

Legislación penal vigente y proyectos de reforma sobre tráfico y consumo de drogas en la República Federal de Alemania

Walter Perron*

1. LEGISLACIÓN PENAL MATERIAL

a) En la República Federal de Alemania, la materia del tráfico de drogas está regulada en la Ley de Estupeficientes (BtMG) del 28 de julio de 1981, ley esta de carácter primordialmente administrativo pero con muchos preceptos y referencias criminales, de tal modo que con la misma razón esta ley se podría calificar como una ley penal especial con algunas partes y referencias administrativas. Esto no es un mero juego de palabras, sino muestra de que la actitud legisladora frente al llamado problema de drogas básicamente es una actitud de amplia criminalización y represión penal.

La parte administrativa de la Ley de Estupeficientes regula especialmente la producción y el tráfico de drogas, en forma de una prohibición general con la posibilidad de permisos específicos y con un régimen de control muy estricto. Los diversos tipos de estupeficientes están enumerados detenidamente en tres anexos, que se actualizan frecuentemente por decretos gubernamentales. No se distinguen drogas “duras” y “blandas”. Los preceptos penales consagrados en esta ley se refieren básicamente al tráfico ilegal, es decir, sin el permiso necesario, y son accesorios a la regulación administrativa. Además existe un catálogo de “contravenciones” según el cual se sancionan infracciones administrativas en el ámbito del tráfico legal con multas. En lo siguiente, me limitaré a los preceptos penales, esto es, al tráfico ilegal.

b) El sistema de criminalización del tráfico ilegal de drogas aparece notablemente amplio y complicado. El § 29, I, de la BtMG regula en once números varios

* Instituto Max Planck (Alemania).

tipos penales básicos, que describiré detenidamente, a continuación, y donde se imponen penas privativas de libertad de hasta cuatro años, o multa (que puede llegar, según los preceptos generales de los §§ 40 y ss. del Código Penal alemán y atendidos los ingresos y el patrimonio del sujeto, a los 3.600.000 marcos). El tipo central es el de traficar con drogas [*Handeltreiben*], pero también se penalizan varios comportamientos complementarios. Algunos de estos tipos básicos se completan además con la penalización de la tentativa (29, II, BtMG) y del delito imprudente (29, IV, BtMG).

Para casos de mayor gravedad el legislador utiliza dos métodos diferentes de agravación de la pena. El primer método se establece a través de una regla de medición de pena del § 29, III de la BtMG, que deja a la discreción del juez la apreciación de un "caso de especial gravedad", atendiendo a todas las circunstancias, con la consecuencia de que la pena será de privación de libertad de 1 a 15 años. Sin embargo, el legislador limita esta discreción por medio de ejemplos concretos, en los que el juez solo muy excepcionalmente puede prescindir de la agravación. El caso más importante es el del tráfico de estupefacientes en "una cantidad no insignificante" [*in nicht geringer Menge*]. El segundo método lo representa el § 30, I de la BtMG, que contiene cuatro tipos de agravación fijos que llevan automáticamente a una pena privativa de libertad de dos a quince años, por ejemplo, en el caso del tráfico por miembros de bandas que se dedican al comercio de drogas. Pero también en este ámbito el juez mantiene, según el apartado II del § 30 de la BtMG, la facultad discrecional de apreciar un caso de "menor gravedad", con la consecuencia de que la pena se rebaja a privación de libertad de tres meses a cinco años. En suma, el legislador ha enumerado algunas circunstancias agravantes que abren la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad de hasta quince años y que generalmente elevan la pena mínima a prisión de uno o dos años, pero en casi todos los casos el juez puede, según su arbitrio, no aceptar esta elevación de la pena mínima o, por el contrario, aplicar la pena agravada sin la presencia de los presupuestos de una circunstancia agravante de las enumeradas. Dada esta discrecionalidad del juez, parece claro que un mero análisis dogmático de las circunstancias agravantes, aunque necesario, no nos ofrece una imagen real de la criminalización del tráfico de drogas, sino que para ello hace falta observar, en primer lugar, la práctica de los tribunales, a lo que se refiere la ponencia de mi colega FRIEDER DÜNKEL.

