

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO
DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL TIPO
PENAL DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**

**LICENCIADO
AHMED AGUILAR ESCOBAR**

GUATEMALA, MAYO DE 2017

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL
TIPO PENAL DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

AHMED AGUILAR ESCOBAR

Previo a conferírsele el Posgrado Académico de

MAESTRO EN DERECHO PENAL

(Magíster Scientiae)

Guatemala, mayo de 2017



**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: MSc. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jauregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. José Alejandro Córdova Herrera
VOCAL: MSc. Idonaldo Arevael Fuentes Fuentes
SECRETARIA: MSc. Sandra Marina Ciudad Real

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, noviembre 21 de 2016.

SEÑOR:

Dr. OVIDIO DAVID PARRA VELA,
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS,
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
PRESENTE.



Distinguido Dr. Ovidio David Parra Vela, es un Honor el dirigirme a su persona, deseándole de antemano toda clase de éxitos al frente de sus labores, el motivo de la presente es para comunicarle que fui notificado de la enmiendas indicas por parte del Honorable Tribunal Examinador integrado por los distinguidos profesionales a) **Dr. José Alejandro Córdova Herrera (Presidente)**, b) **MSc. Idonaldo Arévalo Fuentes Fuentes (vocal)** y, c) **MSc. Sandra Marina Ciudad Real (Secretaria)**, al informe de tesis intitulado **ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL TIPO PENAL DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**, realizado por el estudiante Ahmed Aguilar Escobar, el cual tuve a bien asesorar, y siendo el caso que a la presente fecha se han realizado por parte del estudiante, bajo mi asesoría dichas enmiendas al informe de tesis, rogaría a usted Honorable Dr. Ovidio David, se acepten las referidas enmiendas al informe de tesis intitulado **ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL TIPO PENAL DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**, realizado por el estudiante Ahmed Aguilar Escobar y en consecuencia se sirva girar sus respetables instrucciones a donde corresponda, con el fin de continuar con el respectivo trámite, para su posterior acreditación académica como Maestro en Derecho Penal.

Sin otro particular y en espera de su colaboración, me suscribo de Usted,

Deferentemente;

MSc. Hans Aarón Noriega Salazar

Asesor de Tesis

Guatemala, 23 de marzo de 2017

Mtro. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

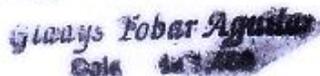
**ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA
DEL TIPO PENAL DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Ahmed Aguilar Escobar de la Maestría en Derecho Penal, de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Fobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

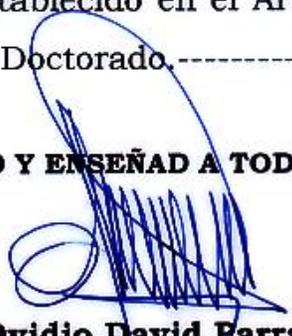

Gladys Fobar Aguilar
Colegiada 1450

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, cinco de mayo del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el Lic. Ahmed Aguilar Escobar aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Penal**, lo cual consta en el acta número 44-2016 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“ANÁLISIS DOGMÁTICO JURÍDICO DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DEL TIPO PENAL DE POSESIÓN PARA EL CONSUMO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Ovidio David Farra Vela

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO





ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales. Antecedentes históricos del consumo de drogas.....	1
1.1. Definición de drogas	1
1.2. Definición de consumo	2
1.3. Adicción	3
1.4. Antecedentes históricos del consumo de drogas	3
1.5. El Estado y el proceso histórico de la prohibición y comercialización de la droga	7
1.6. Instrumentos internacionales que históricamente regularon la prohibición de las drogas.....	12

CAPÍTULO II

2.1. La posesión de drogas para el consumo, en la legislación. la normativa constitucional	15
2.2. La normativa internacional.....	16
2.3. La normativa de orden interno.....	18

CAPÍTULO III

3.1. Teoría del Derecho Penal: el Derecho Penal y la posesión de drogas para el consumo	21
3.2. La acción en el delito de posesión para el consumo	22
3.3. ¿Qué es el tipo penal?.....	25
3.4. Elementos esenciales del tipo penal	28



3.5.	Elementos básicos del tipo penal	29
3.6.	El tipo penal de posesión para el consumo	30
3.7.	El tipo penal de posesión para el consumo dentro de la teoría de la acción	33
3.8.	Clasificación del tipo penal de posesión para el consumo.....	34
3.9.	El tipo penal de posesión para el consumo y el merecimiento de pena desde el punto de vista de su afectación al individuo o a la sociedad	35
3.10.	Desde el punto de vista de la investigación, existe o no acción en el tipo penal de posesión para el consumo y si la misma debe o no penalizarse	40

CAPÍTULO IV

4.1.	Política criminal del Estado, relacionada con la posesión de drogas para el consumo	43
4.2.	Ley contra la Narcoactividad y leyes conexas creadas para combatir el narcotráfico	44
4.3.	Plan Nacional Antidrogas	48
4.4.	La estrategia nacional contra las drogas 2004 – 2008	50
4.5.	La persecución penal en el delito de posesión para el consumo.....	50
4.6.	La simulación de flagrancias y la posesión para el consumo	54

CAPÍTULO V

5.1.	Situación actual de la posesión de drogas para el consumo:despenalización y legalización.....	57
5.2.	Situación actual del ilícito penal de posesión de drogas para el consumo	58
5.3.	La posición gubernamental con respecto al consumo de droga.....	64
5.4.	Países que han despenalizado el consumo de drogaenEuropa.....	67



5.5.	España	67
5.6.	Portugal	68
5.7.	En América:Argentina.....	69
5.8.	México	71
5.9.	Uruguay	72

CAPÍTULO VI

6.1.	La necesidad de la reforma de la legislación guatemalteca que penaliza la posesión o tenencia de droga.....	75
6.2.	Argumentos en contra de la modificación de la consecuencia jurídica de la prisión por la medida de seguridad del tipo penal de posesión para el consumo.....	75
6.3.	Es inmoral.....	76
6.4.	Los dependientes o adictos son delincuentes en potencia.....	77
6.5.	Las drogas afectan gravemente la salud de la persona	79
6.6.	Argumentos a favor de la modificación de la consecuencia jurídica de la prisión por medida de seguridad en el tipo penal de posesión para el consumo	80
6.7.	¿Por qué se hace necesaria la modificación de la consecuencia jurídica de la prisión por la medida de seguridad, en el tipo penal de posesión para el consumo en Guatemala?	82
6.7.1.	Sobrepoblación carcelaria	82
6.8.	Atención a delitos de relevancia	84
6.9.	Beneficios para el sistema de justicia al no imponer la prisión como consecuencia jurídica en la conducta típica de posesión para el consumo	85
6.10.	Beneficios para la sociedad guatemalteca al modificar la consecuencia jurídica de prisión por medida de seguridad en el tipo penal de posesión para el consumo	88
6.11.	Respeto a la libertad individual.....	88



6.12. Atención adecuada a un problema de salud.....	88
6.13. Priorización de las actividades policiales en la protección de bienes jurídicos adecuados	89
6.14. Procedimiento procesal para la imposición de medidas de seguridad.....	90
6.15. Las reformas legales necesarias	92
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	97



INTRODUCCIÓN

En el devenir histórico, el ser humano ha cedido parte de sus derechos y libertades a un ente incorpóreo, al que conocemos como Estado, para que este, a su vez, en ejercicio de sus obligaciones, garantice el resguardo, respeto y protección de bienes jurídicos de importancia. Deviene, entonces, una serie de derechos y obligaciones para ambas partes, de este al que Rousseau llamara contrato social; por un lado, el individuo y el conglomerado social asumen la carga financiera de soporte al Estado y se comprometen a respetar las directrices generales e individuales, que los representantes del ejercicio del poder han considerado las más adecuadas para la convivencia, la paz y la seguridad. En contraprestación, el Estado dispone, por medio de actos de autoridad, la regulación de las conductas del individuo para mantener ese orden social, para crear las condiciones que permitan el pleno desarrollo del ser humano en sociedad, para que pueda concretizar sus aspiraciones materiales y espirituales.

El ejercicio del poder punitivo ha sido la respuesta que el Estado ha dado, en aras de la protección de los derechos y libertades del ser humano, en el entendido de que este debe de ocuparse solamente de las conductas de relevancia que lesionen o pongan en peligro la seguridad, derechos, bienes y libertades de la sociedad. Este poder, obviamente, tiene límites, los límites que han sido propugnados por medio de la Teoría del Derecho Penal y materializados en la práctica al incluirlos, a manera de principios, en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos. Estos principios reguladores, a su vez, son materializados y desarrollados en directrices de operatividad práctica plasmados, por lo general, en la ley ordinaria sustantiva y procesal.

El Derecho Penal debe ocuparse solamente de aquellas conductas de relevancia que afecten o pongan en peligro al ser humano, ya que otro tipo de conflictos o



acciones que merezcan atención deben ser resueltos, por medio de otra norma que no necesariamente implique la sanción punitiva en contra de la persona, otras ramas del Derecho para ser claros.

Atendiendo a estas inquietudes, a esta necesidad de analizar desde una perspectiva legal, que no por ello deja fuera componentes de otro orden, hemos dispuesto, en este trabajo, el análisis de la figura delictiva de posesión para el consumo de droga y su penalización con cárcel, en el entendido que es una discusión que merece ser tomada en cuenta; el debate sobre la penalización, sobre la legalización o sobre la continuidad en el combate de ciertas actividades de narcoactividad tiene mucho tiempo y en ese entendido, dado su nivel de incidencia, en el sistema de justicia guatemalteco, hemos querido cumplir con esta responsabilidad.

Presentamos, de esta manera, el presente trabajo que se compone de cinco capítulos en los que pretendemos analizar, desde una perspectiva objetiva, este debate histórico y mundial: la penalización de conductas que, en nuestra opinión, no lesionan bienes jurídicos de ajena pertenencia y por eso, y por otras razones que trataremos de explicar, merecen ser atendidas pero no desde la perspectiva del ejercicio del poder penal en su máxima manifestación como es la cárcel. En ese orden de ideas, partimos de la base de un breve estudio sobre el devenir histórico de las drogas, su regulación, penalización, las discusiones, ya no tan recientes, sobre la necesidad de replantear el combate a las conductas de narcoactividad, políticas criminales de los países y otros elementos de importancia en tan trascendental tema.

Asimismo, consideramos uno de los aspectos de mayor importancia de este trabajo realizar el análisis desde la perspectiva de la Teoría del Derecho Penal, en general, y de la Teoría del Delito, en particular, el tipo penal de posesión para el consumo. Confrontamos los elementos de acción y tipicidad planteando razonamientos, pautas de interpretación y aplicación práctica respecto de esta figura delictiva.



Consideramos que el debate sobre la penalización de esta conducta con cárcel debe plantearse desde diversas perspectivas, siendo la de carácter legal una de ellas que como profesionales del Derecho nos incumbe la responsabilidad de hacer el planteamiento.

Por último, planteamos una propuesta de reforma de nuestra ley sustantiva, la cual, según nuestra opinión, implicaría un significativo avance en el tratamiento de un problema que, insistimos, merece toda la atención estatal pero no desde la óptica que implica la cárcel, como consecuencia jurídica de una conducta que no modifica el mundo exterior, que no afecta un bien jurídico de ajena pertenencia, que es nociva, eso sí, pero para la propia persona que la realiza.

Sometemos, pues, a consideración estas reflexiones, en el entendido que, como todo fruto académico del intelecto, merece ser sometido a la discusión y a la crítica, constructiva, alejada de prejuicios y, sobre todo, la sustentada en criterios objetivos y debidamente fundamentados.





CAPÍTULO I

1. Aspectos generales. Antecedentes históricos del consumo de drogas

1.1. Definición de drogas

Es importante, previo a analizar el entorno histórico de lo que se entiende como consumo de drogas, la puntualización, reflexión y el análisis de lo que como tal se entiende, esto desde la perspectiva de su ámbito común, el carácter y definición desde un punto de vista científico y, por último, en su contexto legal, lo cual es de extrema importancia para los profesionales del Derecho.

En una acepción común se entiende que las drogas son todas aquellas sustancias compuestas de elementos químicos o vegetales que, una vez introducidas en el cuerpo de la persona, tienen la finalidad de producir ciertos cambios o efectos, necesarios o no, y que, en todo caso, pueden alterar los estados, físicos, volitivos o de la conciencia.

Abandonando el campo del conocimiento cotidiano o empírico, y al adentrarse un poco más en el ámbito científico, nos decantamos por las sencillas, pero claras definiciones de droga que se encuentran en el *Diccionario Médico usual de la Universidad de Salamanca*:

1. Materia prima de origen biológico que sirve para la elaboración de medicamentos. 2. f (Farm.) Sustancia psicoactiva de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno. Es un término medieval de etimología dudosa. Las dos más probables para Corominas es que procede del neerlandés *dogue vate* “barriles de mercancía seca” (donde se transportaban este tipo de sustancias) o del celta *droug* que equivale a malo (Salamanca)

En lo que concierne al ámbito legal, la legislación guatemalteca, concretamente la Ley Contra la Narcoactividad, en su artículo 2, señala lo que debe entenderse como droga: “Toda sustancia o agente farmacológico que, introducido el organismo de una



persona viva modifique sus funciones fisiológicas y transforma los estados de conciencia; También se consideran drogas las semillas, florecencias, plantas y partes de ellas y cualquier otra sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas. A las bebidas alcohólicas y el tabaco, y no le son aplicables las disposiciones de esta ley.”

1.2. Definición de consumo

En lo que atañe al consumo de drogas, se entiende como la ingesta, la utilización de sustancias o compuestos de carácter químico o vegetal que producen alteraciones en el cuerpo o la mente, con la finalidad de satisfacer necesidades o deseos conscientes o subconscientes. En términos generales, la posesión directamente relacionada con el consumo denota la idea de la tenencia o pertenencia de sustancias que pudieran ser consideradas como droga para la mediata o inmediata satisfacción o uso, por parte del sujeto activo; en otras palabras, una utilización de parte de un sujeto considerado como dependiente de la droga, no será considerarlo como productor, traficante o comerciante por su misma condición de dependencia.

Para los aspectos legales, la definición y distinción, con respecto a otras figuras delictivas relacionadas pero distintas de la posesión para el consumo, resultan de extrema importancia; esto permite establecer parámetros desde la reprochabilidad de la conducta hasta la necesidad de su penalización. Refiriéndose a estos aspectos, la autora Cecilia Toro explica, de acuerdo con la jurisprudencia en Argentina, lo siguiente: “se trata de los casos en que se incriminan conductas que no generan una situación de probabilidad de daño próximo, sino remoto, en los que las conductas prohibidas se refieren a eventuales perjuicios potenciales y peligros abstractos” (Toro, 2010).



1.3. Adicción

Cuando este uso sale del ámbito de disponibilidad del ser humano, es decir, no es susceptible de ser controlado por la voluntad de este, se convierte en una adicción que es definida como: “El uso permanente, frecuente, impulsivo e incontrolable hacia algo que crea una dependencia física y psicológica: además altera la realización de las actividades cotidianas, y es nociva porque causa problemas en la estabilidad física y emocional” (Romero Medrano, 2000).

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la drogadicción como:

El estado psíquico y a veces físico causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco caracterizado por modificaciones del comportamiento y por otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprímible a tomar el fármaco en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos y a veces para evitar el malestar producido por la privación. (Salud, 1969. p. 6, sección 1)

1.4. Antecedentes históricos del consumo de drogas

En los albores de la evolución histórica del ser humano, sus actividades se caracterizaban en gran medida por realizar labores de recolección, alimentación, vivienda, salud; la satisfacción de sus necesidades dependían, casi por completo, del acopio de frutos, plantas, pequeños animales que le proporcionaban apenas lo necesario para su subsistencia. Lógico es pensar que en esas condiciones, el *homo sapiens* se encontrara, accidentalmente, con compuestos, hierbas o raíces, que le producían alivio, complacencia, trances religiosos o subestados de conciencia que le han permitido la satisfacción o cumplimiento de ciertos intereses. Luego, estas propiedades, de ciertas plantas, fueron buscadas intencionalmente ya sea con propósitos religiosos, curativos, recreativos, hedonistas o de cualquier otro tipo.



Por consiguiente, una relación en lo que respecta a los componentes y efectos de ciertas sustancias que implican reacciones en el cuerpo, la mente o la espiritualidad del ser humano, durante su evolución histórica, no puede alejarse de una contextualización intrínseca en el campo de las necesidades, salud y los placeres del ser humano.

Al respecto de esta estrecha relación cotidiana entre la humanidad y las drogas, el autor Jaime Funes Artiaga realiza una exposición detallada:

Muchos de nosotros hemos tomado hoy un café para despertarnos, bastantes fumaron cigarrillos para sentirse bien, algunos tomaron alcohol en la comida o celebrando algo, quizá formamos parte de los que se sienten bien en círculos donde es normal esnifar de vez en cuando una raya de cocaína, a lo mejor el estrés nos hará tomar un relajante antes de ir a dormir, etc. De acuerdo con esa definición, hemos tomado drogas. (Funes Artieaga, 2005. pp. 55-56)

En ese orden de ideas, no puede dejar de mencionarse que, en la actualidad, lo que se conoce como droga ha estado históricamente íntimamente relacionado con campos como la medicina, la magia o la religión y que en esta se encuentra un fuerte aliado que permitía o facilitaba el cumplimiento de finalidades particulares: el alivio contra el dolor, la lucha contra ciertas dolencias o enfermedades, los estados de trance tan propios de los ritos religiosos o tan “necesarios” en los sacrificios humanos. Las facultades “mágicas” que ciertos compuestos conferían fueron en mayor medida facilitados cuando el ser humano pudo inferir que tales efectos se producían como consecuencia de la ingesta, consumo o introducción en el organismo de ciertas y particulares sustancias, compuestos o vegetales.

El autor Gustavo Barona Tovar ilustra en relación con este vínculo entre drogas y humanidad en general, a todas sus culturas y, para el efecto, señala:

Los pueblos que conformaron grandes civilizaciones como la Sumeria, la Egipcia, la del Indo, la China, la Persa, la Celta, la Griega, la Romana, la Nok, la Ifé, la Olmeca, la Tolteca, la Maya, la



Azteca, la Tayrona, la Muisca, la Agustiniana, las de la Selva amazónica, la de Caral, Tiahuanaco y la Inca, entre muchas más, construyeron importantes manifestaciones culturales como la magia, la medicina, la religión y la recreación, a partir de los estados que emanan del placer encontrado en las drogas. Los efectos fisiológicos que genera la reacción química de las drogas en el organismo, fueron inscritos por medio del lenguaje en el orden simbólico de las más significativas construcciones culturales. (Barona Tovar, 2012. p. 15)

Placer, ciencia, magia y religión, medicina, poderes extraordinarios y culto a los dioses de una u otra manera han estado ligados, y en los albores históricos de la humanidad tenían un elemento común, como lo era el auxilio que prestaba a cada uno de sus fines los efectos que producían las drogas, incluso, en su proceso evolutivo era un elemento característico esta comunión de utilidad conjunta y resultaba difícil o no aconsejable desligar a una de la otra cuando se trataba de buscar los alivios a las enfermedades.

Para efectos de ilustración de este aspecto, Antonio Escohotado, quien es uno de los más reconocidos autores en relación con el tema de las drogas, describe cómo, incluso para grandes sabios, filósofos o pensadores de la humanidad, no podían desligarse por completo la ciencia de la religión, en lo que se refiere a los beneficios o efectos de las drogas o fármacos:

Sin embargo, el examen de los datos etnológicos y culturales ha ido haciendo más y más precaria esta construcción de una pura medicina que se despliega lenta pero autónoma en relación con los ritos y encantamientos. Hacia mediados de siglo dicho esquema empezó a considerarse una «falacia sanitaria», pues si bien los terapeutas arcaicos pudieron disponer de métodos objetivamente eficaces su fundamento no era racional, sino mágico. En efecto, hasta la medicina más empírica aparece siempre ligada a ensalmos en la Antigüedad, y todavía durante el siglo IV a.C. -en plena expansión del racionalismo griego- Platón hace decir a Sócrates que el *phármakon* devolverá la salud si al usarlo se pronuncia el ensalmo oportuno. (Escohotado, 1998. p. 4)

En los albores de la humanidad, en su evolución histórica y aún en la actualidad, no puede dejar de señalarse que las celebraciones religiosas, en todas las culturas, se han encontrado rigurosamente ligadas con el consumo de bebidas o sustancias que



producían delirios, éxtasis o trances místicos; así lo describe el ya citado Escotado cuando señala:

Pues tras haber presentado sacrificios e implorado el favor de la deidad y alegres se entregaban a la relajación y el disfrute, muchas veces no después de volver a sus casas sino permaneciendo en los templos donde habían sacrificado. (...) Debéis saber, que, según se dice, de ello le viene su nombre a embriagarse, porque ya era costumbre de los hombres en eras previas consentirse la ebriedad después de sacrificar. (Escotado, 1998. p. 9)

El uso e incluso el abuso de estos compuestos han estado ligados de una u otra manera al devenir histórico de la humanidad a elementos tan trascendentales en su desarrollo, como lo son su subsistencia ante elementos patógenos que le aquejan el cuerpo o la mente, o que se encuentran vinculados directamente con su espíritu (creencias y religión) y porque no decirlo, su placer todo ello en un contexto de íntima relación inicial continua y en todo caso difícil de separar.

Sin embargo, a la par, estrechamente relacionados y sin posibilidad alguna de separación, se encuentra, por un lado, efectos positivos, beneficios y utilidades sobre todo en el campo de la medicina y, por el otro, daños, menoscabo en la salud, dependencia perniciosa cuando se abusa en la utilización de este tipo de sustancias o se usan sin finalidades medicinales; en las drogas se encuentra paradójicamente tanto el bien como el mal; salud, alivio y bienestar; enfermedades y dependencias; placer y dolor; en suma, el cúmulo de mucho de aquello a lo que aspira el ser humano para lograr su felicidad, pero, contradictoriamente, todo o gran parte de aquello que lo puede alejar de esta aspiración.

La dependencia que provoca la droga y la degeneración del ser humano como tal, los efectos nocivos en cuanto a la salud, los delitos -no solo contra la salud-, con ella relacionados, han sido las principales causas por las cuales el ejercicio del poder ha dispuesto, en la procura de ese bienestar general, limitar, regular y prohibir su uso en determinados casos.



