

EL DELITO DE POSESIÓN AGRAVADA DE DROGAS: DELITO DE CONTROVERTIDA APLICACIÓN.

Alberto H. González Herrera agonzalezherrera26@yahoo.com

RESUMEN

El delito de posesión agravada de drogas es uno de los más imputados a las personas vinculadas a hechos punibles contra la seguridad colectiva, sin embargo, resulta aplicado de manera ligera, como delito de mera actividad y fijada su sanción en abierta confrontación con los principios de lesividad y de proporcionalidad.

ABSTRACT

The crime of aggravated drug possession is one of the most accused for the people linked to crimes against collective security, nevertheless, is applied lightly and fixed its sanction in open confrontation with the harm principle and proportionality.

PALABRAS CLAVE

Drogas, delito de mera actividad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad, prohibición de analogía.

KEYWORDS

Drugs, crime of mere conduct, harm principle, principle of proportionality, illegal analogy.

SUMARIO: Introducción 1. El delito de posesión agravada de drogas en Panamá 2. Bien jurídico protegido. 3. El tipo objetivo y subjetivo de la posesión agravada de drogas. 4. El tipo de posesión agravada de drogas en algunos Estados. 5. Conclusiones.

Introducción

Entre los delitos comunes que diariamente realizan imputación de cargos en los estrados judiciales panameños los fiscales, figura el delito de posesión agravada de drogas.

La voz droga en materia penal reza el artículo 324 del Código Penal es toda sustancia que produzca dependencia física o síquica, como los narcóticos, fármacos, estupefacientes y todos aquellos productos, precursores y sustancias químicas esenciales que sirven para su elaboración, transformación o preparación, de conformidad con las disposiciones legales en materia de salud, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República de Panamá.

Al realizar la comunicación al ciudadano que será sometido a investigación, no basta que la cantidad de droga o sustancia ilícita significativa o elevada, la porte o la mantenga en su ámbito de dominio, a veces por parecer dicho sujeto cercano a esta, le tengan como presunto responsable si estaba en supuesta “actitud sospechosa” según informes policiales, y entonces, se solicita al juez de garantías previa imputación, que decreta su detención provisional por el término que dura la investigación, usualmente de 6 meses (art. 292 CPP) y excepcionalmente hasta 2 años (art. 504 CPP). Es necesario cada vez que se investigue por supuesto delito de posesión agravada de drogas contar con elementos de conocimiento sólidos dada la gravedad de la conducta y la ejemplar pena que contempla pero sobre todo que esté ligado a tráfico o traspaso de droga.

Sin embargo, pese a la amplitud que presenta su descripción, el tipo penal de posesión agravada de drogas no se asemeja al tráfico de drogas (art. 313 CP). Este último tipo penal si contempla la posibilidad que se sancione como delito consumado la tentativa de tráfico interno o externo de drogas lo que no sucede con la posesión agravada descrita por el artículo 321 del Código Penal.

La represión de los delitos relacionados con drogas hoy día, por política criminal internacional no resulta ajena a ningún lugar del mundo, lo que hace distinto a los Estados es la permisividad otorgada en muchos de ellos a sus ciudadanos, al permitirles consumir ciertas clases de drogas en determinados lugares bajo supervisión. Portugal, República checa, los Países Bajos y Suiza han despenalizado el consumo y la posesión de drogas para consumo personal (Unaid, 2020).

Comenta BUSTOS RAMÍREZ (1996) que el consumo de la hoja de coca se daba durante la conquista española, se extendió por la ruta andina y llegó hasta Centroamérica y el Caribe, dados sus efectos medicinales, estimulantes y nutricionales (pp. 1-2). Actualmente, no existe lugar del mundo libre de adicción a sustancias ilícitas denominadas drogas ni carencia de ordenes normativos que repriman su producción, tráfico y distribución.

