

COLECTIVO DE ESTUDIOS DE DROGAS Y DERECHO (CEDD)

DESPROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ANTIDROGAS BOLIVIANO

Rose Marie Achá

Acción Andina

2011

I. INTRODUCCION

De acuerdo con el último Censo Nacional de Población y Vivienda, realizado el año 2001; Bolivia contaba, ese año, con 8.274.325 habitantes; 4.123.850 hombres y 4.150.475 mujeres. De ese número, el 58.6% de la población estaba en situación de pobreza; mientras que la población no pobre representaba el 41.4% de los habitantes. En el año 2008, según la Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas (UDAPE), la pobreza medida a través del ingreso laboral per cápita de los hogares mostró que, en los centros urbanos del país, el 60% de la población vive en situación de pobreza, mientras que el 32% en pobreza extrema o indigencia. Sin embargo, hubo algunas mejoras en la economía boliviana y en la implementación de políticas sociales, según datos del Programa País 2010-2015. Bolivia fue declarada, con el aval de la UNESCO, como tercer país de la región libre del analfabetismo. Se redujeron las brechas de género en la educación primaria y los índices de mortalidad infantil y materna. Y se lograron avances a nivel normativo, con la promulgación de nuevas leyes con el objetivo de facilitar el acceso a una justicia ágil y oportuna.

En este contexto, con relación a la administración de justicia una de las problemáticas más serias de vulneración de los derechos es la referida al funcionamiento del sistema penal, el cual tiene la carga represiva y de violencia institucional que derivan de las políticas de Seguridad Ciudadana y de la “lucha contra el narcotráfico”.

En Bolivia, “el tema de las drogas fue un vehículo para la continuación o el relanzamiento modificado de importantes elementos de modelos de seguridad, esencialmente autoritarios, y generalmente vinculados a la promoción y/o defensa de determinados intereses de élites nacionales e internacionales”_(Roncken, 2011).

El presente estudio se enmarca en la política criminal en materia de drogas que sigue el Estado boliviano, cuya expresión es la vigencia de la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley 1008). Se trata de establecer si la respuesta penal con el fin de proteger la salud de la población es proporcional en relación con el daño causado por la problemática de las drogas.

El principio de proporcionalidad en materia penal, tiene el propósito de limitar el ejercicio del *ius puniendi*, restringiendo la intervención punitiva del Estado solamente para aquello que sea necesario y razonable a fin de lograr objetivos constitucionalmente válidos y socialmente aceptados. “El principio de proporcionalidad es la herramienta de ponderación entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano” (García, 2012). El cumplimiento del principio de proporcionalidad, a partir de los criterios de adecuación, necesidad y ponderación, se evaluará en dos dimensiones:

La **proporcionalidad abstracta**, en cuanto a la determinación de las penas, en la etapa legislativa. En ese marco, se realiza un análisis comparativo entre las penas que establece la Ley 1008 para delitos de narcotráfico y las penas establecidas por el Código Penal para delitos comunes.

La **proporcionalidad concreta** que corresponde a la aplicación de la Ley 1008 por el ente jurisdiccional, en el marco del sistema penal antidrogas. Se examinan la

situación de vulneración de derechos, como costo social que deriva del funcionamiento de la operativa penal basada en la ley antidroga.

II. LA POLÍTICA EN MATERIA DE DROGAS

Desde el mes de enero de 2006, cuando Evo Morales Ayma asumió la Presidencia de Bolivia, una de las expectativas hacia el nuevo gobierno estaba relacionada con los cambios en la orientación de la política antidroga. Desde el restablecimiento de la democracia a inicios de la década de 1980, los diferentes gobiernos habían adoptado una política guerrillista en materia de drogas, siguiendo las imposiciones y presiones del gobierno norteamericano, con consecuencias altamente negativas.

El primer gobierno democrático, a la cabeza de Hernán Siles Suazo (1982-1985) en un contexto de alarma debido a las denuncias sobre la relación de jefes militares con el narcotráfico y la existencia de mafias en el Oriente del país, "... reorganizó todo el sistema de política antidrogas en base a convenios y acuerdos con el Gobierno en Bolivia de los Estados Unidos, y el apoyo de las Naciones Unidas. Así se empezó a producir una política que combinaba la dimensión jurídico legal, la interdicción y represión, y las acciones de desarrollo" (Laserna, 2011: 71).

Posteriormente, el gobierno de Víctor Paz Estenssoro (1985-1989) puso en marcha el "Plan trienal de política contra el narcotráfico", enmarcado en la política antidrogas de Estados Unidos, que disponía la interdicción y erradicación de coca excedentaria, habiendo arribado militares norteamericanos para dirigir las tareas de erradicación. Los campesinos cultivadores de hoja de coca realizaron diversas movilizaciones de protesta exigiendo que el tratamiento de la coca se separe del referido a los estupefacientes.

En julio de 1988 se promulgó la Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley 1008). La Ley criminalizó el cultivo de coca y puso en vigencia normas violatorias de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política del Estado, provocando un incremento en la violencia institucional (casos de torturas y detenciones indebidas) así como la multiplicación del número de personas en las cárceles del país.

En el gobierno de Jaime Paz Zamora (1989-1993) se suscribió el denominado Anexo III, mediante el cual Estados Unidos se comprometió a dar un amplio apoyo económico a las Fuerzas Armadas de Bolivia para enfrentar la política contra las drogas. Fue el gobierno de Hugo Banzer Suarez (1997-2001) el que más impulso le dio a la política antidroga para cumplir con los requisitos de la certificación¹ norteamericana y así mantener la cooperación económica anual otorgada por el gobierno de Estados Unidos. Se implementó el Plan Dignidad, que constaba de cuatro pilares: desarrollo alternativo, prevención, interdicción y erradicación. Se propuso la erradicación de 38.000 hectáreas de coca excedentaria, y para cumplir con este objetivo se creó la Fuerza de Tarea Conjunta, integrada por militares y policías.