Ha intervenido el Estado, como ente rector de las políticas de subsistencia de un conglomerado humano, procurando así la limitación a las libertades del ser que, en este caso, tienen que ver con algo tan íntimo como es lo que consumimos, casi comparable a establecer limitaciones a comer o dormir; en ese sentido, el Estado ha considerado limitar la esfera dispositiva, subjetiva y volitiva del hombre, como un ser superior, como un hermano mayor que prohíbe aquello que, a su criterio, hace daño. De ahí que, históricamente, tanto el consumo de droga como su comercialización ha encontrado prohibiciones y las infracciones a esa prohibición han enfrentado como pena la limitación de la libertad, el destierro, la tortura, amputación de miembros o, en casos extremos, la muerte.

Este aspecto de la evolución histórica de la limitación estatal al uso y mercantilización de la droga se abordará en el apartado siguiente.

1.5. El Estado y el proceso histórico de la prohibición y comercialización de la droga

Se entiende al Estado como una creación humana, producto de esa conciencia que surge en el conglomerado social, por la cual, la subsistencia individual es por demás difícil por no decir imposible. El ser humano estima que para lograr sus finalidades de subsistencia y la materialización de sus aspiraciones físicas y espirituales necesita ceder ciertas libertades, ciertos derechos, para que, como contraprestación, encuentre en ese ente incorpóreo (Estado) la garantía y protección efectiva y real de otros derechos. Sacrifica el hombre entonces una plena libertad de disposición y albedrío pero obtiene servicios como seguridad, reconocimiento, protección y restitución de sus derechos.

El Estado, ya sea por imposición de poder o delegación voluntaria de la autoridad, asume esa posición de ente rector; dispone la manifestación de sus decisiones en lo que entendemos como manifestaciones del ejercicio de poder; actos ejecutivos, actos de regulación de conductas y actos para dirimir controversias llegan hasta los



ciudadanos por medio de leyes, cumplimiento o aplicación de las mismas en casos concretos (las funciones de legislar, ejecutar y hacer ejecutar las leyes y disposiciones en el sentido de las mismas jurídicamente hablando).

Históricamente, el Estado ha tenido que pronunciarse, limitando ese libre albedrío inicial, que tiene todo ser humano, considerando, desde su particular posición de poder, que el uso y abuso de sustancias puede producir y producen de hecho, procesos degenerativos en el cuerpo o la mente del ser humano, las cuales, directa o indirectamente, implican la comisión de delitos no solo contra la salud propiamente dicha, sino las que se derivan de las actividades propias de las estructuras organizadas que se encargan de la producción, el trasiego o la comercialización de sustancias prohibidas. De ahí, que, existiesen en el proceso evolutivo de la sociedad primero la expresión declarativa que calificó como legales o ilegales cierto tipo de drogas, por consiguiente, la aparición de prohibiciones y sanciones de todo tipo para quien infringiera las limitaciones impuestas para el consumo, en un principio, y más tarde, quien facilitara el mismo por medio de su producción y comercialización.

Algunas de las primeras limitaciones para la población en general, en lo que respecta al uso de las drogas, fueron asumidas por la autoridad estatal y tuvieron que ver, especialmente, con particulares intereses para que no se difundieran los efectos alucinógenos o productores de trances de determinados componentes utilizados en ritos religiosos (ya que estos procesos obviamente implicaban cierto control para la población por medio del misticismo o trance religioso), o, en otro supuesto, que determinadas sustancias estaban reservadas para el uso exclusivo de los monarcas, sacerdotes o nobleza, así lo ilustra para el ámbito del continente americano el autor Tapia que al respecto señala:

El consumo de drogas llamadas psicotrópicos sagrados en la cultura prehispánica fue reconocido por los murales del palacio de Tepantitla en Teotihuacán puesto que aparece representada una planta *Ololiuhqui* (turbina corymbosa), directamente asociada con el dios Tlaloc, y en los murales del templo del dios de la lluvia en Tulum, Quintana Roo, en ellos



aparece representados varias plantas alucinógenas. Los aztecas por su parte consideraban a los hongos como el alimento celestial y era llamado en lengua náhuatl *Teonanácatl* como alimento de los dioses o flores embriagantes, reservados exclusivamente a los sacerdotes o altas autoridades. (Tapia Conyer, 2007. p. 17)

Esa declaración de exclusividad para las altas autoridades, a la par de un privilegio de clase, constituía -a nuestro entender-, cierta forma de control de la población, de la sociedad, en el entendido que los efectos proféticos, alucinógenos y de adivinación estaban reservados para una minoría y prohibidos expresamente para cualquier mortal. El poder, como se sabe, requiere una justificación, una legitimación y, en ese sentido, la religión y todo lo que ella implica (la sumisión derivada del temor o el respeto a las deidades, sus representantes terrenales y sus formas de comunicación), no podía ver como beneficiosos los efectos de ciertas hierbas o plantas alucinógenas al alcance de la generalidad.

Las grandes culturas, tanto de occidente como de oriente, de una u otra manera, influenciadas en el ámbito religioso, se han pronunciado contra el uso o el abuso de las drogas, en el contexto de lo que como tal entendemos; así en la cultura islámica a diferencia de las del continente americano la prohibición de ingesta de sustancias como el alcohol tienen una contextualización general, o sea, no aceptaba excepciones con respecto a quién podía y quién no podía hacerlo. En ese sentido, se puede apreciar cómo en el Islam y su principal fuente de regulación de conductas, tanto legales como religiosas (el *Corán*), la prohibición se extiende a todos. Al efecto se señala en su verso: 219.

*Te preguntan acerca del vino y del maysir
(una especie de juego de azar),
Di: «Ambos encierran pecado grave y ventajas
para los hombres, pero su pecado es mayor
que su utilidad». Te preguntan qué deben
gastar. Di: «Lo superfluo». Así os explica Dios
las aleyas, Quizás, así, meditéis.*



Y en su verso 91 exclama:

“El Demonio quiere sólo crear hostilidad y odio entre vosotros valiéndose del vino y del maysir, e impediros que recordéis a Dios y hagáis la azalá. ¿Os abstendréis, pues?”

Es especialmente interesante que, el *Corán*, se pronuncie abiertamente en contra del licor y el juego propiamente dichos, pero graciosamente calla u omite pronunciarse con respecto a una droga de uso generalizado en Oriente como es el opio.

El opio fue usado por los ricos como medicina y por los pobres como panacea, para aliviar su inferioridad. Para el Islam, el opio es medicina para los jóvenes y panacea para los viejos. El árabe se sirve del opio como euforizante general, admitiendo que crea hábito cuando se consume en altas dosis, durante períodos largos. Lo singular del uso árabe es que busca el acostumbamiento con el fármaco para evitar episodios de intoxicación aguda accidental. Esta situación proporciona elementos para determinar la particular dualidad que el ejercicio del poder ha mantenido en cuanto a la posición a favor o en contra de las drogas.

No obstante, tampoco puede dejarse de considerar que la preocupación estatal, en lo que implica la prohibición del uso de drogas, así como todas las actividades relacionadas con estas, también tiene cierto dejo de sentido común; derivado de considerar que las mismas pueden producir adicciones y, por consiguiente, afectan gravemente la salud. Asimismo, no se puede dejar de lado, por supuesto, todo el andamiaje de crimen organizado y sus graves afectaciones a la vida, que sus actividades implica.

Se puede afirmar, que, la otra gran razón por la que el Estado se ha ocupado históricamente de la prohibición va estrechamente ligada a que las mismas de una u otra manera (su abuso), afectan gravemente la salud, de esa cuenta, hay que



considerar esa injerencia en el libre albedrío derivado de los efectos que producen como consecuencia de los vicios que de ella degeneran.

En ese sentido ilustra la autora Araceli Manjón-Cabezas, quien detalla esa evolución histórica de la prohibición derivada, por razones de salud, de la siguiente manera:

Es en la época cristiana cuando se introduce la represión en Roma: el emperador Caracalla prohíbe el consumo y declara que la posesión de libros de fórmulas es un «crimen contra la salud pública»; aparece así el paraguas de la salud pública bajo el que se resguardan la prohibición y la represión penal, por más que una y otra hayan sido, en conjunto, la más nefasta receta para esa salud pública. La búsqueda del placer con drogas recreativas o el alivio del sufrimiento con sustancias terapéuticas, así como los ritos mágicos que se servían de determinadas drogas, casaban mal con el mensaje evangélico basado en la bondad de la aflicción, la exaltación del sufrimiento, la afirmación de un único Dios y la promesa de que el verdadero gozo llegaría después de la muerte, en la otra vida” (Manjón-Cabeza, 2005, p. 29)

El devenir histórico ha sido una constante badana que oscila entre considerar normal o prohibir la utilización de las drogas, dada su relación intrínseca con el ser humano este texto ilustra este contexto:

Es difícil imaginar que la situación haya sido diferente alguna vez, pero hasta la Primera Guerra Mundial el opio, la morfina, la heroína y la cocaína estaban al alcance de cualquiera que pudiera obtenerlos de doctores respetables, farmacéuticos e incluso del colmado de la esquina o el representante que vendía productos medicinales. La famosa herboristería Nicholas Culpeper recalcó en su obra *Completer Herbal* que el *canabis* era tan conocido entre las amas de casa inglesas que no se tomaría el trabajo de describir todos sus usos en el hogar” (Shapiro, 2006. p. 25).

Se aprecia entonces, diversos intereses inmersos en esa prohibición estatal que surge en un proceso histórico, algunos válidos, otros no, pero todos de una manera caracterizados por esa injerencia más allá de lo debido o aconsejable, por parte de ese ente superior, ese gran hermano, que constituye el Estado para con sus habitantes.



1.6. Instrumentos internacionales que históricamente regularon prohibición de las drogas

En el siglo pasado se regularon acuerdos expresos a nivel internacional en lo que respecta a la prohibición de ciertas drogas.

Hace ya cien años el 9 de marzo de 1909 en la conferencia de Shanghai Contra el Opio, a la que asistieron 13 países, se asentó la base para reducir el tráfico y consumo de opio, y fue el primer paso en la creación de un conjunto de normas encaminadas a controlar el fenómeno de las drogas. Se declaraba ilegal la producción, posesión, tráfico y consumo de sustancias derivadas de la amapola, materia prima del opio. En 1912 en La Haya, Holanda, se suscribió el primer tratado internacional sobre drogas, la Convención Internacional del Opio, la que fue parte en 1919 de los tratados de paz de la primera guerra mundial y la que, al crearse la Sociedad de las Naciones pasó a ser parte de los tratados bajo custodia de esa nueva organización (Pardo, 2010. p. 14)

Resulta, en especial, interesante que la Conferencia Internacional del Opio de La Haya (de 1912) prefiere referirse especialmente al opio, la morfina y la cocaína por sus nombres limitando la generalización (solamente se refiere al término “droga” en tres ocasiones y siempre vinculado al contexto de estas sustancias), o excluyendo mejor dicho limitando, el ámbito de regulación a otros compuestos que pudieran considerarse como adictivos y por ende de interés de prohibición internacional.

A partir de la regulación, de ese momento y hasta la fecha hay diversidad de instrumentos en materia de prohibición, los cuales se detallan a continuación.

- Acuerdo sobre la Manufactura, Comercio Interno y Uso del Opio de Ginebra, formalizado en el mes de febrero del año 1925.
- Convención Internacional del Opio del año 1925 (de particular importancia ya que ordena la creación de un sistema para regular el comercio internacional de narcóticos prohibidos).



- Convención de Ginebra para Limitar la Manufactura y Regular la Distribución de Drogas Narcóticas del año 1931. Que establecía el compromiso de los Estados de priorizar la producción de drogas para aspectos medicinales así como un mecanismo internacional de verificación y control de cumplimiento.
- Acuerdo para Controlar el Hábito de Fumar Opio en el Lejano Oriente, formalizado en Bangkok en noviembre de 1931.
- En 1936, se firmó en Ginebra la Convención de Ginebra para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Peligrosas del año de 1936, que en su artículo señalaba la obligación de los Estados en cuanto a imponer severos castigos a los narcotraficantes: “promulgación de disposiciones legislativas necesarias para castigar severamente, y en particular por medio de prisión u otras penas privativas de la libertad”.
- Protocolo que Enmienda los Acuerdos, Convenciones y Protocolos sobre Estupefacientes, concertados en La Haya el 23 de enero de 1912, en Ginebra el 11 de febrero de 1925 y el 19 de febrero de 1925, y el 13 de julio de 1931, en Bangkok el 27 de noviembre de 1931 y en Ginebra el 26 de junio de 1936. Suscrito en Nueva York el 11 de diciembre de 1946. Dentro de sus principales postulados incluye a la Organización Mundial de la Salud en la determinación de las sustancias que pueden producir toxicomanías.
- Convención Única sobre Estupefacientes suscrita en el año de 1961 en Nueva York. Muy importante porque establecía entre las principales obligaciones de los Estados:
 - Alcance de la fiscalización de las sustancias
 - Disposiciones especiales relativas a la fiscalización de los preparados
 - Otras disposiciones especiales relativas al alcance de la fiscalización™
 - Limitación del uso a los fines médicos y científicos.
 - Advertencias en los paquetes y propaganda.
 - Disposiciones relativas al comercio internacional, prohibición y restricciones a la exportación e importación y lucha contra el tráfico ilícito. (Santos Villa Real, 2009. p. 25)



- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del año 1988.

Refiriéndose a la relevancia del último instrumento mencionado en lo que concierne al tratamiento del consumo ilustra el autor Barona:

Pero el siglo XX corría con la frenética velocidad de los cambios que lo caracterizaron. La década de los 60 y su abierta búsqueda de objetos de placer irrumpió en Occidente con fuerza inusitada. Se expandió el consumo masivo de las droga junto al uso de otras no consideradas en las reglamentaciones, entre las que sobresalían alucinógenos vegetales como los hongos semisintéticos como el LSD. En 1979, aproximándose la última década del siglo, más de 100 países suscribieron la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas que entró en vigor en 1990. Por primera vez se hizo obligatoria la penalización para el consumo personal, sin que este se considere un delito, sino que la Convención sugiere a las autoridades de los países firmantes elaborar políticas de tratamiento obligatorio para los consumidores. (Barona Tobar, 2012, p. 24).

No obstante la prevalencia, desde el siglo pasado hasta el presente, con respecto a la concentración de esfuerzos internacionales en lo que se refiere a la producción, el transporte, almacenamiento, la comercialización y, finalmente, el consumo de sustancia, a la fecha, la discusión se centra en el mantenimiento de las prohibiciones, por lo menos en lo que a consumo se refiere, derivado esto de la inoperancia de las políticas locales y colectivas que buscan limitar este flagelo, empero, el cuestionamiento radica en la actualidad acerca de si debe penalizarse o no, sobre todo, los contextos de las personas que poseen o tienen droga para el consumo personal aspecto que hemos de considerar profundamente en otro apartado de este trabajo.



CAPÍTULO II

2.1. La posesión de drogas para el consumo, en la legislación y la normativa constitucional

La norma fundamental, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece los parámetros básicos sobre los que se cimienta el Estado, la regulación y ejercicio del poder, los derechos de los habitantes, los frenos y contrapesos, controles de ese mismo ejercicio del poder así como la manifestación del mismo. Es por medio del Derecho Penal que el Estado ejerce esa obligación constitucional de mantener la paz, la seguridad, la vida integridad y otros derechos de sus habitantes, ese mismo ejercicio del poder punitivo del Estado que encuentra parámetros reguladores y de control en los postulados constitucionales.

Regula la norma fundamental en su artículo 1º que El estado se organiza para la protección de la persona y la familia, estableciendo el elemento teleológico o finalidad a conseguir como lo es la realización del bien común, de igual manera, en su artículo 2º se establecen los principales deberes generales del Estado como lo son garantizar a sus habitantes la vida, libertad, seguridad, paz y desarrollo integral. Se encuentra en esta normativa, según nuestra opinión, el fundamento directriz del ejercicio del poder punitivo por un lado legitimando su actuar para la protección de la persona y para garantizar estos derechos, por el otro, facultándolo para la regulación de las conductas que por medio de su prohibición fomenten la protección de dichos postulados.

Lo anterior se ve complementado con lo dispuesto en los artículos 3º, que refrendan la obligación estatal de proteger la vida, la seguridad y la integridad así como los parámetros reguladores de la penalización de conductas, esto último por medio del artículo 17 que se refiere a la condicionante de ir dirigida solamente a acciones (advertimos de este postulado constitucional la pauta general de definir desde directriz constitucional un Derecho Penal de acto, en contraposición a un Derecho



Penal de autor. Este aspecto será desarrollado con mayor profundidad en el apartado de este trabajo, específicamente el relativo al análisis del tipo penal (tenencia para el consumo); previamente determinadas como delito o falta.

Por último, en lo referente al tema de la drogadicción se señala específicamente: Artículo 56: “Se declara de interés social, las acciones contra el alcoholismo, la drogadicción y otras causas de desintegración familiar. El Estado deberá tomar las medidas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuadas para hacer efectivas dichas acciones, por el bienestar del individuo, la familia y la sociedad”.

En conclusión, en lo relativo a la normativa constitucional, se aprecian regulaciones de carácter general que inspiran la protección a la persona y sus derechos que debe ser desplegada por medio de la legislación específica (Ley Penal), determinando criterios reguladores de ámbito sustantivo que atiendan a cumplir los fines estatales bajo parámetros condicionantes específicos como lo serían la penalización de las conductas individualmente excluyendo, por consiguiente, la sanción a un sujeto por lo que ha hecho y no por lo que es o lo que el Estado lo ha calificado o etiquetado. Se dispone, además, el tratamiento del alcoholismo y drogadicción como enfermedades al declarar que se debe fomentar las medidas de “prevención, tratamiento y rehabilitación”.

2.2. La normativa internacional

En lo que se refiere a las limitantes impuestas por el Estado de Guatemala, en lo que se refiere a la narcoactividad (incluido el consumo por supuesto), que tienen su fuente en instrumentos internacionales, aparece la ratificación de la Convención para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Peligrosas del año 1936. Dicha ratificación fue realizada el 2 de junio de 1938 mediante el Decreto Legislativo 2278 del Congreso de la República. Importa destacar de ese instrumento la obligación que asume el Estado de Guatemala con respecto a penalizar entre otras conductas la tenencia para el consumo, según se puede apreciar en su artículo 2:



Cada una de las Altas Partes Contratantes se obliga a dictar las disposiciones legislativas necesarias para castigar severamente y especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad, los delitos siguientes: a) La fabricación, transformación, en general extracción, preparación, ofertas, posesión, ofertas de venta, distribución, compra, venta, corretaje, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes no conformes a las disposiciones de este Convenio.

A partir de este instrumento, Guatemala ha suscrito convenios en los que se ha comprometido a penalizar actividades relacionadas con el consumo, tenencia, producción, tráfico o comercialización de sustancias consideradas como droga, a continuación los principales instrumentos:

- Convención Única sobre Estupefacientes, de fecha 30 de marzo de 1961, aprobada por Decreto número 1585 del Congreso de la República de fecha 27 de marzo de 1963 y ratificada con fecha 11 de octubre de 1967.
- Convención Única sobre Estupefacientes, aprobada por el Decreto número 76-75 del Congreso de la República de Guatemala, en fecha 23 de octubre de 1975 y ratificada con fecha 4 de noviembre de 1975.
- Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, suscrita el 21 de febrero de 1971 que fuera aprobada por los Decretos número 90-97, 98-97, 99-97 y 100-97 del Congreso de la República de Guatemala.
- Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, suscrita el 20 de diciembre de 1988 y aprobada por el Decreto número 69-90 del Congreso de la República de Guatemala, ratificada con fecha 27 de diciembre de 1990.



2.3. La normativa de orden interno

En el marco de la realidad guatemalteca, se sabe que el problema de la droga resulta de incidencia nacional:

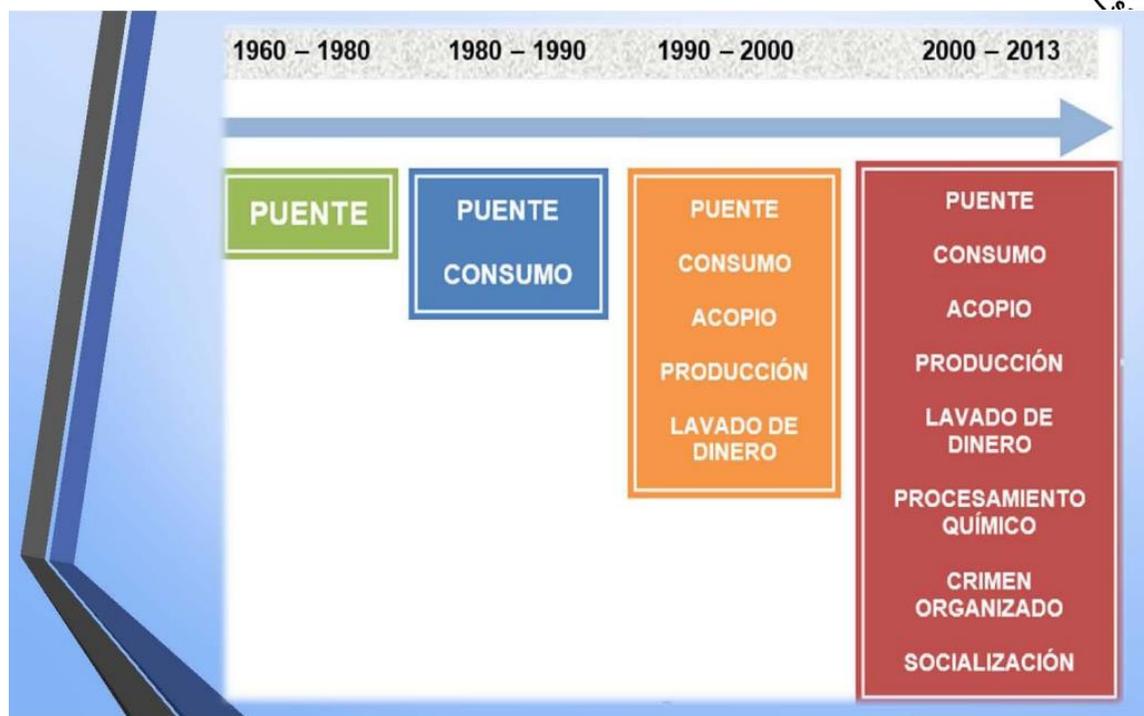
Guatemala ha pasado a ser, básicamente, un lugar de tránsito de muy buena parte de la mercadería (cocaína en general) que viaja hacia Estados Unidos. “El 90% del flujo de cocaína pasa por Guatemala antes de pasar por el territorio mexicano y termina finalmente en los Estados Unidos” (ONUDD, 2012). Ese es el principal papel jugado por el país en el negocio global de las drogas: tránsito y bodega temporal. También produce (marihuana, amapola como materia prima para la heroína, desde hace algún corto tiempo drogas de diseño a partir de precursores químicos), e igualmente consume. De todos modos, en la arquitectura global de la narcoactividad, ni la producción ni el consumo interno son las principales aristas del problema. Sí lo es la violencia asociada al trasiego. (Colussi, 2013. p. 25)

Se coincide, en buena medida, con la apreciación que hace el autor citado de nuestra realidad, no obstante, se debería señalar que se ha pasado de ser un país de tránsito y producción a ser uno, que también consume en importantes cantidades sustancias que doctrinaria y legalmente pueden ser consideradas como drogas.

