

Serie reforma legislativa en materia de drogas No. 15
Agosto de 2011

Cómo determinar el consumo personal en la legislación sobre drogas

La 'polémica de los umbrales' a la luz de la experiencia italiana

Por Grazia Zuffa¹

Distinguir entre la posesión de estupefacientes para consumo personal o para la oferta y el tráfico se considera, por lo general, como uno de los problemas más difíciles y controvertidos a los que se enfrentan legisladores y responsables de políticas en materia de drogas. Para abordar este problema, se suelen aplicar dos soluciones: el sistema de umbrales y el modelo 'flexible'.

Con el sistema de umbrales, hay una cantidad predefinida de las sustancias en cuestión que se presuponen para consumo personal, mientras que con el sistema flexible (o 'sistema discrecional'), es el tribunal el que determina si la tenencia de drogas está destinada al consumo personal o al suministro teniendo en cuenta todas las circunstancias en torno al caso.

El objetivo de este informe es analizar las ventajas y los inconvenientes de las distintas opciones partiendo de la experiencia italiana, así como su eficacia real para tratar el problema.

Dado que la controversia sobre los umbrales en el contexto italiano está estrechamente relacionada con el debate sobre 'criminalización contra descriminalización', será antes necesario examinar los cambios que han tenido lugar en la legislación sobre estupefacientes y, especialmente, evaluar la actual ley sobre drogas de 2006.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Para abordar definitivamente la distinción entre consumidores y traficantes, se necesita un cambio en el marco de las leyes sobre drogas, que tipifique la posesión como delito sólo cuando ésta tenga intención de venta.
- El 'sistema de umbrales' presenta muchas desventajas para distinguir entre consumo y oferta de drogas. Sería preferible el 'sistema discrecional', aunque éste no soluciona el problema por completo.
- El principal defecto del modelo de umbrales está en la presunción de culpabilidad de tráfico en casos de consumidores que poseen cantidades superiores al umbral, lo cual se ha traducido en niveles de criminalización injustos.

EL PROBLEMA

El artículo 73 de la actual ley sobre drogas (309/ 1990, modificada en 2006) contempla disposiciones penales para varias infracciones relacionadas con drogas y las tipifica

como delitos. Según el artículo: “Todo aquel que cultiva, produce, vende, entrega (...) o está *de forma alguna en posesión ilícita* de sustancias psicoactivas será penado con la reclusión durante un mínimo de 6 años y un máximo de 20 años...”²

Este fragmento concreto, “o está en forma alguna en posesión”, tipifica la tenencia como un delito punible y, al mismo tiempo, como la principal prueba circunstancial del consumo personal o de otros delitos relacionados con drogas más graves, como el comercio y el tráfico. Este curioso fragmento, introducido en la ley 685/1975, nunca sufrió modificaciones sustanciales en las varias revisiones que realizaron en 1990, 1993 (después de un referéndum) y en 2006. Cabe destacar que la redacción de la ley italiana sigue el modelo de las convenciones internacionales.³

Aunque estos diversos delitos se establecen como equivalentes en el texto del artículo 73, está claro que se deben diferenciar, no sólo en el ámbito de las sanciones, sino, sobre todo, en el momento de determinar si la posesión es para consumo personal o para comercio. Establecer si la posesión es para consumo personal es incluso más importante en el contexto de las propuestas para la descriminalización / despenalización del consumo de drogas.⁴ Incluso aunque el consumo personal se considere un delito punible, es evidentemente necesario distinguir la gravedad de los distintos delitos cuando se contemplan tan distintas infracciones con miras a cumplir con el principio de la proporcionalidad entre delitos y penas.

Es también importante resaltar las características distintivas del sistema penal italiano: el llamado ‘principio de conveniencia’ (presente en la tradición del ‘derecho consuetudinario’) no existe en el sistema italiano. La aplicación de la ley en Italia exige que se emprendan acciones legales frente a cualquier violación de la ley.⁵ Por lo tanto,

la distinción entre posesión para consumo personal y posesión para tráfico se debe establecer en la ley.

En la experiencia italiana, el modelo de umbrales ha sido uno de los pilares legislativos del enfoque de ‘mano dura frente a las drogas’, mientras que el sistema ‘flexible’ siempre ha parecido más adecuado para la descriminalización del consumo de drogas. Merece la pena explorar con más detalle las filosofías subyacentes de estos dos enfoques. La descriminalización traslada el acento de la posesión a la oferta. El consumo de drogas se descriminaliza, pero se sigue castigando con sanciones administrativas. En cuanto al tráfico, depende del fiscal recopilar todas las pruebas de este delito (como suele suceder con cualquier otro tipo de delito). La cantidad de la sustancia será sólo uno de los muchos factores que tendrá en cuenta el magistrado (además del tráfico de accesorios para el consumo de drogas, listas de clientes, gran cantidad de dinero en efectivo en posesión del acusado, etc.).

La perspectiva de la criminalización, en cambio, vuelve a centrarse en la posesión en sí, que se presupone automáticamente como destinada a la venta cuando se sitúa por encima de un umbral cuantitativo predefinido y, además, se considera como hecho penal independientemente del nivel de posesión. En consecuencia, la posesión de una cantidad por debajo del umbral es punible, aunque con penas y sanciones menos severas.

