

EL TRATAMIENTO PENAL DE LA POSESION DE DROGAS PARA EL PROPIO CONSUMO EN LA LEGISLACION PERUANA

Dr. Víctor Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal de la UNMSM

1. EL SIGNIFICADO DEL CONSUMO INDEBIDO EN EL PROBLEMA DE LA DROGA

El **consumo indebido** es un elemento ordinario pero trascendente para toda imagen internacional o nacional del problema de la droga. Su más grave manifestación es la fármaco dependencia. Los expertos suelen referirse a ella como un *"estado psíquico y, a veces físico, causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco, caracterizado por modificaciones de comportamiento y otras reacciones, que siempre incluyen una compulsión a tomar la droga de forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos y, a veces, para evitar el malestar producido por la privación"* (Sobre este concepto y su evolución ver: Olga Cárdenas de Ojeda. Toxicomanías y Narcotráfico. México, 1974, p.4- y ss.)

Para la dinámica funcional del **drogoproblema**, los trastornos compulsivos que experimenta el fármacodependiente actúan como una demanda retroalimentadora del tráfico ilícito de drogas; lo cual, en definitiva, asegura la reproducción del conflicto. Esquemáticamente, esta relación funcional la podríamos plantear en los siguientes términos:

- **El tráfico ilícito crea y satisface más opciones de consumo indebido.**
- **El consumo indebido crea y satisface más opciones de fármacodependencia.**

- **La fármaco dependencia crea y satisface más opciones de tráfico ilícito.**

Se trata, pues, de un sistema progresivo con variables interdependientes. Como sostenía RAMÍREZ: *"La demanda y oferta de las drogas, factores condicionantes de las tendencias del uso indebido, provocan que el tráfico ilícito se desarrolle en el sentido que éstas le señalan"* (Yonel Ramírez. Coca, Cocaína, el Tráfico Ilícito. Lima.1983, p.137).

En coherencia con estas circunstancias, la políticas de marketing que vienen aplicando las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas buscan, siempre, promover y potenciar el crecimiento sostenido del consumo indebido y de la fármacodependencia ya que constituyen sus fuentes potenciales y reales de demanda. En ese contexto estas estructuras delictivas procuran mantener una amplia oferta de drogas.

Ahora bien, si repasamos las tendencias del trafico ilícito en los últimos 20 años, podemos advertir, sin dificultades, que tal estrategia y praxis han tenido resultados negativamente exitosos. En efecto, los grupos delictivos a los que nos referimos no sólo ha creado grandes focos de consumo, sino que, además, ha diversificado los *stocks*, introduciendo en el mercado nuevos tipos de drogas, sobretudo sintéticas. Estas nuevas variedades de drogas posibilitan, hoy en día, que el mercado clandestino de tales sustancias se adapte y cubra todas las posibilidades y preferencias del usuario real o potencial.

El ejemplo conocido del éxito de estas medidas lo brindan los Estados Unidos. Según cifras oficiales de las Naciones Unidas, en 1985, sólo en ese país, coexistían cerca de 30 millones de fármaco dependientes, consumidores de marihuana, cocaína y heroína (Cfr. Naciones Unidas. Consejo Económico y

Social. Situación Tendencias del Uso Indebido y del Tráfico Ilícito de Drogas Examen del Uso indebido de Drogas. Documento E/CN 7/1985/2, del 14 de enero de 1985, p.9-10).

Sin embargo, a nivel mundial la fármacodependencia ha sido también hábilmente potenciada por las organizaciones del narcotráfico. Es así que ya a mediados de los años ochenta en un informe de la ONU se señalaba que: *"durante 1983 y 1984, continuó difundiéndose el uso indebido de .drogas. Aparecieron modalidades cada vez más complejas de poli toxicomanía. Entre ellas fueron frecuentes las combinaciones de diversos estupefacientes, sustancias psicotrópicas, alcohol, solventes volátiles y Sustancias no sujetas a los tratados internacionales de fiscalización de estupefacientes. Hubo más sectores afectados en un- número creciente, de las sociedades; la mayor parte de los informes señalaron la vulnerabilidad especial de las personas jóvenes. Por regiones solamente algunas zonas de. Europa Oriental, algunas zonas del Asia Central, incluida China y algunos territorios insulares del Pacífico meridional quedaron relativamente a salvo (sic); muchos informes indican que el fenómeno continúa extendiéndose desde las grandes ciudades y las poblaciones" a localidades urbanas más pequeñas e incluso a las zonas rurales"* (Naciones Unidas. Situación y Tendencias... Examen del Uso Indebido de Drogas. Ob.cit. p.2-3).

Luego de dos décadas la situación mundial del consumo de drogas continúa siendo grave tal como lo destacan los registros del Informe Mundial sobre Drogas de las Naciones Unidas de 2004. Según este reporte internacional: *"Alrededor del 3% de la población mundial (185 millones de personas) hizo uso indebido de las drogas en los últimos 12 meses, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), un pequeño porcentaje de la población mundial hace uso indebido de la cocaína (13 millones de personas) o de los opiáceos (15 millones de consumidores de heroína, morfina y opio). Con mucho, la sustancia objeto de uso indebido más frecuente es el cannabis(que consumen por lo menos una vez al año más de 150 millones de personas), seguida de los estimulantes de*

tipo anfetamínico (con 38 millones de consumidores, ocho millones de los cuales consumen éxtasis)”(El Informe Mundial sobre las Drogas de las Naciones Unidas para 2004 presenta un cuadro exhaustivo de las tendencias de la droga en el mundo. UNIS/NAR/489.Junio de 2004,p.1)

Todo este notorio crecimiento del tráfico ilícito, visualizado a través del incremento del consumo activo y potencial de drogas, ha tenido importantes repercusiones en la política antidrogas de muchos países, siendo algunos de sus efectos más relevantes **la intervención directa o indirecta de los países consumidores en el control de drogas en los países productores; así como un radical replanteamiento de las estrategias penales frente al consumidor.** Manifestaciones concretas del primero de estos efectos, se materializaron en 1986 con el apoyo militar norteamericano, brindado *in situ*, a la represión de la producción ilícita de bojas de coca en Bolivia. Y , luego, de modo indirecto a inicios de la presente década con la habilitación financiera y logística otorgada por los Estados Unidos para la ejecución del denominado **Plan Colombia**.

Con relación al segundo efecto, y luego de la suscripción de la Convención de Viena en 1988, se ha incrementado tanto en América como en Europa el número de países que han incorporado en sus sistemas legales la sanción penal del consumo indebido de drogas. sobretodo en los Estados Unidos y en Europa.

¿Pero como comenzó y evolucionó la adicción del hombre al consumo de drogas?

