



Artículo original

Análisis de la responsabilidad penal del consumidor de drogas en la Ley n.º 1340/88

Analysis of drug users' penal liability under act 1340/88

Droga'uha responsabilidad penal rehegua oĩva Léi n.º 1340/88-pe ñehesa'ỹijo.

Silvio Corbetta*

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Resumen

La responsabilidad penal del consumidor de drogas como acto preparatorio al consumo personal desde el punto de vista de la normativa nacional, establece un sistema de tasación de tipos de drogas y de cantidades permitidas para la portación, lo que ocasiona inconvenientes a los operadores de justicia debido a que existe un apego excesivo a lo normado o expresamente establecido, ya que se ven en la obligación de someter a procesos penales incluso a los dependientes hallados con cantidades mínimas de drogas, por el solo hecho de sobrepasar la mínima admitida, lo que dificulta aplicar políticas orientadas a la flexibilización de un problema médico-sanitario, al momento de tratar a los justiciables dependientes a las drogas. En ese sentido, surge la interrogante si la reprochabilidad del drogodependiente, quien presenta trastornos conductuales ocasionados por el uso compulsivo de drogas y dependencia, pueda llegar a tener entidad suficiente para atenuar la reprochabilidad del autor a la luz del art. 30 de la Ley n.º 1340/88 o verse disminuida.

Palabras clave: Responsabilidad penal, posesión de drogas, consumo personal, drogodependencia, criminalización del drogodependiente, reprochabilidad.

Abstract

The drug users' penal liability as a preparatory event to personal use from a national normative perspective, sets an assessment system and quantities permitted

Recibido: 21.07.19 Aceptado: 09.09.19

*Asistente Fiscal de la Unidad Especializada de Delitos Económicos y Anticorrupción UDEA. Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: scorbetta@gmail.com

Abogado y Escribano Público por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay. Docente Universitario.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.



for possession, what causes problems to justice workers due to the excessive adherence to what is regulated or explicitly set, which force them to charges even against users/addicts who are found with minimum amounts of drugs, that hardly exceed the quantity permitted, which makes it difficult to implement policies oriented to the softening of a medical-health issue, at the time of treating addicts in conflict with the law. This approach questions the addicts' penal liability, for they present behavioral disorder caused by compulsive drug use, which may come to have sufficient merit to attenuate the penal liability in the light of the article 30 of Act 1340/88.

Key word: penal liability, drug possession, personal use, drug addiction, addicts' criminalization, guilt.

Nemombyky

Maymave droga'uha rehegua responsabilidad penal ojejapo va'erãháicha léikuéra ñane retãygua mba'évape, upépe omombe'u mboy pevénite ikatu ojeponu ha mba'eichagua drógapa pevépa ikatu ojegueroko, kóva heta jey omoapañuái maymava tapicha tekojojárãre omba'apóvape, ojekoiterei rupi upe léipe he'íva, ojejopyrupi ichupekuéra oja'póvo pe proceso penal-pe he'iháicha, oporomoinge katuite pe proceso penal-pe taha'épa jepe ra'e umi michĩmĩnte ho'úva droga oiporu rasa'imi haguére, upe michĩmi ohasa haguére pe oñekotevẽvagui, kóva rupi ijeto'u oñembohape haguã peteĩ política ivevúi ha ipya'éva pe apañuái ha'érõ médico-sanitario, ojeja'potarõ léipe he'iháicha droga ho'úvape guarã. Upéva rupi oñeñeporandu ikatúpa ojeitypaite mba'evai apo peteĩ droga ho'úva ári, upe tapicha rekove oñembyai jepéma rupi ho'u eterei rupi dróga opaichagua, ikatúpa añetehápe upe haguére oñemboveyive ichupe upe mba'evai apo ojeityva hi'ári ohechaukaháicha art. 30 Léi 1340/88 terãpa oñemboveyi kuaave ichupe.

Ñe'ẽ tee: Responsabilidad penal, droga oguerékova, ho'áva droga je'úpe, drógape oñepohãnova, ho'áva droga je'úpe tembiapo vai tee.

Introducción

La Ley n.º 1340/88 que modifica y actualiza la Ley n.º 357/72, que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes y su modificatoria por la Ley n.º 1881/02, Modifica artículo de la Ley que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines, fueron creadas para



combatir al narcotráfico y promover la recuperación de los farmacodependientes. Mediante su demarcación y tipificación, sirven como política nacional de combate frontal al tráfico de drogas.

Algunos consideran que la utilización de mecanismos represivos como forma de combatir el tráfico y consumo ilícito de drogas originó efectos diferentes a los que se planteaba. Es por ello que se considera la responsabilidad penal del drogodependiente como materia central pues, se debe entender que el fenómeno de las drogas abarca a toda la sociedad, sus efectos inciden en el mismo desarrollo, en razón a que afecta al sistema de salud, judicial, económico y financiero.

