

LA DESPROPORCIÓN DE LA LEY DE DROGAS: LOS COSTES HUMANOS Y ECONÓMICOS DE LA ACTUAL POLÍTICA EN BRASIL¹

Por Luciana Boiteux² y João Pedro Pádua^{3 4}

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende estudiar la desproporción de la reacción social punitiva frente a delitos que implican drogas ilegales, tanto desde un punto de vista abstracto (indicación legal de la escala penal y aumento de las penas del crimen de tráfico en comparación con otros delitos) como concreto (representatividad desproporcionada de los condenados por ese delito en el sistema penitenciario brasileño, combinada con los costes concretos, tanto económicos como humanos, derivados de esa opción política). De esta forma, se analizarán la racionalidad de la respuesta penal y las consecuencias de la actuación del sistema penal punitivo en la realidad social de los procesados y condenados por crímenes relacionados con las drogas (consideradas) ilegales.

Dicha política punitiva, al priorizar la prisión y dejar en un segundo plano la prevención y el tratamiento, se señala como la responsable del aumento de la superpoblación carcelaria en casi todo el mundo, siendo el objetivo de este estudio la situación específica de Brasil, que no escapa a la regla general del fenómeno observado en otros países. La relevancia de ese análisis está en el hecho de que este país, de dimensiones continentales, posee la cuarta mayor población penitenciaria del mundo, mientras que invierte poco en infraestructuras penitenciarias, habiendo tenido un gran impacto las políticas criminales de drogas.

De esta forma se pretende llenar el vacío existente en los estudios sobre el tema, teniendo presente que, a diferencia de Estados Unidos, en Brasil y en el resto de América Latina los datos sobre el sistema penal son escasos y están poco difundidos. Con esto se pretende contribuir a una reflexión que busca la transformación del actual modelo punitivo en un modelo más humano y respetuoso de los derechos.

¹ El presente trabajo fue escrito originalmente en portugués. Traducción de Susana Vilarchao y revisión de Catalina Perez.

² Profesora Adjunta de Derecho Penal y Coordinadora del Grupo de Investigación en Política de Drogas y Derechos Humanos de la Universidad Federal de Rio de Janeiro.

³ Profesor de la Universidad Federal Fluminense, Director Jurídico de la ONG Psicotropicus.

⁴ Han colaborado como asistentes de investigación en este trabajo: Camila Soares Lippi (Becaria Cnpq y licenciada en Derecho por la UFRJ), Gabriel Duque Estrada (Licenciado en Derecho por la UFRJ) y Nathalya Valério (Becaria CNPq y estudiante de Derecho en la misma institución). Los autores agradecen los comentarios hechos a la primera versión del texto por Maurides Ribeiro, Christiano Fragoso, Pien Metaal y Alejandro Corda, que permitieron perfeccionar este trabajo. Dan las gracias también a los alumnos que se incorporaron posteriormente al grupo y que colaboraron en la revisión de los datos y en la elaboración de las tablas: Jeferson Queiroz dos Santos, Maldyr de Vaz Ribeiro, Natalia Sant'anna de Figueiredo (Becaria UFRJ) y Vinicius Pinheiro Silveira Rosa (Becaria PIBIC/UFRJ).

Este artículo comienza con la exposición de la metodología y del concepto de proporcionalidad de las leyes en materia penal, para pasar a analizar, en el capítulo siguiente, la desproporción de la pena del delito de tráfico de drogas en relación a otros crímenes previstos en el Código Penal, desde un punto de vista abstracto, en relación a las penas previstas por la ley para cada delito. En el capítulo III se estudiará la desproporción en concreto, es decir, cómo actúa el funcionamiento selectivo y discriminatorio del sistema penal en delitos relacionados con las drogas ilegales, seguido del análisis de los costes derivados de esta opción de la política criminal punitiva, tanto en relación a los gastos penitenciarios, como también a los sensibles costes humanos, mediante el ejemplo de un usuario condenado a seis años de prisión por llevar unos 25g de marihuana.

Al final, a partir de los datos y hechos analizados, se pretende responder a la conveniencia/necesidad de la adecuación (es decir, de la proporcionalidad) de la criminalización de esos delitos, en el ámbito de la actual política adoptada.

I. La cuestión de la proporcionalidad de las leyes en materia penal

Este trabajo adopta como metodología la evaluación de la parte penal de la Ley nº 11.343/2006, con base en los parámetros normativos dados por el principio de la proporcionalidad. El trabajo se propone evaluar de qué manera se relacionan con la proporcionalidad que se le debe exigir a todo sistema jurídico y más aún a las leyes penales que afectan de forma más grave a los derechos fundamentales del ciudadano, tanto la criminalización de las conductas por parte de la ley, de forma abstracta, como su aplicación y ejecución concreta. En este sentido se trata de una investigación que actúa sobre la interfaz entre normas jurídicas y hechos concretos.

La adaptación del principio de proporcionalidad a cuestiones específicamente penales llama la atención de juristas desde hace muchos años. Neumann (2008: 223) cita ampliamente la literatura jurídica en Alemania, así como la de los juicios del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre esta cuestión. En portugués, Jorge de Figueiredo Dias (1999: 51-85)⁵ también trata ampliamente y utiliza este principio con el fin de discutir la legitimidad político-criminal de los hechos punibles criminales, y también para proponer nuevos esquemas analíticos para conceptos de Teoría del Crimen y de Teoría de la Pena.

De manera general, el aspecto fundamental del uso del principio de proporcionalidad en materia de Derecho Penal será averiguar cuál es la respuesta que se debe dar a las dos cuestiones

⁵ Cf. en Brasil, por todos, Gomes (2003).

fundamentales del Derecho Penal: si se debe castigar y cómo y en qué medida se debe castigar, teniendo en mente, por un lado, la cuestión de la relación entre las leyes penales en sí y, por otro, los efectos sociales concretos que generan dichas leyes penales. En este sentido, Neumann (2008: 213) propone que el principio de proporcionalidad actúe como un límite horizontal (para la cuestión de “si castigar”) y también como un límite vertical (para la cuestión de “cómo castigar”) para el Derecho Penal.

Por tanto, en el aspecto penal, el principio de proporcionalidad crea una prueba normativa para las normas penales. Esa prueba tiene dos aspectos: un aspecto más fáctico-empírico y un aspecto más normativo (Boiteux y Wiecko, 2009: 31-34).

En relación al primer aspecto, la principal cuestión a la que tiene que responder una norma penal es si la incriminación de una determinada conducta es necesaria y conveniente en relación al objetivo final que es el de proteger a las personas y a las comunidades de las conductas sociales especialmente dañinas. En otras palabras, dado que se quieren evitar determinadas conductas ¿sería la criminalización la manera más conveniente de hacerlo?

En relación al segundo aspecto, la cuestión principal es si la incriminación de una conducta mediante una norma penal realmente protege a las personas y a las comunidades del daño causado por la conducta criminalizada y en qué medida la severidad de la pena para esa conducta va en consonancia con su capacidad de hacer daño. En otras palabras, dado que se va a criminalizar una conducta, ¿causa ésta realmente un (peligro de) daño relevante para las personas y la sociedad? Y, ¿es proporcionada la severidad de la pena a la capacidad que tiene esa conducta para generar ese (peligro de) daño?

Las dos fases de la prueba de proporcionalidad están íntimamente relacionadas. Para responder a la pregunta sobre la conveniencia/necesidad de una criminalización es preciso responder a la cuestión de si hay un daño social evitable mediante esa incriminación. Por otro lado, para responder a la pregunta sobre la capacidad de (peligro de) daño de una conducta y sobre su gravedad, es preciso hablar de los efectos sociales y de la conveniencia de incriminar dicha conducta. Por tanto, la distinción sirve más a fines analíticos, pero como se verá más adelante, resulta informativa en el caso de la Ley 11.343/2006, ya que en este caso la respuesta a las dos preguntas es “no”.

II. La desproporción de la Ley nº 11.343/2006 en abstracto: falta de sistematicidad de las incriminaciones y violación de la adecuación de la pena conminada⁶

⁶ Se indica que está en marcha en el Congreso Nacional Brasileño el debate sobre la Reforma del Código Penal, habiéndose creado dos Comisiones para estudiar las leyes actuales y proponer modificaciones, incluso de crímenes y

La coherencia interna del sistema de normas penales incriminadoras es una de las exigencias de la legitimidad impuesta por el principio de proporcionalidad en su ámbito de adecuación. Aunque la criminalización de determinada conducta derive de una elección legislativa, dicha opción, para que sea justificada, no puede ser aleatoria. Debe obedecer a parámetros de racionalidad tanto en la selección de la conducta incriminada, como en la elección de los parámetros de sanción (es decir, mínimo y máximo de pena y tipo de pena).