Nadie conoce con precisión desde cuándo el hombre ha hecho uso de drogas. Por consiguiente, también se ignora cuando han podido aparecer las primeras formas de fármaco dependencia. Sin embargo, los datos existentes parecen indicar que en sus antecedentes más remotos el consumo de drogas no ocasionó los conflictos sociales que genera hoy en nuestra sociedad.

Efectivamente, según diversas fuentes históricas el hombre de la Edad Antigua era un asiduo consumidor de sustancias de efectos similares a los de las drogas hoy conocidas. Para su concepción mágico-religiosa del hábitat natural que lo rodeaba y que comenzaba a conocer, el uso de drogas alucinógenas o psicoactivas resultó ser un Instrumento adecuado para el preludeo o epílogo de sus rituales festivos o de culto. No obstante, también las propiedades estimulantes de algunas sustancias le sirvieron en esta época de vía de escape o de asimilación de los fracasos y desastres de origen bélico. Al respecto, como afirman GÓMEZ y HERRERA, *"en la antigua Grecia, en Babilonia, en Egipto, en China y en todo el mundo, entonces civilizado, los hombres recurrieron a las virtudes eufóricas de diversas plantas para esos fines. Los tebanos y los asirios también reconocieron las virtudes del estramonio del que hicieron uso abundante... Usos similares se dieron, entre los incas, a la coca y a la chicha de maíz."*¹ (Cfr.Magdalena Gómez y Emilio Herrera. Toxicomanías, en Revista Criminalia. Año 1971, N° 6,p.485).

Sin embargo, es de anotar que todas estas formas de consumo se encontraban sometidas a rígidos y efectivos controles sociales, los cuales impedían que las drogas fuesen objeto de abuso.

En nuestra época el consumo de drogas con fines místicos parecidos a los practicados en la Edad Antigua subsisten aún en algunos núcleos étnicos de América y Oceanía. Este es el caso, por ejemplo, de las tribus que habitan la costa oriental de Nueva Guinea y en donde, según el testimonio de JEAN LOUIS BRAN, los naturales consumen en sus fiestas y ritos la **"Kava-Kava"**, que es una sustancia de propiedades hipnóticas: *"Las islas Samoa son el centro de cultivo más importante, pero la Kava-Kava, se encuentra en abundancia en las islas de Tonga y Waya, donde se toma durante las ceremonias ejecutadas por las mujeres; en ciertos archipiélagos, los campos particulares están divididos en tres partes: una reservada para los dioses maléficos, las raíces que allí crecen son tabú; otra dedicada a los **Áticas**, genios del sueño. Solamente los productos de la tercera*

sirven para preparar la Kava-Kava" (Cfr. Jean Louis Bran. Otros caminos de la muerte blanca, en Revista de Policía Técnica N° 407, Lima, 1978, p.59).

Por nuestra parte, podemos señalar que en Norte occidental y oriental del Perú perviven también este tipo de consumos. Así, encontramos el uso del **San Pedro** (*Trichocereus Pachanol*), que es una especie de cactus con propiedades similares al peyote mexicano; o de la **Ayahuasca** (*Genua Banisteria*), Ambas especies alucinógenas, son utilizadas y consumidas en las llamadas "**mesas**", que son sesiones de curanderismo y clarividencia.

Finalmente, también es de destacar el consumo que se hace del opio entre las comunidades rurales de Irán o de la aldea de Kuria en Pakistán, en contraposición con las costumbres de países o pueblos vecinos. Al respecto, sostienen Mc GLOTHLIN y otros: *"La alta prevalencia de la fármaco dependencia en la aldea de Kuria, donde se cultiva opio, es interesante sobre todo por demostrar que una proporción muy grande de una colectividad puede hacerse fármaco dependiente mientras grupos análogos de sus cercanías no son a veces afectados. Se ha debatido mucho la cuestión de por qué una cultura adopta una droga firmemente rechazada por otra; por ejemplo, la falta casi total de opiomanía entre los cultivadores de adormidera de Turquía, frente al índice muy alto de aceptación social y de fármaco dependencia que se observa en el Irán, país limítrofe. También en Occidente se han realizado muchas investigaciones que tenían por objeto identificar las correlaciones sociales y psicológicas que permiten prever la susceptibilidad individual a los opiáceos y a otras drogas. Ciertamente, esos resultados son significativos en su contexto propio. Resulta sorprendente, sin embargo, que casi la mitad de la población masculina de un grupo geográficamente definido, como el de los residentes de Kuria, puede hacerse opiómana casi por casualidad. Salvo una posible explicación genética, no hay razón para sospechar que la población de Kuria difiera de la de otras muchas aldeas de la zona de cultivo de opio. Sencillamente, Kuria fue influida hace unos cuarenta años por un opiómano sin duda influyente y .proselitista, cuyo hábito*

llegó ha aceptarse. Ahora bien, debemos añadir que entre la población de Kuria el opio era empleado en el tratamiento de enfermedades “ (Cfr. W.H.Mc Glothlin y otros. El consumo de opio en dos comunidades del Pakistán: comparación preliminar de las modalidades rural y urbana, en Boletín de Estupefacientes, Vol. XXX, N° 4, octubre- diciembre 1978, p.12).

Lo expuesto permitiría sostener que tanto en Oceanía, América o Asia, el consumo de drogas entre los colectivos étnicos rurales refleja tener connotaciones muy distintas de las prevalecientes en los núcleos occidentales urbanos. Es más, sustancias de uso tradicional como la Ayahuasca o el San Pedro se han introducido como “**drogas alternativas**” en las zonas urbanas de la Costa. De esta manera se reproduce una occidentalización de los consumos tradicionales y un proceso de transculturación de sus roles y controles sociales.

Un fenómeno similar ocurrió durante los siglos XIX y XX con el opio, la coca y la cannabis. Para muchos es en este proceso de aculturación de las sustancias y de sus consumos donde se encuentra el origen real e histórico del problema actual de la droga. Por tanto, partiendo de esta hipótesis explicativa, no sería del todo sorprendente constatar que con el devenir de los años aquéllas sustancias como el San Pedro y el Ayahuasca en su nuevo contexto "occidental" sean el inicio de innovadas formas de fármaco dependencia y tráfico ilícito.

Pero al margen de todos estos antecedentes y desarrollos, el consumo indebido de drogas es visualizado como un suceso negativo típico de nuestro tiempo. No obstante, sus implicancias socio-políticas se han venido sintiendo y cuestionado desde mediados del siglo XIX.