Posteriormente, el gobierno de Carlos Mesa (2003-2005) en un cambio de postura accedió a la revisión de las políticas antidrogas firmando un convenio con los cultivadores de coca del Chapare para implementar una serie de reformas, entre ellas la autorización del cultivo de un cato (unos 1.600 metros cuadrados) de coca por familia sindicalizada dentro de los territorios de las seis federaciones campesinas de esa región.

El gobierno de Evo Morales, en funciones desde enero de 2006, anunció la modificación de las políticas difundiendo el *slogan* “Coca sí, Cocaína no”. Se puso en

¹ La certificación anual de los Estados Unidos a la lucha antidroga de otros países es un proceso por el cual el gobierno norteamericano evalúa anualmente los resultados de la lucha antidrogas de dichos Estados y, en función a esa evaluación, decide mantener, reducir o eliminar la cooperación económica.

marcha un proceso de nacionalización de la política contra el narcotráfico, implementado por el Consejo Nacional de Política contra el Tráfico Ilícito de Drogas (CONALTID) autoridad máxima que coordina las políticas nacionales antidrogas, ente compuesto por el Presidente de la República y varios Ministros.

En ese marco, el actual gobierno presentó su Estrategia de Política contra el Narcotráfico y de Revalorización de la Hoja de Coca 2007 – 2010 con los siguientes lineamientos: 1) La ejecución de medidas de control e interdicción, 2) Un sistema de prevención y tratamiento y reinserción social, y 3) La revaloración de la hoja de coca. Entre las situaciones relevantes de los últimos años, se pueden mencionar las siguientes: En noviembre de 2008, el gobierno expulsó a la agencia antinarcóticos de Estados Unidos (DEA, por sus siglas en inglés) a la que acusó de haberse inmiscuido en la política interna, dando un mensaje claro de no injerencia. La DEA apoyaba en tareas de inteligencia, y su expulsión fue criticada por diversos sectores en el entendido de que se reduciría la capacidad del Estado de enfrentar el narcotráfico.

En la línea de revalorizar la hoja de coca, en 2010 se creó el Consejo Nacional de Revalorización, Producción, Comercialización e Industrialización de la Hoja de Coca (CONCOCA)², máximo organismo para la definición y ejecución de las políticas que se dirigen a la revalorización, industrialización y comercialización de la hoja de coca.

Asimismo, en julio de 2011 el gobierno de Evo Morales notificó a la Organización de Naciones Unidas (ONU) su retiro de la Convención Única sobre Estupefacientes de

² Decreto Supremo 0649 de 29 de septiembre de 2010

1961, a partir del 1° de enero de 2012, en vista de que debía conciliar la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (aprobada en 2009) con sus obligaciones adquiridas en el plano internacional, anunciando que volverá a adherirse con una reserva respecto de la hoja de coca y sus usos tradicionales y medicinales.

En cuanto a la interdicción al narcotráfico, la Estrategia de Política contra el Narcotráfico apuntaba a aumentar la capacidad y eficiencia de los organismos policiales. En febrero de 2011, un hecho mostró los niveles a los que alcanza la corrupción en los organismos policiales. El general retirado René Sanabria Oropeza, Director del Centro de Inteligencia y Generación de Información (Cigein), organismo creado por el gobierno para suplir el trabajo de la DEA, fue detenido en Panamá por cargos de narcotráfico y juzgado en Estados Unidos. Pese a ser conocido como “el mejor alumno de la DEA”, René Sanabria ocupó el cargo de director de la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico durante el gobierno de Evo Morales, gestiones 2007 y 2008, antes de ser nombrado para dirigir las labores de inteligencia. Recibió una condena de un tribunal de Florida por 14 años y 9 meses de prisión.

El 7 de noviembre del 2011, Bolivia y Estados Unidos firmaron el “Convenio Marco de Relaciones Bilaterales de Mutuo Respeto” que posibilita a ambos Estados retomar las relaciones quebrantadas en 2008.

A inicios del año 2012, el CONALTID aprobó la “Nueva Estrategia de Política Contra el Narcotráfico y Reducción de Cultivos Excedentarios de Coca 2011 - 2015”, actualmente vigente, que tiene tres pilares: la reducción de la oferta, la reducción de la demanda y la reducción de los cultivos excedentarios de coca.

A diferencia de la Estrategia 2007 – 2010, el nuevo documento ya no menciona la revalorización de la hoja de coca en el título ni entre los pilares. Cabe señalar que de

2006 a 2012, según datos de la Fuerza de Tarea Conjunta se erradicaron 40.007 hectáreas en forma concertada, y 5.163 forzosamente³.

A nivel de la institucionalidad, el Ministerio de Gobierno se mantiene a cargo de la operatividad de la política antidroga, a través del Viceministerio de Defensa Social y Sustancias Controladas. Dependiente de este organismo actúan la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN) y los diferentes órganos que la componen, así como la Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados. Asimismo, continúa la participación militar a través de la Fuerza de Tarea Conjunta. El sistema de administración de justicia penal está conformado por el Ministerio Público (60 fiscales de Sustancias Controladas) y el Poder Judicial (jueces y tribunales de sentencia), además de la Dirección General de Régimen Penitenciario.

III. PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA: LA DETERMINACION DE LAS PENAS

“Con carácter general, podemos afirmar que se exige que la gravedad de la pena sea proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto, resultando fundamental la gravedad intrínseca del hecho, es decir, el desvalor de acción y desvalor de resultado. Entre los criterios que se deben tener presentes, se apuntan entre otros: la importancia del bien jurídico; el grado de ofensa al bien jurídico protegido; elemento subjetivo del desvalor de acción; la trascendencia o nocividad social del hecho delictivo; el grado de ejecución; el grado de participación” (González, 2011).

A fin de examinar si, quienes elaboraron y aprobaron la Ley 1008, en junio de 1988, observaron los requisitos de proporcionalidad en la determinación de las penas, se toma como primer parámetro los límites constitucionales. La Constitución Política

³ <http://www.eabolivia.com/seguridad/13410-erradicacion-de-coca-en-bolivia-pasa-de-3-mil-hectareas-en-2012.html>

establece una escala de penas, cuyo máximo son 30 años de privación de libertad, máximo aplicado para sancionar la lesión de derechos esenciales como la vida.