El artículo 30 de la Ley n.º 1340/88 establece un sistema de tasación de tipos de drogas y de cantidades permitidas para la portación por parte de un drogodependiente. Es decir, realiza una ponderación específica sobre las cantidades y tipos de drogas permitidas, como presunción de que dicha tenencia se da a los efectos del consumo personal, en el caso de la marihuana señala que no debe exceder los 10 gramos, y de 2 gramos en el caso de la cocaína, y otros opiáceos.

Esta delimitación genera inconvenientes a los operadores de justicia, ya que se ven en la obligación de someter a un proceso penal a los dependientes hallados con cantidades de drogas, por el solo hecho de sobrepasar la mínima permitida.

El problema que se genera es que al mencionar cantidades y tipos de drogas, se complica al momento de aplicar la legislación penal y se vuelve más difícil disponer políticas orientadas a la flexibilización de un problema médico y sanitario, para el tratamiento de los justiciables dependientes del consumo.

Es de conocimiento que en el sistema jurídico paraguayo, existe un apego –casi excesivo a lo normado, solo aquel hecho que está tipificado en la norma de modo expreso es el que se tiene en cuenta al momento de establecer la responsabilidad, con ello, una persona hallada en posesión de una cantidad mínima de estupefacientes que supere la preestablecida, a pesar de ser un farmacodependiente, su conducta es tipificada en tipos penales más gravosos con penas carcelarias más elevadas, hecho que provoca una suerte de criminalización del consumidor por una excesiva adhesión a la redacción legal.

Análisis de la responsabilidad penal del consumidor de drogas en la Ley n.º 1340/88

La posesión de drogas para la Ley n.º 1340/88

En general podría sostenerse que la tenencia implica el “ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa”; este es el concepto de tenencia utilizado por el legislador



alemán en la ley de armas 52 y 53 (Falcone, 2007). Dicho en otros términos, sería la facultad de detentar del poseedor respecto al objeto, que no se limita únicamente a la tenencia física o material del objeto sino a la facultad y dominio sobre el objeto en cuestión.

Se entiende además que no se precisa un contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo éste en la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera un tercero la posesión sobre ella. Es indiferente la lejanía física y transitoria de la cosa e incluso la ignorancia de donde se encuentra. A partir de aquí pueden vislumbrarse dos tendencias, una representada por quienes se contentan con una disponibilidad hipotética o ficticia y quienes consideran necesaria una disponibilidad real y actual. (Zaffaroni E., Alagia A., Slokar A., 2005)

En este último sentido, Hernández Hernández citado por Joshi Jubert (1999) señala:

Otra solución dejaría fuera del campo penal a cuantos manejan el destino de la droga en los múltiples medios que permiten las comunicaciones modernas, sin que jamás hayan tenido la posesión material de la droga...la posesión es un concepto esencialmente jurídico y, naturalmente, consiste en la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, pudiendo ejercerse dicha posesión por la misma persona que tiene la cosa o disfruta del derecho o por otra en su nombre y que se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o, por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad.

El tribunal Supremo español, Sala Penal, concluye sobre la tenencia en sentencia del 12 de enero de 1996, que:

La detentación de la droga puede revestir distintas posibilidades. Puede ser directa o inmediata, actual, material, física y de presente. Pero también mediata, indirecta, incluso a distancia sin necesidad de contacto físico. Lo decisivo en cualquier forma de tenencia, es que el objeto poseído esté sujeto de alguna forma a la voluntad del agente. No siendo necesaria la detentación física y material del producto, sí concurre en cambio lo que ha sido igualmente definido como dominio funcional de la cosa, es decir, opción y posibilidad de disposición sobre la droga.



Sin perjuicio de lo dicho oportunamente, Joshi Jubert (1999) indica que puede afirmarse la posesión de la droga cuando:

1) Se aprehenda materialmente la droga en poder del autor; 2) Cuando a pesar de no tener la posesión material, existe disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, por conocerse donde se encuentra y tener acceso a ella, o en definitiva, por estar en situación de poder decidir su destino; y 3) Por ser coautor, junto con el que posee materialmente la droga, aunque carezca momentáneamente de disponibilidad efectiva sobre la misma, siempre que la ejecución del plan se mantenga dentro de lo acordado.

De lo expuesto se concluye que la acepción de posesión y tenencia de drogas adoptada por la legislación nacional es aquella que no se circunscribe únicamente a la posesión material del objeto, sino a la facultad o derecho de su disposición, o en otros términos, bajo la esfera de custodia del individuo y determinada a su voluntad.

La misma abarca ambas consideraciones sobre la posesión, la primera refiere a la tenencia materia del objeto y la segunda en un sentido mucho más amplio, a la capacidad o facultad de disponer, y la posibilidad de ejercer sobre él un dominio físico en todo momento.

Presupuestos del tipo penal previsto en el art. 27 de la ley n.º 1340/88

Análisis del art. 27

El tipo penal de tenencia sin autorización de drogas peligrosas, conforme a su redacción es un delito que no requiere de la consumación o producción del resultado lesivo, de esta manera se lo considera como un delito de peligro abstracto.

