

# CONCEPTOS BÁSICOS PARA UN CAMBIO DE PARADIGMA POSIBLE

## EN LAS POLÍTICAS DE DROGAS

*Por Mariano Fusero*<sup>1</sup>

### Índice:

#### 1. Introducción

##### PRIMERA PARTE: UN CAMBIO DE PARADIGMA POSIBLE

#### 2. El discurso político, el imaginario social y viceversa

##### 2.1. Paradigmas tóxicos

##### 2.1.1. Paradigma racista-xenófobo

##### 2.1.2. Paradigma misógino

##### 2.1.3. Paradigmas ideológicos

##### 2.1.4. Paradigma aporofóbico-delincuencial

##### 2.1.5. Paradigma de la salud

##### 2.2. El paradigma de los DDHH

##### SEGUNDA PARTE: CONCEPTOS BÁSICOS

#### 3. Conceptos básicos

##### 3.1. Descriminalización

##### 3.1.1. Descriminalización normativa

##### 3.1.2. Descriminalización de hecho

##### 3.2. Despenalización

---

<sup>1</sup> Abogado -Universidad de Buenos Aires (UBA)-, autor de proyectos de ley en Argentina sobre la Reforma Integral de la Ley de Drogas Nº 23.737, Legalización y Regulación del Cannabis, Reducción de Daños y Vulnerabilidad de Usuarios/as de Drogas Prohibidas, e Investigación del Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis, entre otros. Así también es autor de la Recomendación General Nº 3 del Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI), sobre "Discriminación a usuarios/as de Drogas Prohibidas". Cuenta con experiencia docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en las materias Penal y Derechos Humanos. Actualmente se desempeña como asesor Secretaría de Programación de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR), miembro de la mesa nacional y encargado de la sección "Drogas y Derecho Penal" de la Asociación de Pensamiento Penal (APP).

### 3.3. Legalización

#### 3.3.1. Legalización de mercado abierto

#### 3.3.2. Legalización controlada o regulada

### *Bibliografía*

#### **1- Introducción**

El debate sobre la necesidad de reforma de las llamadas políticas de drogas ha tomado un renovado y esperanzador impulso en los últimos años, teniendo como actores principales a las organizaciones de la sociedad civil, militantes políticos, funcionarios públicos<sup>2</sup>, legisladores, presidentes, ex presidentes, organismos internacionales, sus representantes, juristas, médicos, sociólogos, politólogos, economistas, etc. Tal interdisciplinariedad en el debate y consecuentemente en los discursos, ha acarreado un interesante sinnúmero de planteos y dudas respecto de los conceptos básicos que suelen abarcar a los paradigmas relacionados con la temática, como así también respecto de las estrategias para producir y comprender el cambio necesario de los mismos mediante una adecuada técnica legislativa.

Saber y comprender tales conceptos básicos, disímiles entre sí, resulta elemental para conocer las herramientas políticas a nuestro alcance para propiciar y defender nuestras posturas y no incurrir, bajo denominaciones incomprendidas o incomprensibles, en planteos institucionales que distan en mayor o menor medida de la propia ideología de nuestras exigencias.

Vasta es la bibliografía que ha denotado y abarcado con suma profundidad el fracaso de la aventura bélica, excusa intervencionista y cruzada moralista, denominada por sus mentores como «guerra contra las drogas». Guerra absurda, cuyo adversario y principal víctima han sido los consumidores de sustancias prohibidas y la cual es reconocida por haber causado mayores males de aquellos a los que supuestamente era llamada a prevenir.

---

<sup>2</sup> En el presente texto, omitiremos la utilización de lenguaje de género al mero fin de lograr mayor fluidez en la lectura, sin pretender con ello invisibilizar al género femenino en los conceptos aquí expuestos.

Un genocidio por goteo en Latinoamérica, con países desangrados, con miles de muertos y desaparecidos producto de esta cruzada; un sistema que prioriza la represión penal —la que incluso es a veces la opción excluyente— por sobre cualquier política orientada al respeto y promoción de los derechos humanos o a la protección eficaz de la salud de las personas; la judicialización y encarcelamiento masivo de consumidores por encima de la investigación de los grandes traficantes; la represión desproporcionada del Estado contra personas en situación socioeconómica de pobreza que participan por necesidad en los eslabones más frágiles de la cadena de tráfico; la indignante desproporción en las penas de los delitos vinculados a las drogas, en comparación con otros de mayor gravedad y afectación concreta de derechos de terceros (como ser el homicidio y la violación, por ejemplo); el alejamiento de los consumidores con problemas de abuso de sustancias de los sistemas de salud a causa de la amenaza punitiva; el estigma de la peligrosidad y todo el imaginario creado y propiciado sobre cada uno de los consumidores; el englobamiento absolutista de las sustancias prohibidas sin basamento científico alguno y sin discernir correctamente los efectos y propiedades de cada una de ellas; el impedimento inhumano de acceso a drogas prohibidas con efectos médico-terapéuticos comprobados, sobre pacientes con determinadas patologías y enfermedades (caso del cannabis y la amapola por ejemplo); la excusa perfecta para el intervencionismo de los países mentores de la cruzada en nuestras naciones soberanas, desde el condicionamiento político y económico hasta la invasión militar; la extorsión constante de las fuerzas del orden sobre los jóvenes de los barrios marginados y con mayores índices de vulnerabilidad; la selectividad penal de las agencias punitivas (policía, fiscales y jueces) sobre los más vulnerados y con menos posibilidades de defensa; la corrupción y complicidad institucional con el crimen organizado, que socaba la estabilidad y sostenibilidad de nuestras jóvenes democracias; los escandalosos ingresos económicos obtenidos por el crimen organizado, expandidos por la lucrativa prohibición y sin mayor regulación que el ejercicio de la violencia como método de control territorial del mercado; el extraordinario poder político institucional logrado mediante la amenaza y la violencia de tales organizaciones (plata o plomo), o la injerencia y financiamiento espurio sobre la partidocracia de nuestros sistemas; el racismo y xenofobia observados principalmente en la criminalización selectiva y en-

carcelamiento de afrodescendientes, indígenas, campesinos y nacionales de países en desarrollo; la misoginia y violencia contra las mujeres propiciadas por la feminización de la pobreza, el encausamiento selectivo y las condenas desproporcionadas a las mal llamadas «mulas», —utilizadas tanto por el crimen organizado como por la pantalla de una presunta represión del mismo—; el velo mediático-político que pretende aparentar ciertos logros de la cruzada mediante la persecución exclusiva de consumidores, autocultivadores y eslabones más vulnerables de la cadena de tráfico; los devastadores efectos sobre la salud de los consumidores que produce la adulteración de sustancias prohibidas con el fin de lograr mayor rentabilidad para el negocio ilegal; el paternalismo moralista que regula punitivamente conductas privadas de las personas que no afectan derechos de terceros; el tratamiento compulsivo de personas con usos problemáticos o adicciones mediante normas contrarias a los lineamientos de salud mental acordes con una política de derechos humanos y la autodeterminación de las personas; millones de campesinos desplazados de sus tierras producto de la violencia paramilitar-institucional y usurpación de sus propiedades; bosques devastados, suelos y ríos contaminados por la producción de narcóticos sin control alguno en la clandestinidad; la selectividad de los regímenes legales internacionales aplicables a cada Estado conforme la división internacional del trabajo que le ha sido impuesta históricamente y su capacidad soberana de aplicación o abstención de la prohibición; el continuo aumento y diversificación del consumo de sustancias prohibidas, a pesar de las políticas prohibicionistas supuestamente represivas de la oferta y demanda de las mismas; la ausencia de políticas claras de reducción de daños y vulnerabilidad de los usuarios de drogas prohibidas; el fomento del consumo de sustancias legales de mayor toxicidad, adictividad y morbilidad, en contraposición a la prohibición del consumo o acceso regulado a las sustancias prohibidas; etc.

Tan sólo alguno de estos motivos podría justificar la necesidad de debatir la reformulación de las políticas prohibicionistas que vienen siendo implementadas hace décadas, en búsqueda de alternativas más racionales y adecuadas al bienestar de nuestras sociedades. Pero la sumatoria de los mismos, hacen que dicho debate resulte urgente, prioritario y consecuente con cualquier sistema político que pretenda denominarse democrático y humanitario.

El presente escrito, tiene como intención resumir los paradigmas implementados consecutiva o simultáneamente por el prohibicionismo, y realizar un aporte específico respecto de aquellos conceptos que se encuentran en permanente discusión en el contexto regional y mundial, a fin de intentar clarificar el contenido y criterio de entendimiento jurídico-político de los mismos. Conceptos, como hemos llamado, básicos; pero tal vez necesarios para la comprensión e impulso de un cambio de paradigma posible en las políticas de drogas.

## **PRIMERA PARTE: UN CAMBIO DE PARADIGMA POSIBLE**

### **2. El discurso político, el imaginario social y viceversa**

El discurso político prohibicionista ha sido adecuado sucesiva, antojadiza y arbitrariamente, conforme las necesidades coyunturales de autojustificación de sus preceptos fundacionales y de los prejuicios de sus mentores.

Muchos de sus conceptos los encontramos corriendo el velo del discurso políticamente correcto y mediatizado. La política de drogas internacional y local contiene un sinfín de *ultrafinalidades* no manifiestas que las hacen de imposible objeto de análisis desde la óptica de las “políticas públicas” que no se esfuerzan por ver más allá de lo que ese velo oculta. De tal forma, el análisis de los discursos fundacionales de la política de drogas internacionalmente “consensuada” hace décadas, ha manifestado su preocupación “*por la salud física y moral de la humanidad*”<sup>3</sup>, siendo esa preocupación su aparente motivación primaria. En la práctica, los resultados históricos de su implementación brindan suficiente información como para considerar que ciertas ultrafinalidades se ven mayormente vinculadas a objetivos de control social mediante la excusa represiva de poblaciones marginadas, de intervencionismo político/militar en soberanías de los países emergentes y de flujos económi-

---

<sup>3</sup> Preámbulo de la “CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES, ENMENDADA POR EL PROTOCOLO DE 1972 DE MODIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN ÚNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES”. Cabe destacar que en su versión española se agrega el concepto de “*salud moral*”, mientras que en su versión original en inglés se habla de “*bienestar*” (welfare).

cos paralelos que vitalizan sistemas financieros, que a sus premisas manifiestas en supuesto resguardo de la *salud física y moral de la humanidad*.

No hay mayor imposibilidad de incoar una racionalidad discursiva y fundamentada, que el hecho de intentar brindar sustento lógico a una irracionalidad pragmática. Sin embargo, no han sido vanos tales intentos durante la historia del prohibicionismo, siendo que dichas adecuaciones discursivas manifiestas le han permitido su subsistencia incólume durante decenios hasta la actualidad, aun pese a la enorme evidencia que cuestiona su efectividad siquiera para los fines declamados (ya no digamos su adecuación a principios democráticos y de derechos humanos).

Para ello, el discurso se ha valido de una compleja superposición de pretextos, supersticiones, preconceptos, estereotipos y supuestos sin base científica alguna, que se han ido desplegando socialmente a lo largo de décadas, y han aportado a su vez a la conformación de un imaginario social distorsionado sobre el fenómeno de las drogas y sobre sus usuarios.

Ahora bien, estas formulaciones discursivas no han sido espontáneas ni caprichosas en sus objetivos, sino que más bien estuvieron ligadas a estrategias de control social que se corresponden con determinados proyectos políticos, económicos, sociales y culturales de un momento histórico determinado, siendo que la cruzada bélica siempre ha sido utilizada como «justificación sociopolítica» de una herramienta de control y persecución a determinados grupos sociales emergentes y vulnerados, como parte de una estrategia de imposición social del miedo. Ello ya sea al interior de los territorios en donde tales políticas han florecido, o bien exportando sus componentes esenciales bajo el apercibimiento de sanciones internacionales por la omisión en su aplicación; o sea, más allá de cualquier intento soberano de autodeterminación de los pueblos.

No hay política perdurable en el tiempo sin un discurso fundacional que le brinde cierta legitimación. En la actualidad, la crisis del prohibicionismo y la consecuente búsqueda de alternativas soberanas mediante el cambio de paradigma, se ven propiciadas por la extenuación de su discurso, lograda mediante la contraposición de un importante caudal de información objetiva, científica y documentada contra sus

preceptos fundacionales. Por más internalizado que se encuentre dicho discurso en nuestras sociedades, el prohibicionismo se ve imposibilitado de seguir legitimando las graves afectaciones y atrocidades llevadas adelante en nombre de una guerra absurda e irracionalmente impuesta a nuestras naciones.

Igualmente, a pesar de la crisis de discurso y las experiencias de reforma contra sus preceptos, el prohibicionismo sigue vigente y reaccionando violentamente contra tales sediciones. Su éxito o fracaso de la llamada “guerra contra las drogas” debe relativizarse si nos situamos en el análisis de sus premisas manifiestas o en el resguardo de las ultrafinalidades ocultas.

El máximo poder del Estado contra los individuos, el sistema punitivo y sus agencias de criminalización —reaccionarias por tradición—, obviamente entablarán múltiples batallas para no perder su poder de control social y de especulación en un negocio del cual han sido históricamente cómplices y beneficiarios. Asimismo, lo harán las agencias de control e interdicción internacional.

Antes de avanzar con nuestros conceptos básicos, nos vemos en la necesidad de recordar algunos paradigmas discursivos propios del prohibicionismo, paradigmas que denominamos «tóxicos», y que se ven subvertidos por el paradigma en que se basan los actuales proyectos de reforma: el de los derechos humanos.

## **2.1. Paradigmas tóxicos**

El prohibicionismo y sus espasmódicos discursos, han conformado históricamente una visión distorsionada sobre la temática de las drogas prohibidas, acorde a la utilidad que han brindado históricamente tales discursos a un momento político determinado, y principalmente, al intento de legitimación de sus decisiones políticas de represión y segregación de determinados grupos sociales por sus características reales o imaginarias. Sin sentirnos en la necesidad de abarcar cada uno de ellos, podemos mencionar los que siguen por su trascendencia y significancia.

### **2.1.1. Paradigma racista-xenófobo**

La decisión histórica sobre la calidad de sustancias a reprimir no ha tenido criterio científico alguno que la avale, sino más bien ha sido tomada en base a la represión pretendida sobre los sujetos que solían hacer uso de dichas sustancias en un momento histórico determinado.

De tal forma, la guerra a las drogas ha estimulado comportamientos racistas y xenófobos. Conforme nos recuerda Uprimny, «la criminalización de ciertas drogas — independientemente de la búsqueda de control del consumo— puede operar como mecanismo de segregación y control de ciertas poblaciones. Así, en 1909 hubo en Estados Unidos una criminalización diferencial del opio: se prohibió fumar opio pero no se criminalizó el consumo de otras formas de opiáceos como la morfina y la heroína que parecen ser más dañinos en términos de salud. Y en ello jugó un papel esencial [una xenofobia encubierta] (...) en los Estados Unidos de parte de los anglosajones contra la población china —principales fumadores de opio en esa época— debido a la competencia creciente de esta minoría en el mercado de trabajo<sup>4</sup>. Las políticas antidrogas permiten entonces —invocando un valor más allá de toda sospecha como la salud pública— legitimar formas de segregación social»<sup>5</sup>.

La población «blanca» propició el discurso del miedo respecto de la «amenaza amarilla», reimpulsando campañas xenófobas bajo ímpetus nacionalistas al estilo de «América para los americanos». Pero tales arranques nacionalistas no quedaron en el mero discurso, sino que el mismo legitimó la acción concreta y formalizada mediante violentos ataques a barrios chinos, el cierre de fronteras a la inmigración, la discriminación racial en todo el espectro sociopolítico y la persecución criminal de aquellos consumidores que eran penalizados más por ser "mano de obra barata" competitiva, que por sus costumbres de vida o consumos.

La criminalización de otras sustancias ha tenido idénticos propósitos de segregación y persecución a determinados grupos étnicos. Así, la persecución de la cocaína y la marihuana fue y es razón suficiente como para criminalizar selectivamente a los afrodescendientes en el país del norte, y la persecución de la marihuana también hizo lo suyo respecto de la población mexicana y latina.

---

<sup>4</sup> Ver Rosa del Olmo, "La cara oculta de la droga". Temis, Bogotá, 1986.

<sup>5</sup> Uprimny, Rodrigo "Drogas, Derecho y Democracia".

Nuevamente la historia demuestra que la criminalización selecta de determinadas sustancias ha correspondido a una coyuntura de persecución y criminalización programática hacia determinados grupos sociales, siendo que en el caso de la población afroamericana, la prohibición de la cocaína y de la marihuana ha incrementado sus ínfulas, en contextos de necesidad de control sociopolítico de tal grupo étnico en pleno ascenso en el reclamo de sus derechos civiles durante las década del '70.

Al decir reciente de Noam Chomsky, «el movimiento de los negros llegó a su límite en cuanto se convirtió en un asunto de clase», considerando que la conciencia de clase representaba cierta amenaza para la hegemonía blanca. Chomsky subraya que «el instrumento que se utilizó para recriminalizar a la población negra fueron las drogas», y agrega que «La guerra contra las drogas es un fraude, un fraude total. No tiene nada que ver con las drogas. [...] En lo que ha sido exitosa la guerra contra las drogas es en criminalizar a los pobres. Y los pobres en EE.UU. resultan ser en su mayoría negros y latinos».

Chomsky llegó a calificar la guerra contra las drogas como «una guerra de razas». «Es una guerra de razas. Casi en su totalidad; desde el principio, las órdenes dadas a la Policía de cómo lidiar con las drogas, fueron "(no) ir a los suburbios y detener al corredor de bolsa blanco que esnifa cocaína por la tarde, sino (...) ir a los guetos, y si un chico tiene un porro en su bolsillo, meterlo en prisión"». <sup>6</sup>

De tal forma, es interesante reflejar en el contexto actual, donde la política prohibicionista ha sido prácticamente impuesta a nivel internacional por los Estados Unidos, cuáles fueron los resultados discriminatorios, xenófobos y racistas en el seno de dicho país.

Tal segregación y persecución racial, mediante este paradigma racista-xenófobo, no ha quedado en desuso; más bien podríamos afirmar que es el de mayor arraigo en nuestras sociedades y en el actuar de las fuerzas de seguridad en ejercicio del poder punitivo. La selectividad penal basada en el «color de piel» y la extranjería es

---

<sup>6</sup> Cfr. <http://actualidad.rt.com/actualidad/view/116580-chomsky-drogas-negros-eeuu-criminalizar>

una constante en la mayoría de nuestras sociedades, puesto que el discurso de la guerra contra las drogas le ha brindado cuantiosa legitimidad.

Un estudio<sup>7</sup> de la La Unión Estadounidense por las Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés —American Civil Liberties Union—), demuestra que los índices de uso de marihuana entre la población blanca y negra son aproximadamente iguales, y en determinados rangos etarios (18 a 25 años), el consumo de la población blanca es sensiblemente mayor. Aun así, la amplia disparidad étnica en los arrestos por posesión de marihuana es notable, no pudiendo explicarse ello por diferencias en los índices de consumo entre tales poblaciones, sino más bien por una selectividad racista de las «agencias del orden».

