

LEGISLACIÓN ANTI-DROGAS: ¿UNA AMENAZA PARA EL ESTADO DE DERECHO?

Diego Camaño Viera*

SUMARIO: I) Introducción. II) La política criminal en materia de estupefacientes. II. A) Los "dos momentos" de la política criminal. III) Breve síntesis histórica de la legislación nacional. IV) La legislación vigente. IV. A) El bien jurídico "salud pública". IV. B) Análisis de los principales tipos penales. IV. B. 1) Las figuras "tradicionales". IV. B. 2) Los nuevos tipos penales. IV. C) Régimen de agravantes. IV. D) El procedimiento de incautación. V) La coacción directa del art. 40. VI) Inconsistencias técnicas e incongruencias discursivas de la represión penal. VII) Estado de derecho y sistema penal. VIII) Tesis: la legislación anti-drogas como amenaza para el Estado de derecho. XIX) Excursus: legalización de las drogas?

I) Introducción

Nos proponemos un doble objetivo: por un lado identificar los principales rasgos de nuestra legislación en materia de estupefacientes, y por el otro, confrontar dicha legislación con el modelo de derecho penal que surge de la Constitución. Ello nos permitirá determinar si la actual legislación penal en materia de estupefacientes es, o no, una amenaza para el Estado de derecho.

El primer eje temático se abordará a partir de una somera historia de nuestra legislación represiva, que a su vez debe enmarcarse en el contexto más general de la política criminal internacional en relación a los estupefacientes. Ello se debe a que resulta imposible poder comprender cabalmente el estado actual de nuestra legislación sin tener en cuenta los dos grandes momentos que, en el ámbito internacional, vienen pautados por: las Convenciones de Viena de 1961 y Nueva York de 1971 por un lado, y la Convención de Viena de 1988 por el otro. Mientras que el primer momento es el de la tipificación de las figuras que denominaremos "tradicionales", en el segundo se busca abarcar todo el llamado "ciclo de la droga", poniendo énfasis en el fenómeno del narcotráfico y el lavado de dinero e introduciendo novedosos instrumentos penales (sustanciales y procesales).

* Universidad de la República (Uruguay).

Mientras ese primer eje será predominantemente descriptivo, el segundo, en cambio, será más bien valorativo, ya que se intentará plantear cuáles son los desafíos de una legislación penal que pretenda adecuarse (al menos en forma gradual) al modelo de Estado de derecho que surge de nuestra Constitución, haciendo hincapié en el consumo de drogas como un derecho humano fundamental (arts. 7 y 10 Constitución).

Ambos ejes se conectan a través de un capítulo dedicado a las incongruencias discursivas e inconsistencias técnicas a las que conduce la desmedida utilización de la ley como instrumento represivo.

En definitiva, se intentará demostrar la tesis de que *el verdadero desafío en la materia es el de la progresiva despenalización*, con miras a una total abolición del control jurídico – penal en materia de estupefacientes, teniendo como punto de mira la protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

II) La política criminal en materia de estupefacientes

No es posible comprender adecuadamente la legislación nacional si no es en relación a la dimensión internacional de la normativa anti-drogas, ya que es aquí donde se definen los principales lineamientos de la intervención punitiva. A principios del siglo XX comienzan a surgir ámbitos internacionales¹, que a la postre resultarán determinantes para explicar el desarrollo de las distintas legislaciones nacionales. Por lo tanto, las mismas no pueden verse aisladamente sino dentro de ese particular contexto internacional, pues constituyen una adecuación (en el nivel doméstico) de las normas internacionales.

Queda pautado así uno de los caracteres principales de la política criminal en materia de estupefacientes: su tendencia a la *internacionalización*. Esa tendencia ha terminado por comprometer a los Estados en una suerte de "lucha internacional contra las drogas", desarrollada en distintos niveles (represivo, médico, educativo), que ciertamente *limita las posibilidades de una actuación autónoma* por parte de aquellos, al estar cada vez más condicionados a la adopción de políticas comunes.

A su vez, un rasgo definidor de esa política criminal internacional es el *uso privilegiado del instrumento punitivo*. En este sentido, la existencia de una legislación represiva es *central* para la estrategia de combate que se plantea en el ámbito internacional. En efecto, *la*

¹ A partir de 1912, con la Convención contra el Opio.

"guerra contra las drogas" existe y es posible porque hay una legislación represiva que permite su justificación. Hoy más que nunca resulta evidente que no puede haber guerra sin discurso²; y ese discurso existe, "gracias" a la existencia de un marco jurídico represivo. Es por ello que imaginar el "fin de la guerra contra la drogas" no es posible sin contar con la eliminación del discurso represivo y de la legislación que lo "hace carne".

Parafraseando a Erosa³, puede afirmarse que existe una *construcción punitiva* en torno al fenómeno de la "droga" (en realidad, de determinadas sustancias incluidas como prohibidas en las Listas internacionales) que condiciona fuertemente su comprensión, así como la definición de las pautas de intervención.

Por último, cabe señalar que esa construcción punitiva se realiza echando mano a *técnicas legislativas de tipo emergencial*, de carácter excepcional, que han terminado por causar una marcada *involución del orden jurídico*, subvirtiendo garantías básicas del enjuiciamiento (inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito, legitimación del agente provocador, premios procesales al delator) e incluso sustanciales (ausencia de bien jurídico, anticipación de la punición, castigo de los actos preparatorios, equiparación de la tentativa a la consumación).

Pues bien, se ha dicho con razón (González, 2001) que esta política criminal internacional tiene una "partida de nacimiento", con un lugar y fecha emblemáticos: Estados Unidos, 17 de diciembre de 1914, día en que se sanciona la ley Harrison, destinada a regular el consumo de opiáceos y cocaína. Cinco años después se aprueba en ese mismo país la "ley seca", que extendió el régimen de prohibición al alcohol; y a fines de la década del 30 se agregó la marihuana a la lista de sustancias sometidas a control penal. Como es sabido, la "ley seca" fue dejada sin efecto tan sólo diez años después, debido a sus efectos contraproducentes (p.ej corrupción, creación de mafias) y el fracaso de sus objetivos (entre ellos, un mayor consumo a un precio más alto), sin que haya sucedido lo mismo con las otras sustancias.

² Al respecto, la más reciente invención discursiva es la de la "guerra preventiva", para justificar la invasión a Irak por fuera de los parámetros establecidos en la Carta de la ONU. Conectado con ello está la idea de la necesidad de un discurso para ejercer el poder. "*¿Qué necesitan hoy los que suben al poder, aparte de una buena tropa, aguardiente y salchichón? Necesitan el texto.*" Esta afirmación de André Glucksmann es exacta: sin discurso, el poder se desintegra" afirma Zaffaroni (p. 27, 2002).

³ El autor habla de la "construcción punitiva" del abandono en relación a la intervención penal en materia de menores (Erosa, 1997).

El primer instrumento internacional en la materia es el Convenio contra el opio (1912), que buscaba disminuir la producción y exportación de dicha sustancia. Sin embargo, este tuvo un valor más bien simbólico, encontrándose en fechas muy recientes (recién en 1961 con la Convención de Nueva York y en 1971 y 1988 con las Convenciones de Viena) las verdaderas normas internacionales, en las que los Estados asumen determinados compromisos internacionales en la materia (en especial, la adecuación de la legislación represiva a los lineamientos internacionales).

Por lo tanto, actualmente, los principales lineamientos de la intervención punitiva vienen dados por esas normas internacionales, que luego son recogidas (en mayor o menor medida) por las legislaciones nacionales. Debe aclararse que en esta materia los Estados tienen un amplio margen para la adecuación de sus legislaciones, pues claramente *no se trata de normas internacionales de naturaleza auto-ejecutable* (como lo son, p.ej los instrumentos en materia de derechos humanos). Por lo tanto, la mayor o menor adecuación de la legislación doméstica a la normativa internacional en materia de estupefacientes depende de la concreta configuración del orden jurídico doméstico, es decir, de los rasgos que hacen a la "individualidad jurídica" de cada Estado⁴. Para decirlo de un modo gráfico: *los Estados se han comprometido a una lucha internacional en relación al tráfico de determinadas sustancias prohibidas, cuyos límites se encuentran en el grado de protección de determinados derechos a nivel doméstico*. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con las Convenciones sobre derechos humanos, en materia de estupefacientes es decisión libre de cada Estado el determinar en qué medida le es posible implementar los compromisos derivados de la normativa internacional.

