por tráfico ilícito son significativamente menos numerosos. Los casos graves de tráfico (art. 19, inc. 2) constituyen un 21% de las condenas por tráfico. La gran mayoría de casos concierne a formas leves de delincuencia. Es casi imposible saber en cuántos casos se ha interrumpido el proceso o se ha absuelto al acusado por falta de pruebas. Las penas privativas de libertad (de más de 3 meses de duración) son cuatro veces más numerosas que la imposición de un tratamiento ambulatorio o de un internamiento en un establecimiento apropiado. Las razones por las que no se aplican más frecuentemente estas medidas resultan igualmente desconocidas.

En el sistema internacional del tráfico, Suiza se ha transformado en un país de tránsito, cuya importancia es considerada desmesurada con relación al tamaño del país. Debido a que el nivel medio de la red de distribución está controlado por extranjeros, las investigaciones e infiltraciones policiales resultan bastante problemáticas. La importancia de la plaza suiza está, igualmente, determinada por el elevado precio de las drogas en el mercado clandestino helvético, bien superior al de los demás países europeos, y aun al de EE. UU. Así mismo y de acuerdo con la tendencia

[31] MINISTÈRE PUBLIQUE DE LA CONFÉDÉRATION, *Statistique suisse dess stupéfiants 89*, Bern, 1990 (publicación anual), en el avant-propos.

[32] MINISTEÈRE PUBLIQUE, *op. cit.*, 1990, nota 30.

que se observa en el tráfico internacional, los traficantes ya han llegado a establecer centros de producción en Suiza; es el caso, por ejemplo, de los laboratorios desmantelados en Paccots (heroína), en el Ticino (morfina) y en Estavayer du Lac (cocaína). Por último, no es de olvidar que la importante industria farmacéutica suiza produce pastillas de methaqualone y de rohypnol, materias de importante contrabando hacia los países del Tercer Mundo[33].

C) *Discusión sobre la problemática de las drogas*

1. *Introducción.* La crítica situación por la que se atraviesa en Suiza, agudizada por la aparición de lugares públicos[34] donde se comercializan drogas y se distribuyen, por ejemplo, jeringas, desinfectantes, preservativos a los toxicómanos con miras a prevenir el SIDA, ha generado un amplio debate en todos los sectores de la población. Las opiniones manifestadas por especialistas, funcionarios, políticos, profesionales y legos son diversas, ya sea por su simplicidad o bien por su complejidad. Por lo que resulta, de un lado, casi imposible resumir el debate en detalle y, de otro lado, insuficiente, presentarlo como el enfrentamiento de dos grupos opuestos: los represivos y conservadores frente a los liberales y progresistas.

2. *Reforma legislativa.* Aunque no siempre por las mismas razones, existe casi unanimidad en considerar que la ley sobre los estupefacientes debe ser revisada. La misma unanimidad se da en cuanto a considerar que el problema de las drogas no será resuelto con la simple modificación de la ley, cualquiera sea la orientación en que sea realizada. Tampoco se dan grandes divergencias respecto a la necesidad que, tanto desde el punto de vista médico como del psicosocial, existe de reglamentar el uso de drogas y de prever medidas sancionatorias para hacer respetar esta reglamentación. Es, igualmente, opinión general que las disposiciones penales en vigor han sido poco eficaces para combatir este fenómeno; por lo que resulta necesario acentuar la política de prevención. Teniendo en cuenta el carácter internacional del fenómeno, la mayoría es constante en estimar que la solución no puede ser buscada solo a nivel nacional. Esto lleva a proclamar la solidaridad de Suiza con los demás países en el marco de las convenciones internacionales en vigencia.

A partir de 1983, año de publicación del primer informe de la Subcomisión Federal "Droga", diversas iniciativas parlamentarias y particulares han sido presentadas. La revisión de algunos aspectos tratados en ellas permite hacerse una idea aproximada de las preocupaciones y de las perspectivas que se consideran[35]. La moción Hegg propone la revisión de la ley, la agravación de las penas previstas

[33] *Rapport 1989*, pág. 30, nota 15.

[34] En las principales ciudades de la zona alemana, tales centros han sido instalados o están en proyecto de serlo (Berne, Zürich, Lucern, St. Gall). Actualmente se nota, sin embargo, un cierto cambio de actitud entre las autoridades. Esto es debido, en parte, al lugar donde se hallan ubicados dichos centros; por ejemplo, en Berna, junto a la terraza del Palacio federal. Este año, la negativa del pueblo a conceder un crédito destinado a las actividades en el dominio de la toxicomanía, ha determinado el fin de la experiencia del Fixerstübli que venía funcionando en St. Gallen (ATS, *La Liberté* del 4 de marzo de 1991).

[35] *Rapport 1989*, págs. 32 a 38, nota 15.

para los grandes traficantes, la separación de los lugares de ejecución de las penas y las medidas de tratamiento para los toxicómanos y los detenidos no drogadictos, y la creación de establecimientos en los que no haya, en lo posible, posibilidades de tráfico y evasión. La moción Grendelmeier trata de la revisión de la ley con miras a mejorar las posibilidades de descubrir el lavado de dinero ilícito y la agravación de las penas. La moción Fetz trata de la despenalización del consumo y de la posesión de drogas destinadas al uso personal. Las interpelaciones Landolt se refieren al tratamiento con base en la metadona, a la uniformidad de su aplicación y su financiamiento por los seguros de enfermedad. El postulado de la Comisión de peticiones del Consejo de los Estados busca la revisión de la ley respecto, sobre todo, a la forma de ejecución de las penas impuestas a los consumidores, la represión más severa del tráfico ilícito, el tratamiento diferenciado de las drogas duras y de las blandas, la administración de drogas de substitución acompañadas de medidas apropiadas. La iniciativa Rechsteiner propone la liberalización del consumo y del comercio de drogas. La política suiza respecto al tráfico internacional y al reforzamiento de los órganos de control y lucha son objeto de diversas otras mociones o iniciativas.

En cuanto a las iniciativas no parlamentarias, conviene citar, por ejemplo, la proposición de los juristas PIERRE JOSET y PETER ALBRECHT[36], retomada por la Asociación Suiza de Interventores en Toxicomanía. Se trata de un proyecto concreto de revisión de la ley, y sus puntos principales son la restricción de la definición de actos incriminados, la atenuación de los límites máximos de las penas, la impunidad del consumo de estupefacientes y la despenalización parcial de la venta de productos derivados del *cannabis*. Esta propuesta es completada por la exigencia de cambiar de actitud respecto a las personas toxicodependientes. Se trata de permitir a estas personas, que no pueden o no quieren renunciar al consumo de drogas ilegales, el vivir dignamente y para lo cual es de poner a su disposición los medios necesarios (empleo, habitación, lugares de encuentro, cocinas populares, distribución de drogas de substitución o posibilidades de obtener material de inyección). La Comunidad Suiza de Asociaciones de Jóvenes preconiza la despenalización de la compra y posesión de drogas destinadas al consumo personal, así como la distribución reglamentada y controlada por el Estado. El Consejo de Estado del Cantón de Berna, en un pedido dirigido al Consejo Federal, propone se restrinja el número de delitos al mínimo posible, la disminución del límite máximo de las penas, la despenalización del consumo y de los actos preparatorios en vista del aprovisionamiento personal, la atenuación de las penas para los delincuentes toxicómanos, la posibilidad de considerar el *cannabis* como estupefaciente legal. Por su parte, el Consejo de Estado del Cantón de Ginebra plantea que la ley no sea revisada, y destaca el riesgo que implicaría para los jóvenes la despenalización, la insuficiencia de las disposiciones existentes y propone el reforzamiento tanto de la prevención como del tratamiento.

[36] "Entwurf einer liberalen Drogenpolitik: Die Revision des Betäbungsmittelgesetz", in *RDS 105*, vol. I, 1986, págs. 243 y ss.

Las posiciones en favor de la liberalización son sobre todo preconizadas por las personas que trabajan en el medio toxicómano, ya sea en establecimientos especializados o en centros de tratamiento ambulatorio. Las direcciones cantonales de la justicia y de la policía no presentan uniformidad de criterios. Son partidarias de la revisión de la ley, pero no se da una mayoría neta en favor de una orientación determinada. La mayoría de los funcionarios judiciales no desean la revisión de la ley, ni que se diferencie entre drogas duras y blandas.

Según los resultados de una encuesta practicada por el Institut de Recherche de la Société Suisse pour le Marketing GfM[37] entre mil personas (habitantes tanto en la zona francófona como germanófona), resulta que la mayoría (63%) rechaza la despenalización de la compra, consumo y posesión de drogas blandas [*drogues douces*] (marihuana y hachís). Al respecto los suizos franceses son menos favorables (19%) que los suizos alemanes (33%). Por el contrario, una mayoría de 59% se muestra favorable a la distribución gratuita de heroína, bajo control médico, entre los toxicómanos en estado de dependencia grave. La diferencia entre los dos grupos de suizos es aquí mucho más acentuada: el 23% de los suizos franceses y el 71% de los suizos alemanes la aprueban[38]. Las mujeres (63%) están más dispuestas a aceptar esta medida que los hombres (55%). Una mayoría simple de 50.1% se manifiesta en favor de la creación de lugares destinados a los toxicómanos y sin vigilancia policial (al estilo de la Platzspitz[39] de Zürich o de la Kleine Schanze de Bern). Al respecto, la diferencia entre suizos franceses y suizos alemanes es notoria: los primeros se pronuncian en pro de esta medida en un 31%, mientras que los segundos lo hacen en un 56%. Por último, es de señalar que una gran mayoría (68%) considera el consumo del alcohol y del tabaco tan grave como el consumo de drogas. En este punto, los suizos alemanes son más severos que los suizos franceses; el 57% de estos contra 72% de los primeros aceptan esta asimilación. El hecho de que el 79% de las personas interrogadas hayan tenido una opinión sobre los puntos materia de la encuesta muestra claramente la extensión e intensidad del debate que se desarrolla actualmente.

3. *Represión del consumidor*. La penalización, a título de falta, del consumo de drogas en el art. 19a de la ley sobre estupefacientes de 1975 se basó en los argumentos siguientes: esta penalización debía producir un efecto de prevención general, la identificación del traficante debía ser lograda por intermedio del consumidor y la no incriminación del consumo podía constituir un indicador indeseado de la liberalización del consumo de drogas. La aplicación de la ley no ha revelado la corrección de este análisis, el mismo que es frecuentemente criticado por diversos especialistas: el efecto disuasivo esperado no se ha producido[40], la relación represión-terapia se ha acentuado en detrimento de esta última, la represión de los traficantes no se ha visto favorecida y, más bien, los comportamientos asociales de los consumidores han aumentado[41]. Esta posición es aceptada en su informe de 1989 por la Subcomisión Federal "Droga". Por unanimidad recomienda renunciar a la incriminación del consumo de drogas (en general), así como de la posesión y aprovisionamiento de drogas para el propio consumo.

La mayoría de los miembros de la Comisión estima que toda forma de tráfico ilícito debe continuar siendo castigada. Una minoría considera que el tráfico en pequeña escala de *cannabis* debería ser tolerado. Para evitar que Suiza se convierta en el paraíso de la droga, esta medida no debería ser tomada, según la mayoría de miembros de la Comisión, sino en concertación con los demás países. Países que, conforme a las convenciones internacionles, se oponen a decretar tal impunidad.