En efecto, fue el imperio chino el que primero reaccionó contra la fármaco-dependencia del opio en 1839. En el continente europeo, en cambio, la buena acogida que la burguesía otorgó al consumo de opio o cáñamo índico, determinaron que *"hasta comienzos del siglo XX ni las personas, ni las*

instituciones privadas ni públicas levantarán su voz contra las drogas" Algo similar ocurrió en los Estados Unidos, pese a que el empleo indiscriminado de opiáceos, desde la guerra de secesión, había ocasionado los primeros cuadros de drogodependencia en dicho país (Cf. Antonio Beristain. Dimensión Histórica, Económica y Política de las Drogas en la Criminología Crítica. Delitos contra la Salud Pública. Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia. Valencia. 1977, p.69 y ss)

Ahora bien, tanto la fármacodependencia como el tráfico ilícito de drogas comienzan a propagarse a partir de 1930. Sin embargo, y pese a recibir el relevante impulso de las dos guerras mundiales, los rasgos epidémicos de las adicciones a drogas recién empiezan a ser perceptibles con posterioridad a 1960..En esta década es cuando se masifica el uso del LSD (***dietilamida del ácido lisérgico***) entre los "hippies" y los movimientos pacifistas contrarios a la guerra de Vietnam. Según su descubridor, el suizo Albert Hofmann, esta droga moderna de efectos "***psicodélicos***" fue ilegalizada en los Estados Unidos en 1968 por "*esos motivos políticos*".

Es a partir de este período que el consumo indebido de drogas pasa a ser un objeto predilecto del interés científico mundial. En las décadas siguientes la comunidad científica se avocó a estudiar, desde distintas perspectivas y enfoques, sus diferentes manifestaciones así como sus características clínicas y morbosas.

También se evalúan en este periodo sus implicancias conductuales; su repercusión económica y política; así como su potencial criminógeno. Se puede afirmar, entonces, que las tres últimas décadas del siglo pasado constituyeron el apogeo científico de las investigaciones sobre el consumo indebido de drogas. Lo lamentable es que todos estos esfuerzos científicos fueron siempre aislados o parciales, lo cual restó importancia y objetividad a sus resultados, a la vez que generó pocas posibilidades aplicativas a sus recomendaciones.

Como sostenía CARCIA PABLOS "a pesar de la abundante literatura al respecto, sobre la incidencia real de la droga en la sociedad española sabemos probablemente menos de lo que creemos, y, desde luego, mucho menos de lo que debiéramos saber para poner en marcha una política criminal global, coordinada y efectiva a la altura de los tiempos" (Cfr. Antonio García Pablos . Bases para una política criminal de la droga, en La Problemática de la Droga en España. EDERSA. Madrid.1986 p.360). Según este autor, tales defectos y carencias del saber científico repercutieron negativamente en las decisiones políticas y justificaron con sus ambigüedades una reacción basada en el slogan y la demagogia operativa.

En esa realidad resultó fácil confundir la estrategia con la improvisación y la táctica con el descontrol.. De esta manera el problema se mezclaba con las consecuencias con tanta facilidad como las competencias con los órganos: *"El caos institucional de que hace gala nuestra Administración, con la pluralidad de organismos competentes en la materia e inevitable superposición, solapamiento y variedad de criterios operativos, valoraciones clínicas, y eventuales estrategias, rió deja de ser un ejemplo sintomático y poco aleccionador de la falta de racionalidad y coordinación de los propios poderes públicos"* (idem, p.361).

En lo frondoso, complejo, reiterativo y asistemático de los **"Planes Nacionales contra la Droga"** que se empiezan a elaborar en esta etapa en la mayoría de países, y que luego se frustran por adolecer de una notable falencia de financiamiento, se aprecia el desorden imperante en esta coyuntura.

Sin embargo, tal situación no sólo debe ser puesta en evidencia con fines de crítica. Es menester que ella ayude a una retroalimentación seria que procure un conocimiento integral del problema y que oriente, con claridad, las posibilidades reales de diseñar una política y un sistema de reacción más coherente y eficaz. Desafortunadamente, esta tarea aún no ha sido asumida con responsabilidad por la Criminología o la Política Criminal que persisten en diagnósticos sintomáticos y

en recetas abstractas que no motivan cambios importantes en el proceder del Estado.

Efectivamente, pese a los múltiples esfuerzos desarrollados por la criminología tradicional y alternativa para esclarecer la problemática del consumo indebido de drogas, las cuotas de radicalismo que se han impuesto en la exposición de sus opciones interpretativas han generado un abanico de aportes parciales y sesgados que han bloqueado aún más el conocimiento teórico del problema. En ese sentido, las diferentes posiciones han sostenido que la fármacodependencia puede ser atribuida a trastornos psicofísicos de la persona; a la influencia negativa del entorno social sobre el consumidor; o al papel estigmatizador y discriminatorio del control social del Estado. En todos estos casos las hipótesis planteadas imbuidas de un afán antagónico han debilitado su explicación del fenómeno de la drogadicción, y han obviado su integridad sistemática. Es decir, no se ha logrado todavía visualizar la problemática del consumo de drogas con un mínimo de objetividad que junto a la inevitable interacción de procesos ideológicos procure definirlo en su triple dimensión: como estado personal, como existencia social y como problema político.

Por el contrario, esa errada y en algunos casos sectaria "**praxis científica**", sólo ha demostrado que es insuficiente atribuir la drogodependencia exclusivamente a trastornos psicopáticos, a presiones del entorno o las etiquetas del control. Que la realidad advierte, día a día, que el consumo tiene relaciones simultáneas con todas esas constataciones y aún con algunas más. Por consiguiente, se debe imponer la cautela al momento de teorizar sobre la fármacodependencia para no justificar percepciones estereotipadas o coadyuvar a la legitimación de propuestas de control contrarias a la dignidad de la persona y al respeto de su libertad y convicciones. Por estas razones, el tema del consumo indebido de drogas lo abordaremos estrictamente desde un enfoque jurídico aunque con ello se incurra en excesos de pragmatismo o superficialidad. En todo caso, lo único que aspiramos es a reflexionar sobre las reformas que se han generado en la política

criminal peruana frente al consumo de drogas y en poner de relieve, como diría Nadelmann, una contradictoria *“adicción al fracaso”*.

Por lo demás, estamos plenamente convencidos que la evaluación del consumo indebido de drogas no puede desligarse de coordenadas de espacio y tiempo históricos perfectamente delimitadas. Esencialmente porque como afirmaba YONEL RAMÍREZ : *“el uso indebido de drogas en cada país o región está determinado por factores que le dan peculiaridades y que es necesario conocer, en cada caso, aún cuando su fisonomía sea aparentemente similar. El grado de desarrollo del país, el nivel cultural de su población, la mayor o menor facilidad para adquirir la droga, la cercanía a las fuentes de producción o corrientes de circulación, el tipo de droga de mayor consumo, constituyen los aspectos que condicionan las características del uso indebido y originan su amplitud y grandes variaciones”*(Yonel Ramírez. Coca, cocaína... Ob.cit. p.137).