II. A) Los "dos momentos" de la política criminal internacional

Sintéticamente, podemos afirmar que la política criminal internacional en la materia ha pasado por dos grandes momentos, que se corresponden con una serie de instrumentos jurídicos:

⁴ En el caso del Uruguay, un buen ejemplo es la fuerte protección legislativa al secreto bancario, que constituye una barrera para la adopción de determinadas medidas establecidas en la normativa internacional. Tampoco se ha adoptado el delito de enriquecimiento ilícito, por subvertir la garantía esencial que impone la carga de la prueba en la parte acusadora.

1) La Convención Única de Estupefacientes de Nueva York de 1961 y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1971, que pusieron su punto de mira en establecer:

- a) Varias *Listas* de sustancias sometidas a control penal;
- b) Obligaciones de cooperación internacional entre los Estados;
- c) Medidas represivas consistentes en el compromiso de los Estados de tipificar como delito una amplia gama de conductas que abarcan la fabricación, preparación, distribución, transporte, importación, exportación y posesión de estupefacientes, entre otras;
- d) Una serie de excepciones al régimen general de ciertos institutos jurídico-penales como la participación y la tentativa;
- e) El tratamiento del toxicómano.

2) La Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de Viena de 1988, cuyas características fundamentales son:

- a) El control de las sustancias utilizadas en el proceso de producción de sicotrópicos, razón por la cual se incluyen los precursores químicos y hasta los equipos y materiales destinados al cultivo, fabricación o tráfico de dichas sustancias;
- b) El fortalecimiento de los mecanismos de extradición;
- c) El intento de combatir el narcotráfico a través de una serie de medidas que incluyen la abolición de la reserva fiscal y el secreto bancario, el decomiso, el embargo, etc.;
- d) La vulneración de determinadas garantías procesales, a través de la figura del agente encubierto, el delator, el arrepentido, la entrega vigilada e incluso autorizándose a invertir la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito;
- e) El compromiso de los Estados parte de crear nuevos tipos penales como el lavado de dinero y agregar a las

tradicionales figuras la tipificación del cultivo, la adquisición e incluso la posesión para el consumo personal.

Por lo tanto, es a partir de la Convención de Viena (1988) que se intenta castigar todo el llamado "ciclo de la droga", poniéndose el énfasis en el fenómeno denominado "narcotráfico". Esta Convención viene a consolidar una estrategia internacional de "lucha contra las drogas", dirigida ahora a dismantelar las ganancias derivadas del "narcotráfico". Según Rosa del Olmo, este instrumento "es el mejor ejemplo de la nueva política criminal transnacional que pretende la disolución del Estado de derecho" (Saavedra Rojas - Del Olmo, 1991). En efecto, al establecerse una serie de excepciones a garantías propias del derecho penal liberal (a través de la vulneración del principio de lesividad, la inversión de la carga de la prueba, la alteración de las reglas de la participación y la tentativa y la extrema flexibilización de los mecanismos de cooperación internacional, entre otras), puede afirmarse que más preocupante aún que los "estragos" que causan las drogas en las personas, son los que causa justamente la legislación anti-drogas en el Estado de derecho (Ibáñez, 1994).

III) Breve síntesis histórica de la legislación nacional

La historia de nuestra legislación demuestra, no solamente que la represión del tráfico de estupefacientes es un fenómeno *reciente* (siendo más reciente aún la existencia de una legislación sistemática en la materia), sino además que los "dos momentos" de la política criminal internacional que hemos señalado, se corresponden simétricamente con las dos leyes sistemáticas en la materia (el DL 14.294 y la ley 17.016), razón por la cual pueden ser consideradas como la "traducción doméstica" de la normativa de fuente internacional.

El Código Penal de 1889 carecía de disposiciones específicas en la materia. En efecto, bajo el título "Delitos contra la salud y la alimentación pública" contenía tipos penales que castigaban el envenenamiento de aguas, la adulteración de alimentos, la violación de las disposiciones sanitarias tendientes a impedir la invasión de enfermedades epidémicas o contagiosas y la comercialización de "mercancías peligrosas para la salud", expresión que podría ser comprensiva de las sustancias estupefacientes (aunque estas no estaban definidas).

Recién el Código Penal de 1934 incluye en su art. 223 el delito de comercialización de sustancias estupefacientes, así como la tenencia

y el hecho de ser depositario⁵. El acápite de la norma refería al "comercio de la coca, opio o sus derivados" lo cual evidencia cuáles eran las sustancias que preocupaban al legislador del momento. La mención obedece, obviamente, a una coyuntura histórica en la que el opio era la sustancia estupefaciente por excelencia, como lo demuestra el hecho de que en 1912 se sancionara la Convención contra el opio, cuya explicación política se encontraba, en realidad, en la preocupación de las grandes potencias por el crecimiento de la economía china a expensas de la producción y exportación de dicha sustancia.

En 1937 se aprueba la ley 9.692, "técnicamente muy defectuosa" (Camaño Rosa, p.230, 1967), que castigaba la importación, exportación y comercialización de sustancias estupefacientes (cocaína, opio o sus derivados y, en general, toda sustancia que, a pequeñas dosis, produzca dichos efectos, para cuya determinación debía acudir al elenco reglamentario). Asimismo, se castigaba el suministro y el retener dichas sustancias, aunque la doctrina entendía que debía tratarse "de cantidades considerables", ya que "no comprende la tenencia para uso personal, porque constituiría un acto preparatorio de autolesión por consumo no punible, y tampoco va contra la salud pública. Así lo interpreta Soler, considerando excesivo el castigo de un vicio" (Camaño Rosa, p.231, 1967). Se incluía también la posibilidad de imponer medidas de seguridad curativas para los toxicómanos.

Esta breve síntesis histórica demuestra que *hasta el año 1974* (fecha de sanción del DL 14.294, como consecuencia de la ratificación de las Convenciones de Viena de 1961 y Nueva York de 1971), *no existió en el Uruguay una legislación sistemática relativa al tráfico de sustancias estupefacientes*; tan sólo esa solitaria norma (art. 223 CP), de alcance limitado y luego la ley 9.692, caracterizada por su vaguedad y su defectuosa técnica legislativa.

Es evidente que el fenómeno no se visualizaba como parte de una política de "lucha contra las drogas" sino más bien como algo patológico y marginal. No existía tampoco un soporte internacional que marcara lineamientos uniformes, lo que tuvo lugar recién en 1961 con la Convención de Viena, complementándose luego, en 1971, con la Convención de Nueva York.

⁵ La misma se inserta en el CP bajo el título "Delitos contra la salud pública", entre delitos tales como el envenenamiento de aguas, el ofrecimiento comercial o venta de sustancias peligrosas para la salud y la violación de las disposiciones sanitarias para impedir la invasión de enfermedades epidémicas o contagiosas.

El DL 14.294 no fue más que la “traducción nacional” de esas dos Convenciones, que como vimos, configuraron el *primer momento* de la política criminal internacional en materia de estupefacientes.

Como veremos seguidamente, el DL 14.294 incluyó aspectos preventivos y represivos, a través de dos ejes: la actuación del sistema de justicia penal y la del sistema de salud pública. Es así que, además de la creación de figuras penales, se le otorgan novedosas competencias al Ministerio del Interior y también al de Salud Pública, creando nuevas reparticiones dentro de ellos. Contiene asimismo expresas referencias a las Convenciones de Viena y Nueva York (en especial, adoptando las listas de sustancias prohibidas).

En 1998, la ley 17.016 modificó dicho decreto-ley, en un claro intento por actualizar la legislación nacional a la nueva Convención de Viena, de 1988. Es así que se tipificó el lavado de dinero (entre otras nuevas figuras) y se incluyó a los precursores químicos como sustancias prohibidas. Sin embargo, algunos institutos previstos en la Convención no fueron adoptados (p.ej la tipificación del enriquecimiento ilícito, el castigo de la posesión de estupefacientes para consumo personal, la abolición del secreto bancario para las investigaciones de operaciones de “lavado de dinero” y algunos mecanismos procesales como la “entrega vigilada”)⁶.