Antecedentes de la Ley 1008.-

Antes de la promulgación de la Ley 1008, se encontraba en vigencia en Bolivia la Ley de Estupeficientes aprobada el 10 de enero de 1962. De acuerdo con Roger Pando, ex-Subsecretario del Ministerio de Justicia, “la Ley del 10 de enero de 1962 es el primer antecedente histórico de la Ley 1008, pues determina tipos penales, configura el delito de tráfico de estupeficientes y establece penas y medidas de seguridad diferentes de las existentes en el Código Penal. Esta norma tuvo vigencia durante algo más de 10 años y solo fue derogada cuando en 1973, las comisiones constituidas años atrás para la modernización de las leyes comenzaron a publicar sus trabajos; uno de estos, da origen al DL 11245 de 20 de diciembre de 1973, que se constituye en el primer antecedente del capítulo referido al régimen de la coca en la Ley 1008; de acuerdo con la corriente iniciada por la ley de 1962, se criminaliza conductas humanas como la siembra de hoja de coca, la tenencia, el suministro, el transporte, el tráfico, la administración y el suministro de estupeficientes y establece además penas severas y limitantes en el Código Penal y su procedimiento, tales como la prohibición en beneficio de libertad provisional, la inadmisibilidad de excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; no reconoce fueros especiales y prohíbe el indulto y la rebaja de la pena”⁴

La Ley 1008.-

⁴ Herrera Añez, Williams “LA DESPENALIZACIÓN DEL NARCOTRÁFICO”. Fragmentos seleccionados. (Continuación de Casi Nada N°12) Bolivia, mayo de 2008

La Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas (Ley 1008), aprobada el año 1988 bajo fuerte presión del gobierno de Estados Unidos a través del mecanismo de la “certificación” anual del país, se caracterizó por expresar la drasticidad de la denominada “guerra contra las drogas”, con enfoque en el cultivo de la hoja de coca, y un incremento de la represión penal y la violencia institucional.

La Ley 1008 no solamente es una norma penal especial, sino que legisla sobre varias áreas y materias, de orden agrario, económico, de relaciones internacionales, y otras. En cuanto a la parte penal, en su Título III, tipifica 28 delitos, desde el cultivo de hoja de coca hasta la importación de sustancias controladas, con tipos penales abiertos (que incluyen en el mismo rango de penas a conductas de diversa gravedad) con penas altas en comparación a los delitos tipificados en el Código Penal.

Otra característica de norma excesivamente severa que alcanzó la Ley 1008, se debió a su parte procedimental, ya que establecía disposiciones abiertamente violatorias de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. En ningún proceso sobre sustancias controladas procedía la libertad provisional; asimismo, las sentencias eran obligatoriamente consultadas ante los tribunales superiores, y los fiscales estaban obligados a apelar y recurrir de nulidad si una sentencia era de absolución o declaratoria de inocencia o imponía una pena inferior a la del requerimiento, bajo responsabilidad por incumplimiento de deberes. Estas disposiciones, que vulneraban el debido proceso, fueron derogadas por La Ley de Fianza Juratoria de 1995 y por el Código de Procedimiento Penal de 2001; quedando vigente la parte correspondiente a los delitos y las penas.

Evolución histórica de las penas.-

A fin de identificar si las penas establecidas en la Ley 1008 se basan en los criterios de proporcionalidad, se toman en cuenta dos parámetros: la importancia del bien jurídico protegido y el grado de afectación provocado por el delito. En ese marco, se realiza primero una distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión.

Los delitos tipificados en la Ley 1008 como el tráfico, transporte y fabricación de sustancias controladas pertenecen a la categoría de delitos de peligro, ya que no lesionan directamente un bien jurídico sino que lo ponen en riesgo. Son delitos tipificados para proteger el derecho a la salud, pero anticipándose a su lesión efectiva, por ello, no tienen una víctima individualizada.

Los delitos de lesión producen un daño efectivo, o la lesión efectiva de un bien jurídico, y por tanto tienen una víctima inmediata e individualizada, como por ejemplo los delitos de homicidio, violación y robo, tipificados por el Código Penal boliviano.

Para el análisis de proporcionalidad, se comparan los montos de las penas de privación de libertad para estos delitos, en tres momentos: 1962, 1988 y 2012.

En 1962, cuando se aprobada la primera Ley de Estupefacientes, Ley 171, se encontraba vigente el Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834. En 1988, cuando se aprobaba la Ley 1008, se encontraba vigente el Código Penal aprobado por Decreto Ley 10426 de 23 de Agosto de 1972. En 2012 se encuentra vigente el texto ordenado de Código Penal aprobado por el Decreto Supremo 0667 de 8 de octubre de 2010.

Tabla comparativa entre los montos de penas para 1962

CÓDIGO PENAL VIGENTE EN 1962		LEY DE ESTUPEFACIENTES DE 1962	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
HOMICIDIO ⁵	20 años	Comercio o suministro de estupefacientes. ⁶	3 a 10 años

CÓDIGO PENAL VIGENTE EN 1962		LEY DE ESTUPEFACIENTES DE 1962	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
VIOLACION ⁷	5 a 15 años	Elaboración completa o incompleta de estupefacientes.	3 a 10 años
ROBO ⁸	1 a 8 años	Posesión de estupefacientes sin justificar su obtención legal.	3 a 5 años

Tabla comparativa de los montos de penas para 1988

CÓDIGO PENAL VIGENTE EN 1988⁹		LEY DE SUSTANCIAS CONTROLADAS DE 1988 (LEY 1008)	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
HOMICIDIO	1 a 10 años	TRAFICO	10 a 25 años
VIOLACION	4 a 10 años	FABRICACION	5 a 15 años
ROBO	1 a 5 años	TRANSPORTE DE SUSTANCIAS CONTROLADAS	8 a 12 años

Tabla comparativa de los montos de penas en 2012

⁵ El Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834 establecía la pena de muerte para el delito de homicidio; sin embargo, la Constitución Política del Estado aprobada el 26 de octubre de 1839 eliminó la pena de muerte para este delito. A raíz de ello, la ley del 3 de noviembre de 1840 estableció una pena fija de 10 años de presidio para el delito de homicidio, esta pena fue modificada poco tiempo después por la Ley del 31 de diciembre de 1840 que estableció la pena de 20 años de presidio para el homicidio.