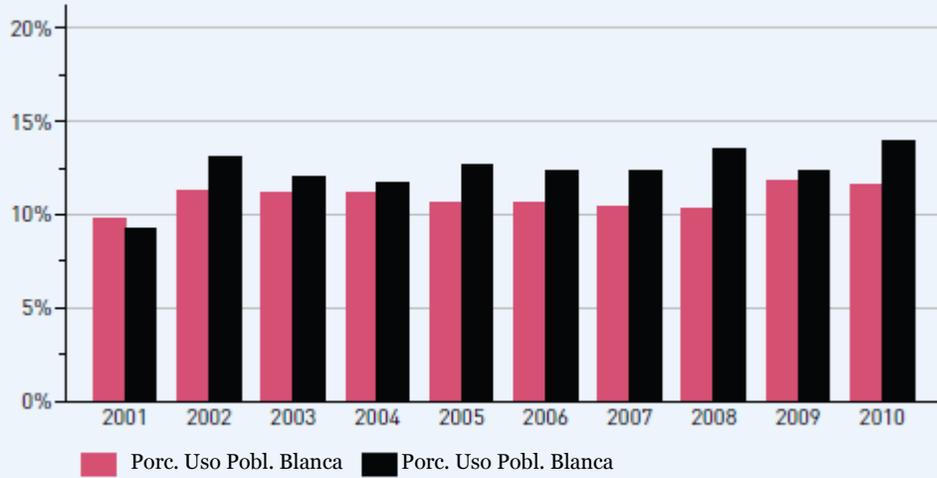
Dicho informe, denuncia así que las personas afroamericanas tienen 3.73 veces más posibilidades de ser arrestadas por posesión de marihuana que la población blanca. Dicha disparidad ha aumentado 32.7% entre los años 2001 y 2010. De hecho, mientras que los índices de arresto de la población blanca se mantuvieron constantes en alrededor de 192 arrestos por cada 100.000 habitantes, el índice de arresto a afroamericanos ha aumentado de 537 por 100.000 en 2001 a 716 por 100.000 en 2010. Por consiguiente, a pesar de que aparentemente los índices de arresto por posesión de marihuana han aumentado en general, en gran parte ello se debe al resultado de un aumento en el arresto de población afroamericana.

Los gráficos aportados en el informe referenciado, demuestran con detalle tales disparidades en la selectividad étnica del sistema punitivo estadounidense.

---

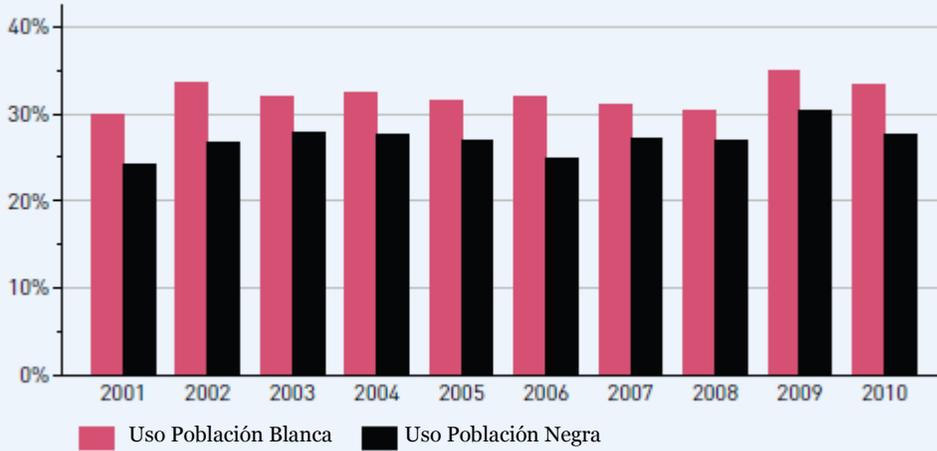
<sup>7</sup> "The war on marijuana in black and white. Billions of Dollars Wasted on Racially Biased Arrests". Junio 2013. Disponible en <https://www.aclu.org/files/assets/aclu-thewaronmarijuana-rel2.pdf>

**Tasa de uso de marihuana por étnia: uso de marihuana en los últimos 12 meses (2001-2010)**

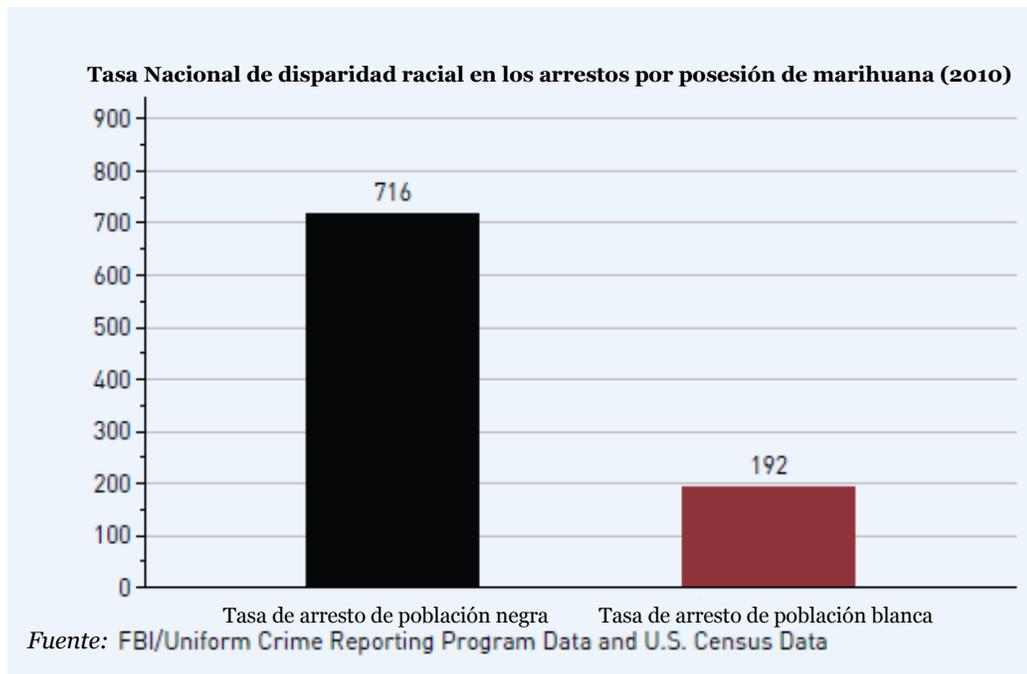
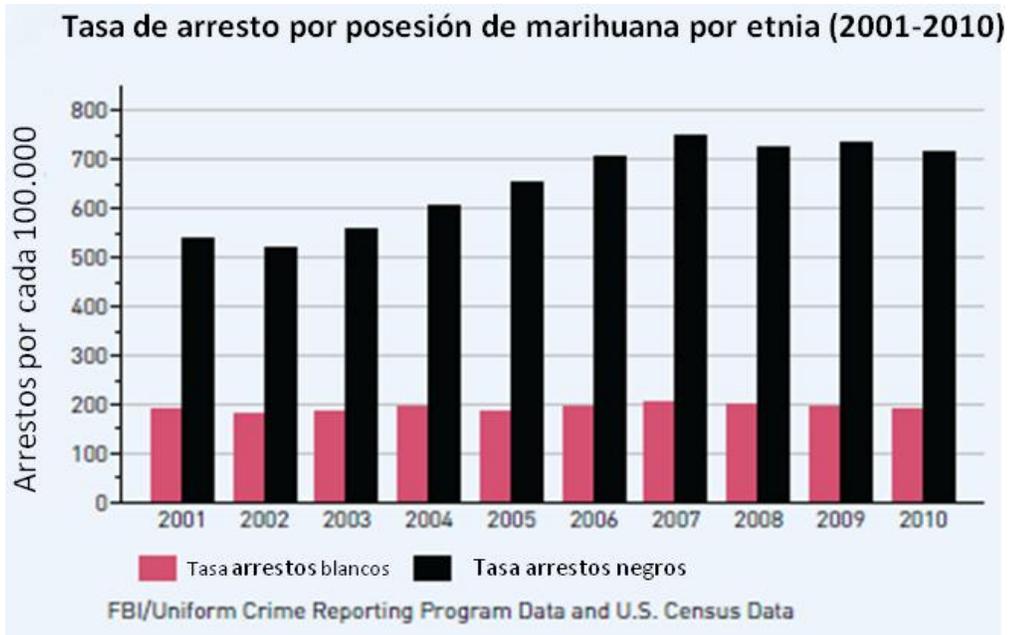


Fuente: National Household Survey on Drug Abuse and Health, 2001-2010

**Uso de marihuana en personas de 18 a 25 años por étnia: uso de marihuana en los últimos 12 meses (2001-2010)**



Fuente: National Household Survey on Drug Abuse and Health, 2001-2010



A pesar de que EEUU tiene apenas el 5 por ciento de la población mundial, alberga casi el 25 por ciento de los prisioneros del mundo. Debido a la guerra contra las drogas, la población carcelaria estadounidense se ha disparado desde aproximadamente 300.000 personas en 1970 a aproximadamente 2.5 millones en la actualidad (más de 8 veces la cifra de 1970). De este total, 220 mil se encuentran prisionizados en cárceles federales, las cuales se encuentran superpobladas en un 40 por

ciento. La mitad de los prisionizados han sido condenados por delitos vinculados con drogas, y de ellos, más del 60 por ciento pertenecen a grupos étnicos latinos y afrodescendientes. Uno de cada 10 hombres negros de treinta años se encuentra actualmente en la cárcel.

Además de la selectividad étnica en las detenciones, las desigualdades se manifiestan en la cuantificación de las penas: los afrodescendientes reciben condenas casi un 20 por ciento más largas que las impuestas a la población blanca ante delitos similares.

Los negros, latinos e indígenas estadounidenses constituyen la amplia mayoría en todo el sistema carcelario estadounidense, pero sin embargo en ningún otro sector del sistema de justicia penal se refleja de manera más brutal esta disparidad que en lo referido a encarcelamiento, detención, condena y sentencias por delitos relacionados a drogas ilegales<sup>8</sup>.

Aproximadamente 41.4 millones de hombres afroamericanos están inhabilitados para votar como resultado de condenas por ofensas a la ley de drogas. Los varones afrodescendientes representan más del 36% del total de la población masculina de los Estados Unidos sin derecho a voto aunque constituyen menos del 15% del total de la población masculina estadounidense<sup>9</sup>.

A nivel de los países latinoamericanos es bastante difícil conseguir estadísticas que demuestren la discriminación racial o la xenofobia padecida por las personas criminalizadas y prisionizadas por delitos de drogas. Lo que sí es sencillo de observar en nuestras prisiones es un amplio margen de personas en condición socioeconómica de pobreza y extranjeros procesados o condenados producto del actual régimen prohibicionista y principalmente por la punición de la tenencia de sustancias (figura penal que resulta clave para la persecución de los más vulnerables y su enjuiciamiento mediático como «chivos expiatorios»).

---

<sup>8</sup> Cfr. Sekaran, Sharda "Rompiendo las cadenas. Crimen y castigo: el sistema de justicia penal y las leyes punitivas de drogas".

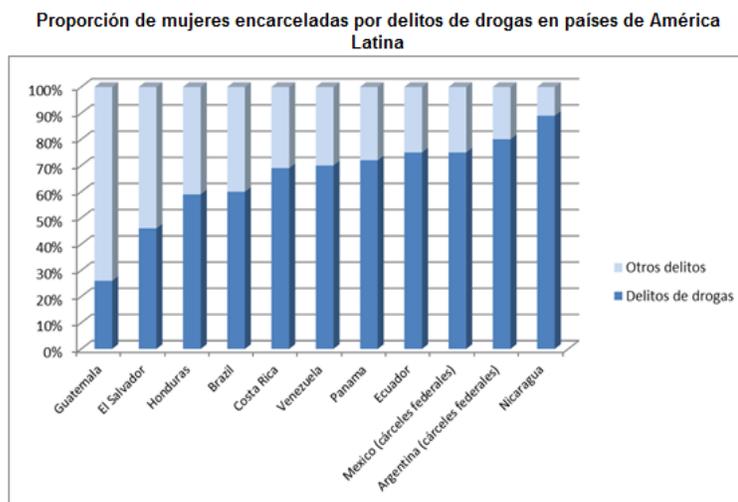
<sup>9</sup> Ver Human Rights Watch. "Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs".

Este paradigma, junto a otros utilizados alternativa o simultáneamente, indican que el promocionado «problema de las drogas» no fue históricamente producto de una batalla hacia las sustancias *per se*, sino hacia quienes hacían uso de ellas en función de una clasificación basada en la situación socioeconómica y en pretextos abiertamente discriminatorios como la etnia y la nacionalidad.

### 2.1.2. Paradigma misógino

Un informe del Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC, por sus siglas en inglés —International Drug Policy Consortium—)<sup>10</sup>, refleja la misoginia del paradigma prohibicionista, el cual tiene especial predilección por el encarcelamiento de mujeres de los sectores más vulnerados en las cárceles latinoamericanas.

Entre 2006 y 2011, la población penitenciaria femenina de América Latina casi se duplicó, pasando de 40.000 a más de 74.000 internas. La mayoría de las mujeres encarceladas lo están por haber sido acusadas de delitos menores relacionados con drogas (75%-80% en Ecuador, entre 30% y 60% en México, 64% en Costa Rica, 60% en Brasil, 70% en Argentina), vinculados a la supervivencia económica en contextos marcados por el abuso, el machismo y la violencia.



**Fuente:** Corina Giacomello, "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium). 2013

<sup>10</sup> Giacomello, Corina, "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium). Octubre 2013. Disponible en <http://idpc.net/es>.

A su vez, la misoginia se intersecta con la xenofobia en la mayoría de los casos. Un estudio en Argentina sobre mujeres en prisión del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)<sup>11</sup>, indica que en el caso de las mujeres extranjeras el porcentaje de prisionizadas por delitos de drogas es del 90%; es decir, nueve de cada diez mujeres extranjeras en las cárceles de Argentina están acusadas por tales delitos. La mayoría son originarias de otros países latinoamericanos.

A lo largo del documento del IDPC reseñado, se visibiliza cómo las mujeres ocupan los eslabones más bajos de la cadena delictiva. «Se desempeñan principalmente como cultivadoras, recolectoras, vendedoras al menudeo, correos humanos (lo que se suele conocer como "mulas" o "burreras", entre otros nombres) e introductoras de drogas a centros de reclusión.

»Es decir, con pocas excepciones, fungen como mano de obra fácilmente reemplazable de las redes criminales transnacionales. En América Latina, las circunstancias socioeconómicas constituyen la principal motivación por la cual las mujeres "eligen" cometer una actividad penada. La región tiene el índice más alto de desigualdad económica del mundo y un alto porcentaje de la población que vive en la pobreza o la indigencia en la región son mujeres. Este fenómeno se conoce como feminización de la pobreza y se manifiesta en áreas urbanas y rurales. Es importante resaltar el aumento de los hogares monoparentales a jefatura femenina. Las mujeres a menudo son las únicas responsables de sus hijos e hijas y cumplen dobles o triples jornadas laborales para poder fungir como sustento económico y, al mismo tiempo, no desatender las responsabilidades que les son asignadas como madres o abuelas. El peso de los cuidados de niños, niñas y a veces personas de la tercera edad recae enteramente sobre ellas, empujándolas a veces a buscar en la venta de drogas una manera de combinar sus múltiples obligaciones. Esta situación se refleja en el perfil de las mujeres encarceladas por delitos de drogas en América Latina: muchas de ellas son madres solteras que entran al negocio de las drogas solamente para poder alimentar a sus hijas e hijos.

---

<sup>11</sup> CELS, en conjunto con el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina. "Mujeres en prisión. Los alcances del castigo". Buenos Aires. Siglo XXI Editores. 2011.

»Las relaciones de género son otro elemento causal de cómo y por qué las mujeres cometen delitos de drogas, puesto que suelen involucrarse en estos actos ilícitos a partir de sus relaciones familiares o sentimentales, ya sea como novias, esposas, madres e hijas, y en cumplimiento de los roles asignados por relaciones de género marcadas por una asimetría entre hombres y mujeres.

»La mayoría de estas mujeres procede de los estratos sociales más marginados y socialmente excluidos, y no cuenta con los medios económicos ni con el conocimiento legal o el capital social para proveerse de una defensa legal adecuada. Asimismo, una vez que son aprehendidas, las mujeres en reclusión suelen ser abandonadas a su suerte y dejadas en un estado de indefensa plena. Dicha situación se agrava en los casos de mujeres extranjeras, indígenas o de aquellas que son aprehendidas lejos de su lugar de origen y cuyas familias no cuentan con los medios para asistirles o ni siquiera se enteran de que su familiar ha sido detenida».<sup>12</sup>

El estudio del CELS antes mencionado es coincidente con ello, mencionando que «la selectividad penal recae sobre las mujeres pertenecientes a sectores social y económicamente desfavorecidos: la gran mayoría de las encarceladas encabezaba familias monoparentales y ejercía la jefatura del hogar. El 60,1% del total de encuestadas respondió que en el momento de la detención no convivía con un cónyuge o pareja, y el 63,5%, que era el principal sostén económico de su hogar, porcentaje que alcanza el 70,4% en el caso de las extranjeras. Incluso 4 de cada 10 mujeres respondieron que, aun luego de la detención, continuaron realizando aportes económicos a sus hogares. Este último dato es categórico en cuanto a la acuciante situación económica del grupo familiar, más aún si se consideran los magros ingresos que perciben las reclusas por las actividades laborales que desarrollan».<sup>13</sup>

Ello a su vez se encuentra reforzado por el aporte reciente de la OEA, en cuyo informe del año 2013 afirma que «En América del Sur las cárceles femeninas están llenas de "mulas" o pequeñas traficantes, que muchas veces tienen de compañía en la cárcel a sus hijos pequeños. Algunos estudios afirman que aproximadamente el

---

<sup>12</sup> Giacomello, Corina. IDPC, Idem.

<sup>13</sup> CELS, Idem.

70% de las mujeres en prisión están allí por micro tráfico no violento<sup>14</sup>. La mayoría de ellas vienen de comunidades socialmente marginalizadas y vulnerables y comúnmente son migrantes o provienen de poblaciones indígenas. Como resultado de lo anterior, muchas cárceles presentan niveles de hacinamiento muy altos y en ellas las presas son víctimas de abuso sexual, extorsiones y matonaje». <sup>15</sup>

Por lo cual, observamos que el prohibicionismo ha sido funcional a la feminización y criminalización de la pobreza, puestas de manifiesto en la amplia población de mujeres prisionizadas en aras de la prohibición, que no ha sido capaz de distinguir entre aquellas personas que realmente realizan conductas de gravedad social y aquellas a las que una realidad socioeconómica acuciante sumada a condiciones patriarcales de desventaja estructural, empujan a tales actividades por motivos de extrema necesidad. Pero el mandato prohibicionista exige la punición más allá de toda contemplación humanitaria.

### **2.1.3. Paradigmas ideológicos**

En el proceso de construcción de estereotipos y distorsiones funcionales a la imagen de los usuarios que el prohibicionismo ha fomentado, podemos encontrar también aquella imagen que fue útil para la estigmatización de los jóvenes «contestatarios» de las décadas de los '60 y '70.