Sin embargo, en este proceso de reformulación no se debe olvidar el carácter funcional del problema de la droga. Como ya lo hemos mencionado él no es exclusivamente consumo indebido o tráfico ilícito, sino ambas cosas. Mientras haya tráfico ilícito habrá fármacodependencia y viceversa. Por consiguiente, toda investigación que polarice estos extremos del conflicto o que estudie unilateralmente cualquiera de ellos servirá poco a la hora de promover o criticar las decisiones antidrogas del Estado. Por consiguiente, una nueva imagen social del problema de la droga tendrá que construirse estudiando el tráfico y el consumo a partir de las peculiaridades geopolíticas, sociales, culturales, políticas y económicas de un entorno nacional o internacional concretos. Sobre todo si se acepta, como lo hacemos nosotros, que tales peculiaridades por ser irrepetibles de país en país invalidan, por sí mismas, toda reacción basada en teorías o estrategias foráneas y apriorísticas. Al respecto es relevante lo sostenido por NADELMANN: *“Ahora es el momento propicio para que América Latina rompa con las políticas de drogas impuestas por los Estados Unidos. Los dirigentes en la región deben designar a la guerra contra las drogas como lo que es-un fracaso y*

una farsa- y decirle cortésmente a Washington que América Latina no contribuirá más con una lucha cruel y mal orientada que socava las perspectivas económicas y la estructura social en la región. Si Washington intentara presionar con la amenaza de sanciones, ser le podría recordar que al tratar con amigos, la honestidad ,y no la hipocresía, es generalmente la mejor política”(Ethan Nadelmann. Adicción al Fracaso. Nota reproducida por Reforma Penal Internacional.16 de enero de 2006, p.3)

2. CARACTERISTICAS ACTUALES DE LA POLITICA CRIMINAL CONTRA EL TRAFICO ILICITO Y EL CONSUMO INDEBIDO DE DROGAS

La actual Política Criminal contra el Tráfico Ilícito de Drogas, es el resultado de la aplicación de las estrategias de prevención y control que fueron diseñadas por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Drogas Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988.

Estas alternativas se han venido implementando en el contexto regional y nacional de los Estados desde la primera mitad de la última década del siglo pasado. Es más, en el marco del Vigésimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y que tubo lugar en la ciudad de Nueva York en junio de 1998, los expertos evaluaron exhaustivamente cada estrategia con la finalidad de medir su eficacia y rendimiento, para, en base a ello, retroalimentar los instrumentos de aplicación utilizados y potenciar en base a ello su eficiencia operativa(Cfr. Declaración Política y Declaración sobre Principios Rectores de la Reducción de la Demanda de Drogas. Sesión Especial de la Asamblea general de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York los días 8 al 10 de junio de 1998).

Ahora bien, en la actualidad el proceso de evolución y adaptación de las propuestas estratégicas de la Convención de Viena, permite identificar como predominantes cinco políticas básicas para la prevención y control del problema

de la droga. Este programa mínimo se refleja en los planes, sistemas normativos y estructuras organizacionales que cada país o región han construido para hacer frente al tráfico ilícito y al consumo indebido de drogas. Sin embargo, la proyección de estas políticas ha trascendido al tratamiento político criminal de otras formas de criminalidad organizada como la corrupción internacional o el tráfico de armas.

Las políticas a las que nos referimos se caracterizan por una exagerada visión e ingerencia internacionales, así como por la clara orientación represiva de sus alternativas de prevención y control, constituyéndose, pues, en un reiterado exponente de lo que algunos han calificado como un derecho penal del enemigo.

De acuerdo a su importancia estratégica la política criminal contemporánea contra el problema de la droga exige de los Estados lo siguiente:

- **La visualización del problema de la droga desde una perspectiva económica y bajo el imperio del llamado modelo *Geopolítico-Estructural* de intervención.** En esta concepción el tráfico ilícito de drogas es entendido como una **actividad empresarial ilegal**. Por tanto el tratamiento político de su problemática debe abarcar conjuntamente la oferta y la demanda de sustancias psicoactivas. Lo que significa que tanto el tráfico ilícito como el consumo indebido de drogas, deben, pues, ser objetos de criminalización.
- **La detección y el decomiso de los capitales de las organizaciones criminales que activan el tráfico ilícito de drogas.** Ha sido este nivel estratégico el que mayores esfuerzos de integración ha promovido en el derecho penal internacional y en el marco legal interno de los Estados. En ese proceso los Estados y los organismos regionales como la Unión Europea o la Organización de Estados Americanos, han desarrollado una intensa actividad para construir espacios internacionales para la prevención

y represión de las operaciones de lavado de activos. De allí que resulte atinado sostener que en este dominio la política antidrogas ha logrado producir el mayor número de medidas, estrategias y compromisos de cooperación internacional, formalizados a través de una variedad de documentos especializados de alcance bilateral o multilateral.

- **El control del movimiento y suministro de las sustancias precursoras o insumos químicos para la producción de drogas.** También en este espacio se han construido y consolidado mecanismos de control y comunicación idóneos, eficientes y oportunos. Sin embargo, la presencia relevante que en los últimos años han alcanzado las drogas sintéticas y de diseño, particularmente las metaanfetaminas, vienen generando nuevas necesidades de control y fiscalización sobre los insumos requeridos.
- **La Cooperación Judicial Internacional como vía necesaria para la eficacia del Sistema Penal contra el Crimen Organizado.** Este dominio se presenta todavía como el menos desarrollado y efectivo. Si bien se han incrementado el número de instrumentos internacionales y hemisféricos, como las recientes Convenciones de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2003), y Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000); o las Convenciones Interamericanas contra el Terrorismo (2002) o Contra la Corrupción (1996); y el Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal (2000); sin obviar los múltiples acuerdos bilaterales suscritos a la fecha entre los Estados, la operatividad práctica de los procedimientos de asistencia mutua o extradición continúa siendo muy formal y burocratizada.
- **Desarrollo de nuevas técnicas de investigación criminal.** Aquí se han incorporado novedosas técnicas para la pesquisa y el análisis de inteligencia de las organizaciones criminales que incluyen la interceptación de las comunicaciones en o desde territorio extranjero. Ahora bien, pese a

múltiples cuestionamientos iniciales sobre la legitimidad de tales procedimientos, ellos han logrado imponerse por las altas cuotas de eficacia para la infiltración y disociación de las organizaciones criminales que se les atribuye. En ese contexto, medidas como la entrega vigilada, el uso de agentes encubiertos, la colaboración eficaz o el levantamiento del secreto bancario han adquirido en la actualidad notoria presencia formal y legitimación en el derecho interno de los Estados.

En definitiva, pues, luego de dieciocho años de la Convención de Viena, los desarrollos de sus principales estrategias siguen siendo en su unilateralidad represiva notoriamente insuficientes para abordar otras dimensiones del problema de la droga. Especialmente en lo que corresponde al ámbito de la erradicación de los cultivos ilegales y en lo que atañe al tratamiento del consumo indebido de drogas.