Por otro lado - y aunque resulte llamativo en relación a la línea de “endurecimiento” de la Convención - la ley 17016 operó una clara *despenalización*, al bajarse los mínimos de pena para *todos* los delitos, unificando los guarismos legales mínimos en los 20 meses de prisión. Esto hizo que, a partir de la nueva ley, *todos los delitos en materia de estupefacientes se transformaran en delitos excarcelables* (tanto las figuras “tradicionales” como las nuevas, p.ej el lavado de dinero); esto es, admiten un procesamiento sin prisión, así como también la posibilidad de obtener la libertad provisional en cualquier momento de la causa. Por ello, en otro lugar hemos calificado a esta nueva ley de *ambigua* desde el punto de vista político-criminal, ya que por un lado despenaliza (al bajar las penas y transformar a todos los delitos en excarcelables) y por el otro crea nuevos delitos, relacionados con el lavado de dinero (Camaño Viera, 2001).

⁶ Como hemos señalado, el hecho de que nuestra legislación no se adecue totalmente a la normativa internacional se debe al amplio margen de acción que los Estados conservan, pues ninguna de las Convenciones internacionales en materia de estupefacientes constituyen normas internacionales de naturaleza auto-ejecutable (como lo son p.ej, las normas internacionales sobre derechos humanos).

IV) La legislación vigente⁷

Estudiaremos aquí la legislación vigente en materia de estupefacientes, comenzando por el tema del bien jurídico y luego analizando los distintos tipos penales (teniendo en cuenta los criterios de nuestra doctrina y jurisprudencia), el régimen de agravantes y finalmente el procedimiento de incautación.

IV. A) Insuficiencia del bien jurídico "salud pública"

El concepto de bien jurídico es clave en derecho penal. Tradicionalmente, se lo define como el "interés jurídicamente protegido"⁸ (Von Liszt, 1927); aunque más modernamente se lo ha caracterizado como la síntesis normativa de una relación social concreta y dinámica (Bustos Ramírez, 1994); o incluso como oportunidades de participación social (Fernández, 1994). No siendo este el momento para entrar en la discusión en torno al bien jurídico, se puede afirmar - simplificando la cuestión - que el bien jurídico es esa relación social u oportunidad de participación que el legislador intenta proteger a través de los tipos penales; o visto desde el punto de vista de la comisión de delito, lo que se lesiona con la conducta delictiva. Por eso, se dice que el bien jurídico es "lo que está detrás" de los tipos penales (de este modo, el delito de hurto se crea para castigar la lesión de la propiedad, el de homicidio para castigar la lesión de la vida, y así sucesivamente). Por lo tanto, el legislador no puede crear un delito que no describa la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico.

Las dos funciones más importantes que cumple el bien jurídico son:

- a) delimitar los tipos penales (no puede haber un tipo penal si no hay una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; y por lo tanto, no puede haber delito sin bien jurídico afectado);
- b) interpretar los tipos penales a partir del bien jurídico (interpretación teleológica).

⁷ Al referirnos a la legislación vigente, lo hacemos al DL 14.294 con las modificaciones introducidas por la ley 17.016.

⁸ Dice este autor, en su concepción embrionaria de bien jurídico: "Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son *intereses vitales* del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico" (Von Liszt, p.2, 1937).

Tradicionalmente se afirma que la legislación anti-drogas busca la protección de la salud pública (además, recordemos que el art. 223 CP se insertaba bajo ese título). Ese sería entonces el bien jurídico que se pretende proteger: las conductas tipificadas buscarían castigar la lesión o puesta en peligro de la salud pública. Sin embargo, a medida que nos adentramos en la legislación nos damos cuenta que la afirmación resulta insostenible, ya que nos encontramos con que casi la totalidad de estos delitos no están en realidad lesionando o poniendo en peligro a la salud pública.

Ciertamente, el concepto de salud pública resulta de difícil aprehensión. Por lo tanto, sin entrar a las arduas (y por momentos crípticas) discusiones sobre su significado, debe tenerse en cuenta que se trata de un bien jurídico *colectivo*, por cuanto no refiere a la salud individual sino a la salud pública. Nuestra doctrina ha dado diversas "definiciones", ninguna de las cuales resulta satisfactoria. Se ha afirmado, por ejemplo que consiste en el desarrollo normal de las funciones físico-síquicas de la colectividad (Camaño Rosa, p.225, 1967), que no es la integridad física de una persona o de muchas, pero individualizadas sino la integridad física o la salud de cualquiera o de todos (Reta, p.33, 1960). También se ha señalado que refiere a la exención de los fenómenos mórbidos que por su potencia expansiva, pueden llegar a dañar a todo el grupo social (Bayardo, p.251, 1967), y también que la salud pública refiere al estado sanitario o normal de la población que la ley debe preservar, evitando el riesgo del peligro indeterminado que pueda abatirse sobre ella (Cairolí, T. IV, pp.108 y 109). Como puede verse, se trata de conceptualizaciones vagas e indefinidas, y por tanto insuficientes para delimitar claramente qué es lo que se pretende proteger.

No obstante, el Código Penal bajo el título "salud pública" establece figuras tales como el envenenamiento de aguas o la adulteración de alimentos, en las que – más allá de cualquier conceptualización – se trata de conductas en las que efectivamente la salud de todos puede ser lesionada o al menos puesta en peligro.

En cambio, esto no es así en materia de estupefacientes: ¿en que afecta a la salud pública que yo posea o transporte 10 kg. de cocaína? ¿En qué la afecta que tenga una plantación de hojas de marihuana en el jardín de mi casa? ¿Cómo se lesionaría con estas conductas la "normalidad" del estado sanitario de la población? ¿Qué relación tienen con aquellos "procesos mórbidos con potencialidad expansiva" para todo el grupo social? ⁹.

⁹ Sin embargo tanto la tenencia de estupefacientes en cantidades superiores a las razonables para el consumo, como el transporte y la plantación están castigadas

La situación es más clara aún en relación a las nuevas figuras de la ley 17.016, donde la salud pública no es más que un "tercero ausente". ¿O acaso el lavado de dinero puede comprenderse como una conducta que afecta a la salud pública?

Por lo tanto, resulta harto dificultoso poder delimitar el contenido de los tipos penales a través del indefinido bien jurídico "salud pública"; en algunos casos (como en el del "lavado") sencillamente imposible, causando dificultades insalvables a la hora de la interpretación y aplicación de los concretos tipos penales.

IV. B) Análisis de los principales tipos penales

En materia de estupefacientes, los distintos tipos penales pueden dividirse – a los solos efectos didácticos – en dos grandes grupos:

- Las figuras que llamaremos "tradicionales" en la materia (arts.30 a 35);
- Las "nuevas" figuras penales (arts.54 a 57).

IV. B. 1) Las figuras "tradicionales"

Estos tipos penales se basan en la descripción de una larga serie de conductas (muchas de ellas reiterativas¹⁰), que constituyen la *materia* de lo prohibido.

El art.30 castiga la *producción* de las materias primas o sustancias contenidas en las Listas I y II de la Convención de Nueva York y en la lista I del Convenio de Viena de 1971, entre las que se encuentran el cannabis y su resina, la cocaína, la heroína y el LSD.

Agrega también el artículo (en su actual redacción) a los "precursores químicos u otros productos químicos contenidos en las Tablas 1 y 2 de la presente ley". Es decir que la ley 17.016 estableció dos Tablas conteniendo una enumeración de precursores y otros productos químicos (entre los que p.ej se encuentra el sulfuro de carbono, el carbonato de sodio y la acetona). Se amplía entonces el número de sustancias prohibidas a estas otras, de conformidad con los nuevos lineamientos de la Convención de Viena de 1988. Por lo tanto, a partir de la ley 17.016 se incluyen, como

penalmente, lo que plantea la posibilidad de su inconstitucionalidad, justamente por carecer de un bien jurídico.

¹⁰ La reiteración de verbos típicos es un defecto de técnica legislativa de todas las Convenciones internacionales, que luego se "arrastra" al nivel nacional.

sustancias prohibidas, a muchas que no son – ni en una acepción amplísima - “estupefacientes”, tales como los precursores químicos u otros productos químicos. Se trata de sustancias que, por su propia naturaleza, admiten una multiplicidad de usos, generalmente lícitos.

