

## Washington Office on Latin America

Serie reforma legislativa en materia de drogas No. 2  
Agosto 2009

### ***La política de drogas y su confrontación en el ámbito judicial***

*Una experiencia brasileña*

Por José Henrique Rodrigues Torres<sup>1</sup>

*El presente informe es una reflexión personal del autor, quien en el ejercicio de su profesión, hace un año se sintió obligado a tomar una decisión distinta a los fallos dictados por otros jueces en casos similares, transgrediendo con ello la jurisprudencia en casos de posesión de sustancias controladas, y desafiando a la vez la propia legislación brasilera en la materia por su ambigüedad.*

*TNI y WOLA le solicitaron a José Henrique Rodrigues Torres, Juez de la Sexta Cámara del Tribunal de Justicia de São Paulo en Brasil, expresar por escrito los motivos para tal decisión, y el presente informe es el resultado.*

*La relevancia de este tema ha aumentado más aún recientemente dado que la Corte Suprema de Justicia de la vecina Argentina está a punto de dictar una sentencia en un caso similar. Añadimos además la Declaración de Porto, firmada por el autor y otros nueve jueces en Julio de 2009, donde expresan sus críticas hacia el actual régimen jurídico y legislativo.*

#### **LA DECISIÓN JUDICIAL SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD**

En mayo de 2008<sup>2</sup>, actuando como integrante de una de las Salas Criminales del Tribunal de Justicia de Sao Paulo y reconociendo que es posible “abandonar las ropas usadas” como dice el universal poeta portugués Fernando Pessoa, decidí reconocer y declarar la inconstitucionalidad de la criminalización primaria del “porte de drogas para el consumo personal”. Es sobre esa decisión que deseo hacer las siguientes reflexiones.



#### **PUNTOS CLAVES**

- La criminalización del porte de drogas para consumo personal:
  - Continúa siendo enfrentado desde la misma óptica represiva
  - Acarrea innumerables violaciones de principios y garantías constitucionales y de los derechos humanos que deberían ser asegurados por nuestro sistema jurídico democrático
  - Impide o dificulta sobremedida la acción de políticas asistenciales y preventivas que buscan la reducción de daños
  - Es de discutible sustentabilidad jurídico penal
- Las decisiones judiciales que enfrentan a la actual política de drogas, pueden transformar la realidad jurídica actualmente reinante, para conducir al sistema jurídico a su normalidad democrática, en armonía con los principios constitucionales.

---

***“Hay un tiempo en que es preciso abandonar las ropas usadas que ya tienen la forma de nuestro cuerpo y olvidar nuestros caminos, que nos llevan siempre a los mismos lugares. Es el tiempo de la travesía: y si no osamos hacerla, la tendremos fijada para siempre, al margen de nosotros mismos”***

---

Fernando Pessoa

---

## **LA POLÍTICA DE DROGAS EN EL BRASIL**

La historia es una constante superación de contradicciones. En el ámbito internacional, los principios de Derechos Humanos consagrados en los tratados y convenciones internacionales, están en evidente contradicción con una política de drogas dictada por una ideología prohibicionista y abstencionista, que también es amparada por tratados internacionales como, en especial, por la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

Así, la superación de esta contradicción es imprescindible, para que sea rescatada a plenitud del sistema de Derechos Humanos para que se pueda dar un paso más en el curso de la historia.

Como es de conocimiento general, en referencia a las manifestaciones estéticas de las políticas de ruptura que caracterizaron a los movimientos contestatarios en el siglo pasado, como instrumento de protesta contra las políticas belicistas y armamentistas, el consumo de drogas ganó espacio público, aumentó su visibilidad y generó una intensa producción legislativa en materia penal.

En el Brasil, la Ley 6368 de 1976 promulgada en pleno régimen de excepción democrática, cuando el Estado de Derecho estaba subyugado por un régimen militar dictatorial que perduró hasta el final de los años 80, siguió la orientación belicista de la ideología dominante para sancionar el tráfico de estupefacientes y criminalizó el tráfico de

estupefacientes, pero, también, lo que es peor, el porte de estupefacientes para consumo personal, de acuerdo con la siguiente tipificación: “Adquirir, guardar, o traer consigo, para uso propio, sustancias estupefacientes que produzcan dependencia física o psíquica, sin la autorización o en desacuerdo con la determinación legal o reglamentaria. PENA. Detención, de 6 meses a 2 años y el pago de 20 a 50 días de multa” (artículo 16)

La actual legislación brasilera - producida sobre la égida de la misma ideología y sobre la influencia de la misma lógica represiva, fruto de la opción por modelos punitivos y moralizadores, inspirada por las razones de Estado que prevalecen en relación con la razón del derecho - mantiene la criminalización del “porte de drogas para uso personal”, ampliando aún más su incidencia, con la siguiente formulación típica, artículo 28: “Quien adquiere, tiene en depósito, transporta o trae consigo, para consumo personal, drogas sin autorización o en desacuerdo con determinación legal o reglamentaria, será sometido a las siguientes penas:

- I. Advertencia sobre los efectos de las drogas
- II. Prestación de servicios a la comunidad
- III. Medida educativa de comparecencia a programa o curso educativo”<sup>3</sup>

Es verdad que la ley actualmente en vigencia excluyó la pena privativa de libertad para el “porte de drogas para consumo personal”, inclusive introduciendo la previsión de este delito en su Título III, que trata “de las actividades de prevención de uso indebido, atención y reinserción social de usuarios y dependientes de drogas”. De igual modo, la Ley número 11.343/2006, en su artículo 28, hace mención a la aplicación de “penas”, y su párrafo 6 se refiere a esas “penas” como “medidas educativas”.