Por lo tanto, se tiene que la mera tenencia como se encuentra redactado en el art. 27 de la Ley n.º 1340/88: “...El que tuviere en su poder, sin autorización, sustancias estupefacientes, drogas peligrosas o productos que las contengan, será castigado con cinco a quince años de penitenciaría...”, supone ya la consumación del delito, es decir, se castiga la simple posesión o la mera tenencia de drogas y de sustancias controladas a las que se refiere esta ley especial, previstas en las convenciones internacionales sobre tráfico de estupefacientes.

La conducta prohibida es tener/poseer sustancias estupefacientes y drogas prohibidas. El verbo utilizado en la presente disposición penal es tener.

En ese contexto se observa principalmente la utilización del verbo “tener” contenida en el art. 27 de la Ley n.º 1340/88 y en la mayoría de los tipos penales previstos en esta normativa especial, como la tenencia para el consumo y con fines de tráfico, entre otros, realizando la distinción de acuerdo a la finalidad pretendida por el autor o el poseedor.



El tipo penal no requiere una cualidad especial en el autor, pudiendo ser cualquier persona o sujeto pasible de sanción penal.

En cuanto al elemento subjetivo, es un delito doloso. En este caso el dolo requiere que la droga se encuentre bajo su disponibilidad, y que como tal, de acuerdo a la técnica legislativa seleccionada, en él no se castiga la finalidad o la intención de empleo de la droga, sino la simple posesión de la sustancia, ya que con ello el legislador considera que se atenta y se pone en riesgo al bien jurídico protegido colectivo, en este caso, a la salud pública. Esta forma de legislar es cuestionada por muchos juristas, como señalan los detractores cuando se castiga al poseedor de un objeto con prescindencia de la finalidad que preside dicha posesión, en puridad se le está imponiendo una pena por la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico.

Análisis del art. 30

En efecto, el tipo penal de tenencia con fines de uso y consumo personal se encuadra dentro de la tendencia legislativa conocida como el “derecho penal de la puesta en peligro o de peligro abstracto”, al igual que el tipo penal previamente analizado.

La conducta prohibida es tener sustancias estupefacientes para uso y consumo personal. Es el mismo verbo a que la Ley n.º1340/88 y su modificatoria hace referencia en la mayoría de los tipos penales, principalmente en el art. 27 que se distinguen en el plano subjetivo.

La norma define la droga para el uso personal del farmacodependiente como “la tenencia en su poder de sustancias suficientes para su uso diario cantidad que debe ser determinada en cada caso”.

La tenencia fue definida ampliamente con anterioridad, sin embargo, se resume como el ejercicio del poder de disposición sobre la cosa o el objeto, que no se limita a su aprehensión física, es decir, no requiere contacto material, sino que la misma esté sujeta a la voluntad y acción del poseedor. Por lo tanto, es un delito de carácter permanente porque la conducta se consuma continuamente siempre que el autor decida mantenerse en la posesión del objeto prohibido.

En cuanto al elemento subjetivo, es un delito doloso. En este caso el dolo requiere que la droga se encuentre bajo su ámbito de disponibilidad.

El tipo subjetivo contiene un elemento adicional, del uso y consumo personal. Es decir, conforme a la redacción del tipo penal, no se requiere que el sujeto quien detenta la droga prohibida ejecute la conducta prevista en la normativa, es decir, consuma efectivamente la droga, siendo suficiente que se



configure la exigencia subjetiva consistente en que el autor tenga esas sustancias para su consumo personal. Al tratarse de un elemento interno, en teoría no es necesario que se lleve a cabo el acto.

Se establece una pena privativa de libertad de dos a cuatro años así como el comiso de las sustancias: “...Pero si la cantidad fuere mayor que la recetada o que la necesaria para su uso personal, se le castigará con penitenciaría de dos a cuatro años y comiso...”

Sin embargo, en la última parte se limita el *ius puniendi* estatal, exonerando de pena en los casos que la marihuana no supere los diez gramos y dos gramos en el caso de la cocaína y otros opiáceos.

Por ende, se podría decir que existe una condición objetiva de punibilidad en el caso particular, cuando se supera el mínimo previsto por la ley, para que el hecho sea considerado punible.

Del análisis se desprende que a pesar de darse los presupuestos de la punibilidad: tipicidad, antijuridicidad y reprochabilidad para la aplicación de una sanción penal, se exonera al autor, siempre que se reúna tal cantidad mínima y se compruebe la finalidad, su utilización y consumo personal: “...El que tuviere en su poder sustancias a las que se refiere esta Ley, que el médico le hubiere recetado, o aquél que las tuviere para su exclusivo uso personal, estará exento de pena...” (art. 30).