Con relación a lo primero las medidas y programas de desarrollo alternativo no han logrado una internalización positiva e integral entre los campesinos involucrados. Ello ha quedado demostrado con los reiterados conflictos que viene promoviendo el activo rechazo a los programas de erradicación que ha expresado el campesinado cocalero de Bolivia y Perú. En lo que concierne a lo segundo, el tratamiento del consumidor sigue siendo un proyecto discriminatorio y con recursos exiguos. Es más, constantemente gana espacio en el derecho penal interno de los Estados la tendencia hacia la criminalización específica del consumo, aunque también se vienen promoviendo interesantes medidas de sustitución que reemplazan a las penas privativas de libertad por alternativas de tratamiento. Esto es, se plantea intercambiar la cárcel por las terapias de deshabitación, tal es el caso de la poco difundida experiencia norteamericana de las **“Cortes de Drogas”**.

3. LA POSESIÓN DE DROGAS PARA EL PROPIO CONSUMO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Una consecuencia necesaria de la adopción del llamado **modelo Geopolítico Estructural** como base de las políticas de intervención en el problema de la droga, fue el replanteamiento del tratamiento penal que se venía aplicando a los **actos de posesión de drogas para el propio consumo personal**.

El nuevo paradigma ideológico y político criminal, surgido bajo influencia de la llamada **“Guerra de la Drogas”** que promovió la Administración Reagan, planteaba, en lo esencial, la criminalización absoluta y general de toda conducta ligada con el ciclo de la droga.

Para esta radical posición intervencionista, el problema de la droga debía evaluarse antes que en sus efectos sanitarios en sus negativas repercusiones para la seguridad interna de los Estados. Por tanto, toda conducta que promoviera, fortaleciera o encubriera el crimen organizado asociado a las drogas debía de ser reprimida penalmente. De allí, pues, que para el modelo geopolítico estructural tráfico y consumo solo eran las dos caras de una misma moneda. **Por tanto, tan punible debía ser el primero como el segundo.**

El nuevo enfoque logró internacionalizarse rápidamente a través de los debates y acuerdos de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 o conocida también como la **Convención de Viena**.

Este documento internacional adoptó frente al consumo personal de drogas y los demás actos dirigidos hacia el propio consumo una postura abiertamente criminalizadora. Es así que en el inciso 2° del artículo 3° se declaró punible **“la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal”**.

Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, la recepción nacional por el derecho interno de esta alternativa represora de la posesión de drogas para el consumo personal, no ha alcanzado todavía consenso y el derecho vigente al respecto no es uniforme en los Estados suscriptores de la Convención de Viena.

En efecto, esa falta de unanimidad en las decisiones legislativas sobre la punibilidad de la posesión para el propio consumo, ha generado que en el presente, coexistan en el derecho comparado hasta tres modalidades de abordar el significado penal de tal conducta. Así, por ejemplo, un **primer grupo** de países aplica una respuesta penal para la tenencia o posesión para el consumo. Ese es el caso del derecho brasileño de la materia (Cfr. Art. 16 de la Lei N° 6368 del 21-10 de 1976).

Un **segundo grupo**, en cambio, solo opta por tratar penalmente a los actos de posesión o tenencia de drogas cuando tengan por finalidad el tráfico ilícito o su comercialización ilegal para abastecer el consumo de terceros. Asume esta posición el derecho español vigente (Cfr. Art. 368° del Código Penal).

Finalmente, un **tercer grupo**, desarrolla una reacción penal más amplia que comprende la posesión de drogas para fines distintos al propio consumo o al tráfico ilícito. Esta tendencia ha sido seguida por la legislación de Venezuela (Cfr. Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 30-09-1993, Art. 36°).

Ahora bien, entre las legislaciones que han optado por considerar punible la posesión o tenencia para el propio consumo, y que, por tanto, coinciden con la propuesta punitiva de la Convención de Viena, tampoco se sigue un sólo modelo de regulación.

De allí que en algunos sistemas jurídicos, como el argentino (Cfr. Art. 14 de la Ley 23737), el panameño (Cfr. Art. 255 del Código Penal de Panamá) y el

guatemalteco (Cfr. Art. 39 del Decreto 48-92 o Ley Contra la Narcoactividad), la posesión para el consumo sólo es reprimida con penas privativas de libertad . En cambio en otros casos, como el Boliviano(Cfr. Art. 49 de la Ley 1008 del 19-07-1988) o el ecuatoriano (Cfr. Art. 105 de la ley 108 introducido por R.O. 173-2S del 15-10-1997), tal conducta únicamente merece la aplicación de una medida de seguridad.

Pero también hemos encontrado posturas mixtas o despenalizadoras como la adoptada por el derecho ecuatoriano. En este sistema legal se permite que la pena privativa de libertad impuesta por posesión de drogas para el propio consumo, pueda ser sustituida por una medida de seguridad(Cfr. Art.65 de la Ley N° 108 de 1990, reformada por la Ley N° 25 del 29-9-1997) .

Pese a lo expuesto, la posición actualmente dominante en el derecho extranjero es aquella que condiciona la no punibilidad de la posesión de drogas para el propio consumo cuando la cantidad poseída no exceda a la equivalente a una dosis personal. Esta forma de regulación es la que rige en México(Cfr. Art.195 del Código Penal mejicano), Uruguay (Cfr. Art. 31 del D.L. 14.294, modificado por la Ley 17.343 del 25-2-2001) o Chile (Cfr. Art. 4° y 8° de la Ley 20.000 del 2-2-2005).

Merece un comentario especial lo ocurrido en el derecho colombiano. En este sistema jurídico se consideraba como contravención punible la posesión de drogas para el consumo personal (Cfr. Art.51 de la Ley N° 30 del 31-1-1986), pero en 1994 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicha disposición (Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-221 del 5 de mayo de 1994.Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz).

4 . LA POSESIÓN DE DROGAS PARA EL CONSUMO PERSONAL EN EL DERECHO PENAL PERUANO

En el caso del Perú las actitudes legislativas frente a la penalización de la posesión de drogas para el propio consumo han sido muy volubles. En su proceso evolutivo nuestro derecho penal ha transitado por modelos punitivos, descriminalizadores y de no punibilidad condicionada.

Efectivamente, salvo la inconstitucionalidad decretada en Colombia, nuestra legislación ha compartido, coyunturalmente, las distintas experiencias normativas que se han ensayado en el derecho extranjero. Veamos dicha secuencia:

Tanto la ley 4428 de 1921(Cfr. Arts. 8 y 10, Inc.2, a), como el Decreto Ley 11005 de 1949 (Cfr. Art. 12) y el Código Sanitario de 1969 (Cfr. Art. 185, Inc. LL), optaron por la criminalización de la tenencia de drogas para el propio consumo personal. Este criterio fue reasumido, décadas después, por un Proyecto que presentó al Congreso DEVIDA (Ex CONTRADROGAS) a finales de los años noventa.