Resulta siendo del conocimiento popular que muchos de los pagos que hacen los narcotraficantes en el país se realizan en especie, con droga mejor dicho, y que obviamente esta resulta teniendo como destino inmediato el consumo nacional. Lo anterior sin descartar, obviamente, que relacionado con el narcotráfico a la fecha concurren una importante incidencia de ilícitos, al efecto de este fenómeno resulta siendo por demás ilustrativo el cuadro que a continuación detalla el proceso evolutivo de los delitos relacionados con el narcotráfico:

Informe analítico sobre el problema de las drogas en Guatemala (versión preliminar)

Gráfica 1: Evolución de la narcoactividad en Guatemala



Fuente: Ministerio de Gobernación

En dicha gráfica se puede apreciar, que es en la década los ochenta y noventa que empieza a hacerse latente un cambio radical, y que a la fecha persiste, lo relacionado con el consumo. En ese sentido, a la par de la incidencia delictiva en el ámbito de los hechos relacionados con la droga se han materializado esfuerzos a nivel de Estado en lo que concierne a legislar cada vez con más tendencia a agravar las penas por estos ilícitos.

El caso de la posesión para el consumo y la normativa que históricamente ha regulado su prohibición resulta por demás interesante; en efecto, antes de la vigencia de la Ley Contra la Narcoactividad, Decreto número 49-92 del Congreso de la República no se encontraba prohibida la conducta, por lo menos desde el punto de vista del Derecho Penal, ya que las regulaciones contenidas en el Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, iban dirigidas a la sanción de figuras delictivas relacionadas directamente con su producción, tráfico, comercialización, o bien la facilitación de medios para su consumo. En la citada norma se regulaba la



prohibición de estas acciones, pero referente al consumo únicamente determinando su sanción al considerarla (situación vigente a la fecha), como una falta contra las buenas costumbres.

Resulta por demás interesante cómo se encuentra un tratamiento distinto a la fecha lo referente a la prohibición, en lo que respecta al uso de drogas, ya que se penaliza de dos distintas maneras y atendiendo a criterios bastante diferenciados, en lo que respecta a la gravedad de la sanción a imponer por una acción que pudiera considerarse la misma (salvo algunas sutiles diferencias por supuesto).

Efectivamente, como se puede apreciar, según la Ley contra la Narcoactividad la conducta de poseer o tener una sustancia catalogada como droga va a ser sancionada con prisión de cuatro meses a dos años, más una multa que oscila entre doscientos a diez mil quetzales, en tanto, que esa misma sustancia que ya fue consumida por el sujeto activo, a esta actividad se le impone arresto entre diez y cincuenta días conmutables por supuesto.

Se advierte, entonces, posturas legislativas que con el devenir de los tiempos, conforme se incrementan las actividades relacionadas con el gran problema de la droga, mantienen o agudizan, mejor dicho, la drasticidad con la que el Derecho Penal responde ante ciertos fenómenos. Ciertamente, la actividad en casi todos los ámbitos relacionados con la narcoactividad merece ser severamente sancionada, pero obviamente de forma muy diferente cuando se trata de "ilícitos" que poco o nada afectan el Derecho, el bien jurídico tutelado, o el interés de otra persona, estas reflexiones serán motivadas a profundidad en los siguientes apartados de este trabajo.



CAPÍTULO III

3.1. Teoría del Derecho Penal: el Derecho Penal y la posesión de drogas para el consumo

La teoría del Derecho Penal, como la rama de las ciencias jurídicas que se ocupa de explicar qué es el Derecho Penal, implica, por consiguiente, el estudio de sus principales componentes como lo son el mismo Derecho Penal, la Ley Penal, el delito, la pena y las medidas de seguridad. El Derecho Penal materializa jurídicamente la función protectora del Estado, con respecto a la persona y sus derechos por medio de la sistematización de un programa de prevenciones (o amenazas según se quiera ver), a la colectividad en el entendido que su transgresión implica la respectiva consecuencia jurídica, o sea, la privación de ciertos derechos. En lo que atañe a esta rama del Derecho el autor Gómez De La Torre dice: “El Derecho Penal pretende la posibilidad de la vida en comunidad a través de la tutela de bienes jurídicos mediante la motivación de sus miembros”. (Berdugo Gómez de la Torre, 1996. p. 19)

Para el estudio del delito, la teoría del Derecho Penal se auxilia de los criterios de análisis, aplicación e interpretación que le proporcionan, entre otros, la teoría del delito que se refiere al análisis del mismo, desde sus distintas categorías y lo define por medio de la sistematización analítica de estas, como una acción típica antijurídica y punible. Es, entonces, la teoría del delito un instrumento de análisis del ilícito penal y de sus elementos, que ayuda a entender cuándo se está en presencia de una figura delictiva.

Para efectos del análisis, en lo que respecta a la posesión de drogas para el consumo, interrelacionaremos el estudio de este ilícito por medio de algunas categorías, ya señaladas por la teoría del delito, centrándonos, en mayor o menor medida, en elementos de interés para la comprensión y determinación de la misma, así como de la necesidad de penalizar o no esta acción. Se analizarán elementos



de interés para la comprensión de esta que, para algunas legislaciones del mundo incluido la nuestra, es considerada como una figura delictiva.

3.2. La acción en el delito de posesión para el consumo

Para delimitar y comprender lo que se entiende por el concepto de acción, es considerado adecuado llamar a la reflexión sobre lo que, con respecto a la misma señala Eugenio Raúl Zaffaroni, identificando acertadamente que el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo general, no va enfocado a frenar actos que podrían ser considerados delictivos, sino que a quienes pudieran ser considerados como sujetos que los cometen, sujetos peligrosos, en el entendido que su contención conlleva el cumplimiento de los fines de seguridad, prevención y represión del delito.

Para el efecto, el autor citado ilustra:

El poder punitivo, como no puede ser de otro modo, sigue seleccionando preferentemente en función de características personales: el ámbito de personas que realizan actos típicos es inconmensurable, pero sólo pocos son seleccionados y, salvo excepciones, éstos son vulnerables a su ejercicio porque responden a estereotipos; sólo una minoría lo es porque realiza un gran esfuerzo por colocarse en una situación de vulnerabilidad. La selección criminalizante al menos en buena parte - no se produce tanto por actos realizados, sino por la vulnerabilidad de sus agentes, mientras muchas más personas siguen realizando actos de igual o mayor lesividad. (Zaffaroni, 2002. p. 400)

Supone pues, según estas reflexiones, considerar que el ejercicio del poder del Estado va enfocado, en su ámbito penal, no a la penalización de las conductas más graves o relevantes, sino que hacia aquellas que son realizadas por quienes ante el sistema poseen, dadas sus características, como pobreza, ignorancia u otro tipo de particularidad (que casualmente también es vulnerabilidad), una especial indefensión ante el sistema de justicia. Piénsese por ejemplo, con cuánta vehemencia es castigado el hurto de una cantidad determinada de dinero (menos de cinco mil quetzales por mencionar el aspecto cuantitativo), cometido por un empleado de confianza, (hurto agravado al tenor de lo señalado en el artículo 247 del Código



Penal y que es sancionado con una pena entre 2 a 10 años.) y cuán bene puede ser el Estado cuando se trata del castigo hacia un funcionario público que sustraiga (artículo 445 del Código Penal. Delito de Peculado) cantidades millonarias de dinero que tenga bajo su administración. Considérese además, que esta sustracción no solo supone un perjuicio para el Estado, sino que además implica que, como consecuencia de esto, no pueda abastecerse a hospitales o centros de salud con las muertes que ello implica.

En fin, lamentablemente, el Derecho Penal ejerce una función seleccionadora en la que una de sus premisas principales puede ser la penalización, grave, no de conductas sino de personas, cierto tipo de personas, reiteramos, no las que hayan cometido las más graves o escandalosas afectaciones a bienes jurídicos tutelados, sino que, aquellas a las cuales el sistema ha escogido para justificar un actuar.

Este marco introductorio sirve para reflexionar acerca del contexto, de lo que debe entenderse como acción (penalmente relevante), y es que, en un Estado democrático, en un Estado de Derecho, debería primar la penalización de conductas, independientemente del sujeto que las haya realizado, tomando en cuenta aspectos como la real afectación, la grave afrenta a bienes jurídicos tutelados, en fin, la exteriorización de la voluntad humana que modifica el mundo exterior, que produce un particular daño a determinados derechos, ajenos por supuesto, en el entendido que sobre los propios poseemos libre albedrío.

Refiriéndose al contexto, de lo que se debe entender como acción y su relación con la modificación del mundo exterior, el ya citado autor Zaffaroni dice:

La Constitución exige que los tipos abarquen acciones conflictivas (art. 19), o sea, un hacer algo humano que lesione a otro. Es elemental que ese hacer tenga un sentido para qué sea una acción, o sea, que se oriente en el mundo conforme a ciertas representaciones, más allá de cualquier discusión acerca de si este sentido debe llamarse finalidad o de cualquier otra manera, o sea que se haya propuesto provocar el conflicto o lo haya provocado por violar una pauta de cuidado (o por introducir un riesgo desaprobado, si se prefiere). Es un sentido que



necesariamente debe exteriorizarse en el mundo, porque de lo contrario no podría nunca a conflicto (lesivo). (Zaffaroni, 2002, p. 416)

Si bien es cierto Zaffaroni se refiere a la Constitución argentina, (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Artículo 19 Constitución argentina.) Para detallar los aspectos que toma en cuenta para describir la acción, hay que tomar en cuenta que los postulados principales de sus premisas también se encuentran plasmados en el ordenamiento constitucional guatemalteco, tal el caso de lo regulado en el artículo 5º, que se refiere a la libertad de acción y lo contenido en el artículo 17 en el que se determina que únicamente pueden ser punibles las acciones u omisiones calificadas como delito previamente en la ley penal. Con lo anterior se concluye que el concepto de acción, del tratadista citado, tiene amplia aplicación en el momento de contextualizar lo que por la misma (acción), entendemos o deberíamos entender de acuerdo con el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Otro aspecto de mucha importancia, para determinar el contenido del concepto de acción como elemento del delito, aparece en el artículo anteriormente citado al determinar los fundamentos de un Derecho Penal de acto y no de autor; la Constitución Política, como ya se señaló, hace referencia a acciones u omisiones con lo que descarta toda posibilidad de perseguir a un individuo por lo que se considera que es, sea narcotraficante, perteneciente a maras, sicario, etcétera. Lo importante es que el ejercicio del poder punitivo del Estado tiene que ir enfocado en demostrar la responsabilidad en una o varias manifestaciones de voluntad que produzcan una afectación del mundo exterior, que vulneren bienes jurídicos de importancia para el Derecho Penal, para el Estado, para terceros.

Entendido, entonces, el concepto de la acción, como una manifestación de la voluntad de la persona que produce efectos en el mundo, que cambia el mismo, o



bien que afecta determinados bienes jurídicos tutelados se pasa a analizar en el contexto de la materialización del mismo en el delito de posesión para el consumo.

En ese sentido, la manifestación de la voluntad que realiza el sujeto activo al poseer o adquirir droga, para su propio consumo, según nuestra opinión se encuentra en tela de duda. Habría que considerar si esta conducta implica una modificación del mundo exterior, también habría que reflexionar si afecta o no además un bien jurídico tutelado ajeno, o bien, si la esfera de afectación abarca más que un bien de carácter personal. Es la propia salud, la integridad de quien posee o adquiere la droga para su propio consumo, la que se ve realmente afectada por esa manifestación de voluntad; de esa cuenta, existen razones que se consideran valederas, de peso, para concluir, más allá de toda duda, si esta podría ser considerada como acción entendida como un elemento del delito.

El considerar que el drogo-dependiente es más susceptible a cometer delitos, que debe ser penalizado por ese peligro que pudiera representar para la sociedad, implica desviarse del postulado constitucional, que ya hemos analizado, y que señala que solamente la exteriorización de una conducta (acción señala la Constitución) que implica cambios y afectaciones en la realidad y, sobre todo, que afecte derechos o libertades de terceros, puede y debe ser plasmada en la ley penal y ser sujeta de castigo.

No obstante, se estima de importancia para terminar de confirmar este planteamiento, el análisis del referido ilícito por medio de otra categoría del mismo como es la tipicidad, o el tipo penal, ejercicio que se pretende realizar a continuación:

3.3. ¿Qué es el tipo penal?

La norma jurídica -en este caso la de carácter penal-, se compone de supuesto de hecho y consecuencia jurídica; el primero de estos elementos implica la inclusión de



circunstancias fácticas, verbos, elementos, conceptos, de los que se sirve el creador de la norma, con la cual busca explicar con la mayor claridad cuál es la conducta prohibida y con ello la regulación o protección de determinados bienes jurídicos tutelados (que, además pueden o no ser incluidos en estos supuestos). El Derecho, como todos sabemos, se manifiesta por medio del lenguaje:

Derecho y lenguaje es un tema eterno, solamente la coyuntura cambia. La razón es evidente: las leyes, su concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje. Donde termina el lenguaje, comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos” (Hassemer, 2003. p. 13)

En ese sentido, el tipo penal es la descripción de la conducta que hace el legislador y que plasma en el supuesto de hecho de la norma penal por medio de este.

El legislador, entonces, atendiendo a ciertos principios del Derecho Penal a los que nos referiremos en otro apartado, tiene que formular juicios de valor y ponderación escogiendo cuáles son las conductas más relevantes y que requieran especial atención para, en su momento, describir las mismas y proteger bienes jurídicos tutelados.

Debe escoger, entonces, para una adecuada descripción de la conducta, los términos más comprensibles y adecuados, de tal manera que le proporcionen claridad y certeza a la norma penal y establezcan plenamente los ámbitos de la prohibición en ella inmersos. Necesita tomar en cuenta, además, la manera de plasmar adecuadamente la protección estatal a bienes jurídicos tutelados de importancia, tanto en el ámbito individual como colectivo, de ahí la importancia de este elemento del delito, como es el tipo penal y lo que él representa; todo ello debe ir explicado de la manera más clara posible en el tipo penal.

El tipo penal es: “la descripción de la conducta que realiza el legislador en el supuesto de hecho de la norma penal. Estas conductas se describen mediante



verbos rectores, por ejemplo matar, robar, defraudar, sembrar y cultivar drogas, (Girón Pallés, 2008)

Además, el tipo penal tiene una triple función, en concordancia con el Derecho Penal, siendo estas funciones las siguientes:

- **Función de selección:** El Estado, por medio de su Poder Legislativo, escoge solamente aquellas conductas especialmente relevantes, que supongan una grave afectación a bienes jurídicos susceptibles de ser tutelados por medio del Derecho Penal.
- **Función de garantía:** Constituye una de las manifestaciones del principio de legalidad penal, entendido como tal, el que una conducta para ser punible tiene que encontrarse previamente descrita en la ley y como consecuencia jurídica trae aparejada la imposición de una pena para su autor.
- **Función de motivación:** que, de la mano con las funciones de prevención general y especial de la pena, lleva implícita la finalidad de influir en la conducta ciudadana para que se abstenga de ejecutar las acciones descritas, so pena, literalmente hablando de hacerse acreedor a las sanciones contenidas en la consecuencia jurídica inmersa en la norma.

Para realizar en forma adecuada esta labor, el legislador, incluye en el tipo penal elementos (o palabras) comunes, elementos (o palabras) técnicas y elementos de motivación estos últimos hacen referencia a la intencionalidad del sujeto activo que interesa especialmente en lo que se refiere a los aspectos de fijación de la pena. Se describen en el siguiente apartado.



3.4. Elementos esenciales del tipo penal

El ya citado autor Ignacio Berdugo se refiere a los elementos esenciales del tipo penal de la manera siguiente:

En la formulación del tipo, el legislador puede utilizar elementos descriptivos o elementos normativos. Son elementos descriptivos todos aquellos que provienen del ámbito del ser, o en otros términos, que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Son elementos normativos todos aquellos que requieren de una valoración judicial. Los mismos tienen diversos orígenes. Algunos provienen de la vida social como por ejemplo la exhibición obscena (art.184 C.P). (Berdugo Gómez de la Torre, 1996. pp. 133-134)

Se entiende que los elementos descriptivos del tipo penal son del conocimiento común, por ejemplo: ser humano, los apreciamos con conocimientos naturales, con los sentidos y no tienen un mayor grado de complejidad al plasmarlos, interpretarlos y aplicarlos en la realidad práctica. En tanto que los elementos normativos resultan ser más complejos, requieren una explicación o interpretación, y por ende una aplicación más analítica y pormenorizada; en algunos casos es necesario del auxilio de alguna ciencia, de ciertas técnicas, artes u otras manifestaciones del conocimiento para su plena comprensión o entendimiento, en otros a legislación específica. La Ley contra la Narcoactividad por ejemplo, contiene al tipificar delitos diversos elementos normativos, el término droga es uno de ellos en el entendido que necesita una explicación. El término droga incluso implica una explicación del propio legislador para lo que debe entenderse como tal. Ejemplo de ello sería el término droga que como ya se ha analizado implica contextos más complejos de valoración y sobre todo de comprensión de cara a su utilización práctica.

Además, en la estructura de tipo penal, en lo que respecta a sus elementos esenciales, debe tomarse en cuenta el conocimiento y sobre todo la intencionalidad (también conocido como dolo), el cual implica la valoración con respecto a la intencionalidad del sujeto activo del delito.



Obviamente que la descripción del tipo penal debe hacer referencia, además de otros aspectos de importancia, aspectos básicos en su configuración; se puede mencionar dentro de estos a quienes en el ámbito personal participan en la acción delictiva, ya sea que su participación sea activa (sujeto o sujetos activos) y quienes reciben la afectación en el bien jurídico tutelado por el Estado, que en este caso constituyen el sujeto o sujetos pasivos, a ellos, y otros elementos básicos del tipo penal serán abordados en el siguiente apartado.

3.5. Elementos básicos del tipo penal

Se entienden como elementos básicos del tipo penal, **los sujetos** que intervienen en la acción delictiva ya sea configurando su actuar en el supuesto de hecho consagrado en la ley o quienes resultan afectados por las mismas, o sea, el sujeto activo para el primer supuesto y el sujeto pasivo para el segundo, victimario y víctima. Por otro lado, está **el objeto** que implica dos aspectos: el de carácter **material** sobre el que va dirigida la acción y el **bien jurídico tutelado** “bienes jurídicos tutelados son los valores ideales (inmateriales) de orden social sobre los que descansa la armonía, la paz social, y la seguridad de la vida en sociedad”. (Berdugo Gómez de la Torre, 1996. p. 127)

Esto es, aquellos derechos o intereses de relevancia para la protección jurídico penal y, por último, la acción propiamente dicha que, como ya se ha señalado, se encuentra descrita por medio de la configuración de los elementos esenciales (normativos, descriptivos y subjetivos) así como por los elementos básicos.

La importancia para el presente estudio, reviste la comprensión clara de estos conceptos, los cuales dan la pauta para el análisis de afectación así como la necesidad de protección estatal en lo que respecta a esa atribución del Estado en prohibir o no algo que, como ya se ha analizado ha estado ligado a la historia de la humanidad como lo es el consumo de drogas.



3.6. El tipo penal de posesión para el consumo

En cualquier legislación del mundo el tipo penal (la descripción de la conducta prohibida), de posesión para el consumo, va a estar caracterizada por la acción de adquirir o poseer para propio uso drogas que se encuentran normalmente prohibidas por las respectivas disposiciones estatales, por lo general va a existir algún parámetro de distinción con respecto a cuál podría ser la cantidad que razonablemente podría ser considerada como de consumo personal para distinguirla así de figuras delictivas como su comercialización o el tráfico.

La legislación guatemalteca se refiere, a este delito, en la Ley contra la Narcoactividad Decreto número 48-92 del Congreso de la República de la siguiente manera: “artículo **39. Posesión para el consumo**. Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años y multa de Q 200.00 a Q 10 000.00”. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las demás circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal.

Vale distinguir este ilícito, del que se comete cuando se tiene la intencionalidad de venta o distribución, al efecto, en vía de ilustración aparece muy acertada la distinción que realiza en el ámbito doctrinario refiriéndose al delito de tráfico la autora Teresa Molina Pérez, quien al respecto señala: “El concepto de posesión de drogas para traficar es un concepto no civilístico, mucho más amplio, identificable con la mera disponibilidad, cuyo elemento esencial es la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial. El fundamento de este concepto penal de posesión es que es un delito de peligro abstracto”. (Molina Pérez, 2005, p. 110)

Como se logra apreciar, implica de acuerdo con la autora citada, una conducta considerada doctrinariamente (y legalmente) como peligrosa, que en este caso se refiere a las eventuales acciones ilícitas atentando contra el bien jurídico tutelado



salud sin dejar de lado, por supuesto, todos los ilícitos que en el ámbito de delincuencia organizada están asociadas al narcotráfico.

Esto demuestra un tratamiento diferenciado los delitos de posesión y el tráfico u otros delitos relacionados con droga; el análisis que proporciona la teoría del delito es de suma utilidad, porque permite distinguir enormes diferencias que obviamente deberían tomarse muy en cuenta desde el punto de vista de la consecuencia jurídica de esta acción, es decir, en lo que hace referencia a la penalización.