LEGISLACIÓN SOBRE DROGAS EN LA DÉCADA DE 1970 (L. 685/1975)

Durante los años setenta, se produjo un gran cambio en la opinión pública contra la ley sobre drogas de 1954, que aplicaba duras penas de prisión por el consumo de drogas. En aquel momento, la principal preocupación giraba en torno al consumo

relativamente alto de cannabis entre los jóvenes. La ley de 1954 había criminalizado muy severamente el consumo de cannabis. Sin embargo, las penas de prisión tampoco parecían ofrecer una solución apropiada y humana incluso para los adictos a la heroína, cuyas cifras estaban empezando a aumentar. Tras un intenso debate, se aprobó una nueva ley en 1975. La idea fundamental era distinguir entre consumo personal (que se trataría en el sistema sanitario) y la venta y el tráfico de drogas (que se castigaría con la cárcel). La disposición clave sobre el consumo personal se hallaría en el artículo 80, donde se disponía que la posesión de una ‘cantidad limitada’ de sustancias psicoactivas era un acto ‘no punible’.

En la ley no se definió una cantidad exacta para consumo personal, por lo que, a fin de cuentas, dependía del juez determinar si la posesión perseguía el consumo personal o no. En cuanto a las disposiciones penales relativas a la venta y el tráfico, la ley de 1975 introdujo distintas penas según la clasificación o la lista de la droga en cuestión, con penas más severas para las sustancias de la Lista I (heroína, cocaína, anfetaminas), y más laxas para las de la Lista II (cannabis). Cabe destacar el uso del término ‘no punible’, con el que se buscaba poner de relieve que el consumo de drogas no estaba en modo alguno ‘autorizado’ y aún menos ‘legalizado’. El consumo de drogas y la adicción a éstas se consideraban como un problema de salud, que merecía medidas de tratamiento y/o educación en lugar de castigo.

EL GIRO PROHIBICIONISTA EN LA DÉCADA DE 1980

Polémica sobre la ‘cantidad limitada’

La ley de 1975 estuvo en vigor hasta 1990. Sin embargo, a fines de los años ochenta, el Gobierno de Bettino Craxi instó a adoptar un giro prohibicionista, después de una visita del primer ministro italiano a los Esta-

dos Unidos. El Gobierno italiano deseaba modificar la legislación nacional en consonancia con el conocido lema ‘Di que no’ de Nancy Reagan. El cambio también estaba en línea con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, que establecía la posesión de drogas para consumo personal como un delito penal. (Aunque la cuestión de cumplir con este tratado internacional prácticamente no se planteó en el debate político.)⁶

El Gobierno de Craxi culpaba del aumento en la adicción a las drogas a la ley de 1975, especialmente al artículo 80, que establecía como ‘no punible’ la posesión de una ‘cantidad limitada’ de drogas. El Gobierno argumentaba que castigar la demanda de drogas, además de la oferta, sería una medida más eficaz para reducir su consumo. Aunque la principal crítica se centró en el enfoque ‘moderado’ de la ley de 1975 por no contemplar ningún castigo por el consumo de drogas, el término concreto ‘cantidad limitada’ fue especial objetivo de crítica, fundamentalmente por motivos ideológicos. Para el Gobierno de Craxi, se convirtió en un símbolo de ‘laxitud’, ya que “la cantidad limitada establece el consumo de drogas como un comportamiento legítimo”.⁷

Siguiendo ese giro del ‘Di que no’, la nueva ley aplicaba castigos más duros y ‘definidos’ para el consumo de drogas. La falta de definición de la cantidad de droga que se presuponía para consumo personal en la ley de 1975 se consideraba una fuente de ‘incertidumbre’ (donde ‘incierto’ significaría demasiado moderado, poco fiable y poco definido). La cláusula de la ‘cantidad limitada’ fue criticada por el poder de ‘discreción’ que le daba a los jueces: una prueba más de la execrable ‘incertidumbre’ de las normas. Curiosamente, la ‘cantidad limitada’ fue principalmente reprobada por motivos ideológicos y sólo de forma marginal por su ineficacia para abordar la venta de drogas

(“hace que la venta sea más fácil”, afirmó un diputado de la mayoría durante el debate parlamentario).

LA LEY DE 1990

La ‘dosis media diaria’ y sus consecuencias imprevistas

El Gobierno Craxi formuló una revisión de la ley de 1975, que fue aprobada por el Parlamento en junio de 1990. Entre sus principales novedades, estaba la definición de una ‘dosis media diaria’: la cantidad promedio de sustancia que se suponía que utilizaba a diario un consumidor. En sintonía con el giro prohibicionista, la ‘dosis media diaria’ no pretendía distinguir entre consumo personal como una infracción no punible y los delitos de venta y tráfico (que se castigarían con severidad). Los umbrales perseguían, básicamente, distinguir entre sanciones más y menos duras.