Es por ello que algunos teóricos llegaron a sustentar que la actual legislación había abolido la criminalización del porte de drogas para el propio consumo, afirmando que, de acuerdo con la Ley de Introducción del Código Penal, solamente podían ser consideradas criminosas las conductas para

las cuales fueran establecidas penas privativas de libertad

Entretanto, ese análisis doctrinario no encontró resonancia en el funcionamiento del sistema judicial, de tal modo que el porte de drogas para uso personal continúa siendo “delito” para la mayoría de los jueces en todo Brasil.

Además, no hay que olvidar que el artículo 28 de la Ley 11.343/2006 está incorporado en el Capítulo II de su Título III, el cual trata “De los Crímenes y de las Penas”.

Por lo tanto, sea como fuere, la verdad es que el “porte de drogas para consumo personal” continúa siendo enfrentado desde la misma óptica represiva. Pese a que formalmente puedan ser llamadas “medidas educativas”, éstas solo fueron concebidas para ser aplicadas en el ámbito del sistema penal, en el proceso acusatorio y en razón de la lógica de imposición compulsiva, incluso mediante el análisis de la “reprobabilidad de la conducta” y sometidas al control judicial.

Es innegable, que la criminalización del “porte de drogas para consumo personal”, actualmente, en el Brasil, está acarreado innumerables violaciones de principios y garantías constitucionales y de los derechos humanos que deberían ser asegurados por nuestro sistema jurídico democrático.

El derecho de la salud, por ejemplo, introducido en la lista de los Derechos Humanos consagrados por la Constitución Federal y por los tratados internacionales ratificados por el Brasil, es violado de forma flagrante, tanto en el plano formal como en el material, de cara a tal enfrentamiento represivo de la conducta de quien porta drogas apenas para el consumo personal.

En efecto, la lógica prohibicionista, con connotación criminalizadora, estigmatiza al usuario de drogas como “delincuente” y lo conduce a la marginalización y la clandestinidad, excluyéndolo de las instituciones sanitarias y asistenciales, sometiénolo a las agencias policiales y judiciales, y privándolo de las acciones terapéuticas destinadas al enfrentamiento del origen de la dependencia y, también, del tratamiento para

enfermedades relacionadas con el consumo como el SIDA (VIH), reforzando así, aún más, las desigualdades sociales.

Además de eso, la criminalización del porte de drogas para uso personal impide o dificulta sobremanera la acción de políticas asistenciales y preventivas que buscan la reducción de daños, con ejemplos tales como la distribución de folletos informativos sobre su utilización, la creación de espacios para el uso controlado, el suministro de jeringas y agujas seguras y la fiscalización de la calidad de las drogas.

Además, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aseveró en su observación 14, que el derecho de acceso a la salud solamente será posible si los miembros de una población tienen la garantía de acceso a los establecimientos, bienes y servicios que posibiliten materialmente el ejercicio de ese derecho.

Además de ello, la opción de “terapias compulsivas” o “medidas educativas obligatorias”, también viola el principio de autonomía moral y, por eso, no garantiza la eficacia de la asistencia y no impide el incremento de reincidencia del uso.

Así, los jueces brasileños, asumiendo la función de garantizadores de los principios constitucionales y del sistema de los derechos humanos, debemos actuar, en el ámbito de nuestra responsabilidad jurisdiccional para excluir del ordenamiento jurídico vigente, la criminalización del porte de drogas para consumo personal.

Los jueces, en razón de su enorme responsabilidad social en un Estado democrático de derecho, no pueden ignorar que vivenciamos, actualmente, la transnacionalización del control social, orientada por un discurso médico jurídico que crea un estereotipo de dependencia discriminatorio, influida por la ideología de diferenciación que produce un estereotipo de criminales.

En realidad, la base ideológica de la política criminal de intolerancia es sustentada por el discurso económico transnacional neoliberal, y por el discurso del derecho penal del

enemigo, forjado por el movimiento de “Ley y Orden”, que legitima y fomenta una política de “Guerra a las Drogas” y mantiene la opción por un Estado de excepción permanente. Así acaba prevaleciendo la ideología de la Defensa Social, basada en el control social, que acarrea la negación del derecho penal liberal y de los límites establecidos por el derecho penal mínimo.

En fin, los jueces de un Estado democrático no podemos consentir la prevalencia de una ideología de Seguridad Nacional convertida en una ideología de Seguridad Urbana, legitimadora de la militarización del sistema de control social.

Decididamente, no se puede olvidar la remembranza de Franz Kafka que, en un notable pasaje de su obra “El Proceso”, demuestra con perspicacia que el portero ubicado en los umbrales de la ley, impide que sus destinatarios tengan acceso a ella. Además, recuérdese que la palabra “portero” de origen griego, significa “tirano”

No es posible ignorar la ruptura del tejido social, la ciudadanía degradada, la presencia de excluidos y sin función en el sistema socio económico de un país periférico dominado por la globalización a vestirse de esa coraza representada por una ideología prohibicionista y abstencionista, que impide a los usuarios el acceso al ejercicio de los derechos humanos garantizados por nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

## **DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN**

La decisión materia de este ensayo afirma la prevalencia de los principios constitucionales de lesividad, de inviolabilidad de la vida privada, de igualdad, de respeto a la diferencia y de la dignidad humana, para evidenciar la flagrante contradicción existente entre el sistema de Derechos Humanos, albergados por el artículo 5to de la Constitución Federal como dogmas de garantía individual, y la ideología represiva adoptada por la actual ley de drogas.