Para continuar con el análisis de esta figura delictiva se propone su disgregación en cuanto a los elementos esenciales y básicos del tipo penal de la manera siguiente:

Elementos descriptivos: se encuentran los términos de “quien” “adquiera” “posea” por mencionar solamente algunos.

Elementos normativos: términos como droga, propio consumo, cantidad razonable para consumo inmediato. Hay que tomar en cuenta además que estos elementos normativos del tipo penal los encontramos en las explicaciones que de droga y consumo se hacen en la misma ley. En efecto, en el artículo 2 literales a) y e) “a) Drogas: Toda sustancia o agente farmacológico que, introducido el organismo de una persona viva modifique sus funciones fisiológicas y transforma los estados de conciencia; También se consideran drogas las semillas, florecencias, plantas o parte de ellas y cualquier otra sustancia de donde puedan ser extraídas aquellas”.

“e) Consumo: Uso ocasional, periódico habitual o permanente de la sustancia a que se refiere la presente ley.” Otorgan elementos de análisis e interpretación a tomar en cuenta en el momento de aplicar la normativa”.

Elementos subjetivos: estos van referidos a la intencionalidad que, en el caso del delito analizado, resulta especialmente confuso, dado que, el único dolo que se encuentra en esta figura delictiva va dirigido al uso de una sustancia que es



considerada prohibida, en el consumo personal de la misma, sin el ánimo de afectarla a otra u otras personas, sin lesionar ni poner en peligro, según nuestra opinión, bienes jurídicos tutelados de ajena pertenencia, en términos o palabras sencillas sin violentar, disminuir, negar o disminuir derechos de la colectividad o de terceros.

En referencia al elemento básico, que se refiere a los sujetos, se puede distinguir únicamente la aparición de uno **de carácter activo** como lo sería quien posea la droga para su consumo, ya que no apreciamos la concurrencia de uno de **carácter pasivo**, es decir, una persona física o jurídica afectada directamente por la comisión de este hecho delictivo. En todo caso, ni siquiera, podría considerarse que el Estado, como tal, podría resultar siendo el sujeto pasivo en este tipo penal, porque no resulta mayormente afectado si hay una persona que podría consentir o ser víctima de un agravio como consecuencia de la acción sería el mismo sujeto activo, cuestión paradójica, que resulta de ninguna relevancia jurídico penal.

Piénsese, por ejemplo, la razón por la que en nuestra legislación no se penaliza la tentativa fallida de suicidio, la respuesta estriba en que al atentar el sujeto activo contra un bien jurídico tutelado (vida), de su pertenencia realmente no merece injerencia del poder punitivo. En concreto, no se penaliza porque el fallido suicida atentó contra su propia vida y con ello no afectó bienes jurídicos de terceros.

El elemento básico, que se refiere al objeto, va determinado en su primer aspecto en cuanto a lo material, sobre lo que recae la acción, en este caso la exteriorización de la conducta va dirigida a la tenencia de sustancias que se consideran prohibidas. En cuanto al bien jurídico tutelado, de igual manera, no se aprecia ninguno de relevancia para el Derecho Penal, ya que como se ha mencionado al existir identidad entre el sujeto activo y el de carácter pasivo no hay una real afectación al interés, al derecho o prerrogativas de alguna persona en particular.

De la misma forma en que no es punible la automutilación, o el intento de suicidio de una persona (que en todo caso deberían ser objeto de la aplicación de una medida



de seguridad), en esa medida, no se vislumbra agravio alguno hacia el interesado merecedor de protección estatal de un tercero.

3.7. El tipo penal de posesión para el consumo dentro de la teoría de la acción

Señala el autor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre que:

El elemento más importante del tipo lo constituye la acción. La aparición externa del hecho que es lo que se describe en el tipo objetivo. En otras palabras todo aquello que se encuentra situado fuera de la esfera psíquica del autor. La parte subjetiva comprende aquellos elementos que dotan de significación personal la realización del hecho. (Brdugo Gómez de la Torre, 1996, p. 126).

En lo relativo a la teoría de la acción, es importante la explicación relacionada con dos aspectos: uno de carácter externo, como es la materialización de la conducta, la exteriorización de la misma, en concreto, la adecuación del accionar del sujeto activo en el tipo descrito en la ley penal; el segundo aspecto está condicionado por los elementos intelectivos: el ánimo, la motivación de este sujeto, el conocimiento y voluntad de querer realizarlo, que en nuestra legislación es entendida como dolo.

En lo que se refiere al tipo penal de posesión para el consumo, se entiende por ese elemento objetivo el actuar del sujeto activo que se materializa solamente con la posesión o tenencia de una sustancia que pueda ser considerada como una droga prohibida, en el entendido que estas se encuentran determinadas en un catálogo amplio y conciso, descrito en la ley penal, agregando, además, el aspecto de orden considerativo que exige la normativa y que se refiere a la conclusión que la cantidad de droga es para uso inmediato.

El ámbito subjetivo está determinado por la intencionalidad de transgredir la norma, el conocimiento de que se está consumiendo o poseyendo una sustancia que ha sido prohibida por el Estado y lógicamente la intención materializada por la conducta



objetiva. En término general, la subjetividad de este hecho delictivo se refiere a pleno conocimiento de la prohibición y el propósito establecido en la mente del actor de ejecutarlo.

3.8. Clasificación del tipo penal de posesión para el consumo

Según la tradicional clasificación de los tipos penales, atendiendo a las modalidades de la acción, se considera que la posesión para el consumo puede ser señalado como un delito de mera actividad, “Entendiendo los delitos de mera actividad como aquellos en los que el tipo no requiere que la acción vaya seguida de ningún resultado como consecuencia separada temporalmente y espacialmente de la acción”. (Lorente Velasco, 2010. p. 161)

De la simple lectura de la descripción del tipo se infiere esta conclusión, ya que, la norma no exige una modificación del mundo exterior, caso en el cual se encontraría ante un delito de resultado, o bien, un delito de peligro, como ya analizáramos que puede ser clasificadas otras figuras delictivas relacionadas con las drogas o estupefacientes.

Es, según nuestra opinión, un delito de mera actividad porque al configurarse los supuestos de hecho contenidos en la normativa específica, al transgredir la norma, no debe esperarse ningún otro resultado, o sea, no debe esperarse sin que exista un nexo causal entre acción y una real afectación a un bien jurídico tutelado en específico.

El ejercicio del poder punitivo del Estado se materializa en determinados postulados por los cuales se establecen criterios de regulación de conductas; en otro apartado de este trabajo se hacía referencia al devenir histórico, de la penalización del consumo, y se apreció la manera en que el castigo ha obedecido a criterios más bien subjetivos; se ha creído en el proceso histórico que la penalización del consumo



o la tenencia de droga incidirá en la disminución o erradicación total de este flagelo, empero, la realidad nos ha enseñado otra cosa.

No obstante a los abogados les interesan razones jurídicas, razonamientos de derecho que permitan valorizar, desde su perspectiva, el porqué se debe o no penalizar el consumo o tenencia de drogas, pero no se pueden alejar del contexto de utilidad práctica, de lo que representa para el Estado en su lucha contra las actividades de narcoactividad, este ejercicio es realizado en el siguiente apartado.

3.9. El tipo penal de posesión para el consumo y el merecimiento de pena desde el punto de vista de su afectación al individuo o a la sociedad

Claudio Izaguirre, presidente de la Asociación Antidrogas de la República Argentina, respecto de la posibilidad de legalización o despenalización en su país, señala:

Las drogas adormecen la parte frontal del cerebro, que es la encargada de inhibir los instintos animales del ser humano, al estar bajo los efectos de sustancias el consumidor tiene actitudes que jamás hubiera pensado tener si no hubiera estado bajo los efectos de sustancias. El adicto es peligroso para sí mismo y para terceros, cosa que el mundo médico conoce a la perfección y darle la posibilidad al enfermo de contar con su plantación de marihuana hará acelerar los estragos de su enfermedad a límites insospechados. Habrá que agregarle a esto la falta de espacios de atención médica gratuita y de internación en todo el territorio nacional. Los legisladores han acordado que la tenencia de drogas no será punible, la “entrega gratuita” de sustancias no tendrá reproche jurídico alguno y la producción de marihuana gozará de todas las libertades sin especificar cantidades. En consecuencia, un genocidio. (Izaguirre, 2014)

Bajo este criterio, definitivamente habría que prohibir otras sustancias, como el alcohol, que también afectan las capacidades mentales y volitivas del ser humano, bajo cuyos efectos las personas también se vuelven más peligrosas, propensas a cometer delitos; no obstante, que se reconocen los efectos negativos en el ser humano, tanto de las drogas como del alcohol, también se aprecian los intentos del Estado de influir en esferas íntimas o privadas del ser humano han resultado por demás infructuosos. Para muestra un botón, pues la prohibición de vender alcohol



en los Estados Unidos durante la década de los años 30, del siglo pasado, incrementó más que su consumo ilícito, el contrabando y los crímenes delincuencia organizada con ella relacionados.

Si algo se puede afirmar con certeza, es que se está lejos de encontrar una solución para el problema del consumo y tráfico de drogas; pero, también, con toda seguridad, señalar que la penalización dirigida a quienes las utilizan, según nuestra opinión, no parece ser parte de la solución para este problema. En ese sentido, se pronuncia la autora Araceli Manjón-Cabeza quien al referirse al espacio temporal que ha ocupado la lucha contra la droga señala:

Poco después de un siglo de guerra planetaria contra el azote de la droga no hay nada que indique que se hayan alcanzado mayores niveles de salud pública o que se hayan evitado problemas de salud pública; muy al contrario. En este sentido debe analizarse la Declaración de Viena de junio del 2010 en la que entre otras cosas, se concluye que la estrategia represiva en materia de drogas no ha alcanzado el objetivo que se proponía de limitar la disponibilidad de drogas y ha producido consecuencias nocivas en lo que se refiere a la propagación del sida, dificultando enormemente el tratamiento y prevención de la drogadicción; por ello se insta a los gobiernos y a Naciones Unidas a revisar con transparencia la actual política. (Manjón-Cabeza. 2005, pp. 22-23)

Los objetivos de las políticas de combate, persecución y sanción del consumo de droga van dirigidas a lograr una sociedad libre de drogas, no obstante, no se toma en cuenta que para conseguir estas metas se vulneran los derechos, la libertad de la persona, se deja por un lado el libre desarrollo de la personalidad humana.

Esta particularidad es descrita por el autor Colussi, quien al respecto señala:

Plantearse un mundo libre de drogas, tal como bienintencionadamente muchos lo hacen es encomiable. De todos modos, siendo realistas y teniendo en la mano los conocimientos que las ciencias sociales modernas y con criterio crítico nos proporcionan, como mínimo habría que abrir algún cuestionamiento a esa propuesta. Si la narcoactividad se amplía continuamente, ello quiere decir algo, o bien la que la sociedad está cada vez más necesitada de este tipo de placeres dañinos, o que hay agresivas políticas que fomentan ese consumo. O, complejizando



el asunto, estamos ante una combinación de ambos factores, lo cual hace infinitamente más complicado su estudio, y más aún, su solución en tanto problema. (Colussi, 2013. p. 25)

No obstante, como profesionales del Derecho, nos corresponde antes de aplicar, pensar y cuestionar el ordenamiento jurídico, preguntarnos acerca de su certeza, constitucionalidad, de la norma justa o la injusta, la que desarrolla o no los preceptos constitucionales, en fin, la que se considera la más adecuada para la realización de la finalidad del Estado como es el bien común.

En ese sentido nos corresponde continuar el análisis del tipo penal de la posesión para el consumo, desde la perspectiva de su real afectación o controversia con las finalidades estatales, la protección, la tutela de la persona, el libre desarrollo de su personalidad. Desde esa perspectiva cabe preguntarse: ¿En qué medida, la penalización del consumo o la tenencia de droga, se adecua o no a los postulados de un Derecho Penal de carácter garantista que se encuentra plasmado en los postulados constitucionales?

Refiriéndose a las conductas merecedoras de pena ilustra Muñoz Conde:

Desvalor de acción, desvalor de resultado y reprochabilidad son los tres pilares en los que descansa el concepto material del delito en el Derecho Penal positivo. Ellos son los que convierten una conducta en "merecedora de pena" y, por consiguiente, a través de su tipificación en la ley, en delito. "El desvalor de la acción, su especial peligrosidad para los bienes jurídicos es, pues, la primera característica que separa una conducta delictiva, de otra que no lo es. Sólo así se explica que sea impune un incumplimiento contractual de varios millones de pesetas y que se considere como delito, en cambio, un simple hurto o una estafa de mínima cuantía. (Muñoz Conde, 2001)

Se entiende que para realizar ese cuestionamiento, esa desaprobación de una conducta debe suponer en primer lugar que la misma pueda ser motivo de juicio por entrar en contradicción con la norma penal, esta conducta que asociada al principio de legalidad obviamente está predeterminada por prohibición en la norma penal, en segundo lugar, que la misma afecte un bien jurídico tutelado que el Estado



encuentre merecedor de protección al más alto nivel como lo es la ley penal y último el juicio de reprochabilidad, o sea la posibilidad de conducirse de otra manera y no como lo describió la ley penal.

Para que una conducta sea merecedora de pena, según los supuestos que cita Muñoz Conde, no existirían en el tipo penal de posesión para el consumo estos supuestos, vislumbramos la no presencia de lo que ya se ha analizado, debe entenderse como desvalor de resultado, que implica la lesión o puesta en peligro de aquellos valores que el Estado ha encontrado merecedor de protección.

Cómo puede encontrarse una afectación a otra persona en un delito como la posesión o tenencia de droga que supone o implica una autoflagelación, por así llamarlo, un atentado, o ataque si se quiere ver desde ese punto de vista, contra el propio bien, contra la propia salud del llamado sujeto activo del delito.

Valga para esta reflexión lo que brillantemente expone, según nuestra opinión, el ya citado autor Zaffaroni, quien se refiere a esa correspondencia entre la necesidad de penalizar conductas y la necesidad de afectación de la siguiente manera:

Aunque no está probado que los proteja mediante el poder punitivo, no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay un derecho afectado, dado que con ello no sólo está lesionando el derecho del penado sino también el del resto de los habitantes, al transformar el modelo de estado, pues una ley o una sentencia que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o peligra un derecho ajeno, es ilícita, y su antijuridicidad afecta a todos los que se benefician o pueden beneficiarse del respeto al ámbito de autonomía moral que establece la CN. Se trataría de un acto que lesiona el modelo de estado de derecho por el que opta la CN, que importa, sin duda, un derecho de todos los habitantes. (Zaffaroni, 2002, p. 127)

Es importante mencionar que Zaffaroni señala otra razón, la cual no se había tomado en cuenta, el autor menciona con respecto a la penalización de una conducta que no vulnera bienes ajenos, que no afecta a otros y distingue ese accionar anómalo en lo referente a que cuando ese Estado afecta por medio del ejercicio de su poder punitivo en este tipo de casos no causa o disminuye un derecho solo de quien



resulta penalizado, sino de todos, no sanciona, se entiende o vulnera derechos de todos; efectivamente, al establecer pautas de límites, penalizando esta situación en particular hace un pronunciamiento de vulneración de derechos de todos. Así como un fallo que hace valer las garantías constitucionales de carácter penal en un caso en particular, fortalece el Estado de Derecho y reafirma los derechos de toda la ciudadanía, así también un fallo que supone su fundamento en un precepto ilegal o injusto afecta a todos.

En conclusión, desde las diversas herramientas de análisis del tipo penal, es posible señalar que la posesión para el consumo de droga resulta cuestionable su mantenimiento dentro de la estructura jurídico penal del Estado; debe tomarse en cuenta que no puede considerarse una acción porque la manifestación de la voluntad humana no modifica el mundo exterior.

Desde el punto de vista del análisis del tipo penal no existe la concurrencia de sujetos activo y pasivo (elemento objetivo), solamente hay un sujeto que podría reunir esas dos cualidades. En cuanto a su elemento subjetivo (la intencionalidad), podría considerarse que el dolo no va dirigido a vulnerar el derecho de un tercero, sino uno propio, por lo que debería suponerse además la ausencia del dolo.

Por último, en lo concerniente a los desvalores, la única reprochabilidad de la conducta implica la lesión a un bien jurídico tutelado, de propia pertenencia, por lo que no existiría un desvalor de acción. En cuanto al desvalor de resultado simplemente, el bien tutelado no se encuentra perjudicado, dado que, la salud, que se encontraría afectada por la acción, coincidentemente, concurre en la persona que lo lesiona, es decir, la persona que posea o tenga droga para su consumo personal.

Un Derecho Penal de corte democrático que debe priorizar la atención de sus recursos para efectivizarlos y potenciar así los niveles de protección a la persona, no debería ocuparse, por lo menos desde la perspectiva de la persecución penal, de



asuntos que no representan una amenaza real, que no vulneran derechos colectivos que merecen un tratamiento estatal pero no necesariamente el que podría implicar la penalización, la cárcel de la persona.

3.10. Desde el punto de vista de la investigación, existe o no acción en el tipo penal de posesión para el consumo y si la misma debe o no penalizarse

Existe o no acción, propiamente dicha, como elemento del delito en el tipo penal de posesión para el consumo, establecido en el artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad, desde un punto de vista dogmático, como han indicado los eminentes juristas Francisco Muños Conde y Eugenio Raúl Zaffaroni, -autores ya relacionados en la presente investigación-, por medio de la teoría del delito, tal y como lo hacen ver, la acción que debe ser objeto de desvalor y de reprochabilidad, dicha acción en el momento de ejecutarse o exteriorizarse debe, por sí misma, provocar las afectaciones de bienes jurídicos de terceros, pero la acción realizada en el delito de posesión para el consumo, desarrollada por medio del sujeto activo, no alcanza esa materialidad de afectaciones de bienes de terceros, ya que al hacerse la misma acción por el sujeto activo, lo único que se afecta es un mismo bien jurídico del sujeto activo que la realiza, es decir, que dicha afectación sería para el mismo sujeto lo que conllevaría a afectar únicamente su esfera jurídica que, en el presente caso, sería su propia salud. Por esa razón, la posición jurídica que se considera pertinente es la acción establecida en el tipo penal de posesión para el consumo que no debería ser tomada en cuenta como acción delictiva.

En relación con si se debe o no penalizarse la misma, resulta obvio que al no existir acción punible no puede haber penalidad para dicha conducta humana, referente a la tenencia o posesión de droga para consumo personal, para efectos de investigación en el presente caso, desde un punto de vista positivista entendido este como el hecho mismo que el legislador ya promulgó la norma penal que contiene el tipo penal de posesión para el consumo, existe la acción ya establecida en la



estructura del tipo penal antes mencionado, es decir, supuesto de hecho como también existe en esa estructura del tipo penal de posesión para el consumo la consecuencia jurídica de la prisión, así como de la multa, lo que fácticamente es su penalidad, y se pretende en este trabajo es únicamente humanizar objetivamente esa penalidad, es decir, que la prisión no ha sido la panacea para evitar el consumo personal de droga. Es, entonces, por esa situación que consideramos idóneo y oportuno, en este momento histórico, que esa consecuencia jurídica establecida en el tipo penal de posesión para el consumo que motiva prisión, sea modificada por la imposición de medidas de seguridad.

Así también hay que dejar en claro que la postura en el presente trabajo de investigación y análisis del tipo penal de posesión para el consumo no es despenalizar dicha figura delictiva de posesión para el consumo, sino únicamente humanizar la consecuencia jurídica, por los motivos vertidos en este análisis de tesis.





CAPÍTULO IV

4.1. Política criminal del Estado, relacionada con la posesión de drogas para el consumo

La política criminal de un Estado ha sido definida por Bustos Ramírez de la siguiente manera: “Significa siempre poder para definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por ello mismo, el poder para dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal”. (Bustos Ramírez, 1969).

Se entiende como tal, según la definición antes transcrita, como el conjunto de acciones que en el ejercicio del poder realiza o lleva a cabo el Estado en relación con el fenómeno criminal y la finalidad de su contención y sanción. Ello implica la materialización o definición de conductas que puedan ser consideradas delictivas, la implementación de las acciones concretas para su erradicación obviamente por medio o en coordinación de un sistema de justicia penal.

“Poder” es la palabra clave cuando se habla de política criminal, la exteriorización del mismo con una determinada finalidad, en este caso la prevención y represión del delito. Ahora bien, en relación con la posesión de drogas para el consumo obviamente que la política criminal del Estado no abarca este tema aisladamente, sino que lo ha incluido dentro de su plan general, dentro de su política criminal, mejor dicho, referente al problema de la droga, he ahí, que surgen problemáticas de aplicación práctica.

Si bien es cierto que deben tomarse medidas adecuadas y drásticas en relación con las actividades propias de la narcoactividad, no es válido, justo, ni legal, que se aplique el mismo criterio en lo referente a las personas consideradas como drogo dependientes, o sea, aquellas que poseen, portan, consumen la droga o participan en actividades comerciales con un único interés personal. No es lo mismo, reiteramos, darles a estas personas el mismo tratamiento de aquellas que participan



en actividades delictivas propiamente dichas, relacionadas directamente con la siembra, producción y transporte con fines de comercialización, es el narcotráfico, dicho con el término adecuado.

Según el autor Marcelo Colussi, son diversos los instrumentos en los que se basa la política criminal del Estado de Guatemala, en relación con las drogas (la posesión o tenencia de las mismas que da nombre a este título también está incluida). Señala el autor citado:

De hecho, en Guatemala todo lo atinente al campo de las drogas ilegales está enmarcado en la Ley contra la Narcoactividad, de 1992, así como en otros instrumentos jurídicos: el Plan Nacional Antidrogas 1999-2003, la Estrategia Nacional Contra las Drogas 2004 - 2008 y la actual Política Nacional Contra las Drogas y el Tráfico Ilícito de Drogas, de 2009. El paradigma dominante en los principios rectores de toda esta legislación es prohibicionista. (Colussi, 2013, p. 33)

Se deduce, entonces, que los lineamientos generales de actividad, la política criminal del Estado en materia de la narcoactividad se encuentra regulada en disposiciones legislativas, planes de actuación, estrategias y lineamientos generales de actuación “política nacional contra las drogas”.