1. El delito de posesión agravada de drogas en Panamá

1.1. Origen

En el período comprendido de 1923 a 1937 comenta ARANGO DURLING (1991) el legislador

patrio dicta cuatro leyes: Ley N°19 de 1923, Ley N°64 de 1928, Ley N°32 de 1934 y Ley N°20 de 1937. En este primer período se regularon conductas ilícitas relacionadas con el Can-Yac o Cannabis sancionándose el uso, el expendio, la introducción, la posesión, y el transporte de las mismas (p. 38).

Posteriormente, la Ley N°59 de 1941 fija sanciones por la posesión, uso y tráfico ilícito de drogas heroicas; el Código Sanitario aprobado por la Ley N°66 de 1947 penaliza el expendio, la introducción, el uso, la posesión y el transporte de cannabis; la Ley N°23 de 1954 tipifica la siembra y el cultivo de marihuana, la producción ilícita de drogas enervantes, estupefacientes o narcóticos, y el uso ilícito de can-yac, drogas enervantes, estupefacientes o narcóticos, y productos de patente que la contengan (Arango Durling, 1991: 38).

El tipo que contempla la posesión agravada de drogas en el vigente Código penal panameño mantiene la misma descripción que tenía en el artículo 260 párrafo final del derogado Código penal de 1982. Dicho precepto indicaba en su párrafo final lo siguiente: “Cuando la posesión de drogas resultare en tales cantidades que, a juicio del Tribunal, se demuestre que lo que se pretende es suministrarla en venta o traspaso a cualquier título para consumo ilegal, la sanción será de 5 a 10 años de prisión”. Esta conducta fue adicionada al Código penal de 1982 por el artículo 5 de la Ley N°23 de 30 de diciembre de 1986 (G.O. N°20710 de 30 de diciembre de 1986).

Sin embargo, antes de la reforma al texto punitivo de 1982, era el artículo 261 del Código penal el que refería la sanción de lo que desde el año 1986 se viene considerando delito de posesión agravada de drogas; disponía dicho precepto lo siguiente: “La sanción de que habla el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la posesión de drogas resulta en tales cantidades que, a juicio del Tribunal, demuestre que lo que se pretende es suministrarlas en venta para consumo ilegal”. Esta particular disposición concedía el absoluto poder a cada tribunal penal, de estimar por la cantidad de droga aprehendida, que la misma se pretendería suministrarla en venta para consumo ilegal. Mejía (2002) comenta en torno a esta previsión que la tipicidad contenida en el párrafo segundo se concentra en la posesión de cantidades grandes y con el hecho delictivo es suministrarla en venta o traspaso a cualquier título para su consumo ilegal .

Luego de la modificación a los delitos relacionados con drogas, respecto al artículo 260 segundo párrafo del Código penal de 1982, Muñoz Pope (2002:66) es del criterio que no debía existir como delito autónomo, pues, este comportamiento debía sancionarse como modalidad imperfecta del tráfico, por ser la posesión un acto inicial del tráfico mismo.

En el año 2007 a través de la Ley N°14 de 18 de mayo de 2007 se adopta el nuevo Código Penal que en el artículo 315 contempló la posesión agravada de drogas de la manera siguiente: “Quien ilícitamente posea drogas, en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo, será sancionado con cinco a diez años de prisión. La posesión incluye la tenencia física, el dominio o la disponibilidad sobre la droga”.

Esta disposición fue modificada mediante el artículo 12 la Ley N°40 de 4 de julio 2012 quedando en el artículo 321 del Código penal la posesión agravada de drogas así: “Quien ilícitamente posea droga en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo será sancionado con ocho a doce años de prisión. La posesión incluye la tenencia física, el dominio o la disponibilidad sobre la droga”.

La figura de la posesión agravada de drogas con esta reforma recibió un incremento de las penas mínima y máxima, de cinco a diez años subió de ocho a doce años de prisión.