El art.31 castiga la *importación, exportación, introducción en tránsito, distribución, transporte, posesión no para el consumo* y el hecho de ser *depositario, almacenar, poseer, ofrecer en venta o negociar*. Como surge de su sola lectura, hay conductas de difícil delimitación: ¿qué diferencia hay entre poseer no para el consumo y poseer (a secas); o entre ser depositario y almacenar? ¿Cómo se puede distinguir el ofrecer en venta del negociar? Por otro lado, como ya se ha señalado, se castigan conductas que en nada afectan al bien jurídico “salud pública”, como el mero hecho de poseer o ser depositario.

Específicamente, en relación al castigo de la “posesión” de estupefacientes, es muy claro que en este caso no hay riesgo alguno de lesionar ni de poner en peligro la salud pública. ¿En qué afecta a este bien jurídico que yo posea estupefacientes, aún en una cantidad superior a la razonable para el consumo personal?

A nivel doctrinario se ha cuestionado el castigo de la mera posesión de objetos, diferenciando cuando el objeto es “en sí mismo peligroso”, como sería el caso de las armas o los explosivos, de los casos en que el objeto, por su propia naturaleza, es inofensivo (como es el caso de los estupefacientes). Cuando el objeto es peligroso (p.ej un explosivo) el castigo de la sola posesión podría tener algún sentido, justamente por el peligro que entraña el objeto en sí mismo. Sin embargo, cuando este es inofensivo, la punición resultaría injustificada, ya que con ella se estaría vulnerando el principio de lesividad, al no apreciarse ninguna potencialidad ofensiva en la posesión de estos objetos (Nestler, 2000).

El mismo art.31 dispone una exención de pena para quien “tuviere en su poder una *cantidad razonable* destinada exclusivamente a su consumo personal”. En cuanto al verbo típico utilizado, no puede haber dudas de que es lo mismo “tener en su poder” que “poseer”, razón por la que se puede afirmar que la tenencia (o posesión) para consumo personal es una conducta penalmente lícita en nuestro ordenamiento jurídico¹¹.

¹¹ Técnicamente afirmamos la licitud de la tenencia para consumo personal, *exclusivamente desde un punto de vista jurídico-penal*, ya que, como veremos, el juez puede disponer la internación en casos que el consumidor resulte ser un “drogadicto” (art.40), lo que constituye una medida de coacción directa, con

Más aún, la ley 17.016 sustituyó la expresión "cantidad mínima" (del DL 14.294) por la de "cantidad razonable", dando mayor *amplitud* al contenido de esta, ya que es posible poseer una cantidad *mayor* a la mínima necesaria para el consumo, pero *razonable*, en atención al grado de dependencia del individuo (no es equiparable el caso del que consume una vez por semana, a aquel en que lo hace diariamente). Por lo tanto, la expresión "cantidad razonable" permite *ajustar la cantidad de droga en poder del sujeto a su grado de dependencia*. Vistas las cosas desde este punto de vista, no caben dudas de la mayor laxitud de la redacción actual, en relación al antiguo giro "cantidad mínima"¹².

El Juez deberá entonces apreciar *caso por caso* si la cantidad que posee el individuo es razonable (o no). No existe entonces un *criterio numérico* para determinar cuánta sustancia es lícito poseer, sino que el Juez debe determinar – a través de una valoración – si la cantidad de droga en poder del individuo es razonable o no.

El art.32 prohíbe la *organización* o el *financiamiento* de las actividades descritas en la ley, no planteando mayores problemas interpretativos. Lo que sí resulta muy claro es que tampoco aquí está en juego la salud pública, sino en todo caso el orden económico (aunque es discutible que dicho orden pueda ser elevado a la categoría de un bien jurídico digno de protección penal).

El art.33 castiga al que "desde el territorio nacional realizare *actos tendientes a la introducción ilegal a países extranjeros*", configurándose una situación de difícil prueba y que en realidad plantea otros problemas, vinculados al ámbito espacial de la ley penal y la participación.

contenido punitivo, pese a que no se deriva de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico. Se trata de un caso de atipicidad de la conducta expresamente prevista en la ley y no una causa de impunidad, como tradicionalmente lo afirma nuestra doctrina y jurisprudencia. Por su parte, el consumo es una conducta lícita al no estar incluida dentro del elenco de conductas prohibidas.

¹² No obstante, jurisprudencia posterior a la ley 17.016 no advirtió la mayor amplitud del nuevo texto legal: "el adicto tenedor, sólo puede ser exonerado, cuando se le ocupa una *cantidad mínima* de la droga, para una dosis, o para la dosis de un día, en condiciones de un consumidor "normal" o promedio. La eximitoria no permite un "stock" (p.ej para las vacaciones) ni contempla una aceptación de consumo exagerado" (Tribunal de Apelaciones en lo Penal [en adelante TAP] 1º turno, Sent. Nº 127/00 en *Revista de Derecho Penal* [en adelante RDP] Nº 13, p.755).

Por su parte, el art.34 prevé como delito, por un lado las conductas de *suministro, aplicación o entrega* de las sustancias referidas en la ley y por el otro, la *promoción, inducción o facilitación* del consumo.

Esta norma sí plantea problemas interpretativos importantes. En primer lugar, si se castiga la mera entrega parece absurdo castigar, además, el suministro, hipótesis que estaría comprendida en aquella (para suministrar tengo que entregar). La "aplicación" de la sustancia parecería estar referida al acto físico de introducir la droga en el cuerpo (p.ej le introduzco la jeringa con droga), pero también es un acto de suministro o entrega.

También debe distinguirse el suministro del *consumo grupal*. En este aspecto, la jurisprudencia ha evolucionado auspiciosamente, ya que, si bien a mediados de la década de los 80 se entendía que constituía una conducta punible, posteriormente se afirmó que en el consumo grupal "se produce una verdadera confusión del suministrador con el suministrado"; y en cambio en el suministro hay una persona que aparece claramente como proveedor de la droga¹³. Por esta vía se ha "legalizado" el consumo grupal (que a mediados de los 80, fue objeto de las tristemente célebres "razzias"), ya que ahora no se lo interpreta como conducta punible (de suministro) sino como conducta lícita (de consumo), al no estar determinada claramente la calidad de suministrador en una persona diferente del suministrado. Por lo tanto, es esta *ausencia de distribución de roles claramente diferenciados* lo que permite valorar a la conducta del grupo como la de un consumo mutuo, y por tanto no punible.

Pero más allá de estas dificultades interpretativas, lo ilógico es que se castiguen conductas que son el *precedente natural e inmediato* del consumo, que como hemos visto es una conducta lícita. Se produce, de este modo, la *paradoja de considerar ilícitos a los actos previos a una conducta lícita*. Pensemos en el tabaco o el alcohol: ¿cómo sería posible su consumo si se prohíbe la adquisición de la sustancia? ¿Cómo puedo consumir (acto lícito) si alguien no me provee de drogas? La licitud del consumo debería suponer la licitud del mercado que gira en torno a la sustancia deseada, lo cual equivaldría a la total despenalización en materia de estupefacientes.

El mismo problema se da con el castigo de la promoción, inducción o facilitación del consumo, al ser *actos previos* sin los cuales el consumo no se puede dar. Es por esta razón que afirmamos la incongruencia que implica el hecho de que el consumo no se

¹³ TAP 2º, Sent.77/95 con base en Sent.280/91; TAP 1 Sent.258/96; ambas en RDP Nº 11, p.291.

castigue pero sí los actos previos, sin los cuales aquel no puede concebirse. En este sentido, resulta muy claro – desde un punto de vista lógico-axiológico – que *los actos previos a una conducta lícita no pueden ser ilícitos*.

Finalmente, el art.35 establece - de un modo genérico - el castigo de la "violación de las disposiciones de la ley" en materia de "importación, exportación, producción, elaboración, comercialización o suministro de las sustancias y preparados" de las Listas III de la Convención de Nueva York y las Listas II, III y IV de la Convención de Viena. Con ello se produce - como puede desprenderse de su sola lectura - una repetición innecesaria de conductas que ya están tipificadas en las normas anteriores (arts.31, 34) aunque ampliado a otras Listas. Como vemos, la superposición de conductas [esa machacona insistencia en repetir el castigo de lo mismo] constituye un rasgo definitorio de la legislación anti-drogas, que se arrastra de la normativa de fuente internacional.