Una manera de medir esa coherencia normativa interna del sistema penal es comparar algunas normas penales incriminadoras clave, con el fin de considerar si tanto las incriminaciones como las cantidades de pena obedecen a alguna sistematicidad subyacente identificable. Ese tipo de medida resulta aún más significativa cuando se le añade una perspectiva histórica, con el fin de demostrar las variaciones en la criminalización de las conductas y en la cantidad de pena asociada a cada una de ellas a lo largo del tiempo (es decir, con una perspectiva diacrónica).

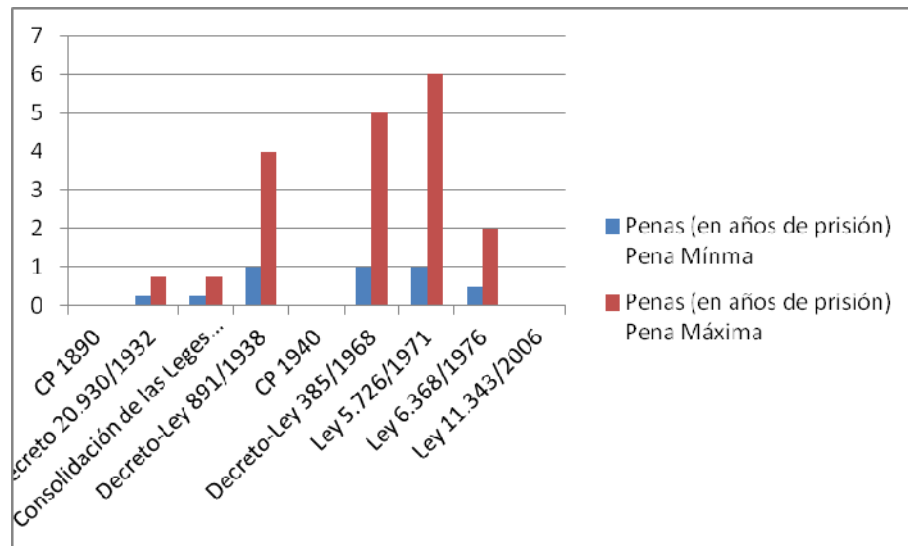
En la redacción original del hecho criminoso que ha dado origen a lo que hoy se denomina tráfico de drogas en el derecho brasileño, prevista en el primer Código Penal de la República, de 1890, todavía no existía una distinción entre sustancias legales e ilegales⁷, y la única pena prevista era la de multa. Desde entonces y hasta ahora, ha habido nada menos que nueve modificaciones legislativas (diez leyes en total⁸) en un potente movimiento de aumento de la cantidad de penas y adición de nuevas conductas para la incriminación. El siguiente gráfico muestra ese desarrollo histórico.

Tabla I: Evolución histórica del crimen de tráfico de drogas

penas en la Parte Especial del CP.

⁷ El Código Penal de 1890, en su art. 159, hablaba de “sustancias venenosas”. Para un resumen de la evolución histórica del crimen de tráfico, cf. Boiteux (2006).

⁸ No se introdujo en ese historial la Ley 10.409/2002. A pesar de haber revocado gran parte de la Ley 6.368/1976, la parte más específicamente penal de la misma (el núcleo de esta parte del trabajo) acabó por no entrar nunca en vigor, de modo que se considera innecesaria su inclusión en la serie histórica de las penas expuestas en la Tabla I.



Cabe destacar la gran variación en la pena para ese delito, especialmente el aumento de la pena máxima en la Ley de 1976, justo cuando el discurso de “guerra a las drogas” empieza a cobrar fuerza internacionalmente, habiéndose alterado la anterior escala penal, que pasó de uno a cinco años de pena de prisión a un parámetro de tres a quince años⁹, con un aumento del trescientos por ciento (o del triple), tanto para la pena mínima como para la máxima. Cabe destacar también que la modificación más reciente sufrida por el crimen de tráfico de drogas, con la vigente Ley n° 11.343/2006, aumentó también la pena mínima de tres a cinco años a pesar de mantenerse la pena máxima en quince años.

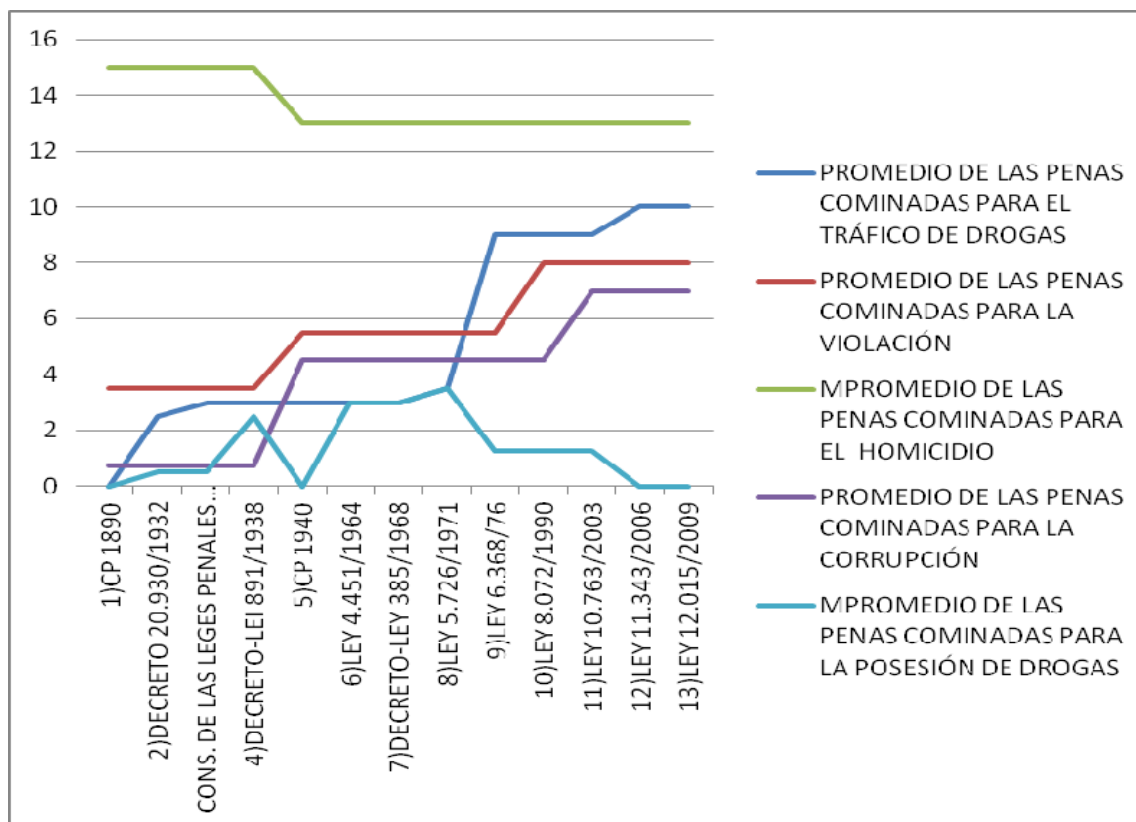
Históricamente el delito de tráfico de drogas presenta una gran variación legislativa de cara a aumentar o a mantener los parámetros de pena anteriores¹⁰. Por otro lado, si lo comparamos con otros crímenes, en una perspectiva histórica hay una mayor estabilidad en la respuesta penal a otros delitos, como se puede ver en la tabla siguiente. En el gráfico se optó por utilizar las medias aritméticas entre las penas mínimas y máximas previstas con el fin de tener una visión más general¹¹:

⁹ En realidad, la Ley n° 5.726/1976 había aumentado la pena máxima a seis años, pero ese incremento no se puede considerar a efectos de fijación de la tendencia.

¹⁰ En los que pese a la Ley n° 11.343/06 se ha establecido una novedad: la posibilidad de reducir la pena de 1/6 a 2/3 en el caso de reos primerizos, con buenos antecedentes, no dedicados a actividades criminales y no vinculados al crimen organizado, en el apartado 4 del art. 33. Para verificar de qué manera la aplicación concreta de esa causa de reducción de pena se redujo bastante en la práctica, ver Boiteux (2010).

¹¹ En otro texto, actualmente en fase de elaboración, se pretende profundizar más aún en la cuestión de la comparación entre penas, incluyéndose el análisis de las penas mínimas y máximas. De momento, para los fines de ese texto resulta suficiente la comparación de las penas medias, que permiten un análisis más general.

Tabla II: Evolución histórica comparativa de las medias aritméticas entre las penas mínimas y máximas



Como se puede ver en la tabla, resulta significativa la desproporción normativa del crimen de tráfico de drogas en relación a los demás crímenes del Derecho Brasileño, además de la gran variación legislativa.