En este precepto se mantiene el carácter de delito obstáculo, delito de mera actividad, delito de peligro abstracto, delito de posesión y estatus y delito de tenencia, sin necesidad de lesión u ofensa al bien jurídico protegido.

1.2. Delito obstáculo

Al igual que otra de las disposiciones del Código Penal anterior y el vigente, la posesión ilícita de drogas conforma un tipo que anticipa las barreras de punibilidad, es delito obstáculo, donde no existe lesión al bien jurídico, la salud pública, sino una mera especulación o delito de peligro abstracto hipotético.

CUESTA PASTOR (2002:40) explica: “El delito obstáculo castiga la llamada «premisa idónea», es decir, actos que son necesariamente idóneos para la comisión de un hecho delictivo posterior, que es en última instancia lo que se trata de evitar. Por tanto, se configuran como un auténtico «obstáculo» para que no puedan llegar a producirse los actos delictivos futuros, que son los que realmente daña el bien jurídico”.

1.3. Delito de mera actividad

Se denomina delito de mera actividad a aquel injusto penal que no requiere un resultado (Mir Puig, 2006, p. 221), basta que el sujeto activo incurra en la realización de la conducta descrita en la norma penal. Meini (2020:84) es del criterio que la tipicidad requiere la realización de una conducta, que puede ser activa u omisiva, sin que importe o sea necesaria la producción de un resultado que sea consecuencia del comportamiento. MUÑOZ CONDE señala que el tipo sólo exige la realización de la acción sin más (2010: 260). Como delito de mera actividad apunta Ambos (2014:14) criminaliza la posesión con el objetivo de prevenir futuros daños o la violación de un interés legal.

1.4 Delito de peligro abstracto

Al existir el delito de peligro abstracto el juez se limita a constatar el comportamiento que se presume peligroso, sin analizar si efectivamente ha puesto en riesgo el bien jurídico (Meini, 2020: 93).

La técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto se emplea en los delitos relacionados con drogas en Panamá, a partir del Código penal de 1982 se acentúa lo previamente tipificado en leyes anteriores, manteniendo falta de claridad en torno al bien jurídico protegido y grado de afectación al mismo. Sobre esto comenta Baigún (2007:54) “...los delitos de peligro abstracto, contruidos en torno a una *ficito juris* del legislador, suponen una creación arbitraria o discrecional del legislador, que obliga al intérprete, inexorablemente, a someterlos a un filtro correctivo, a fin de determinar si la presunción genéricamente descrita por la norma (el disvalor de acto) ha redundado no en un disvalor de resultado”. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (2006:193) subrayan se habla de delitos de peligro abstracto si en el proceso de tipificación no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico, y bastará con probar la realización del comportamiento típico para su consumación.

1.5. Delito de posesión y estatus

Se está en presencia de un delito de posesión y estatus indica PASTOR MUÑOZ (2003:37) al incurrir en una conducta que castiga el hecho de «poseer» un determinado objeto y el de «ser miembro» de una organización, respectivamente .

En estos delitos no hay afectación de bien jurídico, y sugiere PASTOR MUÑOZ (2006_79) que no es legítimo criminalizar un comportamiento sobre la base de la sospecha de que el poseedor quizá decida en el futuro cometer un delito, pues se trataría de una presunción de peligrosidad..

Anteriormente hemos destacado que los delitos de posesión son hechos punibles en los que el sujeto activo queda comprometido por tener en su poder algún objeto o por circunstancias de momento resulta vinculado a una actividad o acción prohibida (González Herrera, 2016: 56-57).

NETLER (2006:66) puntualiza que la posesión solo cabrá apreciar un peligro para un bien jurídico determinado en aquellos casos en que el poseedor conciba la posesión como preparación de una actuación delictiva, en el que solo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de tenencia.

1.6. Delito de tenencia

Todo delito donde se porte o tenga algún objeto material prohibido por la disposición penal es delito de tenencia.