En el art. 27, tal como en muchas legislaciones extranjeras, se observa que el legislador en la técnica prescinde de la finalidad del autor. Algunos autores cuestionan sobre dicha forma de legislar, señalando si ello es correcto en un Estado de Derecho respetuoso de las garantías haciendo hincapié en las siguientes cuestiones:

Eberhard Struensee en coautoría con Jakobs señala que al tiempo de calificar los delitos de tenencia como un traspié legislativo, la expresión tener no describe conducta alguna. (Struensee E., Jakobs G., 1998)

El problema detectado es que estos tipos penales, como la posesión de drogas, la posesión de armas, entre otros que castigan solamente la simple tenencia del objeto incriminado, sin que resulte necesario verificar la intención de un empleo adicional del objeto detentado (Falcone, 2007).

Nestler (1999), señala:

La posesión de un objeto no representa peligro alguno. Dicha posesión sólo resulta peligrosa para los bienes jurídicos en la medida en que la posesión abre la posibilidad de que una persona lleve a cabo una acción que pueda conllevar un riesgo por el empleo de ese objeto. Vgr. ni la posesión de gasolina, ni la tenencia de un cuchillo, como tampoco la de una metralleta o



de un coche afectan por sí mismo, a los bienes jurídicos, sino, a lo sumo, el uso que de estos objetos se haga. Así, la utilización de automóviles se torna peligrosa cuando se la acompaña de la embriaguez del conductor, al igual que la gasolina cuando se la emplea como medio para un incendio.

Al respecto Falcone (2007), menciona:

No debiera discutirse que la peligrosidad atribuida a esos objetos (armas, estupefacientes) dependerá del empleo que se haga de ellos. Por ejemplo si el poseedor mismo concibe la posesión como preparación de una actuación delictiva, lo que significa que tan sólo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de la tenencia; en tal sentido, no puede cuestionarse la punición del delito previsto en el artículo 5to. inc. c) de la ley n.º 23.737 “tenencia ilegítima de sustancia estupefaciente con fines de comercialización”

Cuando se castiga al poseedor de un objeto con prescindencia de la finalidad que preside dicha posesión, en puridad se le está imponiendo una pena por la mera sospecha de su empleo contra un bien jurídico (Falcone, 2007).

Jakobs (1997) alude:

Los delitos de peligro abstracto del último género expuesto invaden, pues el ámbito interno, no respetan por tanto el principio del hecho y no son correctos en un Estado de derecho, desde el momento en que para fundamentar o agravar la pena se recurre a lo planeado o no por el autor.

La misma preocupación manifiesta Sancinetti cuando señala que “la cuestión se restringe en estos casos, exclusivamente, a la discusión constitucional de la legitimidad de la norma” (Sancinetti, 1987).

Es que aún en los ejemplos dados una conducta peligrosa con carácter general, puede resultar inocua en el caso concreto, por ej. el arma de guerra está deteriorada, o la cantidad de droga detenida es tan escasa que resulta improbable la afectación de la salud pública (Falcone, 2007).

Cita Falcone (2007) que si ello no puede contestarse en un Estado de Derecho democrático, la posesión de drogas pondrá en peligro a la salud pública cuando se abra la posibilidad de una transmisión no controlada a terceras personas; por el contrario cuando la adquisición y la posesión desde la representación del autor, resulte un acto preparatorio de su propio consumo, en tanto no afecta la salud de otros consumidores resultará atípica. Y esto se observa claramente cuando se detentan pequeñas cantidades de estupefacientes para ser consumidas en un ámbito privado.



Según Nestler, es posible aún establecer una diferencia sustancial entre la tenencia de armas de fuego y la tenencia de drogas:

En el caso del arma de fuego basta con que se emplee el arma para que terceros se vean puestos en peligro, mientras que en el caso de los estupefacientes, aún después de abandonar la esfera del poseedor, sólo presentan riesgo si el tercero decide ponerse a sí mismo en peligro a través del consumo (Nestler, 1999).

Esta manera de castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal desconoce la existencia de un derecho fundamental a la autopuesta en peligro voluntaria y debe recurrir ilegítimamente a la puesta en peligro abstracta ajena doblemente mediata para justificar la amenaza penal. Así Kreuzer en contra Nestler quien afirma que “la participación en el consumo de drogas de un tercero se trata siempre de la participación en una autopuesta en peligro, mientras no pueda excluirse la propia responsabilidad del consumidor”. (Falcone, 2007)

En el mismo sentido expone Jürgen Wolter (2000):

La conducta del consumidor ocasional queda excluida ya de principio del ámbito del merecimiento de pena y, consiguientemente, del de posibilidad de punición. Y es que dicha conducta no resulta jurídico-penalmente desaprobada, no es socialmente dañosa. No se da el tipo objetivo del injusto y, consiguientemente, tampoco la tipicidad en su conjunto. El autor ni siquiera entra en el primer nivel de la estructura del delito.

Igualmente desde la consideración del derecho penal como última ratio cabe entender dicha conducta como socialmente adecuada, al crear un riesgo jurídicamente permitido con mínima relevancia para el bien jurídico, máximo si como en el supuesto bajo tratamiento –tenencia para consumo– la realización de dicha conducta importa el ejercicio de una libertad fundamental. Ciertamente es que aquí se filtran criterios valorativos desde el bien jurídico, los que resultan necesarios para delimitar el alcance de la prohibición (Falcone, 2007).