Por otro lado, en casos excepcionales el juez tiene también la potestad de atenuar considerablemente la pena o dispensar totalmente de una sanción penal. En primer lugar, esta posibilidad existe según el § 29, V de la BtMG, cuando no concurren circunstancias agravantes y el autor, entre otras conductas, produzca, importe, lleve o se provea de una pequeña cantidad de estupefacientes para el autoconsumo. En segundo lugar, según el § 31 de la BtMG, cuando el autor voluntariamente ofrece sus conocimientos *para el esclarecimiento del hecho más allá de su propia participación* o sobre planificaciones de delitos futuros, de modo que estos delitos puedan impedirse por la policía.

Además existen en BtMG varios preceptos complementarios a las reglas generales del Código Penal alemán relativos a sanciones especiales. De esta manera, el § 33 BtMG aumenta las posibilidades de confiscación o comiso generalmente admisibles según los §§ 73 y ss. del Código, y el § 31 BtMG admite en casos graves la vigilancia de la conducta como medida de seguridad. Para autores drogodependientes el Código Penal alemán establece varias medidas especiales, por ejemplo, el internamiento forzoso en un establecimiento de deshabitación o la recompensa de esfuerzos de terapia voluntaria con la suspensión condicional de la pena o medida de seguridad. Adicionalmente los §§ 35 y ss. de la BtMG prevén la posibilidad de suspender la ejecución de una pena privativa de libertad de hasta dos años ya impuesta, o de prescindir de una acusación cuando el inculcado ha cometido el delito a causa de su drogodependencia y en el presente se somete voluntariamente a un tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

No existen preceptos legales que se refieran específicamente a la ejecución de penas en relación con los delitos de drogas (pero sí en los correspondientes reglamentos administrativos).

c) Los diversos tipos básicos tienen como bien jurídico común la salud pública. En otras palabras, lo que se quiere impedir es la distribución ilegal de drogas. Por consecuencia, el concepto legal más importante es el de "traficar" con estupefacientes del § 29, I, num. 1 de la BtMG, que es interpretado por los tribunales de manera muy amplia. Traficar, según esta interpretación, es ya cada esfuerzo para hacer posible o facilitar la circulación de estupefacientes, motivado por el propio interés, de modo que también actos de preparación o tentativa y actos de mera complicidad ya suponen la presencia de todos los presupuestos necesarios del tipo penal.

Pero al legislador alemán no le basta esta amplia criminalización de la distribución de drogas, sino que ha introducido varios tipos complementarios que en su mayoría son meros tipos de peligro abstracto en relación con el bien jurídico de la salud pública o se refieren a meros actos de participación o preparación. Así también es punible el cultivo o producción, la importación o exportación, el *transporte* y la enajenación, entrega u otra forma de poner en circulación los estupefacientes (§ 29, I, núms. 1, 5 BtMG). Especialmente dudosos aparecen los tipos de mera adquisición o tenencia que no exigen ninguna cantidad mínima (§ 29, I, núms. 1, 3 BtMG), porque el ponerse en peligro a sí mismo y consecuentemente el consumo de drogas por regla general no son punibles. El legislador fundamenta la punición de la tenencia de drogas, de un lado, en el peligro de que equivocadamente se entreguen estas drogas a terceros, y de otro, en la necesidad de evitar dificultades probatorias en el proceso penal, porque en muchos casos no es posible averiguar o probar los fines de la posesión de la droga.

Con independencia de esto, también es punible el proporcionar dinero u objetos patrimoniales para el tráfico o la producción ilegal (§ 29, I, num. 5 BtMG), lo que según las reglas generales sería un mero acto de participación, accesorio a un hecho principal, que solo sería punible si ha llegado al menos al grado de tentativa. De la misma manera se penaliza la propaganda y la comunicación o facilitación de

posibilidades para el consumo de drogas o la inducción al consumo (§ 29, I, núms. 8, 10 BtMG), lo que en la práctica es causa de muchos problemas por la laxitud y vaguedad de estos conceptos, por ejemplo, en el caso del farmacéutico que vende jeringas para disminuir el peligro del SIDA. Según el § 29, VI de la BtMG, también se penaliza el traficar con sustancias que realmente no son estupefacientes pero que se hacen pasar por tales.