STRUENSEE (1999:170) apunta que los «delitos de tenencia» abarcan, ante todo, aquellos tipos penales que describen expresamente la conducta punible como el «tener» una cosa incriminada (=objeto corporal). También pertenecen aquí los delitos que enlazan materialmente la punibilidad a la mera tenencia de una cosa.

2. Bien jurídico

ACEVEDO (2008:532) es del criterio que el bien jurídico protegido por la posesión agravada de drogas es la salud pública.

El tipo de posesión agravada de drogas como se prevé actualmente en el Código Penal es en nuestra opinión un delito que tutela la seguridad colectiva, pues procura el colocar a la población en situación de tranquilidad y sosiego y libre de amenazas a su tranquilidad personal y social, desde nuestra óptica al no estar en el capítulo de delitos contra la salud pública objetivo

El bien jurídico tutelado por esta figura en el Código penal derogado, era la salud pública por su ubicación dentro del capítulo V, De los delitos contra la salud pública, en el Título VII de los Delitos contra la seguridad colectiva, buscaba preservar la salud pública evitando llegarán a la población y personas en la comunidad las sustancias ilícitas que podrían generar deterioro o afectación de su salud.

Con la inserción dentro del capítulo V, de delitos relacionados con drogas, la salud pública pasa a ser el bien jurídico secundario dando paso a la seguridad de manera más amplia que

espera la sociedad, de salvaguardar su salud combatiendo el flagelo de drogas que mina o transforma las relaciones sociales. No podrá verse por la posesión de drogas agravada, una persona o un grupo de personas si resulta que no son destinatarios o consumidores de la misma. Es menester que se vea tentada a adquirir o tener a su disposición la sustancia prohibida (droga) alguien para consumirla.

3. El tipo objetivo y subjetivo de la posesión agravada de drogas

La conducta de posesión agravada de drogas se justifica aludiendo a los convenios internacionales como la Convención de Viena de 1989, aprobada por la Ley N°20 de 7 de diciembre de 1993 (G.O. N°22,429 de 20 de diciembre de 1993), que en el artículo 2.a. iii dispone: “la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);”

No resulta el texto sugerido de la Convención antes citada, una norma en blanco y con amplitud excesiva, la disposición está condicionada a que esa posesión o tenencia de la sustancia prohibida a que conlleve la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación, o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

El tipo objetivo del artículo 321 que en el primer texto de Código Penal correspondía al artículo 317 requiere que se posea drogas en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el uso o consumo personal (Acevedo, 2008: 532).

Sobre la decisión de la Comisión codificadora de mantener la figura de la posesión agravada de drogas solamente ACEVEDO,2008 y MUÑOZ POPE :532) se opusieron como comisionados, dado que esta parte una presunción de venta que la jurisprudencia nacional no ha podido homologar, y, a la vez era autoritaria dejarla al escrutinio judicial que podría llevar a la arbitrariedad ..

La acción prohibida es “poseer droga”, recibiendo el Tribunal de la causa el poder de actuar como legislador al tener que: “...determinar que no es para el consumo”, luego de considerar que existen circunstancias objetivas. La excesiva amplitud de la norma deja en entredicho el principio de legalidad y genera dudosa constitucionalidad por la falta de taxatividad y certidumbre.

Al final de la norma, el legislador añade hasta donde alcanza el concepto de posesión e incluye la tenencia (que es sinónimo de posesión), el dominio o la disponibilidad sobre la droga. Esta enunciación no resulta feliz, dado que más que aclarar el injusto genera 3 modos de considerar como se manifiesta la acción prohibida: tener droga (tenencia física, la que no puede ser psíquica siendo la voz física innecesaria y debió haber sido tenencia material); dominio de la droga (control de la droga); y, el tener disposición de la droga (decidir el que

hacer con la sustancia). Guerra de Villalaz (2002:220) que la posesión de droga es una acción por comisión, que puede tener una manifestación de voluntad permanente..