IV. B. 2) Los nuevos tipos penales

La ley 17.016 introdujo nuevos tipos penales que giran en torno a la figura del "lavado de dinero", con el fin de perseguir penalmente a todas las conductas que hacen posible la obtención de ganancias como consecuencia del "narcotráfico". De este modo, se "actualiza" nuestra legislación a los lineamientos de la Convención de Viena de 1988 que, como vimos, se centra en la "lucha contra el narcotráfico", estableciendo además una serie de medidas (embargo, incautación y secuestro) para inmovilizar los "bienes, productos o instrumentos" utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos previstos en esta ley.

El art.54 castiga la *conversión o transferencia* de bienes, productos o instrumentos que procedan de los delitos tipificados en esta ley, con lo que se da una definición legal del fenómeno llamado "lavado de dinero" ¹⁴. En efecto, se denomina "lavado" o "reciclaje" a ese proceso de conversión o transferencia, por el cual, determinados

¹⁴ Obsérvese que a diferencia de otras legislaciones, donde el lavado de dinero no sólo está previsto para la conversión o transferencia de bienes procedentes del narcotráfico sino de *cualquier otra actividad ilícita*, en el Uruguay las operaciones de lavado inicialmente se relacionaron exclusivamente con el tráfico ilícito de estupefacientes a partir de esta ley 17.016. Posteriormente, la ley 17.343 amplió la aplicación de las operaciones de lavado y similares previstos en esta ley 17.016 a otras actividades ilícitas (aunque su redacción es bastante defectuosa), por lo que actualmente el lavado de dinero no se relaciona solamente con el "narcotráfico" sino también con fenómenos como el terrorismo, el tráfico de armas, de órganos y tejidos, la extorsión, el secuestro, el proxenetismo, entre otros.

bienes de origen ilícito (p.ej el dinero) se transforman en bienes de circulación legal (p.ej propiedades). De este modo, las ganancias de procedencia ilícita pasan a formar parte del mercado legal, perdiéndose su rastro. Gráficamente, se ha dicho que consiste en el "enmascaramiento" de la procedencia ilícita de los bienes (Pedrazzi, 1999).

Por su parte, el art.55 castiga al que "adquiera, posea, utilice, tenga en su poder o realice cualquier tipo de transacción" sobre dichos bienes, productos o instrumentos y el art.56 castiga hipótesis de encubrimiento tales como la *ocultación, supresión o alteración de los indicios* o las conductas que *impidan la determinación real* de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de tales bienes, productos o instrumentos.

El art.57 castiga la *asistencia* y también el hecho de prestar "cualquier ayuda, asistencia o asesoramiento", lo cual implica una ampliación desmedida de lo punitivo, castigando conductas que van mucho más allá de cualquier daño o puesta en peligro de bien jurídico alguno. Debido a la grosera violación del principio de legalidad y de lesividad se puede llegar incluso a sostener su inconstitucionalidad, tema sobre el que no ahondaremos por exceder los objetivos del presente trabajo. Sólo como ejemplo diremos que de ninguna manera puede interpretarse como un impedimento legal al derecho de defensa (derecho humano fundamental, de rango constitucional) ni al libre ejercicio de la profesión, ya que el patrocinio del cliente incluye necesariamente su asesoramiento.

IV. C) Régimen de agravantes

La desprolija técnica legislativa utilizada al respecto se debe al hecho de que, en lugar de sustituir el art.36 del DL 14.294, la ley 17.016 agregó un nuevo artículo (el 60) que casi en totalidad repitió hipótesis que ya estaban previstas en aquel art.36. La diferencia sustancial es que mientras la antigua norma preveía para estos casos una pena mínima de penitenciaria, el art.60 nada dice al respecto, por lo que el Juez podrá aumentar la pena según las normas generales (art.86 CP) pero sin tener que aplicar, necesariamente, una pena de penitenciaría.

Debido a la repetición de hipótesis ya previstas, lo correcto es afirmar que ha operado una derogación tácita, primando la norma posterior en el tiempo (Salom, 2000).

IV. D) El procedimiento de incautación

La nueva ley 17.016 instauró un nuevo procedimiento de incautación, mucho más rígido y minucioso que el anterior, sin el cual *no se pueden incautar estas sustancias*. La contravención a lo dispuesto en esta disposición puede incluso causar la nulidad de lo actuado, por aplicación de las normas generales. Por tener relación con la práctica cotidiana de la policía, vale la pena detenerse para al menos señalar sus principales pasos.

En primer lugar, al ser aplicable a "toda autoridad pública" (art.50), no pueden caber dudas que quedan incluidas todas las autoridades que tienen como función la represión del delito (policía, prefectura, funcionarios aduaneros).

Cuando se proceda a incautar estupefacientes y demás sustancias comprendidas en la ley, se debe:

- A) Levantar un acta con la comparecencia de dos testigos, la que debe ser llenada según lo que establece el art.50 lit.A);
- B) Introducir las sustancias en un envase precintado que se enviará inmediatamente al Instituto Técnico Forense conjuntamente con una copia autenticada del acta;
- C) Remitir al Juzgado competente el acta dentro de 24 hs.;
- D) Dejar debida constancia de todas las actuaciones.

Resulta claro entonces que este art.50 busca otorgar mayores garantías a través de un procedimiento preciso de incautación, debido a que se trata de una materia delicada. En efecto, en múltiples ocasiones los detenidos han denunciado que en realidad no poseían droga sino que se les había "plantado". El cumplimiento cabal de este procedimiento resulta vital para darle pleno valor de certeza a las actuaciones policiales, evitando así eventuales nulidades de las mismas.

V) La coacción directa del art. 40.

En la nota 11 aclaramos que considerábamos a la posesión para consumo personal como una conducta lícita desde el punto de vista penal, ya que el art. 40 de la ley prevé – como medida de coacción directa¹⁵ – la posibilidad de imponer una internación compulsiva en determinados casos.

¹⁵ Zaffaroni es quien se ha ocupado de distinguir la pena de la coacción directa, definiendo a esta última como una "injerencia en la persona o bienes de un

En efecto, dicho artículo establece que quien "fuere sorprendido consumiendo estupefacientes o usando indebidamente sicofármacos o en circunstancias que hagan presumir que acaba de hacerlo o portando estupefacientes para su uso personal deberá ser puesto a disposición del Juzgado". Esto quiere decir que la policía puede detener a quien encuentra consumiendo y más aún, en circunstancias que *presuman* un consumo anterior (lo cual es amplísimo e imposible de probar); o incluso portando estupefacientes para su consumo, poniendo al individuo a disposición de la justicia. El juez deberá entonces solicitar un informe a la Comisión Nacional de Lucha contra las Toxicomanías y al médico forense, con la consecuencia de que "si del examen resultare tratarse de un drogadicto, el juez impondrá el tratamiento en un establecimiento público o privado o en forma ambulatoria". Finalmente, se dispone que el cumplimiento de esta medida queda sujeto a las garantías de la ley 9.581 (ley de asistencia a sicópatas).

La norma en cuestión habilita así una intervención amplísima por parte de la policía, así como también la posibilidad de disponer un tratamiento por parte del juez. Por lo tanto, si bien el consumo o la posesión de estupefacientes para consumo personal no dan lugar la imposición de una pena, sí ameritan esa medida de coacción directa adoptada por el juez (tratamiento con o sin internación).

Afortunadamente, la misma no ha sido utilizada en la práctica más que en casos contados, pero demuestra que la ley visualiza a cualquier consumidor con un potencial "drogadicto". Por otro lado, la remisión a la ley de sicópatas ("aplicable a todo enfermo de afección mental", según su art.3) evidencia que para el legislador, el "drogadicto" es un enfermo mental; y como tal, pasible de un tratamiento¹⁶.

VI) Inconsistencias técnicas e incongruencias discursivas de la represión penal.

Ya hemos señalado algunas inconsistencias técnicas importantes, en especial la *paradoja que implica el castigo de conductas que son el antecedente lógico y necesario del consumo*. Siendo el consumo una

habitante para neutralizar un peligro inminente o interrumpir una actividad lesiva en curso" (Zaffaroni, pp. 47 a 51, 2002).