⁶ El tipo penal definido en el artículo 2 de la Ley 171 incluye tanto las conductas de comercio como de elaboración de estupefacientes.

⁷ En el Código Penal Santa Cruz de 1834, se tipifican delitos de abuso deshonesto y violento en el título: De los delitos contra las buenas costumbres. A partir de ello, se toma un parámetro de pena.

⁸ Artículo 607 del Código Penal Santa Cruz de 6 de noviembre de 1834

⁹ Código Penal del 23 de Agosto de 1972 (con vigencia desde el 5 de Agosto de 1973) en su versión actualizada para 1988.

CÓDIGO PENAL VIGENTE EN 2012¹⁰		LEY 1008 VIGENTE EN 2012	
Tipo penal	Pena	Tipo penal	Pena
HOMICIDIO	5 a 20 años	TRAFICO	10 a 25 años
VIOLACION	5 a 15 años	FABRICACION DE SUSTANCIAS CONTROLADAS	5 a 15 años
ROBO	1 a 5 años	TRANSPORTE DE SUSTANCIAS CONTROLADAS	8 a 12 años

Considerando la importancia del bien jurídico protegido, el delito de homicidio protege el bien jurídico de mayor jerarquía: el derecho a la vida, de cuyo ejercicio dependen los demás derechos, incluyendo el derecho a la salud. Se entiende, por tanto, que este último derecho tiene una importancia menor frente a la vida.

Considerando el grado de afectación que sufre el bien jurídico, el resultado del homicidio es la lesión total del bien jurídico (la pérdida de una vida), y por tanto tiene una víctima inmediata e individualizada. Un delito como el tráfico de drogas, no lesiona sino que pone en peligro el derecho a la salud, por lo tanto no tiene una víctima individualizada.

Desde esta perspectiva, la cantidad de pena impuesta para el tráfico de drogas no debería ser mayor que la correspondiente al homicidio.

Respecto a las otras unidades de comparación, la violación sexual y el robo¹¹, se observa la misma incongruencia entre las penas que se les asigna, como delitos violentos de daño efectivo, frente a las penas para los delitos de peligro de la Ley 1008.

¹⁰ El Código Penal actualmente vigente es el texto ordenado aprobado por el Decreto Supremo 0667 de 8 de octubre de 2010, que incorpora las reformas a la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997.

¹¹ Apoderamiento de cosa ajena mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas

Resulta evidente que la gravedad que se le atribuye a los delitos de drogas en la legislación no proviene del contenido de la conducta lesiva, sino de otros criterios de tipo político, social, cultural o económico externos a la misma.

Proyecto de ley de Sustancias Controladas y Delitos Conexos

Los asambleístas del partido de gobierno están trabajando en un proyecto de nueva ley de sustancias controladas y delitos conexos, que sustituirá la Ley 1008, el mismo que se encuentra en la Asamblea Legislativa para ser tratado, según información de prensa, en este año 2012.

Una revisión del proyecto de ley permite advertir la tendencia actual en la política antidroga.

Este proyecto de nueva ley antidroga no contiene disposiciones relativas al Régimen de la Coca, ya que las mismas serán motivo de otra ley específica, pero sí contiene una definición de delitos y penas y otros aspectos vinculados al funcionamiento de la política contra las drogas.

La Exposición de Motivos del proyecto de ley, en su versión de noviembre de 2011, explica que "la demanda interna de drogas ha penetrado a todos los sectores de la población", frase propia de las campañas electorales que no aparece sustentada en cifras. Algunos miembros de la Asamblea Legislativa se han referido, a través de los medios de comunicación, a los cambios positivos que traerá el proyecto de ley cuando sea aprobado. Uno de ellos es la nueva tipificación de delitos que modificará los tipos penales abiertos de la Ley 1008. Para examinar la propuesta de nueva tipificación, se hace una comparación de las penas para delitos de drogas, entre la Ley 1008 con el proyecto de nueva ley.

Tabla comparativa de las penas en el marco de la política antidroga

LEY 1008 (VIGENTE)		PROYECTO DE LEY	
Tipo penal	Penas	Tipo penal	Penas
TRÁFICO	10 a 25 años	COMERCIALIZACION (con dominio funcional) ¹²	16 a 25 años
		COMERCIALIZACION (sin dominio funcional)	10 a 15 años
FABRICACIÓN	5 a 15 años	REFINACIÓN ¹³	15 a 25 años
		FABRICACIÓN	10 a 15 años
TRANSPORTE	8 a 12 años	TRANSPORTE (con dominio funcional)	15 a 20 años
		TRANSPORTE (sin dominio funcional)	8 a 12 años
ADMINISTRACIÓN DE SUSTANCIAS CONTROLADAS	10 a 15 años	ADMINISTRACIÓN ILÍCITA	10 a 15 años

Si bien se trata de superar los tipos penales abiertos, tipificando diferentes conductas con diferentes montos de penas, hay aspectos que merecen una revisión.

El proyecto de ley incluye un delito no existente en la Ley 1008, se trata del micro-tráfico, al que se propone asignar una pena de 4 a 8 años de privación de libertad. Esta propuesta constituye un avance considerando que la actual Ley 1008 no determina la cantidad mínima de droga para que una persona sea procesada por tráfico, y enfrente a una pena que puede ir desde 10 hasta 25 años de privación de libertad. Debido a ello, en la práctica ha sucedido que personas que portan sobres conteniendo gramos de pasta base sean juzgadas por tráfico, y reciban la pena mínima de 10 años de privación de libertad.