Por su parte, la Ley 19505 de 1972 decidió descriminalizar tal conducta al calificar al consumidor como un ser enfermo y víctima del narcotráfico al que debería aplicársele, en la jurisdicción civil, una medida adecuada a su estado (Cfr. Art. 8°).

En los últimos 30 años encontramos, pues, como tendencia definida, una legislación tolerante de la posesión para el propio consumo, aunque condicionando la no punibilidad de dicho comportamiento a la concurrencia de determinados requisitos objetivos o subjetivos.

Es así que en algunas ocasiones las normas de la materia sólo consideraron la no punibilidad de la posesión para el consumo personal, cuando el poseedor de la sustancia ilícita era un drogadicto o un fármaco dependiente y siempre que la cantidad de droga poseída no fuera mayor al equivalente a una dosis personal. El texto original del Decreto Ley 22095 de 1978 (Cfr. Art.. 58°, Inc. E) y el reformado

en 1981 por el Decreto Legislativo 122(Cfr. Art. 56°), incorporaron este tipo de normas.

Ahora bien, con la promulgación del Código Penal de 1991 el legislador nacional incluyó en el **artículo 299°** una rara disposición que declaraba **exenta de pena la posesión de drogas para el propio consumo** siempre que la posesión no excediera de una dosis personal que debería evaluarse en base a criterios poco prácticos como el **“peso-dosis”**. El texto legal utilizado fue el siguiente:

“Artículo 299°.- El que posee droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo está exento de pena.

Para determinar la dosis personal, el juez tendrá en cuenta la correlación peso-dosis, la pureza y la aprehensión de la droga”

La redacción del artículo 299° generaba graves contradicciones normativas y dogmáticas.

En primer lugar, su estructura era la de una norma permisiva o causa de justificación, pues autorizaba realizar un comportamiento supuestamente prohibido: **poseer drogas para el propio consumo**. Sin embargo esta conducta **era atípica y no estaba prohibida**, ya que la única posesión punible de drogas en el artículo 296° **era aquella destinada al tráfico ilícito**. En segundo lugar, si se trataba de una conducta atípica e irrelevante para el derecho penal peruano, entonces no era posible aplicar a su autor ninguna sanción. Por tanto la norma que comentamos devenía en absurda e ilógica cuando promovía **eximir de pena a quien poseía drogas para su propio e inmediato consumo**. Como es de dominio general sólo es posible imponer una pena al agente culpable de un hecho típico y antijurídico.

Las incoherencias expuestas y otras más determinaron que la doctrina y la jurisprudencia nacionales se involucraran en un debate innecesario sobre la

función dogmática y la operatividad procesal del artículo 299°. Por nuestra parte, desde la promulgación del Código Penal sostuvimos la inconsistencia de tal disposición y sugeríamos su derogatoria (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Comentarios al Código Penal de 1991. Editorial Alternativas. Lima. 1993, p.146 y ss.).Esta posición también la sostuvimos al integrar la Comisión de Expertos creada por Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS, que redactó el Anteproyecto de 2001 por iniciativa del Ministro de Justicia de aquel entonces. Efectivamente el citado Anteproyecto recomendaba en su exposición de motivos suprimir el artículo 299° : ***“La supresión de la impropriadamente denominada exención de la pena en casos de posesión de drogas en dosis personal para el propio consumo esta fundada en una razón técnico legislativa. Solo es punible en la actualidad, de acuerdo al Artículo 296° vigente, la posesión de drogas para el tráfico; es decir, la posesión para el consumo independientemente que sea mediato o inmediato, propio o ajeno, es un hecho atípico. En consecuencia, no se puede eximir de pena a un hecho que no es típico y, por ende, no delictivo. De manera que el Artículo 299° en su redacción actual es antitècnico ,superfluo y asistemático”*** (Cfr. Ministerio de Justicia. Comisión Encargada de Revisar la Legislación Penal Antidrogas. *Anteproyecto de Ley que modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos*. Publicado en el diario oficial El Peruano. Separata especial del 17 de junio de 2001, p.4)

Lamentablemente, por razones de coyuntura, el documento quedó relegado en el debate parlamentario.

5 . LA POSESIÓN DE DROGAS PARA EL PROPIO CONSUMO EN LA LEY 28002.

La ley 28002, promulgada en junio de 2003, ratificó la vigencia del artículo 299° del Código Penal. Con tal decisión el legislador demostró que desconocía las deficiencias dogmáticas y político- criminales de dicho artículo. Curiosamente, para los autores de ley, la utilidad de la norma no entraba en cuestionamiento. De

allí que su única preocupación fue **“clarificar”** sus requisitos para con ello neutralizar la **“subjetividad”** de los jueces al momento de evaluar la cantidad poseída por el potencial consumidor y decidir con equidad la **“exención”** de la pena. El nuevo texto legal introducido era el siguiente:

“Artículo 299°.- *No es punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados.*

Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas”

Esta postura legislativa ignoró por completo la condición atípica que tiene para nuestro Código Penal la posesión de drogas con fines de consumo personal. Situación que también ostenta en el derecho penal español de donde provienen los componentes típicos del tráfico ilícito de drogas contenidos en los párrafos primero y segundo del artículo 296°, los cuales, por lo demás, no fueron modificados por la ley 28002. Tampoco, el legislador nacional tuvo en cuenta argumentos como los sostenidos por la jurisprudencia constitucional colombiana, que decidió suprimir, por inconstitucional, el artículo 51° de ley 30 de 1986, al considerar que tal conducta tenía lugar dentro de la esfera de libertad y privacidad del individuo y no dañaba ni ponía en peligro bienes jurídicos de terceros.

Ahora bien, la modificación producida por la Ley 28002 no ha mejorado la redacción original del artículo 299°. Por el contrario las reformas introducidas han incrementado la inconsistencia e incoherencia del texto original. Se ha producido en realidad lo que en términos procesales calificaríamos como una **“reformatio in pejus”** (una reforma que empeora la situación preexistente).

En efecto, los cambios introducidos en la norma citada se han limitado a incorporar las cantidades límite por las que **“no es punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo”**. Es decir, que la principal modificación generada por la Ley 28002 consistió en precisar el volumen máximo de droga poseída que equivale a una dosis personal.