Se los representa «...en la figura del joven contestatario social o cultural que hace de su vivencia de las drogas una manifestación más de su rechazo de la cultura y del sistema social imperante, y como un instrumento más de la elaboración de un modelo social alternativo. Por esta razón, el consumo de drogas era asociado a cualquier tipo de disidencia política cuyo objetivo apuntaba a destruir el sistema gobernante y la nación». <sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Meetal, P. and Youngers, C. (Eds), 'Systems Overload: Drugs Law and Prisons in Latin America', Transnational Institute and the Washington Office on Latin America, 2010.

<sup>15</sup> Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos -OEA-, "El Problema de las Drogas en las Américas". 2013.

<sup>16</sup> González Zorrilla, Carlos; citado por Sosa, Cecilia en "Argentina, las drogas y el Primer Mundo", disponible en: <http://www.bioetica.org/colab2.htm>

Esta construcción y la imagen bélica potenciada por el régimen prohibicionista, en donde el bien jurídico a proteger mediante la normativa legal era la «seguridad nacional»<sup>17</sup> y el «enemigo» a vencer entre otros fantasmas era la narco-guerrilla, fue funcional a la acción desplegada por el terrorismo de Estado y las dictaduras genocidas en el continente americano que conllevaron a la desaparición física de aproximadamente 200.000 personas (entre otros crímenes de lesa humanidad como el asesinato, la tortura, la apropiación de recién nacidos, etc.).

Fue tal la asociación y complemento funcional entre las doctrinas de seguridad nacional relacionadas a la criminalización de drogas y la doctrina de aniquilamiento de la «subversión política», que las normativas vinculadas a ambas materias, datan de fechas muy cercanas y circunstanciadas en un contexto sociopolítico determinado<sup>18</sup>.

El endurecimiento de la legislación sobre estupefacientes era un fenómeno mundial en el marco del lanzamiento de la “Guerra contra las Drogas” por parte del presidente de Estados Unidos, Richard Nixon, quien califica por entonces a las drogas como “el enemigo público, no económico, número uno”, procediendo a la creación de la DEA (Drug Enforcement Agency).

De tal forma, es inevitable disociar este nuevo marco normativo de la “Doctrina de Seguridad Nacional” que comenzaba a ser implementada en nuestro continente bajo los influjos de la potencia del norte. En tal sentido, el entonces Ministro de Bienestar Social de Argentina y creador de la fuerza paramilitar conocida como Triple A, José López Rega, declaraba que “las guerrillas son los principales consumidores de drogas en la Argentina, por lo tanto la campaña antidrogas será auténticamente una campaña antiguerrilla”.

La posibilidad de que la industria de las drogas prohibidas financie a grupos revolucionarios y/o de oposición política a las dictaduras imperantes —financiadas a su

---

<sup>17</sup> Ley 20.771 en Argentina, por ejemplo.

<sup>18</sup> En Argentina, por ejemplo ambas normativas distan tan sólo en un año desde su promulgación: 1974, Régimen Penal de las Conductas Delictivas Concernientes a Estupefacientes, y 1975 los llamados “Decretos de aniquilamiento” N° 2770/75, 2771/75 y 2772/75. Este último decreto ordenaba a las Fuerzas Armadas, la ejecución de las operaciones militares y de seguridad que sean necesarias a efectos de *aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país*.

vez desde el norte—, fue de principal preocupación de las agencias internacionales de represión e intervención en América Latina<sup>19</sup>. Aunque debe notarse que el capital narco, valga la aclaración, nunca reparó en ideologías a fin de brindar financiamiento, sino más bien en los beneficios que tales alianzas estratégicas le brindaban en determinado contexto sociopolítico; ya sea con grupos insurgentes de izquierda, «autodefensas» y paramilitares de derecha, sobornos a las fuerzas de seguridad del gobierno, etc.

A su vez, en territorio estadounidense, tal deformación estigmatizante hacia los usuarios de drogas prohibidas sirvió de sustento para criminalizar a la juventud que se oponía al intervencionismo bélico en Vietnam, a la discriminación racial o al apoyo de ese país a las dictaduras latinoamericanas, jóvenes que reclamaban por un nuevo sistema humanitario contra el capitalismo consumista, abrazando a su vez la revolución sexual y el amor libre.

La asociación de tales personas al uso de marihuana y alucinógenos como el LSD, sirvió de base para enfatizar la represión del consumo de tales sustancias y, consecuentemente, propiciar la represión de tal grupo social molesto para sectores conservadores de la sociedad estadounidense, que ya venían dando batalla contra el movimiento de Derechos Civiles y contra los grupos étnicos organizados.

Tal fue la estigmatización del movimiento *hippie* y el consecuente desprestigio político-mediático de sus demandas, que se llegó a asociar a los asesinatos de Charles Manson con el movimiento contracultural. Para muchos Manson parecía un *hippie* típico debido a su pelo largo y a sus prácticas sexuales «promiscuas». Más allá de que las prácticas de Manson estaban diametralmente opuestas con los valores *hippies* de pacifismo y empatía, la asociación de un asesino con un movimiento contracultural contestatario y molesto para la hegemonía imperante, aportaba mucho y era compatible con la estigmatización ya propiciada por el prohibicionismo mediante la identificación «*hippie*-droga-delincuencia».

---

<sup>19</sup> El mismo narcotraficante del Cartel de Medellín, Carlos Ledher Rivas, hacía alarde de ello diciendo que "La cocaína es la bomba atómica de Latinoamérica", por su potencial de financiar a los movimientos revolucionarios latinoamericanos contra los intereses imperialistas del país del norte.

#### **2.1.4 Paradigma aporofóbico-delincuencial<sup>20</sup>**

En otra etapa la representación se corporiza en la juventud «marginal» que reside en los barrios periféricos a las grandes ciudades. Se desarrolla la idea de que dicho sujeto se halla inmerso en condiciones sociales donde el consumo de drogas y las actividades delictivas forman parte de un contexto normalizado y mutuamente propiciado —en contraposición a lo que ocurriría en las zonas residenciales de los sectores de ingresos medios y altos—. El traficante se sigue considerando delincuente y el consumidor se califica como un «peligro social» (estigma negativo de peligrosidad) con potencialidad o predeterminación delictiva.

En el desarrollo de otros paradigmas, hemos observado que la situación socioeconómica de pobreza y la vulnerabilidad asociada constituyen un elemento transversal a la criminalización establecida por el régimen prohibicionista, siendo que la selectividad penal se basa la mayoría de las veces en la condición de vulnerabilidad socioeconómica de su «clientela» por sobre las características reales o imaginarias de las personas, como ser el género, el «color de piel», etc. Es decir, que los seleccionados por el sistema son elegidos más por «pobres» que por negros, más por «pobres» que por jóvenes, más por «pobres» que por mujeres; la pobreza es, por tanto, el elemento determinante de la situación de vulnerabilidad ante las agencias represivas de control.

Este discurso arraiga fuertemente en nuestras sociedades, haciendo un paralelismo naturalizado de droga-delincuencia y su imputación a las personas que consumen sustancias prohibidas en circunstancias socioeconómicas que agravan los riesgos del propio consumo: riesgos por consumir sustancias de peor calidad —como el bazuco/paco— o adulteradas con aditivos más nocivos para la salud que la propia sustancia consumida; riesgos a la salud por no poder acudir a los efectores sanitarios sin la posibilidad de ser criminalizadas o encerradas compulsivamente; riesgos de violencia del crimen organizado que suelen utilizarlas como mano de obra barata y

---

<sup>20</sup> La aporofobia, (del griego á-poros —pobre— y φόβος, —fobia, miedo—), es un término que a pesar de no estar incluido en el diccionario de la Real Academia Española, es utilizado en varias publicaciones para denotar la fobia que representa el miedo hacia la pobreza o hacia las personas en situación socioeconómica de pobreza. También suele interpretarse como la repugnancia, odio u hostilidad hacia tales personas.

descartable; riesgos ciertos de ser seleccionadas por las fuerzas de seguridad para ser extorsionadas y/o prisionizadas.

La penalización de ciertas conductas accesorias y necesarias al propio consumo, como la tenencia/porte, el consumo «ostentoso» (con trascendencia a terceros), el autocultivo, etc., reafirma el estereotipo delincencial impuesto sobre los consumidores. O sea, todo consumidor es un potencial delincuente (en sentido amplio) y un delincuente «por definición», conforme los tipos penales que criminalizan actos previos o necesarios para el consumo; y ello a pesar de que el «consumo» como tal no se encuentre penalizado en la mayoría de los países.

De tal forma, ya sea porque se supone que el consumo de sustancias prohibidas conlleva indefectiblemente a un comportamiento delincencial, o porque todos los consumidores son delincuentes mediante la incongruencia del sistema prohibicionista que legitima el consumo pero no las acciones a él relacionadas, o bien porque se considera que el consumidor es un eslabón de la cadena de tráfico bajo la premisa maniquea de «sin demanda no hay oferta», el resultado es que un importante margen de la población equipara al consumidor con el «delincuente».

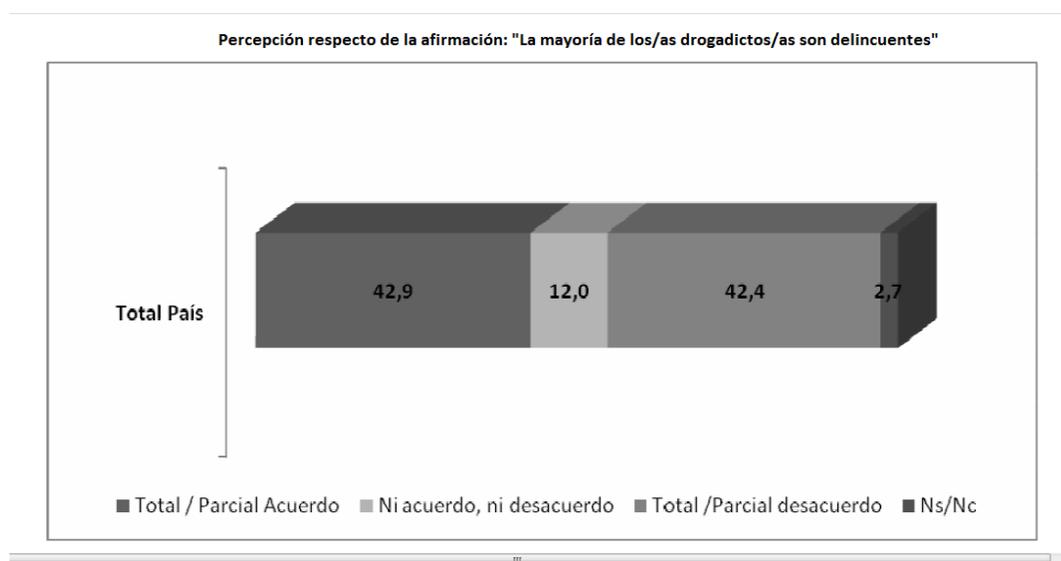
En Argentina, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), mediante su «Mapa de la Discriminación en la Argentina»<sup>21</sup> del año 2007<sup>22</sup>, ha evaluado el criterio de los encuestados respecto de la afirmación de que «la mayoría de los/as drogadictos/as son delincuentes». Un 42,9% de los/as encuestados/as en 16 provincias relevadas, manifestaron expresamente el total o parcial acuerdo con la afirmación de que «la mayoría de los/as drogadictos/as son delincuentes», mientras que un 12% no estuvo "ni de acuerdo ni en desacuerdo" con tal aseveración. Por lo cual, un total de 54,9% de los/as encuestados/as (en

---

<sup>21</sup> INADI, "Mapa de la discriminación: representaciones, acciones y percepciones acerca de la discriminación". Buenos Aires. Noviembre de 2007.

<sup>22</sup> Lamentamos que en un contexto de debate mundial como el presente, el INADI no haya actualizado la información aquí referida en su Mapa de la Discriminación del año 2013, omitiendo cualquier referencia a la temática de drogas y a los consumidores como grupo vulnerable.

menor o mayor medida) han demostrado tener un prejuicio discriminatorio hacia los consumidores de drogas prohibidas, estigmatizándolos como delincuentes<sup>23</sup>.



De tal forma se reafirma el estigma fomentado por el discurso prohibicionista y arraigado en el imaginario social, mediante un modelo de identificación de las drogas prohibidas con la delincuencia y la necesidad de implementar sistemas represivos bajo doctrinas de seguridad ciudadana.

Ello es así a pesar de que la droga criminógena por excelencia sea el alcohol, seguida por la toxicidad producida por dicha sustancia psicoactiva legal mezclada con drogas de venta lícita en farmacias. A pesar de ello, el prohibicionismo ha sido exitoso en separar la imagen social que se tiene de las drogas legales y de las ilegales, fomentando el estereotipo negativo de peligrosidad de estas últimas y sus usuarios. Es más, a las primeras muchas veces se las publicita y fomenta bajo imaginarios de éxito personal, posicionamiento económico y pertenencia social.

A su vez la caracterización social de los usuarios conforme las sustancias de las cuales hacen uso, denota la vinculación que se realiza sobre la situación socioeco-

<sup>23</sup> Cfr. Fusero, Mariano. "Recomendación General N° 3 en Materia de Discriminación a Consumidores/as de Drogas Prohibidas". INADI. Buenos Aires. 2008. Disponible en [http://inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec\\_gral\\_drogas.pdf](http://inadi.gob.ar/uploads/recomendaciones/rec_gral_drogas.pdf).

nómica de los mismos y sus potenciales comportamientos antisociales mediante estigmas negativos de peligrosidad respecto de la pobreza y su vinculación con el delito. Así puede observarse que el consumo de determinadas sustancias ilegales suele vincularse con los sectores más vulnerados de nuestras sociedades (pasta base, crack, marihuana, inhalantes, etc.) y otros consumos a las clases más beneficiadas (éxtasis, MDMA, cocaína de buena calidad, etc.). Tal primigenia asociación se traduce en otra que la secunda, mediante la asociación de tales consumos con supuestos comportamientos antisociales de sus usuarios. Ello más allá de los efectos farmacológicos y factores criminógenos reales o supuestos de cada sustancia.

Los contextos en donde se dan tales consumos, suelen propiciar tal imaginario, ya que el consumo de una persona en situación de calle o en un barrio vulnerado denota mayor peligrosidad para el prejuicio social adquirido, que el consumo de elevadas dosis de alcohol o éxtasis en contextos a los que suelen acudir sectores de altos ingresos (discotecas, fiestas electrónicas, etc.).

De tal forma, esta historia de construcción de estereotipos, es funcional a la discriminación de los consumidores de estupefacientes, señalándolos como «drogadictos» y «delincuentes» a los cuales se debe incriminar en función de las teorías prohibicionistas<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre esta criminalización estigmatizante de los consumidores, la vinculación “droga-delincuencia” o la concepción sociojurídica de que los mismos “afectan derechos de terceros/as” directa o mediatamente con su costumbre “delictiva-viciosa”, Uprimny menciona que desde el punto de vista empírico dicha tesis “...se funda en equívocos, que es posible despejar: de un lado, confunde consumo privado con el consumo público, cuando nadie niega la posibilidad de que el Estado pueda regular los consumos públicos. De otro lado, olvida diferenciar entre consumos no problemáticos y consumos indebidos, cuando es claro que una visión fundada en el respeto de la autonomía reconoce la necesidad de sancionar ciertos usos indebidos de las drogas que puedan afectar a terceros, como conducir un auto bajo los efectos de una sustancia psicoactiva. En ese mismo orden de ideas, es necesario distinguir entre el consumo per se y la posibilidad de que el usuario de droga pueda cometer otros delitos. No se trata entonces de dejar en la impunidad los otros delitos cometidos por los consumidores de drogas. Pero se les castigará por haber cometido tal o cual delito, pero no por ser consumidores...”. Op. Cit.

Las razones por las cuales una persona hace uso de una sustancia psicoactiva legal o ilegal son independientes —o pueden ser independientes— de aquellas razones por las cuales pueda incurrir en un comportamiento delincencial<sup>25</sup>.

El reciente Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), titulado «El Problema de las Drogas en las Américas», expresa que «...no puede afirmarse (...) que la comisión de delitos sea alta entre quienes consumen drogas. Más bien la vulnerabilidad y exclusión social podrían ser más determinantes de la actitud delictiva de las personas que su relación con el consumo de drogas. Como muestra el estudio realizado por la CICAD y la ONUDD, "Consumo de Drogas en Población Privada de Libertad y la Relación Entre Delito y Droga", las personas privadas de la libertad tienen "una débil vinculación al trabajo formal y experiencias fallidas de escolarización. Un alto porcentaje de ellos indicó tener algún familiar con antecedentes delictivos". La relación entre consumo de drogas y delitos varía con el tipo de drogas. Las drogas más duras tienen correlaciones más fuertes con la ocurrencia de delitos; sin embargo no es común que su uso derive en violencia. Existe un debate abierto sobre los efectos que producen ciertas drogas y su relación con la violencia. Mientras que la marihuana parece disminuir la agresividad, la cocaína puede llegar a estimularla y el consumo de heroína está más vinculado a los delitos contra la propiedad que a la violencia de los usuarios. Los estudios destacan que la violencia psicofarmacológica no es común y es más atribuible al alcohol que a las drogas controladas»<sup>26</sup>.

La selectividad del poder punitivo hacia las personas más vulneradas —con su consecuente criminalización secundaria— se debe también en parte a que cuentan con menores medios de defensa, acceso a asistencia letrada e información sobre posi-

---

<sup>25</sup> Conceptos tomados del Dr. Horacio Cattani, Juez de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital y Profesor de Derecho Penal y Criminología en las Facultades de Derecho y Psicología de la Universidad de Buenos Aires (U.B.A.), respectivamente. Ver "La palabra final, Entrevista al Juez Federal Dr. Horacio Catanni", por Marcelo Ferraro.

<sup>26</sup> Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos -OEA-, "El Problema de las Drogas en las Américas". 2013.

bles variables legales para reducir o conmutar sus eventuales penas (el instituto de la «probation», por ejemplo)<sup>27</sup>.

La diferenciación en el acceso a una defensa técnica conforme el poder adquisitivo de los imputados y la propia selectividad del derecho penal hacia los grupos vulnerados, se refleja como hemos dicho en una mayor criminalización y prisionización de las personas en situación socio-económica de pobreza.

Tal discriminación, a su vez, trasciende a la persona, atentando también contra su familia. Cuando un creciente número de personas en situación socio-económica de pobreza se enfrenta al encarcelamiento debido a cargos por ofensas a la ley de drogas, los efectos colaterales sobre sus comunidades y familias son innumerables<sup>28</sup>.

### **2.1.5. Paradigma de la salud**

En un avance del discurso, nos situamos en un contexto en el cual nuevas normativas y directrices públicas tienden a trasladar el «problema de las drogas» del ámbito de la seguridad nacional —primero— o ciudadana —luego—, a un nuevo paradigma en que el consumo de sustancias psicoactivas es planteado como un problema de salud pública.