La discusión sobre la despenalización del consumo y posesión de drogas ha girado en torno a algunos aspectos particulares. El argumento esencial es la ineficacia de la represión con relación a la actividad terapéutica. De un lado, los toxicómanos dependientes de drogas duras son sobre todo enfermos que resultan más fácilmente reconocibles a través de los servicios sanitarios de consulta y ayuda. Lo mismo se puede decir de quienes aún no han llegado a dicho estado de dependencia. De otro lado, los consumidores de productos derivados del *cannabis* no tienen, generalmente, el propósito de actuar ilegalmente y dichas substancias no contienen ninguna propiedad que conduzca necesariamente al consumo de drogas más peligrosas. De esta manera, se rechaza la noción de "drogue palier" (droga puente): entre la substancia que se consume antes de pasar a otra (tabaco en relación con el hachís, este con respecto a la heroína o cocaína) no solo existiría una relación cronológica, sino también una relación de causa a efecto. Se considera que esta noción carece de base científica.

Para evitar que se crea que tal descriminalización esconde una actitud de permisividad respecto a las drogas, se propone como medida complementaria esencial la represión estricta y severa del tráfico ilícito y el tráfico cometido por codicia. Con este objeto, se considera indispensable la organización de un control eficaz en las fronteras, la creación de una policía federal de estupefacientes, así como el reforzamiento de la colaboración internacional y de los medios procesales penales para hacer efectiva la represión judicial. Entre estas últimas medidas se mencionan, por ejemplo, la instauración de la instrucción secreta y la modernización de los medios de coacción.

[37] J. P. GRAFF, "Les Suisses et la drogue", in *Construire*, núm. 14, 3 de abril de 1991, pág. 36.

[38] La diferencia de opiniones predominantes en ambas comunidades deben ser consideradas teniendo en cuenta los sectores sociales. Por ejemplo, la tolerancia germánica hacia el consumo caracteriza también la actitud de ciertos grupos francófonos. Entre las autoridades de Zürich también se encuentran personas con ideas semejantes a las predominantes en la Suiza de habla francesa.

[39] Según un informe, fechado en marzo de 1991, sobre el plan piloto de intervención contra el SIDA (Zipp-Aids), el número de personas afectadas por este mal y que frecuentan la Platzspitz (Zürich) ha disminuido. De acuerdo con los *tests* realizados en 1989, el 17% de los toxicómanos eran seropositivos, y en 1990 el 11%. Entre los que se drogan desde, por lo menos, hace dos años, los enfermos son pocos (0 a 4%); por el contrario, entre los que se drogan desde hace cinco o diez años, el número es mayor (entre 25 y 41%).

[40] Ver anexo n. 1, gráfico n. 1.

[41] HANS SCHULTZ, "Die Strafrechtliche Behandlung der Betäubungsmittel", in *SJZ 68*, 1972, págs. 229 y ss.; PIERRE JOSET, "Drogenknast - Die Verbindung von Kriminalisierung und Therapie", in *RPS 100*, 1983, págs. 183 y ss.; PIERRE JOSET/PETER ALBRECHT, in *RDS 105*, vol. I, 1986, págs. 247 y ss., nota 34; CH. N. ROBERT, in *RPS 93*, 1977, págs. 57 y ss.

Además de las modificaciones relativas a la ley sobre estupefacientes y las normas procesales, se estima necesario modificar algunas normas del Código Penal. En relación con los delincuentes toxicómanos, para quienes se propone también la atenuación de la pena, se estima necesario mejorar el art. 44 del Código Penal para hacer posible que un condenado toxicómano, suficientemente motivado para someterse a un tratamiento terapéutico, pueda ser trasladado de un establecimiento penitenciario a una institución terapéutica. En la práctica, actualmente, este tratamiento no es ordenado por el juez, en razón de que el acusado prefiere, inicialmente, una pena de duración determinada en el tiempo a una medida cuya duración es relativamente indeterminada. En previsión de un posterior cambio de actitud, se trata de concretizar la modificación antes señalada. Ante la urgencia de hacer posible tal cambio de práctica, se recomienda su aplicación provisoria inmediata sobre la base del art. 397 bis del Código Penal. Según esta disposición, el Consejo Federal puede, "con la finalidad de mejorar el régimen de ejecución de penas o medidas de seguridad, autorizar a modo de ensayo y por un lapso determinado métodos no previstos en el Código Penal".

4. *Problema del Sida.* El problema de la drogadicción y la discusión que ella provoca han sido fuertemente influidos por la epidemia del SIDA. Suiza es, en relación con su población (seis millones), uno de los países europeos más afectados por este flagelo. Entre 1983 y 1991[42] se descubrieron 1.730 casos de SIDA (1.405 hombres y 325 mujeres). 1.009 de los afectados han fallecido, de los cuales el 60% tenían entre 25 y 34 años de edad y el 40% entre 25 y 34 años. Los fallecidos pertenecían a tres sectores sociales: 46% de hombres homo o bisexuales (468), 36% de toxicómanos (362) y 11% de heterosexuales (109). Se calcula que del total de enfermos de SIDA, el 29% son toxicómanos y que entre los toxicómanos que se inyectan la droga, los contaminados constituyen, por lo menos, el 50%. Una situación igual o más grave se presenta en los centros penitenciarios.

Considerando que el contagio se produce sobre todo por el intercambio de jeringas, por las relaciones sexuales sin preservativo y, en el caso de las mujeres encinta, durante el embarazo o el nacimiento del niño, se discute actualmente sobre la eficacia de las campañas de educación e información y la índole de las medidas de prevención que resulta necesario aplicar. Los criterios divergen de manera notable, y un consenso sobre una política global aparece por ahora difícil de ser alcanzado. Criterios mayoritarios o unánimes existen, sin embargo, sobre algunos aspectos del problema. Por ejemplo, todos están de acuerdo en privilegiar la prevención; pero no hay consenso sobre los medios de alcanzarla y la manera como estos deben ser utilizados.

Los criterios expuestos por la Subcomisión Federal "Droga" reflejan bastante bien los aspectos sobre los cuales existe un relativo consenso. Señalemos, por ejemplo, que se considera indispensable aumentar las posibilidades de contacto y consultación, en lugares cercanos a la escena de la droga y donde se acojan abiertamente las personas toxicómanas, así como a las personas en peligro (por ejemplo, prostitutas). Lo mismo debe lograrse respecto al tratamiento ambulatorio (comprendido el tratamiento de substitución con base en la metadona) y al tratamiento en establecimientos apropiados. En ambos casos, todas estas medidas de contacto y tratamiento deben estar debidamente encuadradas en un medio terapéutico y existir en número suficiente y en forma variada.

También surge un cierto consenso respecto a la política de información sobre las maneras como se trasmite la enfermedad. Menos clara es la actitud respecto a la manera como debe ponerse a disposición de los toxicómanos preservativos y el material para inyectarse la droga. Una vez admitido el principio general, la modalidad de aplicarlo es de la competencia de los cantones. Para lograr buenos resultados, aparece como necesario que las personas (médicos, asistentes sociales, etc.) reciban una formación complementaria que les permita cumplir mejor con sus tareas de información y tratamiento.

[42] Datos proporcionados por el Office Fédéral de la Santé Publique (ATS, *La Liberté* del 27 de marzo de 1991, pág. 5). Hasta marzo de 1989, el número de casos declarados fue de 806, de los cuales el 29% eran toxicómanos. Cfr. *Rapport 1989*, pág. 88, nota 15.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A pesar de la ambigüedad de la concepción predominante (prevención y represión), la terminología generalmente empleada muestra aún una tendencia hacia la lucha, el combate, la guerra contra los estupefacientes. Parece que el fin perseguido, olvidando la larga experiencia de la "lucha contra la delincuencia", fuera la eliminación de la delincuencia relativa a las drogas y, por tanto, del consumo de drogas. Sin embargo, un movimiento se perfila hacia el abandono del esquema represivo y en favor de una actitud orientada a considerar el consumo de drogas como un fenómeno sociocultural con el que hay que saber cohabitar, y a los drogodependientes como personas que tienen derecho a vivir dignamente. Ambas concepciones buscan dar una solución al problema creado por la deficiente política practicada frente al notable aumento del consumo de drogas.

Esta deficiencia reside tanto en la ineficacia de la legislación represiva como en la insuficiencia de los programas de prevención y tratamiento. La amenaza penal se ha revelado incapaz de disuadir a los delincuentes de continuar traficando y de motivar los consumidores a renunciar a la droga. Lo primero está claramente demostrado por la mínima cantidad de denuncias policiales y de condenas judiciales por tráfico ilícito (en 1983, solo el 5% de denunciaciones eran por tráfico ilícito únicamente, 23% por consumo y tráfico, y 72% solo por consumo ilícito). Es decir que los principales y medianos traficantes escapan a la represión penal. Esta se centra especialmente en los pequeños traficantes (generalmente, consumidores al mismo tiempo) y los consumidores. Esto pone de manifiesto el poder político-económico de los que manejan y controlan el tráfico, a la vez que la inoperancia de los órganos estatales de control y represión.

En cuanto a la prevención del consumo, la simbiosis establecida legalmente entre represión y tratamiento terapéutico impide que los medios de prevención previstos

por la ley sean percibidos por los consumidores como una ayuda o solución atrayente. La coacción no es la medida idónea para lograr que un toxicómano se someta a un determinado tratamiento, ni para que no renuncie a un tratamiento ya comenzado. Esta relación entre reacción judicial y tratamiento terapéutico es, en particular, nociva en la medida en que se fundamenta en la idea de que todo consumidor de drogas es un toxicodependiente y que todo toxicómano es un enfermo irresponsable. Para romper esta inconveniente relación entre medidas judiciales y tratamiento es indispensable una modificación no solo de las disposiciones pertinentes de la ley sobre drogas (arts. 15 y ss.), sino también de las normas generales del Código Penal referentes a las medidas de seguridad (art. 44) y del art. 397a del Código Civil, que autoriza privar de libertad a una persona con fines de asistencia. Además, se deben aumentar y diversificar las posibilidades de tratamiento con la finalidad de, mediante un adecuado programa de información, motivar a los consumidores a someterse a un tratamiento alejado de la amenaza penal, del aislamiento y de la promiscuidad. Uno de los aspectos esenciales es el de crear las condiciones personales y materiales para brindar, en los casos graves y desesperados, la posibilidad de una supervivencia humanamente digna. En esta perspectiva, no se puede dejar de pensar en la necesidad de proveer gratuitamente de drogas a toxicómanos sin medios económicos para procurarse la ración que necesitan y evitar así que cometan delitos, se prostituyan o incurran en actos delictuosos que los lleven a la marginalización.

Este abandono de la represión supone, igualmente, la renuncia a los establecimientos terapéuticos cerrados y presididos por el tratamiento forzado. Así mismo a la aceptación que los establecimientos penitenciarios o las secciones especiales de seguridad y tratamiento no constituyen el lugar donde deben ser mantenidos los consumidores o los toxicodependientes. Su presencia en estos locales (155 que encierran anualmente, más o menos 2.900 detenidos, de los cuales un promedio de 30% —860— han infringido la ley sobre drogas) hace impracticable la ejecución de las penas conforme a los principios de resocialización y reeducación (art. 37, inc. 1 del C. P.)[43]. Esto es sobre todo inevitable debido a que en ciertas prisiones el porcentaje es superior al promedio indicado (entre 35 a 40%, y, en las cárceles de mujeres, más del 50%). Si se tiene en cuenta que, en su mayor parte, se trata de consumidores (comprendidos los consumidores-traficantes), resulta indispensable replantearse la política represiva practicada contra este grupo de personas. Grupo que no es, en buena cuenta, sino una mínima parte del real número de personas que consumen estupefacientes ilegales.