¹² De acuerdo con el proyecto de ley, la persona que tiene el dominio funcional es aquella que, a título de dueña de la sustancia controlada o de responsable del cumplimiento de la actividad ilícita, tiene el dominio de la comisión del acto ilícito realizado por terceras personas.

¹³El proyecto de ley define la refinación como el proceso de purificación y optimización de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas controladas.

Si bien el proyecto de ley especifica cantidades al señalar que un micro-traficante será aquél que trafique con menos de 50 gramos de pasta base o de cocaína, no indica la cantidad mínima que diferenciaría entre la tenencia para consumo personal y la comisión del delito de micro-tráfico, ya que ésta será determinada por dos especialistas médicos. Se conoce que consumidores habituales suelen vender unos gramos, guardando una parte para su consumo personal; si el dictamen médico dice que la cantidad portada no es para consumo, los consumidores serán procesados penalmente. Mantener la posibilidad de que un consumidor habitual de drogas sea remitido a la cárcel, a falta de otra política alternativa, es continuar por el camino represivo de penalizar problemas de salud que deberían ser tratados por otra vía.

Respecto a los consumidores, el proyecto en su artículo 31 señala que quien sea encontrado en posesión de estupefacientes y/o sustancias sicotrópicas en dosis mínimas, para su consumo personal inmediato, ***será sancionado con la medida de seguridad*** de sometimiento a programas de tratamiento y rehabilitación integral dependientes de la Dirección Nacional de Prevención Integral y Tratamiento y Rehabilitación del Drogodependiente (DINAPRED).

Cabe resaltar que la sanción, pre-delictiva, que el proyecto propone imponer al consumidor, es decir la medida de seguridad “no es la consecuencia de la “mala acción” o delito, sino del estado peligroso del autor y se dirige tanto a imputables como a inimputables” (Escuela Nacional de la Judicatura, 2007). El criterio de peligrosidad fundamenta la imposición de las medidas de seguridad, con fines de prevención y utilidad social.

Este enfoque penalizador parece regir el proyecto ya que el mismo, pese a tener la especificidad de una ley penal, incluye también disposiciones sobre prevención,

tratamiento y rehabilitación de drogodependencias, temas de salud y educación que no deberían ser normados por una ley penal.

En general, el proyecto de ley no muestra cambios sustanciales en la tendencia punitiva. Tal como se observa en las tablas comparativas de los montos de las penas, el proyecto propone no sólo penas máximas más altas sino penas mínimas más altas que las establecidas en la actual Ley 1008. Aquí caben las palabras de Fernando Gómez Recio, “con el delito de tráfico de drogas se ha producido un fenómeno peculiar en la historia del Derecho Penal contemporáneo, y es que mientras las penas previstas para los restantes tipos delictivos se han ido dulcificando en atención a principios de humanidad, justicia y reinserción social, las fijadas para el tráfico de estupefacientes sufren una exacerbación punitiva de la que puede aún no hayamos visto el final” (Gómez, 2005).

IV. PROPORCIONALIDAD CONCRETA: LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

A fines de valorar el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la aplicación de la Ley 1008, se consideran los resultados reportados en los diferentes niveles de la interdicción al narcotráfico. Existen falencias y vacíos en el registro de la información oficial, faltan datos sobre varias etapas del sistema penal, y los datos disponibles no tienen uniformidad en periodos ni en fuentes, sin embargo, la información obtenida permite apreciar en cierta medida el grado de proporcionalidad de la actual política antidroga.

De acuerdo con las investigaciones del Centro Latinoamericano de Información Científica (CELIN), los mercados de drogas ilícitas en Bolivia son dos: la cocaína y la marihuana. Ambas drogas de producción, tráfico y consumo en el país.

Para la gestión 2012, el Viceministro de Defensa Social y Sustancias Controladas, Felipe Cáceres, señaló que se cuenta con 20 millones de dólares provenientes del Tesoro General de la Nación y 11 millones de dólares provenientes de Estados Unidos, que son parte del acuerdo bilateral firmado el año pasado. Asimismo, mencionó un monto de 40 millones de euros provenientes de la Unión Europea para la política contra el narcotráfico hasta el 2014.¹⁴ No se conoce la distribución del gasto.

Resultados de la aplicación de la Ley 1008.-

Los resultados de la política antidroga son medidos por el gobierno a partir de los criterios cuantitativos usuales, referidos a la cantidad de incautaciones de drogas y al número de detenidos. A continuación, se examinan los datos y las cifras que fueron difundidos por el Viceministerio de Defensa Social, la Fuerza Especial de Lucha contra el Narcotráfico (FELCN), la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario y la Fiscalía General de la Nación, correspondientes al periodo comprendido entre 2005 y 2011, que proporcionan algunos indicadores de la operatividad del sistema penal antidrogas:

CANTIDAD DE DROGA INCAUTADA, SEGÚN DEPARTAMENTO Y TIPO DE DROGA¹⁵					
(En Kilogramos)					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009
TOTAL DROGA	46.019	139.444	441.612	1.141.475	1.964.304
COCAÍNA BASE	10.152	12.779	14.912	21.641	21.970
CLORHIDRATO DE	1.309	1.309	2.923	7.246	4.922

¹⁴ <http://eju.tv/2012/01/bolivia-cuenta-con-us-31-millones-para-política-antidrogas-temen-que-la-nas-de-eeuu-se-vaya-del-pas/>

¹⁵ Datos contenidos en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística <http://www.ine.gob.bo/>

COCAÍNA					
MARIHUANA	34.557	125.356	423.777	1.112.588	1.937.412

Para 2010 y 2011, se tienen los siguientes datos de la Fiscalía General de la Nación y la FELCN¹⁶, sobre incautaciones de cocaína y marihuana:

INCAUTACIONES	GESTION 2010	GESTION 2011
Cocaína	39 toneladas	33,3 toneladas
Marihuana	1.000 toneladas	382 toneladas

La siguiente tabla muestra otro indicador referido a las personas detenidas.