A continuación se presentan las principales disposiciones en relación con esta temática:

4.2. Ley contra la Narcoactividad y leyes conexas creadas para combatir el narcotráfico

El primero de estos instrumentos, la Ley contra la Narcoactividad, determina en el ámbito de las prohibiciones las acciones que tipifican figuras delictivas relacionadas con la droga, establece también criterios de actuación o procedimentales respecto de las fuerzas de seguridad y las encargadas de persecución penal, distingue además lineamientos generales para la administración de justicia, valga mencionar, para el



tema que se conoce en este título, que dicha ley considera una acción delictiva penalizada con cárcel y multa la posesión para el consumo dándole un tratamiento similar (si bien es cierto atenuado penalmente hablando), tanto a quien consume droga, como al que la siembra, produce, transporta o comercializa.

Dentro de las penas que se señalan según la Ley contra la Narcoactividad (artículo 12), se señalan:

- Pena de muerte (para delitos de narcotráfico en los que resulte como consecuencia la muerte de una persona) al tenor del artículo 52.
- Pena de prisión
- Multa
- Inhabilitación absoluta o especial
- Comiso, pérdida o destrucción de los objetos provenientes del delito y los instrumentos utilizados.
- Expulsión del territorio nacional de extranjeros
- Pago de costos y gastos procesales
- Publicación de la sentencia condenatoria.

No obstante esta afirmación se puede señalar que la Ley contra la Delincuencia Organizada regula parámetros generales de actuación respecto del combate al narcotráfico, considerando sus actividades propias de esquemas o estructuras organizadas de crimen; de esa cuenta, los criterios, políticas y actuaciones del Estado van a encontrarse influenciadas por la normativa de combate al crimen estructurado y organizado jerárquicamente, es decir, la delincuencia organizada.

Dicha ley distingue especialmente en su artículo 2 la relación con el narcotráfico de la forma siguiente:

Es cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente para cometer, entre otros, uno o más de los delitos siguientes:



- De los contenidos en la Ley Contra la Narcoactividad: tránsito internacional; siembra, cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; alteración; expendio ilícito; receta o suministro; transacciones e inversiones ilícitas; facilitación de medios; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión”.

También regula, la norma citada, métodos especiales de investigación de estas actividades delictivas, distinguiéndose entre estos las escuchas telefónicas, las entregas vigiladas, agentes encubiertos y la modalidad de la prueba de la colaboración eficaz. (Artículos 21 al 71 y 90 al 102 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada. Decreto número 21-2006 del Congreso de la República)

No puede dejarse de mencionar, en este ámbito, la Ley de Extinción de Dominio, Decreto número 55-2010 del Congreso de la República, que si bien es cierto, no define políticas criminales de persecución penal de personas relacionadas con la narcoactividad sí establece parámetros para extinguir a favor del Estado los bienes producto de actividades ilícitas, (delincuencia organizada relacionada a la narcoactividad incluida). En efecto dicha normativa dispone dentro de sus objetivos:

“Artículo 1. Objeto de la ley. Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de Interés social. Esta Ley tiene por objeto regular.

- a) La identificación, localización, recuperación, repatriación de los bienes y la extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos, así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva a favor del Estado.
- b) El procedimiento exclusivo para el cumplimiento efectivo de la presente Ley; - -c) La competencia y facultades de las autoridades respectivas para la ejecución de la presente Ley;
- d) Las obligaciones de las personas individuales o jurídicas que se dedican al ejercicio de una profesión o actividades susceptibles de ser utilizadas para la



transferencia, uso, ocultamiento y circulación de los bienes producto actividades ilícitas o delictivas; y.

e) Los medios legales que permiten la intervención de Las personas que se consideren afectadas por la aplicación de la presente Ley”.

En lo que respecta al combate a la narcoactividad se regula en su artículo 2, su aplicación a las actividades ilícitas relacionadas con: “Tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación, comercio, tráfico y almacenamiento ilícito, promoción y fomento, facilitación de medios, transacciones e inversiones ilícitas, asociaciones delictivas, procuración de impunidad o evasión, promoción o estímulo a la drogadicción, encubrimiento real y encubrimiento personal”.

No obstante, también se encuentran disposiciones que reflejan la política de persecución penal en el ámbito de la narcoactividad en la siguiente normativa:

- Código de Salud, Decreto No. 90-97
- Código Procesal Penal, Decreto No. 51-92
- Decreto No. 47-96, que declara de interés nacional el rescate del niño, niña y adolescente alcohólico.
- Ley de Protección al Menor en Situación de Riesgo de Drogadicción, Decreto No. 26-96, reformado por el Decreto No. 31-97.
- Ley Contra el Lavado de Dinero u otros Activos, Decreto No. 67-2001
- Ley Contra la Delincuencia Organizada, Decreto No. 21-2006
- Ley de Armas y Municiones y sus reformas, Decreto No. 74–90 de 1991



- Ley de Educación Nacional, Decreto No. 12-91
- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto No. 27-2003
- Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto No. 114-97
- Ley del Organismo Judicial, Decreto No. 2-89 y sus reformas
- Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo, Decreto 58-2005.
- Disposiciones Normativas para el Control, Expendio y Consumo de Licores y Bebidas Embriagantes, Fermentadas o Destiladas, Acuerdo Gubernativo No. 148-2002.
- Acuerdo Gubernativo No. 143-94, que da vida a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas – SECCATID –

4.3. Plan Nacional Antidrogas

El Plan Nacional Antidrogas consistió en una Estrategia Nacional contra el problema de las drogas, enfocada en tres áreas que comprendía la Reducción de la Demanda (prevención y rehabilitación), la Reducción de la Oferta (control del narcotráfico, fiscalización de químicos y desvío de precursores, lavado de activos, desarrollo alternativo y desarrollo jurídico) y la Investigación y Diagnóstico. La intención era que este Plan Nacional constituyera “una estrategia política y de gestión financiera, así como un instrumento de información” (CCATID, 1999, p. 6). Presentó una secuencia lógica en la cual enunciaba las políticas que determinaban las líneas de acción, las cuales dirigían el diseño de los objetivos y estrategias para que finalmente se consolidaran en proyectos que fueron evaluados por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo de los Proyectos establecida en el Plan Nacional. (Gómez Córdova, p. 21)

Dicho plan, señala dentro de sus objetivos los siguientes:



- Reducir el cultivo de marihuana y amapola
- Mejorar los sistemas de recopilación y análisis de información
- Disminuir el desvío de estupefacientes y psicotrópicos en establecimientos de salud y farmacéuticos y pacientes autorizados para el consumo.
- Intensificar las acciones policiales para reducir el tráfico ilícito de drogas.
- Fortalecer los controles aduaneros.
- *Lograr que la persecución penal en procesos por delitos de narcoactividad sea más efectiva.*
- Disminuir el desvío ilícito de precursores químicos para evitar producción ilícita de estupefacientes y psicotrópicos.
- Reducir el tráfico ilícito de armas.
- Ejercer control sobre el lavado de activos.
- Desincentivar la utilización de menores en el tráfico ilícito de drogas.

Se resaltó en cursivas, a propósito, el objetivo referente a lograr la eficacia de la persecución penal en este tipo de ilícitos para resaltar la política general destinada a la represión punitiva de los delitos relacionados con el narcotráfico, dentro de la que se incluye, por supuesto, la posesión o tenencia, delito para el que se disponía un tratamiento parecido para los otros ilícitos relacionados.

No obstante, debe reconocerse, que en dicho plan se hacía énfasis en la implementación de métodos para desincentivar el consumo, sobre todo en el ámbito de la juventud, de allí un despliegue de esfuerzos en lo que concernía a actividades en los centros de educación de nivel básico y vocacional.

Si bien lo anterior resulta plausible, puede apreciarse que el plan no contemplaba, dado el contexto histórico, un tratamiento diferenciado (penalmente hablando) en lo que respecta al consumo o las otras actividades relacionadas con la narcoactividad.



4.4. La estrategia nacional contra las drogas 2004 – 2008

Según la Secretaría contra las Adicciones y el Tráfico Ilícito de Drogas, adscrita a la vicepresidencia de la República, la Estrategia Nacional contra las Drogas 2004-2008 constituía: “un instrumento que orientara, facilitara los lineamientos, determinara los proyectos y estableciera las prioridades en los aspectos de la reducción de la demanda y la reducción de la oferta en el país” (Cumplimiento de objetivos, 2009. p. 8)

De igual manera que el plan anteriormente analizado, dicha estrategia concentraba su actuar en el establecimiento de actividades de capacitación, concientización, educación y prevención dirigidas en especial a estudiantes y sus círculos de influencia (maestros, educadores, padres de familia, etc.), ello con la finalidad de disminuir los índices de consumo, sin dejar de lado la recopilación de información que pudiera ser de utilidad a las agencias de prevención y represión de los delitos de narcoactividad. De igual manera el enfoque en este plan nunca fue dirigido a la búsqueda de la despenalización, por lo menos, en lo que se refiere a la tenencia o consumo.

4.5. La persecución penal en el delito de posesión para el consumo

El análisis, de los estudios que se refieren a la política criminal contra las drogas, permite afirmar que se utilizan criterios selectivos para la persecución penal, no obstante esta no resulta siendo una política exclusiva en lo que se refiere al combate de delitos relacionados contra la narcoactividad, sino que más bien de una u otra forma resulta siendo una característica del poder punitivo del Estado que es selectivo y discriminador en el momento de castigar conductas en lo que se le ha llamado criminalización primaria y secundaria.

La criminalización primaria se entiende como ese ejercicio del poder materializado por medio de la prohibición de conductas, cuyo incumplimiento implicaría la



imposición de una pena; como se ha manifestado en otra parte de este trabajo el órgano legislativo escoge, en apariencia, aquellas que afectan más gravemente bienes jurídicos protegidos y los intenta blindar bajo la amenaza de la intervención penal, no obstante, esto resulta aparente, porque existen criterios subjetivos y seleccionadores en el momento de penalizar siendo estrictamente severo ese ejercicio del poder con algunas conductas y asombrosamente benévolo con otras que directa o indirectamente producen más daño que las primeras. (Para el efecto, basta comparar las diferencias enormes que existen entre las penas contra determinados delitos contra el patrimonio y las que se imponen a funcionarios o empleados públicos por la sustracción o malversación de los caudales del Estado).

Independientemente, de este filtro selectivo, hay una criminalización de carácter secundario que está determinado por aquellos que se encargan de la ejecución de las acciones propias de represión del delito, entiéndase como tal a los elementos del Ministerio de Gobernación, la Policía Nacional Civil, fiscales y jueces, esto es quienes establecido el marco de regulación de lo prohibido ejecutan en la práctica la aplicación del Derecho Penal.

La criminalización secundaria implica, entonces, esta actuación del elemento de policía quien en la calle ejerce esa primera función de confrontación de la acción con el tipo penal descrito en la ley sustantiva, quien decide si actúa o no, si detiene o no, si ingresa al sistema penal de acuerdo con su “prudente saber” a una persona.

Realizada esta selección corresponde, al agente encargado de la persecución penal, continuar o no con esa ruta de criminalización fijando la actuación, determinando si el ejercicio de la persecución penal debe continuar, esta actividad, obviamente está sujeta al control de un “juez de garantías” que determina los alcances y profundidades de las acciones de persecución emprendidas por los otros actores, y quien a la larga dispone formalmente el encausamiento penal de una persona.



Estas actividades de criminalización secundaria, también son discriminatorias selectivas, dado que resultan siendo más drásticas, para quien, ante el sistema encuentran en condición de vulnerabilidad, diversos factores inciden en este fenómeno desde la dotación de escasos recursos a las instituciones encargadas de la protección y defensa de los derechos de la persona (Procuraduría de Derechos Humanos, defensorías públicas por ejemplo), hasta la fijación de parámetros difusos en lo que se refiere a las acciones concretas de persecución penal hacia determinadas personas, por lo general las cárceles van a estar llenas de personas de escasos recursos y solo ocasionalmente va a ingresar a ellas alguien con poder o dinero.

De igual manera, en la sustanciación procesal, se vislumbran tratamientos distintos, se puede mencionar por ejemplo, la aplicación de medidas de coerción con la imposición de obligaciones difíciles sino imposibles de cumplir para quien no posee bienes, o bien la imposición de multas que, en caso de insolvencia, se convierten en una extensión de la pena de prisión para el insolvente.

Todo este fenómeno es descrito por Zaffaroni, quien señala:

No es sólo el poder de otras agencias lo que orienta la selección de la criminalización secundaria, sino que ésta procede también de sus propias limitaciones operativas, que incluyen las cualitativas: en alguna medida, toda burocracia termina por olvidar sus metas y reemplazarlas por la reiteración ritual, pero en general concluye haciendo lo más sencillo. En la criminalización la regla general se traduce en la selección (a) por hechos burdos o groseros (la obra tosca de la criminalidad, cuya detección es más fácil); y (b) de personas que causen menos problemas (por su incapacidad de acceso positivo al poder político y económico o a la comunicación masiva). En el plano jurídico, es obvio que esta selección lesiona el principio de igualdad, que no sólo se desconoce ante la ley, sino también en la ley, o sea que el principio de igualdad constitucional no sólo se viola en los fundamentos de la ley sino también cuando cualquier autoridad hace una aplicación arbitraria de ella” (Zaffaroni, 2002, p. 9)

Como logra apreciar el autor citado, atribuye esta problemática a criterios tan sencillos, pero a la vez tan complejos, como lo son que los agentes de



criminalización secundaria para demostrar resultados efectivos se decantan perseguir hechos evidentes o cotidianos, obviamente cometidos por personas ninguna influencia y por ende con poca o ninguna posibilidad de complicar el trabajo de los agentes, dada su especial falta de capacidad para influir en el sistema penal, al contrario, se cuidan mucho o en muy pocas ocasiones atacan con tanto entusiasmo hechos de igual gravedad cometidos por agentes bien posicionados en los círculos de poder económico o político. Esto según el autor implica vulneración al principio de igualdad no entendida esta en su contexto formal (igualdad ante la ley) sino también de carácter formal, el cual se entiende, se traduce en igualdad de la ley, trato equitativo y no discriminatorio de esta.

Pues bien, estos criterios seleccionadores se encuentran, en lo referente al combate a las conductas relacionadas con el narcotráfico, por demás marcados por estos sesgos; discriminaciones y acciones selectivas, detenciones por posesión por un lado y muy pocos, muy pocos arrestos a productores o grandes comerciantes de droga. Esto está en el ámbito del análisis estadístico que se realiza donde se logra apreciar que un alto porcentaje de detenciones va dirigido a los consumidores y no a otros agentes de la cadena de comercialización de droga:

Durante el último lustro, las personas que detuvo la PNC por delitos de drogas eran hombres jóvenes, incrementándose en el último trienio la captura de menores de edad: Durante el período 2009-2013, la PNC detuvo a un promedio diario de 3 personas por delitos de drogas, representando éstos aproximadamente el 3% de todas las detenciones. Entre los detenidos, 9 de cada 10 son hombres con un promedio de edad de 25 años. La detención de menores de edad ha aumentado de 7% en 2011 a 13% del total de detenidos en 2013". "Durante el último lustro, las detenciones de la PNC por delitos de drogas se concentraron en la tenencia de drogas: Durante el período 2009-2013, el 76% de las capturas fue por "tenencia de drogas" (de 2011 a 2013 este tipo de detenciones se incrementó en 72%), mientras que el tráfico de drogas representó el 23.5% y la "siembra y cultivo" únicamente el 0.4%. En el caso de la producción de cultivos ilícitos (como la amapola y la marihuana) se ha venido aplicando desde varios años atrás una política de despenalización de facto, pues -por ejemplo- existen comunidades enteras en el departamento de San Marcos que se dedican al cultivo de la amapola sin que se les



persiga penalmente, salvo en casos aislados”. (El problema de las drogas en Guatemala 33.)

Se puede distinguir un país en el que hay una marcada tendencia prohibicionista, pero que, se centra más en atacar los efectos y no las causas, en atrapar y castigar a quienes consumen que quienes se hacen ricos con el negocio de la droga, es lógico pensar que no es por medio de la severa persecución y penalización de la tenencia o consumo como se podría esbozar una solución lógica a la problemática de la droga.

4.6. La simulación de flagrancias y la posesión para el consumo

La práctica forense permitió distinguir cierto fenómeno que consistía en la utilización de actividades, de contención delincencial, por medio de la simulación de flagrancia, sobre todo, en el delito de posesión para el consumo. Durante muchos años, la actividad del ejercicio de la defensa en proceso penal, se encontraba por demás concentrada en casos por el delito de posesión para el consumo y que no eran más que flagrancias simuladas en las que la Policía Nacional Civil ya fuera por corrupción (se detenía ilegalmente a quien no pagara las exigencias monetarias de los agentes), o bien, para contener o reducir la actividad criminal de conocidos delincuentes implantaba cantidades de droga, en especial marihuana, esto último con la finalidad de su internamiento en un centro de reclusión con lo cual se lograba (se supone en el pensar de la autoridad policial), que, por lo menos, en ese lapso la persona detenida no cometiera otras acciones delictivas.

Dicho accionar ilegal fue denunciado, en infinidad de casos, ante los órganos de jurisdicción con resultados diversos, pero por lo general desfavorables a la persona imputada, aunque, con honrosas excepciones dependiendo del garantismo de cada titular del órgano jurisdiccional. Tan recurrente fue este actuar, por parte de las fuerzas de seguridad, que las instancias encargadas de la administración de justicia convinieron en crear los juzgados de Primera Instancia de Turno, buscando con ello



evitar entre otros, este tipo de detenciones ilegales al prohibirse el traslado de personas detenidas a las comisarías de policía.

En efecto, el acuerdo de la Corte Suprema de Justicia que crea el Juzgado de Primera Instancia de turno de la ciudad de Guatemala señala en su parte considerativa: “CONSIDERANDO: Que la libertad de la persona individual constituye uno de los más importantes derechos garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala”. (Acuerdo 2-2006 de fecha 15 de febrero de 2006 de la Corte Suprema de Justicia.) Si bien es cierto no se detalla, en el contenido del respectivo acuerdo, este aspecto dentro del ámbito forense conocido por todos que, una de las principales causas de implementación, lo constituía esa necesidad de erradicar la práctica policial de la simulación de flagrancias por posesión para el consumo de droga.

A la fecha, según opinión del autor de esta investigación, se ha logrado disminuir sobre todo en la ciudad capital y municipios del departamento de Guatemala, este anómalo accionar policial, persistiendo en algunos departamentos del país donde no hay juzgado de turno, no obstante permanece (aunque disminuida también hay que reconocerlo), la efectiva persecución y penalización de personas por el solo hecho de tener, poseer o consumir sustancias consideradas como droga o en algunos casos para dar ese tinte de legalidad a una flagrancia simulada.





CAPÍTULO V

5.1. Situación actual de la posesión de drogas para el consumo:despenalización y legalización

Es importante la distinción, con respecto a lo que debe entenderse como despenalización y legalización; por la primera, de acuerdo con nuestra opinión, entendemos el contexto de acciones que realiza el Estado en el entendido que no ocupará por medio del ejercicio del poder punitivo la sanción penal en contra de la persona que tenga o posea drogas (obviamente para el consumo personal). Refiriéndose a esta el informe de la Organización de los Estados Americanos sobre el problema de las drogas en América, se señala: “La despenalización puede cambiar dramáticamente el número de arrestos por violación de las leyes de drogas, evitando cargas sustanciales sobre aquellos que son arrestados. La despenalización incluye sanciones no criminales, tales como multas o intervenciones destinadas a disuadir a los usuarios de continuar consumiendo drogas ilícitas”. (OEA Op. Cit. p. 91)

En tanto que la legalización involucra acciones mucho más profundas; la regulación estatal del mercado de drogas tanto las que en la actualidad se consideran ilícitas como legales. Si la despenalización implica omitir sanciones al consumidor final, la legalización supone la regulación y control estatal (sin penalización salvo incumplimientos a regulaciones del Estado), para quienes participan en la cadena de producción y comercialización.

La autora Diana Cohen Agrest distingue, no obstante, cinco modalidades o posturas que puede asumir el Estado respecto del tratamiento de la droga, a saber:

La reflexión crítica sobre cuestiones relacionadas con la droga condujo a que se propusieran cinco modelos que difieren en el rol asignado al Estado en la regulación de las drogas: la prohibición, la legalización, la despenalización, la medicalización y la reducción de daños. En este abanico de paradigmas, la prohibición sostiene que la ley debe incriminar la tenencia, el



consumo y el tráfico, y que cualquiera de estas modalidades constituye un delito penal. La legalización plantea la incorporación de la totalidad de las sustancias a un marco regulatorio integral, reglamentando el comercio de sustancias y su incorporación a la economía formal. La despenalización se dirige a liberar la tenencia de psicotrópicos del sistema penal, en cuyo marco se deja de tipificar como delito o falta una conducta anteriormente castigada. La medicalización hace del adicto enfermo, en el marco del modelo médico hegemónico en cuyo marco todo desvío de la norma es visto como una patología. La reducción de daños es el último de estos modelos. Según el cual el problema de las adicciones debe ser tratado como un tema de salud y no de índole criminal. (Cohen, 2001. p. 178.)

De lo anteriormente descrito por la autora citada, pueden distinguirse posiciones que, desde la perspectiva estatal, se alejan de una postura prohibicionista, entendiendo que la solución nunca ha estado cerca de encontrarse, cuando se trata del combate frontal hacia la drogadicción, por lo menos, en lo que se refiere a la conducta de los adictos a la droga, para quienes efectivamente debe haber acciones pero no necesariamente ligadas al ejercicio del poder penal.

5.2. Situación actual del ilícito penal de posesión de drogas para el consumo

En el contexto de la interrogante, sobre si debe despenalizarse o no el consumo de droga, más allá del ámbito de su discusión jurídica, se considera que merece la pena analizar en qué medida ha sido efectivo el combate del consumo o tenencia de este tipo de sustancias. Históricamente hay etapas evolutivas de la humanidad en las que el Estado, en su calidad de máximo rector de las decisiones que, según las opiniones de sus dirigentes, se consideran las más adecuadas para la consecución de ese bienestar general, ha implementado prohibiciones con respecto al consumo de ciertos productos o sustancias buscando, con ello, una disminución de los niveles delictivos, la paz social, la armonía, la salud, entre otros; en efecto son loables las posiciones asumidas por ciertos gobernantes pero no necesariamente han sido las más adecuadas o las que constituyeran el método pertinente para lograr sus objetivos.