Tal transformación del discurso vino a contemplar la necesidad de considerar que el tratamiento brindado a la temática de drogas, debería ser dual, en tanto la diversificación social de los consumidores bajo el prisma del prejuicio. O sea, en función de la sustancia consumida y de la persona que la consume, el tratamiento «adecuado» puede ser la cárcel, el sistema de salud o ambos a la vez.

Cuando el consumo era identificado con determinado grupo social minoritario, vulnerable y extrañado de los valores sociales impuestos, la respuesta de los paradig-

---

<sup>27</sup> Sekaran al respecto menciona que "aunque la intención era la de castigar a quienes violaban las leyes de drogas a un alto nivel (...) las leyes han tenido el efecto opuesto: quienes violan con mayores perjuicios las leyes de drogas que son asimismo aquellos que cuentan con un mayor acceso a información valiosa, tienen cómo negociar la reducción de sus penas. Entretanto, aquellos ofensores de menor impacto que no disponen de la información para negociar una reducción de sus penas, se ven sentenciados a condenas en exceso largas". Ob. Cit.

<sup>28</sup> Para mayor desarrollo, ver Fusero, Mariano. Ob. cit.

mas fue la represión y la seguridad mediante el derecho penal de autor. No obstante, ante la masificación y diversificación del consumo, generalizado a otros «estratos» sociales más beneficiados e incluso con más capacidad de lobby, surge la necesidad de entablar otra respuesta alternativa a la punición, mediante el paradigma de la salud y sus efectores sanitarios.

De tal forma, los bienes jurídicos supuestamente tutelados por las normativas tienden progresivamente a vincularse con este nuevo paradigma<sup>29</sup>, pero sin dejar de lado el postulado fundacional del prohibicionismo: la represión penal. Más bien, el nuevo paradigma no vino a reemplazar a ningún otro, sino que estos paradigmas fueron fusionados bajo un complejo argumental y normativo, en donde las competencias de los organismos vinculados contienen multiplicidad de funciones supuestas y contradictorias, como perseguir y reprimir al narcotráfico y, a su vez, brindar asistencia sanitaria a las personas con abuso de sustancias<sup>30</sup>. Una mezcla extraordinaria de funciones policiales, militares y sanitarias que ha demostrado a toda luz ser ineficaz tanto para la represión del tráfico como para la contención sanitaria de los usuarios con problemas de abuso o adicción<sup>31</sup>.

Por su parte, el absolutismo de considerar a cualquier uso de sustancias como un comportamiento problemático para la salud individual y/o pública, hace de este paradigma de salud un concepto falso y peligroso, no mucho menos reñido con los

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, en Argentina el bien jurídico protegido por la vieja Ley N° 20.771 de 1974, era netamente la "*seguridad nacional*"; mientras que en la actual ley de drogas N° 23.737, que data en 1989, es "*la salud pública*".

<sup>30</sup> El caso de la SEDRONAR en Argentina es un ejemplo emblemático de lo aquí expuesto, aunque en todo el continente podemos encontrar casos semejantes de contraposición de intereses y competencias. De la lectura de sus normas, observamos esta sumatoria de funciones: El Decreto 271/89 crea la Secretaría de Programación para la *Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico* bajo la órbita de la Presidencia de la Nación (SEDRONAR). El Decreto 623/96 fija el marco institucional a partir del que se desarrolla el Plan Nacional de Drogas, y establece instrucciones y reglamentos para ejecutar la política de *Prevención Integral de la Drogadependencia y de Control del Tráfico Ilícito de Drogas*. La Resolución 1626/10 aprueba la actualización del Plan Federal de Plan Federal de *Prevención Integral de la Drogadependencia y Control del Tráfico Ilícito de Drogas* para el período 2009-2011, etc.

<sup>31</sup> Recientemente en el año 2014, luego de 25 años, las funciones de La Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR) de Argentina, fueron claramente diferenciadas, correspondiéndole de ahora en más exclusivamente las tareas de prevención y asistencia en adicciones, delegando la seguridad y represión del tráfico en el Ministerio de Seguridad de la Nación.

valores democráticos y los derechos humanos que los desarrollados en los apartados anteriores.

Y no se trata esto de una afirmación dogmática. Decimos que se trata de un paradigma falso por cuanto la cantidad de consumidores de sustancias prohibidas que desarrollan un consumo problemático para su salud es muy baja en comparación con aquellos usuarios de sustancias que no revisten mayores inconvenientes. «Se calcula que cerca de 2.300.000 personas consumen una droga ilícita al menos una vez al año; cerca de uno de cada veinte entre los quince y los sesenta y cuatro años de edad. Pero solo uno de cada cuarenta usa drogas por lo menos una vez al mes, y menos de uno cada ciento sesenta personas, alrededor de 27.000.000, tienen un consumo problemático para su salud (Undoc 2012). Con respecto a la evolución del consumo de las diversas drogas ilícitas durante la última década, (...) se aprecia que este se ha mantenido relativamente estable, con una prevalencia anual de alrededor de 5% de la población. El consumo problemático representa una porción pequeña del total, alrededor de 0.6% del total de consumidores».<sup>32</sup>

Y agregamos que es peligroso puesto que la patologización del consumo y la injerencia del paradigma represivo combinado con dicho paradigma de salud, han acrecentado en la práctica a un sistema penal que ha normalizado la extorsión punitiva bajo conceptos de tratamiento compulsivo a los consumidores. Bajo «medidas de seguridad curativas» extorsivas se ha pretendido legitimar la injerencia punitiva en la vida de las personas y en las decisiones relacionadas a su salud<sup>33</sup>.

Por ejemplo, la Ley Argentina es emblema de esta extorsión punitiva-sanitaria. El art. 17 de la ley 23.737 hace referencia al caso en que al imputado se lo condene por el delito de tenencia de drogas para uso personal y este dependiere física o psíquicamente del estupefaciente que causó la detención. En dicho supuesto, el juez

---

<sup>32</sup> Hans, Mathieu y Niño, Catalina. "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas". Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Año 2013.

<sup>33</sup> Resulta además muy sugerente el hecho de que esta visión sobre la salud —cuando del «problema de las drogas» se trata— mantenga su vigencia y su extensión en el imaginario social, jurídico y profesional, mientras que en el campo de la salud mental o en el de los cuidados paliativos, por mencionar algunos, se producen importantes avances tendientes a dar un rol central a la autonomía de las personas, a su capacidad de tomar decisiones sobre la atención de su salud y a despatologizar determinadas conductas o situaciones o, al menos, a relativizar muchos de los conceptos clásicos de la práctica médica.

puede dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y «rehabilitación»; si el tratamiento es «satisfactorio» se lo exime de la aplicación de la pena; si transcurrido el plazo de dos años no se ha obtenido un grado aceptable de «recuperación», por su «falta de colaboración» (!) el juez puede optar entre aplicar la pena, acumulándola a la medida o continuar el tratamiento sin plazo. El art. 18 prevé la situación del imputado sin condena, a quien se le endilga el delito de tenencia de droga para uso personal y éste dependiera física o psíquicamente de estupefacientes y a su vez prestara su «consentimiento»; en tal caso se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y «rehabilitación» y se suspenderá el trámite del sumario; si el tratamiento es «satisfactorio» se lo sobresee; si luego de transcurridos dos años el «tratamiento» fracasara, se pone en marcha la causa y en su caso (que fuera condenado), el juez puede aplicar la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario o mantener la medida de seguridad<sup>34</sup>.

Consultado sobre el tema, el Juez Federal Dr. Horacio Catanni afirma que: «El Derecho Penal interviene en el tema de la reglamentación sanitaria (artículos del 14 al 22), expresando un sistema de premios y castigos en el cual se invierten los roles: el equipo tratante tiene que tomar decisiones y el juez, previo dictamen de los peritos, dictamina si esa persona ha alcanzado un grado pleno de rehabilitación en lo social, laboral y familiar. El juez en esa etapa ha perdido ya el control de la situación. Cuando se le informa que una persona no ha logrado un "grado aceptable de rehabilitación" en un período de tiempo el juez puede mandarlo preso (...) Teniendo esto en cuenta creo que existe un penetrar disciplinario de lo jurídico en el sistema asistencial (...) De alguna manera cada equipo tratante se convierte en un apéndice del sistema penal. Cuando nos referimos a la ley 23.737, entra en juego el "te curás o te castigo". Dice la Ley de Estupefacientes: "no rehabilitarse por su falta de

---

<sup>34</sup> Dicha normativa en la actualidad, además de su manifiesta inconstitucionalidad, es absolutamente contradictoria a una reciente ley de Derecho a la Protección de la Salud Mental Nº 26.657, aprobada en el año 2010; la misma establece en su Artículo 4º que "Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud". Sin embargo, ambas normas están actualmente vigentes.

cooperación". ¿Cómo se puede pedir cooperación en algo coactivo? Los equipos tratantes, justamente sobre la base de esa remisión coactiva tendrían que lograr la cooperación a toda costa y las fallas del equipo al no lograr algo tan dificultoso perjudicará legalmente al paciente». <sup>35</sup>

Así las cosas, podemos afirmar que la combinación de tratamiento médico obligatorio con la amenaza de sanción penal termina por marginar al consumidor. Y en gran medida esa marginalidad, más que el uso de la droga en sí misma, es la que provoca los más graves efectos al usuario, apartándolo de los sistemas de salud en caso de querer acudir a los mismos, motivo de la presunción cierta de poder ser criminalizado o encerrado compulsivamente mediante este sistema penal-sanitario y sus «medidas de seguridad curativas».

En otras latitudes, los efectos de este paradigma son aun más perversos. Un reciente informe de Human Rights Watch <sup>36</sup>, menciona que «si bien la criminalización es profundamente problemática, los sistemas extrajudiciales de control de drogas también pueden ser extremadamente abusivos. Tailandia, por ejemplo, detiene sin juicio a personas que usan drogas, durante largos periodos de tiempo, en "instalaciones de tratamiento" cerradas. En China, la Ley de Lucha contra las Drogas de 2008 permite a las autoridades detener a personas que usan drogas por hasta seis años sin juicio o supervisión judicial. En Camboya, Laos y Vietnam, las personas que usan drogas son detenidas en centros administrados por el gobierno, donde a menudo son maltratadas en nombre del "tratamiento". En Vietnam, los detenidos son utilizados como mano de obra forzada para procesar nueces o fabricar ropa para la exportación. En Camboya, son sometidos a castigos brutales, incluida la tortura. En 2013, cuatro años después de informar por primera vez sobre este tema, nos encontramos con que las personas recluidas en estos centros de detención de drogas siguen siendo golpeadas, azotadas con mangueras de goma, obligadas a permanecer de pie en fosas sépticas de agua y sufriendo abusos sexuales. La falta de protecciones del debido proceso también hace que estas instalaciones sean lugares

---

<sup>35</sup> Cattani, Horacio. Op. Cit.

<sup>36</sup> Human Rights Watch, artículo de Maria McFarland Sánchez Moreno, Directora Adjunta del Programa sobre Estados Unidos. "Por qué el respeto a los derechos humanos exige reformas a las políticas de drogas. Cómo la criminalización de las drogas destruye vidas, fomenta abusos y subvierte la justicia". 2014.

convenientes para detener a personas que las autoridades camboyanas consideran "indeseables", como personas y niños indigentes, en esporádicas ofensivas, a menudo antes de las visitas de dignatarios extranjeros».

En palabras imprescindibles de Alberto Calabrese<sup>37</sup> «...no es extraño deducir que al sindicado siquiera mínimamente ligado a las sustancias se lo quiera ver identificado ("detectado"), enucleado (aislado, tratado) y finalmente expulsado (internado *sine die* o encarcelado), pero también maltratado en muchos casos. Es curioso, pero tal como viene sucediendo históricamente con otros males a lo largo del tiempo (endemoniados, brujas, leprosos, tuberculosos, locos, etc.) la intención de reducir el mal y evitar aún más daño —según se dice para aliviar conciencias— lleva a someterlos o reducirlos físicamente, infringiéndoles (habiendo en esto una larga tradición) diversos tipos de restricciones, castigos y perversiones varias de tipo físico o psíquico, paradójicamente consideradas "tratamientos". (...) Porque no nos debemos engañar; maltrato o desinterés por los mínimos derechos de los pacientes, tanto hacen a los sistemas que apelan a los "planchados" o "chalecos químicos" de los ámbitos psiquiátricos, como a los castigos del tipo desmalezar un terreno a mano, sufrir reducciones en las visitas o los permisos, padecer plantones al rayo del sol frente a una pileta o limpiar un baño con un cepillo de dientes y un sinnúmero de etcéteras que más parecen un glosario de aberraciones. (...) El mal es la droga, tal vez todo con mayúscula; así es que se ponen los acentos legitimando conductas inapropiadas, persiguiendo a la persona equivocada o creando nuevas categorías de extrañados al sistema, que curiosamente suelen ser los excluidos de siempre"<sup>38</sup>.

Por último, puede atribuirse también al paradigma de salud, haber acentuado la superstición maniquea y simplista respecto de «la droga es mala», en términos absolutos y sin considerar que bajo el concepto de «la droga» (en singular) se engloban arbitrariamente sustancias de la más variada índole y efectos, entre las cuales también deberían considerarse las drogas legales (tabaco, alcohol, barbitúricos, an-

---

<sup>37</sup> Ex Director de Adicciones de la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones. Ministerio de Salud de la Nación Argentina.

<sup>38</sup> Calabrese, Alberto. "Configuración del problema mundial de las drogas y vigencia de las políticas sobre reducción de daños". 2013.

fetaminas, solventes, etc.) y sus efectos sobre la salud por el mal uso o abuso de las mismas.

Ya lo decíamos en otro trabajo, afirmando que «la criminalización de determinadas sustancias impide que las drogas sean conocidas por sus reales efectos sobre el organismo mediante una correcta difusión y educación pública que no se base únicamente en endemoniarlas. De tal forma se permitiría que cuando se hable de tales drogas no se englobe a una multitud de sustancias con efectos muy diferentes (hasta terapéuticos), conociendo que no existen las drogas buenas y malas, sino el buen o mal uso que de ellas se haga».<sup>39</sup>

Es importante recordar que las clasificaciones vigentes en las convenciones de Naciones Unidas sobre los daños causados por el consumo de drogas han sido criticadas por su inexactitud y por la poca transparencia en su elaboración<sup>40</sup>.

David Nutt y otros autores<sup>41</sup>, desarrollaron «una escala para medir el nivel del daño causado por el consumo de drogas y diseñaron un procedimiento para validarla y hacerla clara y comprensiva en términos de daño y tipos de drogas incluidas, consultando a dos grupos de expertos de diversas disciplinas sobre los daños generados por cada una. El estudio incluye nueve parámetros de daño, divididos en tres categorías: daño físico, nivel de dependencia y efectos sociales (...). Las drogas incluidas son las que están en la clasificación de la ley sobre uso indebido de drogas (Misuse of Drugs Act) del Reino Unido, más algunas drogas legales de las que puede abusarse como el alcohol, el tabaco y los solventes. Los resultados indican que, en general, hay una correlación muy débil entre la clasificación de la ley de drogas (que divide las sustancias en tres categorías, la A incluye las más dañinas y la C las menos) y la que resultó del estudio. De las ocho drogas que puntuaron como más dañinas y las ocho clasificadas como menos dañinas, tres están en la categoría A y dos no están clasificadas. Por ejemplo, el alcohol y el tabaco se consideran más dañinos que el LSD, el éxtasis o la marihuana (...). El gráfico (siguiente) muestra el resultado del proceso de puntuación del daño producido por cada droga, por grupos

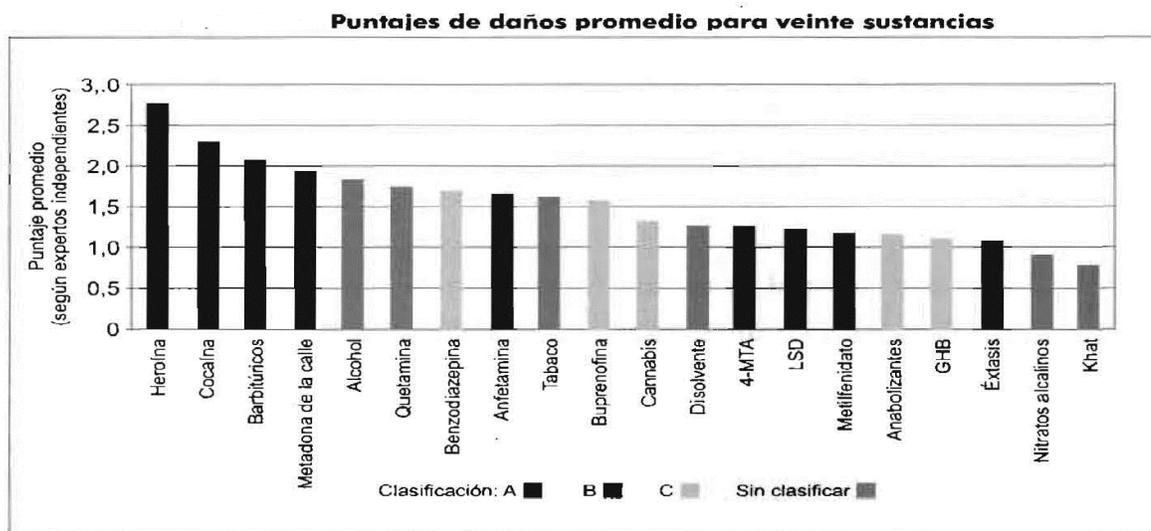
---

<sup>39</sup> Fusero, Mariano. Ob. cit.

<sup>40</sup> Comisión Global de Política de Drogas, 2011.

<sup>41</sup> Nutt, David; King, Leslie; Saulsburry; William y Blakemore; Colin, "Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse". The Lancet. 2007.

diferentes de expertos, y permite comparar esos puntajes con la clasificación de la ley de drogas y apreciar la poca correlación entre ambas»<sup>42</sup>.



Nota: la clasificación según la ley sobre el uso indebido de drogas (Misuse of Drugs Act) se muestra según los tonos de cada barra.

Fuente: Nutt et al., 2007: 1050.

El discurso de la salud referido exclusivamente al consumo de drogas prohibidas y la nocividad de las mismas en un todo englobado como «la droga», no se sostiene en consideración a la permisividad legal y aceptación social de otras drogas con mayores niveles de morbilidad y mortalidad, como ser el caso del alcohol y el tabaco.

Así las cosas, dos millones y medio de personas mueren por año a causa del alcohol en todo el mundo, que a su vez es causante de más de sesenta enfermedades relacionadas; mientras que el tabaco, con todos sus aditamentos incluidos con fines adictivos —aunque tolerados legalmente—, se encarga de la muerte de seis millones de personas por año.

Se supone que englobando a todas las drogas prohibidas, y a pesar de la adulteración de las mismas por falta de control institucional en sus calidades, la cifra de

<sup>42</sup> Cfr. Mathieu, Hans y Niño, Catalina. Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Ob. cit. El gráfico corresponde a la edición de dichos autores.

mortalidad por abuso no supera las trescientas cincuenta mil personas<sup>43</sup>. Cifra no menor, ni despreciable, cabe aclarar; pero demuestra una manifiesta desproporción entre el potencial dañino de determinadas sustancias legales —y a veces promovidas— y aquellas endemoniadas bajo la totalización prohibicionista.