Las cantidades fijadas por la Ley 28002 en el artículo 299° son las siguientes:

- **Cinco gramos de pasta básica de cocaína.**
- **Dos gramos de clorhidrato de cocaína**
- **Ocho gramos de marihuana**
- **Dos gramos de derivados de marihuana**
- **Un gramo de látex de opio**
- **Doscientos miligramos de derivados de látex de opio**

A este listado de cantidades hay que cuestionarle, en principio, que es incompleto. En efecto, el legislador ha omitido consignar el volumen correspondiente a las **drogas sintéticas y de diseño** de tipo anfetamínico y que ya tienen un ascendente mercado de consumo en nuestras principales ciudades de la Costa, particularmente los comprimidos de **“éxtasis”**.

También resultan discutibles los pesos señalados para cada tipo de droga consignada en el artículo 299°. Al parecer el texto legal ha tomado como referente sólo a un consumidor ocasional o recién iniciado y no a aquél cuya tolerancia adictiva le obliga a poseer y consumir dosis de droga en mayores cantidades. Al respecto hubiese sido mejor introducir, para estos casos, una fórmula flexible similar a la utilizada por el artículo 66° de la Legislación ecuatoriana donde se señala que : **“El estado de dependencia de una persona respecto al uso de sustancias sujetas a fiscalización se establecerá, aún antes del juicio, previo peritaje de los Médicos Legistas de la Procuraduría General del Estado, quienes tendrán en cuenta la naturaleza y la cantidad de las sustancias que**

han producido la dependencia, el grado de ella y el nivel de tolerancia que hagan indispensable la dosis poseída y la historia clínica del afectado, si la hubiere”

Pero al margen de lo controvertido de los estándares establecidos para cada tipo de droga, la Ley 28002 introduce otra modificación no menos polémica. Nos referimos a **la exclusión de los efectos de exención de pena** para quienes se encuentren en posesión de dos o más tipos de drogas. Con esta variante el legislador nacional ha convertido a los **poliadictos**, o consumidores simultáneos de varias drogas, en sujetos criminalizados o potenciales delincuentes “de puro derecho” o por “imperio de la ley”. Esto es, sin considerar, para nada, su condición fármacodependiente.

Esta consecuencia legal hace evidente que la Ley 28002 procuraba impulsar una nueva actitud político criminal frente a la posesión de drogas para el propio consumo. La cual se caracterizaría por ser menos tolerante y flexible, al extremo de promover formas encubiertas o equivocadas de penalizar a los consumidores potenciales o activos. Y, de esta manera, buscar el alineamiento indirecto del derecho penal nacional a las propuestas criminalizadoras de la Convención de Viena. Sin embargo, tal interpretación de los objetivos ideológicos de la ley 28002° resulta ser más aparente que real si la sometemos a un riguroso test de validez dogmática.

En efecto, un acucioso examen dogmático del artículo 299° permitiría formular desde su ambigüedad políticocriminal varias interrogantes que nos ayudarían a entender su posición real frente al tratamiento punitivo de los actos de posesión de drogas para el propio consumo. Ahora bien, para los fines de nuestro análisis será suficiente con responder a las siguientes preguntas:

a) ¿Es punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo si se exceden las cantidades fijadas en el artículo 299°?

b) ¿Es punible la posesión conjunta de dos o más drogas para el propio e inmediato consumo, pese que las cantidades de cada tipo de drogas no excedan las fijadas en el artículo 299°?

c) Si los casos planteados en las preguntas a y b, tuvieron una respuesta afirmativa, ¿ Bajo que tipo penal y pena se tendría que procesar y reprimir al poseedor?

Veamos:

En **lo concerniente a la primera pregunta** la respuesta a ella debe ser categóricamente negativa. El argumento dogmático es muy sencillo e irrefutable. En tanto el Código Pena en el **párrafo segundo del artículo 296° siga considerando como conducta típica únicamente a la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito, la tenencia de tales sustancias para fines distintos carecerá de relevancia penal con independencia del volumen o clase de drogas que posea el agente.** Efectivamente, desde su promulgación y en lo que lleva de vigencia el Código Penal de 1991, el legislador nacional solamente ha tipificado como delito la posesión de drogas para su posterior comercialización ilegal o tráfico ilícito. Si revisamos el texto del artículo 296° del Código Penal, antes y después de las reformas producidas con la ley 28002, el tipo legal considera como delito a sólo dos clases de conductas:

1° Aquellas que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico. Esto significa que la conducta punible es fabricar drogas o traficarlas para iniciar o mantener el consumo de terceras personas más no el propio consumo que deviene en atípico. Por lo tanto, si el agente fabrica la droga o la compra para consumirla se encuentra completamente fuera de los alcances de la norma penal prevista por el párrafo primero del artículo 299°.

2° Aquella que consiste en poseer drogas con el propósito de comercializarlas o de traficar ilícitamente con la droga poseída. En este supuesto el agente debe poseer la droga para distribuirla, transportarla, venderla, exportarla, etc., **pero en ningún caso para consumirla.** De modo, pues, que si el agente posee la droga para luego consumirla personalmente tampoco él estará dentro de los alcances del tipo legal contenido en el párrafo segundo del artículo 296°.

Entonces, pues, **en ninguna norma penal de la legislación vigente se prohíbe y reprime la posesión de drogas para el consumo personal.** Si esto es así, carece totalmente de sentido y de utilidad declarar que no es punible una conducta que no esta prohibida por la ley. Por tal razón resulta aún más inconsistente pretender, como lo hace la redacción dispuesta por la Ley 28002, que la "no punibilidad" de lo que no es ilegal ni típico, dependa de cantidades específicas como las contenidas por el nuevo texto del artículo 299°.

La **segunda de las interrogantes planteadas**, también merece un rotundo no por respuesta. El fundamento es ahora más lógico que jurídico. Si no es típico ni punible el poseer con fines de propio consumo cualquier clase de drogas y en cualquier volumen de peso, tampoco podrá serlo la tenencia con igual propósito de dos o más tipos especiales de drogas, menos aún si no exceden de los límites fijados por el legislador en el artículo 299°. Resulta preocupante que todo un Congreso Nacional, con sus respectivas Comisiones y Asesores, no hayan reparado en tan evidente conclusión.

En definitiva, pues, **para nuestra legislación penal poseer para el consumo personal dos o más drogas no constituye delito.** Por consiguiente, vuelve a resultar un contrasentido legal excluir de una eximencia de pena a un comportamiento que no es ni típico ni punible y por el cual su autor nunca llegaría a ser culpable. Como ya se ha mencionado sólo se puede aplicar una pena al

culpable de la comisión de un delito y no a quién realiza un comportamiento no criminalizada

La **tercera y última pregunta** del cuestionario propuesto merece una absolucón más práctica que teórica. Ello debido a que la experiencia nacional nos muestra que los operadores del Sistema Penal no siempre corrigen por vía hermenéutica los errores del legislador, si no que, por el contrario, en no pocas ocasiones buscan adaptarse a ellos agudizando con formalismos los defectos prácticos de una disposición normativa errada.