Ese análisis comparado de los tipos penales comienza con el delito de homicidio¹², considerado como el crimen básico para la medida de los índices de violencia, uno de los más duramente penados en el ordenamiento jurídico brasileño, siendo inferior únicamente al delito de latrocinio (robo seguido de muerte)¹³. Al comparar el tipo penal de homicidio con el de tráfico de drogas, se ve que éste no ha sufrido grandes cambios puntuales durante el período, al contrario del otro. En cuanto al homicidio, posiblemente por estar incluido en el Código Penal, sus parámetros penales se han alterado poco (un total de tres leyes, frente a nueve para el crimen de tráfico). Sin embargo, en la línea histórica, la pena media establecida para el homicidio se redujo a partir del Código Penal de 1940, mientras que la pena media del crimen de tráfico fue la que más aumentó entre los delitos estudiados. En ese sentido, mientras que la pena mínima del homicidio se mantuvo

¹² Aquí solo se considera el homicidio simple (art. 121, *enunciado*, del Código Penal), teniendo presente que la escala penal para el homicidio calificado según el derecho brasileño va de 12 a 20 años (art. 121, apartado 2 del Código Penal).

¹³ Art. 157, apartado 3, del Código Penal Brasileño, castigado con penas de 20 a 30 años, en el caso de robo seguido de muerte de la víctima.

constante (en seis años), su pena máxima disminuyó entre la Consolidación de las Leyes Penales de 1932 y el Código Penal de 1940 (de 24 a 20 años).

Además de eso, al comparar la pena conminada para el tráfico de drogas con la del delito de estupro¹⁴, que consiste en la violación sexual de una persona haciendo uso de la violencia o bajo grave amenaza, se ve que en la evaluación de la dinámica histórica la pena máxima para el estupro jamás pasó de los diez años, un aumento de menos del cien por cien en relación con la sanción máxima inicialmente prevista, mientras que su pena mínima aumentó significativamente.¹⁵ Aún así, el resultado final es una pena mínima apenas un año superior a la mínima prevista para el tráfico de drogas, y una pena máxima tres veces menor (diez versus quince años), debiendo destacarse que en la línea histórica la pena media para el crimen de tráfico de drogas supera a la prevista para el estupro.

Igualmente instructiva resulta la comparación entre el delito de tráfico de drogas, que no implica necesariamente violencia¹⁶, y el crimen de corrupción¹⁷, de notable importancia en la actualidad, que también presenta un acentuado y consistente aumento de los parámetros sancionadores. Mientras que el crimen de tráfico pasó por un cambio más radical en su escala penal, pasando de ser un crimen sancionado sólo con una multa a un delito cuya escala va de los cinco a los quince años de prisión; el delito de corrupción en Brasil¹⁸, por el contrario, pasó de una pena que ya era de prisión (de seis meses a un año) a una pena de prisión mayor (de dos a doce años), si bien sigue siendo menor que la pena para el tráfico de drogas (de cinco a quince años)¹⁹.

Se debe añadir también otro dato reciente: la Ley de Drogas de 2006 creó un nuevo delito en el artículo 36, denominado “financiación del tráfico”²⁰, cuya pena mínima (8 años) es superior a la pena mínima del homicidio simple (6 años), siendo idéntica la pena máxima a la de este crimen (20

¹⁴ Art. 213 del Código Penal, con redacción modificada por la Ley nº 12.015/09: “Obligar a alguien, mediante violencia o grave amenaza, a tener conjunción carnal o a practicar o permitir que con él se practique otro acto libidinoso: Pena -reclusión, de 6 (seis) a 10 (diez) años”.

¹⁵ Especialmente en el Código Penal de 1940 (de uno a tres años) y en la Ley nº 8.072/1990 (de cuatro a seis años), pena esta mantenida en la última ley modificadora, Ley nº 12.015/2009.

¹⁶ Y que también se tiene en cuenta en la clasificación de la literatura del Derecho Penal, un crimen de peligro abstracto (en cuanto a la estructura del delito) y de mera actividad (en cuanto a la exigencia de un resultado empírico). Como este no es propiamente un trabajo dogmático de Derecho Penal, aquí no caben digresiones en cuanto a estas clasificaciones y categorías. Para definiciones, ver Santos (2006: 109-110)..

¹⁷ El crimen de corrupción en la Ley brasileña se llama corrupción “pasiva” (art. 317, CP) cuando su autor sea un funcionario público que recibe una ventaja injusta a realizar un acto o dejar de hacerlo.

¹⁸ Art. 317 del Código Penal: “Solicitar o recibir, para sí o para otro, directa o indirectamente, aunque sea fuera de la función o antes de asumirla, pero en razón de esta, una ventaja indebida, o aceptar la promesa de dicha ventaja: Pena -reclusión, de 2 (dos) a 12 (doce) años, y multa”.

¹⁹ La misma situación se ve en relación a otros crímenes de funcionarios públicos contra la Administración Pública, que también se enmarcan en una amplia definición (extrajurídica) de “corrupción”, pero no tiene ese nombre en la ley penal. Un ejemplo es el del crimen de peculado, definido en el art. 312 del Código Penal vigente (de 1940), que también tiene un parámetro sancionatorio de dos a 12 años de prisión.

²⁰ Art. 36. “Financiar o costear la práctica de cualquiera de los crímenes previstos en el art. 33, el enunciado y el § 1º, y 34 de esta Ley:

Pena - reclusión, de 8 (ocho) a 20 (veinte) años, y pago de 1.500 (mil quinientos) a 4.000 (cuatro mil) días-multa”.

años), lo cual viene a ser un ejemplo del radicalismo de la respuesta penal en los crímenes de drogas y puede incluso llegar a considerarse inconstitucional, por la ruptura de la racionalidad y de la proporcionalidad. Dicho elemento se suma en la constatación de la represiva visión del legislador brasileño en relación a los delitos que implican drogas ilegales.

En términos de ofensa, el mensaje enviado por el legislador brasileño, si tenemos en cuenta los parámetros dados por la escala penal de los delitos, es que la salud pública, como bien jurídico tutelado en la Ley de Drogas, tiene más valor que el funcionamiento regular y la probidad de la Administración Pública, bien tutelado en el crimen de corrupción. A pesar de todo, son las desviaciones de la cuantía y la venalidad de los funcionarios públicos, al reducir la cuantía total del presupuesto del Estado, los que dificultan la universalización de la salud pública y la inversión en políticas de salud y tratamiento. Pero esa lógica estructural no se incluye en las discusiones sobre este tema.

Como se verá a continuación, además de desproporcionada, la reacción estatal en forma de altas penas de privación de la libertad aplicadas a los vendedores de drogas ilegales también acarrea elevados costes de encarcelamiento de las personas, los cuales también repercutirán en el presupuesto. Con esta afirmación se cuestiona la coherencia de la respuesta estatal a los crímenes de drogas, para los que la privación de la libertad se considera prioritaria, en detrimento de otras políticas que podrían ser mucho más eficaces para la prevención de su ocurrencia.

Para terminar, en relación con el delito de posesión de drogas para uso personal²¹, crimen considerado hoy en día en Brasil como de pequeño potencial ofensivo, de ahí que ya no admita la pena de privación de la libertad, se percibe una volatilidad notoria, es decir, una gran variación, hacia arriba y hacia abajo, en la línea temporal de la pena media prevista por ley. A diferencia del delito de tráfico, la evolución histórica en Brasil refleja una política actual menos represiva, llevándose a cabo incluso la despenalización²² de la conducta de posesión de drogas para uso personal a partir de 2006, lo que se ha considerado bastante positivo²³. En ese caso, tal y como se demostrará más adelante, la dificultad verificada es la que hace referencia a los límites fluidos e incontrolables entre las conductas de tráfico y de posesión de drogas para consumo personal.

Por tanto, el análisis conjunto de los datos de estos gráficos indica que los crímenes relacionados con las drogas (ejemplificados por el tráfico y la posesión para consumo personal) han

²¹ Art. 28 de la Ley nº 11.343/06: “Quien adquiera, guarde, tenga en depósito, transporte o lleve consigo para consumo personal drogas sin autorización o en contra de las disposiciones legales o reglamentarias 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 asistencia a un programa o curso educativo. § 1º A las mismas medidas se somete quien, para su consumo personal, siembre, cultive o recoja plantas destinadas a la preparación de una pequeña cantidad de una sustancia o producto capaz de provocar dependencia física o psíquica.”

²² Se entiende por despenalización el mantenimiento de la conducta en el rol de los crímenes, sin previsión legal de pena de privación de la libertad, tal y como ocurre en el artículo 28 de la Ley nº 11.343/06, que solo prevé medidas alternativas a la prisión.