La criminalización primaria del porte de drogas para consumo personal es de discutible sustentabilidad jurídico penal,

porque el artículo 28 de la Ley Número 11.343/2006 no tipifica ninguna conducta hábil para producir cualquier lesión que invada los límites de la alteridad.

Como observa Salo de Carvalho “la permanencia de la lógica bélica y sanitarista en las políticas de drogas en el Brasil es fruto de la opción por modelos punitivos moralizadores y que sobreponen la razón de Estado a la razón del derecho, pues desde la estructura del derecho penal constitucional, el tratamiento punitivo de uso de estupefacientes, es justificable”.

El argumento de que el artículo 28 de la ley 11.343 /2006 es de peligro abstracto, así como la alegación de que la salud pública es un bien tutelada, no es sustentable jurídicamente. Esta aseveración, se opone incluso a la expresión típica de ese dispositivo criminalizador labrado por la propia ideología prohibicionista, el cual establece límites de su incidencia por los referidos componentes del tipo penal, los cuales determinan expresamente el ámbito individualista de lesividad y prohíben el expansionismo deseado.

Basta leer el tipo penal en mención, que describe, para la incidencia de la conducta que pretende criminalizar, exclusivamente aquella de quien adquiere, guarda, tiene en depósito, transporta o porta, “para consumo personal” drogas prohibidas.

El elemento subjetivo del tipo reflejado en la expresión “para consumo propio”, delimita con exactitud el ámbito de lesividad e impide cualquier interpretación expansiva que traspase los límites de la autolesión.

En efecto, como asevera María Lucía Karan “es evidente que la conducta de una persona, que, destinada a su propio uso, adquiere o posee una sustancia, que causa o puede causar mal de la salud, no se ha de identificar como ofensa a la salud pública, dada la ausencia de aquella expansibilidad del peligro (...) En esta línea de pensamiento, no hay cómo negar incompatibilidad entre la adquisición o posesión de drogas para uso personal – no importa la cantidad – y la ofensa a la salud pública, pues no hay cómo negar que la expansibilidad del peligro y el destino individual son antagónicos. El

destino personal no se compatibiliza con el peligro para intereses jurídicos ajenos. Son cosas conceptualmente antagónicas: tener algo para difundir entre terceros, está totalmente fuera de toda lógica sustentar que la protección de la salud pública envuelve la punición de posesión de drogas para uso personal".<sup>4</sup>

Es por eso que Alexandre Morais de Rosa afirmaba en la vigencia de la Ley Número 6.368/76 que "en el caso de porte de sustancias tóxicas no existe crimen, porque al contrario de lo que se difunde, el bien jurídico tutelado por el artículo 16 de la Ley Número 6,368/76 es la integridad física y no la tranquilidad pública".

Así, transformar a aquel que posee droga apenas y tan solo para uso propio en agente causador de peligro a la tranquilidad pública, como si fuese un potencial traficante, implica una frontal violación del principio de ofensividad, dogma garantista previsto en el inciso XXXV del artículo 5 de la Constitución Federal.

Decididamente, "en el derecho penal de sesgo libertario, orientado por la ideología iluminista, están vedadas las sanciones dirigidas a autolesión (...) el derecho penal se presta, exclusivamente, a la tutela de lesión de bienes jurídicos de terceros. Prever como delitos actos dirigidos contra la propia persona es una salida de sistemas penales pre modernos. El sistema penal moderno, garantista y democrático, no admite crimen sin víctima. La ley no puede sancionar a aquel que atenta contra la propia salud o la propia vida – bien jurídico mayor – en actos sin lesividad a otras personas, la sanción desproporcional es irracional".<sup>5</sup>

## I. PRINCIPIO DE IGUALDAD

Además de ello, la criminalización del porte para uso propio también viola el principio constitucional de igualdad, debido a la flagrante "distinción de tratamiento penal (drogas ilícitas) y no penal (drogas lícitas) para usuarios de diferentes sustancias, teniendo ambas el potencial de determinar dependencia física y psíquica".

No se puede ignorar que esa elección de drogas ilícitas está basada en criterios económicos, incompatibles con el principio de igualdad.

## II. PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA INTIMIDAD Y DE LA VIDA PRIVADA

Tampoco se puede ignorar la violación al principio constitucional que garantiza la intimidad de la vida privada, que establece como infranqueable la separación entre el derecho y la moral.

En efecto, no se puede admitir cualquier intervención estatal, principalmente de índole represiva y de carácter penal en el ámbito de las opciones personales, máxime cuando se pretende imponer pautas de comportamiento en la esfera de la moralidad.

Indudablemente, "ninguna norma penal criminalizadora será legítima si interviene en las opciones personales o se impone a los sujetos determinados patrones de comportamiento que refuerzan concepciones morales. La secularización del derecho y del proceso penal, fruto de la recepción constitucional de valores de pluralismo y de tolerancia a la diversidad, protege al individuo de intervenciones indebidas en la esfera de la interioridad".<sup>6</sup>

Es por eso que solamente es admisible la criminalización de las conductas individuales que causen daño o peligro concreto a bienes jurídicos de terceros, lo que no acontece con la conducta descrita en el artículo 28 de la ley número 11343/2006.