En efecto, al examinar el tipo de posesión agravada de drogas, contenido en el artículo 321 del Código Penal, el legislador patrio lo ha previsto como un delito de tenencia por incurrir el sujeto en poseer droga en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo.

El sujeto activo previsto por el injusto penal contempla el que una sola persona pueda llevar a cabo la conducta de poseer droga, siendo delito monosubjetivo, pero si esa persona maneja cantidades importantes de ésta, la conducta pasa a ser plurisubjetiva puesto que muchos envoltorios, paquetes o bolsas de drogas lo más probable es que dos o más sujetos las manipulen. Asimismo, es un delito común puesto que no debe contar con ninguna calidad especial el o los sujetos activos que lo cometen. En las investigaciones donde solamente un sujeto resulta aprehendido y se le endilga el tipo de posesión agravada de drogas con múltiples envoltorios, paquetes, carricitos o bolsitas de cocaína o marihuana; existe falta de diligencia, labor de inteligencia, vigilancia y seguimiento de los investigadores, dando muestras de una política criminal desenfocada y errada que sigue deja en la impunidad a los altos jercas de la asociación, la banda, el grupo o la organización delictiva que trafica y lucra con ella.

Como sujeto pasivo se tendrá a la sociedad que es la que se encuentra en peligro abstracto de caer en los vicios de consumir la sustancia lesiva a su entorno y su salud. PABÓN PARRA comenta que el sujeto pasivo es el Estado (2013: 401).

El aspecto subjetivo de la posesión ilícita de drogas reclama un actuar doloso tendiente o dirigido a poseer o manejar con alta posibilidad de traspasar, vender o traficar la misma. Respecto de la posesión de drogas en el Perú, prevista por el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal Prado Saldarriaga comenta: “En un plano subjetivo, la tenencia o posesión dolosa de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior de tráfico; es decir, debe coexistir en ella gente una finalidad de comercialización de la droga poseída. Por tanto, la tipicidad de este delito exige la presencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina califica como de «tendencia interna trascendente». Lo que implica que para que se dé el delito se requiere del dolo; pero, además, que el agente subjetivamente se haya propuesto un fin ulterior a la posesión y que debe ser el de destinar la droga poseída al comercio o tráfico ilegal “(2017: 167).

No basta que cualquier fiscal presuma que probablemente se vaya a traspasar o a traficar la droga, al imputar y acusar, una vez llamado a juicio alguien, el Tribunal de juicio debe exigir elementos probatorios que evidencien se darían esas acciones posteriores, pues, la cantidad excesiva o alarmante de paquetes de sustancia ilícita no es suficiente para desconocer el estado de inocencia y el principio de culpabilidad generando sentencias donde se hace aplicación analógica de la norma penal (art. 321), a la vez que está prohibido, y presenta matiz de responsabilidad objetiva. El artículo 16 del Código penal es claro al disponer: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles cuando benefician al imputado”.

Sostiene HULSMAN (1987:52) que las políticas sobre drogas constituyen un desastre al provocar un fuerte crecimiento de las actividades de la justicia criminal en los países

industrializados y un importante aumento en la severidad o en la naturaleza de las intervenciones de la justicia criminal.

Aun cuando no agrade a los investigadores de las causas por delitos de drogas, en estas figuras nadie actúa solo, puesto que siempre existe otra persona que encarga, suministra o espera recibir drogas. Se tiene como sujeto pasivo del delito a la sociedad, aun cuando no se ponga la sustancia ilícita a disposición de ella.