De todos es conocido que, en las primeras décadas del siglo pasado, gobierno de los Estados Unidos de América implementó reformas legales que prohibían y penalizaban de la manera más estricta el consumo de alcohol, específicamente en enero de 1919 se reformó la Constitución estadounidense estableciendo a nivel de norma fundamental la conocida como enmienda número XVIII que regulaba la prohibición de consumo alcohólico bajo los postulados siguientes:

Sección 1. Un año después de la ratificación de este artículo quedará prohibida por el presente la fabricación, venta o transporte de licores embriagantes dentro de los Estados Unidos y de todos los territorios sometidos a su jurisdicción, así como su importación a los mismos.

Sección 2. El Congreso y los Estados tendrán autoridad concurrente para reforzar este artículo por medio de una legislación apropiada.

Sección 3. Este artículo quedará sin efecto a menos de que sea ratificado como enmienda a la Constitución por las legislaturas de la mayoría de los distintos Estados en la forma prevista por la Constitución y dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a los Estados.

Dicha disposición fue luego desarrollada, a nivel de norma ordinaria, por medio de la denominada Ley Volstead (legislador estadounidense), quien al respecto de la reforma constitucional y la instauración de esta ley de prohibición señalaba:

“Esta noche, un minuto después de las doce, nacerá una nueva nación,” el demonio de la bebida hace testamento. Se inicia una era de ideas claras y limpios modales. Los barrios bajos serán pronto cosa del pasado. Las cárceles y correccionales quedarán vacíos; los transformaremos en graneros y fábricas. Todos los hombres volverán a caminar erguidos, sonreirán todas las mujeres y reirán todos los niños. Se cerraron para siempre las puertas del infierno.” (Declaraciones del senador Andrew Volstead, impulsor de la nueva norma, que se referían a las bondades de la legislación que desarrollaba el precepto constitucional.)

De todos es conocido que, lejos de los efectos esperados por el Gobierno estadounidense, los niveles de delincuencia, contrabando y violencia relacionada



con estas actividades se dispararon a niveles intolerables, de tal manera, que varios años de vigencia de la prohibición finalmente fue derogada por medio de una nueva enmienda constitucional. Este incumplimiento, de las finalidades, es descrito por Escohotado de la manera siguiente:

En el caso de los Estados Unidos se concordó el retorno de las bebidas alcohólicas a la legalidad porque la Prohibición había causado una enorme corrupción burocrática, injusticia, hipocresía, una gran cantidad de nuevos delincuentes, envenenamientos en masa con alcohol metílico y la fundación del crimen organizado, sin reducir en más del 30% el consumo general, y en ningún caso el de sus tradicionales amateurs. (Escohotado, 1998. p. 57)

Esto enseña que los intentos del Estado en influir, más allá de lo razonable, en la esfera individual del ser humano, en la injerencia directa en el estrato íntimo de la persona invariablemente se encuentra condenada al fracaso. Se aprecia con este ejemplo, cómo hay estratos en los que no necesariamente se deben atajar problemáticas de salud o moral, desde perspectivas que involucren el ejercicio de la persecución penal.

El panorama, en lo que se refiere al combate del consumo de drogas en la actualidad, no dista mucho del proceso histórico de la prohibición del alcohol, en el siglo pasado, no obstante, casi ha pasado un siglo en el que los gobiernos del mundo han coincidido en cuanto a penalizar severamente tanto el consumo, como los otros pasos de la cadena de comercialización, pocos avances han existido.

No corresponde, dado el enfoque y alcances (jurídicos) de este trabajo, determinar si debe o no continuarse la lucha contra el narcotráfico propiamente dicho, el aspecto que incumbe esta investigación implica si esa potestad estatal, de dirigir el actuar de la sociedad, también debe abarcar esferas tan privadas como lo que esta consume o deja de consumir no porque las drogas (y las adicciones a ella inmersas), no sean algo que no se deban combatir, sino porque, la esfera del Derecho Penal no debe ser incluida en el contexto de afectación personal que implica la tenencia para el consumo.



El principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal, en términos generales, señala que, el ejercicio punitivo del poder del Estado, solamente debe actuar cuando otras manifestaciones, del ordenamiento jurídico, no pueden resolver el conflicto. Constituye este otro argumento de peso por el cual, se considera, no válido ni adecuado el involucramiento del Estado en el sentido de penalizar conductas que no solo no afectan bienes tutelados ajenos, sino que además, merecen ser atendidas desde perspectivas que, como mínimo, dejen por fuera el máximo poder coercitivo del Estado como lo es su manifestación punitiva.

Los reproches morales, los que buscan la protección del individuo, afirmando que la droga afecta la salud de la población deben ser también dejados de lado, ya que, lo que es importante es analizar las razones por las que debe despenalizarse el consumo y la tenencia de droga.

No obstante que el presente constituye un análisis jurídico, no por ello hay que dejar por fuera discusiones, por lo menos en lo que a este trabajo se refiere, que tengan por fundamento además del sentido jurídico de la razón agregando elementos cotidianos. Es necesario considerar, de extrema importancia, distinguir razonamientos morales, de los de carácter jurídico, en el momento de analizar las motivaciones por las cuales se debe despenalizar la tenencia para el consumo, en otras palabras, deslindar la moral del Derecho.

Con respecto a esa separación entre moral y Derecho Penal, señala Zaffaroni:

El Estado que pretende imponer una moral es inmoral, porque el mérito moral es producto de una elección libre frente a la posibilidad de elegir otra cosa: carece de mérito el que no pudo hacer algo diferente. Por esta razón el Estado paternalista es inmoral. En lugar de pretender imponer una moral, el estado ético debe reconocer un ámbito de libertad moral, posibilitando el mérito de sus habitantes, que surge cuando se dispone de la alternativa de lo inmoral: esta paradoja lleva a la certera afirmación de que *el derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral*, vinculada íntimamente a la distinción entre conciencia jurídica y conciencia moral". (Zaffaroni, 2002. p. 127)



El autor citado hace notar la paradoja acerca de que no pueden imponerse patrones morales por el ente estatal ya que ello resultaría inmoral, dado que, el ámbito ético moral pasa por esa posibilidad de poder elegir entre lo bueno y lo malo, sin elementos coercitivos graves como lo serían los brindados por el Derecho Penal.

Si el Estado regula patrones morales, por lo menos desde el ámbito punitivo o sancionatorio, se aleja de esa moralidad, al negar la posibilidad de rechazar la conducta por voluntad propia. Se distingue, entonces, entre ese alejamiento que debe haber entre moral y Derecho tan propio de la discusión y análisis que en este trabajo se pretende promover, la cual estriba, en términos generales, con respecto a si una conducta que, por lo menos desde el punto de vista moral (y de salud), agregaríamos, resulta contraproducente, es merecedora, o no, de regulación estatal por medio del ejercicio del Derecho Penal.

De acuerdo con lo citado y reflexionado, en conclusión, partimos de la idea fundamental de que las actividades de consumo o tenencia no deberían ser calificadas como adecuadas o inadecuadas, pues esta apreciación resulta por demás subjetiva y propia de cuestionamientos filosóficos, morales o discusiones de carácter médico, coincidimos, en ese sentido, con los postulados de la autora Manjón Cabeza quien al respecto señala:

La idea de que las drogas, como tantas otras cosas, no son ni buenas ni malas y de que el beneficio o perjuicio que produzcan dependerá de para qué se utilicen y en qué medida, ya fue puesta de manifiesto por Paracelso cuando decía que de cada cosa debe hacerse el uso para el que está destinada porque «nada es veneno, todo es veneno: la diferencia está en la dosis»; afirmaba también que «no hay sustancias tóxicas, solamente hay dosis tóxicas»; es decir, solamente la dosis hace el veneno («*Dosis sola facit venenum*»). (Manjón-Cabeza, 2005. p.17)

Nos corresponde entonces, partir de la base que las drogas han estado directa o indirectamente relacionadas con el actuar de la sociedad; las mismas han implicado un dilema moral y de salud tan importante como el consumo del alcohol o el tabaco, pero, la respuesta a las problemáticas que conllevan no se encuentran (por lo



menos en lo que a su tenencia o consumo se refiere), en la línea de criminalización y sanción, muchas legislaciones en el mundo así lo han entendido. En Guatemala se debate con respecto a la idea de despenalizar.

Valga, para ilustrar y reforzar estas ideas, lo que al respecto del combate al consumo de drogas se ha concluido en distintos foros, en diversidad de (reconocidas) opiniones tanto a nivel mundial como desde el punto de vista interno:

La guerra global a las drogas ha fracasado, con consecuencias devastadoras para individuos y sociedades alrededor del mundo. Cincuenta años después del inicio de la Convención Única de Estupefacientes, y cuarenta años después que el presidente Nixon lanzara la guerra a las drogas del Gobierno norteamericano, se necesitan urgentes reformas fundamentales en las políticas de control de drogas nacionales y mundiales. Los inmensos recursos destinados a la criminalización y a medidas represivas orientadas a los productores, traficantes y consumidores de drogas ilegales, han fracasado en reducir eficazmente la oferta o el consumo. Las aparentes victorias en eliminar una fuente o una organización de tráfico son negadas casi instantáneamente por la emergencia de otras fuentes y traficantes. Los esfuerzos represivos dirigidos a los consumidores impiden las medidas de salud pública para reducir el VIH/SIDA, las muertes por sobredosis, y otras consecuencias perjudiciales del uso de drogas. Los gastos gubernamentales en infructuosas estrategias de reducción de la oferta y en encarcelamiento reemplazan a las inversiones más costo-efectivas y basadas en la evidencia orientadas a la reducción de la demanda y de los daños (Opinión de la Comisión Global de Políticas de Drogas integrada por diversos representantes de la academia, los expresidentes: de México, Ernesto Zedillo; Brasil, Fernando Henrique Cardoso; Colombia, César Gaviria, y Suiza, Ruth Dreifuss, así como por personalidades internacionales tales como el exsecretario de Estado de Estados Unidos George Shultz, el exjefe de la Reserva Federal de Estados Unidos, Paul Volcker y el exsecretario general de la Organización de Naciones Unidas Kofi Annan, –CGPD–, 2011).)

A continuación, se analizarán las principales tendencias a nivel mundial, en lo que concierne a la despenalización, así como la actualidad en lo que se refiere a la tendencia del Gobierno guatemalteco.



5.3. La posición gubernamental con respecto al consumo de droga

La posición del Gobierno guatemalteco, que asumió funciones para este período constitucional, no fue la primera con respecto a poner en la palestra el tema de la despenalización, de hecho ya algunos gobiernos latinoamericanos había tomado acciones concretas en este aspecto. La actual administración pública señaló e hizo suyas las posiciones y conclusiones de la Comisión Global de Políticas de drogas (citada anteriormente), dentro de las que se señalaba: “las políticas de drogas deben basarse en los principios de derechos humanos y salud pública”, teniendo como principal medida de éxito “la reducción de daños a la salud, a la seguridad y al bienestar de los individuos”.

Resulta importante analizar, entonces, cuáles fueron los principales postulados puestos en discusión por el poder ejecutivo de este país, los cuales están detallados a continuación: en una primera impresión se encuentra una disposición sutil (sin mencionar el tema de la despenalización) a analizar y cuestionar los resultados de la lucha antidrogas citando al jefe del ejecutivo que señala: “la Convención Única de 1961, y los protocolos adicionales de 1971 y 1988 deben ser evaluados por sus resultados y actualizados, de tal manera que nos permitan alcanzar las metas deseadas” (Pérez Molina, 2012)

Logra apreciarse, en consecuencia, una forma de preparar el camino, bajo esa premisa, de evaluar si la comunidad internacional ha tenido éxito en sus aspiraciones respecto de un mundo libre de droga, obviamente la respuesta era de antemano conocida. Luego ya en una posición más pronunciada el presidente de la República exhorta a: “buscar nuevos paradigmas para luchar contra el narcotráfico, unificar esfuerzos para luchar contra el crimen transnacional. La actual estrategia ha fracasado y sumido a la región centroamericana en una ola de violencia sin precedentes”, Guatemala insta a la ONU buscar nuevos paradigmas en lucha antidrogas.” (Declaraciones vertidas en conferencia de prensa por el presidente de la República de Guatemala con fecha 2 de octubre de 2012.)



Desde la perspectiva del fracaso de la lucha antidrogas y bajo el postulado seguir haciendo lo mismo solo implica mayores índices de violencia, ya hay pronunciamiento directo a la discusión con respecto a nuevas formas que sugieren sutilmente el tema de la despenalización.

En cuanto a labores de seguimiento, de esta tendencia estatal, la propuesta del Gobierno tuvo sus altibajos; puede hablarse de un fallido intento de cumbre en la que, a propuesta del Gobierno guatemalteco, se discutiría el tema de la despenalización, no obstante la misma fue boicoteada, podría decirse, por otros gobiernos centroamericanos en especial El Salvador y Honduras, de tal manera que esta no pudo realizarse siquiera.

La forma en que se presentó la moción del presidente Otto Pérez Molina, sin mayores acuerdos previos con sus homólogos del área centroamericana, prácticamente forzando encuentros para tratar el tema (en la ciudad de La Antigua Guatemala, en el marco de la Asamblea General de la OEA), puede ser cuestionable, por cuanto diplomáticamente no se pudieron tejer acuerdos. Se posicionó el tema de las drogas, del que ahora el organismo regional se hará cargo en su seguimiento, pero faltaron acuerdos políticos con otros países de la región, imprescindibles para darle sostenibilidad a la propuesta (Colussi. Op. Cit. p. 45)

A pesar de ello, la insistencia del Gobierno guatemalteco, en la discusión en foros internacionales encontró eco a nivel de la Organización de Estados Americanos, de tal manera que han surgido informes (OEA, El problema de las drogas en las Américas” y “Escenarios para el problema de drogas en las Américas 2013-2025, 2013) que abordan directamente esta problemática, dentro del contenido de los mismos se señala:

Líderes hemisféricos, ex Jefes de Estado, académicos y representantes de la sociedad civil, preocupados por el impacto de la violencia relacionada con las drogas y el continuo flujo de drogas en la región, han promovido la adopción de políticas orientadas a reducir la importancia de la justicia penal en el control de éstas. Informes emanados de grupos de alto nivel como la



Comisión Global sobre Políticas de Drogas, al enfatizar la necesidad de reducir los daños a la salud, la seguridad y el bienestar de los individuos y la sociedad, favorecen la óptica de tratar el consumo de drogas como una cuestión de salud pública, de reducir el consumo con campañas de prevención basadas en la evidencia y de alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas, entre otras recomendaciones. (OEA, El problema de las drogas en las Américas, 2013. p 5)

Dejando de lado estas acciones, no puede dejarse de señalar que el discurso en pro de la despenalización, que se ha manifestado en diversos foros internacionales, se refiere a la política criminal interna de persecución del delito, aunque no va marcada por ninguna decisión a nivel ejecutivo o que inste a los otros poderes del Estado a llevar a cabo la materialización de este objetivo, de tal manera que, aún se sigue capturando (aunque en menor medida), por el delito de posesión para el consumo, la normativa a la fecha continúa vigente y en los órganos de jurisdicción del país se continua conociendo y juzgando, por medio de los diversos mecanismos del proceso penal, lo relativo a un asunto que no debería ser invadido por la esfera del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Es importante, previo a tomar decisiones en el ámbito de la despenalización, el análisis de otras realidades no con un ánimo de copiar sin ningún estudio a profundidad sistemas distintos al nuestro, sino de proporcionar elementos relevantes en el momento de decidir qué hacer con un problema enraizado fuertemente en el país. Se analizará otras formas de tratamiento del problema, en el ámbito de la despenalización y deslegalización, tanto del continente europeo, como del americano, ejercicio que a continuación se desarrolla:



5.4. Países que han despenalizado el consumo de droga en Europa

En el continente europeo es donde, principalmente, han surgido las tendencias a dejar fuera del ámbito de la persecución penal el tratamiento del problema de la droga. Célebre y conocida es la posición de Países Bajos (Holanda), respecto de su política de permisibilidad ante un mal inevitable, así como el tratamiento del problema desde una perspectiva sanitaria más que penal.

Para el efecto, se regula en la denominada Ley del Opio del año 1976 (artículo 3), la penalización de cantidades que exceden la consideración de tenencia para el consumo estableciendo esta en un límite de hasta 5 gramos. Respecto de esta regulación y sus motivaciones explican los autores Matheu y Niño:

Aunque la producción, el tráfico, la venta y la posesión de cualquier droga es un acto punible, el Gobierno holandés considera el consumo del cannabis y otras drogas blandas menos perjudicial para la salud y la sociedad. A partir de esta diferencia se estableció una política de tolerancia que valora la posesión y el uso de máximo cinco gramos de drogas blandas y máximo medio gramo de drogas duras como un delito menor que no se persigue. (Matheu y Niño, 2013. p. 31)

5.5. España

En este país, también se encuentran algunos esbozos de despenalización de la tenencia, al determinar como acción delictiva la misma, pero, haciendo especiales consideraciones, sustitutos de la pena le llamaríamos en nuestra realidad guatemalteca, para quienes se sometan a tratamientos de desintoxicación y tratamiento de la adicción; la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre seguridad ciudadana señala la siguiente disposición: Artículo 25. 1. Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias



psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono de los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.

2. Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine.

5.6. Portugal

De igual manera, en este país europeo, desde el año 2001 entra en vigencia una tendencia mucho más avanzada, que enfoca eminentemente desde el punto de vista de la salud pública el flagelo de la droga, esta condición es descrita e ilustrada por el autor Domostawsky, quien refiriéndose a la política de despenalización portuguesa señala:

Cuando entró en vigencia la nueva estrategia y legislación que descriminalizaba la posesión y consumo de drogas, sus defensores dijeron que se basaba en el concepto fundamental de “luchar contra la enfermedad, no contra los pacientes”. Se trataba de una estrategia integral que incluía el análisis de las razones para optar por una política de des-criminalización, las actividades preventivas y educativas que serían necesarias, las ideas que subyacen a las políticas para la reducción de daños, pasos a seguir para mejorar y ampliar programas de tratamiento (financiados por el Estado), y programas para reintegrar social-mente a los consumidores dependientes de drogas. (Domostawsky, 2011)

Asimismo, en otros países del continente europeo, pueden encontrarse disposiciones que de una u otra manera regulan posturas más adecuadas y realistas, penalmente hablando, con respecto a la persona que posea droga para el consumo personal caracterizándose las mismas por un elemento común, como lo podría ser, la sustitución de la punición por la advertencia o en su caso la aceptación de medidas reguladoras como tratamientos para combatir la dependencia. Dentro de estos países están Alemania, Austria, Bélgica y Francia por mencionar algunos.



5.7. En América: Argentina

Dos importantes conclusiones resultan al analizar el entorno, con respecto a la despenalización del consumo de droga en Argentina, la primera de ellas es que la legislación no se ocupa de sancionar penalmente (con prisión) el consumo, esto se desprende del contenido de la ley 23.737 que en sus artículos 14 y 17 señala: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal. En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acreditase que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación.”

Es apreciable el contenido de esta normativa, que si bien es cierto, hay una penalización de la tenencia para consumo, existe un tratamiento distinto cuando se declare en la sentencia que existe adicción, caso en el cual, se suspende la ejecución de la sanción y el condenado puede quedar sujeto a una medida sustitutiva de la pena. El someterse al tratamiento adecuado para la desintoxicación y rehabilitación, sería entonces la consecuencia jurídica de esta acción. Consideramos, no obstante que, aunque hay una tendencia a la penalización, que obviamente es objeto de crítica, existe un ligero avance al disminuir ese accionar en el ámbito penal dejando lugar a otras medidas alternativas, las cuales, sin salir de la esfera punitiva, por lo menos, brindan un tratamiento distinto a la cárcel por una acción que no puede considerarse delictiva tal y como lo hemos sostenido.

El otro aspecto, de extraordinaria importancia, surge en la decisión sobre el fallo Arriola, que se refiere a tres jóvenes que fueron detenidos cerca de un lugar en el que se distribuía estupefacientes, con cantidades de droga que variaban entre uno y



tres cigarrillos de marihuana y quienes fueron condenados por la justicia argentina. La Corte Suprema de Justicia al conocer de una inconstitucionalidad, planteada por la defensa, contra la norma sustantiva en la que se basaba la sentencia y, concretamente, sobre la penalización en el consumo declaró: “No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.” “Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 4º y 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad.” “Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta.” Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados “de peligro abstracto”; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, y por ello no es necesario penar el consumo en casos donde la punición deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción.”

Importantes e interesantes aspectos son apreciados solamente en esta parte del fallo citado, dentro de los que se mencionan:

a) Que el Estado no se encuentra legitimado para penalizar conductas que no trascienden el ámbito de afectación a derechos de terceros.



b) Que el ámbito de libertad, de la persona, debe entenderse en un sentido amplio y que esta no puede restringirse más que en los límites que impliquen cuando afecta las libertades o derechos de terceros o del conglomerado social

c) Que la moral debe estar estrictamente separada del Derecho; respecto de este criterio ya hemos hecho algunas reflexiones citando al autor, coincidentemente de nacionalidad argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni.

d) Que no caben, en un Estado democrático y constitucional, apreciaciones sobre que cierto tipo de conductas (las relacionadas con el consumo y la tenencia para este fin), pueden implicar ser consideradas como de peligro abstracto y por consiguiente deberían ser reprimidas.

e) Como consecuencia resultan inconstitucionales las disposiciones que trasciendan, el campo de la penalización de conductas, que no impliquen una real afectación a ajenos bienes jurídicos tutelados.

Es importante mencionar que dentro del análisis, del tratamiento de la tenencia para el consumo, el realizado en el contexto de este país es uno de los que más ha producido impresiones dadas las particulares, forma de razonamiento, interpretación y aplicación del derecho de sus juristas en relación con el tema objeto de estudio.