²³ Para más detalles sobre la despenalización de la posesión de drogas para uso personal en Brasil ver Boiteux (2010)

conseguido una mayor atención por parte del legislador que cualquier otro crimen en el mismo período, por el mayor número de leyes publicadas sobre el tema. Además de eso, en el delito de tráfico de drogas, el aumento de las penas se ha producido de forma más consistente en el tiempo, y se ha acentuado más que en todos los demás crímenes analizados, incluyendo algunos más asociados a la violencia general y a la sensación de inseguridad en la sociedad, tales como el homicidio y el estupro. El delito de tráfico de drogas también ha tenido un mayor aumento de la pena que el crimen de corrupción pasiva, normalmente asociado a una preocupación creciente de la sociedad por una mayor moralidad, transparencia y control de los agentes públicos, además de ser potencialmente más dañino para la sociedad, dado que puede tener consecuencias desastrosas y a largo plazo sobre las políticas públicas en general y sobre la actividad fiscalizadora del Estado.

Todos estos datos, derivados de un análisis comparativo sincrónico y diacrónico de los tipos de crímenes clave en el Derecho Penal Brasileño, demuestran que el crimen de tráfico de drogas, que a pesar de enumerar conductas sin violencia ni daño directo a víctimas concretas, ha tenido un mayor aumento de las penas que otros crímenes considerados más graves, íntimamente ligados a la violencia (homicidio, estupro), y que los delitos asociados al funcionamiento básico del estado y de la sociedad como un todo (corrupción) ²⁴.

Esa constatación se relaciona con la prueba de adecuación impuesta a las normas penales por el principio de proporcionalidad. El análisis comparativo de las normas demuestra que no hay un criterio o parámetro subyacente identificable en las ediciones de normas penales incriminadoras para conductas relacionadas con las drogas (en comparación con otros crímenes). El exceso de importancia normativa otorgada al crimen de tráfico de drogas (y en cierto sentido también al crimen de posesión) contrasta con la poca relevancia normativa vislumbrada en relación a los demás crímenes, que de forma mucho más directa provocan daños sociales concretos, con víctimas directas duramente atacadas en lo que respecta a sus derechos y bienes jurídicos (como en el caso del homicidio y el estupro), o con víctimas mucho más numerosas y diversas en el tiempo y en el espacio (como en los casos de corrupción).

A esa inadecuación normativa de los crímenes previstos por la Ley 11.343/2006, especialmente del tráfico de drogas), es decir, la desproporcionalidad desde una perspectiva abstracta, se vincula al análisis de la desproporcionalidad en un aspecto más concreto que se verá a continuación, centrado en los costes financieros y humanos derivados de la aplicación de esa ley.

III. La desproporción de la Ley nº 11.343/2006 en concreto

²⁴ En términos de la dogmática de Derecho Penal se podría decir que el bien jurídico de la salud pública, supuestamente protegido por la criminalización de las conductas relacionadas con las drogas ilegales, se ve menos afectado por dichas conductas que los bienes jurídicos protegidos por los demás crímenes considerados (p. ej.: el bien jurídico de la vida, protegido mediante la criminalización del homicidio).

Después de haber visto cómo el aumento de las penas del delito de tráfico de drogas, en abstracto, ha sido históricamente superior a otros delitos de mayor gravedad, incluso aquellos que conllevan el uso de violencia y cómo, en consecuencia, el delito de tráfico de drogas se ve castigado con mayor dureza que otros crímenes graves tales como el estupro y la corrupción, resulta fundamental verificar cómo afecta esa política al sistema penitenciario brasileño, es decir, si la aplicación en la práctica de las penas conminadas es o no proporcional (en cada caso concreto). Para ello se debe verificar, en primer lugar, el impacto de las condenas por tráfico en la realidad de las instituciones carcelarias brasileñas.

3.1. Ley de drogas y encarcelamiento en Brasil

En trabajos anteriores se ha tratado ya el tema del encarcelamiento por crímenes de tráfico de drogas ilegales en Estados Unidos (Bewley, Trace y Stevens, 2005; Bewley, Hallam y Allen, 2009) y en América Latina (Metal y Youngers, 2010). En la práctica se ve una confluencia de las políticas internacionales que siguen la lógica del encarcelamiento en masa como pretendida solución para lidiar con la criminalidad relacionada con las drogas en una realidad carcelaria ya delicada. En ese sentido, se ha verificado como causa del aumento del número general de presos en la amplia mayoría de los países precisamente el aumento de las condenas por delitos de tráfico de drogas, como muestran las conclusiones para América Latina verificadas en el estudio coordinado por Metaal y Youngers (2010).

De esta forma, en las estadísticas generales que contabilizan el crecimiento de la población carcelaria, se ha visto que ésta se debe tanto al aumento de presos por tráfico de drogas ilegales como al de usuarios de esas sustancias, lo que viene sucediendo en distintos países (Bewley, et. al., 2009).

Dicha línea punitiva sigue los dictámenes de la política internacional de drogas, preconizada en las tres convenciones internacionales sobre el tema, que prioriza e impone a los países el uso de sanciones privativas de la libertad como respuesta a la violación de la norma penal, siguiendo la máxima de “guerra a las drogas”. Además de eso, en la práctica de la aplicación de las penas, la forma de funcionamiento del sistema penal conlleva una mayor representatividad de las minorías (minorías étnicas y mujeres) entre los condenados, tal y como ya se ha comprobado en estudios anteriores (Human Rights Watch, 2000).

En concreto, en relación a Brasil, en una investigación anterior se constató un vertiginoso crecimiento de los niveles de encarcelamiento de personas por tráfico de drogas. De forma

progresiva, especialmente a partir de 2006, con la Ley de Drogas brasileña que, como ya se ha visto, aumentó la pena mínima de dicho delito (art. 33), se identificó un endurecimiento significativo e intencional de la respuesta penal al comercio de drogas, lo cual se consideró uno de los principales factores del aumento de la población carcelaria en el país en los últimos años (Boiteux, 2010: 30-39). Como se puede ver en la siguiente tabla actualizada, Brasil ha mantenido un aumento constante y progresivo de su población carcelaria.

Tabla III – Brasil: número total de presos por 100.000 habitantes²⁵

Año	Total de presos	Presos por 100.000/hab
1992	114.377	74
1995	148.760	92
1997	170.602	102
2001	233.859	133
2004	336.358	183
2007	422.590	220
2010	496.251	259,17
2011	514.582	269,79

A partir de esa realidad comparada, resulta importante reflexionar sobre las características de ese crecimiento exponencial del número de presos en Brasil, país que posee la mayor población carcelaria de América Latina, tanto en números absolutos como en cuanto al número de presos por cada cien mil habitantes.

Resulta bastante representativo verificar que el gran crecimiento de la población carcelaria en Brasil es superior, en términos porcentuales, a la verificada en el mismo período en Estados Unidos, considerado el país con la mayor población carcelaria del mundo, que experimentó un aumento (entre 1992 y 2007) de 51,3 por ciento en su tasa de encarcelamiento por cada cien mil habitantes²⁶. Si se tiene en cuenta el crecimiento del número de presos en Brasil entre 1992 y 2011, el número relativo de presos sufrió un aumento de más del triple. En términos de superpoblación carcelaria, la estadounidense resulta menos representativa (110,1%), especialmente si se compara con Bolivia (185,1%), Perú (179,6%) y Brasil (165,7%).²⁷

En América Latina, entre 1992-2008, según Japiassu (2011), muchos países duplicaron, o casi duplicaron, sus tasas de encarcelamiento (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Perú y Uruguay), mientras que otros estuvieron a punto de hacerlo, como por

²⁵ Fuente: International Centre for Prison Studies, considerando los datos más recientes divulgados por Infopen y una población nacional de 197,2 millones en junio de 2011 (datos obtenidos de CELADE). Disponible en: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=214. World Prison Brief supplied by the International Centre for Prison Studies, maintained by Roy Walmsley.

²⁶ EE.UU. ha pasado de 501 presos por cada cien mil habitantes en 1992 a 758 en 2007, según el ICPS.

²⁷ Fuente: International Center for Prison Studies.

ejemplo Ecuador y Nicaragua. Es interesante hacer notar que las únicas excepciones a ese cuadro en la región son Venezuela, que redujo el número de presos, y Brasil, que aumentó en más del triple el número de encarcelados.

Por resultar significativo se entiende que el caso de Brasil merece ser objeto de un análisis más profundo, habiéndose constatado que el ritmo de crecimiento de la población carcelaria en los últimos veinte años no tiene parangón, al igual que el aumento del déficit de vacantes, es decir, se está encarcelando a más personas de las que las condiciones carcelarias permiten. En el cuadro general de incremento de la población penitenciaria, determinados tipos penales han generado un aumento aún mayor, como es el caso del tráfico de drogas, que ha tenido un crecimiento constante desde 2005, superior a todos los demás delitos. En ese sentido, al comparar esos años, se verifica que el número de presos por tráfico aumentó en más del doble en Brasil, donde se constató un aumento registrado del 256,3% del número de presos por tráfico entre 2005 y 2011, tal y como se indica en la siguiente tabla:

Tabla IV - Población carcelaria brasileña: total de presos y porcentaje de condenados por tráfico (2005/2011)

Año	Presos Total	Presos Tráfico	% presos tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.373	65.494	15,50%
2008	451.219	77.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.744	24,43%

Fuente: Infopen/Ministerio de Justicia

Profundizando en este análisis, al comparar los crímenes más representativos del sistema penitenciario brasileño, se verifica que el crecimiento del número de presos por tráfico sigue superando con creces el porcentaje de crecimiento en relación a todos los demás delitos, tal y como se ve en la siguiente tabla. En tres años, llegó casi a duplicarse el número de presos por tráfico en Brasil, lo cual resulta bastante significativo.