Este delito, previsto en el artículo 321 del Código Penal se encuentra configurado de manera tibia, dado que permite endilgar o señalar como presunto responsable a quien a veces resulte cercano a la sustancia ilícita, sea que se encuentre a escasos metros en una calle, avenida, vereda, estacionamiento o sitio público, patio de su domicilio sin cerca, etc. Se le otorga un excesivo valor a partir de la audiencia de imputación a las evidencias y al informe de novedad policial como elementos de conocimiento (art. 280 CPP), a la declaración del agente policial o agentes policiales que suscribieron el informe durante el juicio, por hacer constar que la persona podría ser responsable de la sustancia ilícita dada su cercanía a la misma, aceptando estos que en ocasiones no ven al acusado siquiera en poder ella, cargándola, manejándola o manipulándola.

La particular redacción del tipo de posesión agravada de drogas no genera certeza y seguridad, facilita la aplicación analógica del mismo, otorga la posibilidad de encajar y tener como delito consumado un comportamiento que podría estar iniciando el tráfico o la probable venta, poniendo de manifiesto que si el agente acusado no ha logrado justificar su cercanía o el presunto contacto con la sustancia por estar próximo a su esfera o radio de movimiento es sujeto activo. En la praxis, si los agentes policiales en sus informes plasman la cercanía del imputado con la sustancia y no le hallan ésta en su poder, no deben presumir los fiscales que existe posesión agravada de drogas. El injusto penal de posesión agravada de drogas no es similar ni semejante al tráfico internacional de drogas (artículo 313 C.P.) que si autoriza sancionar la tentativa de tráfico como si se hubiera cometido el tráfico de drogas, es menester acreditar que existe *animus* de tráfico o traspaso.

A la vez, el acceder a sancionar al acusado que no tiene bajo su control la droga por la presunta posesión agravada, se incurre en el yerro de aplicación de la norma penal ignorando la prohibición de analogía desfavorable así como los principios de lesividad y proporcionalidad dado que jamás se constata afectación alguna al bien jurídico y se aplican sanciones no cónsonas con el hecho acusado.

Críticamente, MUÑOZ POPE (2001:65) afirma: Nada se logra, sin embargo, reprimiendo severamente los delitos de tráfico de drogas y la posesión de drogas para el consumo sin adoptar otras estrategias y para prevenir el tráfico y consumo de drogas ilícitas .

La consecuencia jurídica del delito de posesión es alta, ejemplar y desmesurada puesto que sugiere una pena de prisión mínima de 8 años de prisión y la máxima de 12 años de prisión (art. 321) que genera la estigmatización y prisionización inmediata del sancionado por posesión agravada de drogas.

La represión de los delitos relacionados con drogas Fletcher (2008:389-390) subraya que estos por ser delitos de posesión, se sancionan por violar la norma más no por generar algún daño.

4. El tipo de posesión agravada de drogas en algunos Estados.

La tenencia de estupefacientes en la república de Argentina se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo 14 de la Ley N°23,737 de 1989, que reza lo siguiente: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de \$ 11,25 a \$ 225 al que tuviere en su poder estupefacientes”.

BOTHAMLE (2009:12) y destaca que el tipo se configura cuando el material estupefaciente se encuentra dentro de la vivienda, de la propiedad, de la residencia del imputado o, hablando con mayor propiedad, en lo que se denomina su *esfera de custodia*.

Empleando la óptica de la imputación objetiva afirma CIPOLATTI (2009:66-67) que para poder imputar a un sujeto la tenencia de la droga, éste debe tener la disponibilidad real de la sustancia. Ello se daría con tener posesión material; tener disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, saber dónde se encuentra y tiene acceso a ella; estar en situación de poder decidir su destino; ser coautor, junto con el poseedor material de la droga, aunque no tenga disponibilidad de la misma, siempre que la puesta en marcha del plan se mantenga conforme lo acordado.

Sobre la sanción por la tenencia de estupefacientes CIPOLATTI (2009:65) comenta que al sancionar a una persona que detenta una cosa, con absoluta prescindencia de la finalidad que pretende con dicha posesión, en realidad se le está aplicando una sanción por la simple sospecha de su empleo, contra un bien jurídico resguardado.

En la república de Perú el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal contempla como una modalidad de tráfico de drogas, la posesión al señalar: “El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

El legislador peruano incrimina la posesión de drogas y condiciona su punibilidad a que se destine para tráfico ilícito, es delito de peligro abstracto, el agente debe tener la finalidad de comercializar la droga poseída (Prado Saldarriaga, 2017: 167).

España también contempla la posesión como una de las manifestaciones del tráfico de drogas, en el artículo 368 del Código Penal que dispone lo siguiente: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Es menester que la droga se posea con el fin de promover, favorecer o facilitar el consumo de ilegal de drogas tóxicas a efectos que pueda considerarse típica la conducta del agente.

Joshi Ubert (1999:196) señala: Dicha detentación es, como ya se ha dicho, puede ser material o no, mediata o inmediata, a nombre propio o de otro, compartida o exclusiva. Lo importante es que pueda *imputarse la tenencia*. Para ello es necesario en mi opinión que el sujeto tenga disponibilidad real sobre la sustancia, sin que sea suficiente, como por el contrario afirma la mayoría de las veces la jurisprudencia, una disponibilidad hipotética”. Bajo ningún concepto esta autora consiente reconoce la posesión de droga si el sujeto no posee la capacidad de disponer de la sustancia y añade: **Y no debería imputarse** la posesión de la sustancia, por lo menos en los siguientes casos: 1) cuando no existe posesión material de la droga ni puede probarse la disponibilidad real sobre ella; y 2) cuando a pesar de poseer materialmente la droga no pueda probarse que esté destinada a alguno de los fines ilícitos .

Es en la práctica según Pastor Muñoz (2006:256) difícil determinar cuando la posesión es «para el tráfico» y cuando, en cambio, solamente para el consumo propio, porque ello depende de la prueba del elemento subjetivo, a saber, el «ánimo de traficar».

Quedará a criterio de los tribunales penales el determinar si la Política criminal represiva en materia de drogas debe continuar o si por el contrario es importante considerar otras alternativas que detengan la aplicación desmesurada de un precepto penal que entra en pugna con la filosofía del Código penal de proteger bienes jurídicos si realmente resultan afectados u ofendidos, no es viable otro medio de resolución de la situación y si debe sancionarse haga por la comprobada conexión con el tráfico o la venta de la droga.

5. Conclusiones

La particular decisión del legislador de mantener la incriminación de la posesión agravada de drogas (art. 321 CP) constituye una muestra de falta de reconocimiento al principio de protección del bien jurídico (art. 2 CP) y del carácter subsidiario de éste, como plantea Roxin (2013:14) que cabe caracterizar la tarea del Derecho penal como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”.

La aplicación del Derecho penal en base a supuestas probabilidades sugeridas más no corroboradas por los investigadores de las Fiscalías especializadas en delitos relacionados con drogas, da pie a que los jueces empleen su discrecionalidad por “...*circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo*”. Han transcurrido 14 años de vigencia del Código Penal y no existe una doctrina jurisprudencial uniforme que precise cuales son esas circunstancias que objetivamente ayudan a determinar que la sustancia en posesión de una persona no es para consumo. Tampoco sirve de mucho el último párrafo del artículo 321 del Código penal pues el mismo nos indica cuando debe entenderse existe posesión o tenencia “La posesión incluye la tenencia física, el dominio o la disponibilidad sobre la droga”; esto en muchas ocasiones no se corrobora a cabalidad, pues el acusado no tiene, no porta, no domina ni dispone de la sustancia, sino que el día de los hechos estaba a algunos metros en la vía pública cerca del paquete o la caja, se encontraba a metros del patio de su casa o propiedad y le vinculan a ella los agentes del orden público.

La tarea de interpretar la ley penal es delicada, y cuando el tenor literal es claro, el intérprete sólo tiene dos alternativas: o acoger el significado de las palabras legales en toda su extensión o limitarlo (más o menos). Sólo cuando una interpretación, fundamentada materialmente,

favorezca al reo es lícito prescindir del «significado posible» de la ley penal (Gimbernat Ordeig, 1999: 49).

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo, J. R. (2008). *Derecho penal general y especial panameño, comentarios al Código penal*. Panamá: Senda.

Ambos, K. (2014). *La posesión como delito y la función del elemento subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arango Durling, V. (1991). La nueva regulación de los delitos en materia de drogas. *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 37-61.

Baigún, D. (2007). *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: B de F.

Bothamley, F. (2009). Los tipos penales de la ley de estupefacientes. *Estupefacientes. Problemáticas actuales sobre su tipificación y prueba*. Buenos Aires: Legis, pp. 9-19.

Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Madrid: Trotta.

Bustos Ramírez, J. (1996). *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. Bogotá: Temis.

Cipolatti, O. C. (2009). Tenencia simple de estupefacientes o sólo tenencia para autoconsumo? Elementos diferenciadores. *Estupefacientes. Problemáticas actuales sobre su tipificación y prueba*. Buenos Aires: Legis, pp. 61-75.

Convención de Viena de 1989, aprobada por la Ley N°20 de 7 de diciembre de 1993 (G.O. N°22,429 de 20 de diciembre de 1993).

Cuesta Pastor, P. (2002). *Delitos obstáculo, tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Granada: Comares.

Fletcher, G. P. (2008). *Gramática del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Gimbernat Ordeig, E. (1999). *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid: Tecnos.

González Herrera, A. (2016). Los delitos de posesión en el Código Penal. *Boletín de Ciencias Penales*, N°5, pp. 54-63.

González Herrera, A. (2010). *Postulados del Derecho penal y sistema acusatorio*. Panamá: Cultural Portobelo.

Guerra de Villalaz, A. E. (2002). *Derecho penal, parte especial*. Panamá: Mizrachi & Pujol.

Joshi Jubert, U. (1999). *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona: Bosch.

Hulsman, L. (1987). La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión. *Nuevo Foro penal*, N°35, pp. 49-77.

Luzón Cuesta, D. M. (2001). *Compendio de Derecho penal, parte especial*. Madrid: Dykinson.

Macagno, M. E. (2011). La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código Penal argentino. *Anales* N°41, pp. 179-192.

- Mejía Cáceres, A. (2002). *El delito de posesión de drogas*. Panamá: Universidad de Panamá.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant.
- Muñoz Pope, C. E. (2002). *El delito de tráfico de drogas*. Panamá: Escuela Judicial.
- Muñoz Pope, C. E. (2001). Política criminal en materia de drogas. *Ensayos penales*. Panamá: Panamá Viejo, pp. 61-71.
- Nestler, C. (2000). El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes. La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares, pp. 61-77.
- Pabón Parra, P. A. (2016). *Código penal esquemático de la República de Panamá*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Pabón Parra, P. A. (2013). *Manual de Derecho penal, tomo II, parte especial*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Pastor Muñoz, N. (2006). Tema 13 Delitos contra la salud pública: el tráfico de drogas. Silva Sánchez, J. Ma. (coord.). *Lecciones de Derecho penal, parte especial*. Barcelona: Atelier.
- Pastor Muñoz, N. (2003). *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier.
- Prado Saldarriaga, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.
- Roxin, C. (2013). el concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, N°15-01*, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc15-01.pdf>
- Struensee, E. (1999). Los delitos de tenencia. *Temas sobre teoría del delito*. México: INACIPE, pp. 169-185.

ALBERTO H. GONZÁLEZ HERRERA

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1995. Especialista en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, 1997. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 2005. Certificado de Diploma de Estudios Avanzados de Tercero Ciclo (Doctorando), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2008. Profesor de Derecho Penal, CRUSAM.

Artículo recibido: 20 de mayo de 2023

Aprobado: 25 de junio de 2023