Admitido que el concepto de bien jurídico implica una relación dialéctica entre realidad y valoración funcional, urge entonces una redefinición del concepto de daño. En esta medida disvalor de injusto y lesividad deben medirse con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico penal del comportamiento (disvalor de acción) y de la mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico (disvalor de resultado-lesividad); valores que dependerán del bien jurídico-penal puesto en peligro y afectado como de la modalidad del comportamiento (Falcone, 2007).

Esto indudablemente es posible de ser valorado en el ámbito de los bienes colectivos. En el caso concreto del bien jurídico Salud Pública y de los tipos previstos en la Ley n.º 23.737; no presentan idéntico disvalor de injusto ni tampoco



análoga lesividad la tenencia simple conforme al (art. 14), la tenencia con fines de comercialización según el art. 5 inc. “c” y el comercio de sustancias estupefacientes, establecido en el art. 5. (Falcone, 2007)

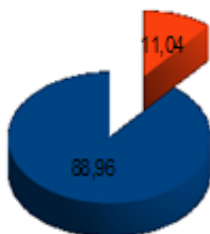
Jurisprudencia nacional sobre el rigorismo en la aplicación del art. 30 de la Ley n.º 1340/88

Como parte del problema de investigación que se identifica con el excesivo rigorismo legal o apego que existe de parte de los operadores de justicia respecto a la tasación legal de cantidades máximas permitidas dispuesta por el art. 30 de la ley antidrogas, se puede dar como un ejemplo palpable el caso: “G. G., A. A. S/Tenencia de estupefaciente s/ autorización y resistencia”. Los jueces penales de Sentencia, Juan Carlos Zárate Pastor (Presidente), Gustavo Santander Dans y María Esther Fleitas Noguera Miembros Titulares, por S. D. n.º 175 de fecha 31 de mayo de 2016, condenaron a A.A.G.G. a la pena carcelaria de cinco años, incurriendo su conducta en lo previsto en el art. 27 de la Ley n.º 1340/88. Según los hechos debidamente probados en juicio el justiciable A.A.G.G. fue hallado en posesión de 11 gramos de marihuana en fecha 22 de noviembre del 2010, en la ciudad de Asunción, fueron registrados como parte del caudal probatorio estudios psiquiátricos, médicos y una constancia expedida por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, en la que se certifica la asistencia del condenado a consultas psicológicas y psiquiátricas además de certificarse su condición de adicto a sustancias estupefacientes.

Finalmente el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, dispone que la conducta de A.A.G.G. sea tipificada en el art. 30 de la Ley n.º 1340/88 y reduce la condena a la pena de dos años privativa de libertad, argumentando que la pena impuesta era excesiva considerando que la cantidad permitida es la de 10 gramos, por lo que la cantidad que poseía el condenado era solamente superior en un gramo a la cantidad permitida, además, de constar en autos la condición de adicto del procesado, teniendo presente estas consideraciones invoca los art. 20 de la CN “Del objeto de las penas: Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad...” así como el art. 3 del CP, reza: “...Principio de prevención... Las sanciones penales tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad...”, también es importante traer a colación el art. 2 inc. 2º que establece: “...la gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal...”. (G.G., A. A. S/ Tenencia de estupefaciente y resistencia, 2016)

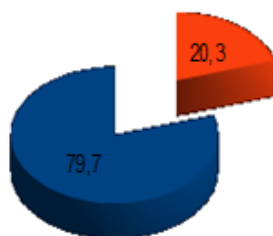


Figura 1
Porcentaje de causas entre los años 2010-2014



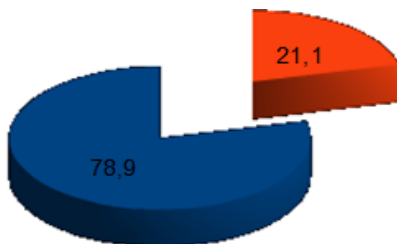
Fuente: Fiscalía Adjunta del Área de Narcotráfico

Figura 2
Porcentaje de causas año 2015



Fuente: Fiscalía Adjunta del Área de Narcotráfico

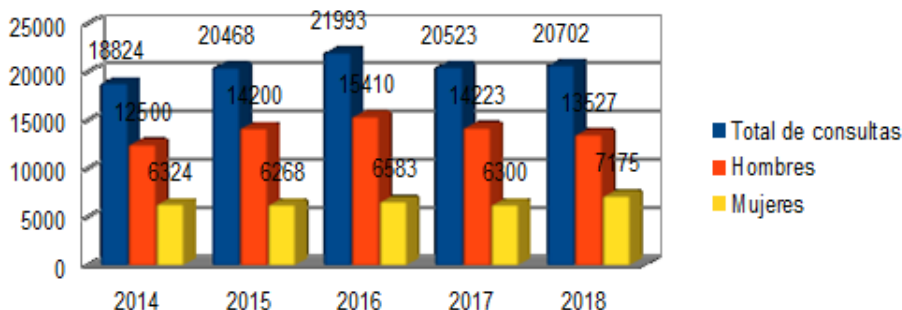
Figura 3
Porcentaje de causas año 2016



Fuente: Fiscalía Adjunta del Área de Narcotráfico

Figura 4

Usuarios de drogas en el sistema de salud pública de los últimos cinco años



Fuente: Centro Nacional de Prevención y Tratamiento de Adicciones. Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social