Tabla V - Presos por crímenes en Brasil: comparación entre dic/2007 y dic/2011

	Dic/2007	Dic/2011	Variación
Tráfico de drogas	65.494	125.744	+ 91,99%
Homicidio²⁸	48.761	59.069	+ 21,13%
Hurto²⁹	57.442	69.224	+ 20,51%
Estupro	9.754	11.508	+ 17,98%
Robo³⁰	120.079	133.099	+10,84%

²⁸ En 2011 se consideraron tanto los homicidios simples (26.968) como los calificados (32.101), igual que en 2007 (17.310 y 31.451, respectivamente). Fuente: Infopen, Ministerio de Justicia de Brasil.

²⁹ En 2011 se consideraron tanto los hurtos simples (34.292) como los calificados (34.932), igual que en 2007 (26.673 y 30.769, respectivamente). Fuente: Infopen, Ministerio de Justicia de Brasil.

Latrocinio	13.258	14.266	+ 7,6%
-------------------	--------	--------	--------

Fuente: Infopen/Ministerio de Justicia

Se cree que el aumento de los presos por ese delito en los últimos años, se debe a la política represiva prevista por la Ley de Drogas de 2006 que, como ya se ha dicho aumentó la pena mínima prevista para ese delito, despenalizando, al mismo tiempo, la posesión de drogas para uso personal.

Ese factor explica el gran aumento del contingente carcelario, pues las personas condenadas por tráfico han pasado a permanecer más tiempo presas, aparte de la posibilidad de que muchos usuarios puedan ser condenados por tráfico por la nueva ley, ante la falta de criterios claros de diferenciación entre dichas conductas, como ya indicaron los datos empíricos.³¹

La población carcelaria brasileña total está formada por un 6,6% por ciento de mujeres.³² No obstante, en los números oficiales se comprobó que el crecimiento de los presos por tráfico de drogas es aún mayor cuando se presta atención a los casos de las mujeres presas por dicho delito, cuyo porcentaje aumentó en un 114,5% entre 2007 y 2011, tal y como se ve a continuación:

Tabla VI – Crecimiento de los presos por tráfico de drogas por sexo (2007- 2011)

	2007	2011	Variación
Hombres	57.610 (87,96%)	108.833 (86,55%)	+ 88,91%
Mujeres	7.884 (12,03%)	16.911 (13,44%)	+ 114,5%
Total	65.494	125.744	+ 91,99%

Fuente: Infopen/Ministerio de Justicia de Brasil.

Tabla VII - Acusados de tráfico de drogas por la Policía Federal por sexo

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Hombres	83,2%	81,7%	79,8%	76,9%	75,5%	76,4%	76%
Mujeres	13,9%	16,8%	17%	19,6%	21,4%	20%	19,5%
Sexo desconocido	2,9%	1,5%	3,2%	3,5%	3,1%	3,6%	4,5%

Fuente: Secretaría Nacional de Seguridad Pública / Departamento de la Policía Federal. Informe brasileño sobre drogas, SENAD 2009.

En términos del porcentaje de crecimiento, se debe tener en cuenta que, a pesar de que en términos absolutos haya más hombres encarcelados por tráfico de drogas, en términos relativos, las mujeres están sobrerrepresentadas entre los condenados por ese crimen. El análisis de la cuestión del sexo en el tráfico de drogas es un tema bastante delicado, siendo importante destacar que el aumento desproporcional del encarcelamiento femenino por crímenes ligados a drogas se observa en diversos países, incluso en EE.UU., donde se han realizado estudios específicos sobre el tema (Bush-Baskette, 1999).

³⁰ En este punto se tuvieron en cuenta tanto los robos simples (48.572) como los calificados (84.527), igual que en 2007 (36.523 y 83.826, respectivamente). Fuente: Infopen, Ministerio de Justicia de Brasil.

³¹ Cf. Boiteux et al. (2009).

³² Fuente: Infopen, de la de los más recientes de diciembre de 2011.

Además, el crimen de tráfico de drogas ilegales es el que más mujeres lleva a la cárcel, siendo el mayor porcentaje de condenadas por dicho crimen (13,44 por ciento), seguido de los crímenes contra la fe pública, en los que solo un 4,32 por ciento de los condenados es de sexo femenino, tal y como se verifica en la siguiente tabla.

Tabla VIII – Porcentaje de presos por crimen y por sexo (2011)

	Hombres	Mujeres	Total
Tráfico de drogas	108.833 (86,55%)	16.911 (13,44%)	125.744
Crímenes contra la Fe Pública	4.104 (95,65%)	187 (4,32%)	4.291
Crímenes contra el Orden Público	7.790 (95,87%)	336 (4,13%)	8.126
Crímenes contra las personas	58.827 (97,08%)	1.765 (2,92%)	60.592
Crímenes contra el Patrimonio	234.673 (97,52%)	5.969 (2,48%)	240.642
Crímenes contra las costumbres	19.835 (99,06%)	189 (0,94%)	20.024

Fuente: Infopen/Ministerio de Justicia de Brasil.

Hay que destacar que, por lo general, las mujeres en el tráfico de drogas, están en una posición inferior, ya que no se encuentran en la cadena de mando, si bien están ligadas a esa actividad debido a conexiones familiares o afectivas. El tráfico de drogas, igual que cualquier mercado, presenta una división sexual del trabajo, con riesgo de discriminación de la mujer. Muchas de ellas son solo mulas y transportan mercancía o llevan drogas ilegales para sus compañeros a las penitenciarías. La mayoría de ellas no ofrece ningún peligro para la sociedad, pero se las castiga con penas de privación de la libertad y se las excluye de la sociedad y se las separa de sus hijos. Las mulas no se pueden comparar ni siquiera con los “aviones” del tráfico carioca, puesto que no intentan en ningún momento vender la droga, sino simplemente transportarla.

Además de esto, en el caso de las mujeres se añade la vulnerabilidad de género a la vulnerabilidad general observada en relación a la mayoría de los presos por tráfico de drogas. Son mujeres pobres, del continente más pobre del mundo, que realizan trabajos temporales mal remunerados y trabajos degradantes y/o peligrosos. Ese es el perfil y la cara de la mayoría de las mujeres que el sistema penal atrapa al condenarlas por crímenes de tráfico de drogas.³³

Así, en Brasil, el gran aumento de la población carcelaria registrado en los últimos años conlleva graves consecuencias, tanto económicas, relacionadas con el aumento del gasto penitenciario, como humanas, ya que un mayor número de personas se ve sometido a unas pésimas condiciones de vida en prisión. A continuación y a partir de esa realidad se analizará la

³³ Sobre encarcelación de mujeres en Brasil ver: Andrade (2004); Espinoza (2004); Frinhani (2005); Suoza (2005) Lemgruber (1999); Secretaria Especial De Políticas Para Mulheres (2008); Soares y Silva (2002).

desproporción de la ley de drogas, en sus costes humanos y económicos.

3.2. Los costes económicos de la aplicación concreta de la Ley de Drogas en Brasil

Frente a las limitaciones de ese estudio³⁴, en el análisis de los costes económicos de la aplicación de la Ley de Drogas en Brasil se considerarán solo los gastos de la ejecución de la pena de privación de la libertad para los crímenes de tráfico de drogas ilegales, teniendo presente que el delito de posesión de droga para uso personal, para la ley brasileña, no autoriza la privación de la libertad.³⁵

Por ello, a partir del número oficial de encarcelados, se hará un cálculo del gasto público, tomando como base una estimación media oficial del coste individual por preso en el sistema penitenciario brasileño.³⁶

Por tanto, de forma objetiva, el Estado Brasileño gasta anualmente (con sus 514.582 presos) una cantidad de 6.372.000.000 R\$, de la cual 811.010.000 R\$ los gasta solo con los presos por tráfico de drogas, considerando un valor mensual aproximado por preso establecido como parámetro por el Congreso Nacional.