Como enseña Maria Lucía Karan, "la simple posesión de drogas para uso personal, o su consumo en circunstancias que no envuelvan peligro concreto para terceros, son conductas que se sitúan en la esfera individual, se insertan en el campo de la intimidad y de la vida privada, en cuyo ámbito está vedado penetrar al Estado –y por lo tanto al Derecho. De este modo, como no se puede criminalizar y punir, como de hecho no se pune la tentativa de suicidio y de auto lesión, no se puede criminalizar y punir conductas que pueden implicar, como máximo, un simple peligro de autolesión".<sup>7</sup>

# Declaración de Oporto 2009

## Documento de magistrados latinos sobre políticas públicas en materia de drogas y derechos humanos

1. Las políticas públicas en materia de drogas han demostrado ser un rotundo fracaso, ya que no han logrado los fines pretendidos de la disminución del consumo de sustancias estupefacientes, como tampoco han llegado a criminalizar a las grandes organizaciones criminales.

Las Naciones Unidas en el documento oficial del corriente año –Informe mundial sobre drogas, UNODC 2009-, han afirmado claramente que “no debe sacrificarse la salud pública por la seguridad pública”, como que debe favorecerse “el acceso universal al tratamiento de la drogodependencia”, como “uno de los mejores modos de reducir el mercado ilegal de drogas”.

Asimismo reconoció que la fiscalización a ultranza ha generado un mercado ilícito de proporciones macroeconómicas desconocidas que se sirve de la violencia y ha logrado la corrupción de estamentos estatales.

2. La transnacionalización de los fenómenos delictivos han logrado importar e imponer desde figuras penales hasta técnicas legislativas ajenas a los Estados receptores, conformando todo ello una colonización legislativa que se ha desentendido de las particularidades delictivas de cada país.

3. La cooperación penal internacional representa una de las partes más frágiles del derecho penal, donde abundan instrumentos internacionales bilaterales, multilaterales, que exhiben fragilidad material en general, y que deben ser mejoradas dentro de un marco globalizado para cumplir con los fines para los que fueron concebidos.

4. Mientras a los tribunales se los ha saturado con pequeños casos, no llegan los que son más graves, que implican no sólo delitos de tráfico o lavado de dinero, sino de corrupción cometidos por funcionarios estatales.

5. Frente a la observación del fenómeno anterior se advierte que el Estado se desentiende de los espacios propios de control estatales, a saber como el control y fiscalización de precursores químicos, el mercado de medicamentos, el sistema institucional, el sistema financiero, como por otra parte de la fijación o cumplimiento en el tiempo de políticas preventivas, educativas o de implementación de penas alternativas.

6. De la información de diversos estudios empíricos realizados se desprende que mayoritariamente llegan al sistema judicial sólo los casos nimios e insignificantes, lo que acarreado la consecuencia de sobrepoblar el sistema carcelario, como ha generado también un inmenso e innecesario desgaste del sistema judicial.

7. La legislación en materia de drogas confronta con los principios de legalidad de la ley penal, con los principios pro homine, lesividad y ofensividad, proporcionalidad, todos receptados en los Tratados de Derechos Humanos, de los que nuestros países son signatarios.

8. La legislación en materia de drogas es una legislación de emergencia y como tal carece de bien jurídico cierto a proteger, posee técnica legislativa deficiente, una proliferación de verbos, entre otros problemas técnicos que han sido señalados por la más sabia doctrina.

9. Que la pretendida solución de un problema social complejo a través del sistema penal, resulta violatoria del derecho al acceso a la salud el que solo es posible como lo ha señalado el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Obs. Gral. 14) si los miembros de una población tienen a la mano bienes y servicios públicos que les garanticen mínimos derechos, por lo que debe dejarse el sistema represivo a los casos graves.

10. Debe remarcar y profundizarse el rol del derecho en el desarrollo de la tutela de los derechos individuales, ponderando de forma positiva la reducción de la violencia étnica y urbana, favoreciendo la armonía multicultural.

11. Ante la confrontación de diversos bienes jurídicos, debe primar siempre el derecho que priorice el mayor respeto a la dignidad humana, la salud, la vida, conforme la jerarquía de los bienes que prevalecen sobre el derecho a la seguridad en la acepción reduccionista.

12. La falta de políticas públicas por parte de los diversos gobiernos de distinto sesgo político en materia preventiva es directamente proporcional con el crecimiento de la propaganda de mano dura o campañas de ley y orden que ante el dato real demuestran ser meras ilusiones.

13. La prohibición del consumo a través de la represión de la tenencia de estupefacientes margina al usuario de drogas y condiciona su contacto con las instituciones sanitarias u otros organismos de asistencia social, ya que los identifica con la agencia policial, privándolos de la acción terapéutica necesaria para la atención voluntaria del consumo problemático, como así también médica, que urgen patologías y la posibilidad de recibir información acerca de cómo evitarlas.