Pese a que pueda resultar para algunos exagerado, hoy en día no podemos evitar que algún fiscal o juez, pueda entender que hay tipicidad y delito en la posesión para el propio consumo de drogas cuando las cantidades o las clases de drogas poseídas excedan las autorizaciones y límites considerados por el artículo 299º del Código Penal. Es decir, que desde tal interpretación del artículo citado se postule una posibilidad de adecuación o subsunción por “*contrario sensu*”; o lo que sería peor, que se pretenda construir un tipo penal sobre dicha base de contradicción. Algo así como afirmar -**contra todo principio de técnica legislativa penal**- que existe un **delito implícito o tácito** en el artículo 299º el cual **reprime la posesión de drogas para el propio consumo no autorizado ni eximible**.

Sin embargo, los promotores o seguidores de estas desviaciones hermenéuticas, que ya limitan con lo absurdo, se encontrarían tarde o temprano con un problema insalvable de legalidad. En lo esencial porque los pretendidos “**nuevos delitos implícitos o tácitos**” de posesión de drogas para el consumo en cantidades superiores a las autorizadas o de posesión de dos o más drogas para el consumo personal, **no tendrían penas conminadas y por ende carecerían de punibilidad**. Con lo cual todo el esfuerzo intelectual y de imaginación desplegados para convertir en delito lo que formalmente no lo es ni nunca lo fue, acabaría por caerse ante las exigencias del principio de legalidad de las penas y por imperio de la prohibición de la analogía *in malam partem*. Por consiguiente, pues, sus autores,

vale decir los poseedores de drogas para su propio consumo, tendrían, irremediablemente, que quedar “impunes”.

Ahora bien, si miramos desde una óptica más procesal el último problema que nos hemos planteado en base a los despropósitos legiferantes del artículo 299°, la situación puede hacerse aún más delicada.

Pensemos en algunas consecuencias:

Por ejemplo, la arbitrariedad de una detención policial o del arresto ciudadano de un presunto “delincuente *in fraganti* “ que a la postre no sea más que un poseedor de drogas para su propio consumo. Siguiendo con el mismo ejemplo, lo negativo que resultará para la tasa de sobrecarga procesal de jueces y fiscales iniciar, proseguir y resolver causas innecesarias por este tipo de actos para el propio consumo que, como se ha demostrado, son irrelevantes para nuestro derecho penal.

Lamentablemente, estos riesgos de abuso y distorsión son favorecidos en el presente por el silencio y la omisión de la doctrina especializada. Tal es así que en las obras de derecho penal actualmente en circulación no se dan pautas a seguir ni se advierte, siquiera, de los defectos y disfunciones del artículo 299° (Cfr. Gregorio Espinoza Hidalgo. *Trafico Ilícito de Drogas* .Librería y Ediciones Jurídicas. Lima. 2004, p.60 y 61). De allí que el intentar superar todo lo negativo de dicha norma queda ahora en los inciertos espacios de la iniciativa política del legislador o del uso prudente y discrecional del arbitrio de la judicatura.

6. ALGUNAS ALTERNATIVAS PARA SUPERAR LOS DEFECTOS E INCONSISTENCIAS DEL ARTICULO 299°

Frente a las deficiencias y contradicciones del artículo 299º ¿qué podemos hacer sea en perspectiva de *de lege ferenda* o *de lege data*?

A nuestro modo de ver es posible aplicar hasta cuatro correctivos.

Dos de ellos requieren de una clara definición político criminal del Estado en torno al tratamiento penal que corresponde dispensar a los actos dirigidos al consumo personal de drogas. Si se decide criminalizar tales conductas, como lo sugirió en 1988 la Convención de Viena, **el artículo 299º debe convertirse en un nuevo tipo penal**. En él se debe describir que los actos dirigidos al propio consumo son delito y se debe señalar también la penalidad para tales comportamientos. Si por el contrario, la decisión del Estado es no penalizar el propio consumo y las conductas encaminadas a él, como actualmente se infiere de los alcances del artículo 296º, **el artículo 299º debe ser suprimido**.

Los otros dos correctivos que sugerimos demandan, más bien, una opción jurisprudencial uniforme y firme sobre la efectividad del artículo 299º. Veamos:

Primero, si como se ha demostrado dogmáticamente la posesión de drogas para el consumo personal es atípica, **la judicatura en todos los casos donde se invoque el artículo 299º como base de imputación debe declarar fundada de oficio una excepción de naturaleza de acción y archivar lo actuado**.

Segundo, también en sede judicial **el juez puede declarar la inaplicabilidad por inconstitucional del artículo 299º en ejercicio del control difuso y exhortar al legislador para su derogatoria formal**. Esta opción es válida ya que la Constitución de 1993 en su artículo 8º precisa que **“El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas.”** La Constitución, pues, no autoriza a reprimir penalmente el consumo de drogas ni las conductas que como la posesión estén dirigidas hacia él, y que no importen actos de tráfico ilícito. Como se ha establecido con claridad en la doctrina y en la jurisprudencia el tráfico ilícito

demanda comercialización de drogas hacia un tercero y ánimo lucrativo en el agente, elementos no concurrentes en la posesión de drogas de que trata el artículo del Código Penal que estamos comentando.

7. A MODO DE CONCLUSION

Luego de revisar los antecedentes y alcances del artículo 299° del Código Penal, así como las reformas introducidas en él por la ley 28002 cabe plantear las siguientes conclusiones, en torno al tratamiento penal del consumo de drogas en nuestra legislación vigente:

- 1. La ley 28002 sólo modificó la redacción original el artículo 299° del código penal cuando debió derogarlo o construir en él un nuevo delito de posesión de drogas para el consumo personal.***
- 2. La actual redacción del artículo 299° no ha modificado el carácter atípico de la posesión de drogas con fines de propio consumo, por lo que dicha norma continúa siendo una causa de justificación innecesaria y disfuncional.***
- 3. Los jueces penales deben superar la inconsistencia dogmática y práctica del artículo 299° a través de la excepción de naturaleza de acción o mediante la aplicación sobre dicha norma del control difuso.***
- 4. En lo político el futuro del artículo 299° dependerá de la posición que el Estado asuma frente a las propuestas criminalizadoras de los actos dirigidos al propio consumo derivadas de la Convención de Viena.***

Personalmente consideramos que la actual atipicidad de los actos orientados al propio consumo de drogas es una opción que dadas las características del

problema de la droga en nuestro país y de las endémicas. carencias del sistema sanitario y penitenciario, resulta desde una óptica política de control de daños aceptable. Por tanto, volvemos a exigir, como lo hicimos hace 13 años, la derogatoria por inconsistencia dogmática, contradicción constitucional e incoherencia sistemática del artículo 299º del Código Penal.