Las dosis medias diarias fueron definidas por el Ministerio de Sanidad unos meses después de que entrara en vigor la nueva ley: 100 mg para la heroína, 150 mg para la cocaína y 500 mg para el cannabis. Las cifras se refieren al principio psicoactivo en las sustancias, por lo que el peso real de las ‘dosis’ puede variar según el distinto corte de cada droga. Para los usuarios es muy difícil saber la cantidad de principios activos en las sustancias que circulan en el mercado ilegal, por lo que, al fin y al cabo, la posesión de drogas consideradas para consumo personal sigue aún sin definirse (al menos desde el punto de vista de los consumidores). Poco después de su entrada en vigor, el enfoque de la ‘dosis media diaria’ revelaba sus muchos defectos:

- La principal dificultad procedía de su *falta de flexibilidad*, que se traducía en la *criminalización sistemática de los consumidores como si fueran traficantes*.⁸
- La criminalización de los consumidores era especialmente grave porque las penas

por el delito de venta y tráfico eran muy duras (prisión de 8 a 20 años para las sustancias de la Lista I, y de 1 a 6 años para las de la Lista II).⁹ En un intento por evitar estas consecuencias imprevistas, la norma se modificó parcialmente durante el debate parlamentario y se introdujo una nueva disposición para los delitos ‘de menor entidad’ (*lieve entità*). En consecuencia, la posesión de cantidades ligeramente superiores al umbral se podía castigar con penas rebajadas en un tercio. Pero esta medida tuvo un impacto limitado porque la ley también contemplaba el arresto provisional obligatorio de aquellas personas en posesión de cantidades superiores al umbral.

- La criminalización indiscriminada condujo a un drástico aumento de los encarcelamientos. El 31 de diciembre de 1990, había 7.299 ciudadanos acusados de delitos de drogas en prisión (incluidos adictos acusados de delitos de drogas y afines). A fines de junio de 1991, esta cifra había aumentado a 9.623 y, a fines de 1992, a 14.818.

LA ‘FLEXIBILIDAD’ PERDIDA

Los Gobiernos de Craxi y Amato, y el veredicto del Tribunal Constitucional

En el verano de 1991, tres jóvenes consumidores sin antecedentes penales fueron encarcelados por tenencia de cannabis superior al umbral y se suicidaron. La opinión pública quedó profundamente conmocionada por estas muertes. Tras un fuerte escándalo público, el ministro de Justicia, Claudio Martelli, realizó unas declaraciones en que instaba a modificar la ley recién aprobada “porque las normas no permitían distinguir entre consumidores y traficantes”. Aunque el Gobierno de Craxi no estaba preparado para un giro tan radical, el ministro de Justicia emitió un decreto para abolir el arresto provisional obligatorio y el encarcelamiento en los casos de posesión de cantidades de drogas ligeramente superiores a la ‘dosis media diaria’.

Dos años después, tras la caída del Gobierno de Craxi, la ley fue modificada de nuevo por el Gobierno de Amato, con el objetivo de ‘personalizar’ la ‘dosis media diaria’ según los patrones de consumo y el estado de adicción concretos de cada consumidor. Las nuevas normas permitían triplicar los umbrales “en el caso de que esa cantidad superior sea equivalente a la cantidad consumida por el usuario en 24 horas”.

Antes de que el Gobierno adoptara estas medidas, el Tribunal Constitucional ya había empezado a fomentar algunos cambios. En la sentencia 333 del 10 de julio de 1991, justo antes del llamado ‘decreto Martelli’, el Tribunal Constitucional exhortó a los legisladores a mejorar la ley. Mientras tanto, el Tribunal invitaba a los jueces a ser menos estrictos en la aplicación de los criterios de la dosis media diaria; la cantidad de sustancia se debería considerar como uno de los varios criterios para determinar si la droga estaba destinada a la venta o al consumo personal. El Tribunal Constitucional rechazaba así el estricto criterio cuantitativo para determinar la gravedad del castigo.

En abril de 1993, el umbral cuantitativo quedó finalmente abolido mediante un referéndum, junto con las sanciones por consumo personal. Aunque ese consumo personal aún se podía castigar con sanciones administrativas (como la suspensión del pasaporte, el permiso de conducir, etc.), el 55 por ciento de los votantes italianos se opusieron a la criminalización de los consumidores y al criterio de una ‘dosis media diaria’.

DESPUÉS DEL REFERÉNDUM (1993-2006)

¿Cómo identificar la posesión de drogas para consumo personal?

Cabe destacar que el texto de la ley de drogas revisado por el referéndum de 1993 era bastante distinto del de la ley de 1975, ya

que no incluía mención alguna sobre la ‘cantidad limitada’ de una determinada droga como prueba de consumo personal. Muchos juristas señalaron que, tras el referéndum, “el sistema penal con respecto a las drogas retoma el modelo de legalidad”, en que ‘el peso de la prueba’ recae sobre el fiscal, que debe reunir plena evidencia del delito.¹⁰ Según la ley de 1990, toda aquella persona detenida en posesión de una cantidad de drogas por encima del umbral era considerada automáticamente un traficante. Por lo tanto, *se presumía* que esa persona era culpable sin ninguna prueba del delito de tráfico. Esta realidad no se ajustaba al ‘modelo de legalidad’, que exige que se presenten las pruebas del delito de tráfico en el juicio, al igual que en cualquier otro caso penal.

Muchos de los veredictos emitidos por los altos tribunales parecían coincidir con esta interpretación. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional (360/24 de julio de 1995) sostenía que “es razonable una actitud menos severa del legislador ante conductas relacionadas con el consumo personal”.¹¹ Y defendía, más en concreto, que “la cantidad de drogas, *además de otras pruebas circunstanciales*, permitirá al juez evaluar la meta de la posesión de las sustancias”.