5.8. México

El análisis de la legislación de los Estados Unidos Mexicanos, permite distinguir la presencia de normativa específica que despenaliza la posesión de pequeñas cantidades de droga para el consumo. Dicha disposición quedó plasmada en el Decreto de 30 de abril de 2009 y publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 20 de agosto de ese mismo año, se basa en la cantidad y las características de la droga que se posea y eliminando todas las sanciones por



cantidades para uso personal: “5 gramos de marihuana, 2 gramos de opiáceos, 5 gramos de cocaína, 50 miligramos de heroína, 40 miligramos de metanfetaminas”

Se dispone además, que las personas que presenten adicciones sean sometidas a tratamiento obligatorio a partir de su tercera detención.

“Artículo 478.- El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

El Ministerio Público hará reporte del no ejercicio de la acción penal a la autoridad sanitaria de la entidad federativa donde se adopte la resolución con el propósito de que ésta promueva la correspondiente orientación médica o de prevención. La información recibida por la autoridad sanitaria no deberá hacerse pública pero podrá usarse, sin señalar identidades, para fines estadísticos”.

Cabe mencionar que dicha disposición fue objetada, por medio de la vía constitucional del amparo, por un grupo de catorce personas, que no estaban de acuerdo con la despenalización de la tenencia para el consumo, no obstante, al conocerse la misma fue declarada su inadmisibilidad. (Universal, 2010)

5.9. Uruguay

Este país de Latinoamérica ha dado ejemplo al mundo en lo que se refiere al tratamiento de las adicciones y el contexto de lo que se ha tratado de explicar cómo legalización; por medio de una reforma legislativa contenida en la ley 19.172 se legaliza no solo el consumo, sino que también, determina intervención estatal en



todos los pasos de la cadena de producción y comercialización de drogas. Sin perjuicio de lo dispuesto por el Decreto-Ley N° 14.294, de octubre de 1974 y sus leyes modificativas, el Estado asumirá el control y la regulación de las actividades de importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, comercialización y distribución de cannabis y sus derivados, o cáñamo cuando correspondiere, por medio de las instituciones a las cuales otorgue mandato legal, conforme con lo dispuesto en la presente ley y en los términos y condiciones que al respecto fije la reglamentación.

Dentro del contexto de la normativa vigente en ese país se determina la necesidad de proteger a los habitantes del país de los riesgos que implica el comercio ilegal y el narcotráfico. No obstante es importante aclarar que dichas disposiciones normativas se refieren solamente a la regulación de la marihuana.

En suma, el análisis desde la perspectiva que ha brindado este estudio del Derecho comparado, en lo que se refiere a las políticas estatales respecto al tratamiento de las personas que reportan adicciones, nos ha permitido distinguir otras realidades, otras formas de atender la tenencia relacionada tan directamente con los drogo-dependientes dejando de lado, por lo menos en este aspecto, un tratamiento penal en síntesis una despenalización que es más que importante discutir desde el punto de vista de nuestra realidad, sin copiar sistemas, pero sí, atendiendo a criterios importantes de otras perspectivas que, adaptadas a una realidad nacional, podrían hacer la diferencia en el marco de una problemática que no ha encontrado, por medio de la sanción punitiva, la solución de un problema enraizado en el contexto nacional. Ese ejercicio se pretende realizar a continuación.





CAPÍTULO VI

- 6.1. **La necesidad de la reforma de la legislación guatemalteca que penaliza la posesión o tenencia de droga**
- 6.2. **Argumentos en contra de la modificación de la consecuencia jurídica de la prisión por la medida de seguridad del tipo penal de posesión para el consumo**

Con anterioridad se ha señalado en esta investigación algunas de las razones por las cuales determinados sectores, e incluso gobiernos, se pronuncian en contra de la despenalización; argumentos como: “las personas que consumen drogas son delincuentes no solo consumados, sino que también en potencia de otros tipos penales más graves”, otros señalan, como fundamento de esa objeción, que todo lo relacionado con droga implica acciones delictivas de delincuencia organizada con todo lo negativo que la misma implica, en fin, la gran mayoría de pronunciamientos se basan en el qué podría pasar.

Se deja por un lado, por consiguiente, reflexiones sobre la existencia, en la legislación guatemalteca, de figuras delictivas de peligro abstracto, las mismas se fundamentan en la posibilidad real de que la acción u omisión efectivamente produzca un mal que el Derecho Penal esté llamado a evitar.

Toda investigación científica debe ser objetiva (las de carácter jurídico, como en este caso, no pueden ser la excepción), cabe en ese sentido analizar sin prejuicio y desapasionadamente las principales razones por las que una cantidad considerable de personas, sociedades y Estados se han pronunciado, y se pronuncian, con tanta vehemencia en contra de despenalizar o liberar de la prisión (permítasenos la utilización de este término), a quienes cuyo único ámbito de reprochabilidad, desde la perspectiva del Derecho Penal, se les atribuye la tenencia con intenciones de consumo de una sustancia que afecta a su propio cuerpo. Estos principales



argumentos, de quienes se decantan por posiciones prohibicionistas, se cita y analizan a continuación:

6.3. Es inmoral

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la moral como: “Perteneiente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”. (2015)Entonces la moral, ya definida, con elementos como acciones o particularidades del ser humano relacionados directamente con lo que se considera bueno o malo. Desde ese particular punto de vista, el considerar que no se debe despenalizar la tenencia para consumo porque es inmoral, implica etiquetar como persona mala a quien porte y consuma esta sustancia y buena a quien no lo haga.

Contribuyen a esta idea, además, el creer que la gente que consume drogas está atada a la promiscuidad, que posee cánones éticos censurables, al adicto o dependiente de la droga se le asocia con patrones morales sujetos a reproche por parte de la sociedad, que es sucia en la mayoría de los casos, en síntesis que es un ser humano con maldad. Señala, la ya citada autora Cohen, que una de las principales razones por las que la gente piensa que no debería permitirse el uso de drogas (y por consiguiente su tenencia para tal fin), es porque estas van en contra de las reglas morales, al efecto expone:

La mayoría de las personas considera el problema de las drogas como un problema moral. Desde este enfoque, consumir estupefacientes es una conducta violatoria de normas éticas, por lo que el Estado estaría autorizado a penalizar dicho proceder. Su expresión más radicalizada es la defendida por ciertos grupo religiosos, entre otros los mormones, quienes consideran inmoral la ingesta de cualquier sustancia que altere el estado de conciencia de cualquier persona; ellos prohíben no sólo las drogas ilegales, sino también el alcohol, el tabaco, la cafeína y el chocolate” (Cohen, 2011. p.226)

Bajo los postulados del contrato social, el ser humano cede ciertos derechos al Estado para que, como contraprestación, el mismo le proporcione seguridad,



protección a sus derechos, promueva las condiciones necesarias para la satisfacción de sus necesidades así como que respete y promueva su libertad. En el ámbito de esas acciones esa cesión del ejercicio del poder tiene que estar sujeta a límites, de tal manera que no le es permitido al Estado hacer uso de este (poder), más allá de lo razonable para lograr las aspiraciones del ser humano.

Las cuestiones y discusiones de carácter moral obviamente deben influir en la esfera del poder coercitivo del Estado, cuando estas resultan siendo de especial relevancia, o bien, merezcan tutela por medio del Derecho Penal, caso en el que se encuentra cuando la vulneración a normas morales afectaran grandemente bienes jurídicos merecedores de protección, pero deberían de estar descartados cuando estos presupuestos no se dan.

Moral y derecho deben estar separadas, si bien es cierto en algunos aspectos tienen ciertas relaciones, tal el caso de ciertas conductas reprochables por la moral que también merecen ser penalizadas, debe existir esta disyunción, por lo menos, en el ámbito de discusión de conductas penalmente relevantes o cuyo incumplimiento no trasciende la esfera de la individualidad. Suficientes problemas se dan de la aplicación práctica del Derecho Penal en conductas que efectivamente son merecedoras de protección como para desperdiciar tiempo y recursos humanos y materiales en la penalización de conductas carentes de significancia.

6.4. Los dependientes o adictos son delincuentes en potencia

No es posible negar que la gran mayoría de conductas relacionadas con el narcotráfico, de una u otra manera se encuentren ligadas a un cúmulo de actividades ilícitas, en especial, de delincuencia organizada. El narcotráfico produce cantidades millonarias a quienes se dedican a este tipo de actividades. La lucha contra este flagelo así como las de carácter interno, entre este tipo de delincuentes, ha cobrado innumerables vidas desde que los gobiernos del mundo dispusieron declararlo ilegal.



Además, es importante reconocer que las personas que dependen de la droga, o por la pérdida de su capacidad de distinguir entre lo bueno y lo malo, lo prohibido o así como por las necesidades que surgen de los períodos de abstinencia, o para evitar los mismos, son mucho más proclives a cometer acciones delictivas.

Un toxicómano activo es ya un sujeto cuya vida pende de un hilo, en términos de salud biomédica así como por las consecuencias psicosociales que la enfermedad acarrea: su único proyecto vital pasa a ser conseguir la dosis necesaria para continuar vivo, por lo que hay un deterioro general de la persona, en todo sentido, llegando a los extremos de delinquir o prostituirse para conseguir esa imprescindible ración” (Colussi, 2013. p. 28)

Que el narcodependiente puede ser un delincuente en potencia es una cuestión que merece discutirse, no obstante, la penalización de esta conducta bajo este parámetro de reflexión, bajo la amenaza real o presunta de que pueda convertirse en sujeto activo de delitos no cabe bajo los postulados de un Derecho Penal democrático. Los Estados democráticos del mundo y una política criminal de corte garantista, que emane de ellos, debe ir influenciada por postulados que señalen la obligación de penalizar acciones cometidas cuando la materialización de la voluntad ha producido una modificación en el mundo exterior (esto lo extendemos como acción en el sentido penal propiamente dicha), sobre todo, que afecte bienes tutelados de especial relevancia para otras personas, la sociedad y el Estado en general.

Considerar que la penalización debe mantenerse puesto que el adicto, o dependiente potencialmente va a incurrir en ilícitos implica la materialización de postulados de un Derecho Penal de autor y no de acto, supone sancionar conductas a futuro que eventualmente podrían o no materializarse. En términos sencillos, es condenar a una persona por lo que es y no por lo que ha hecho, es condenarla por un acto a futuro que no se sabe si se realizará o no.



6.5. Las drogas afectan gravemente la salud de la persona

Si algo no puede dudarse es la grave afectación que para la salud colectiva representa la droga; no solo los procesos degenerativos que la misma causa en la persona dependiente, que inciden directamente en su salud, sino que, además, las condiciones con ella relacionadas que hacen más propenso al adicto a condiciones que pueden generar contagios con enfermedades en muchos casos incurables. Refiriéndose a esta problemática señala Colussi:

De igual modo, la promiscuidad que ese estilo de vida trae aparejado es el horizonte de posibilidad de otras enfermedades asociadas (infecciones varias, desnutrición, embarazos no deseados, etc.), ampliándose igualmente las posibilidades de transmisión del VIH/SIDA. El consumo ocasional con carácter recreativo, que es donde más se da el crecimiento de estos últimos años, si bien no es una entidad mórbida en sentido estricto, no deja de ser dañina en términos epidemiológicos, por cuanto indirectamente ocasiona también diversos trastornos de salud (accidentes viales, aumento de la violencia, pérdida de horas de trabajo y/o estudio), siendo puerta de entrada para la toxicomanía crónica. En tanto problema sanitario, por tanto, el consumo de drogas ilegales sobrecarga los sistemas de salud de cada país, provocando crecientes gastos que bien se podrían evitar, ocasionando dolor y penurias al portador de los problemas y a su círculo cercano, así como indirectamente al colectivo social” (Colussi, 2013. p.28)

El autor describe el contexto que implica la drogadicción con respecto a muchos de los problemas de salud de la sociedad, pero aporta acertadamente otras problemáticas como las que se generan derivadas de los gastos que implican el tratamiento en los sistemas de salud del país.

Desde esta perspectiva, se entienden las gravísimas consecuencias que para la salud individual, colectiva y lo que representa presupuestariamente para el Estado las drogas y la adicción son un problema que merece todas las acciones para su contención, pero, el tratamiento penal de la tenencia supone además la desviación de recursos del sector justicia que bien podrían ser utilizadas en otras áreas prioritarias de prevención y represión de otras conductas delictivas.



6.6. Argumentos a favor de la modificación de la consecuencia jurídica de la prisión por medida de seguridad en el tipo penal de posesión para el consumo

Nos gustaría empezar esta reflexión parafraseando a Albert Einstein quien al referirse a lo que entendía por demencia señalaba: “Demencia es hacer lo mismo una y otra vez esperando que los resultados sean diferentes”, y es que, después de décadas de posturas prohibicionistas, por lo menos en lo que a consumo se refiere, cabría preguntarse si se han obtenido resultados distintos en lo que implica la prevención y erradicación de la dependencia a la droga. La respuesta evidentemente sería que no.

Refiriéndose a este tipo de posturas la autora Cohen ilustra:

La polémica en torno a la doctrina de la “tolerancia cero” entre dos posiciones hasta el momento irreconciliables dividió al mundo en dos bloques: el más intransigente, liderados por Estados Unidos, consiguió un apoyo mayoritario, abogando en defensa de la persecución de todos los niveles de la cadena del tráfico y el consumo. El bloque más conciliatorio, encabezado por Holanda, defendió la política de no perseguir a los consumidores sino a los procesadores y traficantes. En ese entonces, ese organismo multinacional se comprometió “a eliminar o reducir considerablemente el cultivo ilegal de las plantas de coca, de cannabis y la amapola del opio para 2008. Sin embargo, hoy en día la producción y el consumo globales prácticamente son los mismos que una década atrás. Incluso la cocaína es en el presente más pura y menos costosa” (Cohen, 2011. p. 221)

Desde un punto de vista eminentemente jurídico, de la razón de ser del Derecho, también hay corrientes del pensamiento que en cierta forma refuerzan la interrogante si debe ocuparse, el ordenamiento jurídico, de penalizar conductas más allá de los límites que razonablemente debería regular el Derecho. Señala en ese sentido Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*:

Puesto que el Derecho es un orden social, la conducta humana es regulada por normas jurídicas en atención a los efectos que pueda tener sobre otros individuos. El derecho atribuye



una sanción a una cierta conducta, porque, acertada o desacertadamente, el legislador presupone que esta conducta pueda tener un efecto dañino en la sociedad. Este efecto puede ser previsto, o previsto y deseado por el delincuente, o también puede ser el efecto imprevisto y no intencionado de su conducta". (Kelsen, 1982. p. 28)

El autor ilustra cómo, en el ámbito de regulación de las conductas, el legislador debiera atender en el contexto de su accionar (prohibiendo conductas porque están reguladas por el Derecho Penal), los efectos, consecuencias o afectaciones hacia otros individuos, las cuales lógicamente no se encuentran cuando estos concurren en la persona de ofensor y ofendido (típico caso de la tenencia para el consumo); se trata de puntualizar, en el contexto de estas reflexiones, va dirigido a esa necesidad de que la conducta efectivamente implique una real afectación al derecho de terceros, del Estado, de la sociedad y no se quede individualizada en la afectación personal y dual entre ofendido y ofensor.

El autor Rafael Pardo, respecto a esta nueva forma de enfrentar el problema de las drogas, señala:

Un nuevo pensamiento sobre el tratamiento del fenómeno de las drogas debe construirse reforzando dos ideas básicas:

- El consumo de drogas psicoactivas no es deseable para el individuo que lo realiza, ni para su familia que lo padece, y puede incluso destruirse cuando hay un(a) adicto/(a), ni para la sociedad en su conjunto. La adicción y el consumo son indeseables, no por razones morales sino de salud pública.
- Las drogas son adictivas y su disponibilidad en un ambiente social y su consumo recreacional –así sea ocasional- por parte de jóvenes, en especial, puede llevar a adquirir la adicción.

Por tanto, la disponibilidad de estas sustancias es peligrosa y debe evitarse en lo posible. Eso no se discute. Lo que si se debate es si el estatus legal de las drogas y las penas por poseerlas, distribuir las, traficarlas constituyen la mejor alternativa para evitar el consumo, la adicción y la disponibilidad de drogas en las sociedades". (Pardo, 2010. p. 23)



La interrogante se repite, porque parte de la base de considerar si el ejercicio del poder punitivo del Estado, materializado por medio del Derecho Penal, ha sido una solución al problema de la tenencia para el consumo, en ese sentido, los estudios y análisis plasmados en el contenido de este trabajo hacen pensar que cada vez hay menos personas convencidas de que la respuesta a esta interrogante sea positiva. Por otra parte, el análisis dogmático de la normativa penal, que se han realizado por medio de la teoría del delito también ha permitido deslindar premisas que cuestionan fuertemente que el tipo penal de posesión para el consumo efectivamente cumpla con las finalidades de un Derecho Penal democrático.

Los cambios de actitud, de comprensión de los problemas y, sobre todo, de su tratamiento resultan por demás difíciles, hay una propensión natural que por lo general nos alerta y hace reacios a los cambios, no obstante que estos sean los adecuados. Es necesario considerar el ámbito socioeconómico y cultural de los guatemaltecos, hace por demás complicado el planteamiento de soluciones a esta problemática vía la despenalización (con cárcel y multa), de la tenencia para el consumo, no obstante, creemos que es factible dar un primer paso, sin deslindar por completo del Derecho Penal el tratamiento de este problema vía la aplicación de una medida de seguridad que asegure un tratamiento al dependiente desde una perspectiva multidisciplinaria que le permita la plena recuperación.

6.7. ¿Por qué se hace necesaria la modificación de la consecuencia jurídica de la prisión por la medida de seguridad, en el tipo penal de posesión para el consumo en Guatemala?

6.7.1. Sobrepoblación carcelaria

Las cárceles de Guatemala se encuentran saturadas: "Durante el año 2012 se atendió hasta el mes de diciembre en los diferentes centros de detención del Sistema Penitenciario a una población privada de libertad de 15,013, lo cual representa un 18% más de reclusos que en 2011". (Gobernación, 2012). Esto implica una serie de



problemáticas tales como hacinamiento, deficiente alimentación, insuficiencia en la atención a las necesidades de salud, abrigo, educación, entre otras. Lo anterior incide directamente en que el Estado incumpla sus obligaciones de resocialización y reeducación (artículo 19 Constitucional) de las personas internas. Más allá de las posibles vulneraciones a los derechos humanos:

El Procurador de los Derechos Humanos, en el marco de sus atribuciones legales, realizó durante 2014 una serie de observaciones in situ del cumplimiento de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en diferentes centros penitenciarios. Además de constatar el hacinamiento que es común en los 21 centros penitenciarios, y las condiciones deplorables en que viven y duermen los internos, se observó que el derecho a la salud es el más vulnerado dentro del Sistema Penitenciario, pues no existe un programa integral. La atención médica y el acceso a medicamentos son limitados en los centros penitenciarios; los médicos que prestan sus servicios hacen rotaciones en diferentes centros, y se limitan a atender emergencias o los casos de gravedad. Los centros tampoco cuentan con insumos para el tratamiento y la atención médica necesaria". (Humanos, 2014. pp.123-124),

Así como de la desatención al mandato constitucional que implica esta saturación de las capacidades del Sistema Penitenciario, debe considerarse que parte de esta problemática se debe al ingreso al circuito, de persecución penal, a conductas que no necesariamente deberían ser tratadas por medio de este.

Debe señalarse que una considerable cantidad, de las personas que forman parte de la población carcelaria, cumplen condenas por delitos que no necesariamente deberían de ser resueltos por medio de tratamiento carcelario. La penalización para el consumo, una de ellas, si bien es cierto es susceptible de medidas desjudicializadoras, en la práctica no es resuelta por esa vía en gran cantidad de casos. Este tratamiento inadecuado incide en lo ya señalado que implica la sobrepoblación penitenciaria. Constituye, de esta manera, una de las razones de orden práctico por las que se hace necesario darle un tratamiento distinto de la cárcel a las conductas que impliquen la tenencia de droga para uso estrictamente personal.



En efecto, desde una perspectiva que vislumbre la atención de la persona dependiente, vía la aplicación de una medida de seguridad, permitiría en un porcentaje atacar un sistema de población reclusa que de por sí ha rebasado los límites de sus capacidades y de tolerancia en lo que respecta a la protección de sus derechos.

6.8. Atención a delitos de relevancia

Las fuerzas de seguridad, primer eslabón de la cadena de ejecución de la política de seguridad del Estado, deben, en el marco de un Derecho Penal de corte democrático, enfocar sus esfuerzos en el combate y prevención de ilícitos de máxima relevancia; los asesinatos, las extorsiones, el secuestro, los actos de delincuencia organizada (incluido los de narcotráfico), entre otros, deberían de ser la máxima prioridad de la actividad policial del Estado. Lamentablemente muchos de los recursos humanos y materiales son utilizados en la judicialización de ilícitos que no necesariamente implican una afectación al interés colectivo.

La erradicación del delito de posesión para el consumo, distrae en buena medida a las fuerzas y capacidades estatales encargadas de la prevención y represión del delito, también distrae al ente encargado de la persecución penal en su concurrencia a audiencias cuando se han judicializado las detenciones de las fuerzas de seguridad. Un análisis de la memoria de labores del Ministerio Público del año 2013 demuestra que en una cantidad específica de 167 veces (MP, 2013. p.68) los fiscales o auxiliares fiscales tuvieron que concurrir a audiencias judiciales (de debate en procedimiento común o procedimiento abreviado), para discutir la responsabilidad penal por algo tan insignificante como lo constituye la tenencia de droga para inmediato consumo.

Lo anterior hace pensar que el tiempo, recursos y capacidades tanto de las fuerzas de seguridad como de los titulares del ejercicio de la acción penal, bien podrían haber sido reencauzados a la protección de otros bienes jurídicos de especial



importancia. El tiempo de las aprehensiones, del trámite burocrático de presentación del aprehendido al órgano jurisdiccional, la preparación y presentación de la investigación preliminar y la imputación ante el juez contralor de garantías.

La presencia en una primera declaración, las distintas audiencias del procedimiento intermedio (revisión de las medidas de coerción, reforma del auto de procesamiento entre otras), la presentación del acto conclusivo, la audiencia de ofrecimiento de pruebas, la preparación y concurrencia a la audiencia de debate y finalmente la fase de impugnación (y aún de ejecución de la pena), la simple enunciación resulta larga, no se diga la cantidad de horas y recursos empleados en la atención de no uno sino casi dos centenas de casos que podría haber sido mejor utilizados.