Análisis de la reprochabilidad penal del usuario de drogas

Se identifica como preocupación la relación que se hace sobre la drogodependencia, como trastorno mental, y la responsabilidad penal en el acto de consumo previsto en el artículo 30 de la Ley n.º 1340/88, ante la posibilidad de subsistencia de un conflicto. Al respecto surgió la siguiente interrogante: ¿El sujeto que sufra de un trastorno ocasionado por el consumo de sustancias estupefacientes, es capaz de autodeterminarse sobre la base del citado artículo de la ley?, esta interrogante se hace atendiendo a que las drogas esclavizan al consumidor, considerando que puede ser factible una considerable disminución de la reprochabilidad del autor como consecuencia del padecimiento de un trastorno mental generado por la dependencia y el abuso de dichas sustancias.

Al respecto, el art. 23 del Código Penal en adelante CP Trastorno mental que reza: “...1º No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento. 2º Cuando por las razones señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con una considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67...”.

El CP establece soluciones cuando surge la ausencia total de reproche, convirtiendo al sujeto en un individuo inimputable o incapaz de ser responsable



penalmente por sus actos, previendo en este caso la aplicación de medidas -art. 72 CP-, y, cuando dicho reproche no se encuentre del todo ausente, situación que prevé en este último caso, la atenuación de la pena conforme al art. 67 del C.P.

Para el Dr. Manuel Fresco, Director del Centro Nacional de Prevención y Tratamiento de Adicciones dependiente del MSPyBS, la dependencia no impide el discernimiento de la persona respecto a la ilicitud de su conducta. Es el nivel de intoxicación lo que presupone que en algún momento le puede llegar a eximir a la persona que cometió algún hecho delictivo.

Solo algunos trastornos mentales hacen que el sujeto sea irreproachable, por ejemplo la demencia, la esquizofrenia, el trastorno bipolar, es decir, solo un grupo de trastornos eximen de la responsabilidad a la persona que cometió algún hecho punible.

En otras palabras, la adicción por sí sola no tiene la entidad suficiente para declararle irreproachable al sujeto, porque puede ser un consumidor ocasional o primario, sin embargo lo que se tiene en cuenta es el estado de intoxicación del individuo para evaluar la capacidad de autodeterminación y de discernimiento.

Por lo tanto, se considera reproachable al drogodependiente ex ante de la comisión del delito, en la decisión de consumir drogas, es decir, hay un conocimiento previo, por lo tanto, si el sujeto decide consumir alcohol por ejemplo tiene que tomar simultáneamente la decisión de no conducir un vehículo en ese estado. Esa misma lógica se aplica al drogodependiente sobre todo si el sujeto, es consciente que posee un trastorno relacionado al consumo y que tiene lugares gratuitos donde rehabilitarse a su disposición, sin embargo, en caso de no acepta el tratamiento y que no sigue las indicaciones, existirá una cuota de responsabilidad en el usuario. El dependiente es consciente de su enfermedad y decide si tratarse o no, y ahí es la decisión que si se niega a tratarse debe asumir la responsabilidad o las consecuencias de su enfermedad no tratada, la única excepción sería en los casos de psicosis o de esquizofrenia.

Método

El enfoque de investigación utilizado es el enfoque mixto debido a que existe una combinación de datos cuantitativos y cualitativos en la misma investigación para responder a los planteamientos formulados. Por una parte, de forma cualitativa se examinó la responsabilidad penal del consumidor de drogas desde el punto de vista de la doctrina, de la normativa nacional y se evaluó la necesidad de establecer unos cambios que regulen de modo preciso estas situaciones, y dar luz a los administradores de justicia en esta cuestión.



Se realizó un análisis exhaustivo de fuentes documentales (Libros, Manuales, Tesis, Revistas nacionales como extranjeras), normativas, regulaciones nacionales e internacionales y otros registros existentes con el fin de analizar el escenario desde la perspectiva doctrinaria y legislativa en cuanto a la responsabilidad penal del consumidor de drogas.

En ese contexto, se realizaron también validaciones de la información existente en los registros, mediante entrevistas a actores involucrados de forma directa e indirecta con la situación del drogodependiente en Paraguay.

El método cuantitativo permitió utilizar la recolección y el análisis de datos para contestar interrogantes de investigación al confiar en la medición numérica, el conteo y la estadística para establecer con exactitud patrones de comportamiento en una población, en especial la compuesta por el farmacodependiente y la del operador de justicia.