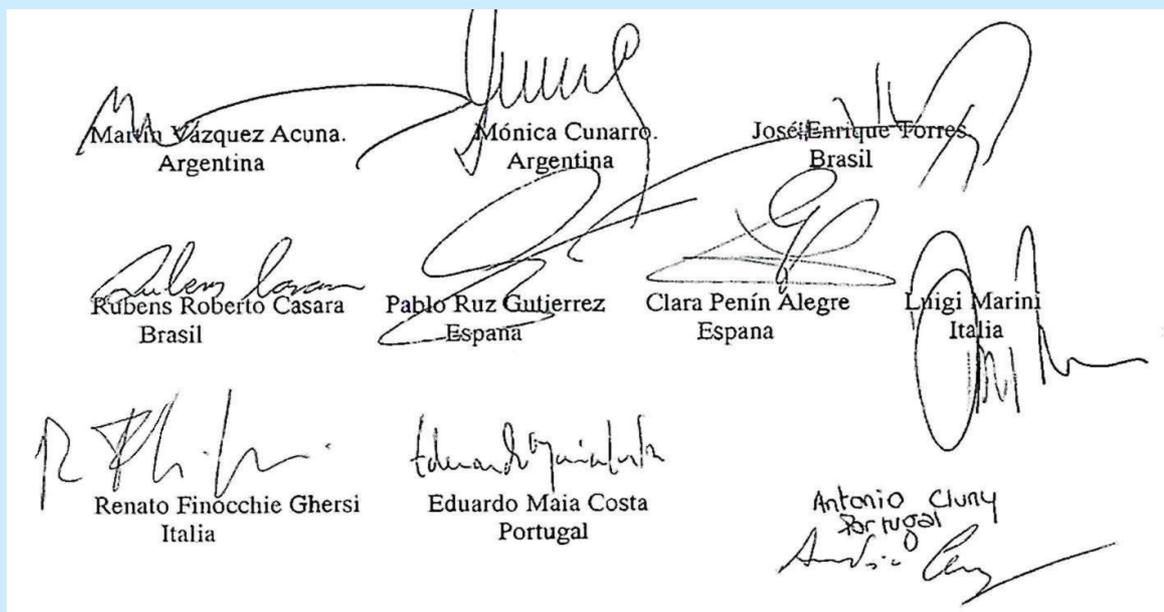
14. Es necesario reemplazar el concepto de reducción de daños, para que no se reduzca a un

concepto meramente asistencial sino que represente a uno que contenga a la reducción de la violencia que las agencias gubernamentales o estatales producen sobre la población por acción u omisión, lo que debe implicar un cambio de paradigma.

15. Toda persona consumidora de drogas debe gozar del efectivo derecho a la salud. En cuanto al voluntario tratamiento a seguir, son inviolables su derecho a la información, derecho al diagnóstico, como así también la confidencialidad de los datos personales. Los tratamientos a implementar no deben excederse en el tiempo, aplicándose los medios y fármacos adecuados para la problemática particular de la persona. La internación deberá ser siempre la última medida a aplicar cuando ninguna otra asistencia pueda ser efectiva.

16. La imposición de una terapia compulsiva ya sea como medida de seguridad o como una pena alternativa conforme la regulan las distintas legislaciones vigentes, no solo viola el principio de autonomía sino que ha sido una herramienta ineficaz para asistir a los usuarios de drogas, pues las estadísticas nos refieren que este tipo de intervenciones no han podido impedir el incremento de recidivas. De ahí la necesidad de que a los usuarios de drogas se les brinde un amplio abanico de alternativas en materia de asistencia.

Oporto, 3 de julio de 2009.



Marvin Vazquez Acuna. Argentina

Mónica Cunarro. Argentina

José Enrique Forres. Brasil

Rubens Roberto Casara. Brasil

Pablo Ruz Gutierrez. España

Clara Penín Alegre. España

Luigi Marini. Italia

Renato Finocchie Ghersi. Italia

Eduardo Maia Costa. Portugal

Antonio Cluny. Portugal

### III. RESPETO A LA DIFERENCIA Y A LA DIGNIDAD HUMANA

La criminalización del porte de drogas para consumo personal atenta contra el respeto a la diferencia, corolario del principio de dignidad albergado por la Constitución federal y por los numerosos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Brasil.

En efecto, “la criminalización del porte de sustancias estupefacientes da una bofetada al respeto a ser diferente, invadiendo la opción moral del individuo. Hay una nítida reprobación a quien no sigue el patrón impuesto. Hay una especie de eliminación social de los que no son iguales (...) Cabe al ser humano desde que no interfiera en los designios de terceros y los lesione, de manera individual, escoger y trazar los caminos que más le convienen. Al reprobarse el uso, criminalizando el porte, la sociedad invade esferas que no son constitucionalmente suyas. Haciéndolo así, no respeta las opciones individuales y estigmatiza al ser diferente por la simple razón de que éste no se resiste de la creencia de lo que sería correcto. (..) La Constitución exige tolerancia con quien es así, sin exigir patrones de moralidad a los diversos grupos existentes, dentro de ellos, a los que usan drogas”.<sup>8</sup>

Es evidente, pues, que la criminalización del usuario de drogas constituye un recurso perverso de estigmatización de quienes son diferentes, generando políticas discriminatorias y excluyentes.

### IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN

Decididamente, la criminalización primaria del porte de drogas para consumo personal está orientada por una lógica bélica y sanitaria, que es fruto de las ideologías prohibicionistas de “Defensa Social” y de “Ley y Orden”; fomenta el concepto de “Derecho Penal del Enemigo” verdadero delirio jacobista, determina la prevalencia de las razones de Estado sobre las razones del Derecho, fomenta la militarización bélica del combate de las drogas, incentiva las políticas de recrudescimiento, contrarias a los cánones del Derecho Penal Liberal y del Derecho

Penal Mínimo, es fruto de un discurso médico-jurídico-político, privilegia el intervencionismo estatal en el ámbito de la vida privada, establece estereotipos discriminatorios y excluyentes, alberga modelos punitivos moralizadores, cede al discurso económico transnacional, e incrementa la represión.