Finalmente, existen tipos penales específicos para los médicos y farmacéuticos que recetan o entregan ilegalmente estupefacientes (§ 29, I, núms. 6, 7 BtMG), y para los pacientes que hacen falsas declaraciones con la finalidad de conseguir tales recetas (§ 29, I, núm. 9 BtMG).

d) Las circunstancias agravantes abren, como ya se ha mencionado, la posibilidad de una pena máxima de privación de libertad de 15 años y elevan la pena mínima en dos escalas: a privación de libertad de un año en la primera, y de dos años en la segunda. Agravantes de la primera escala son, según el § 29, III de la BtMG, la profesionalidad, la puesta en peligro concreto de la salud de varias personas, la entrega de drogas por adultos (más de 21 años) a los jóvenes (menos de 18 años) y el traficar, entregar o poseer drogas en una cantidad no insignificante.

De todas estas agravantes, la última es la de mayor relevancia. No se distingue entre las diversas clases de drogas y tampoco entre drogas “duras” y “blandas”, sino que el *Bundesgerichtshof* (BGH, esto es, el Tribunal Supremo alemán) atiende al agente activo contenido en la sustancia. Para las drogas más frecuentes ha decidido lo siguiente:

Cannabis: 7.5 gr. tetrahydrocannabinol (THC). El hachís contiene generalmente entre 0.8 y el 15% THC, marihuana entre 0.1 y 5%. Si una determinación exacta no es posible, 500 gr. de hachís han sido considerados como insuficientes.

Heroína: 1.5 gr. heroinhydroclorida. La heroína es vendida con concentraciones entre 1 y 98%.

Cocaína: 5 gr. La cocaína se vende con concentraciones entre 1 y 99%.

La finalidad de esta agravante es sancionar toda acumulación significativa de drogas con una pena mayor. Especialmente se quiere impedir la objeción de que se ha almacenado para el autoconsumo, por lo que solo se desiste de la agravación, en casos de mera tenencia, cuando se comprueba claramente que no existía ninguna intención de traficar.

En la segunda escala las agravantes consisten en el cultivo, producción o tráfico de drogas como miembro de banda formada para realizar continuamente tales actos, en la entrega profesional de drogas por adultos a jóvenes, en la causación por imprudencia temeraria de la muerte de la persona a quien se entregó la droga, y en la importación de drogas en una cantidad no insignificante. Las agravantes más significativas de este grupo son las de la comisión por miembros de bandas que se dirige primordialmente contra la criminalidad organizada y la de la importación de cantidades no insignificantes.

e) Las dos circunstancias atenuantes que pueden llevar hasta la exención total de la pena se basan en razones muy diferentes. Primero, el § 29, V, de la BtMG, concede

este privilegio al que cultiva, produce, importa, exporta, transporta, adquiere o posee estupefacientes en una pequeña cantidad, exclusivamente para el autoconsumo. La atenuante está justificada por la impunidad general del consumo de drogas, de modo que se estima inadecuada una sanción penal en los casos en los que también por las circunstancias externas parece obvio que el autor no tiene la intención de traficar. En este sentido, el § 29, V de la BtMG, funciona como correctivo de la criminalización general de la mera tenencia de drogas del § 29, I, num. 3 BtMG. Pero desde un punto de vista politicocriminal, esta atenuante tiene dos graves inconvenientes. Primero, porque la atenuación es facultativa y no obligatoria. Segundo, porque en la práctica se aplica mucho más restrictivamente de lo que la ya restrictiva terminología legal lo exigiría. “Cantidad insignificante” no se interpreta como contrario a “cantidad no insignificante”, sino que entre ambas clases se pone un tercer grupo de “cantidad normal”. Así, la “cantidad insignificante” no llega hasta los límites de la agravante del § 29, III de la BtMG, sino que —según nuestros tribunales— no debe exceder de la dosis que una persona no acostumbrada al uso de drogas necesitaría para un día. Los límites de la atenuante, en la práctica, consecuentemente son (¡sustancia total, no agente activo!):

—Hachís: 6 gr.

—Heroína: 0.15 gr.

—Cocaína: 0.3 gr.