¹⁶ Varios fallos judiciales que no sólo equiparan al consumidor con un enfermo sino también como un [potencial] delincuente. El pasaje que sigue es particularmente elocuente: "Si bien, de principio, el adicto no es un delincuente sino un enfermo, la generalización no es adecuada. Los adictos normalmente, son luego, el rebaño de pequeños vendedores" (TAP 1, Sent.127/00 en RDP Nº 13, p.756).

conducta lícita desde el punto de vista penal, resulta absurdo castigar los actos previos al mismo; del mismo modo que resultaría absurdo permitir el consumo de tabaco pero castigar su fabricación y comercialización. Por supuesto, como señaláramos precedentemente, la despenalización de todos los actos previos al consumo llevarían a una total legalización en materia de estupefacientes, punto que trataremos más adelante.

Se señaló también la *defectuosa técnica legislativa*, característica tanto de la normativa nacional como internacional, al repetir innecesariamente las conductas castigadas en diversos artículos.

Por otro lado, la legislación evidencia una clara orientación hacia una *anticipación de la punición*, a través del castigo de los actos preparatorios (que son la excepción a la regla general de su impunidad, consagrada en el art. 7 CP).

Pero tan o más importantes desde el punto de vista político-criminal son las incongruencias discursivas en materia de estupefacientes. Con ello queremos dejar en evidencia lo absurdo del discurso que - a partir y con el apoyo de esa legislación represiva - sirve para consolidar y fortalecer estereotipos criminales como los de "drogadicto" o "narcotraficante". Es el discurso del Estado "terapéutico", pero también del Estado "enemigo", que emprende una "guerra contra las drogas" a todo nivel; es el discurso que posibilita el encarcelamiento de millones de jóvenes en todo el mundo (que ciertamente, no son grandes "narcotraficantes"); es el discurso que permite al Estado tener cuerpos burocráticos muy numerosos y costosos destinados a llevar adelante esa guerra; el que permite a algunos políticos sacar partido; el que incluso habilita intervenciones políticas y militares de las grandes potencias (sobre todo EEUU) en los países del cono sur (sea porque están clasificados como zonas de cultivo o de tránsito), y por lo tanto "justifica" las muertes producidas en el conflicto. Y es también el discurso que hace posible la existencia de un mercado de drogas a un precio alto; el que posibilita la inexistencia de controles sobre la calidad de las drogas que consumen diariamente millones de personas en todo el mundo; el que posibilita las prácticas corruptas de los funcionarios. Como corolario de todo ello, es un discurso que no ha logrado ninguno de los fines que se propone (ni bajó el consumo, ni preserva la salud pública, ni funciona desde el punto de vista terapéutico). En fin, *es un discurso que sólo ha producido - y seguirá produciendo - desastres para la humanidad.*

Y obviamente, la primer incongruencia discursiva es la propia definición de lo que son "drogas". Como bien lo aclara Szasz (1994)

“la palabra droga forma parte de la ciencia: la realidad hoy en día es que constituye una parte aún más importante del lenguaje de los políticos. Esto explica por qué no puede existir una droga “neutra”. Una droga puede ser buena o mala, efectiva o ineficaz, terapéutica o nociva, autorizada o ilegal; pero todo esto no impide que las utilicemos”.

Por otro lado, señala el mismo autor las incongruencias de esa guerra médica o terapéutica; en primer lugar, porque es una guerra entablada solamente contra “las personas que emplean drogas erróneas”. Pero además, las drogas que hoy se combaten no resultaban tan peligrosas 50 o 100 años atrás. Termina afirmando que “nuestro así llamado problema de abuso en el consumo de drogas es una parte integral de nuestra ética social actual, la cual acepta “protecciones” y represiones justificadas por exigencias de salud, así como las sociedades medievales justificaban las represiones por exigencias de fe”; y concluye tajantemente que “la lucha contra las drogas no es nada más que otro capítulo de la historia general de la estupidez humana” (Szasz, 1994).

VII) Estado de derecho y sistema penal

¿En qué medida las feroces críticas a la intervención punitiva en materia de estupefacientes se proyectan en el modelo de derecho penal propio del Estado de derecho? La legislación anti-drogas ¿es compatible con el Estado de derecho o es un amenaza para él?

Para contestar adecuadamente a estas preguntas debemos preguntarnos sobre el concepto mismo de Estado de derecho y su *capacidad de rendimiento* para la configuración de la regulación normativa de la vida en sociedad.

El modelo de organización social que ha adoptado el Uruguay desde su fundación como República en 1830 es el del Estado de derecho. Este se caracteriza no sólo por la sujeción de todos los poderes a la Constitución y la ley, sino también por *asignarle al individuo un rol central*. Es por eso que nuestra Constitución comienza por la enumeración de una serie de derechos, deberes y garantías individuales para luego establecer la forma de gobierno y elección de autoridades. Esto quiere decir que *el centro del Estado de derecho es el individuo*, que es considerado un sujeto de derechos. La sola condición de persona humana lo hace “portador” de una serie de derechos que le son inherentes (e inalienables) y que hacen a su dignidad humana. El Estado se encarga solamente de

garantizar la protección en el goce de esos derechos¹⁷, pudiendo afirmarse que su "razón de ser" se encuentra en la realización de ellos.

Por oposición, el Estado totalitario se ubica en las antípodas del Estado de derecho, ya que en este, los poderes estatales se conciben en función de la realización de los derechos individuales; mientras que en aquel, el Estado es un fin en sí mismo, y por lo tanto, trasciende a la persona humana¹⁸.

En síntesis, podemos decir que *en el Estado de derecho, el poder se organiza para garantizar el pleno ejercicio de los derechos inherentes a la persona humana*, que justamente por eso son considerados *fundamentales*¹⁹.

A esta característica no escapa la organización del poder punitivo, ya que su ejercicio está *condicionado* por una serie de normas constitucionales y legales. En lo que tiene que ver con el sistema penal, podemos afirmar que nuestra Constitución, al asignarle un rol preferente al individuo y organizar el poder según el modelo del Estado de derecho, le impone al legislador un particular modelo de derecho penal: el del derecho penal mínimo.

En efecto, si el poder se organiza en función del individuo, entonces, cuando se trata nada menos que de establecer la más severa intervención del Estado sobre la libertad individual (que es la que se produce a través del sistema penal), esta no puede ser más que la *mínima necesaria* para garantizar la convivencia social.

¹⁷ Art. 7 Constitución: "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general".

¹⁸ En este *sentido fuerte*, puede verse al Estado de derecho como la negación del Estado transpersonalista. A su vez, la expresión designa al modelo de Estado que surge de la Constitución y por eso se habla del Estado constitucional de derecho. Finalmente, al cristalizar la idea de democracia, a veces se lo denomina Estado democrático de derecho. En el texto, utilizamos la expresión Estado de derecho como síntesis de su naturaleza constitucional y democrática.

¹⁹ Actualmente, el debate en torno a los derechos fundamentales es uno de los más apasionantes de la teoría general del derecho. La definición aquí propuesta es la Luigi Ferrajoli, en tanto caracteriza a los derechos fundamentales como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar" (Ferrajoli, p.19, 2001). La discusiones y críticas en torno a sus tesis pueden encontrarse en "Los fundamentos de los derechos fundamentales" (Ed. Trotta, Madrid, 2001), volumen que reproduce el debate sostenido en la revista *Teoría Política* entre 1998 y 2000, entre los teóricos italianos más relevantes de la actualidad.

Por lo tanto, en un Estado de derecho, *el poder punitivo está limitado* por una serie de normas, de rango constitucional y legal, que conforman el derecho penal.

De este modo, el art.10 de nuestra Constitución establece que "las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados". Aplicando esta norma a la materia penal se obtiene una prohibición para el legislador, ya que este *no puede* castigar cualquier conducta; sólo *puede* conminar con pena a aquellas acciones que tengan alguna consecuencia lesiva en el mundo exterior (por atacar el orden público o perjudicar a un tercero). No podría, por ejemplo, castigar a las personas por llevar el pelo largo, vestir de determinada manera, leer ciertos libros, o escuchar determinada música, ya que ninguna de estas acciones se proyecta como lesiva para el mundo exterior, perteneciendo a la esfera de libertad de cada uno.