Se trata de un coste muy elevado para el Estado Brasileño³⁷ que, a lo largo del tiempo, no ha conseguido mejorar las condiciones de sus prisiones. Esto llevó, incluso, a una denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por las terribles condiciones de la cárcel conocida

³⁴ El análisis completo en relación a los costes económicos, es decir, a la cantidad de dinero gastada por los Gobiernos estatal y federal en la aplicación de la Ley de drogas brasileña exigiría efectivamente que se consideraran todos los gastos, incluyendo los gastos de personal (Policía y Justicia), administrativos (costes de máquinas, incluyendo equipamientos: vehículos y armamento, entre otros), además de los costes penitenciarios y de salud (tratamiento, internamientos, remedios, servicio social, etc.). A pesar de todo, dicha información no se facilita de forma detallada en los presupuestos públicos de los ministerios, lo que no ha permitido que el estudio utilice esa información para un análisis más amplio. No obstante, hemos intentado centrarnos en los costes penitenciarios estimados de los presos por crímenes de drogas, cuyos datos se encuentran disponibles, para poder analizarlos. Dado que el aumento de la población carcelaria relacionada con el crimen de tráfico de drogas es el mayor aumento relativo, es posible conjeturar sobre el hecho de que gran parte del aumento de los gastos de seguridad pública deriva de un mayor uso de los recursos para este tipo de crimen, a pesar de que la comprobación de esa afirmación exija una investigación específica.

³⁵ Por tanto, de forma intencionada, por falta de fuentes seguras, se dejarán de cotejar los gastos con las demás fases de la persecución criminal, sean cuales sean, de la investigación preliminar, realizada por la policía y la etapa de la Fase Judicial (proceso), que hace referencia a los costes de procesamiento y juicio de las acciones penales, y se analizará únicamente la última fase, la de la ejecución de las penas (de privación de la libertad).

³⁶ Equilibrando las diferencias regionales, se indicarán como fuente los valores comunicados por la Comisión Parlamentaria de Averiguación del Sistema Carcelario del Congreso Nacional que, en julio de 2008, en base a los datos oficiales, indicó como media nacional un coste mensual por preso de 1.031,92 R\$ (mil treinta y un reales y noventa y dos centavos). Fuente: Congresso Nacional (2008: 367). En este se indican ciertas divergencias, por ejemplo, en relación al Estado de Río de Janeiro, el coste mensual por cada preso es de 1.800,00 R\$ (mil ochocientos reales), siendo este el mayor valor en relación a todas las demás unidades federales. En São Paulo, el estado en el que se concentran el cuarenta por ciento de los presos brasileños, presenta un coste medio mensual de 775,00 R\$ (setecientos setenta y cinco reales). También se encontraron referencias a los costes por mes de un preso en penitenciarías de máxima seguridad, que ascendían a un total de 4.500,00 R\$ (cuatro mil quinientos reales), pero estos no se tuvieron en cuenta en este cálculo.

³⁷ A pesar de que la metodología utilizada no sea uniforme, lo cual dificulta la comparación entre los estados, se incluye en el informe antes citado la indicación de que, en esa época, el coste mensual por preso en Brasil sería el equivalente a 670,00 U\$ lo que significaría que el país es uno de los que más gasta por preso en América Latina, superando a Costa Rica (con un coste de 299,00 US\$) y a Argentina (284,00 US\$).

como “Urso Branco”, en Acre, región norte de Brasil, presidio en cuyo interior fueron asesinados más de 100 presos bajo la tutela del Estado entre los años 2000 y 2008. La descripción oficial de las condiciones generales del sistema penitenciario nacional es la siguiente:

Casi todos los presos son pobres, originarios de la periferia, con baja escolaridad y con pocos ingresos o sin ningún tipo de ingreso. En la prisión, el aparato policial actúa siempre con prepotencia, ejerciendo abusos de poder, practicando la ocultación de derechos y actuando, en no raras ocasiones, con violencia. La CPI ha recibido muchas denuncias de delitos falsos, en especial en lo que respecta a las drogas, así como de malos tratos practicados por los agentes policiales.³⁸

Pese al alto gasto oficial brasileño, este no es suficiente para modificar la situación de superpoblación, violencia y tortura en los centros penitenciarios brasileños, además de las graves deficiencias en asistencia médica, social, jurídica y educacional, en alimentación y vestimenta, y de los testimonios de ausencia de control por parte del Estado y de dominio de organizaciones criminales en el interior de algunas prisiones. Una buena parte de los presos no debería estar en las penitenciarías, debiéndose su condición de reclusión a la ausencia o insuficiencia de asistencia jurídica, lo que hace que muchos sigan presos durante más tiempo del previsto por sus penas. La opción de la pena privativa de libertad, al contrario que las medidas alternativas, también influye sobre este cuadro.

En relación al crimen de tráfico que, como hemos visto, es un factor preponderante de la superpoblación carcelaria, la redacción original del apartado 4 del art. 33 de la Ley de Drogas reforzaba la opción de la pena de prisión. Dicho artículo, al tiempo que permitía una reducción de la pena de hasta dos tercios si el acusado era reo primerizo, con buenos antecedentes y no estaba implicado en el crimen organizado, prohibía la sustitución de la pena de privación de la libertad únicamente para este crimen, incluso si la pena era inferior a cuatro años. Solo recientemente, por decisión del Supremo Tribunal Federal, que consideró inconstitucional dicha prohibición, pasó a admitirse esa sustitución³⁹.

Debido a las condiciones insalubres de la mayoría de las prisiones y al hecho de que la gran mayoría de los detenidos son personas pertenecientes a los estratos más desfavorecidos de la sociedad, y considerando las estimaciones que demuestran que la mayoría de los presos por tráfico son pequeños traficantes sin ningún tipo de importancia en la cadena comercial de venta de las

³⁸ Informe de la CPI, *op. Cit.*, p. 214.

³⁹ A partir de la decisión del Supremo Tribunal Federal en el Habeas Corpus 97.256, ahora los traficantes considerados de pequeño nivel tienen derecho a la sustitución de la pena de privación de la libertad por sanciones restrictivas de derecho, habiendo publicado el Senado Federal la Resolución nº 2, el 15 de febrero de 2012, para eliminar de la Ley nº 11.343 (Ley de Drogas) la expresión “prohibida la conversión a penas que restrinjan derechos”, considerada inconstitucional. La medida también podrá beneficiar a los sentenciados que se encuentren presos, por el principio de retroactividad de la ley penal más beneficiosa. El artículo 44 del Código Penal prevé la conversión de la pena de privación de la libertad a una pena restrictiva de derechos siempre que esta no supere los 4 años y que el crimen no se cometa con violencia ni con graves amenazas a personas, y esa regla genérica no se le aplicaba al tráfico a causa de la prohibición de la sustitución impuesta por el artículo 33, apartado 4 de la Ley nº 11.343.

sustancias ilegales, resulta que una gran cantidad de dinero que se podría estar utilizando para invertir en salud, educación e infraestructuras se está desperdiciando en retener a personas que van a salir de la cárcel en peores condiciones que cuando entraron en ella, tal y como apuntan diversos estudios sobre el sistema penitenciario en Brasil y a nivel internacional⁴⁰.

Si comparáramos ese gasto con la inversión pública en educación en Brasil, el contraste es significativo. Si se tiene en cuenta que las estimaciones oficiales indican que el gasto público oficial anual por alumno en Enseñanzas Medias en Brasil, en el año 2008, fue de 2.122,00 R\$ (dos mil ciento veintidós reales)⁴¹, mientras que cada preso, en condiciones insalubres, costaba anualmente durante ese mismo año (2008) 12.383,04 R\$, es decir, casi seis veces más, se puede constatar lo irracional que se muestra la política de encarcelamiento en un país como Brasil que tiene tantas deficiencias en las áreas de educación y salud. Se gasta cerca de seis veces más con un preso que con un alumno en edad escolar. Está claro que hay una situación de baja inversión en educación en Brasil, y que se debería invertir mucho más, pero ese presupuesto se destina a mantener gente encarcelada.

Pero incluso en EE.UU. esa comparación indica que, tal y como se calculó en 1996, el coste de un preso en ese país por año superaba el gasto anual de un estudiante de Harvard, incluyendo la enseñanza, el alojamiento y los gastos diarios de manutención.⁴²

Hay que indicar que aquí solo se está considerando el coste de encarcelamiento, sin tener en cuenta las demás fases del proceso judicial, lo que elevaría más aún el coste económico de esta política de drogas.

En el caso del crimen de tráfico, la situación es aún más escandalosa ya que, pese al alto índice de encarcelamiento, el consumo, la circulación y la venta de drogas no se reduce ni se contiene. Es decir, solo se “pone un parche”: se detiene a muchas personas cuando ya hay muchas otras disponibles para ocupar ese puesto. Muchos usuarios están presos, sin acceso a tratamiento, y siguen utilizando sustancias ilegales y es el contribuyente el que paga por eso.

En términos comparativos, en relación al área de la salud, se verifica que, en 2011, Brasil gastó en programas de salud mental durante el año un total de 1.812.770.000 R\$⁴³, lo cual se

⁴⁰Para una amplia revisión de la literatura, ver Cervini (2002); para estudios sobre la realidad brasileña, Carvalho (2007).