En cuanto a las ‘otras pruebas circunstanciales’, varios veredictos de la Corte Suprema de Casación¹² daban a los jueces algunas directrices para establecer el objetivo de la posesión, utilizando criterios como el grado de adicción, la situación económica, evidencias de empaquetamiento en dosis, la posesión de instrumentos para pesar y/o cortar las sustancias, además de la cantidad correspondiente de drogas.

Un magistrado italiano, Francesco Maisto, afirmaba que el referéndum posibilitó que se establecieran dos estrategias separadas en materia de drogas: una dirigida a los simples consumidores y adictos/pequeños

traficantes, basada en la educación y el tratamiento, y otra dirigida a los traficantes y comerciantes a gran escala. Como consecuencia de ello, en el tribunal de Milán se puso en marcha un experimento para instalar un centro de adicción a las drogas dentro del propio tribunal. Al disponer un programa terapéutico adecuado, el juez podía enviar directamente a tratamiento al adicto, acusado de delitos de drogas o afines, sin ningún período de encarcelamiento.¹³

VUELVE 'LA MANO DURA FRENTE A LAS DROGAS'

La ley sobre drogas de 2006 (legislación en vigor)

La ley de 1990, modificada por el referéndum de 1993, estuvo en vigor unos diez años, hasta que el Gobierno de Berlusconi inició una campaña contra las innovaciones introducidas por el referéndum. El vicepresidente, Gianfranco Fini, fue quien encabezó la campaña. Al intervenir en una reunión de la ONU que tuvo lugar en Viena en 2002, con motivo del día internacional de lucha contra las drogas, Gianfranco Fini anunció un proyecto de ley del Gobierno italiano para salvar “la brecha legislativa” que siguió a la eliminación de la dosis media diaria como “una línea fronteriza” entre el consumo personal y el tráfico.¹⁴

En opinión de Fini, la derogación de la medida, que permitía a los jueces determinar si las drogas encontradas en posesión del acusado eran para consumo personal o para tráfico, otorgaba a los magistrados demasiados ‘poderes discrecionales’. Por ese motivo, era necesario restablecer los umbrales cuantitativos. La ‘ley Fini’ fue aprobada por el Parlamento italiano a principios de 2006.

Como vemos, la retórica contra el referéndum era parecida a los argumentos contra la disposición de la ‘cantidad limitada’ de la ley de 1975; el enfoque de mano dura frente

a las drogas fomenta un castigo ‘seguro’ para todo tipo de conducta relacionada con las drogas, empezando por el consumo en sí. A pesar de ello, el marco legislativo de la ley de 2006 se diferencia en una serie de puntos clave, entre los que estarían:

- ‘*Cantidad máxima permitida*’. El umbral cuantitativo que se supone que distingue entre el consumo y el tráfico se denomina ‘cantidad máxima permitida’ (las cantidades máximas se definieron en 500 mg (de principio psicoactivo) para el cannabis, 250 mg para la heroína y 750 mg para la cocaína.¹⁵ La formulación del texto es distinta a la ‘dosis media diaria’ de la ley de 1990, y su filosofía también. La ‘dosis media diaria’ hacía referencia a la cantidad que se presumía que consumiría el adicto en 24 horas. Es decir, que incluía una especie de referencia *subjetiva*, que permitía cierta – aunque pequeña– flexibilidad en la interpretación de las normas (véase el citado ‘decreto Amato’ de 1993, que triplicaba los umbrales en caso de que el adicto diera pruebas de utilizar dosis diarias superiores). Esta referencia subjetiva está totalmente ausente en la ‘cantidad máxima permitida’. Por lo tanto, la persona detenida en posesión de una cantidad de sustancia que supere el umbral será, en palabras del jurista Livio Pepino, un traficante ‘virtual’.¹⁶

- *Penas del artículo 73/74 (producción, comercio, tráfico) y modificación del cannabis en las listas*. Las penas fijadas por la posesión de cantidades superiores al umbral (supuestamente para el comercio y el tráfico) son más severas, y van de los 6 a los 20 años de prisión para todas las sustancias. Mientras que la ley de 1990 contemplaba penas distintas según las Listas (de 1 a 6 años para el cannabis, en la Lista II; de 8 a 20 años para las ‘drogas duras’, en la Lista I), la ley de 2006, que pasó el cannabis a la Lista I, condujo a un aumento notable de las penas.¹⁷

- *Penas para los delitos de drogas ‘de menor entidad’.* La ley de 2006 mantiene aún las disposiciones que prevén penas menos severas en casos de delitos de drogas ‘de menor entidad’, cuando la persona está en posesión de cantidades ligeramente superiores al umbral, y que oscilan entre 1 y 6 años de prisión. No obstante, ésta no es una disposición concreta, sólo una circunstancia atenuante de la disposición principal. En consecuencia, para las cantidades superiores al umbral, la pena siempre se refiere al artículo 73 en su conjunto (y el juez tendrá en cuenta la circunstancia atenuante sólo en el veredicto final). Así, es más probable que las personas en posesión de cantidades que exceden el umbral se vean sujetas a arresto provisional que si el correspondiente párrafo 5 fuera una disposición específica. Además, la circunstancia atenuante puede no aplicarse en caso de darse otra circunstancia agravante, como la reincidencia. Por ejemplo, según la disposición, ‘tres golpes y estás fuera’: una persona encontrada en posesión incluso de cantidades limitadas por encima del umbral puede ser castigada con la pena completa de 6 años de prisión.