El consumo no debe ser ni directa (aún a título de contravención) ni indirectamente reprimido (sancionando los actos preliminares y necesarios al consumo). Esta idea gana, notoriamente, terreno respecto al consumo de *cannabis* y de sus derivados (este comportamiento motiva anualmente el 53% de las denuncias por violaciones a la ley sobre drogas). Lo mismo se nota respecto a los consumidores-traficantes. Esto se debe a que en realidad se trata, muy frecuentemente, de consumidores que trafican en pequeño para financiar sus propias necesidades de consumo, y que por consiguiente están lejos de hacerlo con la finalidad de obtener pingües ganancias. En un primer momento parece reforzarse el criterio de atenuar sensiblemente la pena respecto a estas personas, ya sea previendo marcos penales menos severos, o ya aplicando la atenuante de la responsabilidad restringida. Estas medidas resultan interesantes en la medida en que la criminalidad generada por el consumo de drogas es no solo aquella descrita por la ley sobre drogas sino también la delincuencia común (tipificada en el Código Penal).

La no penalización del consumo pone en duda la conveniencia de reprimir el tráfico de drogas entre adultos, ya que los menores requieren una política especial. La aceptación o la tolerancia de que las personas consuman drogas sería una ficción si se criminaliza su tráfico o no se prevén las posibilidades para su adquisición. Esto supone, de un lado, la organización de un sistema administrativo adecuado para controlar su producción y comercialización y, de otro lado, la represión de las violaciones más graves a este sistema. Uno de estos casos sería, por ejemplo, el tráfico ilícito practicado por codicia, o de una cantidad importante de droga que aparece desmesurada en relación con las necesidades personales de consumo.

En el orden legislativo, deben evitarse los excesos y errores al elaborar la legislación. Por ejemplo, la fijación de penas extremadamente severas que no tienen en cuenta ni la condición de infracciones de peligro abstracto que se atribuye a las infracciones a la ley sobre drogas, ni el grado de importancia del bien jurídico que se pretende proteger. La salud es menos importante que la vida; sin embargo, en el Código Peal se prevén penas menos severas para ciertos atentados contra la vida que las previstas para la mayor parte de casos de tráfico ilícito (art. 19). Otro ejemplo es la técnica legislativa empleada para la elaboración de los tipos legales o de las circunstancias agravantes. Esta manera de legislar, así como ciertas medidas procesales, no es del todo conforme, en particular, a los principios del derecho penal liberal (legalidad, proporcionalidad, etc.) y, en general, al Estado de derecho (por ejemplo, cuando se autoriza la intervención policial hasta casi los límites prohibidos del "agente provocador").

La despenalización del consumo y del tráfico entre adultos sin fines lucrativos (en el sentido restrictivo de codicia) tendrá efectos importantes sobre el actual mercado negro de la droga. La demanda clandestina se extinguirá progresivamente, lo que determinará la baja de los desorbitantes precios actuales y hará menos interesante el tráfico. Por esta vía, se debilitaría notablemente o se eliminaría la base en que se apoya la prosperidad actual de la red de traficantes que monopolizan el mercado negro[44].

[43] FRITZ WERREN, director del establecimiento penal de Thorberg (Bern), afirma que "Die Drogendelinquenten passen in keiner Weise in dieses Vollzugssystem" y propone la despenalización del consumo en el sentido de la legislación sobre bebidas alcohólicas, in *RPS 100*, 1983, págs. 173 y 176.

[44] Consultar: "Kleinewefers, Henner, Einer freier Drogenmarkt hilft nicht nur den Süchtigen", in *Die Weltwoche*, n. 14, del 6 de abril de 1989, pág. 23; WERNER W. POMMEREHNE, HANS C. HARTMANN, "Ein ökonomischer Ansatz sur Rauschgiftkontrolle", in *Jahrbuch für Sozialwissenschaften 31*, 1980, págs. 103 y ss.

Entre las medidas económicas destinadas a modificar la situación actual se propone, de acuerdo con la política seguida por los Estados Unidos desde hace unas décadas, la erradicación de los cultivos de plantas (coca, amapola y otras) que son la materia prima para la producción de estupefacientes. Esta medida supondría prestar a los países afectados la ayuda financiera necesaria para producir y comercializar productos de substitución. Algunos partidarios de esta medida parten de la idea simplista consistente en creer que si hay consumidores es debido a que existe la producción y el tráfico de drogas. La cuestión podría ser planteada a la inversa: si hay producción es debido a la existencia de consumidores. Lo cierto es que la existencia y el funcionamiento del mercado de la droga es una realidad bastante más compleja. Mercado, perfectamente integrado al sistema económico mundial que se caracteriza por la enorme desigualdad entre países industrializados y países productores de materias primas. Esta realidad muestra que, tanto en el plano nacional como en el internacional la respuesta al problema de las drogas debe ser polivalente: social, económica, terapéutica, judicial, educativa.

Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania

*Walter Perron**

1. Legislación penal material

a) En la República Federal de Alemania, la materia del tráfico de drogas está regulada en la Ley de Estupefacientes (BtMG) del 28 de julio de 1981, ley esta de carácter primordialmente administrativo pero con muchos preceptos y referencias criminales, de tal modo que con la misma razón esta ley se podría calificar como una ley penal especial con algunas partes y referencias administrativas. Esto no es un mero juego de palabras, sino muestra de que la actitud legisladora frente al llamado problema de drogas básicamente es una actitud de amplia criminalización y represión penal.

La parte administrativa de la Ley de Estupefacientes regula especialmente la producción y el tráfico de drogas, en forma de una prohibición general con la posibilidad de permisos específicos y con un régimen de control muy estricto. Los diversos tipos de estupefacientes están enumerados detenidamente en tres anexos, que se actualizan frecuentemente por decretos gubernamentales. No se distinguen drogas "duras" y "blandas". Los preceptos penales consagrados en esta ley se refieren básicamente al tráfico ilegal, es decir, sin el permiso necesario, y son accesorios a la regulación administrativa. Además existe un catálogo de "contravenciones" según el cual se sancionan infracciones administrativas en el ámbito del tráfico legal con multas. En lo siguiente, me limitaré a los preceptos penales, esto es, al tráfico ilegal.

b) El sistema de criminalización del tráfico ilegal de drogas aparece notablemente amplio y complicado. El § 29, I, de la BtMG regula en once números varios

* Instituto Max Planck (Alemania).

tipos penales básicos, que describiré detenidamente, a continuación, y donde se imponen penas privativas de libertad de hasta cuatro años, o multa (que puede llegar, según los preceptos generales de los §§ 40 y ss. del Código Penal alemán y atendidos los ingresos y el patrimonio del sujeto, a los 3.600.000 marcos). El tipo central es el de traficar con drogas [*Handeltreiben*], pero también se penalizan varios comportamientos complementarios. Algunos de estos tipos básicos se completan además con la penalización de la tentativa (29, II, BtMG) y del delito imprudente (29, IV, BtMG).

Para casos de mayor gravedad el legislador utiliza dos métodos diferentes de agravación de la pena. El primer método se establece a través de una regla de medición de pena del § 29, III de la BtMG, que deja a la discreción del juez la apreciación de un "caso de especial gravedad", atendiendo a todas las circunstancias, con la consecuencia de que la pena será de privación de libertad de 1 a 15 años. Sin embargo, el legislador limita esta discreción por medio de ejemplos concretos, en los que el juez solo muy excepcionalmente puede prescindir de la agravación. El caso más importante es el del tráfico de estupefacientes en "una cantidad no insignificante" [*in nicht geringer Menge*]. El segundo método lo representa el § 30, I de la BtMG, que contiene cuatro tipos de agravación fijos que llevan automáticamente a una pena privativa de libertad de dos a quince años, por ejemplo, en el caso del tráfico por miembros de bandas que se dedican al comercio de drogas. Pero también en este ámbito el juez mantiene, según el apartado II del § 30 de la BtMG, la facultad discrecional de apreciar un caso de "menor gravedad", con la consecuencia de que la pena se rebaja a privación de libertad de tres meses a cinco años. En suma, el legislador ha enumerado algunas circunstancias agravantes que abren la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad de hasta quince años y que generalmente elevan la pena mínima a prisión de uno o dos años, pero en casi todos los casos el juez puede, según su arbitrio, no aceptar esta elevación de la pena mínima o, por el contrario, aplicar la pena agravada sin la presencia de los presupuestos de una circunstancia agravante de las enumeradas. Dada esta discrecionalidad del juez, parece claro que un mero análisis dogmático de las circunstancias agravantes, aunque necesario, no nos ofrece una imagen real de la criminalización del tráfico de drogas, sino que para ello hace falta observar, en primer lugar, la práctica de los tribunales, a lo que se refiere la ponencia de mi colega FRIEDER DÜNKEL.

Por otro lado, en casos excepcionales el juez tiene también la potestad de atenuar considerablemente la pena o dispensar totalmente de una sanción penal. En primer lugar, esta posibilidad existe según el § 29, V de la BtMG, cuando no concurran circunstancias agravantes y el autor, entre otras conductas, produzca, importe, lleve o se provea de una pequeña cantidad de estupefacientes para el autoconsumo. En segundo lugar, según el § 31 de la BtMG, cuando el autor voluntariamente ofrece sus conocimientos *para el esclarecimiento del hecho más allá de su propia participación* o sobre planificaciones de delitos futuros, de modo que estos delitos puedan impedirse por la policía.

Además existen en BtMG varios preceptos complementarios a las reglas generales del Código Penal alemán relativos a sanciones especiales. De esta manera, el § 33 BtMG aumenta las posibilidades de confiscación o comiso generalmente admisibles según los §§ 73 y ss. del Código, y el § 31 BtMG admite en casos graves la vigilancia de la conducta como medida de seguridad. Para autores drogodependientes el Código Penal alemán establece varias medidas especiales, por ejemplo, el internamiento forzoso en un establecimiento de deshabituación o la recompensa de esfuerzos de terapia voluntaria con la suspensión condicional de la pena o medida de seguridad. Adicionalmente los §§ 35 y ss. de la BtMG prevén la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad de hasta dos años ya impuesta, o de prescindir de una acusación cuando el inculpado ha cometido el delito a causa de su drogodependencia y en el presente se somete voluntariamente a un tratamiento de deshabituación o rehabilitación.

No existen preceptos legales que se refieran específicamente a la ejecución de penas en relación con los delitos de drogas (pero sí en los correspondientes reglamentos administrativos).

c) Los diversos tipos básicos tienen como bien jurídico común la salud pública. En otras palabras, lo que se quiere impedir es la distribución ilegal de drogas. Por consecuencia, el concepto legal más importante es el de "traficar" con estupefacientes del § 29, I, num. 1 de la BtMG, que es interpretado por los tribunales de manera muy amplia. Traficar, según esta interpretación, es ya cada esfuerzo para hacer posible o facilitar la circulación de estupefacientes, motivado por el propio interés, de modo que también actos de preparación o tentativa y actos de mera complicidad ya suponen la presencia de todos los presupuestos necesarios del tipo penal.

Pero al legislador alemán no le basta esta amplia criminalización de la distribución de drogas, sino que ha introducido varios tipos complementarios que en su mayoría son meros tipos de peligro abstracto en relación con el bien jurídico de la salud pública o se refieren a meros actos de participación o preparación. Así también es punible el cultivo o producción, la importación o exportación, el *transporte* y la enajenación, entrega u otra forma de poner en circulación los estupefacientes (§ 29, I, núms. 1, 5 BtMG). Especialmente dudosos aparecen los tipos de mera adquisición o tenencia que no exigen ninguna cantidad mínima (§ 29, I, núms. 1, 3 BtMG), porque el ponerse en peligro a sí mismo y consecuentemente el consumo de drogas por regla general no son punibles. El legislador fundamenta la punición de la tenencia de drogas, de un lado, en el peligro de que equivocadamente se entreguen estas drogas a terceros, y de otro, en la necesidad de evitar dificultades probatorias en el proceso penal, porque en muchos casos no es posible averiguar o probar los fines de la posesión de la droga.