A ello deberían sumarse los hábitos alimenticios y la promoción del consumo de alimentos nocivos o "chatarras". Según cifras de la OMS, la primera causa de muerte es la cardiopatía isquémica, causada por la acumulación de grasas y colesterol. Entre las diez primeras causas encontramos enfermedades relacionadas con los hábitos alimenticios o con el estilo de vida. Pese a ello, no se inicia ninguna cruzada contra las grasas; de hecho, es curioso, porque se prohíbe el anuncio de alcohol y del tabaco, se endemonian a todas las sustancias ilegales y a sus usuarios, pero no se prohíbe la publicidad de las hamburguesas, más bien se publicitan en horario infantil y se suelen ofrecer a sus principales consumidores, los niños y adolescentes, mediante una "cajita feliz" servida por un simpático y amistoso payaso.

Como veremos en la segunda parte de este trabajo, las reformas incoadas en determinados países con la finalidad de reducir los niveles de punición, no ha conllevado a un aumento del consumo significativo de sustancias prohibidas. Por lo cual, podríamos deducir de ello que las drogas legales mantendrían sus privilegiados lugares en el ranking de mortalidad y adictividad a pesar de llevarse adelante estrategias globales de descriminalización, despenalización o legalización controlada de sustancias hoy ilícitas.

Con lo anteriormente expuesto, no queremos ni por error afirmar que deberían llevarse adelante estrategias prohibicionistas respecto del alcohol o del tabaco por ejemplo, aunque sí reafirmar su regulación mediante el control de calidad de sus componentes<sup>44</sup> y estrategias de reducción de daños y vulnerabilidad de sus usuarios.

---

<sup>43</sup> OEA/OMS, 2011.

<sup>44</sup> "...en Venezuela se elaboró un anteproyecto (de ley prohibitiva) en 1974 que no llegó a ser discutido `iporque se les ocurrió a los legisladores incluir en él la regulación sobre el alcohol y el tabaco!'"'. Neuman, Elías, "La legalización de las Drogas" Buenos Aires. Depalma, 2a Edición. 1997.

Todo prohibicionismo en nuestra historia reciente ha conllevado a los mismos efectos perniciosos que la actual política prohibicionista en materia de drogas ilícitas. Por ejemplo, la siempre recordada Ley Seca en EEUU, Enmienda XVIII a la Constitución de Estados Unidos, entre otros devastadores efectos dejó el triste saldo de 30 mil personas que murieron a causa de envenenamiento por adulteración del alcohol, 100 mil víctimas de ceguera y parálisis (dado que la prohibición llevó a la sustitución del alcohol etílico por alcohol metílico, de efectos devastadores para la salud), 45 mil detenidos por traficar, el aumento de la tasa de homicidios fue del 78%, las cárceles —que tenían alrededor de 4000 personas en 1920 llegaron a 26.859 en 1932—, y el único beneficiado por la prohibición fue el crimen organizado junto a sus cómplices del ámbito político-institucional que los amparaba a cambio del reparto de dividendos y a costa de vidas humanas.

Ello a pesar de que su principal mentor, Andrew Volstead, había justificado la prohibición del alcohol en 1920, profetizando al igual que los prohibicionistas actuales —y de los inicios de la prohibición— que: «El demonio de la bebida hace testamento. Se inicia una era de ideas claras y limpios modales. Los barrios bajos serán cosa del pasado. Las cárceles y correccionales quedarán vacíos; los transformaremos en graneros y fábricas. Todos los hombres volverán a caminar erguidos, sonreirán todas las mujeres y reirán todos los niños. Se cerrarán para siempre las puertas del infierno».<sup>45</sup>

Los datos expuestos hablan por sí mismos y dejan en claro que si alguien abrió las puertas del infierno fue el prohibicionismo etílico, tal como sucede con todo prohibicionismo irracional.

---

<sup>45</sup> El Diputado uruguayo Sebastián Sabini, en el contexto de debate respecto de la legalización y regulación del cannabis en su país, menciona que "...el alcohol causa 2.5 millones de muertes cada año, sin embargo no lo prohibimos (ni su producción, distribución, venta y consumo). ¿Por qué? Porque tendríamos más muertes, más mutilados, más encarcelados, más violencia, más corrupción a causa de la prohibición. (...) En lugar de prohibir, regulamos. Pues bien, esta política prohibicionista y moralizante, la aplicamos a una serie de sustancias. Nadie me ha podido explicar la diferencia sustancial de éstas con el tabaco, el alcohol, los psicofármacos y todas las cosas que son dañinas para la salud y no prohibimos". Diputado Sebastián Sabini, Presidente de la Comisión Especial de Drogas y Adicciones, Cámara de Representantes, Poder Legislativo-Uruguay. "Carta Abierta a Yury Fedotov, Director Ejecutivo de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito". Febrero 2013.

Asimismo, debe insistirse sobre los efectos adversos para la salud pública que tiene la ausencia de control sobre la calidad de las sustancias que se producen y distribuyen en la clandestinidad. Al respecto Uprimny afirma que «la prohibición evita un control de la calidad de los productos por el Estado, lo cual es muy grave para la salud pública. Supongamos que el alcohol estuviese prohibido. En tal caso, uno no podría comprar tragos certificados en expendios controlados sino que uno tendría que recurrir a compras clandestinas ¿Imaginan ustedes las cantidades de muertes o de personas ciegas por tragos adulterados con alcohol metílico? Pues eso exactamente sucede en el mercado de drogas ilícitas. Así, en España, en el 90% de los casos de muertes por supuesta sobredosis de heroína, las personas han sido encontradas con la jeringa aún en el brazo. Eso pareciera indicar que no se trata de una sobredosis, pues el shock opiáceo no es fulminante sino que provoca un largo coma respiratorio del que se puede salir. En tales casos, lo más probable es que la persona haya muerto envenenada por las sustancias tóxicas con las que los traficantes habían cortado el producto, lo cual parece confirmado por el siguiente hecho: entre 1920 y 1930, en la misma España, la morfina y la heroína se vendían en farmacia con receta: en esos años —según el filósofo Antonio Escotado— “no se registró ni una sola muerte por sobredosis”». <sup>46</sup>

Elías Neuman es aún más ilustrativo, al afirmar que «la cocaína se suele “cortar” o estirar con cualquier cosa y hacer de un kilogramo de pasta base diez o más (con el objetivo secundario de también abaratar el producto). La avidez del comprador, la clandestinidad de la operatoria, no permite reparar en que es lo que el humano ha de meter en su organismo. Al negocio no parece importarle el conspirar contra la vida de sus potenciales clientes. Se ha comprobado que lo que parece cocaína de la mejor, es simplemente talco con anfetaminas e incluso polvo de ladrillos, yeso, almidón, cacao, bicarbonato, azúcar, y un grupo numeroso de psicofármacos excitantes o estupefacientes que producen euforia o, de pronto, una somnolencia plácida (...). Se ha comprobado que no la droga en sí, sino esas mezclas (cabría pensar una vez más en las implicancias de la falta de control adecuado), produce arritmias,

---

<sup>46</sup> Uprimny, Rodrigo, citando al filósofo español y su “Historia de las Drogas”. Op. Cit.

hipertensión, excitación, escalofríos, sin olvidar que el talco o el yeso pueden taponar venas y arterias».<sup>47</sup>

Por lo visto, los costos de la prohibición son muy altos si se tiene en cuenta que el único eventual beneficio derivado de la misma —una posible disminución de los abusos de sustancias psicotrópicas gracias a la intervención punitiva del Estado—, ha demostrado su ineficacia histórica con índices de consumo y abuso en constante crecimiento. En muchas ocasiones no son las drogas las que matan sino la prohibición. Y esto por cuanto en muchos aspectos las drogas no son prohibidas porque son peligrosas, sino que terminan siendo peligrosas porque son prohibidas.

En tal tenor, conforme a este paradigma de salud que pretende prevenir daños a las personas y al núcleo sociofamiliar por el consumo de sustancias prohibidas, que en sus extremos pretende —sin poder lograrlo— «un mundo libre de drogas», cabría «interrogarse hasta qué punto las políticas vigentes hasta ahora, bajo el paradigma de la penalización y criminalización, reducen más daños de los que precipitan», en palabras de la OEA.

«La evidencia del enorme volumen de violencia generado por la economía ilegal de drogas en sus diferentes etapas, pero en particular la que practica el delito organizado transnacional en los países de tránsito, lleva inevitablemente a plantear la comparación entre el número de víctimas que ella provoca y las víctimas que genera el consumo mismo de las drogas. Según cualquier patrón de comparación, las cifras de muertes provocadas por el consumo de drogas parecen mínimas si se cotejan con las muertes provocadas por la acción criminal vinculada al narcotráfico. El Gobierno de México estimó que entre diciembre de 2006 y enero de 2012 murieron alrededor de 60 mil personas en ese país, como resultado de ejecuciones, enfrentamientos entre bandas rivales y agresiones a la autoridad por parte de las organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico<sup>48</sup>. En el mismo período la Organización Mundial de la Salud (OMS) registra 563 muertes en México por sobredosis de

---

<sup>47</sup> Neuman, Elías. Op. Cit.

<sup>48</sup> Base de Datos de Presuntos Homicidios Relacionados con la Delincuencia Organizada” de la Procuraduría General de la República. Cf [www.sergioaguayo.org/biblioteca/contandocruces/BD.pdf](http://www.sergioaguayo.org/biblioteca/contandocruces/BD.pdf)

drogas controladas. Para un año en particular, 2010, la misma OMS registra 137 muertes por sobredosis de drogas controladas, en tanto la misma fuente del Gobierno Mexicano admite 15.273 muertes violentas presuntamente vinculadas con el crimen organizado.

En Brasil, en tanto, el Ministerio de Salud informó que el número de muertes por drogas aumentó 65% en una década, pasando de 916 en 2000 a 1.516 en 2010. Las autoridades brasileñas no tienen números consolidados sobre las sustancias más usadas por las casi 25 mil personas que murieron por intoxicación y abuso de drogas a lo largo de esos años (2000-2010). En el mismo período (2000-2010) se registraron en Brasil 480.000 muertes por homicidio doloso.

En todos los casos y como quiera que se haga esta comparación, todo indica que el número de muertes provocadas por el consumo de las drogas mismas es bastante menor que el que proviene de delitos conexos..."<sup>49</sup>

Pareciera que por más que queramos velar por la salud de nuestras poblaciones bajo estos paradigmas absolutistas, a las fallecidas víctimas de esta cruzada difícilmente podremos garantizarles su salud ni explicarles que murieron producto de un régimen que veló por su bienestar.

Si bien el paradigma de la salud vino a ser un avance respecto del mero paradigma de la seguridad y represión, podemos observar que la implementación acrítica y absolutista del mismo ha acarreado un sinnúmero de legitimaciones del más perverso sistema de criminalización positivista<sup>50</sup>.

Dicho paradigma, bien entendido y aplicado, debería ser considerado meramente a fines de prevención del consumo, mediante campañas educativas objetivas, basadas en conocimiento científico y desprejuiciado, diferenciando los efectos reales de cada una de las sustancias (legales e ilegales), y su implementación única en caso

---

<sup>49</sup> Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos -OEA-, "El Problema de las Drogas en las Américas". 2013.

<sup>50</sup> Conforme todo lo visto hasta este punto, y ante nuestra conclusión de que "no importa la droga, sino quien la consume", no es sorpresa que el sistema prohibicionista, mediante este nuevo paradigma, visibilice con mayor claridad su pertenencia a la escuela del positivismo criminológico.

de usos problemáticos, abusos o adicciones; siempre en respeto pleno de la autodeterminación y libertad de los consumidores y enfocada a la reducción de daños y vulnerabilidad de los mismos. O sea, respetando los derechos humanos en todo caso.

La «guerra a las drogas» ha generado un énfasis en la interdicción, estereotipos, sindicación de enemigos falsos y su represión punitiva-sanitaria, que desvía recursos de la prevención y asistencia a personas con usos problemáticos. De tal manera, muchas personas que quisieran obtener tratamientos no pueden hacerlo, lo que las lleva a la marginalidad y obstaculiza el ejercicio de sus derechos humanos fundamentales.

## **2.2. Paradigma de los Derechos Humanos**

Hasta aquí los diferentes paradigmas desarrollados, con sus posibles superposiciones, sucesiones cronológicas e incluso eventuales incompatibilidades, fueron agrupados en el concepto de «paradigmas tóxicos». Y la intención de agruparlos en un esquema general obedece al hecho de que, con sus similitudes y diferencias (que las hay; por caso, en una mirada superficial el «paradigma de la salud» podría verse como un gran avance respecto de los otros), todos estos paradigmas tienen como conclusión lógica el objetivo final —al menos como meta ideal— de la erradicación del consumo de sustancias psicoactivas. El término «tóxicos», acaso, evoca las consideraciones catastróficas y extremistas que en todos los casos se asocian al consumo de sustancias ilegales y a sus usuarios, que motivan dicho objetivo inalcanzable.

En consecuencia, todos estos paradigmas coinciden en el hecho de que, enfrentados a un marco jurídico que privilegia antes que nada la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, se vuelven inaplicables e insostenibles.

Por cierto, el consumo voluntario de sustancias, así como la elección del modo de dirigir nuestras vidas, determinar el ámbito de lo privado y actuar en base al principio de autodeterminación, en plena libertad, no es ni más ni menos que el ejercicio de nuestros derechos humanos más elementales.

Cuando esta perspectiva de derechos humanos es aplicada a la «cuestión de las drogas», surge claramente que la injerencia del Estado debería estar únicamente orientada a respetar tales derechos, garantizando que puedan ser ejercidos con los menores riesgos posibles (por ej., regulando el acceso a determinadas sustancias y estableciendo políticas de reducción de los daños asociados al consumo y de la vulnerabilidad de los usuarios), y asistiendo mediante sus efectores de salud a las personas que así lo requieran ante un caso de uso problemático, abuso o adicción a tales sustancias, sean estas legales o ilegales (por cuanto, el acceso a la salud y a disfrutar el más alto nivel de bienestar que sea posible son, efectivamente, derechos humanos garantizados en diversos instrumentos internacionales).

No es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que componen una sociedad, ni imponer comportamientos supuestamente morales o criterios incongruentes de «normalidad». Tales imaginarios y avances de un paternalismo positivista-punitivo respecto del uso de sustancias, ha significado históricamente la construcción de un imaginario colectivo de la otredad mediante el cual se ha sindicado a los usuarios de drogas con un estereotipo negativo de peligrosidad, y un elemento marginal y alienado de nuestras sociedades, en búsqueda de enemigos falsos y chivos expiatorios de los males que aquejan a las mismas.

Se ha dicho que la protección material del ámbito de privacidad, resulta uno de los mayores valores del respeto a la dignidad de la persona y un rasgo diferencial entre el estado de derecho democrático y las formas políticas autoritarias y totalitarias<sup>51</sup>.

John Stuart Mill, a pesar de su utilitarismo, afirmaba claramente que «La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y

---

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, in re "Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida", en Fallos 306:1892, voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi.

persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano (...) Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual. La humanidad sale más gananciosa consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás».

Tales principios liberales condensados desde 1789 en los términos «la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás» y «la ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad»<sup>52</sup>, están contenidos en la mayoría de las constituciones democráticas liberales<sup>53</sup> y en el bloque conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, que gozan de jerarquía supra-legal en algunos países y constitucional en otros.

Estos enunciados normativos imponen límites a la actividad legislativa y al accionar público, consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada —entendida ésta no sólo como la de las acciones que se realizan en la intimidad, sino como aquellas que no perjudiquen a terceros—. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismo, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones<sup>54</sup>.

Generalmente, los ordenamientos jurídicos conservan dicho espíritu liberal, el cual ha sido respetado —con excepciones— por la legislación penal, al no considerar absurdamente como delitos la tentativa de suicidio, las lesiones autoinfligidas, etc. O sea, se excluye la posibilidad de fundar la intervención estatal —y en particular la

---

<sup>52</sup> Arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

<sup>53</sup> Como ser por ejemplo el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

<sup>54</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, fallos "Bazterrica, Gustavo Mario", y "Capalbo, Alejandro Carlos", ambos del 29/8/1986. LL 1986-D-582. En igual sentido, ver fallo "Arriola" del año 2009.

punición penal— en las conductas que integran la esfera del individuo, con exclusivo apoyo en posiciones éticas perfeccionistas o paternalistas.

Sin embargo, ello no sucede en el caso de la punición de varias conductas accesorias o necesarias para el consumo de drogas, como ser la tenencia o porte, la adquisición, el autocultivo, etc., que cercenan abiertamente el ámbito de autodeterminación de las personas. Y esto es así, dado que por mucho que se haya intentado, no es posible justificar el reproche penal en esos casos por una supuesta afectación a derechos de terceros: la mayoría de los argumentos en este sentido se basan en una peligrosidad meramente abstracta, que se torna por demás irrazonable e insostenible cuando se la compara con la peligrosidad concreta de permitir (en forma regulada) la posesión y uso de armas, automóviles<sup>55</sup>, sustancias inflamables, etc.

En este sentido, es necesario remarcar que la ausencia de prohibición no implica por parte del Estado una valoración positiva, sino neutral. «Reconocer un derecho es totalmente diferente a animar a la gente a ejercerlo; es coherente intelectualmente decir “reconozco tu derecho a consumir drogas pero no te animaré a hacerlo debido a sus potenciales efectos sobre tu salud”. Lo mismo pasa con el suicidio. O en el caso del tabaco: permitir a los adultos consumir tabaco a la vez que ofrecer más y mejores programas de tratamiento para aquellos que busquen la abstinencia»<sup>56</sup>.

A pesar de lo expuesto, consideramos que el paradigma de los derechos humanos debe avanzar más allá de su mirada clásica referida a la privacidad, la libertad y la

---

<sup>55</sup> Pareciera irracional suponer que la mera posesión de un automóvil, con su conocido poder de daño hacia bienes jurídicos de terceros, que conlleva altos índices de afectación y daño a la vida y la integridad física de las personas, debiera per se considerarse una conducta de peligro concreto que amerite su punibilidad. Ahora bien, la utilización de los mismos de forma irresponsable y más allá de las normas que la reglamentan, tiene la potencialidad real y comprobada de grave afectación de derechos de terceros. Por lo cual, nuevamente se renueva la idea de que no es peligrosa la mera tenencia (ni siquiera su uso racional) sino estrictamente su uso ilegítimo. De gran ironía resulta el hecho de que en ninguna carretera de Argentina se pueda circular legalmente a velocidades superiores a los 130 ó 140 km/h, pero aun así no haya límite alguno —administrativo o penal— que regule la fabricación y/o posesión de vehículos para que no superen tales límites, y menos aún la punibilidad de la posesión de estos vehículos con los que potencialmente pueden violarse (y por mucho) dichas normas.

<sup>56</sup> Óscar Páres, Op. Cit.

autodeterminación de las personas que hacen uso o abuso de cualquier sustancia, y observar cómo la punición de otras conductas relacionadas a toda la cadena de producción y distribución tienen el potencial de afectar los derechos de cada uno de los consumidores. Sobre el punto hemos hablado bastante ya, en referencia a la afectación de un sinnúmero de derechos mediante la estigmatización prohibicionista y selectiva del régimen actual.