NÚMERO DE PERSONAS DETENIDAS BAJO CARGOS DE LA LEY 1008 (1), SEGÚN DEPARTAMENTO Y SEXO ¹⁷					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009 (p)
BOLIVIA	4.154	4.198	3.619	3.525	3.220
Hombres	3.161	3.164	2.836	2.323	2.518
Mujeres	993	1.034	783	1.202	702

Las siguientes cifras de la FELCN muestran los delitos más frecuentes¹⁸:

NÚMERO DE PERSONAS DETENIDAS POR POSESION DE DROGA, POR SEXO					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009 (p)
BOLIVIA	951	837	998	807	654
Hombres	755	690	793	645	525
Mujeres	196	147	205	162	129

NÚMERO DE PERSONAS DETENIDAS POR PRODUCCIÓN ILÍCITA DE DROGA, POR SEXO					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009 (p)
BOLIVIA	547	646	539	344	241
Hombres	506	568	496	297	210
Mujeres	41	78	43	47	31

¹⁶ <http://www.hoybolivia.com/Noticia.php?IdNoticia=56401>

¹⁷ Datos contenidos en el sitio web del Instituto Nacional de Estadística <http://www.ine.gob.bo/>

¹⁸ Elaboración propia con los datos de la FELCN difundidos por el Instituto Nacional de Estadística.

NÚMERO DE PERSONAS DETENIDAS POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, POR SEXO					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009 (p)
BOLIVIA	2.314	2.381	1.806	1.447	1.702
Hombres	1.694	1.714	1.349	1.051	1.306
Mujeres	620	667	457	396	396

Si bien no se tienen datos oficiales sobre el número de los procesos judiciales que se sustancian por delitos de narcotráfico, se puede examinar el funcionamiento del órgano jurisdiccional que aplica la Ley 1008 a partir del conocimiento de la situación carcelaria. Para ello, se presentan primero los números totales de personas privadas de libertad en las cárceles de Bolivia por delitos de narcotráfico:

COMPORTAMIENTO DELICTIVO DE LA POBLACIÓN PENAL					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009
BOLIVIA	6.793	7.031	7.683	7.433	8.073
Diversos delitos	3.692	3.953	4.809	4.639	5.551
Delitos de narcotráfico	3.101	3.078	2.874	2.794	2.522

Los datos para la gestión 2011 son los siguientes:

POBLACION CARCELARIA GENERAL Y TIPO DE DELITOS GESTION 2011 ¹⁹			
Número de cárceles	Número total de reclusos/as	Personas recluidas bajo la Ley 1008 ²⁰	Personas recluidas por otros delitos
17	10.300 (100%)	2.429 (24%)	7.871 (76%)

Los datos del periodo entre 2005 a 2009 muestran una paulatina disminución del número de personas encarceladas bajo la Ley 1008. En 2011 esta población alcanza al 24% del total. No hay estudios que establezcan con precisión los motivos de esta situación, sin embargo, de acuerdo con lo señalado por los operadores del sistema penal antidroga y las personas recluidas bajo la Ley 1008 que fueron entrevistados a fines de este estudio, se presume que esta reducción en el número de detenidos puede deberse a

¹⁹ Fuente: Dirección General de Régimen Penitenciario

²⁰ Fuente: Centro de Investigación y Educación Sexual (CIES)

factores diversos. Los factores mencionados incluyen desde la aplicación de la visión garantista del Código de Procedimiento Penal (en vigencia plena desde 2001) que permitió a los jueces la adopción de medidas cautelares que evitan el aumento de la población carcelaria, hasta el incremento paulatino de la corrupción en los diferentes niveles del sistema penal.

Si bien la población carcelaria bajo la Ley 1008 ha disminuido gradualmente, los excesos del sistema punitivo se mantienen y continúan produciendo diversos costos sociales, como se observa a continuación.

La detención preventiva.-

Una flagrante violación del principio constitucional de la presunción de inocencia es la detención preventiva. Un porcentaje alto de detenidos en forma preventiva, como se observa en las tablas siguientes, evidencia la desproporción con la que funciona el sistema penal, principalmente el órgano jurisdiccional encargado de aplicar la ley.

POBLACION CARCELARIA: CASOS RESUELTOS Y CASOS EN DETENCION PREVENTIVA²¹					
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008	2009
BOLIVIA	6.793	7.031	7.683	7.433	8.073
Casos resueltos	1.764	1.799	2.011	2.193	1.999
Detención preventiva	5.029	5.232	5.672	5.240	6.074

POBLACION CARCELARIA Y TIPO DE DETENCION GESTION 2011				
Número de cárceles	Total de reclusos/as	En detención preventiva	Con sentencia	

²¹ Elaboración propias a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística www.ine.gob.bo

2011	10.300 (100%)	8.240 (80%)	2.060 (20%)
2012 ²²	11.516 (100%)	9.626 (84%)	1.890 (16%)

Seis de cada diez personas recluidas por delitos de narcotráfico no tienen condena²³, de acuerdo con un estudio del Centro Puente Investigación y Enlace, difundido en 2012. No se tienen datos de los años anteriores siguientes, sin embargo, un informe de 2006 de la Dirección General de Régimen Penitenciario indicaba que el 77% de las personas que se encontraba en detención preventiva ese año estaba siendo procesada por delitos de narcotráfico (Mapelli et al., 2006).

Se ha señalado, en los medios de comunicación, que el aumento de detenciones preventivas los últimos años puede deberse a la vigencia de la Ley de Modificaciones al Sistema Normativo Penal, del 18 de mayo de 2010, que establece que la detención preventiva debe cesar cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito más grave que se juzga. En el caso de delitos de narcotráfico, las penas altas establecidas en la Ley 1008 contienen mínimos legales también altos; por esta razón la detención preventiva en el sistema penal antidroga fácilmente puede convertirse en una pena por sí misma. Además, por las características de los casos de narcotráfico en un proceso judicial puede haber varios acusados, cada uno con diversos cargos, sujetos a diferentes medidas cautelares. Todo ello permite suponer que los acusados bajo la ley 1008 están particularmente expuestos a permanecer en detención preventiva, respaldando los altos porcentajes mencionados arriba.