Con independencia de esto, también es punible el proporcionar dinero u objetos patrimoniales para el tráfico o la producción ilegal (§ 29, I, núm. 5 BtMG), lo que según las reglas generales sería un mero acto de participación, accesorio a un hecho principal, que solo sería punible si ha llegado al menos al grado de tentativa. De la misma manera se penaliza la propaganda y la comunicación o facilitación de

posibilidades para el consumo de drogas o la inducción al consumo (§ 29, I, núms. 8, 10 BtMG), lo que en la práctica es causa de muchos problemas por la laxitud y vaguedad de estos conceptos, por ejemplo, en el caso del farmacéutico que vende jeringas para disminuir el peligro del SIDA. Según el § 29, VI de la BtMG, también se penaliza el traficar con sustancias que realmente no son estupefacientes pero que se hacen pasar por tales.

Finalmente, existen tipos penales específicos para los médicos y farmacéuticos que recetan o entregan ilegalmente estupefacientes (§ 29, I, núms. 6, 7 BtMG), y para los pacientes que hacen falsas declaraciones con la finalidad de conseguir tales recetas (§ 29, I, núm. 9 BtMG).

d) Las circunstancias agravantes abren, como ya se ha mencionado, la posibilidad de una pena máxima de privación de libertad de 15 años y elevan la pena mínima en dos escalas: a privación de libertad de un año en la primera, y de dos años en la segunda. Agravantes de la primera escala son, según el § 29, III de la BtMG, la profesionalidad, la puesta en peligro concreto de la salud de varias personas, la entrega de drogas por adultos (más de 21 años) a los jóvenes (menos de 18 años) y el traficar, entregar o poseer drogas en una cantidad no insignificante.

De todas estas agravantes, la última es la de mayor relevancia. No se distingue entre las diversas clases de drogas y tampoco entre drogas "duras" y "blandas", sino que el *Bundesgerichtshof* (BGH, esto es, el Tribunal Supremo alemán) atiende al agente activo contenido en la sustancia. Para las drogas más frecuentes ha decidido lo siguiente:

Cannabis: 7.5 gr. tetrahydrocannabinol (THC). El hachís contiene generalmente entre 0.8 y el 15% THC, marihuana entre 0.1 y 5%. Si una determinación exacta no es posible, 500 gr. de hachís han sido considerados como insuficientes.

Heroína: 1.5 gr. heroinhydrochlorida. La heroína es vendida con concentraciones entre 1 y 98%.

Cocaína: 5 gr. La cocaína se vende con concentraciones entre 1 y 99%.

La finalidad de esta agravante es sancionar toda acumulación significativa de drogas con una pena mayor. Especialmente se quiere impedir la objeción de que se ha almacenado para el autoconsumo, por lo que solo se desiste de la agravación, en casos de mera tenencia, cuando se comprueba claramente que no existía ninguna intención de traficar.

En la segunda escala las agravantes consisten en el cultivo, producción o tráfico de drogas como miembro de banda formada para realizar continuamente tales actos, en la entrega profesional de drogas por adultos a jóvenes, en la causación por imprudencia temeraria de la muerte de la persona a quien se entregó la droga, y en la importación de drogas en una cantidad no insignificante. Las agravantes más significativas de este grupo son las de la comisión por miembros de bandas que se dirige primordialmente contra la criminalidad organizada y la de la importación de cantidades no insignificantes.

e) Las dos circunstancias atenuantes que pueden llevar hasta la exención total de la pena se basan en razones muy diferentes. Primero, el § 29, V, de la BtMG, concede

este privilegio al que cultiva, produce, importa, exporta, transporta, adquiere o posee estupefacientes en una pequeña cantidad, exclusivamente para el autoconsumo. La atenuante está justificada por la impunidad general del consumo de drogas, de modo que se estima inadecuada una sanción penal en los casos en los que también por las circunstancias externas parece obvio que el autor no tiene la intención de traficar. En este sentido, el § 29, V de la BtMG, funciona como correctivo de la criminalización general de la mera tenencia de drogas del § 29, I, num. 3 BtMG. Pero desde un punto de vista politicocriminal, esta atenuante tiene dos graves inconvenientes. Primero, porque la atenuación es facultativa y no obligatoria. Segundo, porque en la práctica se aplica mucho más restrictivamente de lo que la ya restrictiva terminología legal lo exigiría. "Cantidad insignificante" no se interpreta como contrario a "cantidad no insignificante", sino que entre ambas clases se pone un tercer grupo de "cantidad normal". Así, la "cantidad insignificante" no llega hasta los límites de la agravante del § 29, III de la BtMG, sino que —según nuestros tribunales— no debe exceder de la dosis que una persona no acostumbrada al uso de drogas necesitaría para un día. Los límites de la atenuante, en la práctica, consecuentemente son (¡sustancia total, no agente activo!):

—Hachís: 6 gr.
—Heroína: 0.15 gr.
—Cocaína: 0.3 gr.

La segunda atenuante se funda en meras razones politicocriminales. Según el § 31 de la BtMG, el juez puede privilegiar al autor que por voluntaria revelación de sus conocimientos ha contribuido esencialmente al esclarecimiento del hecho más allá de su propia participación, o al autor que voluntaria y tempranamente ha revelado sus conocimientos de modo que los delitos ya planificados puedan impedirse. En la práctica, es la primera alternativa la de mayor relevancia. Sin embargo, no está claro si esta regulación realmente ha sido eficaz o si el único resultado real es un frecuente abuso por la defensa en los procesos penales, favorecido por la jurisprudencia del BGH, que exige muy poco para que se dé una "contribución esencial en la averiguación", de modo que la fantasía de los acusados se puede desarrollar en amplias formas. Desde el punto de vista del Estado de derecho se han criticado mucho estos "negocios con criminales", pero por ahora no se prevé su derogación.

f) De los preceptos que se refieren a las sanciones, me limitaré a los §§ 35 y ss. de la BtMG, los cuales posibilitan la suspensión de la ejecución de una pena de privación de libertad de hasta dos años ya impuesta, o de la acusación penal en casos en los que se espera como máximo dicha pena, si el autor ha cometido el hecho a causa de su drogodependencia y se halla en tratamiento de rehabilitación, o asegura que se someterá a este tratamiento en el primer caso (pena ya impuesta), o ya está sometido a tratamiento desde hace tres meses en el segundo caso (todavía no acusado).

Las intenciones del legislador eran la humanización, resocialización y descriminación de la actitud respecto de personas delincuentes por su drogodependencia. Se

reconoció que la drogodependencia no es un problema criminal, sino social y patológico. La amenaza de pena solamente debería funcionar como estímulo *de la voluntad para* someterse a una terapia de deshabituación y rehabilitación.

En efecto, los expertos juzgan muy críticamente la eficacia de estos preceptos. Estudios empíricos hacen suponer que la decisión de someterse a tratamiento no se puede producir monocausalmente por presiones judiciales, pero que, por otro lado, estas presiones, en algunos casos, sí funcionan. Además, en el caso del autor que se niega a someterse a tratamiento, la ley exige tratarle como delincuente, y no como el enfermo que realmente es.

De todas maneras, se puede constatar que, dada la amplia y severa criminalización de toda forma de contacto con drogas ilegales, los §§ 35 y ss. de la BtMG parecen por lo menos insuficientes, si se acepta que el uso de drogas es un problema primeramente social y patológico. Son insuficientes, porque no pueden compensar los daños que causa la intervención del derecho penal *que impide la adopción de medidas sociales pofundas.*

2. Legislación penal procesal

La ley procesal penal alemana (StPO) no contiene preceptos especialmente referidos al tráfico ilegal de drogas. Pero, puesto que las penas de la BtMG colocan estos delitos en el ámbito de la criminalidad más grave, está claro que todas las medidas coercitivas que contiene la StPO también se pueden aplicar aquí. Así, el § 100a de la StPO, que regula el control de las telecomunicaciones, contiene en el catálogo de los delitos que pueden justificar esta medida cautelar también tipos penales agravados de la BtMG (§§ 29, III, nums. 1, 4; 30, I, nums. 1, 2, 4). Según el § 104, II de la StPO, las restricciones para registros domiciliarios nocturnos del § 104, I no rigen respecto a habitaciones que fueran conocidas por la policía como escondites del comercio prohibido de narcóticos. Y el § 112a de la StPO enumera como motivo adicional de la prisión provisional, en los casos de sospecha de delitos de drogas, el peligro de la reiteración.

Sin embargo, los problemas procesal-penales más graves no se hallan regulados en la StPO: los problemas relacionados con los llamados "hombres de conexión" [V-Leute]. Dado que la "escena de drogas" aparece como círculo cerrado, *criminalizado en todos sus niveles,* en la práctica no existen denuncias de "víctimas" para iniciar la persecución penal. Un control represivo efectivo del tráfico ilegal de drogas, por tanto, solamente puede realizarse por medio de colaboradores secretos o agentes policiales, infiltrados clandestinamente en la "escena", que observan personalmente los hechos delictivos. Así, en un gran número de procesos el tribunal y la defensa se encuentran frente a aquellos "hombres de conexión".

Los problemas causados por este fenómeno son varios. Primero, tanto el Tribunal Federal Constitucional (BVerfG), como el BGH han considerado admisible, por motivos de conveniencia y de necesidad, el uso de estos agentes secretos, es decir, que el Estado y sus funcionarios o encargados espíen clandestinamente la

esfera privada de los ciudadanos. Pero la vida adaptada al ambiente de los traficantes y consumidores de drogas exige frecuentemente la comisión de hechos punibles, y para descubrir traficantes más importantes hace falta provocar nuevos delitos, lo que, según las reglas generales, es punible por lo menos como inducción (para funcionarios el tráfico para fines profesionales con drogas es lícito según el § 4, II, BtMG). Además, los agentes policiales muy frecuentemente se hallan en conflicto con el principio de legalidad, porque no quieren iniciar una persecución por un delito leve (por ejemplo, la tenencia de drogas en cantidades menores) que impediría llegar hasta los traficantes mayores, con la consecuencia de cometer un encubrimiento personal, punible según el § 258a del Código Penal alemán. Todos estos problemas de la punibilidad del agente clandestino no han sido hasta ahora solucionados dogmáticamente, pero en la práctica no existen persecuciones penales contra funcionarios policiales por tales comportamientos. Sin embargo, si la provocación del agente secreto tuvo mayor influencia en la realización de un comportamiento delictivo, esto (en la fase de la medición de pena) se considera como circunstancia atenuante de mucha significación.

Un segundo ámbito de problemas se da en relación con los métodos de investigación empleados por estos agentes, como, por ejemplo, registros clandestinos sin la autorización necesaria. Algún tribunal ya decidió que en estos casos se puede aplicar la causa de justificación general del estado de necesidad, pero esto es muy discutido por la doctrina y carece hasta ahora de una solución convincente.