- *Alternativas al encarcelamiento.* Con el objetivo de mitigar el impacto de penas más duras, los adictos a las drogas condenados a menos de 6 años de prisión (o a los que les queden 6 años en ella) pueden ser enviados a programas terapéuticos alternativos (el límite en la anterior legislación era de 4 años).

- *Sanciones administrativas por consumo personal.* A los consumidores se les aplican sanciones cada vez más duras (como la prohibición de abandonar su lugar de residencia durante algunas horas o de conducir automóviles, o presentarse obligatoriamente en la comisaría de policía local al menos dos veces por semana). Además, se pueden también aplicar durante períodos más largos. Lo más importante es que los programas terapéuticos ya no son una alternativa

a las sanciones, sino que se proporcionan además de éstas.

EVALUACIÓN DE LA LEY SOBRE DROGAS DE 2006 (2006-2010)

En 2009, Forum droghe, una ONG italiana, y Fondazione Michelucci realizaron un estudio para evaluar la ley de 2006 y su impacto sobre las prisiones. El estudio, financiado por la Región de Toscana, aunque se centraba en el análisis en profundidad de las cuatro prisiones principales de la región, también ofrecía una panorámica de la situación nacional entre 2006 y 2008. Los resultados clave del estudio han sido actualizados hasta 2010 por la autora.¹⁸

- *Delitos de drogas.* Los delitos contra el artículo 73/74 de la legislación sobre drogas notificados por la policía aumentaron de 33.056 en 2006 hasta 35.427 en 2008, 36.458 en 2009 y 39.053 en 2010. En cuanto a las distintas sustancias, la mayor parte de la actividad policial se desarrolla contra autores de delitos relacionados con el cannabis, que han ido aumentando paulatinamente (12.805 delitos de cannabis en 2008, 13.344 en 2009 y 16.030 en 2010).

- *Encarcelamiento por delitos de drogas.* En 2006, fueron encarceladas 25.399 personas por delitos de drogas, de un total de 90.774 en prisión por todos los delitos (equivalente a un 28 por ciento); en 2010, había encarcelados 26.096 autores de delitos de drogas de un total de 84.598 (31 por ciento).

- *Porcentaje de reos por delitos de drogas.* El 31 de diciembre de 2006, había 14.640 personas encarceladas por delitos de drogas (37,53 por ciento); en diciembre de 2010, la cifra había aumentado hasta las 27.294 (40,16 por ciento).

- *Encarcelamiento de adictos.* En 2006, había encarcelados 24.493 adictos (27 por ciento del total), mientras que, en 2010, la cifra era de 23.944 (29 por ciento). En 2008,

el número de adictos aumentó hasta los 30.528 (33 por ciento), la cifra más alta desde 2001.

- *Operaciones y decomisos policiales.* En 2006, se notificaron 20.775 operaciones policiales de lucha contra las drogas; en 2010, fueron 22.064, con una cifra récord en 2009 de 23.262 operaciones policiales (la más alta en los últimos diez años). Aunque las operaciones policiales van en aumento, la cantidad de decomisos de drogas (en kilos) permanece estable, excepto por un repunte en 2008. Cabe destacar, sin embargo, que las confiscaciones de cannabis representan, con diferencia, la gran mayoría de decomisos totales, y que han aumentado en número y proporción. En 2006, los decomisos de cannabis se correspondieron a 24.672 kilos (74 por ciento del total de confiscaciones de drogas); en 2009, a 28.400 kilos (83,2 por ciento); en 2010, a 25.487 kilos (82,2 por ciento).

- *Sanciones por consumo personal.* En 2006, se aplicaron 7.229 sanciones; en 2010, 16.154.¹⁹ Si bien el número de sanciones se duplicó entre 2006 y 2010, en ese mismo período se produjo una drástica caída del uso de programas terapéuticos por parte de los consumidores sancionados, y se pasó de 6.713 programas terapéuticos en 2006 a apenas 518 en 2010.

- *Alternativas terapéuticas al encarcelamiento.* En los años 2006-2010, se dio un descenso general de los programas terapéuticos alternativos. El 1 de enero de 2006, había 3.852 autores de delitos de drogas (diagnosticados como adictos) en algún programa terapéutico; en el año 2010, en esa misma fecha, la cifra había disminuido hasta los 1.597. Es difícil analizar la tendencia, ya que en 2006 todos los prisioneros se beneficiaron de una amnistía de tres años; a raíz de ello, fue liberado de prisión un gran número de autores de delitos de drogas, lo cual explicaría la drástica reducción de par-

ticipantes en programas alternativos en prisión. En todo caso, el descenso no deja de ser significativo, ya que el número total de reclusos a principios de 2010 era aún mayor que en 2006, antes de la amnistía (67.961 presos a 1 de enero de 2010 frente a 62.000 a 1 de enero de 2006), y que el índice de encarcelamiento de adictos ha ido en aumento. Pero puede que lo más destacable sea que se ha producido un descenso notable del número de adictos derivados directamente a programas terapéuticos (sin pasar por prisión). Así, en 2009 y en 2010, el número de reclusos liberados y enviados a tratamientos alternativos fue superior al de ciudadanos derivados directamente a programas terapéuticos (sin entrar en prisión): a 1 de enero de 2009, 613 presos fueron enviados a programas de tratamiento alternativos frente a las 500 personas que fueron derivadas directamente a dichos programas (sin encarcelamiento previo); a 1 de enero de 2011, 1.594 presos pasaron a programas terapéuticos frente a las 932 personas que no habían estado antes en prisión. Éste sería un cambio importante en cuanto a las tendencias, ya que los adictos derivados directamente a programas alternativos han superado normalmente a las personas liberadas de prisión desde los años noventa.²⁰