### VIOLACIONES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRATICAS

Además de todo lo expuesto, es preciso recordar también, que el proceso de criminalización primaria en un Estado democrático de derecho debe orientarse por principios que son el corolario de principios constitucionales y garantistas de la dignidad humana, de la intervención mínima y de última ratio: el principio de idoneidad, de racionalidad y de subsidiariedad.

Además de eso, debe observarse... que no se puede criminalizar una conducta como imposición de una pauta de comportamiento moral, ni de forma meramente simbólica, ni como medida promocional. Y la criminalización del porte de drogas para consumo personal viola todos esos principios, corolarios y criterios constitucionales y garantistas de derechos fundamentales.

#### I. PRINCIPIO DE IDONEIDAD

Según este principio, la criminalización debe ser un medio útil para controlar un determinado “problema social”. Con todo, a pesar de la adopción de una política de drogas extremadamente prohibitiva, generadora de un concepto ideológico de “guerra” contra las drogas, que los Estados vienen invirtiendo en los últimos años una cifra millonaria de recursos materiales para la implantación y mantenimiento de esa política bélica, los resultados obtenidos son absolutamente pequeños y totalmente ineficaces.

Brasil, además de adoptar legislaciones específicas esencialmente prohibitivas en el enfrentamiento de ese “problema social”, optó también en 1990, por la adopción de una Ley llamada “Ley de Crímenes Hediondos” (Ley Número 8072/90), en relación con el tráfico de drogas.

En ella restringió de forma flagrante los principios constitucionales y garantistas del debido proceso legal, de amplitud de la defensa, de la doble instancia, de individualización de la pena, y de humanidad, prohibiendo la concesión de libertad provisional, así como la interposición de recurso en contra de una decisión condenatoria de primer grado y la progresión de regímenes, en el cumplimiento de la pena impuesta.

No obstante, a pesar de toda esa postura prohibicionista y restrictiva, el “problema” de las drogas no fue resuelto y todas las medidas adoptadas, hasta hoy, han sido absolutamente ineficaces.

## II. PRINCIPIO DE RACIONALIDAD

De acuerdo con el principio de racionalidad deben ser considerados los beneficios y los costos sociales de la adopción de la criminalización. Entretanto, además de ineficaz, como se afirmó antes, la política de criminalización de las drogas viene acompañada de un enorme impacto social negativo en la sociedad brasileña, como en el resto del mundo.

En efecto, la criminalización secundaria de las drogas, implantada bajo una óptica bélica, genera inevitablemente una enorme cantidad de muertes, causadas por la violencia de la “guerra”, del combate y, también, por las disputas por el control de un mercado paralelo e ilícito, extremadamente lucrativo.

Además de ello, la “guerra” a las drogas provoca un incontrolable aumento de la delincuencia, en vista de la necesidad de adquisición de drogas en el mercado paralelo ilícito, y agrava la corrupción en las agencias estatales de control, tanto en el ámbito policial como en los demás estamentos estatales.

Además, la criminalización de las drogas genera, también, un incontrolable mercado paralelo, creando economías complementarias, patrocinadas por instituciones financieras de gran envergadura, lo que afecta seriamente la situación financiera de los Estados y acarrea perjuicios inmensos para las políticas públicas de promoción social y de combate a la desigualdad.

Además de eso, los esfuerzos del sistema penal, en el ámbito de la criminalización secundaria, que son dirigidos esencialmente contra los usuarios y pequeños traficantes, generan un notable aumento de la población carcelaria, debido a una política discriminatoria selectiva por parte de las agencias penales, que optan por los más pobres y por los más jóvenes, que son excluidos del mercado de trabajo lícito y son expuestos a los efectos perniciosos del sistema carcelario.

Como se puede ver, es irracional el mantenimiento de la criminalización del combate de las drogas, en vista del inmenso costo social que ella genera y reproduce.

## III. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Como exige el principio de subsidiariedad, la criminalización solamente se justifica cuando no haya otros medios o alternativas para el enfrentamiento de determinado “problema social”.

Es evidente que fuera del sistema penal, hay innumerables alternativas para el enfrentamiento de ese “problema social”, como pueden ser las políticas públicas de reducción de daños, educativas, de prevención, que son mucho más eficaces y no producen los perjuicios acarreados por la violencia, la exclusión, la corrupción y la discriminación que fomenta el sistema represivo.

Más aún, el uso de drogas está íntimamente ligado a la historia de los pueblos y está lejos de constituir, por sí solo, un “problema social”, pues el “problema” en realidad, fue generado específicamente no por el consumo sino por el proceso de comercialización de las drogas, especialmente fomentado para su propia criminalización, produciendo y manteniendo una economía de mercado ilícito paralelo.<sup>9</sup>

## IV. LA CRIMINALIZACIÓN NO DEBE SER USADA PARA IMPONER PAUTAS DE COMPORTAMIENTO MORAL

Es indudable que la criminalización del consumo de drogas impone una pauta de comportamiento moral, restringiendo las

opciones individuales... en un Estado de derecho democrático.

Así, sobre la base de los principios democráticos, no se puede admitir cualquier intervención estatal, principalmente de índole represiva y de carácter penal en el ámbito de las opciones personales, máxime cuando se pretende imponer determinados patrones de comportamiento que refuerzan concepciones morales.