El problema tal vez más grave ocurre en la práctica, cuando las autoridades policiales se niegan a identificar a un informante o agente secreto porque temen que este pueda ser víctima de actos de venganza, o porque prefieren que el agente pueda continuar su trabajo clandestino sin peligro de ser descubierto. Según la opinión de nuestros tribunales, la no identificación por la policía en principio es legítima, de modo que el deber del juez de investigar el caso y el derecho del acusado de solicitar la realización de determinadas pruebas se hallan limitados por el interés de proteger al testigo y de mantener sus capacidades de observación y averiguación. Sin embargo, no se acepta un interrogatorio en el juicio oral sin identificar nombre y dirección del testigo frente al defensor, y no se permite blindarle óptica o acústicamente. En este sentido solo se permite la exclusión de la publicidad y del acusado mismo, pero no de su defensor. El ministerio fiscal y la policía, por lo tanto, solamente pueden elegir entre presentar el testigo e identificar sus datos personales o impedir completamente su presencia en el proceso. En el último caso el fiscal puede introducir en el juicio oral actas de interrogatorios anteriores, realizados ante un funcionario policial, y presentar este funcionario como testigo de oídas, pero los tribunales le atribuyen escaso valor probatorio. En consecuencia, la policía no considera esta alternativa muy apropiada.

En suma, el uso de informantes o agentes clandestinos ha creado un cúmulo de problemas que hasta ahora carecen de una solución convincente, desde el punto de vista de la práctica y de la teoría.

3. Proyectos de reforma de la legislación

En el período de legislatura que terminó a finales de 1990 se presentaron varios proyectos de reforma, de los cuales ninguno fue aprobado finalmente. Sin embargo, en el acuerdo de coalición entre los partidos políticos que forman el nuevo gobierno federal se manifestó expresamente la intención de asumir los fines de aquellos proyectos, por lo que los describiré en breves palabras a continuación.

El proyecto más amplio es el del gobierno de Baviera, del 30 de enero de 1990, que intenta mejorar el instrumentario represivo en todas las materias, penal y procesal, mientras que los dos proyectos del gobierno federal del 25 de octubre de 1989 y del 5 de enero de 1990, y el proyecto del grupo parlamentario socialdemócrata del 4 de octubre de 1989, concentran sus esfuerzos en absorber las ganancias pecuniarias del tráfico ilegal de drogas. Por consiguiente, trataré primeramente el proyecto bávaro, y en el ámbito de la ampliación de las sanciones contra el patrimonio y la propiedad incluiré los restantes proyectos.

A pesar de que la discusión politicocriminal en los últimos años haya girado en favor de la liberación y despenalización del tráfico de drogas, los proyectos legislativos favorecen una fuerte agudización del instrumento represivo, especialmente para mejorar la lucha contra la criminalidad organizada, y al mismo tiempo niegan la efectividad de una amplia despenalización de las conductas de los consumidores y pequeños traficantes de drogas. Las sugerencias del proyecto bávaro en el campo del derecho penal material contienen entre otras:

— Agravación de las penas, especialmente contra miembros de bandas: privación de libertad de 10 a 15 años o perpetua; *se facilitan los requisitos* de la inhabilitación especial para médicos y farmacéuticos.

— Introducción de un nuevo tipo penal de "lavado de dinero" y confiscación de todos los objetos patrimoniales del delincuente, también aquellos no relacionados con el hecho perseguido en la medida que este no pueda demostrar una adquisición legal.

Esta última propuesta (confiscación del patrimonio) es también compartida por los dos proyectos del gobierno federal que, además, proponen la introducción de la confiscación del patrimonio como sanción penal independiente. El proyecto de la oposición socialdemocrática coincide con el proyecto bávaro en la creación del tipo penal del "lavado de dinero" y propone la posibilidad de establecer una multa en proporción a las ganancias patrimoniales estimadas como resultado del negocio ilegal.

El valor politicocriminal de estas propuestas parece por lo menos dudoso. Si la finalidad es intimidación en el sentido de la prevención general negativa, no se comprende por qué las amenazas de pena vigentes, que llegan para casi cada forma del tráfico ilegal de drogas a la privación de libertad de hasta 15 años, ya no sean suficientes. Pero la razón de las sanciones patrimoniales propuestas también es otra: se quieren confiscar las ganancias del tráfico de drogas sin la necesidad de probar los delitos singulares que forman la base de estos ingresos,

de modo que sea suficiente la condena por un solo delito, aun leve, para tener acceso al patrimonio completo del inculpado. Y esta finalidad infringe —por la inversión de la carga de la prueba— la presunción de inocencia, la garantía de la propiedad de la Constitución alemana y los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Las sugerencias del proyecto bávaro en el campo del derecho procesal penal parecen de mayor trascendencia aún, dado que no se limitan a los procesos por delitos de drogas, sino que se refieren a todos los delitos de "significación mayor". Se pueden distinguir dos grupos principales de nuevos preceptos que se refieren, de un lado, a los problemas causados por el uso de agentes policiales clandestinos, y de otro lado, al uso de métodos de investigación que hasta ahora están reservados a los servicios secretos.

Las propuestas en relación a los agentes secretos contienen:

— Regulación explícita de su admisibilidad en general, incluso la construcción de una falsa identidad con documentos falsos, etc., y esto no solo para la persecución penal de delitos ya cometidos, sino también para la exploración preventiva de ambientes criminales.

— Admisibilidad de registros domiciliarios clandestinos realizados por estos agentes.

— Admisibilidad de la no identificación de estos agentes en los procesos penales y admisibilidad de interrogatorios procesales sin identificación de nombre y domicilio y de interrogatorios desde lugares desconocidos, distintos del lugar del juicio oral, por medio de transmisiones de video o meramente acústicas.

Las propuestas referidas a los nuevos métodos de investigación son:

— Uso de instrumentos técnicos para grabaciones clandestinas acústicas y ópticas.

— Secuestro de datos de cualquier clase sobre grupos enteros de personas sospechosas o no sospechosas, y observación y control de personas sospechosas para realizar una búsqueda por medio de retículos.

Me faltan palabras para enjuiciar estas propuestas, que me parecen tan graves como el retroceso a la cámara de tormentos medieval. Primero, porque consideran a los ciudadanos como meros objetos y desestiman su derecho a la intimidad. Segundo, porque llevan a un fuerte desequilibrio de la balanza procesal en favor de la policía, que podría trabajar casi incontroladamente y entregar a los órganos judiciales solo aquellos resultados y pruebas cuya publicación parezca conveniente.

No está claro en este momento si todas las propuestas de estos proyectos se van a introducir en la legislación. Pero, concretamente, el proyecto bávaro fue aprobado en la legislatura pasada por casi todos los ministros del interior de las comunidades autónomas alemanas, incluidos los de gobierno socialdemócratas. Por consiguiente, las perspectivas no me parecen muy agradables.

La política de estupefacientes en los Países Bajos

*John A. E. Vervaele**

INTRODUCCIÓN GENERAL

La política holandesa en materia de drogas es conocida en el extranjero como muy permisible. En muchos sentidos esto parece ser un mito.

En primer lugar me gustaría indicar las líneas principales de la política en materia de drogas de Holanda. Es importante constatar que hay una política global en esta materia, cuyo aspecto criminal forma solo un apartado de menor importancia. En Holanda se considera el asunto de la droga esencialmente como un problema de sanidad y salud y no de justicia. En consecuencia, la mayor parte de los esfuerzos y de las finanzas se dedican a la salud. De otra parte, es un objetivo primordial separar y mantener separados los mercados de droga blanda y droga dura. Por esa razón existe un mercado legal de droga blanda, a través de los *koffieshops*, con licencia del gobierno. Tampoco es de preferencia para los fiscales perseguir el comercio de cantidades pequeñas de droga blanda. Estos aspectos, que exigen una política pragmática en el acontecer de cada día, hacen que la política en materia de drogas sea diferente de otros países, donde en general domina una política criminal represiva y poco pragmática, una política que no parece aportar muchas soluciones al problema, más bien lo contrario.

Sin embargo, en materia de droga dura no hay tantas diferencias con el extranjero. Holanda penaliza el tráfico de drogas; cuando se trata de drogas duras, las penas previstas en la ley e impuestas en la práctica son elevadas. Además, la eficiencia de los órganos policiales

* Director del Centre for Law Enforcement and European Integration, Universidad de Utrecht, Holanda.

y fiscales hacen que se pueda hablar de una represión no solo legal, sino también real. La única diferencia es que las penas para tráfico de drogas blandas son más bajas que en el extranjero.

I. Breve historia del consumo de estupefacientes en los Países Bajos

Hasta mediados de los años sesenta, el consumo de estupefacientes en los Países Bajos se limitaba a un pequeño grupo de inmigrantes chinos[1] que fumaban y aspiraban opio, y a un reducido número de fumadores de marihuana. Antes de los años sesenta apenas se consumían el hachís, la marihuana, la heroína, la cocaína y el opio. Después de 1966 empezó a crecer el consumo de productos del cáñamo[2], sobre todo entre los jóvenes de la clase media [*middle class*]. El consumo de estupefacientes se consideraba cada vez más como un problema social. Otro momento crucial fue el verano de 1972, cuando de repente apareció la heroína en el mercado negro. Con la introducción de esta nueva droga y la detención de los traficantes de opio por la policía de Amsterdam, los consumidores de opio cambiaron a la heroína. Así, la heroína se convirtió en el problema más serio que tenía que afrontar la política de estupefacientes en los Países Bajos.

II. Algunas cifras con respecto al uso de estupefacientes y la drogadicción en los Países Bajos

Se calcula[3] que el número de drogadictos[4] en los Países Bajos oscila entre 15.000 y 20.000 personas, lo que equivale a 1 sobre 1000 habitantes (los Países Bajos tienen aproximadamente 15 millones de habitantes). Un informe[5] publicado el año pasado estima el número entre 22.000 y 25.000 mil, mientras que los CAD ("Consultatiebureaus voor Alcohol en Drugs". Centros de información sobre alcohol y drogas) llegan a un número estimado de 35.000 adictos.

Según la mayoría de los investigadores, el número de drogadictos en las grandes ciudades es relativamente estable[6], y hasta en descenso. Amsterdam contaría con 6.500 hasta 7.000 adictos (de los cuales entre 5.000 y 6.000 son heroinómanos)[7]; Rotterdam con 3.000 a 3.500; La Haya con unos 1.500 y Utrecht con 1.000 hasta 1.500 adictos[8].

Resulta, sin embargo, que está creciendo el número de drogadictos pertenecientes a la llamada "segunda generación de las etnias minoritarias" (jóvenes turcos, marroquíes, y de las Islas Molucas y de Surinam). De los 15.000 a 20.000 drogadictos, unos 18.000 tendrían la nacionalidad surinamesa y unos 3.000 la moluqueña. Pero también está aumentando el número de adictos autóctonos procedentes de las clases socioeconómicas más bajas.

Está aumentando el consumo de cocaína en los Países Bajos, pero este no llega a ser dramático, ya que el índice sigue siendo bastante bajo si se compara con otros países. En relación con los Estados Unidos, por ejemplo, la cocaína fumable, el llamado crack, se consume solo esporádicamente en los Países Bajos. El crecimiento del número de consumidores de la nueva droga "Ecstacy" (XTC) tampoco es digno de mención. El consumo de LSD, PCP [*Angel Dust*], Fentamyl y de anfetaminas es casi inexistente en los Países Bajos.