Es justamente de este art.10 y del 7 de la Constitución (en tanto consagra el derecho a la protección en el goce de la libertad individual) que puede afirmarse el *derecho a consumir drogas como un derecho fundamental* (así como tenemos derecho a consumir los alimentos que queramos o a tomar los medicamentos que consideremos necesarios).

No desconocemos que el Estado terapéutico está - en alguna medida - enquistado en nuestra Constitución, en artículos como el 44 (el Estado procurará "*el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país. Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad*") y el 47 ("*El Estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales*"). Sin embargo, *no surge de dichas normas la necesidad de una intervención punitiva* para llevar a cabo tal "combate", como sucede en relación a otros vicios como el alcohol y el tabaco.

Finalmente, volviendo al modelo de derecho penal mínimo propio del Estado de derecho, este se caracteriza por una serie de *principios* que limitan al poder punitivo, pudiendo esquematizarse de la siguiente manera (Ferrajoli, 1997):

Nulla poena sine crimine (retributividad)

Nullum crimen sine lege (legalidad)

Nulla lex (poenalis) sine necessitate (necesidad)

Nulla necessitas sine iniuria (lesividad u ofensividad del acto)

Nulla iniuria sine actione (materialidad de la acción)

Nulla actio sine culpa (culpabilidad)

Nulla culpa sine iudicio (jurisdiccionalidad)

Nullum iudicium sine accusatione (acusatorio: separación entre juez y acusación)

Nulla accusatio sine probatione (carga de la prueba)

Nulla probatio sine defensione (de la defensa o de la refutación)

Todos estos principios son *interdependientes*, de modo que: no hay pena sin crimen, ni crimen sin ley, ni ley sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio, ni juicio sin acusación, ni acusación sin prueba, ni prueba sin defensa.

Por lo tanto, existen una serie de garantías penales y procesales que son interdependientes, es decir, que no pueden concebirse separadamente sino en forma conjunta. La función de estas garantías es la de *limitar* el poder punitivo, de modo de controlarlo y garantizar que su ejercicio no sea arbitrario, sino por el contrario, racional, previsible y ante todo, respetuoso de la dignidad humana.

VIII) Tesis: la legislación anti-drogas como amenaza para el Estado de derecho

Si el derecho a la protección en el goce de la libertad (art. 7 Const.) es un derecho humano fundamental, entonces no puede haber duda alguna en cuanto a que *el consumo de sustancias* es una de las tantas proyecciones de esa libertad individual (que comprende, entre otras, la libertad de movimientos, la libertad de pensamiento y de expresión). El hecho de que la sustancia sea nociva o no, de ninguna manera puede habilitar al Estado a la imposición de una pena. Desde este punto de vista, resulta claro que nuestra legislación anti-drogas, en la medida que considera penalmente lícitos, tanto el consumo de estupefacientes como la tenencia de una cantidad razonable para consumo personal, es perfectamente compatible con el derecho humano fundamental de la libertad humana, en una de sus proyecciones (el consumo de sustancias)²⁰.

Sin embargo, no puede decirse que realiza totalmente ese derecho humano fundamental, en la medida que castiga todos los actos anteriores que – como hemos visto – son el antecedente lógico y necesario del consumo. En este sentido, la legislación anti-drogas es, claramente, una *amenaza para el Estado de derecho*; y por ello perfectamente puede sostenerse la tesis de su inconstitucionalidad.

²⁰ La posibilidad de imponer una coacción directa prevista en el art. 40 de la legislación vigente es, desde esta óptica, una norma inconstitucional.

No ingresaremos aquí a considerar cómo algunas otras normas vinculadas a la represión penal en materia de estupefacientes revisten también esta nota de inconstitucionalidad, como p.ej la inversión de ciertas garantías procesales o la tipificación de conductas que implican la total eliminación de la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, como el delito de enriquecimiento ilícito (que afortunadamente no ha tenido consagración en nuestro derecho positivo).

Simplemente cabe señalar que para ser totalmente coherentes con la protección constitucional del consumo de sustancias como derecho humano fundamental, se debe sostener la inconstitucionalidad del castigo de todas aquellas conductas que son el antecedente lógico y natural del consumo.

Tampoco llegamos a percibir cuáles podrían ser las razones de "interés general" que justifiquen una legislación que, como la actual, coarten la libertad individual en relación al consumo de drogas al punto de penalizar todas aquellas conductas que son el antecedente lógico y necesario del consumo. En primer lugar porque, esa frase final del art. 7 *no está referido a la materia penal*; esto es: el artículo no quiere decir que se habilite la imposición de una pena por la sola existencia de razones de interés general. Pero además, como ya hemos visto, la materia penal, al ser la que habilita la imposición de las restricciones individuales más severas, necesita de una serie de requisitos para justificar la imposición de una pena; entre ellos, el de la existencia de un bien jurídico lesionado o puesto en peligro; y al respecto, ya hemos señalado que en materia de estupefacientes, no se vislumbra cual es el bien jurídico en juego.

Desde otro punto de vista, la cuestión puede vincularse a la oposición entre Estado de derecho y Estado de policía. Mientras el primero es concebido como el que somete a todos los habitantes a la *ley*, el segundo implica que todos los habitantes se subordinan al *poder* que manda. Según Zaffaroni, "no hay ningún estado de derecho *puro*, sino que este es la camisa que contiene al estado de policía, que invariablemente sobrevive en su interior (...) *no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran*" (Zaffaroni, pp. 5 y 6, 2002).

A su vez, el "Estado terapéutico" (Szasz, 1994), es ciertamente una manifestación del Estado de policía. Por lo tanto, el castigo de las conductas vinculadas al consumo de estupefacientes, podría justificarse desde la óptica de ese Estado de policía – terapéutico,

pero no en el marco de un Estado de derecho, que debe (por imperativo constitucional) asegurar el respeto por los derechos fundamentales del individuo, entre los que – como vimos – se encuentra el derecho a la libertad (una de cuyas facetas es el consumo de sustancias).

XIX) Excursus: ¿legalización de las drogas?

Cuanto viene de decirse nos conduce al gran tema de si el camino es la legalización de las drogas²¹. En efecto, si sostenemos la tesis de la inconstitucionalidad de la legislación represiva en materia de estupefacientes, si consideramos que el consumo de drogas es un derecho humano fundamental que debe respetarse y garantizarse, si entendemos que esta es una manera (una más) de realizar el Estado de derecho (que, justamente, se encuentra “amenazado” por la existencia de una legislación represiva en la materia), entonces, ¿cómo eludir la cuestión en torno a la legalización de las drogas?

Por ahora, no podemos dar más que una respuesta *contingente*. En efecto, el objetivo a alcanzar es – sin dudas – el de la plena legalización, pero sin embargo, no se puede dar – hoy día – una respuesta absoluta al problema. Y ello porque el mismo no tiene otra respuesta que *política*.

Del mismo modo que fue *política* la creación de todo un marco legal, internacional y burocrático en torno a la represión del tráfico de drogas, también en estos términos creemos que deben plantearse las respuestas.

El crecimiento de los aparatos burocráticos anti-drogas (que dan sustento a miles y miles de funcionarios y a sus agencias), el condicionamiento de las ayudas financieras de las grandes potencias a la existencia de marcos legales represivos en la mayor cantidad de países posibles y la posibilidad de obtener rédito político del discurso represivo, son tres factores que por sí mismos condicionan fuertemente la posibilidad de la adopción de medidas autónomas.

Una de las investigaciones de campo más importantes en relación a la guerra contra las drogas en la zona del Chapare señala que “desde que el problema de la droga adquirió más importancia en la agenda política de los Estados Unidos, en términos de amenaza para la seguridad nacional, la NAU y la DEA se convirtieron en los organismos predominantes de la política exterior de este país. Los agentes de ambos organismos se distribuyen por todo el mundo,

²¹ Entendemos por “legalización” la completa abolición del control jurídico-penal, lo que no es incompatible con una legislación en la materia.

administran vastos recursos y muestran gran poder político en los países donde operan. El personal de la DEA y la NAU tiene un peso decisivo en la formulación de la política internacional, y sus informes son claves a la hora de fijar las prioridades de la política exterior de los Estados Unidos, especialmente con relación a América Latina y Asia"; y en nota explicativa, se aclara que "no hay casi ningún país de América Latina que Estados Unidos no considere responsable por fracasar en el control del negocio de la droga", sea por pertenecer a zonas de cultivo, de tránsito, o como paraísos de lavado de dinero (el Uruguay es ubicado en estas dos últimas categorías) (Malamud Goti, p.148, 1992).