## **V. LA CRIMINALIZACIÓN NO PUEDE SER SIMBÓLICA**

La criminalización no puede ser apenas, una opción simbólica adoptada tan solo para hacer creer que alguna providencia está siendo tomada para enfrentar un determinado problema. Es innegable que la criminalización de la posesión de drogas para consumo personal ha sido y sigue siendo implantada en los distintos ámbitos jurídicos, para obtener una resonancia positiva en la opinión pública, sin cualquier efectividad o eficacia concreta.

Al final, como diría el poeta Carlos Drummond de Andrade, "las leyes no bastan, los lirios no nacen de las leyes". Las leyes no bastan, en especial cuando son editadas con una evidente connotación simbólica, sin ningún compromiso con la transformación y con el enfrentamiento efectivo de los problemas sociales, lo que solamente es posible con la efectividad de las políticas públicas preventivas, educativas y promocionales".

## **VI. LA CRIMINALIZACIÓN NO ES PROMOCIONAL, NI PEDAGÓGICA**

No se puede olvidar que la criminalización no tiene y jamás tendrá función promocional ni puede tener efecto pedagógico. Como enseña Norberto Bobbio, el sistema represivo es siempre implantado para garantizar el mantenimiento del status quo y no se confunde con el sistema promocional, este sí, transformador. Además, tales sistemas opuestos, el represivo y el promocional, son inconciliables y, por eso, es imposible que la criminalización, esencialmente represiva, pueda generar cualquier promoción de

valores o la superación de cualesquiera problemas axiológicos.

He conocido innumerables casos de defensores públicos y particulares de todo el Brasil, que también han utilizado la decisión bajo comentario,<sup>10</sup> para fundamentar alegatos de inconstitucionalidad de la criminalización del porte para consumo personal. Varios jueces y juezas también han reconocido, en primera instancia, tal inconstitucionalidad, invocando la decisión en referencia como paradigma conductor de su fundamentación.

Además, una experiencia jurisdiccional transformadora merece ser destacada: en una Comarca del litoral de São Paulo una promotora de justicia, representante del Ministerio Público, habiéndose convencido de la inconstitucionalidad de la criminalización del porte para consumo personal, requirió el archivado de todos los procedimientos policiales instaurados para impulsar actos de tal naturaleza, y la jueza de la comarca, de forma valiente y con base a la decisión bajo comentario, acogió tal decisión y postergó tales requerimientos.

## **LA REPERCUSIÓN DE LA DECISIÓN BAJO COMENTARIO**

Hubo una inmediata e intensa repercusión de la decisión analizada en los ámbitos mediáticos, doctrinarios, académicos y judicial.

Los principales diarios de circulación nacional pusieron titulares afirmando lo inédito de la sentencia y, así, provocaron un intenso debate público. La "Folha de São Paulo" del 24 de Mayo de 2008, informó que "Tribunal Judicial de SanPaulo considera que portar drogas no es un crimen" y destacó la polémica que la cuestión suscita, recogiendo opiniones antagónicas de varios especialistas (pág C4).

El "Estado de São Paulo" informó, en su primera página del 23 de mayo de 2008, que "Tribunal de São Paulo decide que portar droga no es un crimen", destacó que la "decisión del Juez que actúa en el Tribunal puede abrir un precedente a otros casos" y también, que "Polémico tema acostumbra causar debates acalorados" informando que

“especialistas en Derecho Penal defienden, hace años, la tesis de la descriminalización”, y recogió opiniones de académicos y juristas: Luis Flavio Gomes aseveró que “ese acuerdo es revolucionario. Abre un precedente importante en São Paulo, y como debe ser dirigido al Tribunal Superior de Justicia (TSJ), hay posibilidades de que sea también acogido por éste”; y María Lucía Karam, en una entrevista, afirmó que “es preciso legalizar la producción, comercio y consumo” (Pág. C-1).

El día 2 de junio de 2008, el “Estado de São Paulo” publicó un artículo de Carlos Alberto Di Franco, criticando la decisión (Pág. A-2), y, el 2 de agosto de 2008, otro artículo del jurista Miguel Reale Junior, que sustentó que “la realidad mostró el fracaso de la línea solamente represiva; en especial, en el ámbito de los usuarios. Debemos comenzar a cambiar por ahí” (pág. A.2). También hubo publicaciones y divulgación de notas y comentarios sobre la decisión en los principales telediarios y en varios programas de radio del país.

En las Universidades y en especial en las Facultades de Derecho, también hubo repercusión por dicha decisión. Hemos tenido información sobre diversos estudios que se están adelantando respecto del tema en el ámbito académico. Mas aún, el 31 de mayo de 2008, en razón de esa decisión participé en la IX Conferencia de Investigación “Drogas un Abordaje Interdisciplinario”, realizado en la Universidad de Sao Paulo, para debatir el tema: ¿Cómo la prensa informa y examina la cuestión de las drogas? Con la participación de estudiantes, profesionales y profesores de derecho, salud y periodismo.

Después, también en razón de esta decisión, fui invitado a participar en el Taller de Juristas y Abogados sobre Reforma Legal en Drogas, realizado por WOLA y el TNI, en Cochabamba, Bolivia, el 1 de Septiembre de 2008.