En 1987 murieron en Holanda 64 personas por abuso de drogas, de las cuales 61 en Amsterdam como consecuencia de una sobredosis[9]. Entre las víctimas se encuentran siempre muchos extranjeros. De la publicación de Zwart[10] al respecto se desprende que de las 61 víctimas mencionadas en Amsterdam[11] 17 eran holandeses, 22 alemanes, 7 italianos, 2 franceses y 3 surinameses. La edad oscilaba entre 18 y 41 años; la edad media era de 28 años. De las víctimas, 9 eran mujeres. Según el GG & GD (servicio de salud municipal), gran parte de los consumidores de estupefacientes en Amsterdam son extranjeros: un 50% alemanes, un 13% italianos y un 9% ingleses. El 70% de los extranjeros se inyectan. Faltan las estadísticas nacionales en cuanto al número de víctimas por abuso de estupefacientes, ya que no se dispone de un registro adecuado.

Estudios realizados en 1983 y 1987 han demostrado que el número de consumidores de *cannabis* (cáñamo) entre los jóvenes es relativamente bajo, y que desde los años setenta este número está decreciendo o que de todos modos es bastante estable. Actualmente se calcula que hay más de 300.000[12]. De un estudio que llevó a cabo la Universidad Libre de Amsterdam en colaboración con el Instituto Nacional de Alcohol y Drogas (NIAD) en 1989, se desprende que en 1988 el 6,1% de los jóvenes entre 10 y 18 años habían consumido marihuana o hachís por lo menos

[1] Los chinos vinieron a Rotterdam a principios de este siglo para romper la huelga de los trabajadores del mar.

[2] El hachís fue señalado por primera vez en los Países Bajos en 1960 y procedía de Francia. El LSD se consumió por primera vez en 1966.

[3] Ya que se carece de un sistema de registro adecuado, no se dispone de datos precisos y los cálculos siguen siendo aproximados.

[4] Drogadicto equivale a heroinómano, ya que el consumo de heroína constituye el problema principal en los Países Bajos.

[5] Realizado por el Bureau Driessen.

[6] En Brabante y Overrijsel, sin embargo, el número aumentaría.

[7] El Ministerio de Bienestar, Sanidad y Cultura menciona un número más reducido de 4 a 6.000. Cf. WVC, *Fact sheets on the Netherlands*, 19-E-1989, pág. 1.

[8] Véase W. M. de Zwart, *Alcohol, tabak en drugs in cijfers*, NIAD, julio de 1989.

[9] Aparte de estas 61 personas fallecidas a consecuencia de una sobredosis, 429 fueron ingresadas en un hospital después de una sobredosis sin consecuencias fatales. Resulta que el número de hospitalizaciones está bajando, y el de víctimas de las drogas parece ser bastante estable.

[10] Véase nota 7.

[11] En Amsterdam viven cerca de 700.000 personas.

[12] M. A. A. van Capelle, sin embargo, habla del 1 por mil de consumidores diarios de *cannabis* (cáñamo) en *Tijdschrift voor de Politie*, núm. 10, 1987, pág. 452.

una vez[13]. En 1984 esta cifra fue del 4,2%[14], y en 1989 del 5,5%. Para los jóvenes de 23 a 24 años este porcentaje era del 14,5% para los productos del cáñamo, el 0,4% para los opiatos, y el 0,6% para la cocaína. La edad media de los consumidores de estupefacientes en los Países Bajos está aumentando, y en estos momentos oscila en los 25 y 35 años. También son mayores quienes consumen drogas por primera vez.

III. La legislación holandesa en materia de estupefacientes

La primera ley de estupefacientes holandesa es de 1919. Fue basada en la Convención sobre el opio de 1912 en La Haya. Caían bajo esta ley los derivados del opio y la cocaína. Con la entrada en vigor de la ley de estupefacientes, el transporte y la venta de estas drogas llegaron a ser ilegales. La infracción a esta ley se sancionaba con pena de prisión de máximo tres meses o multa de 1.000 florines.

En 1928 se adecuó la ley de estupefacientes al Tratado Internacional de Estupefacientes de Ginebra (1925)[15]. Desde entonces se sancionaba la fabricación, venta, elaboración, importación, exportación, transporte y entrega de productos del cáñamo indio. También los derivados de la cocaína y el cáñamo caían bajo la ley de 1928. La pena máxima era de tres meses a un año. La multa por infracción a la ley seguía igual. En 1953 se cambió la ley otra vez, elevando la pena máxima a 4 años de prisión por delitos relacionados con los estupefacientes. Al mismo tiempo se penalizó la tenencia y el consumo de productos de cáñamo.

No obstante, la ley de estupefacientes experimentó el más profundo cambio en 1976[16]. Ocurría que la ley existente ya no era suficiente para reprimir los delitos relacionados con las drogas, cada vez más frecuentes. Se triplicó la pena máxima de 4 a 12 años de prisión y la multa máxima se quintuplicó de 20.000 a 100.000 florines. Al mismo tiempo se introdujo una distinción muy importante. Desde 1976 la ley de estupefacientes distingue entre dos categorías de drogas[17]:

1. "Los estupefacientes con riesgos inaceptables", tales como la cocaína, la heroína, el LSD, las anfetaminas[18] y el aceite de hachís (enumerados en la lista I, un apéndice de la ley de estupefacientes), y que a veces se llaman drogas fuertes [*hard drugs*][19], y

[13] La llamada *life-time prevalence*.

[14] Otro estudio habla del 2,5%. Véase: M. A. A. van Capelle, en *Tijdschrift voor de Politie*, núm. 10, 1987, pág. 452.

[15] Los Países Bajos también ratificaron el Tratado Internacional de Estupefacientes de La Haya (1912) y el Tratado Simple sobre Estupefacientes de Nueva York (1961). En 1987 aceptaron el "Amending Protocol" del Tratado Simple de 1972. Se espera la próxima adhesión de los Países Bajos al Tratado sobre sustancias sicotrópicas de 1971. Finalmente, cabe mencionar el Tratado de Schengen.

[16] Introducido el 1° de noviembre de 1976.

[17] También en otros países se hizo tal diferenciación: Inglaterra, Turquía, Japón y Australia. Pero solo en los Países Bajos esta distinción también se refleja en la formulación de los hechos delictivos.

[18] Hasta 1976 la ley de estupefacientes no se aplicaba a las anfetaminas, ya que estas caían bajo la Ley de Dispensación de Medicinas. Desde la adaptación de la ley en 1976, forman parte de la categoría "sustancias de riesgos inaceptables".

[19] Al hablar de "drogas" normalmente se piensa en drogas fuertes, lo que indica que las blandas se consideran menos importantes.

2. "Los estupefacientes con riesgos menos graves", tales como los productos del cáñamo[20], el hachís y la marihuana, también llamados drogas blandas [*soft drugs*].

La distinción introducida en 1976 quiere destacar la diferencia en cuanto a *riesgos* por el consumo de los dos tipos de drogas. El legislador optó por el término "riesgo" para indicar que también el consumo de drogas blandas acarrea peligros. El objetivo de la distinción es que se consiga una *separación de los mercados* de los dos tipos de drogas. El legislador quiere evitar que los consumidores de drogas blandas pasen al consumo de drogas fuertes (la llamada teoría del *stepping-stone*). Parece que tal división de los mercados también se ha concretizado en la realidad.

Como ya se dijo, quien antes de 1976 poseía, fabricaba, vendía o importaba estupefacientes, era castigado con una pena de prisión máxima de 4 años o una multa de 20.000 florines. La ley no hacía la diferencia entre el consumo de drogas blandas y el de drogas fuertes[21]. Las penas bajas para actos ilícitos relacionados con los estupefacientes de riesgo inaceptable habían convertido a los Países Bajos en la Meca de las drogas. El legislador quiso cambiar esto en 1976.

Las sanciones penales prescritas por la ley en caso de estupefacientes de riesgo inaceptable se dividen en cuatro categorías (véase el art. 10 en conexión con el art. 2):

1. *La tenencia* se castiga con una pena de prisión de máximo 4 años[22].

Además, o en lugar de la pena de prisión, se puede imponer una multa máxima de 100.000 florines;

2. *La importación* o *la exportación* hacia o desde los Países Bajos se castiga con una pena de prisión de máximo 12 años y/o una multa máxima de 100.000 florines;

3. *La venta, la entrega, el transporte, el suministro* o *la elaboración* se castigan con una pena de prisión de máximo 8 años y/o una multa máxima de 100.000 florines;

4. *La fabricación* se castiga de la misma manera que en el inciso 3.

No obstante, si se trata de la tenencia, importación o exportación de estas drogas (o sea, las dos primeras categorías) en cantidad *reducida* destinada al consumo personal, entonces la pena máxima es de un año de prisión o una multa de la tercera categoría, es decir, 10.000 florines (art. 10, inc. 5). Lo que quiere decir "cantidad reducida" es tarea de la jurisdicción. El ministerio fiscal da unas líneas directrices en cuanto a este criterio:

para el LSD	1 "viaje"
para la (met) anfetamina	medio gramo
para la heroína	,, ,,
para la morfina	,, ,,
para la cocaína	,, ,,

[20] También llamados productos del *cannabis*.

[21] En la práctica sí se tomaba en cuenta la diferencia.

[22] Las mencionadas penas máximas apuntan a los hechos punibles cometidos intencionadamente. En este caso se habla de un *misdrijf* (delito).

Si la infracción no implica en su autor intención delictuosa, entonces las penas son más leves y se habla de una *overtreding* (contravención).

Con esta disposición el legislador hace concesiones al consumidor de estupefacientes: no al consumidor sino al traficante es al que hay que perseguir duramente. Así vemos que no solo se diferencia según el grado de peligrosidad (drogas blandas y fuertes), sino también entre tráfico/traficantes y consumo/consumidores.

En lo que se refiere a los estupefacientes de riesgo menos grave —los productos del cáñamo—, las siguientes sanciones penales están vigentes (también divididas en cuatro categorías, véase el art. 11 junto con el art. 3):

1. *La tenencia* se castiga con una pena de prisión de máximo 2 años y/o una multa de 25.000 florines (la cuarta categoría);

2. *La importación* o *la exportación* se castiga con una pena de prisión de máximo 4 años y/o una multa máxima de 100.000 florines (la quinta categoría);

3. *La venta, la entrega, el transporte, la preparación y la elaboración* se castigan con una pena de prisión de máximo 2 años o una multa máxima de 25.000 florines;

4. *La fabricación* se castiga con una pena de prisión de máximo 2 años y/o una multa máxima de 25.000 florines.

También para este tipo de estupefacientes la pena máxima es mucho más leve cuando se trata solamente de una cantidad reducida (y en este caso el legislador sí ha especificado lo que es una cantidad reducida: 30 gramos; véase el art. 11 inciso 4 junto con inciso 1). Esta excepción se refiere a las categorías 1ª, 3ª y 4ª (¡y no a la importación o exportación!). La pena máxima es de un mes de prisión[23] o una multa de segunda categoría. Además este hecho no se considera como un delito, sino como una *contravención* (art. 13, inc. 1).

Penas más graves que las mencionadas penas máximas son posibles en dos casos. Cuando el acusado ha cometido varios delitos el juez puede aumentar la pena máxima en una tercera parte 1/3. Además, esta es una regla del derecho procesal penal general. Para algunos de los hechos punibles mencionados antes, el art. 12 incluido en 1984 dispone que pertenecen a una categoría de multas "de una categoría superior", cuando el valor de los estupefacientes o los beneficios adquiridos entera o parcialmente a base de ellos, es superior a la cuarta parte de la multa máxima[24].

También es importante lo que estipula el art. 3b: está prohibido estimular la venta, entrega o suministro de estupefacientes mediante la publicidad. Se hace excepción de las publicaciones de carácter científico y médico (inc. 2).