La segunda atenuante se funda en meras razones politicocriminales. Según el § 31 de la BtMG, el juez puede privilegiar al autor que por voluntaria revelación de sus conocimientos ha contribuido esencialmente al esclarecimiento del hecho más allá de su propia participación, o al autor que voluntaria y tempranamente ha revelado sus conocimientos de modo que los delitos ya planificados puedan impedirse. En la práctica, es la primera alternativa la de mayor relevancia. Sin embargo, no está claro si esta regulación realmente ha sido eficaz o si el único resultado real es un frecuente abuso por la defensa en los procesos penales, favorecido por la jurisprudencia del BGH, que exige muy poco para que se dé una “contribución esencial en la averiguación”, de modo que la fantasía de los acusados se puede desarrollar en amplias formas. Desde el punto de vista del Estado de derecho se han criticado mucho estos “negocios con criminales”, pero por ahora no se prevé su derogación.

f) De los preceptos que se refieren a las sanciones, me limitaré a los §§ 35 y ss. de la BtMG, los cuales posibilitan la suspensión de la ejecución de una pena de privación de libertad de hasta dos años ya impuesta, o de la acusación penal en casos en los que se espera como máximo dicha pena, si el autor ha cometido el hecho a causa de su drogodependencia y se halla en tratamiento de rehabilitación, o asegura que se someterá a este tratamiento en el primer caso (pena ya impuesta), o ya está sometido a tratamiento desde hace tres meses en el segundo caso (todavía no acusado).

Las intenciones del legislador eran la humanización, resocialización y descrimnación de la actitud respecto de personas delincuentes por su drogodependencia. Se

reconoció que la drogodependencia no es un problema criminal, sino social y patológico. La amenaza de pena solamente debería funcionar como estímulo de la voluntad para someterse a una terapia de deshabitación y rehabilitación.

En efecto, los expertos juzgan muy críticamente la eficacia de estos preceptos. Estudios empíricos hacen suponer que la decisión de someterse a tratamiento no se puede producir monocausalmente por presiones judiciales, pero que, por otro lado, estas presiones, en algunos casos, sí funcionan. Además, en el caso del autor que se niega a someterse a tratamiento, la ley exige tratarle como delincuente, y no como el enfermo que realmente es.

De todas maneras, se puede constatar que, dada la amplia y severa criminalización de toda forma de contacto con drogas ilegales, los §§ 35 y ss. de la BtMG parecen por lo menos insuficientes, si se acepta que el uso de drogas es un problema primeramente social y patológico. Son insuficientes, porque no pueden compensar los daños que causa la intervención del derecho penal que impide la adopción de medidas sociales profundas.

2. LEGISLACIÓN PENAL PROCESAL

La ley procesal penal alemana (StPO) no contiene preceptos especialmente referidos al tráfico ilegal de drogas. Pero, puesto que las penas de la BtMG colocan estos delitos en el ámbito de la criminalidad más grave, está claro que todas las medidas coercitivas que contiene la StPO también se pueden aplicar aquí. Así, el § 100a de la StPO, que regula el control de las telecomunicaciones, contiene en el catálogo de los delitos que pueden justificar esta medida cautelar también tipos penales agravados de la BtMG (§§ 29, III, nums. 1, 4; 30, I, nums. 1, 2, 4). Según el § 104, II de la StPO, las restricciones para registros domiciliarios nocturnos del § 104, I no rigen respecto a habitaciones que fueran conocidas por la policía como escondites del comercio prohibido de narcóticos. Y el § 112a de la StPO enumera como motivo adicional de la prisión provisional, en los casos de sospecha de delitos de drogas, el peligro de la reiteración.

Sin embargo, los problemas procesal-penales más graves no se hallan regulados en la StPO: los problemas relacionados con los llamados "hombres de conexión" [V-Leute]. Dado que la "escena de drogas" aparece como círculo cerrado, *criminalizado en todos sus niveles*, en la práctica no existen denuncias de "víctimas" para iniciar la persecución penal. Un control represivo efectivo del tráfico ilegal de drogas, por tanto, solamente puede realizarse por medio de colaboradores secretos o agentes policiales, infiltrados clandestinamente en la "escena", que observan personalmente los hechos delictivos. Así, en un gran número de procesos el tribunal y la defensa se encuentran frente a aquellos "hombres de conexión".