Finalmente, he recibido innumerables noticias de defensores públicos y particulares de todo el Brasil que han utilizado la decisión bajo comentario, para estructurar alegatos de inconstitucionalidad de la criminalización del

porte de drogas para consumo personal. Y varios jueces y juezas también han reconocido, en primera instancia, tal inconstitucionalidad, invocando la decisión materia de este trabajo, como paradigma conductor de su argumentación.

## **EL EFECTO TRANSFORMADOR DE LAS DECISIONES JUDICIALES**

Indudablemente, las decisiones judiciales pueden tener un efecto transformador. Mencionamos apenas a título de ejemplo, algunas decisiones sediciosas de jueces y juezas que, enfrentando la lógica del sistema y el positivismo reinante en el ordenamiento jurídico provocaron la revocación de la legislación vigente, inspirados por Antígona, que se rehusó a cumplir la ley ateniense en homenaje a los principios que, hoy, podrían ser equiparados a aquellos que enmarcan el sistema de Derechos Humanos con fundamento en la dignidad: por varios años, los jueces y juezas brasileñas se negaron a aplicar dispositivos legales que violan principios constitucionales. Estos dispositivos legales,

- exigían la prisión de un reo en cumplimiento de una condena, sin que hubiese referencia expresa sobre la necesidad de reclusión provisional,
- prohibían la concesión de la libertad provisional en determinadas hipótesis selectivas, incluso en los casos de tráfico ilícito de drogas,
- impedían de forma discriminatoria la progresión del régimen carcelario en ciertos casos, como el tráfico de drogas,
- exigían el envío del condenado a prisión, como requisito previo para tomar en cuenta su recurso,
- impedían el procesamiento del recurso durante la fuga del condenado, y,
- imposibilitaban la realización del interrogatorio del acusado con la participación efectiva del defensor, negando la incidencia del contradictorio en ese momento procesal.

Todos esos dispositivos legales, flagrantemente inconstitucionales, conforme

a lo proclamado en decisiones judiciales recalitrantes, fueron recientemente revocados, en homenaje al imperio de los principios garantistas de presunción de inocencia, del debido proceso legal, del contradictorio, de la amplia defensa, de la doble instancia, de humanidad y de la individualización de las penas.

Como se puede ver, el ejercicio de la jurisdicción garantista, no puede ser equiparado al trabajo inútil e interminable de Sísifo. Es por ello que acredito que las decisiones judiciales que enfrentan a la actual política de drogas, pueden transformar la realidad jurídica actualmente reinante, para conducir al sistema jurídico a su normalidad democrática, en armonía con los principios constitucionales.

## CONCLUSIÓN

Los magistrados, en un Estado democrático, no tienen ningún compromiso con el mantenimiento del "orden" establecido por el Estado, por razones de Estado, como proclamó Creonte al condenar a Antígona al sepultarla en vida. Tenemos, sí, un compromiso irrenunciable con la garantía de los compromisos constitucionales y los Derechos Humanos.

No podemos asumir el papel de títeres de una ideología represiva, prohibicionista y abstencionista, que es contraria a los principios democráticos y constitucionales. No podemos resignarnos mediante ideologías irracionales que dictan políticas de Estado creadas sobre la base de la emergencia y la excepción, con orientación bélica y construídas con fundamentos basados en la prevalencia de la desigualdad, de la exclusión y la injusticia social.

Además, la resignación, como dice Ernesto Sabato, "es una cobardía, es el sentimiento que justifica el abandono de aquello por lo cual vale la pena luchar; en cierto modo es una indignidad". La sentencia es la única arma con la que los jueces podemos resistir. Se trata de una tarea difícil, pero posible.

Más aún, Paulo Freire, el gran educador brasileño, afirmaba que "transformar el mundo es tan difícil como posible".

---

## NOTAS

1. Juez de la Sexta Camera del Tribunal de Justicia, São Paulo
2. *Tribunal de Justiça de São Paulo considera que portar drogas não é crime*, Folha de São Paulo, 24 de maio de 2008, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u404972.shtml>
- 3 Para leer el texto de la legislación actual véase: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/327003.pdf>
4. Maria Lucia Karan, *De crimes, penas e fantasias*, 1991, LUAM (Niterói, RJ), p. 126
5. Lições de Eugênio Raul Zafaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa Del Olmo, Maria Lucia Karan e Salo de Carvalho.
6. Salo de Carvalho, op. cit. p. 256
7. Karan, *Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal*, p. 136
8. Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues, *Nova lei de drogas*, p. 41
9. Ferreira, Otávio Dias de Souza. *Drogas e direitos penal mínimo*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ed; *Revista dos Tribunais*, 2008, v. 75, p. 184.
10. Aquí y en otros sitios en el texto, cuando se habla de "la decisión bajo comentario" se refiere a la decisión del juez autor de reconocer y declarar la inconstitucionalidad de la criminalización primaria del "porte de drogas para el consumo personal".

### Transnational Institute (TNI)

De Wittenstraat 25  
1052 AK Amsterdam  
The Netherlands  
Tel: -31-20-6626608  
Fax: -31-20-6757176  
E-mail: [drugs@tni.org](mailto:drugs@tni.org)  
[www.tni.org/drogas](http://www.tni.org/drogas)  
[www.ungassondrugs.org](http://www.ungassondrugs.org)

### Washington Office on Latin America (WOLA)

1666 Connecticut Ave NW, Suite 400.  
Washington, DC 20009  
United States of America  
Tel: -1-202-7972171  
Fax: -1-202-7972172  
E-mail: [wola@wola.org](mailto:wola@wola.org)  
[www.wola.org](http://www.wola.org)