⁴¹ Fuente: INEP, disponible en http://portal.inep.gov.br/estatisticas-gastoseducao-despesas_publicas-p.a_precos.htm, consulta el 18.04.2012.

⁴² Según el economista de Harvard, Jeffrey Miron (2008), sobre los costes recaudados a comienzos de los años 90. *Apud* Bewley-Taylor, Hallam, C. & Allen, R. (2009: 12).

⁴³ Ref. Recursos do SUS destinados a hospitais psiquiátricos e aos serviços extra-hospitalares em 2011. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento/SPO/MS, DATASUS, Coordenação de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas/DAPES/SAS/MS. In: Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. Saúde Mental em Dados 10. Ano VII, nº 10, março de 2012. In: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/mentaldados10.pdf>.

considera insuficiente; y esto, en términos totales, significa que se gasta más en prisiones que en salud mental, sector este último con una elevada demanda de atención social y tratamiento contra la dependencia de drogas en general y otros trastornos mentales, pero que el gobierno no es capaz de ofrecerles a todos. En ese sentido se entiende que los elevados gastos de represión y encarcelamiento (especialmente de los pequeños traficantes) se podrían utilizar mejor para la prevención.

A pesar de todo esto, además del elevado coste económico, se debe destacar el coste humano, es decir, las situaciones absurdas e injustas, además de desproporcionadas, a las que se somete a las personas que sufren en carne propia las contradicciones de la Ley de drogas, tal y como se verá a continuación.

3.3. Los costes humanos de la Ley de Drogas en Brasil

Brasil es un país de contrastes, donde la aplicación de la ley penal resulta selectiva y discriminatoria. A continuación se realizará un breve estudio de caso.

En este caso, se pretende demostrar, en última instancia, que la inconveniencia y la falta de necesidad de criminalización de las conductas relacionadas con las drogas se relacionan con la disfunción social que genera esa criminalización, a pesar del fin declaradamente perseguido de mejora o protección de la salud pública. Desde el punto de vista normativo, esa disfunción se traduce en la vulneración de los bienes jurídicos/derechos fundamentales, sin ninguna contrapartida de protección de otros bienes de equivalente relevancia.

Lo siguiente estudio de caso proporcionará prueba sobre la interfaz entre fallo empírico y fallo normativo de la criminalización de las conductas relacionadas con las drogas, centrándose en los peligros especiales de la criminalización de las conductas relacionadas con el uso de drogas.

El usuario condenado por tráfico a una pena de seis años por portar 25g de marihuana⁴⁴

Mauricio⁴⁵, que tenía 23 años cuando fue detenido, es un ejemplo de la desproporción y de la irracionalidad de la aplicación concreta de la ley de drogas. Consumidor de *cannabis*, estudió hasta sexto curso y es padre de tres hijos, se enfrenta a un proceso preso, como traficante, resultado de las

⁴⁴ Los datos para la narración y descripción del caso se extrajeron de las actas del proceso al que se enfrentó el acusado, y de la entrevista semiestructurada de investigación llevada a cabo en noviembre de 2010 en la penitenciaría en la que aquel se encuentra encarcelado hasta hoy. Un extracto de la entrevista se encuentra disponible en la página web del TNI: <http://www.druglawreform.info/en/publications/the-human-face>.

⁴⁵ Nombre ficticio.

contradicciones de una legislación penal de drogas defectuosa –desde el punto de vista técnico- y tendenciosa, por formar parte de una política criminal represiva. Los crímenes de tráfico de drogas y posesión para consumo propio comparten diversas conductas típicas, con la obligación del reo de probar la intención de cometer el crimen más leve.

Aparte de eso, debido a la falta de criterios claros y objetivos en la ley de drogas, se estableció, en la práctica, la figura de la policía como determinante en la diferenciación entre tráfico y consumo propio, puesto que la gran mayoría de las condenas que implican drogas tienen lugar, y esto constituye flagrante delito, sin una investigación previa. De esta forma, la policía es quien entra en contacto con el reo en primer lugar, y su palabra tiene un gran peso ante el juez.

Mauricio trabajaba descargando pescado en la ciudad portuaria de Angra dos Reis, en el sur del Estado de Rio de Janeiro, ganando 40,00 R\$ (cuarenta reales) por cada ocho toneladas descargadas, y disponía de una renta variable dependiendo de la marea, que determinaba la cantidad de pescado. Mantenía a su familia, junto con su padrastro, que recibía una pensión del INSS.

Las únicas drogas que consumía eran el alcohol y la marihuana. Comenzó a fumar a los 15 años, por curiosidad y animado por sus amigos. Relata que pasó a fumar marihuana todos los días: *“Por la mañana, en cuanto me despertaba, fumaba. Algunas veces, antes de comer. De ahí a la noche fumaba unos dos o tres cigarros de marihuana, antes de dormir. Solo o con mis amigos. Ya formaba parte de mi rutina”*.

Antes de ser detenido por tráfico, tenía antecedentes penales por posesión ilegal de armas, por lo que había estado en prisión durante 4 meses y había tenido que prestar servicios a la comunidad. Afirma que asumió la autoría del crimen para librar a un amigo de ser reincidente.

En septiembre de 2009, a eso de las 12:20, bajaba de una favela, acompañado por su compañera, cuando pasó al lado de un vehículo de la policía militar y fue abordado por los policías. Estos procedieron a registrarle, pero antes de hacerlo él confesó estar en posesión de marihuana y no dio muestras de intento de fuga. La policía encontró en un bolsillo de sus pantalones doce “bolsitas” de marihuana, por un total de 25,96g. En el juicio el policía que encontró la droga afirmó que “ya había oído decir que el reo traficaba”. La tesis de la defensa fue que la droga se destinaba a consumo propio y fue corroborada por la declaración de la compañera del reo, pero la sentencia del tribunal de primera instancia le condenó por tráfico de drogas a una pena de seis años de reclusión basándose íntegramente en las declaraciones de los policías:

“En relación a la autoría, a pesar de la negativa sostenida por el acusado en su interrogatorio, esta quedó demostrada por las declaraciones de los policías que realizaron la detención, que en el juicio incluso afirmaron que habían oído que el acusado vendía sustancias estupefacientes en el muelle que hay en el Centro de la ciudad, lo que anula la tesis de la defensa de que el material incautado estaba destinado al consumo

propio del acusado, no pudiendo, en el presente caso concreto, retirar los cargos.

Hay que destacar que el relato del testigo llamado Flávia no es suficiente para eliminar la credibilidad de las declaraciones de los policías que detuvieron al acusado, habida cuenta de que esta es la compañera del reo, por lo que tiene un interés directo en que el desenlace de la causa sea positivo.

Además, como los policías no conocían al acusado y este tampoco los conocía a ellos, no hay razón para que aquellos inventen la historia con el fin de incriminar a una persona que saben que es inocente”.

Como se puede ver, la jueza defendió la declaración de los policías en cuanto a su sinceridad, pero se abstuvo de analizar la veracidad de la información. Se conformó con que fuera presentada por policías, lo que muestra la importancia que se les da en el juicio.

La Defensa Pública apeló la decisión y, en la sentencia, el órgano de segunda instancia (Cámara Criminal) mantuvo la condena por mayoría de votos, cabiendo aún otro recurso más, teniendo en cuenta que uno de los jueces de segunda instancia cambiaba el cargo por el de posesión de drogas y lo ponía en libertad.

Otros dos aspectos llaman la atención en el caso de Mauricio. El primero es el valor que se le da en el juicio a la declaración de los policías. Ninguno de los policías tenía conocimiento directo de que Mauricio fuera traficante. Ellos habían oído rumores y materializaron estos rumores durante el juicio. La presunción de veracidad conferida a sus declaraciones se utilizó para darle estatus de certeza a los rumores.

En el voto en contra en el juzgado de 2ª instancia, el juez en desacuerdo⁴⁶ ataca justamente la capacidad probatoria de las declaraciones de los policías. Afirmo que el conocimiento de los policías de que Mauricio era traficante se basaba en meros rumores, sin identificación del origen ni de la fuente de los mismos, y que, por tanto, no poseían credibilidad ni fuerza probatoria. En su voto afirma que “La credibilidad de la declaración del testigo depende de la demostración de cómo llegó a esta conclusión el declarante”.

Sin embargo, en la sentencia hubo una fundamentación más extensa, en la que la jueza de apelación afirmó que la condición de usuario no eximía necesariamente de la autoría, puesto que podía tratarse de un usuario-traficante, ya que de otro modo el reo no tendría medios para pagar por la droga (50,00 R\$) para consumo propio, debido al bajo salario como descargador. En base a estos argumentos y a las declaraciones de los policías, la jueza de apelación entendió que los 25g de marihuana se destinaban al tráfico. Es decir, además de ser detenido como traficante, esa condición se justificó en base a su pobreza.