Resta remarcar el absurdo de considerar que cada persona tiene el derecho y la libertad de consumir cualquier sustancia, por los motivos expuestos, pero bajo la exigencia de someterse constantemente a la clandestinidad para la adquisición de la sustancia pretendida, o bajo el riesgo de ser perseguido, extorsionado, prisionizado o tratado compulsivamente en aras de la salud o la seguridad. ¿Se puede acaso ser libre, pero bajo riesgo de perder dicha libertad por el mismo hecho de ejercerla?

En otras palabras, la permisión de consumo se presenta como incongruente a la prohibición del autocultivo, la prohibición de la tenencia, la necesidad ineludible de tener que adquirir las sustancias en manos del crimen organizado o la imposibilidad de ejercer el derecho a saber fehacientemente qué es lo que se está consumiendo, debido a la renuncia del Estado a su rol fiscalizador.

La permisión del consumo en muchos lares conserva una contradicción lógica con la punición de conductas accesorias y a veces necesarias, al propio consumo. Ello conduce a una punición encubierta de los consumidores mediante tales figuras y a un obstáculo al ejercicio de derechos de los mismos, limitando ciertamente el ejercicio de una supuesta libertad.

De allí la importancia de evaluar e implementar estrategias alternativas al prohibicionismo, que garanticen el ejercicio de los derechos humanos de los consumidores mediante estrategias de legalización controlada de sustancias, reducción de los daños asociados al consumo y de la vulnerabilidad de los usuarios, resignificación del paradigma de la salud —que ineludiblemente debe ser vista desde una perspectiva amplia de derechos humanos y, desde ya, como un derecho humano en sí mismo—, acceso a sustancias con comprobados efectos terapéuticos para el tratamiento de

determinadas patologías, atención sanitaria de usuarios problemáticos bajo los modernos parámetros que se manejan en el ámbito de la salud, etc.

El reconocimiento de estos derechos y de la necesidad de eliminar barreras para su ejercicio efectivo, así como de implementar acciones positivas orientadas a garantizar dicho acceso y a empoderar a todos los sectores, pero especialmente a los más vulnerados, brinda la oportunidad histórica de adaptación del paradigma de drogas vigente al pleno respeto de los derechos humanos.

El ejercicio pleno de los derechos a la salud de los usuarios con consumos problemáticos, bajo la autodeterminación individual y el consentimiento informado de los mismos, se demuestra como imprescindible. Para el resto de los consumidores —la gran mayoría—, el ejercicio pleno de las libertades individuales sin intromisiones totalitarias motivadas en «paradigmas tóxicos», se presenta como el único compatible con un régimen democrático y respetuoso de los derechos humanos.

## SEGUNDA PARTE: CONCEPTOS BÁSICOS

### 3. Conceptos Básicos

En este apartado analizaremos los conceptos básicos relacionados con las reformas de las políticas de drogas, con el objeto de resumir sus definiciones y distinguirlos en base a sus diferencias sustanciales. Entender tales diferencias y evitar su confusión en el discurso, nos permitirá abordar las reformas propuestas bajo denominaciones que se ajusten realmente a nuestras pretensiones.

No es infrecuente observar la confusión respecto de la terminología en el discurso público, en las concepciones arraigadas en el imaginario social y en el alegato político. Así observamos que bajo determinados conceptos, suele englobarse la totalidad de una propuesta, cuando su denotación alcanza tal vez sólo a una parte de la misma (por ej., el término «despenalización»), o simplemente se confunden conceptos entre sí, sea por sus semejanzas reales o por el cabal desconocimiento de su significado real.

Por lo cual, creemos que abordar el desarrollo de tales conceptos colaborará en ordenar el discurso político sobre las estrategias de reforma, bajo el real entendimiento de sus alternativas.

#### 3.1 Descriminalización

Podríamos definir «descriminalización» como la quita o atenuación de la entidad jurídica-penal de una conducta tipificada por la legislación como delito, o la abstención de su persecución punitiva.

Lo que se pretende mediante la descriminalización, es disminuir la trascendencia penal de conductas «menores» relacionadas con las drogas, mediante la variación de calidad en su sanción (descriminalización normativa) o mediante la decisión política-institucional de abstenerse de su persecución penal (descriminalización de hecho).

Cabe aclarar que ésta terminología diferenciada de la despenalización, no se ajusta taxativamente a una concepción técnica-jurídica, sino más bien al uso común asignado en su denotación discursiva, siendo que en algunos documentos se prefiere no diferenciar uno y otro concepto para no incurrir en confusiones terminológicas legítimas<sup>57</sup>.

A razón de verdad, técnicamente no existirían diferencias jurídicas claras que permitan una distinción absoluta entre la descriminalización y la despenalización, sino que dicha diferenciación se produce a veces por la sinonimia de conceptos conforme el idioma utilizado<sup>58</sup>, o por el uso coloquial e indistinto de dicha terminología. En el mejor de los casos, puede haber distinciones de grado entre reformas más y menos profundas en materia de drogas (respectivamente, despenalización y descriminalización).

Sin embargo, ante el uso extendido de ambos términos, intentaremos establecer una distinción con fines prácticos, que creemos de utilidad a la hora de plantear las propuestas de reforma en términos precisos.

### **3.1.1. Descriminalización normativa**

La filosofía de la descriminalización se basa en el *principio de intrascendencia* o de *bagatela* en materia penal y el viejo principio *minima non curat praetor*<sup>59</sup>, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa *relevante* a los fines de la persecución punitiva mediante el derecho penal.

En la modalidad de *descriminalización normativa*, las sanciones penales suelen ser variadas en su calidad y/o *quantum*, modificando la norma y cambiando las sanciones penales restrictivas de la libertad ambulatoria (privación de la libertad), por sanciones pecuniarias (multas), medidas de seguridad (prohibición de concurrencia a determinados lugares, por ej.), realización de servicios comunitarios, etc. Tales

---

<sup>57</sup> Por ejemplo, OEA. Ob. cit. Allí se habla de *despenalización* y de «*reducción de sanciones*».

<sup>58</sup> Así, suele manifestarse con identidad de objeto una política bajo el término «*decriminalization*» en inglés, identificando a la misma como «*despenalización*» en castellano.

<sup>59</sup> Una posible traducción libre podría ser «*el superior no ha de ocuparse de los detalles*», o bien «*de lo mínimo no se ocupa el juez*».

sanciones pueden ser aplicadas tanto en sedes punitivas de menor entidad — correccionales o de faltas— como en otras competencias jurisdiccionales —v.g., administrativa sancionatoria—.

La descriminalización así comprendida no elimina la calidad prohibida de una conducta, sino que sólo le quita gravedad, muchas veces en función de su incapacidad de afectar derechos de terceros.

En este primer supuesto, puede considerarse la estrategia de descriminalización de drogas llevada adelante por Portugal y vigente desde el año 2001 (Ley N° 30). Esta reforma consistió en la variación de calidad de sanción de determinadas conductas, siendo que la posesión, compra y consumo de drogas dejaron de ser tipificados como delitos, para considerarse como infracciones administrativas.

Tal reforma ha permitido la posesión y el consumo de todas las drogas ilegales, restringiendo la cantidad de tenencia o porte a la necesaria para el consumo individual por diez días. La incriminación sólo abarca a quienes posean una cantidad mayor a la permitida, quienes son remitidos a los juzgados y procesados por la posible tenencia para comercialización; aunque el principio de inocencia permite presumir que dicha tenencia en todo caso es para uso personal salvo prueba en contrario<sup>60</sup>.

A su vez, en México, la Ley General de Salud (arts. 477 al 480), enmendada en 2009, establece que el Ministerio Público no enjuiciará al consumidor por la posesión no autorizada de sustancias en cantidades que se consideran compatibles con el uso personal, aunque el arrestado puede ser puesto en detención preventiva. La autoridad gubernamental deberá informar al individuo sobre las instalaciones de

---

<sup>60</sup> «Los delitos de drogas son sancionados por las comisiones para la disuasión de la drogadicción (Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência, CDT), paneles regionales integrados por tres personas y que incluyen abogados, trabajadores sociales, psicólogos o médicos. Las personas detenidas por la policía son remitidas a estas comisiones, en donde se discute con ellas sobre sus motivaciones y las circunstancias alrededor de su acción. Las comisiones pueden imponer sanciones civiles o servicios sociales, multas, suspender licencias profesionales o prohibir la estadía en ciertos lugares. Las sanciones buscan alejar a los consumidores del uso de drogas y apoyarlos en sus tratamientos; para los adictos, pueden recomendar programas de tratamientos o educación, en lugar de una sanción; y para los no adictos ordenar una multa o servicios psicológicos». Cfr. Mathieu, Hans y Niño, Catalina. Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Ob. cit.

tratamiento, deberá registrar el incidente y proveer la información a las instituciones de salud<sup>61</sup>.

### **3.1.2. Descriminalización de hecho**

Otro supuesto de descriminalización surge al sumar al *principio de intrascendencia* criterios de oportunidad en la persecución penal. Desde el derecho procesal penal el *principio de oportunidad* relativiza la obligación inquisitiva de perseguir todos los delitos, atendiendo razones de economía procesal y a la falta de interés público en la punición. Se justifica en razones de capacidad operativa, ya que se selecciona la persecución de causas de gran costo social, frente a delitos de menor importancia. No se persiguen ciertos hechos no lesivos o de escasa lesividad, porque hay menos interés respecto de otros, lo que contribuye a un mejor uso de los recursos del Estado<sup>62</sup>.

Las directrices de no persecución son decisiones de raigambre política, que suelen provenir tanto de las jerarquías civiles de las fuerzas de seguridad (Ministerios de Seguridad, de Interior, de Defensa, etc.) o de aquellos órganos que tienen la titularidad de la acción pública penal (Ministerios Públicos Fiscales<sup>63</sup>); quienes pueden abstenerse del ejercicio de la acción punitiva no acusando ni persiguiendo la presunta comisión de determinados delitos (*principio acusatorio*).

Dentro de tales políticas podríamos situar el caso holandés, en donde a pesar de estar prohibida la producción, el tráfico, la venta, y la tenencia de drogas en general, algunas estrategias de descriminalización —a través de los lineamientos dictados por el Openbaar Ministerie (que podría asimilarse a un Ministerio Público Fiscal)— han permitido que no se persiga la venta y uso de hasta cinco gramos de cannabis en *coffeeshops* —si se cumplen condiciones estrictas de habilitación para

---

<sup>61</sup> Cfr. OEA, Ob. Cit. «Las cantidades fijadas para el uso personal se establecen en el artículo 479: 5 gramos de cannabis, 2 gramos de opio, 0,5 gramos de cocaína, 50 miligramos de heroína, 0,015 miligramos de LSD o 40 miligramos de metanfetamina».

<sup>62</sup> Cfr. Sansó, Gabriela. «Bagatela e Insignificancia en Derecho Penal». 2011. Editorial Juris.

<sup>63</sup> En algunos países dicha facultad se encuentra expresamente en sus Constituciones Nacionales. Tal es el caso, por ejemplo, de México; el Artículo 21 de su norma constitucional, establece que: "...el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley".

tal fin— ni la tenencia y uso de hasta cinco gramos de «drogas blandas», o medio gramo de «drogas duras»<sup>64</sup>.

Basándose en el principio de oportunidad, las autoridades competentes deciden así sobre persecución punitiva y las prioridades de persecución de actos punibles con relación a ciertas drogas, prescindiendo de la efectiva criminalización de conductas toleradas aunque punibles.

### **3.2. Despenalización**

La despenalización puede definirse como la eliminación del carácter prohibido de una conducta determinada, mediante la derogación respectiva de la normativa sancionatoria.

A simple vista las diferencias con la descriminalización normativa son sutiles, ya que ambas políticas conllevan una modificación normativa de la tipificación de conductas prohibidas. Ahora bien, mientras que la descriminalización conserva el carácter prohibido de la conducta, variando únicamente la calidad y *quantum* de su sanción, la despenalización bien entendida debe eliminar el carácter ilícito de la conducta y cualquier injerencia sancionatoria de la normativa relacionada.

Para ello debe considerarse además del derecho penal en sentido formal, a toda facultad punitiva del Estado, eliminando así cualquier sanción alternativa a las penales (civiles o administrativas) sobre las conductas despenalizadas. O sea, se comprende a la penalización en sentido amplio, abarcando a todo régimen sancionatorio de los órganos institucionales y entendiendo a la «*penalización*» más allá de la mera imposición de «*pena*» (es decir, sanción en el ámbito penal) sobre un delito, sino a toda «*penalidad*» contenida en otros regímenes sancionatorios complementarios (v.g., faltas administrativas).

---

<sup>64</sup> «En 1976, la ley holandesa del opio, que regula las sustancias psicotrópicas, tuvo un cambio profundo al establecer una diferencia entre drogas de riesgo inaceptable o "drogas duras" como la heroína, el éxtasis, la cocaína, el opio, las anfetaminas y el LSD, y "drogas blandas", como el cannabis (hierba y resina), los hongos alucinógenos y las sedativas (valium o seresta). Diferencia basada en el grado en que la droga cambia la personalidad del consumidor; los daños de la salud que causa; y los costos que genera a la sociedad». Mathieu, Hans y Niño, Catalina. Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). Ob. cit.

De tal forma, la *despenalización* va más allá de la derogación de un tipo penal o consideración típica de una conducta, trasladando la facultad sancionatoria a otro régimen posible. Debe recordarse que la imposición de multas —por ejemplo— es tanto una facultad del régimen penal, como del contravencional, de faltas o del poder administrativo de algunos países; por lo cual, poco cambiaría la situación si la despenalización pretendida únicamente abarcara a una de las funciones punitivas del estado en sentido formal (penal) y dejara abierta la posibilidad sancionatoria de sus poderes análogos, mediante la imposición de idénticas sanciones. Es más, el cambio de jurisdicción competente puede llegar a ser más lesivo para los consumidores en el ejercicio de su legítima defensa, debido a la ausencia de los derechos y garantías típicos del derecho penal y procesal penal liberal.

Además, pareciera poco razonable y contradictorio desde el punto de vista ético-político, considerar que determinadas conductas deben ser despenalizadas (en el sentido de la derogación del tipo penal formal), bajo el argumento de no afectación de derechos de terceros y de respeto del derecho de los consumidores a su libertad, privacidad, autodeterminación, etc. (despenalización del consumo y sus conductas asociadas, por ejemplo), pero bajo la condición de mantener un régimen sancionatorio análogo al penal sobre las mismas (administrativo, por ejemplo), que conserve la concepción de ilicitud, clandestinidad, estigmatización y posibilidad de injerencia estatal sobre el ejercicio de tales derechos.

Respecto de cierta confusión terminológica, suele incurrirse en una clara equivocación en la utilización indistinta de las voces «*despenalización*» y «*legalización*», hablándose así de «despenalización de cannabis» o «legalización del consumo personal», por ejemplo, lo que constituye un error técnico-jurídico que puede acarrear interpretaciones incorrectas en el discurso político-social.

El derecho penal tipifica conductas humanas, voluntarias y finales, siendo ellas y no las sustancias las que se encuentran «penalizadas» conforme un ordenamiento jurídico determinado. Por lo cual, lo «despenalizado» son dichas conductas consideradas como delitos (conductas típicas, antijurídicas y culpables): por ejemplo, se «despenaliza» la tenencia simple o para consumo personal, el consumo ostentoso, la dación gratuita, el autocultivo, etc.; todas ellas conductas humanas «penaliza-

das» sobre las cuales se demanda su contrasentido, o sea, la «despenalización». Las sustancias, por su parte, son legales o prohibidas (lícitas o ilícitas), siendo el antagonismo de la prohibición, la *legalización* con sus variantes (ver 3.3).

Así también, cuando se habla de *despenalización* debe abarcarse en el discurso a todas las sustancias prohibidas, ya que las conductas humanas que surgen como lícitas a partir de dicha reforma, abarcan a todas ellas indistintamente; salvo el excepcional caso de que se aclare específicamente el mantenimiento de la prohibición sobre algunas conductas relacionadas con determinadas sustancias en particular: por ejemplo, despenalización de la tenencia de cannabis, pero mantenimiento de la punibilidad de la tenencia de heroína<sup>65</sup>.

Ejemplos de políticas de despenalización se encuentran en varios países del mundo, principalmente de la despenalización de la «tenencia para consumo personal» como figura que precipita principalmente la criminalización masiva de consumidores. Ello hace asociar generalmente a los reclamos «despenalizadores» con un reclamo político respecto de la no criminalización de los consumidores mediante figuras accesorias, y muchas veces necesarias, al propio consumo.

Cabe aclarar que tanto la «*descriminalización*» como la «*despenalización*» conservan vigente el régimen prohibicionista. A pesar de que las reformas disminuyen, en el mejor de los casos, los efectos más perversos sobre los consumidores (prisionización, etc.), no disminuyen la nocividad producida por la prohibición en toda la cadena de valor, manteniendo clandestina la producción, el tráfico, la distribución y venta, con los altos costos sociopolíticos que ello conlleva.

No pretendemos afirmar con ello que la despenalización no sea necesaria, sino todo lo contrario: resulta imprescindible en los países que aún no la han alcanzado. Conservar la punibilidad sobre conductas relacionadas con el consumo, es anacrónico e inhumano; por lo cual la despenalización de ellas es una materia urgente y necesaria. Pero en un contexto regional y global en donde se disputa la posible legalización controlada de sustancias, o de algunas de ellas, creemos que la despenaliza-

---

<sup>65</sup> Algo posible técnicamente, pero a lo que le cabrían los mismos cuestionamientos jurídicos que probablemente llevaron a despenalizar la conducta en relación al cannabis, por su inconstitucionalidad e incompatibilidad con el ejercicio de derechos.

ción y la legalización no son términos ni estrategias antagónicas, sino más bien complementarias. Lo que no logra una, lo logra la otra y viceversa. Por ejemplo, puede y debe despenalizarse la tenencia para consumo personal de todas las sustancias prohibidas, pero tal vez se opte por legalizar sólo alguna de ellas (*despenalización* de la tenencia para consumo de todas las sustancias y *legalización* del cannabis, por ejemplo).

Lo más importante tal vez sea que las fórmulas de despenalización propuestas contengan términos claros y taxativos a fin de lograr su legítimo propósito de no incriminación de usuarios. Ello no siempre sucede, a causa de formulaciones que dejan a discreción de policías, fiscales y jueces la oportunidad de evaluar cantidades u otras circunstancias que conlleven a la incriminación o no de una persona, bajo concepciones arbitrarias.

Las tipificaciones penales referidas a la tenencia generalmente contienen, por sí mismas, formulaciones abiertas, vagas y ambiguas que permiten la discrecionalidad interpretativa de las agencias punitivas, bajo una arbitrariedad irreconciliable con los principios más elementales del derecho penal, como ser el *principio de máxima taxatividad legal e interpretativa*<sup>66</sup> y el *principio de inocencia*.