Análisis de los resultados

Ahora bien, mediante los informes descriptivos recolectados sobre los números de usuarios de drogas en el sistema penal y número de usuarios en el sistema de salud, se pudo determinar que a pesar de la vigencia de la Ley n.º 1340/88, se notó un leve crecimiento de causas imputables por el art. 30, especialmente en el 2016 respecto al 2015, y el número de pacientes que consultaron en el Centro Nacional de Prevención y Tratamiento de Adicciones del M.S.P. y B.S., único centro médico estatal dedicado a la recuperación y rehabilitación de farmacodependientes. Así mismo, entre los años 2014 al 2018, se registró un promedio casi invariable de 20.502 pacientes por año, por lo tanto, se puede concluir que la ley antidrogas no es suficiente para disuadir el consumo de drogas, y que se requieren políticas públicas mucho más profundas orientadas a la reducción de la oferta y la demanda de drogas, y que no estén únicamente basadas en cantidades incautadas como único enfoque.

Conclusión

El sistema paraguayo en materia de lucha contra las drogas es de carácter represivo, caracterizado por la aplicación de elevadas penas privativas de libertad, en consonancia con los delineamientos de los convenios internacionales suscritos y ratificados por el Paraguay. En ese contexto, la única disposición que se configura como una excepción es la prevista en el art. 30, que despenaliza la posesión siempre y cuando se den las circunstancias previstas, como que la tenencia se dé dentro del margen previsto en la norma y la acreditación de la condición de dependiente.



La citada normativa estipula un margen de tolerancia para la tenencia, mediante la adopción de un sistema tasado de cantidades y de tipos de drogas, en el caso de la marihuana señala que no sobrepasará los 10 gramos y de 2 gramos en el caso de la cocaína y otros opiáceos. Los que del análisis se considera constituyen condiciones de punibilidad, es decir, para la aplicación de la sanción prevista, de 2 a 4 años de pena privativa de libertad, la normativa considera que la cantidad debe ser superior a la estipulada a más de la demostración judicial de la condición de farmacodependiente.

La problemática identificada gira en parte en torno a los inconvenientes que se generan a raíz de la aplicación de dicha disposición penal con la estipulación de cantidades mínimas y tipos de drogas, debido a que provoca limitaciones al operador de justicia, a los jueces y los agentes fiscales. Lo cual quedó demostrado con la ejemplificación mediante la exposición de un precedente jurisprudencial.

En ese contexto, tratándose la drogodependencia claramente de un problema de salud pública, se convierte además en un problema del sistema judicial al contribuir en el exceso de carga laboral de los Juzgados de Garantías y de Unidades Fiscales, en el abuso de la prisión preventiva y del consecuente congestionamiento de las cárceles ante la carencia de suficiente infraestructura física para internar o tratar a todos los adictos del país y la falta de descentralización del Centro Nacional de Prevención y Tratamiento de Adicciones del M.S.P. y B.S., único centro a nivel país.

Entonces, como operadores de justicia considerando que la dependencia se constituye como un padecimiento de orden público, social y sobre todo de índole sanitario, habría que preguntarse la utilidad de imponer fuertes penas carcelarias a personas que sufren de una dependencia a las drogas, o más bien, de un síndrome y trastorno de la conducta tipificado como tal por la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, que podría afectar la proporcionalidad que debe guardar la pena respecto a la gravedad del hecho, al considerar la posesión como un acto preparatorio de consumo personal y de índole privado.

Se debería de ponderar —en cada caso— como lo refiere la misma normativa, si la posesión de drogas resultó peligrosa para los bienes jurídicos protegidos o puso en peligro a la salud pública, en la medida que se abrió o no la posibilidad de una transmisión no controlada o distribución a terceras personas, o en realidad constituyó más bien un acto de autolesión del mismo individuo que responde a criterios médicos, a factores físicos y psicológicos como el deseo incontrolable de consumir.



Recomendaciones

Si bien el artículo posee un enfoque penal porque se basa en el análisis de la norma de fondo que sanciona la posesión de drogas como acto preparatorio al consumo personal –art.30 Ley n.º 1340/88 es necesario integrar con el aspecto procesal para suavizar a corto plazo el tratamiento sobre el justiciable farmacodependiente en un proceso penal.

En consideración a la forma actual en la cual está redactado el art. 30, se propone como medida urgente y a corto plazo para mejorar la situación del drogodependiente en el proceso penal sin necesidad de modificar la normativa, la implementación de un instructivo, protocolos de trabajo o de actuación fiscal desde la Fiscalía General del Estado, en el cual se trace una política criminal dirigida a un tratamiento más favorable del farmacodependiente.

En dicho protocolo de acción, se debería considerar varias cuestiones procedimentales como: la obligación de hacer un análisis caso por caso, incluso de reducir el plazo de investigación, fomentar las pesquisas investigativas y recolección de elementos probatorios dirigidos a la demostración de la tenencia como un acto preparatorio al consumo o referentes a la comprobación del estado de dependencia sin formular necesariamente una imputación fiscal para evitar en lo posible la exposición del justiciable a la posibilidad de aplicación de medidas cautelares restrictivas de libertad sobre el mismo, y así en pleno uso de su libertad, colabore con la investigación, y en caso de su renuencia o negativa utilizar las herramientas procesales previstas, como la imputación fiscal, la rebeldía o su captura, suspensión del plazo máximo de duración del procedimiento, etc. En resumen la imputación fiscal y las medidas cautelares serían en principio de última ratio, como un recurso para que al procesado se someta compulsivamente a las resultas del juicio.