- *Delitos de drogas 'de menor entidad'.* Los datos sobre este tipo de delito nos ayudarían a evaluar si la aplicación de la ley está centrada en delitos de drogas mayores o menores. Una gran prevalencia de estos delitos también podría indicar un castigo desproporcionado por la tenencia de drogas para consumo personal, debido al umbral. Sin embargo, no hay datos oficiales sobre la prevalencia de los delitos de drogas 'de menor entidad' a escala nacional. El estudio cualitativo en profundidad realizado en Toscana intenta llenar este vacío: en la prisión de Florencia (Solliciano), los reos, condenados o acusados, por delitos de drogas 'de entidad menor' representaban el

40 por ciento del total de delitos de drogas (lo cual sugeriría que la aplicación de la ley está fundamentalmente centrada en el castigo de consumidores y pequeños traficantes).²¹

En resumen, estas cifras demuestran el notable impacto de la ley sobre drogas de 2006 en los sistemas judicial y penitenciario, especialmente en lo que se refiere al incremento en el porcentaje de encarcelamientos por delitos de drogas y –aunque en menor medida– de adictos encarcelados.

Cabe destacar que los delitos menores de drogas parecen ser el principal objeto de la aplicación de la ley. Por otro lado, el cambio de la catalogación del cannabis en la listas (y el mayor énfasis en ‘la amenaza del cannabis’) parece haber conducido a una represión y castigo indiscriminados de los delitos relacionados con esta sustancia (véase el asombroso aumento de los delitos de cannabis, así como de operaciones policiales y decomisos de esta sustancia).

El significativo aumento de las sanciones por consumo personal junto con la drástica caída de los programas terapéuticos para los consumidores sancionados es una clara prueba de los malos resultados y las consecuencias imprevistas de un enfoque orientado al castigo.

Hay otra lección que se puede aprender de los datos referentes a la notable caída de alternativas a la prisión: las disposiciones más moderadas de la ley a favor de las alternativas al encarcelamiento han sido totalmente ineficaces. Esto sucedió probablemente porque no eran coherentes con el enfoque general de ‘mano dura ante las drogas’, por lo que no pudieron contrarrestar el aumento en los encarcelamientos debido a la mayor dureza de las penas y de la aplicación de la ley.

CONCLUSIÓN: MÁS ALLÁ DE LA POLÉMICA SOBRE LOS UMBRALES *Un nuevo marco legislativo*

El principal defecto del modelo de umbrales (tanto en su versión de ‘dosis media diaria’ como de ‘cantidad máxima permitida’) está en el riesgo de la criminalización indiscriminada de los consumidores de drogas que poseen una cantidad de sustancia superior al umbral. Paradójicamente, el sistema de umbrales resulta especialmente inadecuado e injusto en el contexto de mercados ilegales, donde es difícil que los consumidores tengan control sobre la cantidad y la pureza de la sustancia en su posesión. Además, el modelo de umbrales no cumple con principios jurídicos básicos, ya que se basa en una presunción de culpabilidad, totalmente contraria al principio del peso de la prueba. Desde esta perspectiva, sería preferible el modelo ‘flexible’.

Por otro lado, ninguno de estos modelos aborda la necesidad de distinguir entre consumidores y traficantes de forma adecuada. Si se examina con mayor detenimiento, la verdadera dificultad parece radicar en el marco base de todas las leyes sobre drogas hasta la fecha y que se resume en el apartado clave de la ley (artículo 73), donde la producción, la venta y el tráfico se enumeran junto con la posesión (sugiriendo así que la simple posesión de drogas se considera equivalente a la producción, la compra y venta, y el tráfico).

Para solucionar este problema de forma definitiva, es necesario realizar un cambio fundamental en el marco de la legislación sobre drogas. Ése ha sido el objetivo de la ‘propuesta La Greca’, un texto redactado por un comité especial de expertos fomentado por el Ministerio de Justicia en la 13^a legislatura (1996-2001).²² Los apartados clave son los siguientes:

- *Se redefine la posesión para dirigir las medidas contra las ventas de drogas.* El artículo 73, titulado ‘Venta de sustancias estupefacientes’ establece como delito “la posesión que persigue suministrar sustancias para conseguir un beneficio”.
- *Diferenciación de penas.* Las penas del artículo 73 aparecen diferenciadas según si las sustancias forman parte de la Lista I (de 1 a 6 años de prisión) o de la Lista II (cannabis) (de 6 meses a 2 años).
- *Producción dirigida a la venta.* El artículo 73 prevé las mismas penas para el cultivo o la producción con intención de venta.
- *Delitos menores de drogas.* Se establece una circunstancia atenuante para los delitos ‘de menor entidad’, castigados con penas menos severas (de 6 meses a 3 años para las sustancias de la Lista I y de 3 meses a 1 año para las de la Lista II).
- *Tráfico.* Se establece una circunstancia agravante en caso de tráfico (de 2 a 8 años de prisión para las sustancias de la Lista I y de 1 a 4 años para las de la Lista II).