Tales fórmulas suelen repetirse acríticamente en algunas propuestas despenalizadas, con la mera diferencia de ubicar semánticamente la no punición en donde existía una pena<sup>67</sup>, pero conservando la abstracción en la redacción de las normas y la consecuente discrecionalidad interpretativa de las agencias penales.

---

<sup>66</sup> Este principio exige de los legisladores el mayor esfuerzo en precisión en la redacción de normas penales. En falta a este principio, el juez tiene dos opciones: (1) declara la inconstitucionalidad de la ley, o (2) la interpreta de la forma en que más se restrinja el poder punitivo. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Primera edición). Ediar Temis.

<sup>67</sup> Ejemplo de redacciones semejantes, serían las siguientes: «*La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal*» (fórmula penalizadora abstracta); «*Cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal, la conducta no será punible*» (fórmula despenalizadora con el mismo nivel de abstracción).

Formulaciones referidas por ejemplo a la «*escasa cantidad*», «*demás circunstancias del caso*»<sup>68</sup>, «*circunstancias personales*», etc., dejan abierta la posibilidad de arbitrariedad interpretativa de las agencias punitivas, conllevando ello a la posibilidad de abusos, extorsiones policiales, violencia institucional, selectividad penal de los más vulnerados, disparidad de resoluciones judiciales conforme la subjetividad del pretor (acorde a sus preconceptos, creencias o supersticiones), y todas las consabidas consecuencias de la discrecionalidad en manos de los funcionarios y de las fuerzas de seguridad.

La presunción de inocencia se distorsiona, operando respecto de la valoración subjetiva que la fiscalía, o en última instancia el juez, haga de las circunstancias que rodean la tenencia, creando así un ámbito de discrecionalidad judicial sumamente arbitrario y casuístico. La persona debe probar, en última instancia, que la tenencia de sustancias es para su propio consumo, mediante un sistema en donde impera la «presunción de culpabilidad», la inversión inconstitucional del *onus probandi* (carga de la prueba) en materia penal, y la afrenta del *in dubio pro reo* (en la duda, hay que estar en favor del acusado).

Pareciera absurdo continuar brindado tales prerrogativas al poder punitivo, que como resultado histórico ha arrojado una cuantiosa y desproporcionada persecución y criminalización de consumidores. Las fórmulas despenalizadoras deben ser extremadamente cuidadosas en desinvertir esta carga probatoria, readjudicando al sistema penal su obligación primaria de probar la eventual culpabilidad de las personas que selecciona para juzgar. Y ello no es más que lo que manda la normativa constitucional en la mayoría de los sistemas jurídicos, así como el derecho internacional en materia de derechos humanos (cfr. Art 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros).

---

<sup>68</sup> Es el caso por ejemplo del Artículo 14 de la Ley Argentina Nº 23.737, el cual establece que "Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, *por su escasa cantidad y demás circunstancias*, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal".

Todo esto resulta sumamente razonable siendo que el Estado, mediante sus agencias de inteligencia y seguridad, se encuentra en una posición asimétrica de poder a su favor para recolectar pruebas complementarias y suficientes que indiquen que la tenencia de sustancias prohibidas, por ejemplo, sería eventualmente destinada a la venta o a la comisión de otros delitos<sup>69</sup>.

Atento ello, ¿por qué continuar invirtiendo inconstitucionalmente la carga de la prueba, solicitando a los usuarios que demuestren su inocencia y la orientación al consumo personal de la tenencia -por ej.-, cuando el Estado es quien debería probar lo contrario, contando con mecanismos y facultades suficientes a tal fin? ¿Por qué seguir permitiendo tales márgenes de arbitrariedad, desigualdad y discrecionalidad, empoderando a un estado punitivo contra los ciudadanos y legitimando lo que no es más que el caldo de cultivo de todo tipo de irregularidades en el actuar de las fuerzas de seguridad?

Como contrapartida a ello, o sea, a normas imprecisas, vagas y abstractas que liberen al poder punitivo contra los usuarios, recientemente en Argentina se ha presentado un proyecto de Ley<sup>70</sup> que contempla —entre otras reformas— la «despenalización de la tenencia», proponiendo una clara fórmula de desinversión de la carga de la prueba mediante la reforma del artículo 14 de su actual ley de drogas<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Por ejemplo, el poder punitivo tiene amplias facultades y posibilidades de detectar que la persona sospechada está fraccionando y/o vendiendo sustancias como para encausarla, mediante su facultad de allanar un domicilio, posibilidad de realizar tareas de inteligencia en el lugar en que supuestamente se realiza dicha acción, recabar indicios o pruebas como podría ser la adquisición de sustancias legales usadas frecuentemente para «cortar» estupefacientes, elementos de fraccionamiento, de pesaje, recopilación de testimonios, etc.

<sup>70</sup> Proyecto de ley en trámite parlamentario bajo expediente N° 7904-D-2013, de autoría de la diputada Araceli Ferreyra, con el asesoramiento y redacción del Lic. Alejandro Nasif Salam y el Dr. Mariano Fusero, así como la participación y aportes de la Agrupación de Agricultores Cannábicos de Argentina (AACCA).

<sup>71</sup> Dicho artículo aun hoy penaliza la tenencia para consumo personal y la tenencia simple, a pesar de los preceptos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el año 2009, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del Art. 14 segunda parte de la ley 23.737, en el fallo "Arriola". Pero conforme las facultades propias del poder judicial argentino, tal fallo no quita vigencia a la norma, ni obliga a su no aplicación por las agencias punitivas. Así también, conforme el control difuso de constitucionalidad, los tribunales inferiores no se encuentran *per se* obligados a seguir el criterio del máximo tribunal, encontrándose aún hoy disparidad de criterios judiciales por la aplicación de tales preceptos legales.

Consideramos útil su mención aquí, a fin de aportar una posible fórmula al debate «despenalizador» que se viene llevando adelante en varios países:

*«En ningún caso se penalizará la mera posesión de estupefacientes, ni se iniciarán procesos judiciales basados exclusivamente en ésta sin pruebas complementarias y suficientes que indiquen que dicha posesión será destinada a la venta o a la comisión de otros delitos.*

*»Las fuerzas de seguridad no podrán proceder a la demora, aprehensión o detención de una persona por la mera posesión de estupefacientes, sin pruebas complementarias y suficientes que indiquen que dicha posesión será destinada a la venta o a la comisión de otros delitos».*

De tal forma se pone en cabeza de la investigación penal su deber primario de recolectar «*pruebas complementarias y suficientes*» que indiquen la posible comisión de un delito, obstaculizando la detención, procesamiento y penalización selectiva de consumidores en base a la mera posesión de sustancias prohibidas.

Existen antecedentes recientes de reformas supuestamente descriminalizadoras o despenalizadoras<sup>72</sup> en la región, que han acarreado peores resultados punitivos que sus normas precedentes, motivo de la reacción de las agencias del orden y el abuso hecho sobre la abstracción de la norma aprobada.

Claramente puede observarse tal circunstancia en el caso de Brasil<sup>73</sup>. En el año 2006 fue aprobada su nueva Ley de Drogas, N° 11.343, en sustitución de la Ley N° 6.368, de 1976. La nueva ley, de manera general, fue apoyada por los sectores más progresistas de la sociedad y su aprobación representó la esperanza de que el país pudiese caminar en dirección a una política de drogas más humana y liberal. En cambio, el resultado de su implementación, como se verá, fue exactamente el contrario.

---

<sup>72</sup> Conforme la diferenciación de los términos aquí realizados, podríamos afirmar que el caso de Brasil, que se verá en lo sucesivo, es un caso de «descriminalización», dado que su reforma no ha derogado la calidad ilícita de la conducta, sino variado su calidad sancionatoria.

<sup>73</sup> En la explicación, utilizaremos como guía el texto en portugués contenido en la web del «Banco de Injusticias», «A lei na prática», el cual volcaremos en lo sucesivo mediante una traducción libre y sensiblemente variada.

Ver <http://www.bancodeinjusticias.org.br/aleinapratica/>.

Más allá de que la nueva ley contiene una parte inicial de anuncios de principios bastante avanzada, su gran novedad —al menos la que se anunciaba— fue que por vez primera se derogaba expresamente la pena de prisión para el porte de drogas para consumo personal. La conducta continúa siendo perseguida —es importante que se diga—, pero las sanciones que corresponden de acuerdo a la nueva ley, deben ser la advertencia «sobre los efectos de la droga», prestación de servicios a la comunidad y medidas educativas<sup>74</sup>.

De tal modo, muchos consideraban que con la aprobación de la ley, sería posible comenzar a diferenciar de forma más clara a los traficantes de los usuarios, suponiendo así que el número de presos por motivos relacionados con las drogas, evidentemente, disminuiría.

Sin embargo, la aplicación de la ley conllevó una realidad completamente opuesta a sus intenciones. En vez de producir una disminución del número de presos, la nueva ley de drogas produjo una explosión carcelaria de proporciones inimaginables. Mientras que los prisioneros por todos los otros delitos —exceptuándose el tráfico— crecieron en un 8,5%, en los tres años posteriores a la ley de 2006, la población carcelaria de presos relacionados a las drogas creció más de 62%. Por primera vez el «tráfico de drogas» se transformó en el crimen que más brasileños encarcela.

¿Qué es lo que pasó? ¿Cómo el resultado de la ley puede ser tan radicalmente diferente a sus intenciones? Si bien la ley anterior preveía una pena de seis meses a dos años para el usuario y de tres a quince años para el traficante, es verdad también que ella admitía la sustitución de esas penas por penas alternativas (para la ley brasileña, cualquier persona sin antecedentes condenada hasta cuatro años de prisión, puede sustituir su pena por otra alternativa a la prisión).

---

<sup>74</sup> «Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

»I - advertência sobre os efeitos das drogas;

»II - prestação de serviços à comunidade;

»III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

»§ 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica».

De tal forma, muchas personas que se situaban en una frontera poco clara entre usuario y traficante eventual no violento, terminaban por fin recibiendo una pena distinta a la pena de prisión.

La nueva ley, aunque derogó la pena de prisión para el porte de sustancias prohibidas, elevó la pena para el tráfico (incluyendo los casos de tráfico primario y sin relación con el crimen organizado) y eliminó la posibilidad de conceder una pena alternativa.

Esa situación, sumada a un criterio vago para diferenciar entre traficantes y usuarios, conduce de facto a que la policía sea quien se encuentre facultada para realizar tal distinción, a partir de criterios no siempre claros y casi siempre más severos con las personas en situación socioeconómica de pobreza: lo que hace muy común que personas detenidas con cantidades idénticas de sustancias, sean calificadas de usuarias en algunos casos, o como traficantes por el hecho de vivir en situación de calle o en las favelas.

En excepcionales casos, tal circunstancia es modificada por el control judicial. A pesar de que los jueces reconocen a veces que una persona detenida por la policía como un traficante, es en verdad un usuario, esa persona permanece presa durante todo el proceso. Ello acontece también motivo de que la ley estableció una absurda norma por la cual una persona acusada de tráfico de sustancias prohibidas no puede permanecer en libertad durante el proceso (excarcelación), cosa que no ocurre, por ejemplo, con personas no reincidentes acusadas por homicidio<sup>75</sup>.

Tal vaguedad en la diferenciación entre usuarios y traficantes condujo a que haya muchísimos más usuarios prisionizados después de la aprobación de la ley que antes de ella, a pesar de que la misma representaba supuestamente una decisión política de descriminalización de la tenencia para consumo personal<sup>76</sup>.

Conforme la literalidad de la norma en cuestión, la misma contiene criterios vagos y abstractos de interpretación, que condujo a la realidad antes expuesta. De tal for-

---

<sup>75</sup> Ello es a su vez, contrario al derecho internacional cfr. art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al *principio de proporcionalidad* en materia penal.

<sup>76</sup> Hasta aquí se incluye la traducción libre mencionada anteriormente.

ma, luego de establecer formulas de punición para el porte y el cultivo, se establece la siguiente norma interpretativa:

*«Art. 28. § 2º. Para determinar si la droga era destinada al consumo personal el juez atenderá la naturaleza y cantidad de sustancia aprehendida, al lugar y las condiciones en las que se desarrolló la acción, las circunstancias sociales y personales, así como la conducta y los antecedentes de imputado»<sup>77</sup>.*

Discrecionalidad punitiva, derecho penal de autor y arbitrariedad judicial en su estado puro.

La circunstancia ha sido de atención en la región, y bien debería de procurarse ello en todo proceso de reforma, a fin de no repetir supuestas experiencias descriminalizadoras/despenalizadoras con efectos adversos tan radicalmente opuestos a lo que presunta y legítimamente se pretendía con la reforma. Por ejemplo, la misma OEA menciona el caso en su Informe del año 2013, afirmando que *«[e]n Brasil se experimentó un gran incremento en la población de presos por tráfico como consecuencia de la nueva legislación de 2006. Si bien la ley abolió la pena de encarcelamiento para consumidores de drogas (siendo esta conducta aún considerada un crimen), no contó con una clara definición jurídica sobre lo que significa consumo personal. La nueva ley aumentó la pena mínima para el tráfico de drogas y la previsión legal de prisión preventiva obligatoria. Entre 2007 y 2012 el número de presos por este delito creció en 123%, pasando de 60.000 a 134.000»<sup>78 79</sup>.*

---

<sup>77</sup> Traducción libre del autor.

<sup>78</sup> OEA, ob. cit.

<sup>79</sup> Luciana Boiteux, investigadora del capítulo de Brasil del estudio *Sistemas sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina* del Transnational Institute Drugs and Democracy (TNI), afirma al respecto que: *«Los datos revelan que a diferencia de la idea generalizada, la mayor parte de los traficantes condenados no son, "por definición", integrantes de una "organización delictiva", ni actúan necesariamente en asociación»*. *«Bajo esta ley, los consumidores de drogas pueden ser confundidos con traficantes y acabar en la cárcel, en vez de con penas alternativas como lo pide la Ley»*, dice Boiteux. *«Así que la ley está todavía muy lejos de lo que realmente necesita Brasil para lograr un sistema efectivo, justo y proporcionado»*. *«Es más fácil para los policías capturar a los vendedores en las calles, que se dedican al menudeo, que a los traficantes, que se dedican al mayoreo. Así, a la pregunta de "por qué sólo están presos los pequeños y (unos pocos medios) traficantes", en Río de Janeiro se puede responder que es por la actuación selectiva del sistema penal brasileño, que criminaliza la pobreza»*, concluye Boiteux. Texto disponible en

### 3.3. Legalización

La legalización es el régimen mediante el cual se elimina el carácter prohibido de toda la cadena de valor de una sustancia determinada, incluyéndose la producción, distribución, comercio y consumo.

Como hemos dicho, la *legalización* versa sobre la sustancia determinada, cuyo correlato conlleva a la *despenalización* de las conductas humanas asociadas a la puesta en disponibilidad de la misma. De tal forma, es correcto hablar de «*legalización del cannabis*», por ejemplo, y de la «*despenalización*» consecuente de su comercio o producción; no siendo términos antagónicos en lo jurídico.

En cualquier caso, es claro que no se está en presencia de una verdadera legalización mientras determinados eslabones de la cadena de valor sean considerados ilegales. Por este motivo, la *legalización* sobreentiende la *despenalización* de las conductas asociadas y referidas a determinada sustancia en toda su cadena.

Así también, recordemos —conforme lo dicho anteriormente— que es posible plantear la *legalización* de determinada sustancia, complementada con la *despenalización* de determinadas conductas relacionadas con todas las restantes (por ejemplo, *despenalización* genérica de la tenencia de sustancias prohibidas). Lo cual, hoy se presenta como un escenario posible y necesario.

Por su parte, la *legalización* no significa *per se* la liberalización plena de la sustancia en manos del mercado, sino que puede ser complementada por una «*regulación*» consecuente sobre la materia legalizada.

La mayoría de los productos de libre comercio hoy en día tienen su regulación complementaria mediante la cual se establecen restricciones, límites, procedimientos obligatorios, controles u otras normas en relación a determinadas esferas de su cadena de valor; como ser, las condiciones de producción, distribución, venta, consumo en espacios determinados, horarios, envasado, fechas de vencimiento, y has-

ta precios mínimos y máximos en algunos supuestos. Son todas ellas sustancias «*legales*» pero «*reguladas*» en mayor o menor medida.

De tal forma, observamos que la *legalización* y la *regulación* no son términos que puedan disociarse mediante antagonismos discursivos válidos, sino que mantienen una relación de género a especie, por ser voces complementarias y sucesivas. Así, debe entenderse que al no ser posible jurídicamente «*regular lo prohibido*», el primer paso debe ser la «*legalización*» seguida de una «*regulación*» complementaria —si ello se pretende—; como en el caso del alcohol y el tabaco, por ejemplo, que son ambas sustancias legales pero reguladas en la mayoría de los países.

Más allá de su complemento necesario en términos jurídicos, *legalización* y *regulación* pueden ser abordadas en un mismo texto legal, como también resulta con la *despenalización* y otras medidas que pueden complementarse en la práctica desde la óptica de la técnica legislativa.

Se observa así con cierta preocupación, que algunos discursos de la esfera política y social suelen considerar necesaria primeramente una norma «despenalizadora», como *conditio sine qua non* para luego avanzar —eventualmente— hacia la *legalización* y *regulación*. Ello puede únicamente considerarse como una mera opinión política, o bien una estrategia del campo político, pero no es sostenible dentro de lo técnico-legal. Tales medidas (*despenalización-legalización*), pueden ser absolutamente independientes o complementarias dentro de un mismo texto legal, no necesitando de la progresividad temporal en su diagramación, inclusión e implementación normativa.

En otros discursos suele observarse una falsa dicotomía entre los conceptos, tratando de imputar a la *legalización* una cierta liberalización de mercado que puede acarrear efectos adversos a los pretendidos (aumento del consumo, mercantilización de sustancias, etc.), y a la *regulación*, la presencia de una ordenación estatal destinada a evitar o paliar los mismos. Si bien nuevamente es entendible el discurso dentro de la esfera política, tal dicotomía no guarda relación con la realidad terminológica, la progresividad necesaria entre los términos y su mentada relación género-especie.

Es por ello que en el presente título incluimos a la «*regulación*» como un ítem dentro de de la *legalización*, denominándola «*legalización controlada o regulada*» para hablar de tal supuesto, y de «*legalización de mercado abierto*» para contemplar otra normativización posible.

### **3.3.1. Legalización de mercado abierto**

La legalización de mercado abierto es la modalidad mediante la cual se liberaliza el control sobre las sustancias prohibidas, sin mayores restricciones ni regulaciones que las impuestas por el mercado y sus «*leyes*».

Mediante esta metodología, se pretende una intervención mínima o nula de las órbitas institucionales sobre los mecanismos de funcionamiento del mercado. Las sustancias prohibidas, al ser legalizadas sin regulación, devienen en mercancías propias de ser industrializadas, distribuidas y comercializadas conforme resulte de la interacción de la oferta y la demanda de las mismas.