La detención preventiva vulnera la presunción de inocencia como garantía personal y principio constitucional y, por consiguiente, la seguridad jurídica. En ese marco, es un indicador de la falta de proporcionalidad y de racionalidad en la aplicación de la Ley

²² <http://eju.tv/2012/02/retardacin-y-aumento-de-reos-preventivos-colapsan-crceles-de-bolivia/>

²³ <http://www.opinion.com.bo/opinion/articulos/2012/0308/noticias.php?id=47025>

1008, que no solamente alude a la actuación de los jueces de instrucción que imponen la detención preventiva, sino a todo el sistema penal que permite que una medida cautelar que debería ser de tipo excepcional alcance a la mayoría de la población penal.

No se han encontrado datos oficiales de la Dirección General de Régimen Penitenciario que indiquen el costo económico que significa cada persona privada de libertad bajo la Ley 1008; sin embargo, se ha ensayado un cálculo a partir de los últimos datos oficiales conocidos, del Informe Nacional de la Dirección General de Régimen Penitenciario correspondiente a la gestión 2006:

APROXIMACION AL COSTO POR PERSONA PRIVADA DE LIBERTAD EN LA GESTION 2006			
Presupuesto asignado a la Dirección General de Régimen Penitenciario: 27.863.826.- bolivianos	Población penitenciaria: 7.730 personas	De ese número, en 2006 estaban recluidas por narcotráfico: 3.204 personas	Costo individual probable: 3.604,63 bolivianos (522 USD) por interno, por año.

El cálculo del costo individual tendrá variaciones si se obtienen los datos de otras gestiones posteriores a 2006. Sin embargo, considerando los altos índices de detención preventiva en la gestión 2006 que llegaron 5.232 personas (casi el 75% del total de internos), cualquier gasto realizado no está vinculado a la persecución del delito ni a los fines de la justicia.

El impacto sobre los niños y niñas.-

Es conocida la situación de hacinamiento, escasa asignación de recursos, insalubridad, violencia y corrupción de las cárceles de Bolivia, ampliamente denunciada por instituciones defensoras de derechos humanos internacionales, estatales y de la sociedad civil, así como los medios de comunicación. En esa situación conviven no solamente

quienes han sido privados de libertad por orden judicial en virtud de una acusación por un delito o de una sentencia condenatoria, sino también sus familias.

Esto refiere a una problemática delicada que es parte de la cotidianeidad del sistema penitenciario: la convivencia de los hijos e hijas de reclusos con sus padres en prisión.

A continuación se muestra los datos proporcionados por la Dirección General de Régimen Penitenciario, difundidos por el Instituto Nacional de Estadística, sobre los niños que viven los penales del país:

POBLACIÓN INFANTIL QUE VIVE CON SUS PADRES EN LOS RECINTOS PENITENCIARIOS, SEGÚN DEPARTAMENTO²⁴				
DESCRIPCION	2005	2006	2007	2008
BOLIVIA	1.436	1.528	1.032	887
Chuquisaca	3	3	3	1
La Paz	285	301	274	205
Cochabamba	225	293	263	208
Oruro	20	35	4	10
Potosí	7	9	11	10
Tarija	10	15	5	5
Santa Cruz	742	750	356	318
Beni	132	110	91	98
Pando	12	12	25	32

La reducción del número de niños en las cárceles entre 2005 y 2008 parece coincidir con la reducción reportada, en ese mismo periodo, del número de personas recluidas por delitos de narcotráfico. Esto puede indicar que un alto porcentaje de los niños que viven en las cárceles son hijos de personas procesadas bajo la Ley 1008.

En la gestión 2011, según datos últimos de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, el número aumentó: alrededor de 1.056 niños y niñas vivían en las

²⁴ <http://www.ine.gob.bo/>

cárceles del país, junto con sus padres y madres. La Defensoría del Pueblo reportó, para la misma gestión, un número mayor: 1.487 niños y niñas y adolescentes. No se puede determinar el porcentaje de niños que son hijos de personas encarceladas bajo la Ley 1008, pero la situación misma expresa las condiciones altamente violatorias de derechos en las que procede la ejecución de las penas en el país, más aún si la Ley 1008 contiene penas altas que demoran la cesación de la detención preventiva, y se conoce que 6 de cada 10 reclusos de la Ley 1008 no tienen condena. También se evidencia la magnitud del drama familiar que suele acompañar a las personas que ingresan al sistema penal antidrogas. Los niños y niñas de las cárceles reciben diferentes apoyos de organizaciones no gubernamentales para que puedan ejercer sus derechos a la educación, salud, alimentación y vestimenta; lo que evidencia también el grado de pobreza o de carencias de sus padres.

La permanencia de niños y niñas en las cárceles remite forzosamente a las falencias del sistema penal, entre las que sobresalen la retardación de justicia, la criminalización de la pobreza, y los elevados índices de detención preventiva.

A través de los diferentes indicadores propuestos, se puede afirmar que la aplicación de la legislación penal antidroga tampoco guarda criterios de proporcionalidad ya que se basa en un enfoque represivo que no considera la dimensión del daño inmediato que produce con el objetivo de evitar un daño futuro. En ese sentido, pese a los resultados positivos anunciados en cuanto a la cantidad de droga incautada, se lesionan derechos individuales y se quebrantan principios constitucionales como la presunción de inocencia, como lo evidencian los altos índices de detención preventiva. Los efectos negativos no sólo recaen sobre quienes son sujetos de acusación penal sino sobre sus familias. La permanencia de más de 1.000 niños y niñas junto a sus padres en las cárceles, es una muestra del impacto sobre los derechos e intereses de terceros sin

una medida de racionalidad o de equilibrio con el interés que se pretende proteger penalmente. La vulneración de derechos y garantías, y las falencias en el cumplimiento de los principios constitucionales, tienen consecuencias también en el Estado y el conjunto de la sociedad.