Finalmente, es preciso mencionar el art. 10a, incluido en 1985, y que es una disposición única en la legislación holandesa. Este artículo sanciona un gran número de acciones preparatorias, tales como el suministro de medios o información que posibiliten la importación o exportación de drogas fuertes, la instigación a la venta

[23] La diferencia entre arresto y pena de prisión es que en caso de arresto el condenado permanecerá en un centro de detención que no tenga carácter penitenciario.

[24] En la jurisprudencia este artículo también se interpreta a veces como base de la confiscación de los beneficios de delitos relacionados con drogas. "Oficialmente" la base de la confiscación son los arts. 33-35 del Código Penal y el art. 13a de la ley de estupefacientes.

o transporte de drogas fuertes, etc. Para estos hechos existe una pena de prisión máxima de 6 años y/o una multa de quinta categoría, o sea 100.000 florines máximo[25]. No cae bajo esta disposición la importación o la exportación de una cantidad reducida para uso personal.

Del artículo de J. M. A. VAN ATTEVELD[26] se desprende que las sanciones penales prescritas por la ley no difieren mucho de las de otros países europeos. Sin embargo, la realidad judicial de la averiguación y la persecución es muy distinta de lo que prescribe la ley de estupefacientes. En el siguiente párrafo examinaremos cómo es la política de estupefacientes holandesa en la práctica.

IV. AVERIGUACIÓN Y PERSECUCIÓN

Son responsables del cumplimiento de la ley de estupefacientes tanto el ministro de Bienestar, Sanidad y Cultura [Welzijn Volksgezondheid en Cultuur, WVC] como el ministro de Justicia (la llamada política de "doble vía")[27]. Sin embargo, la primacía en la política de estupefacientes la tiene el Ministerio de Sanidad, que coordina la política. Las preparaciones para la política de estupefacientes del gobierno se realizan en el grupo directivo interdepartamental para la política de alcohol y estupefacientes [Interdepartamentale Stuurgroep Alcohol —en Drugbeleid/I.S.A.D.], integrado por funcionarios de distintos ministerios. Es principal la tarea de sanidad, la tarea del ministro de justicia es complementaria: la política judicial se ajusta a la política del Ministerio de Sanidad. El Ministerio de Justicia se ocupa sobre todo de combatir el tráfico, la importación y la exportación de estupefacientes y la criminalidad relacionada con las drogas.

El *principio de oportunidad*, uno de los principios básicos del derecho procesal penal holandés (art. 167 del Código de Enjuiciamiento Criminal), tiene mucho peso en la política de estupefacientes de los Países Bajos. Implica que el ministerio fiscal no tiene que perseguir todos los hechos punibles sometidos a él[28]. El ministerio fiscal puede decidir independientemente poner de lado un asunto cuando considera que esto es deseable para el interés general[29]. En octubre de 1979 el ministerio fiscal, tomando como base el principio de oportunidad, redactó las *directrices para la averiguación y la persecución* de hechos punibles mencionados en la ley de estupefacientes. Estas directrices[30] tienen como objetivo llevar a cabo una política consis-

[25] También esta multa puede aumentarse hasta 1 millón de florines s. b. f. art. 12.

[26] En *t. alc. drugs*, núm. 1, 1988, págs. 3-11.

[27] Esta política tiene sus ventajas pero también sus desventajas. Una de las desventajas, p. ej., es que la política de estupefacientes de los Países Bajos muchas veces resulta ambigua, inconsistente y controversial.

[28] En cambio, en Alemania el ministerio fiscal tiene que atenerse al principio de legalidad.

[29] Esto se debe a que la policía holandesa, en comparación con otros países de Europa Occidental, tiene pocos efectivos.

[30] Publicadas en el *Diario Oficial Neerlandés* del 18 de julio de 1980, núm. 137.

tente de averiguación y persecución. Indican cuáles deberían ser las *prioridades* de la averiguación (por la policía) y la persecución (por el ministerio fiscal) de los delitos relacionados con los estupefacientes. (Se trata de recomendaciones).

Tienen la máxima prioridad los hechos punibles relacionados con las drogas fuertes. Después vienen los hechos punibles relacionados con las drogas blandas. La menor prioridad la tienen los hechos punibles relacionados con el *consumo*, tanto de las drogas fuertes como de las blandas[31]. Se determina la prioridad dentro de estas tres categorías según la gravedad del hecho, expresado por el grado de la pena. Todo esto resulta en una política que se puede considerar tolerante respecto a los consumidores de estupefacientes y los pequeños traficantes, pero dura para los grandes narcotraficantes (internacionales) y la criminalidad relacionada con este tráfico [*drug related crime*].

V. El distribuidor doméstico y las cafeterías

Con respecto a los consumidores de una reducida cantidad de drogas *fuertes* no existe ninguna averiguación dirigida, ninguna detención preventiva ni prisión provisional. El ministerio fiscal recomienda poner de lado condicionalmente el asunto, con las exigencias especiales de tratamiento en una clínica o una condena condicional.

Asimismo, en lo que se refiere al consumo de drogas *blandas*, el ministerio fiscal afirma que no tendrá lugar ninguna averiguación dirigida. En cuanto a la persecución, da la posibilidad de una transacción de 50 florines mínimo y la no persecución por la poca gravedad de los hechos. Esta política se considera generalmente bastante negativa en el extranjero. Desde finales de los sesenta la política holandesa relativa al consumo de drogas blandas ilegales ha ido liberalizándose cada vez más. Se habla de una despenalización/legalización *de facto* del consumo y del tráfico de drogas blandas. Esto lo pone de relieve también la política referente al llamado *dealer* o *distribuidor doméstico*.

El distribuidor doméstico es un traficante de productos de cáñamo, que "con la confianza y la protección de un equipo de un centro juvenil con exclusión de otros recibe la oportunidad de vender productos de cáñamo en este mismo centro juvenil". A pesar de que en principio cae dentro de las provisiones del art. 11, inciso 2 de la ley de estupefacientes, solo hay persecución si el distribuidor doméstico "anuncia públicamente o practica de manera provocadora el tráfico"[32]. Una intervención penal se decide solo después de una consulta entre el ministerio fiscal, la policía y la administración local (una consulta tripartita). Sin embargo, el consumo y la venta de drogas blandas *siguen oficialmente prohibidos*.

[31] Véase *Directrices del ministerio fiscal*, capítulo D, resp. E.

[32] Véase *Directrices*, capítulo A, sub. 2. Lo que significa exactamente "provocar" es poco claro, como se desprende de la no persecución de los dueños de cafeterías que llevan pegatinas con plantas de cáñamo.

También en las llamadas *koffie shops* o *cafeterías* se pueden comprar y fumar hachís o marihuana sin que se proceda contra esto. En los Países Bajos hay unas 450 cafeterías donde se distribuyen "legalmente" productos del cáñamo (¡se pagan impuestos por las drogas vendidas!). El objetivo de esta política liberal en cuanto a los distribuidores domésticos y las cafeterías es la separación de los mercados mencionada antes. Asimismo por la "legalización" de productos del cáñamo, el número de jóvenes fumadores de hachís y de marihuana bajaría: estas drogas pierden parte de su atractivo para los jóvenes precisamente porque ahora se pueden conseguir de manera legal. Efectivamente, en la práctica se nota un descenso en el consumo de drogas blandas.

VI. Métodos de averiguación

Respecto a los métodos de investigación para la averiguación de delitos relacionados con los estupefacientes, la ley no prescribe ninguna técnica de averiguación, lo que deja a la policía en completa libertad de escoger entre los distintos métodos. Así, la policía utiliza a corto o largo plazo la infiltración, la observación y la seudocompra para descubrir a los delincuentes relacionados con los estupefacientes y para reunir pruebas contra ellos. El 1° de mayo de 1987 se instaló la oficina nacional de seudocompra en el CRI (Centrale Recherche Informatiedienst = Servicio Central de Investigación Criminal). La oficina está integrada por un número de agentes secretos (infiltrantes, seudocompradores).

Los métodos mencionados han sido criticados muchas veces, ya que las pruebas obtenidas de esta manera no serían válidas. En 1979, sin embargo, el Tribunal Supremo determinó que las operaciones secretas son legales, a condición de que no haya provocación de hechos punibles. En 1985 el ministro de justicia publicó unas condiciones más detalladas para la infiltración.

VII. La política de estupefacientes de los Países Bajos en la práctica: realista y pragmática

La política de estupefacientes de los Países Bajos tiene fama de ser pragmática y realista, a diferencia del enfoque dogmático, ideológico y moralizador en el extranjero. Se basa en la prevención y la asistencia. La tolerancia y la normalización[33].

El *pragmatismo* holandés se desprende, entre otras cosas, de la ya mencionada separación entre el mercado de drogas fuertes y el de drogas blandas. La política es *realista*, ya que está basada en la constatación de que el problema de las drogas fuertes no se puede solucionar y que por lo tanto es mejor aprender a vivir con

[33] Esta opinión no es compartida por todos, véase René Mol y Franz Trautmann en *t. alc. drugs* (16), núm. 4, págs. 129 y ss.: "...este pragmatismo (...) no es mucho más que imprevisión"... y "...que la política holandesa de estupefacientes no se puede considerar en absoluto como particularmente liberal o dirigida hacia la normalización...".

este problema (el llamado "modelo de aceptación"), integrándolo (de manera controlada) a la sociedad. Los problemas del consumidor de drogas se ven primariamente como problemas de salud. Estos, se considera, no se pueden solucionar (exclusivamente) con medidas de derecho penal. La *prevención* y la *asistencia* serían más eficaces.

La política holandesa de estupefacientes también es realista, ya que no solo ofrece asistencia a los adictos que quieren acabar con su adicción. Desde 1983 acabar totalmente con la adicción ya no es requisito para tener derecho a una asistencia (el llamado "enfoque realista"). El objetivo principal de la política actual de estupefacientes es la *minimización de los riesgos* relacionados con el consumo de drogas. Si el consumidor de estupefacientes opta por abandonar su adicción o no es su propia responsabilidad.

Como se ha mencionado antes, la política de estupefacientes de los Países Bajos también se basa en la *normalización*. Esto implica que en la medida de lo posible se trata al consumidor de drogas como a un miembro de la sociedad normal y de pleno derecho. El adicto es tratado de la misma manera como los demás ciudadanos (¡por lo tanto la adicción no se puede aducir como causa de inculpabilidad o eximentes!). Tiene las mismas obligaciones y responsabilidades que los demás. El objetivo de la normalización es la de estigmatización del consumidor de drogas. El *labelling* (estigmatización) de los consumidores de estupefacientes tiene que evitarse. El adicto tiene que volver a participar en la sociedad, con o sin adicción pero preferentemente con un mínimo de riesgos de salud (*harmreduction* o *risk minimization*: la mejora de la condición física y psicosocial del consumidor).

Para conseguir esto se le ofrece un amplio abanico de programas de asistencia (según las necesidades individuales)[34]. Se estima que el 50%, y hasta el 70% u 80% de los consumidores de drogas (en las grandes urbes) hacen uso de estos programas. La asistencia siempre se presta voluntariamente[35].

VIII. La asistencia

El *suministro de metadona*, muy criticado en el extranjero, es uno de los proyectos de asistencia a los adictos. Aunque la metadona es una droga prohibida por la Ley de Estupefacientes, el suministro de ella se puede basar en el art. 6° inc. 3 de esta misma ley. El suministro se efectúa, en la mayoría de las grandes urbes[36], en puestos de barrio o en autobuses especiales para este fin. En horas fijas el autobús se encuentra en lugares fijos a donde acude una "clientela" fija para que se le suministre la metadona[37]. Solo se da la metadona a los heroinómanos después de una extensa conversación y distintos *tests*. Asimismo se indica a una persona o grupo de contacto para el adicto. Este también puede acudir al puesto de suministro

[34] Por ejemplo programas de suministro de metadona, escolarización y formación, asistencia social en el barrio, acogida diurna, empleo, etc., para gente con o sin empleo, alumnos, minorías étnicas, etc.