En conclusión, el cambio en la consecuencia jurídica, de lo que en la actualidad se conoce como figura delictiva de posesión para el consumo, implicaría el reencauzamiento de los recursos tan necesarios en la persecución de delitos de trascendencia social, en el entendido que el procedimiento, cargas probatorias y tiempo empleado para la aplicación de una medida de seguridad y corrección es mucho más simple y carente de formalidad si se compara con el tiempo y recursos de un procedimiento común, un procedimiento simplificado o uno de carácter abreviado.

6.9. Beneficios para el sistema de justicia al no imponer la prisión como consecuencia jurídica en la conducta típica de posesión para el consumo

Tanto jueces, como fiscales y abogados de la Defensa Pública (que en la mayoría de casos son los que atienden los procesos de carácter penal en este tipo de ilícitos), invierten gran cantidad de horas en el análisis y preparación de sus intervenciones en este tipo de casos. La concurrencia a una audiencia de debate por un ilícito de posesión para el consumo implica por lo menos (según experiencia personal), el tiempo de un día, sin contar la nueva concurrencia a que se está obligado para la



lectura, de la respectiva sentencia, y no tomando en cuenta además los casos de suspensión de la audiencia por la no concurrencia de la persona que se encuentra guardando prisión (por incumplimiento en su presentación por parte del sistema penitenciario), la incomparecencia de testigos, peritos o bien la excusa presentada por alguno de los sujetos procesales.

Para poner un ejemplo: solamente en el Instituto de la Defensa Pública Penal se atendió en el año 2014 un total de 996 casos por el delito de posesión para el consumo (Fuente: Información brindada en consulta directa por el Departamento de Estadística del Instituto de la Defensa Pública Penal. Fecha 22 de mayo de 2015). Lo anterior implica que la misma cantidad de abogados estuvo presente en una primera declaración, tuvo que definir una teoría del caso y estrategia de defensa, hubo que concurrir a la audiencia de apertura a juicio, a una de ofrecimiento de pruebas, a una audiencia de debate y, si el resultado del fallo no fue acorde a los intereses del acusado preparar la respectiva impugnación. La respectiva fase, de segunda instancia, también implicó la preparación de la intervención en el debate en alzada y la preparación de la respectiva casación en caso el agravio subsistiere. El tiempo y recursos utilizados se estiman sin tomar en cuenta la utilización de acciones constitucionales, tales como el amparo, la exhibición personal o la constitucionalidad de las leyes.

No obstante lo anterior, también habría que considerarla presencia en audiencias que tuvieran por objeto la desjudicialización (criterio de oportunidad, suspensión condicional de la persecución penal), que, en todo caso implica los respectivos requerimientos, gestiones, concurrencia a audiencias y preparación de las pertinentes impugnaciones.

Con lo anterior se pretende evidenciar que el sistema de justicia utiliza una gran cantidad de recursos humanos y materiales en la atención de acciones, que según nuestra opinión, merecerían ser discutidas en otras instancias y procedimientos legales; tómesese en cuenta que esa misma cantidad de 996 casos representa el



mismo número de abogados que intervienen, por un lado, por parte del Ministerio Público y por el otro del Organismo Judicial y a este dato estadístico no se le agregan los casos de posesión para el consumo, en los que intervino un defensor privado y de los cuales no se tiene un fiable dato estadístico.

La no discusión de la penalización, con prisión, a personas a las que se les impute la tenencia para el consumo permitiría descongestionar parte del sistema de justicia, ya que, el procedimiento para la aplicación de una medida de seguridad, como se ha mencionado, es mucho menos complicado que los procedimientos regulares en los que se discute la imposición de una pena.

Este cambio paradigmático, la modificación de la consecuencia jurídica en el delito de posesión para el consumo, permitiría descongestionar el sistema de justicia en un número considerable, que le permitiría atender, desde la particular perspectiva de cada uno de sus actores, con la debida prioridad y responsabilidad aquellos casos en los que se discute la responsabilidad penal de una persona por conductas de importancia para el conglomerado social.

El sistema de justicia, en Guatemala, ha sido duramente criticado de no dar respuesta adecuada a ese clamor ciudadano porque esta sea pronta y cumplida, porque los índices de criminalidad e impunidad sean reducidos a niveles adecuados, parte de la problemática, por la cual el sistema de justicia estatal no ha dado adecuadas respuestas a este clamor, radica en la saturación de un sistema que ha rebasado las capacidades humanas y materiales de sus actores.

La solución integral a estas problemáticas no se encuentra del todo en esta propuesta, así lo entendemos y estamos conscientes de ello, pero de lo que sí estamos seguros es que la liberación que proporcionaría el cambio propuesto en el delito de posesión para el consumo implicaría un significativo avance, pasos en la vía adecuada para empezar a dar solución a estas problemáticas, ello incidiría



significativamente en los resultados ofrecidos por el sistema judicial a su principal destinatario la sociedad guatemalteca.

6.10. Beneficios para la sociedad guatemalteca al modificar la consecuencia jurídica de prisión por medida de seguridad en el tipo penal de posesión para el consumo

Se entiende que el conglomerado social de Guatemala sería el principal beneficiado por el cambio sustancial que se propone en cuanto a la consecuencia jurídica de la conducta que a la fecha, se tipifica como posesión para el consumo de droga; este cambio paradigmático en cuanto a la respuesta del Estado a un problema que es considerado eminentemente de salud y que no debería ser discutido vía su poder punitivo debería incidir positivamente en diversos aspectos para la sociedad, los enumeraremos a continuación:

6.11. Respeto a la libertad individual

Está señalado, en otra parte de este trabajo, las desviaciones que en algún tiempo han realizado las fuerzas de seguridad con respecto a la simulación de flagrancias que, si bien es cierto, han disminuido no han desaparecido del todo, en ese sentido, la aplicación de una medida distinta de la prisión en el delito de posesión incidiría adecuadamente en la eliminación total de esta conducta, ya que al no considerarse la misma como un ilícito susceptible de ser sancionado con prisión definitivamente desanimaría esta práctica por demás deplorable.

Por aparte, debe tomarse en cuenta que el considerado a la fecha como un ilícito no es más que la manifestación de un acto de libre albedrío comparable en mayor o menor medida y con mayor o menor grado de subjetividad con otros vicios o dependencias, que si bien es cierto, incide negativamente en la salud del ser humano de ninguna manera podría ser sancionado con cárcel.



6.12. Atención adecuada a un problema de salud

La cárcel no es la solución para un problema de salud, el dependiente de la droga es un enfermo, tan enfermo como lo es el alcohólico o el adicto a la nicotina que se obtiene al fumar, el tratamiento para el enfermo obviamente debe pasar por la atención clínica que le permita la desintoxicación y las terapias tanto medicinales como psicológicas que le ayuden a abandonar su vicio. Este tratamiento, nunca, va a ser obtenido en un centro del Sistema Penitenciario que no tiene para atender las necesidades básicas de la población interna, menos para atender problemáticas “no tan prioritarias” como de la que ocupa en este apartado.

La disposición legal que ordenara, como única consecuencia jurídica la aplicación de una medida de seguridad y que implicará el sometimiento a un tratamiento, que permita al drogo-dependiente abandonar su vicio, incidiría, implicaría una atención adecuada a un problema de salud que merece toda la atención de carácter estatal, pero se insiste, esta atención no debe ser encauzada desde la perspectiva del ejercicio del poder punitivo del Estado.

6.13. Priorización de las actividades policiales en la protección de bienes jurídicos adecuados

La seguridad ciudadana, se entiende, también resultaría fortalecida como consecuencia de la utilización de los recursos que, a la fecha, son dirigidos al combate y represión de las personas adictas a la droga; ya en otro apartado de otro trabajo quedó indicado el tiempo que diversos operadores de justicia invierten en la atención vía el proceso penal de esta problemática y en el cual realizan un papel importante los elementos de las fuerzas de seguridad.

Los elementos de Policía Nacional, de una u otra manera, también distraen su atención de problemas de seguridad, de importancia, al ocuparse de este tipo de casos: la detención, consignación, comparecencia ante el Ministerio Público a prestar



declaración ministerial, traslado y custodia provisional de las evidencias, traslado a bodegas o centros de resguardo, comparecencia a audiencias de debate, son algunas de las múltiples acciones que realizan elementos de las fuerzas de seguridad y que los distraen de otras más importantes.

No se pretende, de ninguna manera, afirmar que esta sería la solución adecuada a los problemas de seguridad del país, pero sí en que la misma constituiría un paso por demás importante. Las autoridades de Gobernación siempre han manifestado que no se cuentan con los elementos de policía necesarios para cubrir adecuadamente todas las tareas de seguridad que se requieren, entonces, pensemos solamente tomando como referencia el número de sentencias obtenidas por el Ministerio Público por el delito de posesión para el consumo, que ya se citará en otro apartado de este trabajo, y al considerar en cada uno de esos casos debieron intervenir por lo menos dos elementos de policía que tuvieron que realizar esas actividades señaladas, por una acción de bagatela.

En conclusión, referente a este apartado, debe considerarse como positiva la readecuación de las actividades de seguridad que por mandato constitucional deben brindar paz y tranquilidad a la población guatemalteca y cuya actividad se vería por demás fortalecida al no tenerse que ocupar, más allá de lo razonable, de ilícitos considerados como tal en este momento, que obviamente no inciden en nada en brindar un clima de respeto a los derechos de las personas, de paz y seguridad, ciudadanos vía la atención adecuada de los problemas de índole penal que merezcan ser atendidos con todo el rigor y fuerza del poder coercitivo.

6.14. Procedimiento procesal para la imposición de medidas de seguridad

Se ha expuesto en este trabajo, que es necesario reencausar las políticas criminales de Estado, en cuanto a la persecución penal del delito de posesión para el consumo, establecido en el artículo 39 de la Ley Contra la Narcoactividad Decreto 48-92 del Congreso de la República, esto debido a que no es congruente penalizar la acción



realizada por el sujeto activo del delito de posesión para el consumo con prisión aunado a que se ha analizado que dicha persecución penal no debe ser vista como un crimen sino como un tema de salud; en consecuencia, deberá de imponérsele al sujeto activo que encuadra su conducta con la descrita en el tipo penal de posesión para el consumo únicamente medidas de seguridad, lo cual consideramos está más apegado a un Derecho Penal de corte democrático y con visión humanitaria, está evidenciado en este trabajo, que imponiendo la prisión por la comisión de este delito, en nada se ha beneficiado el sistema de salud y no se ha logrado tampoco ni un ápice de calidad de salud, es por ello que consideramos prudente, objetivo, humano y racional la aplicación de la medida de seguridad como consecuencia jurídica del tipo penal de posesión para el consumo.

Para la Imposición de la Medida de Seguridad (órgano competente), deberá de tomarse en cuenta lo establecido en el artículo 488 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República, Título V, Procedimientos Específicos, para la resolución de conflictos penales, es decir el famoso juicio por faltas, con la respectiva reforma procesal que se propone dentro de este trabajo de análisis, es decir, que dentro de los hechos que se pueden ventilar por esta vía, **dentro de ellos el delito de posesión para el consumo**, (con la respectiva enmienda sea agregado a dicha vía), sea conocido y resulto en competencia por el señor juez de Paz para la imposición de medidas de seguridad y para dicho cumplimiento sea controlado por el juez de Ejecución.

Directrices para la Imposición de Medidas de Seguridad, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la ley sustantiva penal, se hace necesario tomar en cuenta para la imposición de la medida de seguridad, las circunstancias personales del autor del delito que para el presente caso sería los antecedentes penales del mismo, lo anterior se dice por lo siguiente, no es lo mismo que una persona que por primera vez ha sido detenida por poseer o tener droga para su consumo, sea sometida a un régimen riguroso de desintoxicación o deshabituación, por un período largo, entiéndase seis meses, ya que se perdería el sentido propio de la imposición



de la medida de seguridad, caso contrario sería si la persona detenida pues ya tiene un record de detenciones, por el delito de posesión para el consumo, lo que da pauta al juzgador de estar ante una persona enferma un drogo-dependiente, lo que implicaría con buen tino, el internamiento a algún centro de desintoxicación o deshabitación, por medio de la imposición de medidas de seguridad, para lograr el equilibrio físico y mental del sujeto activo, bajo el auxilio de los diferentes entes de salud y el respectivo control del juez de Ejecución.

Es de considerar, salvo mejor criterio, que este sería el mecanismo, por el momento, para el señor juez, al inclinarse por la imposición de medidas de seguridad a favor del sujeto activo del delito de posesión para el consumo.

6.15. Las reformas legales necesarias

Proyecto de Ley para la Modificación de la Consecuencia Jurídica en el Delito de Posesión para el Consumo

DECRETO NÚMERO EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA CONSIDERANDO

Que es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

CONSIDERANDO

Que el Estado debe velar por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, por medio de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.

CONSIDERANDO

Que la posesión para el consumo de droga, es una actividad que no lesiona otro bien jurídico tutelado que el de la propia persona que la consume, que las dependencias y adicciones merecen la atención estatal desde una perspectiva que



posibilite el tratamiento y rehabilitación del enfermo, alejada en la medida posible del ámbito de acciones que impliquen penas de prisión.

CONSIDERANDO

Que los recursos, tanto humanos como de carácter material, utilizados a la fecha en la aprehensión y sanción de las personas que poseen droga para su consumo personal serían mejor utilizados en acciones concretas de combate y persecución penal a quienes se dedican a su producción, tráfico, almacenamiento, distribución y venta.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 de la Constitución Política de la República,

DECRETA

Las siguientes reformas a la Ley de Narcoactividad Decreto número 48-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Artículo 1º. Se reforma el artículo 39 del Decreto 48-92 del Congreso de la República el cual queda de la siguiente manera: **Posesión para el consumo.** Quien para su propio consumo adquiera o posea cualquiera de las drogas a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años. Se entiende que es para su propio consumo, cuando la droga incautada no exceda de la cantidad razonable para el consumo inmediato, siempre que de las circunstancias del hecho, surja la convicción de que la droga es para uso personal. No obstante, si el autor manifiesta su conformidad con la imputación y la relacionare directamente con una dependencia física o psíquica, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de una pena y someterlo a una o varias medidas de seguridad de carácter curativo.

Artículo 2. Se adiciona un artículo al Decreto 48-92 del Congreso de la República, de la siguiente manera: Artículo 39 Bis. Las medidas de seguridad podrán, de acuerdo con las particulares circunstancias, incluir el internamiento en un centro de desintoxicación y rehabilitación o establecerse por medio de tratamiento ambulatorio bajo la estricta responsabilidad del juez quien tomará su decisión con base a



dictamen de peritos. Las medidas de seguridad durarán el tiempo estrictamente necesario para la desintoxicación y rehabilitación del imputado.

Artículo 3: Se adiciona un artículo al Decreto 48-92 del Congreso de la República, el cual queda de la siguiente manera: artículo 39 . Los jueces de ejecución deberán ejercer un estricto control jurisdiccional sobre el cumplimiento tanto de la medida de seguridad como de la efectividad del tratamiento. En caso de incumplimiento de la medida de seguridad por parte del imputado se revocará la suspensión y se continuará con el respectivo procedimiento.

Artículo 4: Se reforma el artículo 488 del Decreto 51-92 del Congreso de la República, el cual queda de la siguiente manera: **Procedimiento.** Para juzgar las faltas, los delitos contra la seguridad del tránsito, posesión para el consumo y todos aquellos cuya sanción sea de multa, el juez de Paz oír al ofendido o a la autoridad que hace la denuncia e inmediatamente al imputado. Si este se reconoce culpable y no se estiman necesarias diligencias ulteriores, el juez en el mismo acto pronunciará la sentencia correspondiente aplicando la pena o medida de seguridad correspondiente, si es el caso, y ordenará el comiso o la restitución de la cosa secuestrada, di fuere procedente.

Vigencia. La presente ley entrará en vigencia ocho (8) días después de su publicación en el diario oficial.

Remítase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Emitido en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, el catorce de agosto del año dos mil quince.



CONCLUSIONES

1. Desde un punto de vista histórico, las sustancias que en la actualidad son conocidas como drogas, de una u otra manera han estado estrechamente relacionadas con el ser humano en aspectos como subsistencia, salud, religión y esparcimiento, de tal manera que han formado parte de su contexto evolutivo.
2. Desde hace más de un siglo, los gobiernos del mundo han regulado tanto individual como colectivamente disposiciones tendientes a limitar o prohibir la utilización por parte de sus habitantes de compuestos capaces de producir alteraciones en su cuerpo o mente. Ha existido, por consiguiente, un alto grado de injerencia estatal en relación con el poder de disponibilidad del individuo, con respecto a lo que consume o deja de consumir.
3. El considerar como acción (entendida esta como elemento del delito) a la manifestación de la voluntad que realiza el sujeto activo al poseer o adquirir droga, para su propio consumo, -según nuestra opinión- se encuentra en tela de duda. Esta conducta no implica una modificación del mundo exterior, tampoco afecta un bien jurídico tutelado ajeno, ni la esfera de afectación abarca más que un bien de carácter personal. Es la propia salud, la integridad de quien posee o adquiere para su propio consumo la que se ve realmente afectada por esa manifestación de voluntad.
4. Para descongestionar, en cierta medida, el sistema penal, para que este responda a postulados de un Derecho Penal de corte democrático, para garantizar la libertad de la persona y reencauzar el cumplimiento de los objetivos del Estado, es necesario realizar una reforma penal que deje fuera la posibilidad de penalizar con cárcel la posesión o tenencia para el consumo de droga.





BIBLIOGRAFÍA

Barona Tovar, Gustavo. *Entre el placer y el hastío. Otra mirada al consumo, la adicción y la prohibición de las drogas*. Santiago de Chile, Chile: Deriva Ediciones, 2012

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, España: Editorial Praxis, 1996.

Cohen, Diana. *¿Qué piensan los que no piensan como yo? 10 cuestiones éticas*. Buenos Aires Argentina: Editorial Sudamericana. 2011.

Colussi, Marcelo. *Despenalización de las drogas, realidades y perspectivas en Guatemala*. Guatemala: Editorial Ipnusac. 2013.

Domostawsky, Artur. *Políticas sobre drogas en Portugal. Beneficios de la descriminalización del consumo de drogas*. Hungría: Editorial Created. 2011.

Escohotado, Antonio. *Historia general de las drogas*. 7ª edición. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1998.

Funes Artiaga, Jaime. *Adolescentes: Relaciones con los padres, drogas, sexualidad y culto al cuerpo*. Barcelona, España: Editorial Grao, 2005.

Girón Pallés, José Gustavo. *Teoría del Delito. Módulo de capacitación del Instituto de la Defensa Pública Penal*. Guatemala: (Sin datos editoriales) 2008.



Gómez Córdova, Jenny Nairobi. *Principios, objetivos, estrategias, líneas de acción, competencias, roles y resultados de las políticas de reducción de la demanda de drogas en Guatemala durante los últimos diez años*. Guatemala: Ed. Dirección General de Investigación. Universidad de San Carlos de Guatemala.

H, Shapiro, *Historia del rock y las drogas*. Barcelona España: Ediciones Robin book. 2006.

Hassemer, W. *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México: Editorial Dirección General de Publicaciones. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982.

Lorente Velasco. Susana María. *Delitos de atentado contra la seguridad sus agentes y funcionarios*. Madrid: Editorial Dickinson. 2010.

Manjón-Cabeza, Araceli. *La solución, la legalización de las drogas*. España: Editorial Random House, 2005.

Matheu, Hans y Niño, Catalina. *De la represión a la regulación: propuestas para reformar las políticas contra las drogas*. Bogotá, Colombia: Editora Mavarac.

Muñoz Conde Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de F. 2001.

Pardo, Rafael. *Drogas y prohibición: una vieja guerra, un nuevo debate*. Buenos Aires Argentina: Editorial Libros El Zorzal. 2010.



Romero Medrano, María Elena. *Una propuesta para prevenir el consumo de drogas*. Tesina. Editorial Universidad Pedagógica Nacional. México 2000.

Santos Villa Real, G. M. *Instrumentos internacionales signados por México en materia de narcotráfico*. México: Editorial. Parlamex. 2009.

Tapia Conyer, Roberto. *Las adicciones, dimensión, impacto y perspectivas*. México: Editorial El manual moderno. 2007.

Toro, María Cecilia. *Delitos de peligro abstracto, la tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el Código Penal argentino y la legislación española*. Buenos Aires Argentina: Editorial De Jure Colima, 2010.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires Argentina: Editorial Adiar, 2002.

Revistas

Barona Tobar, Gustavo. *Droga adicción, daño: ficciones contemporáneas*. Artículo en revista electrónica. 2012. Página 24 (en línea) [http://200.21.104.25/culturaydroga/downloads/Culturaydroga17\(19\)_2.pdf](http://200.21.104.25/culturaydroga/downloads/Culturaydroga17(19)_2.pdf)

Bustos Ramírez, Juan. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 8. Num. 12. Informe técnico de la Organización Mundial de la Salud. No. 407 año 1969.



Páginas electrónicas

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, (en línea) <http://lema.rae.es/drae/?val=moral>

Diccionario médico usual de la Universidad de Salamanca, (en línea) <http://dicciomed.eusal.es/palabra/droga>.

Drogas: ¿por qué es falaz la propuesta de despenalización de drogas para el consumo? Blog de opinión, (en línea) <http://periodicotribuna.com.ar/11566-drogas-por-que-es-falaz-la-despenalizacion-de-la-tenencia-para-el-consumo.html>

Procuraduría de los Derechos Humanos. *Informe anual del procurador de los Derechos Humanos*. Guatemala: 2014 (en línea) www.pdh.org.gt

Márquez, I. Adicciones, cine y medios audiovisuales, una perspectiva desde ética y los derechos humanos. Artículo en revista electrónica. (en línea), <http://www.redibis.com.ar/adicciones/historiadrogas.htm> .

Molina Pérez, Teresa. El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. *Anuario Jurídico y económico Escorialense*. XXXVIII (2005).
Página 110. Edición electrónica.
dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1143004.pdf

LEYES

Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala. 1993

Guatemala. Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República.

Guatemala. Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República



Guatemala. Ley Contra la Narcoactividad Decreto número 48-92 del Congreso de la República.