Los problemas causados por este fenómeno son varios. Primero, tanto el Tribunal Federal Constitucional (BVerfG), como el BGH han considerado admisible, por motivos de conveniencia y de necesidad, el uso de estos agentes secretos, es decir, que el Estado y sus funcionarios o encargados espían clandestinamente la

esfera privada de los ciudadanos. Pero la vida adaptada al ambiente de los traficantes y consumidores de drogas exige frecuentemente la comisión de hechos punibles, y para descubrir traficantes más importantes hace falta provocar nuevos delitos, lo que, según las reglas generales, es punible por lo menos como inducción (para funcionarios el tráfico para fines profesionales con drogas es lícito según el § 4, II, BtMG). Además, los agentes policiales muy frecuentemente se hallan en conflicto con el principio de legalidad, porque no quieren iniciar una persecución por un delito leve (por ejemplo, la tenencia de drogas en cantidades menores) que impediría llegar hasta los traficantes mayores, con la consecuencia de cometer un encubrimiento personal, punible según el § 258a del Código Penal alemán. Todos estos problemas de la punibilidad del agente clandestino no han sido hasta ahora solucionados dogmáticamente, pero en la práctica no existen persecuciones penales contra funcionarios policiales por tales comportamientos. Sin embargo, si la provocación del agente secreto tuvo mayor influencia en la realización de un comportamiento delictivo, esto (en la fase de la medición de pena) se considera como circunstancia atenuante de mucha significación.

Un segundo ámbito de problemas se da en relación con los métodos de investigación empleados por estos agentes, como, por ejemplo, registros clandestinos sin la autorización necesaria. Algún tribunal ya decidió que en estos casos se puede aplicar la causa de justificación general del estado de necesidad, pero esto es muy discutido por la doctrina y carece hasta ahora de una solución convincente.

El problema tal vez más grave ocurre en la práctica, cuando las autoridades policiales se niegan a identificar a un informante o agente secreto porque temen que este pueda ser víctima de actos de venganza, o porque prefieren que el agente pueda continuar su trabajo clandestino sin peligro de ser descubierto. Según la opinión de nuestros tribunales, la no identificación por la policía en principio es legítima, de modo que el deber del juez de investigar el caso y el derecho del acusado de solicitar la realización de determinadas pruebas se hallan limitados por el interés de proteger al testigo y de mantener sus capacidades de observación y averiguación. Sin embargo, no se acepta un interrogatorio en el juicio oral sin identificar nombre y dirección del testigo frente al defensor, y no se permite blindarle óptica o acústicamente. En este sentido solo se permite la exclusión de la publicidad y del acusado mismo, pero no de su defensor. El ministerio fiscal y la policía, por lo tanto, solamente pueden elegir entre presentar el testigo e identificar sus datos personales o impedir completamente su presencia en el proceso. En el último caso el fiscal puede introducir en el juicio oral actas de interrogatorios anteriores, realizados ante un funcionario policial, y presentar este funcionario como testigo de oídas, pero los tribunales le atribuyen escaso valor probatorio. En consecuencia, la policía no considera esta alternativa muy apropiada.

En suma, el uso de informantes o agentes clandestinos ha creado un cúmulo de problemas que hasta ahora carecen de una solución convincente, desde el punto de vista de la práctica y de la teoría.

3. PROYECTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN

En el período de legislatura que terminó a finales de 1990 se presentaron varios proyectos de reforma, de los cuales ninguno fue aprobado finalmente. Sin embargo, en el acuerdo de coalición entre los partidos políticos que forman el nuevo gobierno federal se manifestó expresamente la intención de asumir los fines de aquellos proyectos, por lo que los describiré en breves palabras a continuación.

El proyecto más amplio es el del gobierno de Baviera, del 30 de enero de 1990, que intenta mejorar el instrumentario represivo en todas las materias, penal y procesal, mientras que los dos proyectos del gobierno federal del 25 de octubre de 1989 y del 5 de enero de 1990, y el proyecto del grupo parlamentario socialdemócrata del 4 de octubre de 1989, concentran sus esfuerzos en absorber las ganancias pecuniarias del tráfico ilegal de drogas. Por consiguiente, trataré primeramente el proyecto bávaro, y en el ámbito de la ampliación de las sanciones contra el patrimonio y la propiedad incluiré los restantes proyectos.