¿Es posible en este contexto, proponer una radical legalización de las drogas como una alternativa posible? El dilema es, a nuestro juicio, similar al que se plantea en torno a la cuestión sobre la radical eliminación de las armas nucleares. Al respecto, han existido dos tipos de respuestas: una de tipo idealista, consistente en abogar por una prohibición absoluta de utilizar medios atómicos, y una segunda, más realista, que sólo considera que la guerra atómica no ha estallado por el llamado "equilibrio del terror", es decir, el miedo recíproco, proponiendo una regulación jurídica internacional para minimizar las posibles consecuencias de las armas nucleares, en el marco de los derechos humanos.

Veamos lo que dice Bobbio, en relación al desarme nuclear: "Cuando se entra en la esfera política no cabe prescindir de un mínimo de realismo. El desarme unilateral favorece a los violentos. La alternativa a la guerra de todos contra todos es el despotismo de uno solo" (Bobbio, p. 248, 1997).

Pues bien, al entrar a la esfera política del debate en torno a la legalización, tampoco podemos prescindir de ese mínimo de realismo. A nuestro juicio, al igual que un desarme atómico unilateral, una postura de despenalización unilateral y absoluta no solamente sería idealista sino que además podría traer consecuencias perjudiciales para un país pequeño y con escaso peso internacional. Paradójicamente, una decisión en este sentido sería más bien una manera de aislarnos, de transformarnos en un país potencialmente "peligroso" en la materia y con mayores riesgos de sufrir presiones o intervenciones de todo tipo.

Sólo por ello, al menos al corto plazo, la alternativa de la absoluta despenalización no parece viable. Para que ello sea posible necesitaríamos un apoyo político de al menos nuestros "gigantes" vecinos, cosa que por ahora no se vislumbra como posible. Por lo tanto, la *creación de un contexto internacional en torno a la*

legalización sería un primer requisito para avanzar en tal sentido (del mismo modo que existe una política criminal internacional a favor de la penalización, debería generarse otra, de signo opuesto).

Sin embargo, no es imposible imaginar una despenalización *progresiva y gradual*. Obsérvese que el Uruguay ya cuenta con una "ventaja comparativa", al tener una legislación que al menos es más "liberal" que la de otros países de la región; y lo interesante sería profundizar en ese sentido, siguiendo la línea de la despenalización.

¿Cuál será entonces "la solución"? ¿Existe "una solución"? Al respecto, resulta de utilidad la representación de la condición humana simbolizada en la imagen del laberinto, según Bobbio: "creemos que existe una salida pero no sabemos dónde está. No habiendo nadie que pueda indicárnosla fuera de nosotros, debemos buscarla solos (...) La característica de la situación del laberinto es que no hay ninguna salida absolutamente segura, y cuando el camino es correcto, es decir, lleva a una salida, esta no es nunca la salida final. Lo único que el hombre del laberinto ha aprendido de la experiencia (...) es que hay caminos sin salida: la única lección del laberinto es la lección del *camino bloqueado*. Lo que el laberinto enseña no es dónde está la salida sino cuáles son los caminos que no llevan a ninguna parte" (Bobbio, p. 250, 1997).

Pues bien, a esta altura, parece más que evidente que el camino de la penalización no nos ha llevado a ninguna parte; por el contrario, el fracaso de las políticas penalizadoras pasa justamente porque ha causado males mucho más perjudiciales que los que pretende prevenir.

En definitiva, sin perder de vista el horizonte de la absoluta legalización, debería transitarse el camino de la progresiva despenalización, como un paso significativo para asegurar la plena vigencia de derechos constitucionalmente reconocidos, y por tanto, para la realización del Estado de derecho.

Al menos hasta ahora, no se ha demostrado que este sea un "camino bloqueado".

Bibliografía utilizada

- AA. VV.: *Jurisprudencia sistematizada* en Revista de Derecho Penal N° 11, FCU, Montevideo, 2000.
- AA.VV.: *Jurisprudencia sistematizada* en Revista de Derecho Penal N° 12, FCU, Montevideo, 2001.

- AA.VV.: *Jurisprudencia sistematizada* en Revista de Derecho Penal N° 13, FCU, Montevideo, 2002.
- AA.VV.: *Seminario de capacitación sobre el problema de las drogas. Para Magistrados del Ministerio Público.* Montevideo, 1999.
- Bayardo Bengoa, Fernando: *Derecho penal uruguayo, T. V,* CED, Montevideo, 1967.
- Bobbio, Norberto: *Autobiografía.* Editorial Taurus, Madrid, 1997.
- Bustos Ramírez, Juan: *Bases críticas de un nuevo derecho penal.* Ed. Jurídica CONOSUR, Santiago de Chile, 1994.
- Cairolí, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo, T. IV.* FCU, Montevideo, 1995.
- Camaño Rosa, Antonio: *Tratado de los delitos.* Amalio Fernández, Montevideo, 1967.
- Camaño Viera, Diego: *Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia* en Revista de Derecho Penal N° 12, FCU, Montevideo, 2001.
- Del Olmo, Rosa: *Las drogas y sus discursos* en El derecho penal hoy. Homenaje al Prof. David Baigún. Ediciones del Puerto, Bs. As., 1999.
- Erosa, Héctor: *La construcción punitiva del abandono* en Revista de Ciencias Penales N°1, Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 1997.
- Ferrajoli, Luigi: - *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- *Los fundamentos de los derechos fundamentales. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo.* Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- Fernández, Gonzalo: - *Ensayos sobre culpabilidad.* Colección Jurídica y Social N° 32, Universidad Nacional del Litoral, 1994.
- *Drogas, derecho penal y teoría del sujeto* en Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas, T.II. Presidencia de la República - UDELAR, Montevideo, 1998.
- González, Carlos: *Aspectos legislativos* en
- Ibáñez, Perfecto A.: *Los estragos de la "droga"... en el ordenamiento jurídico* en Revista No hay derecho. Bs. As., 1994.
- Malamud Goti, Jaime: *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas.* Editores del Puerto, Bs. As., 1992.
- Nestler, Cornelius: *La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes* en La insostenible situación del derecho penal. Editorial Comares, Granada, 2000.
- Ostiz, Déborah - Lozada, Martín: *Drogas y control social en EEUU* en Revista No hay derecho. Bs. As., 1994.
- Pedrazzi, Cesare: *L'alterazione del sistema economico: riciclaggio e reimpieghi di capitali di provenienza illecita* en Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia, Nápoles, 1999.
- Pepino, Livio: *La legislación sobre estupefacientes en Italia* en Revista No hay derecho. Bs. As., 1994.
- Reta, Adela: - *Derecho penal. Segundo Curso,* T. II, Oficina de Apuntes del CED, Montevideo, 1960;

- *Consideraciones acerca del llamado "lavado de narco-dólares"* en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, 1992;
- Saavedra Rojas, Edgar – Del Olmo, Rosa: *La Convención de Viena y el narcotráfico*. Temis, Bogotá, 1991.
- Salom, Cecilia: *Régimen de circunstancias agravantes en los delitos de drogas: el Decreto Ley 14.294 y las modificaciones introducidas por la ley 17.016* en Revista de Derecho Penal N° 12. FCU, Montevideo, 2001.
- Szasz, Thomas: *Contra el Estado terapéutico. Derechos individuales y drogas* en Revista Delito y Sociedad, Bs. As., 1994.
- Von Liszt, Franz: *Tratado de derecho penal, T. 2*. Editorial Reus, Madrid, 1927.
- Zaffaroni, Eugenio R.: - *Derecho penal. Parte general*. EDIAR, Bs. As., 2002;
 - *Tóxicos y ley penal* en Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas, T.II. Presidencia de la República – UDELAR, Montevideo, 1998.