Al ser estas medidas de última ratio, se debe promover la utilización de las salidas procesales como primer requerimiento para evitar la aplicación de medidas cautelares sobre el justiciable con la imputación fiscal que permanecerían vigentes durante toda la etapa investigativa y la etapa intermedia, como: el criterio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento e incluso la figura de la desestimación en razón de no constituir un hecho punible, siempre y cuando no se den las condiciones objetivas de punibilidad previstas por el art. 30 de la Ley n.º 1340/88, es decir, exista una cantidad menor a la tasada por la norma y se compruebe la drogodependencia.

Sería prudente que el agente fiscal cuente con un equipo multidisciplinario integrado por psicólogos y psiquiatras, capaces de hacer las entrevistas y determinar en una forma mucho más rápida y pueda brindar respuesta casi inmediata a los



trastornos de conductas generados por el consumo y diagnosticar la drogodependencia. También por trabajadores sociales que realicen estudios socioambientales al autor, para obtener datos significativos sobre el ambiente en el que se desenvuelve el investigado, su vivienda, su nivel socioeconómico, su ambiente familiar, si está en situación de calle, entre otras informaciones, es decir, un trabajo integral que sea conducente a determinar motivo del uso de drogas y la dependencia.

Con estas medidas, sin necesidad de modificar la ley facilitaría en mayor medida la labor de los agentes fiscales, quienes en muchos casos al inicio de una investigación no cuentan con suficientes indicios o elementos de sospecha que le permitan afirmar preliminarmente que las sustancias estaban destinadas al consumo personal del justiciable, atendiendo a que son los que reciben la *noticia criminis* y posteriormente resuelven o ponderan la existencia de méritos suficientes para formular una imputación fiscal.

Este protocolo de actuación fiscal se sustentaría en que con medidas de respuesta rápida al servicio del órgano investigador, contribuiría a mitigar las consecuencias y a la vez podría dar un trato acorde al problema real suscitado en torno a este fenómeno, que responde principalmente a un problema de salud pública, es decir, a un padecimiento de orden físico o psicológico, como se explicó.

Ahora bien, en cuanto a las medidas a mediano y largo plazo, se sugeriría al Poder Legislativo, la modificación del art. 30 de la Ley n.º 1340/88, quedando de la siguiente manera:

“El que tuviere en su poder sustancias estupefacientes cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surge inequívocamente que la tenencia es para uso personal, estará exento de pena”.

Asimismo, se propone la modificación del art. 27 de esta ley especial considerando que el tipo base del art. 30, posesión de drogas, se encuentra prevista en dicha normativa, ajustándolo de la siguiente manera: “El que tuviere en su poder sin autorización, sustancias estupefacientes, drogas peligrosas o productos que las contengan, será castigado con pena privativa de libertad de dos años a cuatro años”.

Con la reducción de la pena máxima hasta cuatro años, se apreciaría una medición más precisa en cuanto al daño probable al bien jurídico que se pretende precautelar -salud pública-, debido a que la posesión de drogas, según la redacción vigente, tiene la misma pena que la comercialización de drogas –de 5 a 15 años– lo que parece desmedido considerando que en esta última se abre la posibilidad de transmisión a terceras personas, es decir, existe un mayor potencial de lesionar y de afectar al bien jurídico tutelado, por ende a la salud pública general.



Por lo tanto, no presentan un idéntico disvalor de injusto ni tampoco análoga lesividad la tenencia simple (art. 27), y el comercio de sustancias estupefacientes (art. 44), motivo por lo cual se sugiere la modificación de dicha normativa, quedando el art. 44 con la pena actual, de 5 a 15 años.

Referencias

- Legislación Paraguaya Antidroga, Antisecuestro y Antiterrorismo. Leyes n.º 1340/88; 4005/10 y 4024/10. (2010). Asunción, Paraguay: Diógenes Ediciones.
- G.G., A. A. S/ Tenencia de estupefaciente y resistencia (Tribunal de Sentencia de la ciudad de Asunción 31 de mayo de 2016).
- Falcone, A. (2007). *Pensamiento Penal*. Recuperado el 2018, de Pensamiento Penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33432.pdf>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal*. Parte General. Madrid.
- Joshi Jubert, U. (1999). *Los delitos de Tráfico de drogas I: un análisis del art. 368 CP*. Barcelona: Bosch.
- Struensee E., Jakobs G. (1998). *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno*. “Los delitos de tenencia”. Buenos Aires: Hammurabi.
- Wolter, J. (2000). *Las causas constitucionales de exclusión del tipo del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la Teoría del Delito en la Actualidad, en la insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares.
- Zaffaroni E., Alagia A., Slokar A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.