Como apunta Giuseppe Cascini, uno de los juristas que formó parte de la comisión, la nueva redacción estaba concebida para separar el consumo de drogas (y todas las conductas afines, como el cultivo para consumo personal) de las disposiciones penales. El resultado es la descriminalización del consumo de drogas, de forma que éste se pueda abordar debidamente mediante intervenciones psicosociales. Las penas también son más moderadas y mejor equilibradas que en la legislación actual. Además, la ‘propuesta La Greca’ cumple con el principio del ‘peso de la prueba’, ya que corresponde al fiscal reunir las pruebas que demuestren que la tenencia tiene una intención comercial.²³

Cabe apuntar que este marco jurídico cumple también con los requisitos de la Con-

vención de 1988. Si bien el artículo 3, párrafo 2, exige a las partes que tipifiquen la posesión como delito penal, en el mismo párrafo se señala claramente que esta disposición está sujeta “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Sin duda, la garantía del peso de la prueba en el sistema penal es uno de los principios básicos de cualquier democracia. En ese mismo tratado, se plantean “medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social” como alternativas al castigo (artículo 3 párrafo 4(c)).

La ‘propuesta La Greca’ también cumple con los requisitos básicos de la Decisión Marco 2004/757 del Consejo de la UE (que establece disposiciones mínimas sobre los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas), especialmente con respecto al punto 5 del preámbulo, que exige que las penas sean “proporcionadas” y se determinen teniendo en cuenta “elementos de hecho tales como las cantidades y la naturaleza de las drogas objeto del tráfico”. Esta formulación requiere claramente una distinción entre drogas más y menos nocivas.

Es aún más importante que en el artículo 2(c) (*Delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y precursores*), la posesión aparece con una fórmula específica: “la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a)” (producción, venta, transporte, etc.).²⁴ Este fragmento es parecido a la formulación de la ‘propuesta La Greca’, que establece que *la posesión es sólo un delito cuando es con fines de venta*, lo cual refleja la misma preocupación por la criminalización de la tenencia para consumo personal. Para evitar este riesgo, el artículo 2, párrafo 2, dispone claramente que las conductas punibles previamente expuestas “no se incluirán en el ám-

bito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente *con fines de consumo personal*". Como podemos ver, la Decisión Marco del Consejo dispone explícitamente dos enfoques: uno para abordar el comercio y el tráfico, y otro para abordar el consumo personal.²⁵

NOTAS

1. Grazia Zuffa es psicóloga y trabaja en el campo de la investigación sobre políticas de drogas. Es también cofundadora del *Forum droghe* en Italia. La autora agradece muy especialmente la colaboración de Franco Corleone y de los juristas Alessandro Margara y Francesco Maisto.
2. Sólo se citan los delitos principales. El artículo 73 de la ley de 2006 establece 22 faltas como delitos penales.
3. Véase el artículo 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes (1961): "...cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta ... (se mencionan otras diez infracciones) ... se consideren como delitos...".
4. Hay cierta confusión entre los términos descriminalización y despenalización. El término italiano es 'depenalizzazione', pero, según la definición que da el OEDT (Thematic Paper 2005, Legislative Approach, p. 12), el término más adecuado en inglés sería 'decriminalisation', que en español se suele traducir como 'descriminalización', 'destipificación de delito' o, incluso a veces, al igual que el italiano, como 'despenalización'. De hecho, según la convención del OEDT, la 'descriminalización' supone eliminar una conducta o actividad del ámbito de la justicia penal, mientras que la 'despenalización' entraña relajar la sanción penal prevista por la ley. Sin embargo, se reconoce que "es difícil encontrar una definición científica precisa y validada de estos dos términos y, especialmente, una que sea universalmente compartida" (ibídem).
5. Éste es un principio constitucional ('obbligatorietà dell'azione penale', artículo 112 de la Constitución italiana), según el cual se debe encausar toda infracción legal.

6. Podemos imaginar que habría sido un argumento poco convincente, ya que la Convención de 1988 permite cierta flexibilidad en la aplicación de las normas, por lo que la descriminalización no se considera un incumplimiento del tratado internacional (véase abajo).

7. G. Zuffa (2000), *I drogati e gli altri*, Sellerio editore Palermo, p. 91.

8. El principal motivo por el que se poseen cantidades de drogas por encima del umbral es que muchos usuarios prefieren adquirir cantidades mayores simplemente para evitar un contacto demasiado frecuente con el mercado ilegal.

9. Como dijo un magistrado, "las penas de la ley sobre drogas son tan duras que es difícil entender si el asesinato se considera aún –y se castiga por consiguiente– como el delito más grave" (C. D'Elia (1998), 'Cambia forse la legge, paternalismo e cura coatta rimangono', en *Fuoriluogo*, junio de 1998, p. 6).