El segundo aspecto que llama la atención de este caso es que Mauricio, al ser condenado por posesión de arma de fuego, una acción que puede poner en peligro a toda la comunidad, la

⁴⁶ Nombre dado al juez de apelación o de segunda instancia.

consecuencia jurídica fue de cuatro meses de prisión y servicios a la comunidad. Sin embargo, al habersele condenado por un crimen relacionado con las drogas, sin ningún tipo de riesgo para terceros, fue condenado a seis años de prisión (lleva en prisión casi tres años y puede seguir ahí mucho más tiempo). Habiendo cumplido más de un tercio de la pena a la que fue condenado, sigue a la espera del resultado del recurso, encarcelado lejos de su familia, que tiene dificultades para visitarlo debido a la distancia. Su madre intentó visitarlo, pero una serie de problemas en el registro del catastro se lo impidieron. En febrero de 2010 su padrastro falleció y su familia, que ya no podía contar con su ayuda financiera, permaneció sin ningún tipo de ingreso hasta que su madre comenzó a recibir la pensión del INSS.

Aún hay posibilidades de recurso, y la fragilidad de los fundamentos condenatorios hace que haya posibilidades de retirar los cargos por el de posesión para consumo propio. Pero incluso en este escenario favorable, el joven ya habrá pasado varios años en la cárcel, funcionando en su contra la presunción de culpabilidad que es el reflejo de la prisión preventiva obligatoria.

La condena de una persona a seis años de prisión por portar unos 25g de marihuana es claramente desproporcionada, siendo esta la pena prevista en el Código Penal Brasileño para el crimen de homicidio, más aún cuando se trata de un usuario, tratado como traficante por su condición social. En ese sentido, ¿cuánto le costará al erario público, al cabo de seis años, el encarcelamiento de Maurício en condiciones inadecuadas en una penitenciaría de Rio de Janeiro? Utilizando la media nacional mensual por preso, antes indicada, se obtiene un valor total de 111.447,36 R\$ (ciento once mil cuatrocientos cuarenta y siete reales), que se podrían utilizar mucho mejor para ayudar a Maurício y a su familia en términos de asistencia social y prevención del consumo de drogas.

Consideraciones Finales

Este trabajo tiene por objetivo responder a la pregunta principal: ¿es proporcionada la criminalización de las conductas relacionadas con algunas drogas (arbitrariamente) consideradas ilegales? Para responder a esta cuestión se ha facilitado una definición del principio de proporcionalidad como instrumento jurídico de prueba de la legitimidad de las normas penales incriminatorias.

A continuación, se muestra la prioridad legislativa dada a las conductas relacionadas con las drogas, a efectos de criminalización, así como el resultado de eso: penas sistemáticamente más altas (absoluta o relativamente) para el crimen de tráfico de drogas que para otros crímenes mucho más dañinos para la sociedad, que, incluso, pueden culminar en la destrucción de la vida de una persona inocente. Es perfectamente posible, y así sucede en muchos casos, que un acusado por un crimen de homicidio reciba una pena menor que un acusado por tráfico de drogas.

Después de esta parte más abstracta, el trabajo asume una perspectiva concreta y demuestra que: (i) en su mayor parte, el crecimiento del número de encarcelados en Brasil de 2007 a 2011, que sigue aumentando y que ya supone la cuarta mayor población carcelaria del mundo, se debe a un vertiginoso aumento del encarcelamiento de las personas condenadas por tráfico de drogas, situación aún más grave entre las mujeres; (ii) como consecuencia, Brasil tiene un coste creciente de encarcelación, en gran medida a causa de la encarcelación por tráfico de drogas; (iii) el gobierno brasileño gasta seis veces más, por término medio, para mantener a un preso que para mantener a un alumno en la enseñanza secundaria, es decir, se gasta más en encarcelar a una persona que en invertir en una política pública que la haría menos vulnerable socialmente, incluso con respecto al abuso y la dependencia de drogas, o de cara al desempeño de actividades criminales; (iv) el perfil de los presos como traficantes implica, en la mayoría de los casos, a personas que tienen vidas difíciles, que son socialmente vulnerables, y que añaden a la dificultad de su vida la sentencia de muerte social por haber sido condenadas por tráfico de drogas, viéndose forzadas a abandonar a sus familias y a dejarlas sin sustento; (v) cuando una persona posiblemente no tan vulnerable es detenida por tráfico sufre un vuelco en su vida, se le arranca de su casa, de su trabajo y su familia, y tarda mucho tiempo en retomar algunas de las tareas normales y cotidianas que llevaba a cabo y pasa a cargar con recuerdos traumáticos para el resto de su vida.

De todas las constataciones de este trabajo, ahora está claro que las leyes de drogas en Brasil, y en especial la Ley 11.343/2006, son desproporcionadas, tanto a nivel abstracto como a nivel concreto. La concepción jurídica de la ley representa un desastre normativo y su aplicación un desastre social aún mayor. Más que cualquier otra ley penal, la Ley de Drogas es selectiva, estigmatizante, ambigua y autoritaria. Afecta especialmente a personas pobres y vulnerables y les aplica penas más graves que las aplicadas a los acusados de estupro, corrupción y, en algunos casos, incluso a los homicidas. Al hacer esto destruye familias, casas, vidas y también supone una sangría injustificable para las arcas públicas, destinada a sustentar un aparato penitenciario que no aporta nada bueno a la vida de los condenados. Ese dinero, invertido de forma defectuosa, deja de invertirse en otras cosas claramente fructíferas para la sociedad, tales como el acceso de los niños a la enseñanza básica y la garantía de su permanencia en la misma.

Es hora de que toda la sociedad se pregunte por qué se sigue gastando tanto dinero en la encarcelación en general, en especial en relación con el delito de tráfico de drogas ilegales, sin que con ello se haya conseguido reducir el consumo, la venta de drogas o la violencia relacionada con ese mercado ilegal.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (2003, jun), Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. v. 16, n. 12, 131-140
- Alexy, R. (2003, dec) On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16, n. 4, 433-49.
- Ávila, H. (2004) *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.
- Bewley-Taylor, D., Trace, M & Stevens, A. (2005) *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Briefing. Paper Seven
- Bewley-Taylor, D., Hallam, C. & Allen, R. (2009) *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen. In: http://www.idpc.net/php-bin/documents/Beckley_Report_16_2_FINAL_EN.pdf.
- Boiteux, L., Wiecko, E. (coord.) et ali (2009). *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, n. 1.
- Boiteux, L., (2006) *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- Boiteux, L. (2010) *Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria en Brasil*. In: Metaa, P., Youngers, C. (Eds). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, (pp. 30-39) Washington: TNI/WOLA.
- Boiteux, L. (2010a) *Trafico y Constitución: un estudio jurídico-social sobre el artículo 33 de la Ley de Drogas brasileña y su aplicación por los jueces de Río de Janeiro y Brasília*. In: II Conferência Latino Americana e I Conferência Brasileira sobre Política de Drogas, 2010, Rio de Janeiro. *América Latina: Debate sobre Drogas (I y II Conferencias Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas*. Buenos Aires : Intercambios Sociedad Civil/Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. v. 1. (pp. 239-247).
- Boiteux, L. (2010b) Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. v. 217, 16-17.
- Bush-Baskette, S. R. (1999) *The 'War on Drugs'. A War Against Women?* In Cook, S., & Davies, S., (Eds). *Harsh Punishment: International Experiences of Women's Imprisonment*. Boston: Northeastern University Press.
- Carvalho, S. (coord.) (2007). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Cervini, R. (2002) *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT.
- Christie, N. (1989) *A indústria de controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense.
- Dias, J. (1999) *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT.
- Forum Brasileiro De Segurança Pública (2011) *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo, ano 5.
- Gomes, M. (2003) *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT.
- Human Rights Watch (2000) *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs*. New York.
- Ministério Da Saúde (2012, março). Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Saúde Mental em Dados 10*. Ano VII, nº 10.

Mendes, G. F. (1999) *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: _____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. (pp. 71-87) São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos.

Metaal, P., Youngers, C. (ed.) (2010) *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA.

Neumann, U. (2008, mar-abr) O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 71, p. 205-232.

Relatório Da CPI Do Sistema Penitenciário. Congresso Nacional (2008) Brasília.

Santos, D. L. S. (2001) *O princípio da proporcionalidade*. In: Peixinho, M. M.; Guerra, I; F.; Nascimento Filho, F. *Os princípios na Constituição de 1988*. (359-82). Rio de Janeiro

Santos, J.C. (2006) *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Silva, V. A. (2002, abr) O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, n. 798, 23-50.

Stevenson, B. (2011, Jan.) *Drug Policy, Criminal Justice and Mass Imprisonment*. Working Paper. Global Commission, Geneva.

ZAFFARONI, E. R. *et alli*. (2003) *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan.