

Ni enfermos ni delincuentes

Acerca de los umbrales para el uso de drogas ilícitas

Jorge Vicente Paladines¹

El 17 de mayo de 2013 la Organización de Estados Americanos (OEA) publicó el informe intitulado “El problema de las drogas en las Américas”, donde además de colocar sobre la mesa de discusión la necesidad de revisar las políticas y legislaciones en favor de una indiscutible despenalización del consumo, refuerza el enfoque de salud pública en la perspectiva de centrar su tendencia hacia el tratamiento y la rehabilitación de los consumidores. Cuatro días más tarde, mientras la OEA presentaba este informe en Bogotá, el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas (CONSEP) emitió una resolución desde Quito para establecer los umbrales que eviten fácticamente la criminalización del consumo en Ecuador.

La resolución 001-CONSEP-CO-2013 va dirigida a la organización judicial (Art. 2), para técnicamente completar el vacío óntico que hay entre la Constitución de la República y la Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas (Ley 108) que, por una parte, proscribiera cualquier forma de criminalización del consumo y, por otra, reprime la tenencia o posesión de drogas ilícitas. En consecuencia, partir de las siguientes líneas abordaré las dos dimensiones expresadas en el Informe de la OEA, la Resolución del CONSEP y la Constitución de la República que, desarticulando la penalidad sobre los consumidores, remiten la política hacia el enfoque de la enfermedad.

a) La indiscutible descriminalización del consumo

No solo desde el artículo 364 de la Constitución de la República, sino también desde el informe analítico de la OEA, el uso o consumo de drogas no debe ser considerado como un crimen o delito. Paradójicamente, el principio de no criminalizar a los usuarios siempre ha adolecido de una protección fáctica, pues en los hechos, mientras formalmente las normas prohíben penalizar a los consumidores, la sola tenencia o posesión para el consumo se ha mantenido como delito. Dicho en palabras coloquiales: fumar marihuana *no debe ser* un delito, pero tener o poseer marihuana para fumar *sí es* un crimen.

De esta forma, la Ley 108 reprime en su artículo 62 la tenencia o posesión de drogas ilícitas con la pena de 12 a 16 años de encierro (mayor que la pena para el homicidio simple), la misma que puede ser aumentada en casos de concurrencia de otros delitos de drogas con una pena de 25 años de reclusión mayor especial.

¹ Asesor de la Defensoría Pública del Ecuador, Profesor de Criminología Crítica y Política Criminal de la Universidad Andina “Simón Bolívar” e Investigador del Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD). El presente artículo se encuentra publicado en *Defensa y Justicia. Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador*, No. 4, Julio de 2013.

Ecuador se ha caracterizado por llenar mayoritariamente sus cárceles con personas detenidas por delitos de drogas. Entre el 35 y 45% de las personas privadas de la libertad –en los diversos periodos anuales– están encerradas según el amplísimo catálogo de delitos de la Ley 108 (Paladines, 2012: 33), la cual no hace ninguna distinción técnico-legal para evitar que los consumidores sean confundidos por criminales. Por ende, frente a las centenas de personas prisionizadas por tenencia o posesión cabe siempre la duda de: ¿pudieron haber sido consumidores?

La posibilidad de una respuesta se diluye en los subjetivos y discrecionales peritajes –generalmente psicosomáticos– que no siempre se hacen en este tipo de procesos judiciales. A su vez, la cantidad de la sustancia hallada en tenencia o posesión de las personas penalizadas genera diversas apreciaciones jurídicas según la “sana crítica” de los jueces. En algunos casos solo basta tener un gramo de marihuana para recibir una pena de 12 años de cárcel (Causa 0034-2011 Tribunal de Garantías Penales de Zamora Chinchipe), mientras en otros se puede ser absuelto con más de doscientos cuarenta (Causa 0074-2012 Tribunal Segundo de Garantías Penales del Carchi). La asimetría frente al primer caso no es más que el resultado de la ausencia de un mínimo jurídico que hubiese evitado criminalizar a un evidente usuario de marihuana, pues aunque la Constitución prohíbe su criminalización, contra-fácticamente la Ley 108 y el sistema penal sí lo hacen.

Los umbrales establecidos por el CONSEP se conectan con la mencionada necesidad. Muchos países del mundo empezaron a descriminalizar materialmente el uso o consumo de drogas mediante la creación de umbrales mínimos para evitar que el poder punitivo se inmiscuya también en el libre desarrollo de la personalidad. Aunque no exista un estándar internacional que defina cuál es la cantidad técnica de drogas que una persona puede tener o poseer para su consumo, pues depende en gran medida de la frecuencia, aptitud orgánica e incluso de su capacidad y posición económica, los umbrales son un primer intento para delimitar el campo del consumo frente al delito. En esta línea, algunos países del mundo presentan los siguientes ejemplos para el caso del cannabis (Jelsma, 2009: 5):

Tabla No. 1
Referencia de umbrales que descriminalizan la posesión del cannabis en algunos países del mundo

País	Umbral en gramos
Australia	Entre 15 y 50 gramos (en cuatro estados)
Colombia	20 gramos
España	40 gramos (por escasa nimiedad judicial)
Estados Unidos	28,45 gramos (en trece estados)
Finlandia	15 gramos
Holanda	5 gramos (y autocultivo de 5 plantas)
México	5 gramos
Paraguay	10 gramos
Portugal	La cantidad necesaria para el consumo por diez días

Quizá Portugal sea uno de los casos más paradigmáticos a nivel mundial. En este país, a partir de la Ley No. 30 del 29 de noviembre de 2000, los umbrales delimitan la posesión o tenencia de drogas por el consumo de hasta diez días, lo cual ha implicado incluso los *policonsumos* de drogas ilícitas y que reglamentan en detalle la cantidad permitida en gramos o pastillas: 25 gramos de cannabis; 5 gramos de hachís; 2 gramos de cocaína; 1 gramo de heroína; 10 pastillas de LSD o éxtasis, entre otros. Como contrapartida, el gobierno de Portugal implementó una eficiente política para reducir los riesgos del consumo y asumir el tratamiento y la inclusión social de las personas en situación de adicción, con lo cual este país no se convirtió precisamente en un destino turístico para el consumo ni ocasionó además su incremento significativo (Domoslawsky, 2012: 31 y 56).

Por otra parte, la creación de los umbrales que permiten la posesión o tenencia de ciertas drogas bajo un marco referencial de ninguna manera descriminaliza todos los delitos de drogas. Mientras se mantenga la política de penalizar el narcotráfico a gran y pequeña escala, la producción, tráfico o comercialización de drogas ilícitas se conservan como delitos. Aquello descarta el hecho de no ser punible las acciones delictivas por debajo de los rangos determinados en los umbrales; y, por ende, tampoco niega las situaciones de uso o consumo por encima de ellos, para lo cual se invierte la carga de la prueba a través de manifestaciones que evidencien la relación sustancia-consumo.

Los umbrales establecidos en la Resolución 001-CONSEP-CO-2013 llenan el vacío que tiene el principio de no criminalizar el consumo, cuya realidad jamás tuvo un parámetro para evitar que los usuarios sean confundidos por narcotraficantes, lo cual solo se pudo operativizar relativamente a través del campo de la discrecionalidad –y en algunos casos la arbitrariedad– y asimetría procesal de peritos y jueces. En tal sentido, la resolución tiene el efecto de vinculante, toda vez que legal y constitucionalmente son los órganos públicos de salud y de prevención en drogas los que informan a la Función Judicial la técnica para no criminalizar el consumo de drogas ilícitas.

b) El discutible tratamiento de los usuarios como enfermos

El artículo 364 de la Constitución de la República no solo prohíbe cualquier forma de criminalización del uso o consumo de drogas, sino que remite el problema de las adicciones al campo de la salud pública, creando para ello tres categorías de uso o consumo internacionalmente reconocidas: ocasional (uso), habitual (adicción) y problemática (dependencia). De esta forma, no todas las personas que usan sustancias estupefacientes y psicotrópicas ilegales se encuentran en situaciones de dependencia. Aquello se explica mejor con el ejemplo del consumo de vino, que en el caso ecuatoriano no es habitual ni problemático. Sin embargo, aquí podrían esgrimirse las categorías de uso en la circunstancia de si: a) se invita a una persona a celebrar un homenaje con un vaso de vino (uso ocasional); b) se bebe vino para digerir mejor el almuerzo o la cena (uso habitual); ó, c) se embriaga una persona consuetudinaria y dependientemente con vino (uso problemático).

No obstante, en el caso de c) la consideración de uso o consumo problemático (dependencia) tampoco puede colegirse *a priori*. Deben manifestarse

objetivamente situaciones de mayor riesgo, e incluso de daños a la salud individual para ser considerada una enfermedad, de lo contrario correríamos el grave error de tipificar o clasificar como enfermedades a simples comportamientos sociales. Las fronteras entre los comportamientos sociales Vs. las enfermedades –y lo que es peor, los trastornos mentales– son peligrosamente delimitadas en algunos casos desde patrones políticos o subjetivos (Pérez Soto, 2012: 159-208). Dicho en otras palabras: no necesariamente las circunstancias de uso de drogas son enfermedades. De ser así, alguien podría apuntar con su dedo índice el mapa del mundo para catalogar a la sociedad alemana como enferma por el hecho de gustar de la cerveza, o a la sociedad boliviana por el hecho de masticar hojas de coca.

El uso o consumo de drogas (alcohol, cigarrillo, marihuana, cocaína o cualquier otra), sin embargo, no es inocuo. A ello se suman las aptitudes preexistentes para el consumo –como el padecer hipertensión arterial o diabetes– y las actitudes o hábitos para su uso –mezcla con otras sustancias y manejo de maquinarias que pueden producir un peligro–, lo cual aumenta los niveles de riesgo. Por ello, las campañas de prevención deben partir de los comportamientos originales y los daños manifiestos sin que afecte la autonomía de la voluntad informada para su uso. Bajo esta distinción, la legislación nacional no plantea ningún axioma de prevención –primaria o secundaria– para la población que usa drogas y, por el contrario, todo su mensaje preventivo va dirigido a la población que no se encuentra en circunstancias de consumo; por ende, no solo se ha mantenido una estructura legal prohibicionista en materia penal sino también en materia de salud pública.

El artículo 51 de la vigente Ley Orgánica de Salud prohíbe el consumo de sustancias adictivas aun cuando ni la misma Ley 108 ni la Constitución de la República lo hacen. La prevención basada en la prohibición y no en la reducción de daños ha sido ineficaz. Los ‘mensajes duros’ como estrategia de *marketing* social tampoco han reducido los niveles de consumo en la población destinada a prevenir (Hallam et. al, 2012: 70). Esto ha alimentado las conservadoras posiciones higienistas y sanitaristas en materia de salud pública para segregar un mundo entre ‘sanos’ y ‘enfermos’, lo cual es amplificado por la abstracta y ambigua definición adoptada en la Constitución Mundial de la Salud vigente desde 1948 que señala: “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

En países como Bolivia o Ecuador el bienestar podría ser leído en clave de *Sumak Kawsay*, y a través de ello respetar la decisión de las personas de ingerir alimentos con altos niveles de calorías o usar drogas sin necesariamente ser consideradas como enfermas. No obstante, el abordaje del problema de las drogas desde la salud pública ha caído en un plano extremadamente reduccionista. El código de las políticas es binario, es decir sanos/enfermos. Aquello ha creado la *performance* de un mundo donde cualquiera de las formas de uso o consumo de drogas es ‘anormal’. Así, la política de salud se recoge aún más cuando se asocia una temible ecuación como solución a las situaciones de consumo: el tratamiento compulsivo.

El tratamiento terapéutico o la rehabilitación de personas en situación de uso, abuso o adicción –prevención terciaria– adolece generalmente de la falta de

control estatal en la determinación de los estándares mínimos para las técnicas de tratamiento. No solo la mayoría de las comunidades terapéuticas sino también los métodos y la calificación del personal han sido ocupadas por entes u órganos privados, cuyo desenvolvimiento no descarta la aplicación de métodos harto ortodoxos que caen en descripciones jurídicas como maltrato o tortura, es decir en condiciones de tratamiento bajo la modalidad de instituciones de encierro en peores ambientes que las cárceles. Se estima que en Ecuador existen como mínimo 148 centros de tratamiento brevemente reconocidos por la cartera de salud, mientras que las cárceles –entre CRS’s, CDP’s, CAI’s y casas de confianza– no superan a nivel nacional las 66.

La receta del informe de la OEA sugiere a las políticas nacionales de salud pública a elegir el camino del tratamiento compulsivo en lugar de la cárcel como síndrome de la no criminalización del uso o consumo de drogas. A pesar que este camino no es precisamente la mejor elección, la agenda internacional está presionando a nuestros países para la aplicación de cuestionables mecanismos ‘alternativos’ como solución a este problema: las cortes o tribunales de tratamiento de drogas. A través de las cortes de drogas no se hace más que obligar a los usuarios o consumidores a rehabilitarse mediante una decisión judicial cuando hubieran cometido delitos de baja cuantía. Aparece entonces la noción de la *justicia terapéutica* para obligar a cualquier persona a rehabilitarse mediante la coacción de una decisión de la justicia penal (Boiteux y de Mello, 2010: 5).

La resolución del CONSEP que crea los umbrales de ninguna manera habilita como alternativa a la tenencia o posesión de drogas ilícitas la remisión compulsiva de sus usuarios a clínicas de tratamiento. Tampoco tiene como fin el resolver toda la problemática de drogas, pues creerlo sería más que delirante. Los umbrales del CONSEP *reconocen* una realidad históricamente omitida por las normas que prohíben su criminalización, que no es otra que informar sobre la cantidad por la cual cualquier persona no debe ser prisionizada para ser presumida legalmente como consumidora.

Tabla No. 2
Umbrales para la tenencia o posesión de drogas ilícitas en Ecuador

Sustancia	Umbral en gramos
Marihuana	10 gramos
Pasta Base de Cocaína	2 gramos
Clorhidrato de Cocaína	1 gramo
Heroína	0,01 gramos
MDA	0,15 gramos
MDMA	0,015 gramos
Anfetaminas	0,040 gramos

Sin embargo, la publicación de los umbrales ha despertado las posiciones más ambivalentes en términos incluso morales, que, si bien reconocen a regañadientes que el simple consumo no es motivo para ir a la cárcel, conminan al estado a depositar a los usuarios a comunidades terapéuticas. Es decir, mantienen el discurso prohibicionista que desaparece del sistema penal pero

reaparece eventualmente en el sistema de salud pública bajo la forma de rehabilitación, esto es, de control social punitivo. El problema entonces del consumo de drogas no se soluciona en las cárceles, tampoco necesariamente en centros de tratamiento o rehabilitación, pues creerlo sería como mimetizar en los consumidores el desgastado rol de delincuentes para colocarlo ahora bajo rol de enfermos.

Bibliografía.-

Boiteux, Luciana y Maurides de Mello Ribeiro, “Justicia terapeutica: reducao de danos ou proibicionismo dissimulaado”, en Sérgio Dario (ed.), *Dependencia de Drogas*, Sao Paulo, Atheneu, 2010

Domoslawsky, Artur, *Políticas sobre drogas en Portugal: beneficios de la descriminalización del consumo de drogas*, Hungría, Open Society, 2012

Hallam, Christopher et. al., *Guía sobre política de drogas*, Londres, IDPC, 2012

Jelsma, Martin, *Innovaciones legislativas en políticas de drogas: iniciativa latinoamericana sobre drogas y democracia*, Ámsterdam, TNI, 2009

Paladines, Jorge Vicente, *La desproporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador*, Quito, Defensoría Pública del Ecuador y CEDD, 2012

Pérez Soto, Carlos, *Una nueva antipsiquiatría: crítica y conocimiento de las técnicas de control psiquiátrico*, Santiago, LOM ediciones, 2012