V. CONCLUSIONES

Entendiendo que el fin del principio de proporcionalidad penal es la prohibición de excesos en los castigos penales, el análisis realizado permite ver que el sistema penal antidroga no cumple con este principio en su base legal ni en su aplicación. Se lesionan derechos fundamentales y principios constitucionales sin examinar alternativas que impliquen menores restricciones; sin evaluar si los resultados logrados en la protección del derecho a la salud compensan los sacrificios en el ejercicio de los demás derechos.

Las tendencias identificadas son las siguientes: 1) el aumento en las penas anteponiendo criterios externos a la gravedad y resultado de la conducta lesiva, 2) el aumento en la visión represiva que impacta negativamente sobre una población más amplia que las personas reclusas, 3) el aumento de violaciones de derechos, tales como la detención preventiva, que priva de libertad a una persona que no es culpable.

Es evidente la relevancia que se sigue dando al sistema penal y a la cárcel en el enfoque de la política antidroga.

Se sigue aplicando el criterio de que a penas más altas menos delitos, utilizando los recursos institucionales de violencia a través de la dimensión militar-policial represiva, y difundiendo los mismos supuestos éxitos que se publican desde el inicio de la “guerra contra las drogas”: el aumento en el número de detenidos, en la cantidad de drogas incautada y en el número de presos en las cárceles, sin que haya evidencias de que la oferta de drogas y el consumo hayan reducido.

Un estudio²⁵ del Centro Latinoamericano de Investigación Científica (CELIN), indica que, entre 2005 y 2010, los consumidores de clorhidrato de cocaína en Bolivia aumentaron en 19.257, los consumidores de pasta base aumentaron en 17.029 y los consumidores de marihuana aumentaron en 35.642. El CONALTID reconoce que hay aumento de consumo de drogas aunque el mismo no llega a niveles de alarma, sin embargo, no presenta ningún diagnóstico que permita conocer la prevalencia del consumo y sus causas, y medir el éxito en su reducción.

La falta de diagnósticos es usual en todas las áreas vinculadas con la política antidroga. Se aumentan los montos de las penas sin presentar un diagnóstico que permita apreciar la efectividad de las mismas, y se llenan las cárceles de presos sin resolver las falencias en el funcionamiento de las agencias del sistema penal.

Es necesario que se construyan indicadores para medir en forma confiable los éxitos de la política antidrogas. Es imprescindible conocer cuánto se ha avanzado efectivamente en el logro de los objetivos de reducción de la oferta y del consumo de drogas que aparecen señalados en todas las políticas y las estrategias antidrogas.

Mientras tanto, parece haber mayor claridad en cuanto a los costos sociales. Los porcentajes de la detención preventiva que siguen elevándose en la actualidad muestran, por sí mismos, el exceso en la pretensión punitiva del Estado. “Una de las manifestaciones más terribles del poder estatal es precisamente el poder punitivo...” (Méndez, 1993). Evidentemente, mientras se continúe utilizando el Derecho Penal (que debería ser la *ultima ratio*) para resolver los problemas sociales, se seguirá pagando un precio alto, no sólo económico sino social y humano.

²⁵ Centro Latinoamericano de Investigación Científica “Consumo de Drogas en Bolivia 1992-2010 (Estudio urbano-población de 12 a 65 años)”, La Paz Bolivia, 2010

BIBLIOGRAFÍA

Centro Latinoamericano de Investigación Científica (2009). *Los mercados de drogas ilegales en Bolivia*. La Paz, Bolivia: CELIN

Centro Latinoamericano de Investigación Científica (2010). *Consumo de drogas en Bolivia 1992-2010 (estudio urbano-población de 12 a 65 años)*. La Paz Bolivia, 2010

Corigliano, M.E. (2006) Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. *Revista internauta de práctica jurídica*. 1139-5885, N°. 18. Disponible en: www.derechopenalonline.com

Díaz García, A. (2008) *El juez de control de garantía frente al tratamiento de datos personales*. U.S. Department of Justice Criminal Division International Criminal Investigation and Training Program (ICITAP) Disponible en: http://www.alfaredi.org/sites/default/files/articles/files/diaz_7.pdf

Escuela Nacional de la Judicatura (2007). *Teoría del delito*. Santo Domingo, República Dominicana: ENJ.

Fuentes Cubillos, H. (2008) El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Revista Ius et Praxis*. Año 14 n° 2.

García Falconi, J. (2012, marzo). La proporcionalidad o dosimetría de las penas. *Revista Judicial Ecuador*

Gómez Recio, F. (2005). *El delito de tráfico de drogas tras la lo 15/03, o la definitiva pérdida del sentido de la medida*. publicado en: www.noticiasjuridicas.com

González Morales, W.A. (2011, julio). El principio de proporcionalidad: aproximación a su contenido en el derecho penal. *Revista Jurídica de Análisis e Investigación del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, Año VII N° 52 Perú. 259-254

Herrera Añez, W. (2008, mayo) *La despenalización del narcotráfico*². *Fragmentos seleccionados*. Continuación de Casi Nada. No. 12. Bolivia.

Laserna, R. (2011). *El fracaso del prohibicionismo*. Bolivia: Fundación Vicente Pazos Kanki.

Lopera Mesa, G. P. y Arias Holguín, D. P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Colombia: Consejo Superior de La Judicatura.

Méndez Rodríguez, C. (1993). *Delitos de peligro abstracto, técnicas para su tipificación*. Madrid: Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia.

Mapelli, B.; Romero, M del R.; Valda, L.; y Miranda, J. (2006). *Informe: situación de las cárceles en Bolivia*. Bolivia: Dirección General de Régimen Penitenciario.

Roncken, T. (2011). *Bolivia: Seguridad Pública y vivir bien*. Grupo de Trabajo “Seguridad en Democracia” Bolivia: CLACSO.

Yenissey Rojas, I. (2008) El principio de proporcionalidad. *Revista Iter Criminis*. No. 3 México.