[35] Hasta ahora el gobierno siempre ha rechazado las propuestas de tratamiento forzoso.

[36] En 1988 se suministró metadona a 6.500 adictos en unos 55 municipios.

[37] La cantidad de metadona suministrada está disminuyendo o sigue constante.

para otro tipo de problemas (¡siquiera disfrutando de una taza de café!). Institucionalizando la asistencia a los drogadictos, el legislador quiere disminuir el suministro de metadona por los médicos.

La metadona disminuye la necesidad de heroína y suaviza los síntomas de desintoxicación. El toxicómano toma distancia de la escena de estupefacientes con más facilidad, no pierde el contacto con la sociedad y no se deteriora tan fácilmente (por lo menos esto es el objetivo). Al mismo tiempo disminuirá la criminalidad de ciertos consumidores. Desde la década de los sesenta el número de instancias de asistencia dedicadas al sumunistro de metadona ha ido aumentando constantemente[38]. Se calcula que a uno de cada tres adictos se suministra metadona. Por el suministro de metadona el consumo de estupefacientes no ha aumentado; a lo menos ha disminuido[39].

Los Países Bajos no son el único país que haya introducido programas de suministro de metadona o que haya regulado la prescripción de metadona por los médicos. También Bélgica, Inglaterra, Irlanda, Suiza, Dinamarca, España, Italia, Alemania y Austria tienen programas parecidos (en Alemania y Austria a nivel reducido)[40]. Lo único diferente de la situación holandesa son las condiciones que se le imponen al consumidor para que tenga derecho a la metadona. Estas condiciones son pocas. Uno de los objetivos de la política de estupefacientes holandesa es que la asistencia sea de fácil acceso. No solo a los adictos que quieren acabar con su adicción, sino también a los demás se presta asistencia.

No se ha pasado al suministro de *heroína* en los Países Bajos, ya que esto estaría en contradicción con los tratados internacionales. Una propuesta del ayuntamiento de Amsterdam y de algunos organismos de asistencia social para que se suministre heroína a los adictos graves suscitó duras críticas nacionales e internacionales. El suministro de heroína no sería incompatibles con la Ley de Estupefacientes si existiera una necesidad médica: el art. 6° admite el consumo médico de estupefacientes. Sin embargo, el argumento alegado a favor del suministro de heroína es la reducción de la criminalidad y el suministro de heroína con tal objetivo no lo permite la ley de estupefacientes.

Un segundo proyecto de asistencia, que también ha recibido muchas críticas en otros países, es el proyecto de *cambio de jeringuillas*. En la mayoría de las grandes ciudades hay autómatas que cambian una jeringuilla usada por otra limpia. De esta manera se quiere evitar la enfermedad del SIDA. En el mundo, los Países Bajos tienen el porcentaje más reducido de drogadictos entre los pacientes de SIDA.

[38] Entre otras los CAD (Consultatiebureaus voor Alcohol en Drugs = Centros de Información sobre alcohol y drogas, unas instituciones autónomas y no-gubernamentales, financiadas en un 75% por el Ministerio de Sanidad y en un 25% por justicia. Hay 19 oficinas de este tipo), los GG & GD (servicios municipales de salud) y algunas organizaciones particulares.

[39] Después de 15 años de experiencia con los programas de metadona todavía no se sabe cuál es su resultado preciso.

[40] Véase J. M. A. van Atteveld, *t. alc. drugs*, 1988, (14), núm. 1, pág. 8.

IX. ¿EVOLUCIÓN HACIA UNA POLÍTICA MÁS REPRESIVA?

Se está observando una evolución hacia más "fuerza y presión"[41] en la política holandesa de estupefacientes en vez del modelo de aceptación[42] descrito arriba: una política más represiva tanto para la policía y la justicia como para la asistencia. Algunos ejemplos son la prohibición de acceso al centro de Amsterdam para adictos (el llamado *dijkverbod*). Los castigos más altos para crímenes relacionados con estupefacientes, las reglas más severas en cuanto a la asistencia y el registro de los participantes en los proyectos de asistencia (p. ej. el suministro de metadona). El mantenimiento del orden público parece ser cada vez más una prioridad absoluta. El enfoque judicial va prevaleciendo sobre el enfoque de la sanidad pública.

[41] Véase el llamado *dijkverbod* (prohibición de ir al dique) en Amsterdam: a los consumidores de estupefacientes que causan muchas molestias se les prohíbe el acceso a gran parte del centro de la ciudad. Véase también la nota del Gabinete "Fuerza y presión en la asistencia a los adictos" de 1988.

[42] Véase RENÉ MOL y FRANZ TRAUTMANN, *t. alc. drugs.* (16), núm. 4, págs. 129 y ss.

CONCLUSIONES DEL SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LA ACTUAL POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE TRÁFICO Y CONSUMO DE DROGAS

Los participantes en este seminario, que comparten sustancialmente las conclusiones adoptadas en el seminario sobre Drug Policies in Western Europe, celebrado en Tilburg (Holanda) en 1988, comprueban con gran preocupación cómo desde entonces no ha dejado de acelerarse el desarrollo de una política en materia de drogas, centrada fundamentalmente en el aprovechamiento exhaustivo de las vías represivas.

En la consolidación de esta tendencia ha desempeñado un papel fundamental la actitud de la comunidad política internacional que, como lo pone de manifiesto la Convención de Viena de 1988, continúa sorda a las numerosas voces que claman por una nueva configuración de la política criminal en esta materia para evitar los innumerables males que está produciendo.

1. De nuevo hemos de denunciar enérgicamente que la extensión y agudización de la intervención penal llega a pervertir la función del derecho penal y procesal. Lejos de servir estos para la tutela y garantía de los derechos fundamentales de *todos* los ciudadanos, la evolución observada pone de manifiesto los gravísimos atentados que derivan para principios centrales del Estado de derecho reconocidos internacionalmente y que son de esencia constitucional:

Tal es el caso del principio de *seguridad jurídica*, afectado decisivamente por la amplitud y vaguedad de los preceptos penales, cuyos contornos y límites son deliberadamente difuminados para evitar que pueda escapar de la represión penal cualquier tipo de conducta relacionada de alguna manera con los comportamientos prohibidos.

Lo mismo sucede con el principio de *proporcionalidad*, violado por la equiparación punitiva indiscriminada de conductas de muy diversa entidad y por la previsión de penas absolutamente excesivas, en ocasiones incluso indeterminadas, que llegan a superar a las aplicadas a los delitos más graves contra la vida y la integridad corporal.

Igualmente se atenta masivamente contra el principio de un *juicio justo e imparcial*, afectado por la admisión, por ejemplo, del empleo de agentes provocadores, premios a la delación, presunciones de culpabilidad, inversiones de la carga de la prueba, y demás medidas pretendidamente garantizadoras de una mayor eficacia preventiva, que por ninguna parte resulta confirmada a la luz de los datos estadísticos conocidos.

Estas lesiones a la seguridad jurídica se agudizan en los países de América Latina, incluso en los no productores, mediante la extensión incontrolada de las

agencias policiales y administrativas, la intervención de tribunales especiales de dudosa independencia y la instrumentación de procesos groseramente inquisitorios, todo ello en un contexto de selección clasista, y a veces hasta racista, de los delincuentes.

No es válido el argumento, usado en todas las épocas, de que no se deben respetar los derechos de los infractores de la ley. La experiencia histórica enseña que ese género de racionalizaciones solo sirven para promover el avance de los *Estados policiales* en detrimento de los de derecho, con la consiguiente reducción de los espacios de libertad de todos los ciudadanos y la negación de los derechos humanos, es decir, en menoscabo de la actual conciencia jurídica universal, producto de una larguísima y dificultosa gestación.

2. Particularmente grave se presenta la presión internacional tendente a extender la sanción del *consumo* de drogas, nuevo paso adelante del derecho sancionador en la restricción del espacio de libertad de los individuos adultos en supuestos en que no resultan directamente afectados bienes jurídicos ajenos susceptibles de tutela estatal.

3. Los participantes en el seminario consideran especialmente preocupante que en los países latinoamericanos, donde la marihuana y la coca llevan siglos cultivándose, la "guerra contra la droga" se haya convertido en una guerra contra la población local en la que, a los graves daños ecológicos, se añade la destrucción de las culturas locales tradicionales y de los habituales sistemas de interacción entre el hombre y la naturaleza.

Por si lo anterior fuera poco, los componentes ideológicos de este estado de guerra hacen que se transmita al resto del mundo la imagen de ciertos países latinoamericanos como nidos de "gansters". En realidad, habría que reconocer que estamos ante países que son víctimas de la respuesta inadecuada que las naciones ricas de Norteamérica y Europa están dando a determinados problemas sociales.

A pesar de que hasta hace pocos años el consumo y tráfico ilícito de coca y marihuana no constituía un grave problema social en aquellos países, la enorme presión que están sufriendo por parte de las naciones industrializadas les ha colocado en una situación imposible, tanto económicamente como en relación con sus políticas de control social.

La garantía de unos precios justos a los productos regionales latinoamericanos, al satisfacer las necesidades de un razonable nivel de subsistencia, del que está actualmente carente buena parte de la población de esos países, contribuiría en mucho mayor medida a erradicar la actual necesidad de transformación de la coca autóctona en cocaína.

4. La única actitud racional legislativa frente a las llamadas "drogas ilícitas" es su *tratamiento normalizado*, en el seno del resto de las sustancias peligrosas, sin que cuestionemos la necesidad de una activa política preventiva de los gobiernos en procura de la protección de la salud pública.

Los efectos preventivos sobre el abuso de drogas, que constituyen la meta de toda política razonable, deben perseguirse por medio de la educación sanitaria general, como comienza a hacerse con el tabaco y el alcohol, reservando el recurso a

los instrumentos penales para aquellos casos en que la entidad y afección del bien jurídico implicado lo requiera indubitablemente, y con pleno respeto de los derechos humanos reconocidos por las declaraciones y convenciones internacionales y la totalidad de nuestras constituciones.

Asimismo propósito fundamental en esta área debe ser destruir la criminalidad organizada mediante una inteligente política que desactive su base económica, privando de rentabilidad a su actividad.

De ahí que sea preciso centrar la actividad de los expertos en el *desarrollo de alternativas* detalladas en línea con lo acabado de esbozar, y estudiar las ya existentes, como las formuladas en España por el Grupo de Estudios de Política Criminal y en Italia por algún grupo parlamentario.

5. No menos importante es fortalecer las relaciones con los profesionales de la información y los movimientos sociales. Se trata de poner de manifiesto la *falacia de la imagen* que frecuentemente se hace llegar por parte de los organismos oficiales a los medios de comunicación, y de promover una información que refleje la realidad del fenómeno y de la intervención penal: esta, en la práctica, se centra en los pequeños traficantes o consumidores y en las drogas menos peligrosas.

La racionalización de las actividades sociales y el descenso de los actuales niveles de dramatización de las imágenes transmitidas es imprescindible para proceder a la reconsideración de la actual política a nivel internacional y nacional.

En Málaga (España), a 4 de mayo de 1991

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres de Editorial Nomos, S. A., el
día diez de julio de mil novecientos
noventa y dos.

LABORE ET CONSTANTIA