10. F. Maisto (2003), 'Da consumatori a spacciatori', en *Fuoriluogo*, mayo de 2003, p. 6.

11. La referencia alude a la despenalización del consumo personal de drogas a raíz del referéndum de 1993.

12. La Corte Suprema de Casación (*Corte Suprema di Cassazione*) es el tribunal de mayor instancia en Italia.

13. C. D'Elia (1998), cit. p. 6

14. S. Rissa (2002), 'Una dose d'oblio', en *Fuoriluogo*, julio de 2002, p. 5.

15. Las cantidades fueron establecidas mediante un decreto del Ministerio de Sanidad en abril de 2006. En el proyecto de ley anterior, las cantidades se habían fijado en 250 mg (de principio activo) para el cannabis, 200 mg para la heroína y 500 mg para la cocaína.

16. L. Pepino (2006), 'Delinquenti virtuali. Le tabelle della Fini Giovanardi', en *Fuoriluogo*, abril de 2006, p. 8. El autor también escribía: "Lógicamente, la supuesta y anticipada identificación del traficante virtual no es fiable y altera los principios básicos de la equidad, la lógica y la ley".

17. Obviamente, las penas más duras significaban que era más probable que el simple consumidor al que se encontraba en posesión de cantidades superiores de droga recibiera un castigo injusto.

18. Se han recopilado datos del Departamento Nacional de Prisiones; el Informe 2010 del Departamento de Policía de Lucha contra los Estupefacientes; el Informe anual 2011 para el Parlamento sobre consumo de estupefacientes y toxicomanías; y del *Secondo Libro Bianco sulla legge Fini Giovanardi*, dossier de Fuoriluogo.

19. Ministerio del Interior, *Analisi dei mutamenti del consumo tra le persone segnalate ai Prefetti per uso personale di sostanze stupefacenti dal 1991 al 2006* (actualizado hasta el 22 de junio de 2011).

20. A. Scandurra (2011), Gli spacciatori in carcere e i tossicodipendenti in comunità? Un bilancio disastroso, en *Secondo Libro Bianco sulla legge Fini Giovanardi*, p. 15

21. Los investigadores subrayan que este porcentaje está seguramente infravalorado, ya que sólo se puede constatar la circunstancia atenuante 'de menor entidad' en el caso de los presos que cumplen condena, mientras que los registros de las personas sometidas a arresto provisional sólo mencionan cargos relativos al artículo 73. Además, el estudio concluyó que los índices de encarcelamiento por delitos de drogas son superiores en Toscana que en el resto de Italia como promedio: por ejemplo, en 2008, en la prisión de Florencia (Sollicciano), de una cifra total de 777 personas encarceladas, el 43 por ciento era por delitos de drogas, mientras que el índice de personas adictas (en prisión por delitos de drogas o afines) alcanzaba el 61,4 por

ciento. Es probable que se encuentren cifras parecidas en muchas otras grandes ciudades, como Turín, Milán y Boloña.

22. El comité se estableció en 1998, tras una serie de resoluciones de la Conferencia Gubernamental Nacional sobre Adicción a los Estupefacientes. Fue presidido por el magistrado Giuseppe La Greca y el viceministro de Justicia, Franco Corleone. Más adelante, la 'propuesta La Greca' se convirtió en un proyecto de ley parlamentaria, presentado ante la Cámara de Diputados en 2003 y otra vez en 2006 (primer signatario: Marco Boato).

23. G. Cascini (2004), Le colpe dei consumatori di droga", en *Fuoriluogo*, octubre de 2004, p. 9

24. Artículo 2, párrafo 1 (2): "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones (...) el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas".

25. G. La Greca (2006), L'attuale tendenza politico criminale, en F. S. Fortuna, S. Grieco (eds), *Droga e controllo penale*, Università degli studi di Cassino, p. 46.

Con el apoyo de subvenciones de la Comisión Europea y el Open Society Institute



OPEN SOCIETY
FOUNDATIONS

Proyecto sobre reformas a las leyes de drogas

El objetivo del proyecto consiste en promover políticas de drogas más humanas, equilibradas y eficaces. Varias décadas de políticas represivas en materia de drogas no han reducido la escala de los mercados y han derivado, en cambio, en violaciones de los derechos humanos, una crisis de los sistemas judicial y penitenciario, la consolidación de la delincuencia organizada y la marginalización de consumidores vulnerables, correos de drogas y cultivadores de plantas declaradas ilícitas. Es hora de celebrar un debate sincero sobre políticas de drogas eficaces que contemple cambios en la legislación y en su aplicación.

Este proyecto persigue fomentar el debate en torno a reformas legislativas, destacando buenas prácticas y lecciones aprendidas en ámbitos como la descriminalización, la proporcionalidad de las penas, las medidas concretas de reducción de daños, las alternativas al encarcelamiento y los criterios de clasificación de distintas sustancias. También busca estimular un diálogo constructivo entre responsables de formular políticas, organismos multilaterales y sociedad civil con miras a conformar políticas de base empírica que se fundamenten en los principios de los derechos humanos, la salud pública y la reducción de daños.



Transnational Institute (TNI)

De Wittenstraat 25
1052 AK Amsterdam
Países Bajos

Tel: +31-20-6626608
Fax: +31-20-6757176
E-mail: drugs@tni.org

www.druglawreform.info
www.undrugcontrol.info