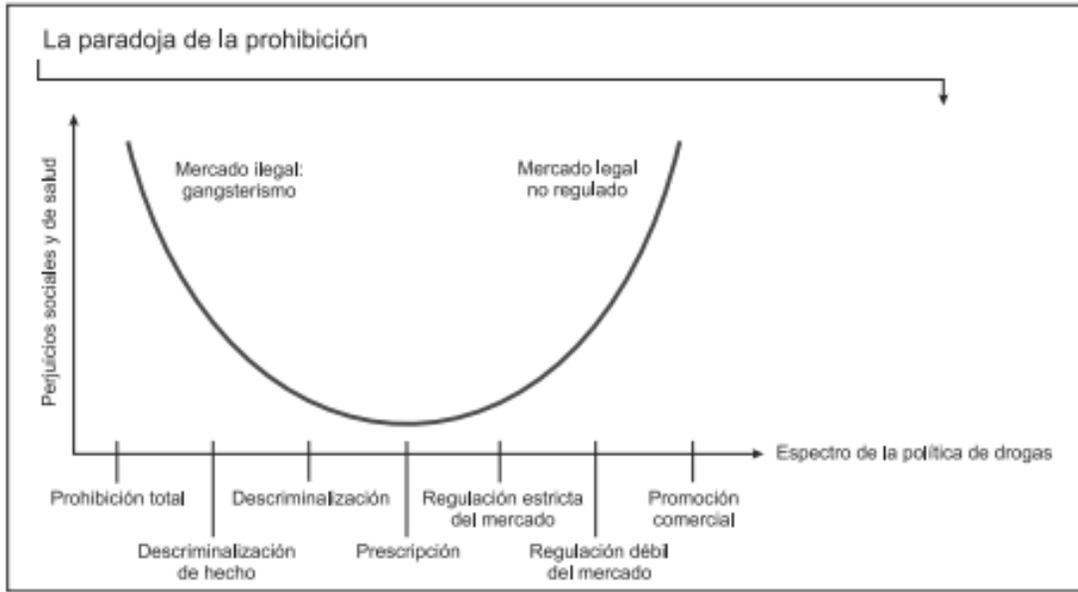
Tal sería aproximadamente el caso de los productos que contienen cafeína, los cuales son promocionados y comercializados sin mayores restricciones que las que tienen las bebidas no alcohólicas o la mayoría de los comestibles; incluso sería el caso del tabaco algunos años atrás, entre otros.

Cierto es que la liberalización plena de sustancias, mediante su difusión, mercantilización, propaganda y ausencia de control institucional regulatorio, puede acarrear efectos adversos no deseados sobre los derechos de los usuarios y de la comunidad en general. Por otro lado, la prohibición total representa el punto más alto de los costos sociales y de salud pública (para una enumeración extensa, pero no taxativa, nos remitimos a la introducción de este trabajo). Pero, como dijimos, la liberalización total (llamada modelo de supermercado), puede acarrear también situaciones de alto impacto social.

Ello suele ilustrarse en el siguiente gráfico, en el cual los impactos se correlacionan con el espectro posible en el manejo de la política de drogas<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. Vargas Meza, ob. Cit.



**Ilustración 1. Tomada de Transform Drug Policy Foundation, 2007**

Al observar críticamente los impactos posibles de la flexibilización extrema de las políticas, es posible anticipar también una situación de detrimento social y afectación en la salud. No obstante, la experiencia de políticas más flexibles, como la descriminalización de ciertas conductas relacionadas con el uso de algunos psicoactivos, frente a la vigencia del esquema de prohibición, sugieren que la demanda opera como una variable independiente.

Como se observa en el gráfico, si se sitúan sobre el eje vertical los riesgos y daños sociales y de salud, y sobre el horizontal los diferentes niveles de flexibilización de las políticas, y ubicamos en el punto de partida del eje vertical el modelo prohibicionista, una vez que se empiezan a modificar las políticas en un *continuum* de procesos de regulación, la incidencia negativa en el nivel social y de salud puede tender a disminuir. Pero de otro lado, al ubicarnos en el extremo de la liberalización total, o la vigencia indiscriminada del modelo de mercado, la situación puede volver

a adquirir unos comportamientos de agravamiento en esos mismos ámbitos, situándose el problema en niveles dramáticos y de difícil manejo<sup>81</sup>.

De cualquier forma, y sólo a modo especulativo (conforme cualquier futurología posible sobre los efectos eventuales de una legalización de mercado abierto), consideramos que los efectos negativos del prohibicionismo superarían claramente a los «*perjuicios sociales y sobre la salud*» acarreados por la más libertaria de las políticas legalizadoras.

Esto se manifestaría gráficamente en que el tramo creciente de la curva (el de la derecha) no alcanzaría valores tan altos como el tramo decreciente. Más aun, teniendo en cuenta que la demanda de sustancias es aproximadamente independiente del grado de prohibición/legalidad de las sustancias y que los altos perjuicios se encuentran vinculados no tanto al consumo de sustancias (bajos índices de consumo problemático, adicción y mortalidad), sino a los efectos perversos de un prohibicionismo criminal que mata a más personas mediante su «guerra contra las drogas», que por las drogas mismas. De tal forma, sería difícil sostener que la liberalización total pudiera dar lugar a perjuicios tan graves como los de la prohibición total.

Por cierto, la medición de los «perjuicios sociales y sobre la salud» variará en relación a los factores que sean tenidos en cuenta y a cómo se los pondere. Esto guarda relación con los paradigmas descritos en la primera parte de este trabajo ya que, por caso, un análisis que tenga en cuenta la afectación a la autonomía de las personas y otros derechos humanos, tenderá a correr el punto de «mínimo perjui-

---

<sup>81</sup> Vargas Meza, Ricardo. Ob. Cit. Para mayor información, se recomienda la lectura de su trabajo y la comparación de efectos de las políticas en Portugal, San Francisco y Amsterdam. Sus conclusiones arriban a afirmar lo siguiente «*Los resultados no apoyan las aseveraciones de que la criminalización reduce el consumo de cannabis y su despenalización lo aumenta. De otro lado, ni la despenalización holandesa parece estar asociada con un mayor uso de otras drogas ilícitas ni la penalización en San Francisco parece estarlo con un menor consumo de otras drogas ilícitas en relación con el uso que se hace en Ámsterdam. De hecho, a juzgar por la prevalencia de vida del consumo de otras drogas ilícitas, lo contrario puede ser el caso*».

cio» hacia la derecha, mientras que uno que desestima tales factores tenderá a ubicar el mínimo más hacia la izquierda<sup>82</sup>.

### **3.3.2. Legalización controlada o regulada**

Mediante ésta modalidad se establece un régimen jurídico complementario a la legalización, que tiende a regular toda la cadena de valor de la sustancia legalizada, desde su producción (o incluso la de sus materias primas) hasta el comercio, mediante disposiciones normativas específicas y —la mayoría de las veces— relativamente complejas y específicas.

Esta regulación puede ser de mayor o menor intensidad, estipulando generalmente modos de producción, efectores de distribución, calidad del producto, cantidades disponibles a la venta, regímenes especiales para el autocultivo o cultivo social (cuando se trata de especies vegetales), prohibición de venta a menores de edad, proscripción de manejar vehículos bajo efectos de la sustancia, prescripción de la sustancia para usos médicos-terapéuticos, disponibilidad para otros usos (textiles, industriales, investigación, etc.), prohibición de publicidad, etc.

Este modelo se condice con el vigente para otras sustancias legales, pero reguladas, como en el caso de la venta de medicamentos bajo prescripción médica, el alcohol o el tabaco, entre otras.

---

<sup>82</sup> Por cierto, a nuestro modo de ver, tampoco es evidente ni mucho menos, que el punto menos «perjudicial» sea el correspondiente a políticas de «prescripción» (análogas a la regulación de muchos medicamentos, una forma de legalización controlada). La restricción en el acceso a determinadas sustancias, mediante mecanismos de *prescripción*, fácilmente podría hacer replicar estructuras ilegales de producción, distribución y comercio, que abarquen y satisfagan la demanda de aquellos consumidores que no pueden -o no quieren (legítimamente)- obtener una *prescripción* para ejercer el derecho al consumo. A su vez, la *prescripción* mantiene una estructura paternalista sobre el uso de sustancias -vinculada al paradigma de salud-, cuando el consumo es, sin más, el ejercicio pleno de los derechos humanos a la autodeterminación individual, privacidad, libertad, etc., y no una mera necesidad terapéutica de abastecimiento de una sustancia que debe ser *prescripta* (salvo en casos de uso terapéutico-medicinal, que puede eventualmente necesitar de dicha prescripción médica para no incompatibilizar con el tratamiento llevado adelante). Raramente podríamos observar regímenes que, en general, "prescriban" drogas para uso recreativo no terapéutico; lo cual conduce a obstaculizar el acceso a las sustancias y propiciar el abastecimiento de dicha demanda mediante el continuo de las redes ilegales, con sus conocidos y graves "perjuicios sociales y sobre la salud" (eje vertical), entre otros devastadores efectos.

Un modelo semejante podemos encontrar en Uruguay, en donde recientemente se ha legalizado y regulado el cannabis, su autocultivo (hasta seis plantas), los clubes sociales de cultivo, la venta en farmacias (hasta 40 gramos mensuales), la producción, distribución y toda la cadena de valor. Podríamos decir que es un claro ejemplo de *legalización controlada o regulada* de una sustancia, en donde el Estado asume mecanismos públicos de regulación para terminar con la «autoregulación» del crimen organizado sobre la misma.

Este tipo de iniciativas, tienen entre sus propósitos el de impedir que el usuario de cannabis quede en manos de estructuras criminales, que ofrecerán o promoverán, otros psicoactivos que pueden agravar la situación del consumo recreativo, en este caso de la marihuana, convirtiendo a su demandante en un usuario potencial de psicoactivos catalogados eventualmente como más peligrosos<sup>83</sup>.

A su vez, ésta experiencia se reproduce en EEUU a nivel estadual en Washington y Colorado, aunque a nivel federal la cadena de valor del cannabis se encuentre penalizada, así como su posesión, y se clasifique a dicha sustancia en la misma categoría del LSD y la heroína<sup>84</sup>.

En Washington, la llamada iniciativa 502<sup>85</sup> permite tener una onza (28 gramos) de cannabis para uso personal, obtener una licencia especial para su venta, y la imposición de impuestos destinados a la formación de un fondo especial<sup>86</sup> para los efectos de salud, el tratamiento de abuso de drogas y adicción. En Colorado, mediante la Enmienda 64<sup>87</sup> y su modificación del artículo 18 de la Constitución del Estado, se logró regular el cannabis de forma parecida a la regulación actual del alcohol, su venta a mayores de 21 años, la permisión de porte de una onza, el autocultivo de seis plantas e imposición de impuestos.

El caso de Estados Unidos denota una profunda incongruencia entre las iniciativas estatales y la conservación de un régimen prohibicionista a nivel federal, que se proyecta a nivel global mediante la imposición de tratados internacionales anacróni-

---

<sup>83</sup> Cfr. Vargas Meza, Ricardo. FES, Ob. cit.

<sup>84</sup> Cfr. Controlled Substances Act.

<sup>85</sup> Washington Initiative 502.

<sup>86</sup> Dedicated Marijuana Found.

<sup>87</sup> Colorado Amendment 64.

cos y sumamente lesivos a las soberanías y la seguridad de los países de la región. Pero como ha pasado en Uruguay —así como en Bolivia con la legalización del coqueo y su cadena de valor—, los países llamados «emergentes» dan muestras de ser capaces de debatir y llevar adelante cambios profundos en sus legislaciones, sin pedir permiso a los impulsores de la cruzada que ya no logran siquiera controlar sus contradicciones internas.

Consideramos a esta modalidad legalizadora como un verdadero cambio de paradigma posible, que debe ser trasladado a la mayor cantidad de sustancias posibles, atendiendo a las particularidades de las mismas y la singular regulación que ellas requieran, conforme información científica y objetiva. Los efectos devastadores de la guerra impuesta, están a simple vista de quienes quieran ver, y sólo algunos de ellos han sido desarrollados en el presente trabajo.

Como hemos afirmado en la introducción, tan sólo alguno de estos efectos podría significar por sí mismo la necesidad de debatir la reformulación de las políticas prohibicionistas que vienen siendo impuestas hace décadas, en búsqueda de alternativas más racionales y adecuadas al bienestar de nuestras sociedades. Pero la sumatoria de los mismos, hacen que dicho debate sea urgente, prioritario y consecuente con cualquier régimen que pretenda denominarse como democrático y humanitario.

La «*legalización controlada o regulada*» de sustancias prohibidas, demuestra ser el método de control estatal más consecuente con los derechos humanos a tutelar mediante nuestras legislaciones modernas, quitando el monopolio de regulación al narcotráfico, disminuyendo cuantiosamente sus ganancias obtenidas motivo de la clandestinidad de sus operatorias, desmonopolizando su mercado, respetando el derecho de los consumidores al uso de sustancias en respeto a su libertad y autodeterminación, garantizando la calidad de las mismas mediante un control institucional-sanitario, desarrollando políticas de reducción de daños y de vulnerabilidad de los usuarios, imponiendo tributos a la cadena de valor, destinando los mismos a políticas de salud y prevención de adicciones, disminuyendo visiblemente los índices de conflictividad y violencia social por la disputa del mercado ilegal, eliminando la

posibilidad de extorsión policial a consumidores y disminuyendo los índices de corrupción institucional, entre otras.

Los derechos en juego y los efectos atroces del prohibicionismo, hacen a la necesidad de que medidas semejantes a la legalización controlada estén siendo tomadas en nuestros países, velando por la inclusión global de sus preceptos. La consideración y respeto de los instrumentos de derechos humanos regionales y globales, eliminan cualquier posibilidad de aplicación acrítica de aquellos instrumentos base del prohibicionismo<sup>88</sup>, sin la afectación seria e irremediable sobre las disposiciones de los primeros.

Es más, los instrumentos internacionales de derechos humanos poseen jerarquía constitucional en muchos países («supralegal»<sup>89</sup> en otros), que no poseen los instrumentos legales del prohibicionismo. Atento a ello, y a la afectación seria de derechos humanos claramente vinculadas con la aplicación de las doctrinas prohibicionistas, debería de priorizarse la efectiva jerarquización del régimen internacional de los derechos humanos por sobre cualquier régimen anacrónico que ha devenido en desuetudo en el mismo seno de sus países mentores.

La propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980) establece como regla de interpretación complementaria, que la aplicación de los instrumentos no «conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable» (Art. 32, inc. b.). Los absurdos e irrazonables efectos de la política prohibicionista, sumados a «*las prácticas ulteriores seguidas en la aplicación del tratado*» (Art. 31 3.b.) —en consideración de las prácticas internas de sus países mentores—, hacen del régimen internacional prohibicionista un recurso de difícil y débil imposición a las soberanías de los países que optan por un nuevo paradigma.

Una interpretación contraria a ello avalaría ilegítimamente la selectividad de los regímenes legales internacionales aplicables a cada Estado, conforme la división in-

---

<sup>88</sup> Nos referimos al Protocolo sobre Fiscalización internacional de Drogas Sintéticas, del año 1948; la Convención Única sobre Estupefacientes, de 1961; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971; Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988; entre otros.

<sup>89</sup> Es decir, jerarquía superior a las leyes del Congreso Nacional.

ternacional del trabajo que le ha sido impuesta históricamente y su capacidad soberana de abstención de la norma. Tal vez, la notable diferencia de reacción de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) ante los casos de Washington y Colorado, frente a los de Uruguay o Bolivia, permita visibilizar claramente la distinta vara internacional con la que se miden y reprochan las alternativas soberanas de los países, según participen o no de la mesa selecta del poder internacional.

Sin embargo, el coraje y ejercicio soberano sobre sus políticas de respeto a los derechos humanos, predomina hoy cada vez más sobre tales intentos de intervencionismo pendular y selectivo a nivel internacional; lo que debe ser motivo de orgullo para nuestra región y un llamado a trabajar más intensa y comprometidamente hacia la implementación de paradigmas humanitarios y posibles<sup>90</sup>.

## **Bibliografía**

DEL OLMO, ROSA. "La cara oculta de la droga". Temis. 1986.

UPRIMNY, RODRIGO. "Drogas, Derecho y Democracia". Texto presentado en el seminario itinerante de política criminal POCAL. Universidad Nacional de Colombia. 2002.

ACLU -American Civil Liberties Union-. "THE WAR ON MARIJUANA IN BLACK AND WHITE. Billions of Dollars Wasted on Racially Biased Arrests". Junio 2013.

SEKARAN, SHARDA. "ROMPIENDO LAS CADENAS: Crimen y castigo: el sistema de justicia penal y las leyes punitivas de drogas".

HUMAN RIGHTS WATCH. "Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs". 2000.

GIACOMELLO, CORINA. "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina". Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas (IDPC - International Drug Policy Consortium). 2013.

---

<sup>90</sup> Se agradecen los aportes del compañero Lic. Alejandro Nasif Salum, militante de la Mesa Nacional por la Igualdad y coautor de varios de los proyectos de ley presentados sobre la temática en Argentina.

CELS -CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES-. "Mujeres en prisión. Los alcances del castigo", en conjunto con el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina. Siglo XXI. 2011.

MEETAL, P.; YOUNGERS, C. 'Systems Overload: Drugs Law and Prisons in Latin America'. Transnational Institute and the Washington Office on Latin America. 2010.

OEA. "El Problema de las Drogas en las Américas". Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. 2013.

SOSA, CECILIA. "Argentina, las drogas y el Primer Mundo".

INADI -Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo-. "Mapa de la discriminación: representaciones, acciones y percepciones acerca de la discriminación". 2007.

FUSERO, MARIANO. "Recomendación General N° 3 en Materia de Discriminación a Consumidores/as de Drogas Prohibidas". INADI. 2008.

HANS, MATHIEU; NIÑO, CATALINA. "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas". Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). 2013.

MCFARLAND SÁNCHEZ MORENO, MARIA. "Por qué el respeto a los derechos humanos exige reformas a las políticas de drogas. Cómo la criminalización de las drogas destruye vidas, fomenta abusos y subvierte la justicia". HUMAN RIGHTS WATCH. 2014.

CALABRESE, ALBERTO. "Configuración del problema de las Drogas y Vigencia de las políticas sobre Reducción de Daños". 2013.

NUTT, DAVID; KING, LESLIE; SAULSBURRY, WILLIAM; BLAKEMORE, COLIN. "Development of a rational scale to assess the harm of drugs of potential misuse". The Lancet. 2007.

NEUMAN, ELÍAS. "La legalización de las Drogas". Depalma, 2a Edición. 1997.

SABINI, SEBASTIÁN. "Carta Abierta a Yury Fedotov, Director Ejecutivo de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito". 2013.

SANSÓ, GABRIELA. "Bagatela e Insignificancia en Derecho Penal". Editorial Juris. 2011.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO. "Manual de Derecho Penal, Parte General". Ediar Temis. 2005.

BANCO DE INJUSTICIAS. "A lei na prática". Sitio web.

BOITEUX, LUCIANA. "Sistemas sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina". Transnational Institute Drugs and Democracy (TNI) y Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA). 2010.

TRANSFORM DRUG POLICY FOUNDATION. "After war on drugs. Tools for the debate". 2007

VARGAS MEZA, RICARDO. "De la represión a la regulación: propuestas para la reforma las políticas contra las drogas". Friedrich-Ebert-Stiftung (FES). 2013.