A pesar de que la discusión politicocriminal en los últimos años haya girado en favor de la liberación y despenalización del tráfico de drogas, los proyectos legislativos favorecen una fuerte agudización del instrumento represivo, especialmente para mejorar la lucha contra la criminalidad organizada, y al mismo tiempo niegan la efectividad de una amplia despenalización de las conductas de los consumidores y pequeños traficantes de drogas. Las sugerencias del proyecto bávaro en el campo del derecho penal material contienen entre otras:

— Agravación de las penas, especialmente contra miembros de bandas: privación de libertad de 10 a 15 años o perpetua; *se facilitan los requisitos* de la inhabilitación especial para médicos y farmacéuticos.

— Introducción de un nuevo tipo penal de “lavado de dinero” y confiscación de todos los objetos patrimoniales del delincuente, también aquellos no relacionados con el hecho perseguido en la medida que este no pueda demostrar una adquisición legal.

Esta última propuesta (confiscación del patrimonio) es también compartida por los dos proyectos del gobierno federal que, además, proponen la introducción de la confiscación del patrimonio como sanción penal independiente. El proyecto de la oposición socialdemocrática coincide con el proyecto bávaro en la creación del tipo penal del “lavado de dinero” y propone la posibilidad de establecer una multa en proporción a las ganancias patrimoniales estimadas como resultado del negocio ilegal.

El valor politicocriminal de estas propuestas parece por lo menos dudoso. Si la finalidad es intimidación en el sentido de la prevención general negativa, no se comprende por qué las amenazas de pena vigentes, que llegan para casi cada forma del tráfico ilegal de drogas a la privación de libertad de hasta 15 años, ya no sean suficientes. Pero la razón de las sanciones patrimoniales propuestas también es otra: se quieren confiscar las ganancias del tráfico de drogas sin la necesidad de probar los delitos singulares que forman la base de estos ingresos,

de modo que sea suficiente la condena por un solo delito, aun leve, para tener acceso al patrimonio completo del inculcado. Y esta finalidad infringe —por la inversión de la carga de la prueba— la presunción de inocencia, la garantía de la propiedad de la Constitución alemana y los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Las sugerencias del proyecto bávaro en el campo del derecho procesal penal parecen de mayor trascendencia aún, dado que no se limitan a los procesos por delitos de drogas, sino que se refieren a todos los delitos de “significación mayor”. Se pueden distinguir dos grupos principales de nuevos preceptos que se refieren, de un lado, a los problemas causados por el uso de agentes policiales clandestinos, y de otro lado, al uso de métodos de investigación que hasta ahora están reservados a los servicios secretos.

Las propuestas en relación a los agentes secretos contienen:

— Regulación explícita de su admisibilidad en general, incluso la construcción de una falsa identidad con documentos falsos, etc., y esto no solo para la persecución penal de delitos ya cometidos, sino también para la exploración preventiva de ambientes criminales.

— Admisibilidad de registros domiciliarios clandestinos realizados por estos agentes.

— Admisibilidad de la no identificación de estos agentes en los procesos penales y admisibilidad de interrogatorios procesales sin identificación de nombre y domicilio y de interrogatorios desde lugares desconocidos, distintos del lugar del juicio oral, por medio de transmisiones de video o meramente acústicas.

Las propuestas referidas a los nuevos métodos de investigación son:

— Uso de instrumentos técnicos para grabaciones clandestinas acústicas y ópticas.

— Secuestro de datos de cualquier clase sobre grupos enteros de personas sospechosas o no sospechosas, y observación y control de personas sospechosas para realizar una búsqueda por medio de retículos.

Me faltan palabras para enjuiciar estas propuestas, que me parecen tan graves como el retroceso a la cámara de tormentos medieval. Primero, porque consideran a los ciudadanos como meros objetos y desestiman su derecho a la intimidad. Segundo, porque llevan a un fuerte desequilibrio de la balanza procesal en favor de la policía, que podría trabajar casi incontroladamente y entregar a los órganos judiciales solo aquellos resultados y pruebas cuya publicación parezca conveniente.

No está claro en este momento si todas las propuestas de estos proyectos se van a introducir en la legislación. Pero, concretamente, el proyecto bávaro fue aprobado en la legislatura pasada por casi todos los ministros del interior de las comunidades autónomas alemanas, incluidos los de gobierno socialdemócratas. Por consiguiente, las perspectivas no me parecen muy agradables.